**В. А. РЯЗАНОВСКІЙ,**

магистр гражданскаго права, профессор юридическаго факультета в г. Харбинѣ.

W 71/324

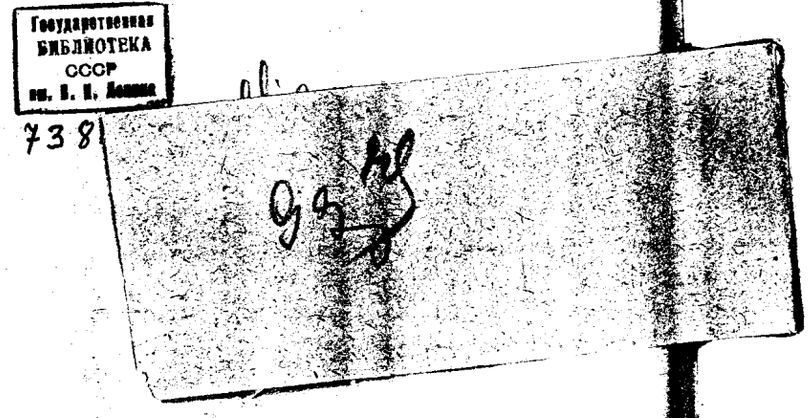
# ЛЕКЦІИ ПО ГРАЖДАНСКОМУ ПРАВУ.

**Выпуск первый.**

## ОБЩАЯ ЧАСТЬ.

**2-е ИЗДАНІЕ.**

**ХАРБИН**
Типографія Китайской Восточной желѣзной дороги
**1924**


Государственная
БИБЛИОТЕКА
СССР
им. В. И. Ленина
738

# ОГЛАВЛЕНІЕ.

*Стр.*

**Гл. I.—Понятіе гражданскаго права и область его примѣненія** . . . . . 3—18
Публичное и гражданское право—теоріи разграниченія, понятіе гражданскаго права. Область примѣненія гр. права. Матеріальныя и идеальныя отношенія в гражданском правѣ. Права личности или индивидуальныя права—право на честь, на фирму, на имя и другія. Гражданское и торговое право.

**II.—Виды гражданскаго права** . . . . . 18—25
Объективное и субъективное гражданское право (взгляды Петражицкаго и Дюги). Различіе гражданскаго права по объекту—права личныя, права на продукты духовнаго творчества, вещныя, права присвоенія, обязательственныя, семейныя и наслѣдственныя. Права абсолютныя и относительныя. Другіе виды прав.

**Гл. III.—Гражданское право в объективном смыслѣ** . 25—37
Источники гражданскаго права—закон, обычай, судебная практика, наука права, автономія.

**Гл. IV.—Закон** . . . . . 37—54
Дѣйствіе закона в отношеніи лиц; дѣйствіе закона во времени; дѣйствіе закона по мѣсту его примѣненія. Законы общіе и мѣстные. Общее законодательство в Россіи. Попытки кодификаціи. Полное Собраніе Законов и Свод Законов. Том X, часть I Свода Закон. Проект гражданскаго уложенія. Кодекс Р.С.Ф.С.Р. Мѣстные законы—Прибалтійскія губ.; Черниговская и Полтавская губ.; Грузія с Гуріей и Имеретіей; Финляндія и другія. Свод обычнаго права кочевых инородцев Сибири. Законы особенные.

**Гл. V.—Коллизіи разномѣстных законов** . . . . . 54—65
Конфликтныя нормы — междуобластныя и международныя. Международное частное право—теоріи статутов, осѣдлости права, національности. Права личныя, вещное, обязательственное, семейное и наслѣдственное право. Конфликтныя нормы русскаго права.

**Гл. VI.—Толкованіе и примѣненіе норм права** . . . . 65—85
Примѣненіе норм права. Критика норм. Толкованіе закона. Пробѣлы в правѣ и их заполненіе. Виды толкованія закона. Логическое развитіе норм права. Восполненіе пробѣлов в правѣ.

# Предисловіе к первому изданію.

Полное отсутствіе учебных пособій по гражданскому праву в гор. Владивостокѣ и настойчивыя просьбы моих слушателей заставили меня взяться за перо и изложить общую часть читанаго мною в 1921/1922 академическом году в Государственном Дальневосточном Университетѣ курса лекцій по гражданскому праву. При этом изложеніи пришлось встрѣтиться с исключительно неблагопріятными условіями для подобной работы. Чтобы дать нѣкоторое представленіе об этих условіях, достаточно сказать, что в библіотекѣ Университета не нашлось ни одной иностранной монографіи по общей части гражданскаго права, не оказалось и иностранных курсов и учебников по гражданскому праву, даже всѣх трудов русских ученых в данной области мнѣ не удалось найти в библіотеках гор. Владивостока. Пришлось писать на память, цитировать нерѣдко по сохранившимся запискам или из вторых рук. Все это и заставляет меня издать лекціи на правах рукописи в качествѣ пособія для слушателей в надеждѣ со временем, если только удастся дожить до этого времени, в лучших условіях переработать и издать их для общаго пользованія.

Общая часть гражданскаго права разсчитана на два выпуска.

**Автор**.

Апрѣль 1922 г. г. Владивосток.

# Предисловіе ко второму изданію.

Лекціи по гражданскому праву (I—V вып.) составлялись автором по пандектной системѣ с нѣкоторым видоизмѣненіем ея, вызванным требованіями современной догматики (включеніе индивидуальных прав, прав присвоенія, прав на продукты духовнаго творчества) и в частности по слѣдующему плану: теоретическое освѣщеніе разсматриваемаго вопроса, нерѣдко краткія свѣдѣнія о положеніи вопроса по главным западно-европейским кодексам, постановленія русскаго дореволюціоннаго права и с III-го выпуска вкратцѣ нормы совѣтскаго законодательства. Таким образом, основным позитивным матеріалом для лекцій послужило русское дореволюціонное законодательство по частному праву (гл. обр, т. X ч. I Св. Зак.), которое в особом районѣ трех восточных провинцій Китайской республики (полоса отчужденія Китайской Восточной жел. дороги) признается китайскими судебными учрежденіями дѣйствующим (обычным) правом мѣстнаго русскаго населенія. Такого же порядка автор намѣрен придерживаться и при переизданіи своих лекцій.

Второе изданіе перваго выпуска лекцій содержит нѣкоторыя измѣненія. Так, выпущены три параграфа, трактующіе: 1) о правах на продукты духовнаго творчества, 2) о возмещеніи моральнаго вреда, 3) о попытках кодификаціи в Россіи, сильно сокращен параграф «мѣстные законы», и добавлен параграф «права властвованія и вспомогательныя права», введены небольшія дополненія, касающіяся совѣтскаго законодательства. Автор считает необходимым еще раз подчеркнуть, что лекціи носят учебный характер и имѣют главной задачей служить пособіем для слушателей автора, но автор надѣется, что лекціи могут принести нѣкоторую пользу и вообще при изученіи гражданскаго права, поэтому находит возможным при переизданіи лекцій снять оговорку «на правах рукописи для слушателей автора».

**Автор.**

Іюль 1924 г.

## I Понятіе гражданскаго права и область его примѣненія.

### *Понятіе гражданскаго права.*

Вся область права дѣлится на двѣ больших сферы: право публичное и право частное или гражданское. Спорным является вопрос о критеріи разграниченія между публичным и частным правом. Существует цѣлый ряд теорій, устанавливающих такой критерій, проводящих свою границу между публичным и частным правом. Наиболѣе интересныя из них слѣдующія.

### *Матеріальная теорія.*

Эта теорія видит различіе между публичным и частным правом в различіи общаго и частнаго интереса, составляющаго содержаніе нормы. По извѣстному изреченію римскаго юриста Ульпіана «publicum jus est qoud ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem». Тѣ юридическія нормы, которыя по своему содержанію имѣют в виду общій интерес государства (или замѣняющаго его в извѣстных отношеніях коллектива, напримѣр, общины, города), как цѣлаго относятся к сферѣ публичнаго права, а тѣ, которыя регулируют интересы отдѣльных частных лиц, относятся к сферѣ частнаго права (Савиньи, Гирке, Дернбург, Эндеманн, Шершеневич, Васьковскій и мн. др).

Приведенная теорія вызывает возраженія. Указывают: 1) на наличность общаго интереса в большинствѣ норм современнаго частнаго или гражданскаго права, 2) на невозможность найти точный критерій для разграниченія общаго интереса от частнаго и 3) на мѣняющіяся в исторіи границы между публичным и частным правом. Так, институты брака, семьи, частной собственности не являются исключительно институтами, удовлетворяющими потребностям или интересам отдѣльной личности, они затрагивают интересы всего государства, как цѣла-

го, то или другое строеніе семьи, собственности, наслѣдованія отражается на строеніи всего государства. Равным образом, контракт казны с подрядчиком на поставку аммуниціи для арміи имѣет содержаніем общій, а не частный интерес, но относится современной догмой к сферѣ частнаго права. Нѣкоторыя преступленія, входившія прежде в сферу частно-правовых отношеній, напр. кража, убійство, относятся теперь к сферѣ публичнаго права. Или нѣкоторые институты древняго публичнаго права, напр. усыновленіе, для котораго требовалось торжественное утвержденіе всего народа или общины, теперь дѣло частнаго права и т. п. Для устраненія перваго и основного возраженія сторонники разсматриваемой теоріи указывают на непосредственныя и посредственныя цѣли норм. В области публичнаго права непосредственной цѣлью нормы являются общіе интересы-интересы государства, в области частнаго права-интересы отдѣльных лиц. „Если правовая норма предназначена служить прежде всего интересам отдѣльных лиц, то она относится к частному праву, если же рѣшающим для нея является интерес общества, то она принадлежит публичному праву"-говорит Дернбург (Пандекты 1, § 21). С этой поправкой и понимается противопоставленіе общаго и частнаго интереса сторонниками данной теоріи.

*Формальная теорія.*

Формальная теорія видит критерій различія не в содержаніи юридичиской нормы, служащей тѣм или другим интересам, а в способѣ ея защиты. В том случаѣ, когда защита нарушеннаго права принадлежит частному лицу, когда нарушенное право возстанавливается по иниціативѣ заинтересованнаго частнаго лица, путем гражданскаго иска, мы имѣем дѣло с нормами частнаго права. В том же случаѣ, когда защита нарушеннаго права производится ex officio органами государственной власти, мы имѣем дѣло с публичным правом (Іеринг и гл. образом Тон, у нас Муромцев, Гамбаров, Дювернуа).

„Частное притязаніе есть отличительный признак частнаго права"—говорит Тон. Нормами частнаго права он называет тѣ нормы, нарушеніе коих вызывает в интересах потерпѣвшаго—частное притязаніе, а к публичному праву относитъ тѣ нормы, при нарушеніи коих должно наступить принужденіе к исполненію их ex officio.



Эта теорія не объясняет, какія юридическія отношенія защищаются в порядкѣ частнаго и какія в порядкѣ публичнаго права и почему в одном случаѣ нарушеніе права защищается по иниціативѣ органов публичной власти, в другом—по иниціативѣ частных лиц. В частности, с этой точки зрѣнія—клевету, личныя обиды и оскорбленія, изнасилованіе и т. п. необходимо отнести к гражданскому праву.

Указанное серьезное возраженіе заставило Тона и его послѣдователей на ряду с формальным критеріем выдвинуть еще дополнительно матеріальный критерій. Этот дополнительный критерій заключается в направленіи охраняемых в том и другом правѣ интересов. Защита отдѣльнаго интереса, направленнаго против такого же отдѣльнаго интереса, создает отношеніе частнаго права, направленіе отдѣльнаго интереса к государственной власти и обратно—отношеніе публичнаго права. Но так как форма защиты не всегда совпадает с направленіем интересов, (напр., преступленія, преслѣдуемыя в порядкѣ частнаго обвиненія: форма защиты частная, а интерес публичный и т. п.)—то рѣшающее значеніе имѣет направленіе интересов.

Таким образом, при матеріальной теоріи критеріем разграниченія является различіе в содержаніи интереса (частнаго и общаго), по формальной теоріи с указанной поправкой—различіе в направленіи интереса (отдѣльный интерес против отдѣльнаго интереса, отдѣльный интерес против или по отношенію к общему). Но, очевидно, для того, чтобы опредѣлить, какое направленіе интересов мы имѣем в конкретном случаѣ, необходимо обратиться к содержанію этих интересов, т.-е. к тому же матеріальному признаку. Таким образом, очевидно, что „не от способа защиты зависит характер прав, а от характера прав—способ защиты". Слѣдовательно, указанная поправка не спасает формальной теоріи, а лишь сводит ее к матеріальной.

*Теорія имущественных отношеній или интересов.*

По мнѣнію нѣкоторых ученых, гражданское право, понимаемое в объективном смыслѣ, есть совокупность юридических норм, регулирующих имущественныя отношенія граждан, или гражданское право в субъективном смыслѣ есть сфера имущественных интересов (Данкварт, Зом, Кавелин, Мейер, Гуляев).

Приведенная доктрина, очевидно, неправильна. Гражданское право включает права личности, права на продукты ду-

ховнаго творчества, права семейныя, которыя в своей основѣ не имѣют матеріальнаго характера; кромѣ того и отношенія вещныя и в особенности обязательственныя, как увидим дальше, могут носить неимущественный характер. С другой стороны и в область публичнаго права входят имущественныя отношенія, напр. по обложенію и уплатѣ податей и налогов и т. п.

Нѣкоторые из сторонников разсматриваемой доктрины (напр. Мейер, Кавелин) находят выход из указаннаго противорѣчія в том, что права личности они не считают входящими в состав гражданскаго права, права семейныя относят к области публичнаго права и всѣ имущественныя отношенія государства находят необходимым отнести к гражданскому праву. Таким образом, в сферу послѣдняго войдут всѣ имущественныя отношенія государства и частных лиц и только они одни. Но это будет уже новое гражданское право, какого нѣт в дѣйствительности и которое должно еще быть создано.

### *Теорія централизаціи и децентрализаціи*

Существующія между людьми отношенія могут регулироваться или исключительно велѣніями, исходящими из одного центра, каким является государственная власть, или такое регулированіе может быть предоставлено множеству маленьких центров, которые представляют самостоятельные субъекты прав (физическія и юридическія лица). Первыя централизованныя отношенія суть отношенія публичнаго права, вторыя децентрализованныя—частнаго.

Указанная теорія была высказана Петражицким и Штамлером, у нас развита проф. Покровским в слѣдующем видѣ.

В первом случаѣ только государственная власть своими нормами «указывает каждому отдѣльному лицу его юридическое мѣсто, его права и обязанности по отношенію к цѣлому государственному организму и по отношенію к другим отдѣльным лицам». И установленныя государственной властью отношенія не могут быть измѣнены частной волей, соглашеніями частных лиц. Регулируя всѣ отношенія по собственному почину и исключительно своей волей, государственная власть в этой области принциціально не может допустить рядом с собой ничьей другой воли и иниціативы. „Поэтому исходящія от государственной власти нормы имѣют здѣсь безусловный принудительный характер (jus cogens); предоставленныя ею права имѣют в то же время и характер обязанностей: они должны быть



осуществлены, так как неосуществленіе права явится неисполненіем сопряженной с ним обязанности (бездѣйствіе власти)". Типичным и наиболѣе ярким примѣром таких юридически централизованных отношеній является современная организація военных сил страны, построенная на началах обязательной воинской повинности. Здѣсь все подчинено одной руководящей волѣ, одному командующему центру, от котораго и исходят нормы, опредѣляющія жизнь цѣлаго и положеніе каждаго отдѣльнаго индивида. Подобная централизація и составляет сущность публично-правовых отношеній, она является характерной чертой всѣх отраслей публичнаго права-права государственнаго, уголовнаго, финансоваго и т. д.

Другую картину представляют частно-правовыя отношенія. Здѣсь отношенія между людьми не регулируются из одного центра, государственная власть принципіально воздерживается от непосредственнаго и властнаго вмѣшательства и представляет такое регулированіе множеству иных маленьких центров, которые мыслятся как нѣкоторыя самостоятельныя соціальныя единицы, как субъекты прав. „Такими субъектами прав являются как отдѣльные индивиды-люди, так и различныя искусственныя образованія-юридическія лица. Они являются носителями собственной воли и собственной иниціативы, им предоставляется регулированіе взаимных отношеній между собой. Государство лишь охраняет установленныя частною волею взаимоотношенія и при недостаткѣ таковых восполняет их. Вслѣдствіе этого нормы частнаго права имѣют не принудительный, а лишь субсидіарный характер и могут быть отмѣнены или замѣнены частным соглашеніем (jus dispositivum). Вслѣдствіе же этого гражданскія права только права, а не обязанности, ими возможно пользоваться или не пользоваться, неосуществленіе права не составляет правонарушенія. Таким образом, публичное право есть система юридической централизаціи отношеній, гражданское право—система децентрализаціи, публичное право--система субординаціи, гражданское право—система координаціи, публичное право-область власти и подчиненія, гражданское право-область свободы и частной иниціативы.

Развивая указанную теорію, проф. Покровскій дѣлает двѣ оговорки: 1) что граница между публичным и частным правом на протяженіи исторіи не всегда проходила в одном и том же мѣстѣ и 2) что в каждый данный момент эти границы не представляют рѣзкой демаркаціонной линіи и при разграниченіи области публичнаго права от частнаго необходимо руководство-

ваться лишь тѣм основным принципом, на котором каждая из них построена *).

Уже указанныя оговорки характеризуют неопредѣленность приведеннаго критерія разграниченія публичнаго права от частнаго. И дѣйствительно, если мы обратимся к области семейных отношеній, то должны признать, что систему семейных отношеній, построенную на власти отца и мужа, надлежит отнести к публичному праву, равным образом отношенія хозяина к рабочим в современном предпріятіи, построенном по типу централизованных отношеній и всѣ вообще проявленія господской власти в договорах личнаго найма и нѣкоторых других должны быть отнесены к публичному праву. Ни первое, ни второе совершенно не согласуется с историческими фактами и современными отношеніями.

*Теорія лично-свободнаго и соціально—служебнаго права.*

Для разграниченія публичнаго права от частнаго, проф. Петражицкій, на ряду с критеріем централизаціи и децентрализаціи отношеній, выдвигает другой критерій: различіе между правами соціальнаго служенія и лично свободным правом. Первое есть публичное право, второе-частное **).

Этот критерій хотя и употребляется проф. Петражицким совмѣстно с критеріем централизаціи и децентрализаціи, не совпадает, однако, с первым ***) и может служит (и уже служит) самостоятельным основаніем для разграниченія публичнаго права от гражданскаго.

Развивая свою теорію, проф. Петражицкій указывает, что „и в частном и в публичном правѣ имѣются власть и подчиненіе, но имѣются два принципіально различные вида подлежащих явленій правовой психики—с представленіями блага подвластных или управляемой соціальной группы, служенія ей, и без таковых". Права соціальнаго служенія имѣют своим объектом „соотвѣтственныя повелѣнія или иныя дѣйствія на благо подвластных или соціальной группы в отличіе от прав господских властей, объектами которых являются повелѣнія, воздѣйствія на подвластных, наказанія и т. п. (не на благо подвласт-

*) См. Основныя проблемы гражданскаго права, стр. 8—12.
**) См. Теорія права и государства, т. II, стр. 728 и сл.
***) Напр., права господскія—отношенія рабовладѣльца к рабам, хозяина к слугам, собственника предпріятія к рабочим—есть отношенія централизованныя, но лично—свободныя.



ных)". Таким образом, права соціальнаго служенія связаны с обязанностями заботы о благѣ подвластных или об общем благѣ извѣстной соціальной группы; господскія же права, напр. права рабовладѣльца над рабами, хозяина над приказчиком, с этими обязанностями не связаны. Права соціальнаго служенія бывают или правами власти, или правами участія в управленіи общими дѣлами путем извѣстных заявленій, которыя должны быть в такой или иной формѣ приняты во вниманіе другими, напр., право голоса в составленіи коллективных рѣшеній (в народных собраніях, парламентах, судах), права законодательной или иной инициативы, избирательныя права и т. под. „Обѣ указанныя категоріи прав—говорит проф. Петражицкій—можно объединить в одну болѣе общую группу публичных прав—прав участія в управленіи (в общем смыслѣ) общими дѣлами на благо соціальных групп" (государственных, родовых и т. п.). Лично свободное право—есть право свободное от соціальнаго служенія, осуществленіе этого права не связано с обязанностями относительно блага подвластных или соціальной группы.

При таком критеріи разграниченія международное право, в котором „дѣло идет не о служеніи одного субъекта другому, а только именно об оставленіи в покоѣ, о невмѣшательствѣ одного субъекта в дѣла другого", относится к лично—свободному, т.-е. частному праву, а внутреннее семейное право, т.-е. право семейной власти и заботы должно быть отнесено к соціально-служебному, т.-е. публичному праву (отношенія из родительской власти и друг.); внѣшнее же семейное право, отстраняющее вмѣшательство третьих лиц, (напр. право на ребенка—vindicatio filii), имущественныя притязанія, напр. алиментарныя требованія и т. п., а равно и имущественныя отношенія по опекѣ, должны быть отнесены к частному праву. Равным образом, к послѣднему должны быть отнесены и нѣкоторыя обязательства, возникающія на почвѣ отправленія государственной службы: обязательства лицъ, несущих соціальную службу, возмѣстить неправомѣрно причиненные ими убытки, право соціальных служащих на возмѣщеніе понесенных ими издержек на пользу соціальной группы, право граждан или соціальной группы на возврат недолжно уплаченнаго, напр. переплаченных податей, право на выслуженное жалованье.

Нѣкоторые послѣдователи этой теоріи (напр. проф. Агарков *), отмѣчают, что противоположеніе соціально-служебнаго и

*) См. его статью „О цѣнности частнаго права"—Сборн. трудов Государственнаго Иркутскаго Университета, вып. 1.

лично свободнаго права не совпадает с противоположеніем общаго и частнаго блага или интереса. Право соціальнаго служенія дѣйствительно должно быть направлено на осуществленіе общественнаго блага, но лично-свободное право не должно непремѣнно осуществляться в интересѣ самого субъекта, оно может осуществляться ради каких угодно интересов и цѣлей, в том числѣ и ради общественнаго блага; выбор этих цѣлей зависит от субъекта.

Указанный критерій разграниченія публичнаго права от частнаго, обладает серьезными достоинствами. Он находится в соотвѣтствіи с диспозитивным характером большинства субъективных гражданских прав. Но и этот критерій страдает обычным дефектом: на протяженіи исторіи одно и то же правонарушеніе имѣло то публичный, то частный характер и в настоящее время нерѣдко трудно провести разграничительную линію между соціально-служебным и лично свободным правом. Кромѣ того, нѣкоторые исторически сложившіеся институты частнаго права, напр. институт семьи, этим критеріем раздѣляются на двѣ группы отношеній—одна из них относится к публичному праву, другая к частному. В свою очередь опредѣляемое современной догматикой в качествѣ публичнаго права право международное относится к частному.

---

Разсмотрѣніе указанных теорій приводит к выводу, что современная наука пока не нашла точнаго догматическаго критерія для разграниченія публичнаго права от частнаго, критерія одинаково подходящаго для всѣх эпох. *). Всѣ приведенные критеріи носят относительный характер, являются вспомогательным средством для необходимаго разграниченія, а правосознаніе эпохи является регулятором такого разграниченія.

С точки зрѣнія современнаго правосознанія, гражданское право может быть опредѣлено слѣдующим образом.

*Совокупность юридических норм, регулирующих индивидуальныя блага личности, нематеріальныя блага послѣдней, как продукты ея духовнаго творчества, ея имущественно—правовыя отношенія, как отдѣльнаго участнака гражданскаго оборота (хозяина) и положеніе личности, как члена семьи, составляет частное или гражданское право.*

---

*) Нѣкоторые ученые отрицают принципіальное различіе между публичным и частным правом (Шлоссман, Гедеман).



Таким образом, к гражданскому праву относится та область права, гдѣ человѣк выступает как субъект юридических отношеній, вытекающих из принадлежности ему, как отдѣльной личности, особых индивидуальных прав (право на жизнь и свободу, на духовную и тѣлесную неприкосновенность на честь, на имя и др.) и особых прав на продукты его духовнаго творчества, (права на научныя, эстетическія и техническія идеи и образы), как субъект имущественно—правовых отношеній в сферѣ гражданскаго оборота или хозяйственной дѣятельности (отношенія по непосредственному господству над предметами внѣшняго міра--вещами, отношеніе к другим лицам по обязательствам, наслѣдованію и др.) и как субъект юридических отношеній, вытекающих из принадлежности его к семейному союзу (личныя и имущественныя права и обязанности отца, мужа, сына и т. под.). Объединяющим всю указанную область правоотношеній является благо или интерес отдѣльной личности, частный интерес, понимаемый в широком смыслѣ свободнаго развитія ея физических и духовных сил и проявляющійся в лично—свободном пользованіи правомочіями, составляющими содержаніе данной области права.

*Область примѣненія гражданскаго права.*

Указанныя правоотношенія, составляющія сферу гражданскаго права, можно раздѣлить на двѣ основныя категоріи: правоотношенія имущественныя или матеріальныя и неимущественныя или идеальныя.

К первым относятся почти всѣ отношенія вещнаго характера, дающія непосредственное господство над предметами внѣшняго міра, большая часть отношеній обязательственнаго характера, т.-е. права на дѣйствія и воздержанія других лиц, большая часть отношеній по наслѣдованію-переходу имущества умершаго к его живым преемникам, часть отношеній, вытекающих из принадлежности к семейному союзу, напр. алиментарныя права и др. С точки зрѣнія субъекта прав в эту группу входят почти всѣ права вещныя, большая часть обязательственных и наслѣдственных прав и часть семейных прав. Кромѣ того, нѣкоторыя индивидуальныя блага или права личности носят имущественный характер, напр. право на фирму. Равным образом, имущественный характер может принадлежать и правам на продукты духовнаго творчества (авторское право, патентное право и др.).

Ко второй группѣ правоотношеній, к правоотношеніям идеальнаго характера относятся прежде всего права личности

(права на жизнь и свободу, тѣлесную и духовную неприкосновенность, на честь, на имя, на охрану. интимной сферы и др.). Всѣ эти индивидуальныя блага по существу носят идеальный характер, не оцѣниваются на деньги и охраняются в силу их внутренняго значенія, независимо от наличности матеріальнаго интереса у их обладателя. Права на продукты духовнаго творчества (на научныя, эстетическія и техническія идеи и образы), также по своей сущности носят идеальный характер, хотя и могут вести к матеріальным послѣдствіям, пріобрѣтать имущественный характер. Так, для автора основное значеніе имѣет то обстоятельство, что данное произведеніе есть его творчество, выраженіе его индивидуальной творческой дѣятельности и опубликованіе послѣдняго может преслѣдовать не только матеріальныя цѣли, но и идеальныя—интересы научные, художественные, удовлетвореніе личнаго честолюбія, жажды славы и т.-п. Значительная часть семейных права также носит неимущественный характер (так наз. личныя семейныя отношенія, напр. личное право отца, мужа и т. п.). Нѣкоторыя наслѣдственныя права, напримѣр право на титул, и др. Но не надо забывать, что и права вещныя могут носить идеальный характер. Напр., сервитут вида (servitus prospectus) имѣет матеріальное значеніе для хозяина гостиницы, привлекающей прекрасным видом на окружающій ландфафт посѣтителей и носит идеальный характер-удовлетворенія эстетических потребностей для собственника виллы, неэксплуатируемой с цѣлью извлеченія выгоды. И в том, и в другом случаѣ он пользуется защитой. Равным образом, в обязательственном правѣ наряду с матеріальным интересом, современное правосознаніе дает защиту и нематеріальным интересам.

Из частно—правовых отношеній идеальнаго характера мы остановимся здѣсь нѣсколько подробнѣе на индивидуальных правах. Другіе относящіеся сюда институты, как напр. права на продукты духовнаго творчества и возмещеніе моральнаго вреда будут разсмотрѣны в дальнѣйших выпусках наших лекцій.

### *Права личности или индивидуальныя права.*

По современному правосознанію человѣческая личность, как таковая, т.-е. в отношеніи своего существованія и развитія своих духовных и физических свойств и способностей, стоит под охраной права. Эта охрана или защита личности, ея индивидуальной сферы производится не только уголовным и административным правом, но и правом гражданским. И если такія необходимыя условія существованія личности, как жизнь, тѣлесная неприкосновенность и свобода частнаго лица, широко охраняются в современном культурном государствѣ нормами уголовнаго и административнаго права, то другія стороны индивидуальной сферы личности охраняются уголовным и административным правом значительно слабѣе или совсѣм не охраняются. Здѣсь остается широкій простор для охранительных норм гражданскаго права. На этот путь и встало современное гражданское право и дает охрану индивидуальным интересам личности, признает за личностью право на индивидуальность. В гражданском правѣ защита личности идет особенно далеко, охватывает самыя интимныя стороны духовных свойств, личность получает здѣсь защиту «во всем богатствѣ ея своеобразных особенностей и творческих проявленій» (Покровскій) независимо от охраны тѣх или других сторон ея в других областях права.



Сюда относятся, в сферу охраны гражданскаго права входят: 1) условія существованія человѣка: жизнь, тѣлесная неприкосновенность, неприкосновенность его духовной сферы, свобода, честь, положеніе в обществѣ, в промышленной сферѣ, интимныя переживанія, 2) признаки его индивидуальности: фамильное имя, литературное имя (псевдоним), торговое имя (фирма), торговые знаки и в 3) нѣкоторые ученые, напр. Регельсбергер, Гирке, Штоббе и др. относят сюда продукты его духовнаго творчества, научныя, эстетическія и техническія идеи и образы, которыя мы выдѣляем в особую группу прав.

Все это тѣсно связано с индивидуальностью даннаго лица, составляет сферу его индивидуальной жизни и в качествѣ таковой находит защиту в гражданском правѣ. Нѣкоторыя стороны индивидуальной сферы личности развились настолько сильно и пріобрѣли такое значеніе в современной общественной жизни и гражданском оборотѣ, что приняли характер особых субъективных гражданских прав, имѣющих общее основаніе в правѣ личности на индивидуальность. В этом смыслѣ говорят: о правѣ на жизнь, свободу, честь, о правѣ на фирму, на имя и т. п.

Противники разсматриваемаго движенія в современном гражданском правѣ (Савиньи, Унгерн, Виндшейд, Тур и нѣк. друг.) указывают, что охрана личности принадлежит уголовному и административному праву, правопорядку вообще и никаких субъективных гражданских прав на жизнь, свободу, честь не существует. Здѣсь мы имѣем лишь рефлекс объективной

нормы, говорят они. Субъективное гражданское право возникает лишь с момента нарушенія закона, охраняющаго личность и имѣет своим содержаніем возмѣщеніе причиненнаго вреда.

Однако, если благодаря широкой охранѣ жизни, здоровья и свободы личности уголовным правом,-охрана послѣдних в гражданском правѣ, признаніе за личностью субъективных гражданских прав на жизнь, тѣлесную неприкосновенность и свободу, носит главным образом принципіальный характер, не лишенный все же конкретнаго значенія, то значительно болѣе конкретный характер носит гражданско-правовая охрана других сторон индивидуальной жизни личности.

На самом дѣлѣ, признаніе субъективнаго права на жизнь, духовную и тѣлесную неприкосновенность и свободу дает основаніе к удовлетворенію нематеріальнаго вреда, к защитѣ неимущественных интересов личности. Мы знаем, что современное европейское законодательство и судебная практика допускают возмѣщеніе моральнаго вреда. Но такое возмѣщеніе или удовлетвореніе моральнаго вреда возможно лишь при условіи признанія за личностью соотвѣтствующих субъективных гражданских прав. Здѣсь нельзя говорить о рефлексѣ объективной нормы, ибо нерѣдки случаи, когда такое причиненіе вреда совсѣм не связано с уголовно-наказуемым проступком или даже с гражданской виной отвѣтчика.

Вообще, права личности служат предпосылкой, основой всѣх других субъективных гражданских прав.

И чѣм дальше мы углубляемся в индивидуальную сферу личности, тѣм больше убѣждаемся в недостаточности ея охраны путем уголовных норм и тѣм болѣе конкретный характер пріобрѣтает ея гражданско-правовая защита, причем нѣкоторыя правомочія личности настолько широко развиваются, что пріобрѣтают характер особых субъективных прав. Сюда надлежит отнести слѣдующія субъективныя права.

### *Право на честь.*

По мнѣнію Гирке, неопороченная честь составляет основу права личности. Честь человѣка защищается от оскорбленія уголовным законом. Но эта защита недостаточна и не всегда в порядкѣ уголовном честь человѣк и незапятнанное доброе имя могут найти защиту. Напр., преслѣдованіе за клевету может



кончиться оправданіем, если суд установит, что оскорбившій добросовѣстно заблуждался, был добросовѣстно убѣжден в правильности своего сообщенія. В этом случаѣ положеніе обиженнаго представляется особенно тяжелым: обвиняемый оправдан и его доброе имя остается не реабилитированным. В нѣкоторых случаях против оскорбителя нельзя и предъявить уголовнаго обвиненія, напр., при наличіи депутатской неприкосновенности клевета или оскорбленіе в парламентской рѣчи остаются внѣ возможности уголовнаго преслѣдованія. То же самое имѣет мѣсто при амнистіи и в нѣкоторых других случаях. Наконец, необходимо имѣть в виду, что давностные сроки на предъявленіе обвиненія в подобных преступленіях кратки и истеченіе давности приводит к тѣм же результатам. Прав Маушка, который указывает, что пока честь охраняется только в уголовном порядкѣ, ея охрана находится еще в примитивном состояніи. Цѣлью уголовнаго процесса является не установленіе ложности оскорбительнаго сообщенія, нарушенія чести человѣка, как таковой, а вопрос о том, подлежит ли обвиняемый наказанію. И если послѣдній по тѣм или другим основаніям наказанію не подлежит, то падает и уголовная защита. К тому же надо замѣтить, что вообще уголовное право карает посягательство на нравственное достоинство человѣка, но оставляет в сторонѣ вопрос о физических качествах лица, его происхожденіи, религіи, косвенное очерненіе личности посредством описанія в литературном произведеніи и т. п., что является для уголовнаго права безразличным, но может принести вред данному лицу в его дѣловой сферѣ*).

Только в гражданском правѣ честь и доброе имя человѣка находят полную охрану и это достигается признаніем права на честь, как абсолютнаго права личности и допущеніем гражданскаго иска о признаніи ложности оскорбительнаго сообщенія и о запрещеніи повторять это сообщеніе вновь (Маушка, Покровскій).

### *Право на фирму.*

Несомнѣнно пользованіе фирмой, фирменным наименованіем представляет матеріальный интерес, ибо связано с опредѣленной кліентурой, основанной на довѣріи к данной фирмѣ. Пользованіе фирменным наименованіем чужого предпріятія может причинить послѣднему матеріальный ущерб, отвлекая от

*) См. Покровскій—„Право на честь“, “Вѣстник Гр. Права“, 1916 г., № 4.

него кліентов, неблагопріятно отзываясь на его кредитѣ и проч. Но вмѣстѣ с тѣм для торговаго предпріятія имѣет значеніе не только имущественная сторона пользованія фирмой, но и моральная — репутація, честность и добросовѣстность фирмы, ея доброе имя в гражданском оборотѣ, которое она желает охранять и ни с кѣм не желает им дѣлиться. И эта моральная сторона ея положенія и дѣятельности для солидной фирмы имѣет не меньшее значеніе, чѣм матеріальная. И пользованіе наименованіем фирмы даже без причиненія матеріальнаго ущерба послѣдней требует охраны. Уголовное право дает слишком слабую защиту пользованія фирмой—лишь при особом злоупотребленіи послѣдней. В частности наше право предусматривает только незаконом'рное допущеніе и участіе в дѣятельности торговаго дома под фирмою в качествѣ полнаго товарища (ст. 1200 и 1201 Улож. о Нак.), право на фирму находит лишь косвенно защиту в том случаѣ, если наименованіе фирмы включено в товарный знак (1357[1]—ст. Улож. о Нак.). Наоборот, современное гражданское право дает охрану пользованію фирмой в полном объемѣ, не только матеріальным, но и моральным интересам послѣдней. Так, согласно § 37 Герм. Торг. Ул. и § 876 Швейц. Гр. Ул. потерпѣвшій от пользованія его фирмой со стороны другого лица имѣет право не только на иск о возмѣщеніи причиненных ему убытков, но и на иск о прекращеніи пользованія его фирмой или о воспрещеніи пользованія таковой. Тѣм самым признается право на фирму, как особое индивидуальное право.

Колер относит сюда же право на газету, как предпріятіе и право на клейма или товарные знаки *).

Благодаря развитію торговаго оборота и тѣсной связи матеріальной и моральной стороны пользованія фирмою—вполнѣ понятно, что право на фирму или торговое имя нашло раньше других индивидуальных прав, признаніе в судебной практикѣ и законодательствѣ. Но вслѣд за признаніем указаннаго индивидуальнаго права в узкой сферѣ торговли было признано это же право в болѣе широком масштабѣ: право на имя вообще.

### *Право на имя***).

Имя есть основной признак индивидуальности человѣка, отличающій его от других людей. Чѣм одареннѣе, богаче содержаніем личность, тѣм цѣннѣе ея имя. И вообще с ростом значенія личности в современном правовом государствѣ, растет и значеніе индивидуальнаго имени. Фамильное или литературное имя (псевдоним) может имѣть и извѣстное матеріальное значеніе, но еще большее моральное. Пользованіе именем извѣстнаго писателя или художника со стороны бездарнаго не столько наносить матеріальный вред первому, сколько моральный ущерб его репутаціи. И пользованіе именем каждаго гражданина и тѣм болѣе с недостойными цѣлями наносит послѣднему моральный вред. Уголовное право и здѣсь лишь в особо квалифицированных случаях дает защиту потерпѣвшему. Гражданское же право уже давно приняло на себя охрану имени, но первоначально в видѣ охраны права собственности носителя имени на это послѣднее (ср. французскую практику), подобно тому, как первоначально право на литературное произведеніе разсматривалось как литературная собственность. И только постепенно с ростом культурнаго значенія личности и развитіем прав личности, охрана имени отдѣлилась от связи с институтом собственности и юридическая мысль пришла к признанію (первоначально в сферѣ торговаго оборота, а затѣм и гражданскаго) особаго права на имя. И это признаніе нашло свое законодательное выраженіе в § 12 Герм. Гр. Ул., коим закрѣплено право на имя и дан иск для его охраны.

*) См. „Гражданское право Германіи", стр. 95.
**) У нас см. статью Агаркова в Сборникѣ памяти Шершеневича.



### *Другіе виды индивидуальных прав.*

Современное правосознаніе выдвигает еще ряд индивидуальных прав в сферѣ торговаго оборота: право на промысел, право на положеніе в промышленной сферѣ и т. п., которыя имѣют и свою спеціальную защиту, но обычно недостаточную, заставляющую прибѣгать к общим нормам об охранѣ прав личности.

Кромѣ того, в сферѣ обще-гражданских отношеній выдвигаются индивидуальныя права: на честное к себѣ отношеніе, на собственное изображеніе, на тайну переписки и нѣкоторыя другія, которыя объединяются в видѣ общаго права на охраненіе интимной сферы личности или ея индивидуальности (право на индивидуальность).

Всѣ права личности нашли законодательное признаніе в Швейц. Гр. Улож., § 28 котораго содержит общее положеніе, что тот, «кто потерпит неправомѣрное нарушеніе в своих личных отношеніях, может предъявить иск об устраненіи наруше-

нія». Таким образом, права личности со времени изданія швейцарскаго кодекса перешли из области доктрины в область конкретнаго признанія их в видѣ общаго правила гражданским законодательством.

*Гражданское и торговое право.*

Нѣкоторые ученые выдѣляют из частнаго права особую область отношеній, область торговых дѣйствій и регулирующим эти дѣйствія нормам придают самостоятельное значеніе, противопоставляя их гражданскому праву и вводят, таким образом, дуализм в область частнаго права. Однако, если нѣкоторое своеобразіе торговых отношеній дает основаніе к выдѣленію торговых норм в особую группу в цѣлях систематизаціи и изученія, то это еще не основаніе для признанія за ними самостоятельнаго значенія. Нѣт критерія для выдѣленія норм торговаго права из гражданскаго. Нельзя провести принципіальной границы между торговым и гражданским правом. Нормы послѣдняго служат субсидіарным источником для перваго и отсутствіе норм торговаго права не создаст пробѣла или затрудненія в регулированіи торговаго оборота. Торговый оборот есть лишь часть общегражданскаго, тѣсно связан с ним и регулирующія его нормы имѣют главным образом историческое значеніе. С потерей торговым оборотом того исключительнаго значенія, которое он имѣл на первоначальных стадіях развитія денежнаго хозяйства, и с развитіем норм, регулирующих общегражданскій оборот, ослабляется и даже исчезает и необходимость в сохраненіи особых норм для перваго. Поэтому мы и разсматриваем торговое право только как часть гражданскаго. Стремленіе к унификаціи в правѣ, тенденціи развитія частнаго права, ведут к сліянію гражданскаго и торговаго права (ср. Леон-Кан и Рено, Талер, Дернбург, Эндеман, у нас Шершеневич, Удинцев).

## II. Виды гражданскаго права.

*1. Объективное и субъективное гражданское право.*

Гражданское право, как часть права вообще, дѣлится на право в объективном и право в субъективном смыслѣ.

Право в объективном смыслѣ есть совокупность юридических норм, регулирующих отношенія между субъектами права



в общественной жизни—общественный правопорядок. Слѣдовательно, *гражданское право в объективном смыслѣ есть совокупность юридических норм, регулирующих частныя или гражданскія отношенія (интересы) между субъъктами права в общественной жизни.*

Право в субъективном смыслѣ господствующая доктрина опредѣляет, как власть лица, направленная на осуществленіе признаннаго объективным правом интереса. Таким образом, *гражданское субъективное право есть власть лица (субъекта прав), направленная на осуществленіе признаннаго объективным правом частнаго интереса.* Объективное право существует внѣ субъекта права, есть внѣ его существующій правопорядок. Наоборот, субъективное право тѣсно связано со своим носителем – субъектом права.

Необходимо отмѣтить, что в наукѣ высказаны ученія, отрицающія объективное право (Петражицкій) и субъективное право (Дюги).

С точки зрѣнія психологической теоріи права проф. Петражицкаго право есть исключительно индивидуальное психическое явленіе (переживаніе). С этой точки зрѣнія и объективное право не является реальностью, а сводится к извѣстным проекціям во внѣ индивидуальных психических переживаній. Учрежденія объективнаго права не существуют внѣ нас, а мы приписываем (проецируем) составляющим их лицам (судьям, министрам и т. д.) извѣстныя свойства. Но, как правильно указывает Б. А. Кистяковскій *), «надо игнорировать всю современную правовую культуру, чтобы не замѣчать того права, которое объективировалось и воплотилось в учрежденіях». И вообще право не было бы правом, если бы оно не осуществлялось, не воплощалось в жизни, в общественных отношеніях и учрежденіях.

С другой стороны профессор Дюги отрицает идею современнаго государства и идею субъективных прав, замѣняя их идеями синдикализма и объективнаго права. По мнѣнію Дюги ни общество, ни индивидуум не имѣет прав. Всякій индивид обязан выполнить в обществѣ извѣстную соціальную функцію. Так напримѣр, собственность не есть право, а соціальная функція, в силу которой обладатель собственности обязан выполнять извѣстныя функціи, связанныя с обладаніем имуществом. Если он не выполняет этой обязанности, напримѣр, не культивирует земли, государство вправѣ вмѣшаться и принудить его к этому,

*) Соціальныя науки и право, 256—7 стр.

ибо собственник обязан употреблять вещь не только для удовлетворенія своих, но и общественных потребностей. В цѣлях удовлетворенія этих потребностей ему и принадлежит власть над вещью. Таким образом, никаких субъективных прав не существует, их замѣняют соціальныя функціи.

Это ученіе, как правильно отмѣтил проф. Покровскій *), покоится на идеѣ полнаго отрицанія личности. Уже по одному этому, независимо от других присущих ему дефектов, оно не отвѣчает современному правосознанію, противорѣчит положенію личности в правовом государствѣ. В частности, в современном государствѣ вмѣшательство государственной власти в частныя правовыя отношенія имѣет мѣсто лишь в исключительных случаях (нарушенія правопорядка, защиты соціально-слабаго и т. п.). Как общее правило, власть государства не устраняет широкой сферы индивидуальных правомочій, принадлежащих юридической личности над объектом права.

### *2. Различіе гражданскаго права по объекту.*

Объектом гражданскаго права могут быть индивидуальныя блага личности, продукты его духовнаго творчества, вещи, как объекты внѣшняго міра, цѣнность вещи, дѣйствіе или воздержаніе лица, положеніе человѣка, как члена семьи, наслѣдство.

Таким образом, по объекту гражданское право дѣлится на: 1) право личности, 2) право на продукты духовнаго творчества , 3) вещное право, 4) право присвоенія, 5) обязательственное право, 6) семейное право и 7) наслѣдственное право.

Право личности есть совокупность юридических норм, регулирующих индивидуальныя блага личности, как таковой—ея жизнь, свободу, честь, духовную и тѣлесную неприкосновенность, имя (торговое, фамильное, литературное), интимную сферу личности, вообще личныя отношенія человѣка. Сюда относятся субъективныя гражданскія права на жизнь, свободу, честь, на фирму, на имя, на охраненіе интимной сферы и др.

Право на продукты духовнаго творчества представляет совокупность юридических норм, регулирующих нематеріальныя блага, возникающія в качествѣ продуктов духовнаго творчества человѣка. Содержаніем их являются научныя, эстетическія и техническія идеи и образы, создаваемыя человѣком,

Сюда относятся субъективныя гражданскія права: авторское право на литературныя и музыкальныя произведенія, на

*) Основныя проблемы Гр. права стр. 89.



произведенія живописи, скульптуры и др., права на техническія и промышленныя изобрѣтенія, рисунки и модели.

Право вещное нормирует отношеніе человѣка, как субъекта права, к предметам внѣшняго міра—вещам. С субъективной точки зрѣнія вещное право есть право непосредственнаго господства лица над вещью. Сюда относятся: право собетвенности и ограниченныя вещныя права.

Право присвоенія есть абсолютное право на обращеніе в собственность чужой вещи или ея цѣнности.

Сюда относятся субъективныя права: залоговое право, право выкуша, право преимущественной покупки, право на нѣдра земли, право охоты и рыбной ловли и нѣк. др.

Обязательственное право нормирует отношенія субъекта права к другим таким же субъектам права. Обязательственное право дает господство над дѣйствіями другого лица, а через них и над матеріальным міром.

Семейное право опредѣляет личное и имущественное положеніе субъекта права, как члена семьи. Субъективныя семейныя права дѣлятся на личныя—право родительской власти, власти мужа, право опекуна, право на воспитаніе и имущественныя—право на алименты, право на отчет к опекуну и др.

Наслѣдственное право представляет совокупность юридических норм, опредѣляющих переход имущества умершаго к его живым преемникам.

Сюда относятся субъективныя гражданскія права: право на пріобрѣтеніе наслѣдства и право на положеніе наслѣдника.

### *3. Права властвованія и вспомогательныя права.*

В субъективных гражданских правах: личных, вещных, обязательственных, семейных, наслѣдственных и правах на продукты духовнаго творчества наиболѣе полно и опредѣленно проявляется господство субъекта над объектом. Поэтому указанныя субъективныя права и называют правами властвованія. Но от указанных прав властвованія современная доктрина различает другую группу субъективных прав, в которых не выражается опредѣленно господство субъекта над объектом, но которыя представляют правомочія, выходящія за предѣлы простой правоспособности, могущія оказать воздѣйствіе на правовую сферу другого лица. Такія права называют вспомогательными правами (sekundäre Rechte). Они иногда не выдѣляются из прав власт-

вованія, иногда же имѣют самостоятельное существованіе. Сюда относят: права на преобразованіе или вспомогательныя права в узком смыслѣ, отрицательныя права, ожидаемыя права, права присвоенія; к впомогательным правам можно отнести и акцессорныя права, как неимѣющія самостоятельнаго значенія (ср. Зеккель, Цительман, Регельсбергер, Тур и др.)

*Права на преобразованіе правового положенія или вспомогательныя права в узком смыслѣ* (Gestaltungsrechte, sekundäre Rechte*). Под правом на преобразованіе (вспомогательным правом) разумѣется правомочіе субъекта своей односторонней волей создавать, уничтожать или измѣнять права или юридическія отношенія. Пользованіе правом на преобразованіе (вспомогательным правом) осуществляется путем односторонняго дѣйствія управомоченнаго. Притязанію субъекта по вспомогательному праву соотвѣтствует не обязанность другого что-то сдѣлать или от чего то воздержаться, а „связанность" послѣдняго. Все пользованіе вспомогательным правом заключается в дѣйствіи одного без содѣйствія другого и без возможности для послѣдняго воспрепятствовать первому. Напр, офферент, пославшій офферту, связан рѣшеніем акцептанта: достаточно утвердительнаго волеизъявленія акцептанта, чтобы возник договор, или право держателя подписаннаго бланка документа, напр, векселя на заполненіе его содержаніем и обращеніе в оборот, право выбора при альтернативном обязательствѣ, право супругов на развод при наступленіи установленнаго законом повода и т. п.

Нѣкоторые ученые (напр, Беккер, Регельсбергер, Тур) выдѣляют из группы прав на образованіе особую группу *отрицательных прав* (negative Rechte). Под отрицательным правом понимают правомочіе односторонним волеизъявленіем прекратить юридическое отношеніе или уничтожить отдѣльное право, напр. право на поворот дара, на лишеніе уполномочія, право мужа запретить разведенной женѣ носить его фамилію *), право отказаться от открывшагося наслѣдства и т. п. Нѣкоторые относят к отрицательным правам и возраженія (ср. Тур).

*Возникающія, ожидаемыя права* (Warterechte). Субъективное право опредѣленнаго содержанія возникает иногда не сразу, а с наступленіем нѣкоторых правопроизводящих фактов. Напр. при сдѣлках с отлагательным условіем или сроком субъективное право непосредственно из сдѣлки еще не возникает, его возникновеніе с извѣстной вѣроятностью ожидается, оно

*) Ср. § 1577 герм. гр.-ул.



зависит от наступленія извѣстнаго событія или ряда событій или же истеченія извѣстнаго времени. Это состояніе возникновенія права пользуется защитой, напр. ненаступленіе правопроизводящаго событія по винѣ обязавшагося по условной сдѣлкѣ дает право противной сторонѣ требовать возмѣщенія убытков. Возникающее отсюда правомочіе (на возникновеніе субъективнаго права опредѣленнаго содержанія) при извѣстной обезпеченности послѣдняго нѣкоторые ученые причисляют к субъективным правам (Кромэ, Тур) *).

*Акцессорныя права.* Нѣкоторыя субъективныя права не носят самостоятельнаго характера, а находятся в извѣстной зависимости от другого главнаго права, напр. обезпечительная ипотека и обязательственное требованіе, которое она обезпечивает, поручительство и основное требованіе. Такія права называются акцессорными или дополнительными. Акцессорныя права служат к усиленію и укрѣпленію главных.

### *4. Права абсолютныя и относительныя.*

Необходимо различать матеріальную и формальную абсолютность; первая основывается на содержаніи права, вторая на способѣ его защиты.

Матеріальная абсолютность есть предоставленная объективным правом возможность полнаго распоряженія объектом.

На извѣстной стадіи развитія права нѣкоторыя субъективныя гражданскія права по своему содержанію носили абсолютный характер. Так, в древнем римском правѣ родительская власть (patria potestas), власть мужа (manus mariti), власть домовладыки над рабами (dominium), простирались до права жизни и смерти над объектами права—дѣтьми, женой, рабами; собственник мог свободно распоряжаться своей собственностью при жизни и на случай смерти и т. д. Как общее правило, обладатель права признавался управомоченным осуществлять послѣднее в полной мѣрѣ, без ограниченій. Qui suo jure utitur, neminem laedit—говорили римляне. Но уже в римском правѣ мы находим ограниченія субъективных гражданских прав, эти ограниченія еще болѣе развились в современном гражданском правѣ. Так, возникли ограниченія права собственности в интересах общих (права участія общаго—по выраженію нашего законодательства) и частных (права участія частна-

*) Права присвоенія в виду их большого значенія в гражд. оборотѣ разсматриваются нами отдѣльно, см. вып. III.

го), свобода заключенія договоров имѣет свое ограниченіе в предписаніях положительнаго права и правилах нравственности, абсолютная родительская и мужняя власть отошли в область преданій и приняли характер опекунскій—в интересах подвластных, свобода завѣщаній ограничена институтом обязательных долей и т. д. В настоящее время нельзя говорить об абсолютном характерѣ субъективных гражданских прав, всѣ они носят ограниченный характер по своему содержанію.

Различіе между абсолютными и относительными правами современная доктрина видит не в матеріальном, а в формальном признакѣ.

Формальная абсолютность—предоставленіе управомоченному защиты права против всѣх лиц, обязанных воздерживаться от вторженія в его юридическую сферу; формальная относительность—предоставленіе защиты против опредѣленных лиц, положительно обязанных к извѣстным дѣйствіям или воздержанію от таких дѣйствій.

Различіе в защитѣ абсолютных и относительных прав основывается на различіи между запретительными и приказательными нормами. Защита абсолютнаго права достигается путем запрета всѣм третьим лицам мѣшать осуществленію права управомоченным субъектом. Защита относительнаго права создается путем приказа обязанному лицу или лицам (и только им) совершить опредѣленныя дѣйствія или воздержаться от таковых. Центр тяжести первых—в дѣйствіях управомоченнаго лица, вторых—в поведеніи обязаннаго лица.

Таким образом, абсолютныя права имѣют дѣйствіе против всѣх лиц, налагают на всѣх обязанность или ограниченіе. Относительныя права дѣйствуют только против опредѣленных лиц, налагают лишь на опредѣленных лиц извѣстную обязанность.

К абсолютным правам должны быть отнесены: права личности или индивидуальныя права, права на продукты духовнаго творчества, права вещныя (за нѣкоторыми исключеніями), права присвоенія, часть семейных (напр. права родительской власти, власти мужа), часть наслѣдственных прав (напр. право на пріобрѣтеніе наслѣдства, на положеніе наслѣдника).

К относительным правам должны быть причислены: обязательственныя права, часть семейных прав (напр, право на алименты, на приданное, на супружеское сожительство), часть наслѣдственных прав (напр. на взысканіе долгов наслѣдодателя) и нѣкоторыя вещныя права *).



## III. Гражданское право в объективном смыслѣ.

Совокупность юридических норм, регулирующих частныя или гражданскія отношенія (интересы) в общественной жизни, составляет гражданское право в объективном смыслѣ.

### *Основанія возникновенія или источники права.*

Под источниками права понимают: 1) факторы правообразованія, каковыми являются, напр., законодатель, народное правосознаніе и 2) формы выраженія положительнаго права, напр. закон, обычай. Кромѣ того, источниками права называются: историческіе, юридическіе памятники и матеріалы, послужившіе основаніем к изданію закона, напр. указы и постановленія, на основаніи которых создана та или другая статья.

Под источниками права в техническом смыслѣ в наукѣ гражданскаго права, понимают формы, в которых выражается положительное право; эти формы выраженія права являются обязательными средствами ознакомленія с дѣйствующим правом для судей и всѣх граждан.

Таковыми являются: закон, обычай, наука права, судебная практика, автономія.

### *Закон.*

Закон есть юридическая норма, изданная государственной властью в установленном (законодательном) порядкѣ.

Различают закон в матеріальном и в формальном смыслѣ. Закон в матеріальном смыслѣ есть юридическая норма, т.-е. снабженное внѣшним принужденіем правило поведенія, изданная государственной властью в законодательном порядкѣ. Таким образом, закон в матеріальном смыслѣ опредѣляется своим содержаніем. Закон в формальном смыслѣ есть всякій акт государственной власти, изданный в порядкѣ, установленном для

*) Напр. в римском правѣ—права публиціанскаго собственника (владѣльца) дѣйствовали против всѣх третьих лиц, за исключеніем законнаго собственника и такого же публиціанскаго собственника, в современном правѣ собственность на движимыя вещи пользуется ограниченной защитой против добросовѣстных третьих пріобрѣтателей (ср. Регельсбергер—Общее ученіе о правѣ, стр. 237

прохожденія законов в матеріальном смыслѣ, т.-е. в законодательном порядкѣ, независимо от его содержанія (Лабанд, Іелинек). Законами в формальном смыслѣ являются напр., и принятіе бюджета, и установленіе контингента новобранцев, и измѣненіе штатов и т. п.

Характер (силу и значеніе) законов имѣют, так называемые, чрезвычайные указы (Nothverordnungen). Чрезвычайные указы есть указы главы государства, издаваемые во время перерыва сессіи органов народнаго представительства (парламента, государств. Думы) при наличіи чрезвычайных обстоятельств в порядкѣ верховнаго управленія по вопросам, предоставленным конституціей страны такому разрѣшенію *)

Чрезвычайные указы с открытіем сессіи парламента должны быть внесены в послѣдній в установленный конституціей срок и подлежат обсужденію послѣдняго и прохожденію на общем основаніи; при невнесеніи чрезвычайных указов в установленный срок, послѣдніе теряют свою силу.

Источником гражданскаго права являются законы в матеріальном смыслѣ и замѣняющіе их чрезвычайные указы до разсмотрѣнія послѣдних парламентом.

Закон должен быть издан в установленном порядкѣ.

Для дѣйствительности закона необходимо, чтобы иниціатива закона, установленіе его текста (принятіе закона) и санкція—соотвѣтствовали конституціи страны.

По основным законам 1906 г. закон должен пройти три ступени: быть принятым Государственной Думой, Государственным Совѣтом и получить утвержденіе монарха (ст. 86).

Для полученія общеобязательной силы, закон должен быть опубликован в установленном порядкѣ. Закон вступает в силу, пріобрѣтает дѣйствіе только послѣ надлежащаго опубликованія его во всеобщее свѣдѣніе **).

У нас законы публиковались Правит. Сенатом (по 1 д-ту) в Собраніи Узак. и Распоряж. Правительства, откуда они перепечатывались в обычном издаваемом ежегодно очередном томѣ Полнаго Собранія Законов и очередном прибавленіи к Своду Законов, а затѣм вносились в ближайшее изданіе соотвѣтствующаго тома Свода Законов. До 1863 года публикація производилась напечатаніем закона в полном Собраніи Законов,

*) На практикѣ чрезвычайные указы издаются не только при разрѣшеніи таковых конституціей, но и при молчаніи конституціи и даже при запрещеніи их конституціей (Бельгія, Греція, Италія). Но государственная практика требует, чтобы такіе приказы не противорѣчили основным законам страны.

**) Lex non obligat nisi rite promulgata, ср. 91 ст. Осн. Зак., изд. 1906 г.



а с 1863 г. начало выходить для сего Собраніе Узак. и Расп. Правительства.

По конституціи Р.С.Ф.С.Р. законодательныя функціи принадлежат Всероссійскому Съѣзду Совѣтов, Всероссійскому Центральному Исполнительному Комитету, его Президіуму и Совѣту Народных Комиссаров (24, 31, 37 и 38 и 50а ст. ст. конституціи Р.С.Ф.С.Р.). Постановленія означенных органов публикуются в Извѣстіях ВЦИК.

## *О б ы ч а й.*

Обычай в юридическом смыслѣ есть юридическая норма, возникшая независимо от государственной власти в силу бытовых отношеній и путем повторнаго однообразнаго примѣненія пріобрѣвшая в сознаніи народа или опредѣленнаго круга лиц, обязательное значеніе.

Для признанія наличности обычая, необходимо: 1) сознаніе его общеобязательнаго значенія, чѣм обычай и отличается от заведеннаго порядка или обыкновенія; 2) однообразное, продолжающееся долгое время примѣненіе—longa, diuturna, antiquitus probata consuetudo; однообразность примѣненія не устраняет возможности исключеній, необходимо лишь, чтобы однообразіе примѣненія являлось общим правилом, 3) непротиворѣчіе его общественому порядку.

Создающіяся путем примѣненія обычая нормы обычнаго права на первоначальных ступенях общественнаго развитія играли громадное значеніе в общественной жизни, являясь, если не единственным, то во всяком случаѣ главным источником права. Первоначально и законодательныя нормы носили только характер фиксаціи обычаев—ср. законы XII таблиц, Русскую Правду и др.—и лишь со временем, с развитіем и усложненіем общественной жизни приняли самостоятельный характер и вытѣснили обычное право. В современном правѣ обычай играет второстепенную роль, примѣненіе его очень ограничено и имѣет, главным образом субсидіарное значеніе (при недостаткѣ норм писаннаго права восполняет пробѣлы). Обычное право носило общій характер только на первоначальных ступенях развитія общественной жизни, когда послѣдняя отличалася простотой и несложностью, отсутствіем рѣзко выраженной дифференціаціи. По мѣрѣ же раздѣленія общества на классы и группы, с различными соціальными интересами, обычай также дифференцировался и появилось обычное право дворянства, торговаго класса,

крестьянства, которое постепенно теряло свое значеніе по мѣрѣ развитія силы и значенія общих законодательных норм. В указанном дифференцированном видѣ, среди отдѣльных групп населенія, с ограниченой сферой примѣненія встрѣчаем мы нормы обычнаго права в настоящее время.

Из современных законодательств французскій кодекс содержит лишь отдѣльныя ссылки на примѣненіе обычая. Большинство представителей доктрины и судебная практика стоят на той точкѣ зрѣнія, что обычное право имѣет примѣненіе только в точно указанных законом случаях и не носит даже субсидіарнаго характера. (Против Жени, который настаивает на субсидіарном значеніи обычнаго права).

Точно также австрійское общее гражданское уложеніе (§ 10) допускает примѣненіе обычая в случаях, положительно указанных законом.

В германском гражданском и торговом уложеніях нѣт указаній на силу и значеніе обычая. Большинство комментаторов, основываясь на исторіи вопроса и на том, что в законѣ о введеніи германскаго гражданскаго уложенія (§ 2) законом называется всякая юридическая норма, в том числѣ и норма обычнаго права, признают за обычаем не только субсидіарное, но и равное с законом значеніе, Нѣкоторые ученые на этом основаніи признают за обычным правом дерогативное (отмѣняющее закон) значеніе (Гирке, Дернбург, Козак, Кроме и друг.).

Швейцарское гражданское уложеніе признает за обычаем субсидіарное значеніе (ср. §§ 1 и 2).

Русское законодательство 1) в нѣкоторых случаях устанавливает обязательное примѣненіе обычая и, слѣдовательно, придает обычаю дерогаціонную силу и 2) в других случаях допускает примѣненіе обычая, а именно: а) в случаях положительно указанных в законѣ и б) в случаях, не разрѣшенных нормой законодателя.

Ст. 10[1] Уст. Гр. Суд. изд. 1914 г. гласит: «Сверх случаев, когда в силу самого закона примѣненіе обычая обязательно, суд при постановленіи рѣшенія, может, по ссылкѣ одной или обѣих сторон, руководствоваться общеизвѣстными мѣстными обычаями, когда примѣненіе мѣстных обычаев дозволяется именно законом или в случаях положительно не разрѣшаемых законами. Сторона, ссылающаяся в подтвержденіе своих требованій на извѣстный суду мѣстный обычай, обязана доказать его существованіе».



Таким образом, обычное право признается и допускается в качествѣ субсидіарнаго источника вообще, согласно ст. 10[1] Уст. Гр. Суд. по ссылкѣ сторон, и согласно 1 ст. Уст. Торг. в дѣлах торговых и без ссылки сторон*).

На субсидіарное значеніе обычая при толкованіи договоров указывает ст. 1539 т. X ч. I.

Обязательное примѣненіе обычнаго права и дерогативное значеніе его установлены

1) В крестьянском быту—в наслѣдованіи и раздѣлах крестьянскаго имущества (ст. 13 Общ. Пол. о Кр. и 76 ст. Врем. Прав. о волостн. судѣ**), в дѣлах по опекѣ и попечительству крестьян (прим. I к ст. 1 Пол. о сел. сост.).

2) Для жителей бывших Гуріи, Грузіи, и Имеретіи: а) при пользованіи сервитутами пастбищным и въѣзда в лѣс (452 прим. и ст. 454 т. X ч. I), при имущественном наймѣ (ст. 1700 прим. т. X ч. I).

3) Для инородцев Сибири, Закавказья и Юга Россіи (напр. прим. к ст. 2 и ст. 18 Полож. о башкирах, Уст. об упр. инород. ст. 35, Пол. об управленіи калмыков и др.).

4) В брачных дѣлах нехристіан между собою (ст. 90 т. X ч. I).

5) При договорѣ поклажи между лицами торговаго состоянія, (ст. 2112 п. 3 т. X ч. I) и в нѣкоторых других случаях.

Кромѣ того, разрѣшается примѣнять обычное право волостному суду по гражданским дѣлам, согласно 76 ст. Врем. Прав. о вол. судѣ, (прил. к ст. 2, прим. Учр. Суд. Уст.).

От обычая необходимо различать обыкновеніе и заведенный порядок. В качествѣ однообразнаго поведенія обыкновеніе может сближаться с обычаем и служить источником права. Оно отличается от обычая: 1) болѣе конкретным характером, определяет индивидуальныя отношенія, 2) устанавливает не только нормы объективнаго права, но и правоотношенія, т.-е. нормы субъективнаго права (Регельсбергер).

Заведенный порядок или дѣловая практика не являются источниками права, они играют роль восполняющих юдидическую сдѣлку элементов в случаѣ неполноты или недостатка послѣдних.

*) Ст. 1 Уст. Торг. „Рѣшенія Коммерческих судов утверждаются на законах; в тѣх же случаях, на кои нѣт точных и ясных законов, дозволяется принимать в основаніе торговые обычаи и примѣры рѣшеній, в том же судѣ послѣдовавших и вступивших окончательно в законную силу".

**) В ст. 13 Общ. Пол. говорится: „В порядкѣ наслѣдованія имуществом крестьянам дозволяется руководствоваться мѣстными своими обычаями." Пр. С. разъяснил указанное постановленіе в смыслѣ обязательности примѣненія обычнаго права (Гр. К. Д. 80/174, О. С. 98/2).

*Судебная практика.*

Судебная практика не имѣет внѣшне-обязательнаго значенія не носит характера обязательнаго источника права, но несмотря на это она все же играет роль самостоятельнаго источника и без признанія ее в таком качествѣ законом*).

Повтореніе по ряду однородных дѣл однородных судебных рѣшеній создает судебный обычай—usus fori, который опредѣляет судебную практику и на будущее время и тѣм самым является источником права. Правда господствующая доктрина учит, что суд не создает права, а лишь устанавливает уже существующее право, однако, и раздѣляя эту точку зрѣнія, как общее положеніе, нельзя не признать, что нерѣдко очерченныя законом границы настолько широки, что дают извѣстный простор творчеству судебных учрежденій (гуттаперчевые параграфы и пр.). Кромѣ того, неполнота, неясность и противорѣчіе законов, их обычная отсталость от жизни приводят к тому же результату: правотворчеству суда,—что и подчеркнуто в ст. 1 Шв. Гр. Улож. И для нас вопрос заключается вовсе не в том, творит ли суд нормы права, да он их творит, но в том, может ли это творчество быть субективно-свободным или должно исходить из дѣйствующаго права, имѣть послѣднее основаніем, а общій его разум руководящим критеріем. В этом послѣднем смыслѣ мы и понимаем правотворчество суда. С формальной стороны судебная практика всегда дѣйствует в рамках положительнаго права, но и оставаясь в этих рамках она создает посредством usus fori новыя юридическія нормы и даже цѣлые институты путем толкованія дѣйствующаго закона для устраненія его противорѣчій, восполненія пробѣлов и т. п.,—принципіально оставаясь на почвѣ дѣйствующаго права.

Огромную роль в указанном смыслѣ играют рѣшенія высших судов, которыя являются руководящими для судов низших инстанцій по их внутреннему достоинству и в силу своей внутренней авторитетности нерѣдко опредѣляют практику послѣдних.

Судебная практика имѣет исключительное значеніе в странах, гдѣ нѣт кодификаціи. Здѣсь судебный прецедент нерѣдко замѣняет собою норму писаннаго права. Таково напр. положеніе в Англіи**).

Особенно важное значеніе имѣла практика высшаго суда (Правит. Сената по кассац. департаментам) и у нас в Россіи.

*) Ср. однако ст. 1 Уст. Торг. (приведена выше).
**) См. напр. П. Г. Виноградов—Очерки по теоріи права, гл. VII.



Россія не имѣла гражданскаго уложенія, а только Свод узаконеній, дѣйствовавших на протяженіи двух с половиной вѣков. Поэтому отсталость от жизни, неполнота, неясность и противорѣчія норм права особенно рѣзко проявились в нашем законодательствѣ и в частности в Св. Законов и весьма остро ощущались в нашей судебной практикѣ. И у нас особенно тяжела и отвѣтственна и вмѣстѣ с тѣм и особенно высока была роль, которую пришлось играть нашему Кассаціонному Суду и в особенности Гражданскому Кассаціонному Департаменту Пр. Сената. Мы должны признать, что систему нашего гражданскаго права, посильно удовлетворявшую запросам жизни, создал Гражданскій Кассаціонный Департамент своей полувѣковой дѣятельностью. Мотивы его рѣшеній нерѣдко страдали теоретическими дефектами, но его окончательные выводы рѣдко расходились с требованіями жизни и духом права и справедливости. Пр. Сенат развивал широкую правотворческую дѣятельность. Он умѣл найти защиту и новым потребностям жиѣни (напр. договор контокоррентнаго счета) и создать из одного слова цѣлый юрид. институт (напр. ученіе о душеприк.) и развить немногія положенія законодателя в цѣлое и стройное ученіе (напр. ученіе о незаконом'рном обогащеніи) и т. д. Сенат являлся руководителем судебной практики всѣх судебных учрежденій государства. Его рѣшенія должны были служить для низших судов, при разрѣшеніи аналогических дѣл, руководством по своему внутреннему авторитету. Однако Сенат играл у нас большую роль.

Он встал на ту точку зрѣнія, что его рѣшенія обязательны для всѣх судов государства при разрѣшеніи однородных дѣл, а не только для того суда, в котором рѣшено по существу дѣло, послужившее основаніем разъясненія Сената (67—519, 70—1598, 80—46, 93—86, 909—82 и др.). Такое значеніе имѣют только опубликованныя в официальном сборникѣ рѣшенія (99—105, 96—122). Из двух противорѣчащих друг-другу рѣшеній судьи должны руководствоваться позднѣйшим (70—1628, 79—143, 910—99, 900—122), кассаціонныя рѣщенія—не закон и имѣют обратную силу (68—181, 73—1214). Рѣшенія Сената не обязательны для самого Сената и могут быть им отмѣнены; рѣшенія Общаго Собранія обязательны и для департаментов Сената (67—519).

В подтвержденіе приведенной доктрины ссылаются на текст 813 ст. У. Гр. С. «в разъясненіи точнаго разума закона *судебныя установленія* обязаны подчиняться сужденію Сената.»,

а по 815 ст. того же Устава рѣшенія Кассаціонных Департаментов Сената, разъясняющія точный смысл законов, публикуются во всеобщее свѣдѣніе «*для руководства* к единообразному истолкованію и примѣненію оных» и на цѣль учрежденія Сената проводить единообразіе в судебной практикѣ.

Указанное толкованіе ни в коем случаѣ нельзя признать правильным. Рѣшеніе Сената обязательно лишь для суда II инстанціи, в который оно возвращено послѣ кассаціи рѣшенія, для прочих судов оно носит лишь руководящій по своему внутреннему достоинству, но не обязательный характер.

Хотя в ст. 813 говорится «судебныя установленія» обязаны подчиняться сужденію Сената, но в ст. 930 Уст. Уг. Суд. употреблено единственное число: «Суд, в который обращено дѣло для новаго рѣшенія обязан в разъясненіе истиннаго разума закона подчиниться сужденію Сената». Источником той и другой статьи является 78 ст. Осн. Пол. и она говорит о судѣ. А мотивы с 813 ст. Уст. Гр. С. говорят, что эта статья есть точное воспроизведеніе ст. 78 Осн. Пол. Слѣдовательно, выраженіе «судебныя установленія» употреблено в ст. 813 в смыслѣ судебных установленій, коим передаются для рѣшенія по существу дѣла с кассированными рѣшеніями, т.-е. суд II инстанціи. Такое толкованіе подтверждается и текстом 815 ст., в которой говорится: «и касаціонныя жалобы против постановленнаго на сем основаніи *второго рѣшенія* ни в каком случаѣ не пріемляются». Говоря о втором рѣшеніи, очевидно, закон имѣет в виду суд II инстанціи, разрѣшающій дѣло по существу. Кромѣ того, ст. 814 говорит об опубликованіи рѣшеній Сената для руководства, а не для обязательнаго исполненія. Они и должны служить руководством в силу своего внутренняго авторитета, своего внутренняго достоинства. Самый термин «для руководства» устраняет обязательность примѣненія, руководствоваться можно только тѣм, что представляется в глазах пользующихся руководством достойным, внутренне-авторитетным, иначе получится не руководство, а подчиненіе.

К изложенному надо добавить, что наша система высшаго суда построена по образцу французской кассаціонной системы, а во Франціи не возникает и рѣчи об общей обязательности для низших судов рѣшеній кассаціоннаго суда—что на мѣшает послѣднему играть рукордящую роль в судебной практикѣ.

Кромѣ того, при указанном толкованіи 813 и 815 стт. Уст. Гр. С. Сенату присваивается законодательное значеніе и нарушаются 9 ст. Уст. Гр. Суд. и 13 ст. Уст. Уг. Суд.



Подобное толкованіе приводит и к логическому противорѣчію: если обязанность подчиненія сужденію Сената относится не только к дѣлу, восходившему на разсмотрѣніе Сената и переданному для новаго разсмотрѣнія в суд II инстан., но и ко всѣм судебным установленіям при разрѣшеніи однородных дѣл, то отступленіе от сенатскаго рѣшенія есть повод к кассаціи (ср. 1870—1598) и сам Сенат не мог бы отмѣнить своего рѣшенія (Сенат нашел выход из этого затрудненія признаніем, что рѣшенія Сената не обязательны для самого Сената, – однако, этот выход и логически не безупречен и не может найти обоснованія в законѣ).

## *Наука права*).*

В настоящее время наука права не является, как это было прежде самостоятельным источником права. Закон и обычай обязательны сами по себѣ, в силу своего происхожденія. Выводы доктрины не носят внѣшне обязательнаго характера, а имѣют значеніе и оказывают вліяніе исключительно вслѣдствіе своей научной правильности, в силу присущаго им внутренняго авторитета. Таким образом, наука права является лишь косвенным источником правообразованія—через судебную практику.

В Римѣ заключенія ученых юристов—responsa prudentium—имѣли громадное значеніе для магистратов и присяжных судей. Императором Августом нѣкоторым юристам было даровано jus respondendi. Responsa таких юристов имѣли для суда обязательную силу и значеніе, только представленіе противоположнаго заключенія другого, обладающаго таким же правом юриста парализовало значеніе перваго заключенія. Постановленіями преемников Августа это право было регламентировано и число юристов, имѣвших ius respondendi, возрасло до значительных размѣров.

Таким образом, responsa prudentum дѣлились в Римѣ на два вида: responsa publica и responsa privata.—Первыя—заключенія юристов, обладающих jus respondendi, данныя в надлежащей формѣ и для надлежащаго судьи, вторыя—всѣ остальныя. За заключеніями обращались преторы, магистраты, судьи и стороны—как до процесса, так in jure и in judicio. Характер responsum publicum носило заключеніе, данное юристом, имѣющим jus respondendi по просьбѣ сторон для судьи. Оно облекалось

*) См. по настоящему вопросу: Гольмстен—Ученые юристы и гражданское правосудіе, Ж. М. Ю. 1905, 4.

обычно в письменную форму, имѣло подпись и печать давшаго его юрисконсульта.

Послѣднія предоставленія юристам jus respondendi относятся к эпохѣ Діоклетіана. Дальше с паденіем юриспруденціи обращались лишь к умершим юристам, имѣвшим jus respondendi и их sententia приводили на судѣ. Имп. Юстиніан ограничил обязательное значеніе таких sententia и признал jus respondendi только за пятью юристами, во главѣ с Папиньяном, мнѣнію котораго при разногласіи предоставил рѣшающее значеніе.

В городах средневѣковой Италіи с рецепціей римскаго права развилось обращеніе к ученым знатокам права—в частности к профессорам университетов (Болоньи, Падуи, Пизы) за разрѣшеніем сложных юридических вопросов. Этот институт достиг своего развитія в XIII столѣтіи и носил названіе consilia sapientum. Такія consilia давали Бартольд, Бальд и другіе знаменитые ученые юристы. За consilia обращался суд по собственной иниціативѣ или по просьбѣ сторон. Выбор ученаго принадлежал в послѣднем случаѣ сторонам, при разногласіи сторон—выбирал суд. Дѣло отсылалось ученому юристу, который и был обязан дать заключеніе (письменное). Это заключеніе—consilium —была обязательно для суда. Если заключеніе давало нѣсколько ученых, было обязательно заключеніе большинства. Неподчиненіе судьи такому заключенію наказывалось штрафом, а рѣшеніе, постановленное вопреки заключенію, объявлялось недѣйствительным.

В Германіи правообразующая сила науки права нашла свое выраженіе, как в обращеніи за заключеніями (Gutachten) к отдѣльным ученым, первоначально итальянским, откуда шла рецепція римскаго права, а затѣм с XIII в. и к своим германским, так с XV вѣка и в обращеніи к университетам. Юридическіе факультеты послѣдних и давали отвѣты на спорные вопросы права по запросам судов. Консультаціонная дѣятельность университетов была настолько велика, что напр. в Ростокском университетѣ доходила до 600 заключеній в год. По общему правилу такія заключенія не были обязательны для суда, но они считались обязательными, если заключеніе испрошено у университета по просьбѣ сторон или если два университета дали тождественное заключеніе.

В Германіи же получил развитіе другой институт, гдѣ правообразующая дѣятельность науки права нашла свое высшее выраженіе, т. наз. Actenversendung—отсылка дѣла на рѣшеніе



университета (Spruchcollegium). Инціатива отсылки может принадлежать обѣим сторонам, в нѣкоторых случаях суду или одной сторонѣ. В нѣкоторых мѣстных законодательствах указывался университет, в который отсылалось дѣло; в других случаях выбор университета принадлежал суду, стороны имѣли право отвода и могли устранить три университета без указанія причин. Университет, в который отсылалось дѣло, не был извѣстен сторонам. Юридическій факультет избраннаго судом университета (Spruchcollegium) разсматривал дѣло и составлял от имени суда рѣшеніе, которое и подписывалось деканом. Суд, получив дѣло, вызывал стороны и в их присутствіи вскрывал пакет и объявлял рѣшеніе. Рѣшеніе считалось обязательным и не могло быть исправлено судом. Нарушеніе процессуальных форм и правил могло быть исправлено судом. Если суд усматривал в рѣшеніи такіе существенные дефекты, которые дѣлали его ничтожным, то объявлял об этом сторонам и отсылал дѣло в другой университет. В XVIII в. в различных государствах Германіи этот институт постепенно упраздняется, но в нѣкоторых небольших германских государствах он просуществовал до введенія общаго устава гражданскаго судопроизводства (1879 г.).

Всѣ указанныя формы участія ученых в отправленіи правосудія пережил институт дачи заключеній отдѣльными учеными (Gutachten). Эти заключенія распространены в Германіи и Швейцаріи и по настоящее время. Всѣ извѣстные юристы Германіи и Швейцаріи дают такія заключенія, по нѣкоторым дѣлам заключенія давали нѣсколько ученых, напр. в знаменитом Базельском спорѣ суд имѣл перед собой заключенія Рютимана, Келлера, Дернбурга и Іеринга, по дѣлу швейцарских желѣзных дорог—заключенія Гейслера, Гильти, Каррара, по дѣлу Гейской жел. дор.—Іеринга, Гейслера, Рено и Броше и т. д. Обычно за заключеніем к ученому юристу обращается та или другая сторона и данныя заключенія представляются в суд, но иногда и сам суд ex officio обращается за заключеніем по спорному правовому вопросу к извѣстному ученому. И эта практика существует при полном молчаніи закона.

И в практикѣ наших судов, главным образом, Гр. К. Д Пр. Сената—встрѣчалось обращеніе к заключеніям ученых, которыя и представлялись к дѣлу сторонами. Иногда Гр. Д-т сам обращался к ученым с просьбой дать заключеніе по сложному юридическому вопросу. Это достигалось путем постановленія частнаго совѣщанія Департамента и письма обер-прокурора к ученому с просьбой дать заключеніе. Таковыя давались, напр.

в дѣлах разрѣшенных Сенатом 1894-42, 95-72, 96-10 (Гольмстен).

В настоящее время значеніе науки, как источника права, подчеркнуто в § 1 Шв. Гр. Улож., который в случаѣ пробѣла в правѣ ставит судью в положеніе законодателя, но обязывает его при этом слѣдовать доктринѣ и традиціи. Но и здѣсь наука права получает возможность вліять на правообразованіе лишь косвенно, посредством судебной практики. Такое значеніе имѣет доктрина права в наше время вообще.

И наш Правительственный Сенат неоднократно ссылался на общія начала (Гр. К. Д. 92-35, 93-50, 907-18), на литературу, курсы, учебники (09-66, 35, 07-18).

*Автономія.*

Автономія есть способность соціальных организацій устанавливать объективное право, ограниченное в своем дѣйствіи внутренними отношеніями этих организацій.

Каждая соціальная организація имѣет власть над своими членами. Она регулирует свои внутреннія отношенія посредством статута, который складывается из писанных норм и обычаев, иногда состоит только из послѣдних. Каждый член такой соціальной организаціи обязан подчинятся ея статуту или может свободно выйти из организаціи (Регельсбергер).

Соціальную автономію необходимо отличать от частной автономіи. Под частной автономіей разумѣют сферу свободы в области частноправовых отношеній, предоставляемую объективным правом субъекту права. В этом случаѣ частной волей создаются правоотношенія, а не нормы объективнаго права. Между тѣм как при соціальной автономіи создаются нормы объективнаго права. Акты устанавливающіе нормы права, называются нормативными актами. Нормативные акты могут быть односторонними, напр. правила внутренняго распорядка, тарифы, и двусторонними, напр. тарифные договоры, соглашенія (Таль). Автономія дѣйствует в предѣлах, допускаемой государственной властью.

Для дѣйствительности извѣстной нормы, как автономной, необходимо, чтобы она была издана подлежащим органом, в предѣлах предоставленной ему автономіи и не должна противорѣчить закону.

В прежнее время, когда государственная власть не окрѣпла, автономія играла большую роль в публичной и частной жизни. Таковыми являлись напр. нормы, издаваемые владѣльцами городов, магистратами, общинами, цехами, университетами, главами дворянских родов и др. С ростом и централизаціей государственной власти и усиленіем силы и значенія закона, сфера примѣненія автономіи значительно сократилась, однако, не исчезла совершенно, а даже, наряду с прекращеніем прежних видов послѣдней, возникли новые. Так напр. автономіей пользуются церковь, органы мѣстнаго самоуправленія, университеты, торгово-промышленныя предпріятія и др. соціальныя организаціи, устанавливающія правила внутренняго распорядка или создающія путем нормативных актов обязательныя для третьих лиц нормы (тарифные, концессіонные договоры и т. п.).



Среди автономных норм частнаго права надлежит отмѣтить каноны, т.-е. юридическія нормы, созданныя церковью и признаваемыя государством обязательными для граждан.

Прежде церковь имѣла большую сферу автономіи в области частнаго права. Так в московском государствѣ к компетенціи церкви относились дѣла, вытекающія из союза семейнаго, брачныя, наслѣдственныя, третейскій суд, опека и попечительство и ряд других. При современных взаимоотношеніях государства и церкви таких гражданских норм, которыя созданы церковью и признаны обязательными государством—не много. Так, согласно 23 ст. т. X ч. 1 степени родства, в коих запрещен брак, опредѣляются церковью, согласно 61 ст. т. X ч. I, брачная дѣеспособность опредѣляется церковью. Кромѣ того, вопросы о дѣйствительности и недѣйствительности брака и о расторженіи брака рѣшаются духовным судом на основаніи церковных норм.*)

## IV. Закон.

Главным и основным источником права в настоящее время является закон. Это заставляет нас болѣе подробно остановиться на ученіи о законѣ: дѣйствіи закона, его примѣненіи и толкованіи.

*Дѣйствіе закона в отношеніи лиц.*

По общему правилу законы государства распространяются в равной мѣрѣ на всѣх лиц, проживающих на территоріи дан-

*) Своеобразным источником правообразованія служила у нас оффиціальная кодификація законов. См. по этому вопросу Н. И. Лазаревскій—Законодательство под видом толкованія законов, Вѣстник Гражданскаго Права, 1916 г. № 2.

наго государства. Всѣ подлежат дѣйствію закона и подлежат этому дѣйствію в равной мѣрѣ с другими. Всѣ равны перед законом. Спеціальныя юрисдикціи отдѣльных групп или лиц, прежде существовавшія во всѣх государствах, нынѣ отмѣнены.

*Исключенія.*

1) Монарх в конституціонном государствѣ не подлежит отвѣтственности в вопросах публичнаго права, за него несут отвѣтственность подлежащіе министры. В вопросах гражданскаго права и монарх подлежит отвѣтственности, не допускается лищь обращеніе принудительнаго взысканія на его имущество.

2) Лица, принадлежащія к иностранным посольствам, по общему правилу международнаго права, не подчиняются законодательству государства, при правительствѣ котораго они состоят (аккредитованы). Они пользуются правом экстерриторіальности и подлежат дѣйствію законов своего государства.

3) Иностранцы, подданные другого государства, проживающіе на территоріи даннаго государства, не вполнѣ подчинены законам послѣдняго. На них распространяется дѣйствіе гражд. и уголовных законов, но не всѣх законов публичнаго, в частности администр. права. На них не распространяются всѣ права и обязанности непосредственно связанные с подданством и т. п.

*Спеціальные законы.*

Кромѣ того существуют законы, которые распространяют свое дѣйствіе на отдѣльныя категоріи лиц, выдѣленных в особыя группы по каким-либо спеціальным признакам, напр. по вѣроисповѣдованію, роду занятій, полу, возрасту и т. п. Такіе законы носят названіе спеціальных законов, напр. охранительныя нормы относительно малолѣтних и несовершеннолѣтних (217—222 ст. т, X ч. I), прежнія ограничительныя нормы для евреев, нынѣ отмѣненныя, спеціальныя нормы по опекѣ и наслѣдованію мусульман (245, 1045 прим. 1161, 1338—1340 ст. т. X ч. I) по землевладѣнію, опекѣ и наслѣдованію крестьян (т. IX Особ. Прил.), спеціальныя нормы для иностранных колонистов Петербургской губерніи, Лифляндской, Саратовской, Ставропольской, Закавказья (т. XI ч. II) для инородцев и нѣкоторых других.

Сюда же должны быть отнесены и привиллегіи.



*Дѣйствіе закона во времени.*

Момент вступленія закона в дѣйствіе.—В большинствѣ государств вновь изданный закон публикуется во всеобщее свѣдѣніе путем напечатанія его в оффиціальном органѣ правительства и только послѣ подобной публикаціи вступает в силу. Таким органом в Россіи с 1863 г. служило Собраніе Узаконеній и Распоряженій Правительства.

В самом законѣ может быть указано (что обычно и дѣлается при изданіи законов, имѣющих важное значеніе), с какого времени он вступает в дѣйствіе. Если же такого указанія не сдѣлано, то момент фактическаго вступленія закона в дѣйствіе разрѣшается в различных государствах особыми постановленіями.

Так как текст закона, напечатанный в оффиціальном органѣ правительства, не может быть в тот же день сообщен во всѣ мѣстности государства, то обычно устанавливается извѣстный промежуток времени между опубликованіем закона и признаніем его фактически вступившим в силу. Такой промежуток времени называется vacatio legis и закон признается вступившим в силу: в Германіи для всего государства одновременно через 14 дней послѣ его опубликованія в правительственном органѣ, то же в Италіи—через 15 дней, во Франціи через день послѣ полученія в округѣ (пораздѣленіе департамента, уѣзд) номера оффиціальнаго органа, гдѣ напечатан текст закона.

В Россіи прежде законы публиковались Прав. Сенатом (ст. 91 Осн. Зак.) в Собраніи Узак. и Распор. Правительства и признавались вступившими в силу „со дня полученія на мѣстѣ листа сенатскаго изданія, в коем закон напечатан“ (93 ст.), т.-е как разъяснил Прав. Сенат по О. С. 1910 г.—37 „в присутственных мѣстах даннаго города“.

*Границы и сила дѣйствія закона во времени.*

По общему правилу сила и дѣйствіе закона распространяется только на будущее время. В самом законѣ может быть указано на какой срок распространяется его дѣйствіе, напр. во время послѣдней войны с Германіей было издано много законов, срок дѣйствія которых опредѣлялся состояніем войны. С истеченіем установленнаго времени такой закон теряет свою силу. Если же такого указанія на срок его дѣйствія в законѣ не сдѣлано и не заключается в его содержаніи, то закон признает-

ся безсрочным и может быть отмѣнен лишь новым законом, прямо направленным на его отмѣну или по своему содержанію отмѣняющим нормы предыдущаго закона. Lex posterior derogat priori.

Вопрос о том, отмѣнен ли прежній закон новым и в какой части, нерѣдко не легко разрѣшается и является вопросом толкованія закона.

Так как всякое право удовлетворяет потребностям своего времени и каждое вновь возникающее жизненное отношеніе подлежит дѣйствію существующаго права, то и признается, что новый закон не может быть примѣнен к прежде сложившимся отношеніям. Закон примѣняется только на будущее время или то же правило в отрицательной формулировкѣ: закон обратной силы не имѣет. Это значит, что отношенія возникшія при дѣйствіи стараго закона, обсуждаются по правилам этого послѣдняго, напр. совершен словесный договор арендѣ, а новым законом требуется для сего письменная форма; подобный договор сохраняет свою силу и т. п. По теоріи Савиньи-Лассаля так называемыя „пріобрѣтенныя права" не подлежат измѣненію. И в том случаѣ, когда юридическія послѣдствія извѣстнаго ранѣе возникшаго отношенія еще не наступили или не закончились,—они обсуждаются по старому закону. Однако, в виду того, что нѣкоторыя юридическія отношенія призваны к дѣйствію на неограниченно длительное время и обсужденіе их послѣдствій по старому закону фактически привело бы к невозможности их отмѣны, напр. существованіе ленных отношеній, семейных федеикомиссов, майоратов или к длительному существованію правоотношеній, признаваемых современным правосознаніем вредными или безнравственными, напр. дѣйствіе крѣпостного права в отношеніи лиц, состоявших в таковом до изданія закона об отмѣнѣ послѣдняго—то естественно, что допускается преобразованіе существующих правоотношеній, так что дѣйствіе новаго закона распространяется на ранѣе сложившіяся и существующія правоотношенія. Это положеніе характеризуют иногда слѣдующим образом: закон обратной силы не имѣет, если противнаго не установлено в самом законѣ.

Приведенное правило не вполнѣ точно передает сущность положенія. И в данном случаѣ закон дѣйствует на будущее время, но под его дѣйствіе подводятся не только вновь создающіяся, но и сложившіяся ранѣе юридическія отношенія.

Подобное дѣйствіе закона может быть как прямо expressis verbis выражено в законѣ, так и вытекать из его цѣли или содержанія.



Таким образом, правовыя послѣдствія юридическаго отношенія обсуждаются по тому закону, при дѣйствіи котораго они возникли, если только новый закон не имѣет непосредственной цѣлью измѣненія*) существующих правоотношеній.

Французскій гражд. кодекс содержит правило: закон дѣйствует только на будущее время, он не имѣет обратной силы (§ 2). Наша 89 ст. Осн. Зак. изд. 1906 г. гласит: „каждый закон имѣет силу только на будущее время, кромѣ тѣх случаев, когда в самом законѣ постановлено, что сила его распространяется и на время предшествующее, или что он есть только подтвержденіе или изъясненіе смысла закона прежняго".

Конец приведенной статьи говорит собственно не о новом законѣ, а об аутентическом истолкованіи стараго закона. Оно всегда имѣет обратную силу. Но так как аутентическое толкованіе не всегда является дѣйствительно правильным, то нерѣдко путем аутентическаго истолкованія прежняго закона издается новая норма с обратною силою.

Вообще изданіе закона с обратною силою крайне нежалательно, ибо противорѣчит основным началам права и справедливости. Оно должно быть допускаемо лишь в особо важных случаях, в интересах соціальной справедливости.

## *Дѣйствіе закона по мѣсту его примѣненія.*

### *Законы общіе и мѣстные.*

По мѣсту примѣненія дѣйствующее на территоріи государства право дѣлится на общее и мѣстное или партикулярное.

Общее право есть право, дѣйствующее на всей территоріи государства, а мѣстное только на опредѣленной территоріи. Общій закон распространяет свое дѣйствіе на всю территорію государства, мѣстный—на опредѣленную территорію. И тѣ и другіе законы должны исходит из одного источника—единой законодательной власти.

Таким образом, на одной и той же территоріи могут дѣйствовать двоякаго рода законы: общіе и мѣстные. Каково их взаимоотношеніе? По общему правилу законы партикулярные или мѣстные исключают примѣненіе общих законов и послѣдніе имѣют лишь вспомогательное, субсидіарное значеніе. Однако, возможно и другое соотношеніе, когда общее законодатель-

*) По мнѣнію Регельсбергера „улучшенія", ук. соч. стр. 218.

Государственная
библиотека
СССР
им. В. И. Ленина

ство признается безусловно дѣйствующим на всем пространствѣ государства, а мѣстные законы дѣйствуют, лишь поскольку примѣненіе их опредѣленно допускает общее право.

В первом случаѣ общіе законы называются субсидіарно-общими, во втором—абсолютно общими.

## *Общее законодательствво Россіи.*

### *Полное Собраніе законов и Свод Законов.*

Право московскаго государства нашло свое выраженіе в Соборном Уложеніи 1649 г., которое в значительной свой части подвело и итоги развитію этого права. Однако Соборное Уложеніе скоро, уже с эпохи преобразованій Петра Великаго перестало удовлетворять требованіям жизни и для удовлетворенія послѣдних появилось новое законодательство, по мѣрѣ роста котораго увеличивалась и потребность в его кодификаціи. И начиная с Петра Великаго почти каждый государь дѣлал попытки кодифицировать наше право (Петр I, Петр II, Анна Іоанновна, Елизавета Петровна, Екатерина II, Павел I, Александр I). Из этих попыток заслуживают вниманія двѣ послѣднія: в 1809 г. под руководством гр. Сперанскаго был составлен проект гражд. уложенія (вліяніе франц. гр. кодекса) и в 1815-1823 гг. был составлен под руководством бар. Розенкампфа. Свод дѣйствующих законов в 7 томах и 15 частях и извлеченіе из них—„Основанія россійскаго права, извлеченныя из существующих законов Россійской имперіи“ (2 ч. 1821—1822 гг.), послужившіе одним из источников X тома. Но и эти проекты не получили утвержденія,

Царствованіе императора Николая I принесло, наконец, разрѣшеніе даннаго вопроса. Указом Николая I от 31 января 1826 г. было учреждено II Отдѣленіе Собственной Е. И. В. Канцеляріи, на которое было возложено продолженіе прежде существовавших комиссій по составленію «Уложенія отечественных законов». Во главѣ работы вновь был поставлен гр. М. М. Сперанскій.

Со свойственным ему талантом и энергіей гр. Сперанскій со своими сотрудниками очень скоро, всего в 7 лѣт, исполнил возложенную на него колоссальную задачу. Ближайшим его помощником в этой работѣ был Балугъянскій, затѣм Оленин, Рѣпинскій, бар. Корф и друг. Согласно возложенной на него задачѣ гр. Сперанскій составил полное Собраніе Законов (так называемое Первое П. С. З.) в 45 томах и Свод Законов в 15 томах, которые и получили утвержденіе в январѣ 1833 года.



Первая задача представлялась чрезвычайно трудной вслѣдствіе дурного состоянія архивнаго дѣла в Россіи и различных препятствій. Так, напр. в нѣкоторые архивы даже Сперанскому не разрѣшался вход без спеціальнаго разрѣшенія Государя, не только губернскіе, но даже столичные архивы не были обслѣдованы, не извѣстно было их содержаніе, часто не было описей дѣл и документов и т. д. Сперанскому и его сотрудникам пришлось совершить громадную работу, которая, конечно, не могла носить исчерпывающаго характера. По существу, Первое Полное Собраніе Законов не является ни полным собраніем, ни собраніем только законов (Филиппов). Послѣдующія изслѣдованія открыли в архивах ряд юридических актов, имѣющих по своему характеру право на включеніе их в Полное Собраніе Законов. С другой стороны, в Полном Собраніи Законов на ряду с законами мы находим много административных актов, трактатов, договоров, судебных рѣшеній и постановленій высших государственных учрежденій и т. п. исторических документов, не имѣющих характера законов *). Но все это не умаляет громадной важности труда гр. Сперанскаго и громаднаго значенія Полнаго Собранія Законов, как для судебной и административной практики, так и для науки. Составлено было I Полное Собраніе Законов уже в 1828 г. и издано в 1830 г. Оно открывается Соборным Уложеніем царя Алексѣя Михайловича и заканчивается 14 декабря 1825 г.—45 томов, с 14 декабря 1825 г. по 1 марта 1881 г. Полное Собраніе Законов носит названіе „второго П. С. З.“—55 томов и с 1 марта 1881 г.—„третьяго П. С. З.“.

Из полнаго Собранія Законов был составлен Свод Законов в 15 томах. Эта работа была закончена в 1830 г. и подвергнута разсмотрѣнію и провѣркѣ в 8 учрежденных при министерствах ревизіонных комитетах, согласно замѣчаніям которых и были произведены исправленія и измѣненія в Сводѣ. Ревизіонные Комитеты закончили свою работу в маѣ 1832 г., послѣ чего Свод был представлен в Государственный Совѣт и отпечатан первым изданіем. 19 января 1833 года Свод Законов был разсмотрѣн в Государственном Совѣтѣ, который постановил издать Свод Законов, разослать при манифестѣ в правительственныя мѣста и объявить послѣдним, что Свод пріобрѣ-

*) См. Филиппов А. Н. К вопросу о составѣ Перваго Полнаго Собранія Законов 1916 г. и нашу рецензію на эту работу в Юрид. Вѣстн.

тает исключительную силу закона с 1 января 1835 г., а до 1 января 1835 г. произвести негласную ревизію Свода для устраненія противорѣчій и неясностей и внесенія исправленій и дополненій в Свод. 27 января 1833 г. мнѣніе Государственнаго Совѣта было утверждено монархом, а 31 января 1833 г. был издан указанный манифест.

Предложенная Государственным Совѣтом негласная ревизія Свода (вторая: первая была произведена Ревизіонными Комитетами в 1830—1832 гг.) и была произведена в 1833—1834 г. особой комиссіей при министерствѣ юстиціи, при чем была измѣнена редакція 823-х статей Свода *). Измѣненныя статьи Свода были изданы в I дополненіи к Своду Законов изд. 1834 г., которое и было распубликовано при манифестѣ от 30 августа 1834 г. и вступило в силу, согласно манифеста, вмѣстѣ со Сводом 1 января 1835 г. **).

Свод Законов переиздавался полностью еще 2 раза: в 1842 г. и в 1857 г. С тѣх пор издавались только отдѣльныя части Свода. Свод Законов не содержит всего нашего права. В него не вошли: Свод Военных Постановленій, Устав Духовных Консисторій и нѣк. друг.

Что касается юридической силы Свода законов, то наша научная литература не содержит communis opinio по данному вопросу. Существуют три мнѣнія по вопросу о юридическом значеніи Свода. Согласно одному из них Свод Законов не является самостоятельным законом, а представляет лишь особую форму изложенія и истолкованія старых законов. Законы Содержатся в Полном Собраніи Законов, а Свод является лишь руководством для практическаго пользованія и скорѣйшаго разысканія закона. При разногласіи текста Свода и Полнаго Собранія Законов рѣшающим является подлинный текст узаконенія, помѣщенный в послѣднем. (Такой точки зрѣнія держится проф. Коркунов и немногіе его послѣдователи, напр. Побѣдина, Пахарнаев). Согласно другому мнѣнію Свод Законов является сомостоятельным законом, независимым от его источников и такое значеніе имѣют всѣ три его изданія 1832 г., 1842 г. и 1857 г. (Цитович, Ивановскій, Васьковскій, Каминка). Наконец, согласно третьему мнѣнію, которое раздѣляют большинство изслѣдователей вопроса, только первое изданіе Свода Законов имѣет значеніе самостоятельнаго закона, независимо от его источников (Лозина-Лозинскій, Лазаревскій, Блосфельд, Вормс, Латкин, Гамбаров и др.).

*) В качествѣ образца такого исправленія, см. исправленіе 1141 ст., т. X, и I.—Наша работа„ Преемство в линіи восходящей", стр.33—34.

** Внѣшняя исторія Свода подробнѣе всѣх изложена у Блосфельда: Законная сила Свода Законов в свѣтѣ архивных данных Ж. М. Ю. 1915—1917. См. его же—Свод Законов—положительный закон, Ж. М. Ю. 1910 г. № 2.



Нам кажется правильным послѣднее мнѣніе: Свод Законов изд. 1832 г. представляет самостоятельный закон, независимый от его источников. Это доказывается порядком его прохожденія и утвержденія.

Свод Законов разсматривался в Государственном Совѣтѣ 19-го января 1833 г. и Государственный Совѣт постановил: «1) Свод Законов издать нынѣ же и разослать во всѣ присутственныя мѣста; 2) при сем изданіи объявить, что Свод содержит в себѣ одни дѣйствующія только нынѣ узаконенія, и что через два года, то-есть с 1 января 1835 г. получит он *исключительную силу закона*»... Мнѣніе Государственнаго Совѣта было 27 января 1833 г. утверждено Николаем I, который в своей резолюціи подтвердил: «Свод разсылается нынѣ же как *положительный закон,* котораго исключительное дѣйствіе начинается с 1 января 1835 г.». И в манифестѣ от 31 января 1833 г. говорится о том, что «Свод имѣет воспріять законную свою силу и дѣйствіе с 1 января 1835 года»*).

Кромѣ того и теоретическія и практическія соображенія говорят за необходимость такого признанія. Свод Законов представляет изложеніе норм дѣйствующаго права в новой формулировкѣ, опирающейся на смысл прежде дѣйствовавших узаконеній, а иногда и расходящейся с послѣдними; равным образом в нѣкоторых случаях Свод устанавливает новыя положенія, неизвѣстныя до сих пор нашему праву. Практически невозможно установить истинный смысл узаконеній, положенных в основаніе норм Свода, а равно и невозможно оставить висящими в воздухѣ новыя нормы.

Изданія Свода Законов 1842 и 1857 гг. с послѣдующими продолженіями не имѣют силы закона: 1) потому, что они не утверждены, как положительный закон с исключительным дѣйствіем, 2) новыя изданія Свода не могут содержать новых формулировок старых узаконеній, а должны повторять буквальный текст статей закона, 3) они составлялись на основаніи особых правил 15 декабря 1834 г., которыя допускали помѣщеніе в Сво-

*) Манифест от 31 янв. 1833 г. может быть правильно понят только в связи с мнѣніем Государственнаго Совѣта от 19 янв. и резолюціей имп. Николая Павловича от 27 янв. 1833 г. При толковании его необходимо имѣть в виду, как установил г. Блосфельд (Ж. М. Ю. 1915 г. № 3, стр. 207), что указаніе в манифестѣ на дѣйствіе Свода, как руководства до 1 янв. 1835 г. и как положительнаго закона послѣ 1 января 1835 г. было признано императором излишним повторять.

дѣ и административных актов и 4) до послѣдняго времени и послѣ изданія Осн. Зак. 1906 г. в Сводѣ Законов помѣщались акты верховнаго управленія, но, конечно, это помѣщеніе не придавало им силы закона, 5) и самая публикація Свода Законов происходила в другом порядкѣ, нежели законов вообще *).

Правительствующій Сенат также признал первое изданіе Свода самостоятельным законом, а послѣдующія изданія—кодификаціонными (Гр. Д-т 1870—516, Об. С. 1890—7).

## *Свод Законов Гражданских—т. X, ч. I Св. Зак.*

Нормы гражданскаго права не сосредоточены в одном узаконеніи, а разбросаны в различных частях Свода, напр: т. IX—особое приложеніе, содержит крестьянское право, т. XI содержит Уставы торговый и вексельный, т, XVI—нотаріальное право, т. XII и нѣкоторые другіе также содержат нормы гражданского права. Кромѣ того, нѣкоторые из них находятся внѣ Свода—в Уставѣ Духовных Консисторій. Но главным сосредоточіем норм частнаго права является—ч. I т. X Свода, которая и носит названіе Свода Законов Гражданских.

Свод Законов Гражданских дѣлится на 4 книги, 13 раздѣлов и 2334 ст. (нынѣ фактически 2100 ст. и 20 ст. в приложеніях**).

Книга первая: „О правах и обязанностях семейственных" содержит 3 раздѣла (ст. 1—382).

Книга вторая: „О порядкѣ пріобрѣтенія прав на имущества вообще"—3 раздѣла (ст. 383—933).

Книга третья—„О порядкѣ пріобрѣтенія и укрѣпленія прав на имущества в особенности"—3 раздѣла (ст. 934—1527[6]).

Книга четвертая—„Об обязательствах по договорам"—4 раздѣла (1528—2334 ст.).

В первом и втором изданіи Свода Законов процессуальные гражданскіе законы были изложены вслѣд за матеріальными,

*) Ср. по данному вопросу еще Лозина-Лозинскаго—Кодификація законов по русскому государственному праву, Ж. М. Ю. 1897 г. №№ 4 и 5, Вормс—Законы Гражданскіе. Комментарій, I, стр. 4—14.

Отрицаніе за Св. Зак. значенія самостоятельнаго закона принадлежит Коркунову—Значеніе Свода Законов. Ж. М. Н. П. 1894 г., сент., ср. Побѣдина—К вопросу о юридической силѣ Св. Зак., Ж. М. Ю. 1909 г. № 4.

Взгляд, что всѣ изданія Свода представляют самостоятельный закон, особенно энергично защищает А. И. Каминка Право 1914 г., № 2—рецензія на Комментарій Вормса и Ельяшевича, Очерки торг. права, 1912, стр. 86 и сл., Право, 1908 г. № 1.

**) Подробнѣе о содержаніи I ч. т. X Св. Зак. (изд. 1914 г.) см. статью Никольскаго—Юридическое Обозрѣніе (Владивосток), № 5, 1922 г.



под общей нумераціей, в 3-м изданіи Свода 1857 г. процессуальные законы были выдѣлены и отнесены во II ч, X тома, а с изданіем Суд. Уставов 20 ноября 1864 г. в особый XVI т. Св. Зак.

Система X тома изд. 1832 г. носит не вполнѣ выдержанный институціонный характер: проведено дѣленіе на отдѣлы о лицах (1 кн.), о вещах (2 и 3 кн.) и об исках (т. X. ч. II), но имѣется особый отдѣл о договорах (кн. 4*).

Свод Законов Гражданских не является гражданским уложеніем в современном смыслѣ, т.-е. кодексом, созданным на основаніи данных науки, опыта судебной практики и потребностей гражданскаго оборота в извѣстный момент и представляющим единое систематическое цѣлое. Но свод не является и простой инкорпораціей законов, ибо большинство его статей впервые составлено для Свода и связано в единое цѣлое его системою. Он представляет собою то, что наши предки называли „сводным уложеніем"—систематизацію ранѣе изданных законодательных актов и занимает среднее мѣсто между инкорпораціей и кодексом**).

Представляя собою не кодекс, а Свод издревле дѣйствовавшаго права, основанный на источниках восходящих к Уложенію 1649 г., X том носит *сословный характер* и представляет лишь право служилаго сословія, основанное на крѣпостном трудѣ и помѣщичьем землевладѣніи, что уже давно не соотвѣтствует соціальным отношеніям. Благодаря этому X том далеко *отстал от жизни*. Благодаря своей отсталости от жизни и тому, что он включает разнобразныя нормы, издававшіяся на продолженіи двух с половиной вѣков по отдѣльным частным вопросам, X том страдает *неполнотой, противорѣчіями и казуистичностью*.

Источники X тома.—Свод Законов Гражданских (в отличіе от Гражданскаго Уложенія 1809—1814 г.г.) в общем и цѣлом, основан на источниках русскаго происхожденія, представляет изложеніе національнаго права.

*) В первом и втором изданіи Свода 1832 и 1842 г.г. т. X содержал в первых четырех книгах законы гражданскіе, а в послѣдних трех—законы судопроизводства гражданскаго. В изданіи 1857 г. законы гражданскаго судопроизводства выдѣлены в особ ю II ч. X т. и в 1864 г. перенесены в XVI т. В изданіи 1887 г. из общей нумераціи ч. I X тома выдѣлено в особое приложеніе „Положеніе о казенных подрядах и поставках", помѣщенное отдѣльно в концѣ I ч. X т. В 1912 г. образована 3 ч. X тома, куда помѣщено „Положеніе о землеустройствѣ", во II ч. помѣщены законы межевые.

**) Ср. Кассо—К исторіи Свода Законов, Вормс—Законы гражданскіе, Коммент., введеніе.

Основным источником его является законодательство московскаго государства, дополненное нормами послѣдующей эпохи. Право вещное, наслѣдственное (в большой его части) и обязательственное, развились у нас самобытно. Семейное право подверглось большому вліянію византійскаго (греко-римскаго) права. Но и здѣсь вліяніе византійскаго права сказалось главным образом на лично-семейном правѣ, имущественное же право членов семьи получило своеобразное развитіе. В наслѣдственном правѣ византійское право оказало свое вліяніе на развитіе преемства супругов, именно на установленіе кварты пережившаго супруга в движимости*). Но и сложившіеся под вліяніем византійскаго права нормы семейнаго (и наслѣдственнаго) права к XIX ст. вошли в обиход нашей жизни, ассимилировались ею.

Благодаря слабому развитію у нас гражданскаго оборота и казуистичности норм нашего московскаго законодательства, наше право страдало прежде всего недостатком общих положеній, а затѣм в особенности скудостью норм обязательственнаго права. При составленіи X т. Сперанскому и его сотрудникам приходилось создавать эти общія и недостающія нормы. Нѣкоторыя из них гр. Сперанскій провел через Государственный Совѣт во время составленія X тома, заимствовав их содержаніе, главным образом, из общих начал права и иностранных законодательств, ср, напр. постановленія относительно дарственных записей (991 ст.), понятіе о наслѣдствѣ (1104 ст.), о порядкѣ составленія и храненія духовных завѣщаній (1045 и слѣд. ст.), о толкованіи договоров (1539 ст.) и ряд других и помѣстил их в X том, как дѣйствующее право. Другія нормы Сперанскому пришлось создавать спеціально для X тома и основывать их на общем разумѣ нашего законодательства, ср. напр. разъясненіе к ст. 568. Наконец, ряд статей заимствован Сперанским, при составленіи X тома, из иностранных законодательств, напр. из французскаго кодекса, австрійскаго уложенія, прусскаго ландрехта и из друг.

### *Проект гражданскаго уложенія.*

Указанные выше недостатки побудили правительство приступить к составленію Гражд. Уложенія. В 1882 г. была для

*) О вліяніи византійскаго права на русское вообще и по семейному и наслѣственному праву в частности, см. нашу работу „О посмертном преемствѣ супругов по русскому праву", 1914 г., стр. 46—68 и 95—97.



сего учреждена редакціонная комиссія, которая к 1905 г. составила проект Гражданскаго Уложенія. В 1910 г. было создано особое совѣщаніе при Министерствѣ Юстиціи, которое пересмотрѣло редакцію книги V Уложенія (обязательственное право), внесло в нее ряд общих положеній и в 1913 г. кн. V проекта была отдѣльно внесена в Государственную Думу. Кромѣ того в Государственную Думу был внесен проект Вотчиннаго Устава. Но дальнѣйшаго движенія вопрос не получил.

Хотя проект оказал большое вліяніе на законодательство (по отдѣльным вопросам) и на судебную практику, однако его нельзя назвать удачным. Проект страдает отсутствіем общих руководящих идей, пытается быть самобытным и не рѣдко представляет простое узаконеніе не всегда удачной сенатской практики и вмѣстѣ с тѣм вводит ряд отживших институтов польскаго, остзейскаго и европейскаго права, без достаточнаго критическаго отношенія к ним и проходит мимо лучших образцов. Он не удовлетворяет ни современному состоянію науки, ни запросам современной жизни и судебной практики.

Безусловно, проект представлял бы в концѣ XIX столѣтія большой шаг вперед, сравнительно с X томом, но теперь он уже устарѣл и требуется новая работа.

### *Гражданскій кодекс Р.С.Ф.С.Р.*

В Россіи с 1-го января 1923 года введен в дѣйствіе гражданскій кодекс Р.С.Ф.С.Р. Исторія его возникновенія и подготовленія нам не извѣстна. При первом же обзорѣ обращает вниманіе слѣдующее.

С принципіальной стороны, кодекс не построен на единой идеѣ или однородной группѣ идей, в нем замѣтно проявленіе двоякаго рода начал: коллективистических и капиталистических. С одной стороны мы встрѣчаем націонализацію земли, предпріятій, строеній и т. п., сосредоточіе в руках государства внѣшней торговли, вообще усиленіе значенія государства в частном оборотѣ, ограниченіе наслѣдственнаго преемства и т. д., с другой стороны, усиленіе прав собственника по виндикаціи имущества, разработанность отдѣла «обязательства из договоров» и, в особенности, параграфа о товариществах, усиленіе отвѣтственности поручителя, построеніе договора страхованія в интересах страховщика и т. п., и эти столь различныя начала плохо согласованы друг с другом.

Существенными особенностями кодекса являются: отмѣна права собственности на недвижимость, сосредоточіе внѣшняго торговаго оборота в руках государства, преимущественное даже исключительное положеніе государства в частном оборотѣ, ограниченіе прав наслѣдованія, усиленный надзор и опека власти над частно-правовой дѣятельностью.

Со стороны выполненія, со стороны технической, кодекс заставляет желать много лучшаго: на нем лежит печать поспѣшности изготовленія и технической необработанности. Так, кодекс, прежде всего, страдает существенной неполнотой. Он содержит 435 ст., в которых изложены: общая часть (51 ст.) вещное, (54 ст.), обязательственное (310 ст.) и наслѣдственное право (20 ст.). Семейное право и земельныя отношенія регулируются особыми кодексами. Естественно, что в столь немногих статьях трудно изложить все разнобразіе институтов современнаго гражданскаго оборота. Поэтому во всѣх отдѣлах кодекса замѣтны существенные пробѣлы и неполнота. Так, совершенно нѣт постановленій о правах индивидуальных, об отрицательном интересѣ в обязательствѣ, не разрѣшен вопрос о возмѣщеніи моральнаго вреда, нѣт постановленій о случаѣ и непреодолимой силѣ, отсутствуют, почти цѣликом, ограниченныя вещныя права и др. Страдают существенной неполнотой постановленія о юридических лицах и юридических сдѣлках, о владѣніи, правѣ собственности и залогѣ (только обезпечительный залог), нормы наслѣдственнаго права, отдѣльных договоров (типичных) приведено только десять и т. д. Архитектоника кодекса отличается непропорціональностью частей. Так, из 435 статей, 270 занимают обязательства из договоров и только 165 посвящено всему остальному, в частности, вся общая часть изложена в 51 ст., вещное право в 54 ст., а постановленія о товариществах—91 ст. Язык кодекса страдает отсутствіем юридической точности и ясности. Встрѣчаются и грубые дефекты. Напримѣр, прим. к 22 ст. гласит: «с отмѣной частной собственности на землю, дѣленіе имуществ на движимыя и недвижимыя упразднено». Как будто законодатель в силах уничтожить научное дѣленіе имуществ (на движимыя и недвижимыя) и, как будто, упраздненіе частной собственности на землю и признаніе послѣдней «достояніем» (собственностью) государства, что-нибудь мѣняет в теоретическом положеніи вопроса, или устраняет различіе. Ст. 49 содержит правило: «во всѣх случаях, когда суд признает основательными причины, по которым пропущен срок исковой давности, он может *продлить* его». Когда



срок пропущен, он не может быть продлен, а только возстановлен.

К положительным сторонам кодекса надлежит отнести наличіе, хотя и краткой общей части, и ряда общих опредѣленій в других частях, отсутствіе которых составляло один из самых серьезных дефектов X тома, и воспріятіе нѣкоторых новых теоретических идей, напримѣр, о соціальном назначеніи права, и др. и стремленіе к защитѣ соціально-слабых элементов общества.

Источниками кодекса являются: декреты и постановленія совѣтской власти, доктрина права, иностранныя законодательства и дореволюціонное русское право (в частности X т., сенат. практика и в особенности проект гражд. улож.).

### *Мѣстные законы *).*

Согласно 48 ст. Осн. Зак., законы государства дѣйствовали у нас «или единообразно в общей их силѣ, или с мѣстными, в нѣкоторых их частях, измѣненіями», при чем согласно 88 ст. Осн. Зак., законы мѣстные и спеціальные „новым общим законом не отмѣняются, если в нем именно такой отмѣны не постановлено".

Такіе мѣстные законы дѣйствовали у нас в Польшѣ, Прибалтійских губерніях (Остзейскій край), Бессарабіи, в части Закавказскаго края (Грузіи, Гуріи и Имеретіи), Черниговской и Полтавской губ., Финляндіи. По отношенію к общему праву, мѣстное законодательство можно раздѣлить на три группы: 1) области, гдѣ мѣстное право представляло сомостоятельную систему, а общее играло субсидіарную роль (Польша, Остзейскій край, Бессарабія), 2) общее право являлось основным источником, а мѣстное исключительным (Черниговская и Полтавская губ., Грузія, Гурія и Имеретія) и 3) мѣстное право представляло самостоятельную, независимую от общаго, систему (Финляндія).

*Польша.* В губерніях бывшаго Королевства Польскаго в 1808 г. был введан гр. кодекс Наполеона, законами 1825 и

---

*) См. А. Э. Нольдэ—Очерки по исторіи кодификаціи мѣстных гражданских з конов при гр. Сперанском, вып. I—1908 г. и вып. II—1914 г., Тарановскій—Обзор памятников магдебургскаго права западно-русских городов, 1897 г., Кассо-Византійское право в Бессарабіи, 1907 г., О. Пергамент—О примѣненіи мѣстных законов Арменопуло и Донича 1905 г., Рязановскій—О примѣненіи румынских гражданских законов в Бессарабіи, Право, 1914 г., № 27, Никольскій—Содержаніе т. X, ч. I Св. Зак. Гр., акд. 1914 г.,—Юридическое Обозрѣніе (Владивосток), 1922 г., № 5, Рязановскій—Обычное право бурят, 1921 г. приложеніе (о сводѣ обыч. права кочевых инородцев Сибири); данный вопрос болѣе подробно изложен в I изданіи вып. I наших лекцій, стр. 54—62.

1836 г.г. было отмѣнено дѣйствіе кн. 1 кодекса (право лиц и семейное право) и замѣнено положеніем о союзѣ брачном, при чем кодекс был назван: Гражданским Уложеніем царства Польскаго. В 1818 и 1825 г.г. здѣсь были введены ипотечные уставы, затѣм Судебные Уставы 20 ноября 1864 г. и Уголовное Уложеніе 1903 г.

*Прибалтійскія губерніи (Лифляндія, Курляндія и Эстляндія).* Мѣстное право т. н. Остзейскаго края было кодифицировано в 1860-х годах в видѣ свода мѣстных узаконеній (1864 г.), третья часть котораго и составляет „Свод гражданских узаконеній губерній Прибалтійских". В 1889 г. здѣсь были введены Судебные Устевы 20 ноября 1864 г.

*Бессарабія.* По присоединеніи Бессарабіи к Россіи здѣсь было сохранено мѣстное греко-римское или византійское право. Памятниками послѣдняго, признанными в качествѣ источников дѣйствующаго права Бессарабіи, являлись: Шестикнижіе Арменопуло—практическій сборник норм византійскаго права, составленный в 1345 г. судьей Арменопуло, Краткое Собраніе Законов Донича и Грамота господаря Маврокордато 1785 г., содержащая нѣкоторыя нормы обычнаго права. При чем допускалось и обращеніе к первоисточникам указанных сборников—Эклогѣ, Прохирону, Базиликам и Corpus juris Civilis (1900/72, 09/35, 10/74, 11/18).

Измаильскій уѣзд имѣл свою особую историческую судьбу; в нем дѣйствовало русское право (12/63).

*Черниговская и Полтавская губ.* В X томѣ есть ряд спеціальных норм (45 статей) установленных для Черниговской и Полтавской губ. Эти нормы представляют остаток прежде дѣйствовавшаго в западных и малороссійских губерніях особаго мѣстнаго права, в качествѣ котораго являлись: Литовскій Статут, мѣстное обычное право, а в городах и „магдебургское" или „кульмское" городовое право. В 1840 г. на западныя губерніи было распространено общее право – Свод Законов (13591), а для губерній Черниговской и Полтавской в 1842 г. в X том были введены нѣкоторыя спеціальныя нормы, относящіяся главным образом к семейному и наслѣдственному праву*),

*Грузія с Гуріей и Имеретіей.* Присоединеніе Грузіи в 1825 г, сопровождалось сохраненіем там мѣстнаго законода-

*) См. слѣдующія статьи т. X ч. I: 7, 111, 118, 167, 176, 232, 235, 255, 258, 264, 285 295, 400, 430, 466, 522, 540, 556, 691—прил. к прим. ст. 7710, примѣч., 970, 991 примѣч., 999, 1005, 1055, 1126, 1133, 1139, 1143, 1157 (ср. 1068[2]), 1184, 1256, 1321, 1332 примѣч., 1354, 1459, 1559, 1584, 1586, 1677 примѣч., 2016, 2032, 2038, 2247, 2327.



тельства, основным источником котораго являлось уложеніе царя Вахтанга, В 1859 г. на Грузію, Гурію и Имеретію было распространено общее законодательство, но в Св, Зак. Гр. были внесены „нѣкоторыя изъятія, требуемыя мѣстными особенностями края". Эти изъятія изложены в 14 ст. т. X ч. I *).

*Финляндія* Присоединеніе Финляндіи к Россіи в 1809 г. сопровождалось сохраненіем там мѣстнаго законодательства. В качествѣ послѣдняго в Финляндіи дѣйствовало Общее Уложеніе Финляндіи 1734 г. шведскаго происхожденія.

*Другія нормы мѣстнаго характера.* Кромѣ указанных 4-х областей, гдѣ сохранились особыя системы гражд. права и 2-х областей, гдѣ прежде дѣйствовали особыя системы, а послѣднее время сохранились значительныя мѣстныя особенности—в Св. Зак. Гр. имѣется еще ряд норм мѣстнаго характера для отдѣльных мѣстностей, но уже в небольшом количествѣ. Такія нормы встрѣчаются в отношеніи западных губерній (Виленской, Гродненской, Волынской и др.), для Крыма и Таврической губ., для Кавказскаго края, для Закавказья, для Тифлисской, Кутаисской и Эриванской губ., для Терской области, для Сыр-Дарьинской, Ферганской, Самаркандской, Степных областей, для Внутренней Киргизской Орды и калмыцких кочевій Астрах. губ., для Сибирских губ., для г. Петербурга и нѣк. др.

*Свод обычнаго права кочевых инородцев восточной Сибири.*—При гр. Сперанском была произведена кодификація обычнаго права инородцев Сибири и в 1841 г. был издан „Свод степных законов кочевых инородцев восточной Сибири" (проект). Этот проект, как и другіе проекты кодификаціи мѣстных законов эпохи гр. Сперанскаго (Прибалтійскій, Западный, Бессарабскій) не получил утвержденія. Но потребность в систематизаціи обычнаго права инородцев Сибири была так сильна, что проект и без законодательной санкціи стал дѣйствующим правом. Он примѣнялся в судебной практикѣ восточной Сибири, как туземными судьями, так иногда и правит. судьями. С 1918 г. он примѣняется, как источник дѣйствующаго права, хошунными и аймачными судьями бурят, замѣнившими дореволюціонные суды и таким образом представляет дѣйствующее мѣстное право.

*) См. стт. 452 примѣч., 454б, 457б, 462, 1130, прим. к ст. 1130, 1118, 1153[1] 1351 пр. 2, 1322 пр., 1700 пр., 2013 пр. 3 к ст. 1 прилож. к прим. 694 ст., прил. к 1130 ст. прим. Кромѣ того наГрузію, Гурію и Имеретію распространились мѣстныя нормы, изложенныя вст. 3б, 63, 281, 493[1] прим., 598, 1180, 1338 прим., 1489 прим. 4, 1503 прим. 2 (т. X ч. I).

*Законы особенные.*

Законы, устанавливающіе особыя нормы, (исключающія общія) для извѣстнаго рода отношеній, называются законами особенными. Они представляют изъятія из общаго права, установленныя не для извѣстнаго круга лиц (законы спеціальные) или для извѣстных мѣстностей (законы мѣстные), а для извѣстной сферы отношеній, для извѣстнаго рода дѣл. Такими законами для гражданскаго права являются законы торговые и законы церковные.

Законы торговые.—Вслѣдствіе самостоятельнаго историческаго развитія законы торговые на западѣ представляли, отчасти и до сих пор представляют, собою систему права, с особыми кодексами, ее регулирующими. Тенденціи развитія частнаго права, как было уже указано выше, ведут к сліянію этих двух систем. В Россіи особой системы торговаго права нѣт, здѣсь имѣются лишь отдѣльныя нормы, устанавливающія для торговых сдѣлок исключенія из постановленій гражданскаго права.

Законы церковные.—Нормы церковнаго права регулируют у нас брачныя отношенія, брачное право: вопросы о разрѣшеніи и запрещеніи брака в зависимости от степени родства и свойства, о брачной дѣеспособности, о возрастѣ для вступленія в брак, о признаніи брака недѣйствительным и о расторженіи брака, равно как и самое расторженіе брака производятся на основаніи церковных (каноническихъ) законов. Эти законы и правила изложены в Уставѣ Духовных Консисторій, в Кормчей Книгѣ (1653 г.), в книгѣ Правил, изданной в 1839 году.

Для инославных исповѣданій соотвѣтствующія постановленія содержатся в Уставѣ духовных дѣл иностранных исповѣданій (т. XI, ч. 1), который допускает примѣненіе и каноническихправил соотвѣтствующих исповѣданій (ср. ст. 62—64, 801, 1143 и др.).

## V. Коллизіи разномѣстных законов*).

На территоріи государства дѣйствуют законы даннаго государства—общіе и мѣстные. При их примѣненіи могут возникнуть столкновенія (коллизіи, конфликты) между нормами общаго и мѣстнаго права, не одинаково разрѣшающими один и тот же

*) По данному вопросу см. Нольдэ Б. Э.—„Очерк международнаго частнаго праьа" в 3 изд. учебника Листа „Международное право", 1912 г., Мартенс „Современное международное право", т. II, разд. 3, гл. 1, Регельсбергер—„Общее ученіе о правѣ", а также статьи Бруна: Юридич. лица в международ. частном правѣ—В. Гр. Пр. 1915 и 1916 г.г., Коллизіонная и м.-правовая норма о формѣ сдѣлок Ж. М. Ю. 1911 г. и др.



вопрос, и между нормами двух или болѣе мѣстных прав (областных прав), дѣйствующих в предѣлах одного государства. Кромѣ того современное правосознаніе и положительное право допускают примѣненіе на территоріи государства иностраннаго права. Между нормами права даннаго государства и иностранным правом или же между нормами права нѣскольких иностранных государств, имѣющих примѣненіе в судѣ даннаго государства, могут также возникнуть коллизіи, требующія своего разрѣшенія. Дѣйствительно, право каждаго государства распространяется не только на его территорію и всѣх проживающих на ней, в том числѣ и иностранцев, но и на своих подданных, находящихся за границей, гдѣ на них распространяются и мѣстные законы. Благодаря этому и могут возникнуть столкновенія между національными и мѣстными законами.

В качествѣ примѣра приведем случай, указанный у Мартенса*).

«В Цюрихском судѣ разбиралось дѣло между клоунами братьями Прайс и содержателем цирка Вульфом. Прайс, природные англичане, получили натурализацію в Даніи. Контракт, составлявшій предмет тяжбы, был заключен в Парижѣ в то время, когда Прайс находились в Франкфуртѣ. Мѣстожительство истца Вульфа было в Пештѣ, в Венгріи, а контракт, заключенный в Парижѣ, должен был исполняться в Брюсселѣ. Иск же был предъявлен в судѣ г. Цюриха, гдѣ находились отвѣтчики».

Возникает вопрос, на основаніи законов какого государства должен быть разрѣшен спорный casus: на основаніи законов того мѣста, гдѣ производится дѣло (lex fori), или по мѣсту происхожденія участников (lex patriae), или по мѣсту жительства их —в частности отвѣтчиков (lex domicilii), или по законам мѣста совершенія акта (lex loci actus), или по законам мѣста исполненія сдѣлки (lex solutionis) или, наконец, если предметом спора является имущество, по мѣсту нахожденія послѣдняго (lex rei sitae).

Указанныя коллизіи разномѣстных законов разрѣшаются на основаніи: 1) установленных для разрѣшенія таких коллизій норм положительнаго права даннаго государства (государства, в судѣ котораго разсматривается дѣло), 2) международных трактатов и договоров и 3) норм так называемаго частнаго международнаго права—при коллизіи законов различных государств, или частнаго междуобластнаго права—при коллизіи норм, дѣйствующих внутри одного государства. Принципы того и другого права (частнаго международнаго и частнаго междуобластного)

*) Указ. соч. т. II, 1900 г. стр. 289.

в общем одинаковы. Конфликты, возникшіе первоначально в предѣлах гражданскаго права одного государства, с теченіем времени вышли из предѣлов государства и приняли международный характер. И нормы, разрѣшающія такія конфликты (коллизіонныя или конфликтныя нормы), зародившись в качествѣ норм междуобластных, приняли характер норм международных.

Но здѣсь возникает слѣдущій вопрос. Примѣненіе в судѣ конфликтных норм, установленных законодательством даннаго государства вполнѣ понятно: это положительное право государства, которым обязан руководствоваться суд. Также понятно и примѣненіе международных трактатов, опирающихся на то же положительное право. Но на чем основывается примѣненіе норм частнаго международнаго права, нерѣдко приводящаго даже к примѣненію судом законов иностраннаго государства без предписанія о том закона данной страны? Нѣкоторые ученые отрицают возможность такого примѣненія. *).

Однако большинство доктрины и идущая за ней в этом вопросѣ судебная практика держатся противоположнаго взгляда: и интересы международнаго общенія и общія начала права и соображенія справедливости побуждают их к этому. По существу же примѣненіе судом конфликтных норм без прямого предписанія о том положительнаго законодательства страны представляет правотворчество суда, является одним из наиболѣе крупных вліяній науки права на правообразованіе через судебную практику. Конфликтныя нормы положительнаго законодательства во всѣх странах очень скудны, трактаты и договоры рѣдки и недостаточны—суду приходится восполнять пробѣлы. С другой стороны, если бы даже конфликтныя нормы положительных законодательств были достаточно подробны, это обстоятельство, ввиду их обособленности и противорѣчій друг с другом, не устраняло бы конфликтов и вынуждало бы суд при коллизіи двух законодательств искать разрѣшенія конфликта в каких-то общих над положительными законодательствами стоящих началах, какія и дает ему доктрина частнаго международнаго права.

### *Частное международное право.*

Нормы частнаго международнаго права прошли различныя ступени развитія. На первоначальных стадіях государственнаго развитія при отсутствіи международнаго общенія всякій иностранец разсматривался как безправный, лишенный защиты и покровительства территоріальных законов. Затѣм интересы международнаго общенія привели к признанію за иностранцем его прав, прав его племени. Каждый гражданин признавался носящим свое право с собой и поэтому на чужбинѣ (иностранец) судился по законам своего племени, (lex patriae). В дальнѣйшем рост государства и сознаніе государственнаго суверенитета привели к признанію того принципа, что всѣ должны подчиняться законам того государства, на территоріи котораго живут (lex domicilii). В дальнѣйшем в интересах международнаго общенія и оборота пришлось отойти от строгаго примѣненія этого принципа, сдѣлать уступки в сторону примѣненія иностраннаго права, тѣм болѣе, что и не всѣ вопросы международнаго общенія могли быть разрѣшаемы по принципу мѣстожительства. Это и привело к постепенной выработкѣ современной доктрины и практики частнаго международнаго права.

*) Ср. у нас Шершеневич—Учебник, 11 изд. т. 1 стр. 63–64.



Послѣдняя ведет свое происхожденіе из средневѣковой Италіи. Система племенных личных прав уступила здѣсь мѣсто господству римскаго права с одной стороны, как права общаго, а с другой—в отдѣльных городских муниципіях, на которыя распадалась Италія, получило развитіе свое мѣстное право, нашедшее выраженіе в статутах различных самостоятельных городов. В виду широкаго развитія торговых отношеній между городами возникли коллизіи между общим и мѣстным правом с одной стороны и различными мѣстными статутами с другой. На почвѣ этих отношеній выработалась своеобразная практика и были формулированы постглоссаторами, во главѣ с знаменитым Бартолом (1314—1357), первыя начала доктрины частнаго международнаго права в видѣ так называемой теоріи статутов, получившей свое развитіе в XVI ст. (Аржантрэ, Дюмулэн) и являющейся господствующей до XIX ст. Сущность этой доктрины сводилась к слѣдующему. В каждом правоотношеніи необходимо различить три элемента: субъект правоотношенія—лицо, persona, объект правоотношенія—вещь, связь между тѣм и другим—акт, дѣйствіе, коим устанавливается или выражается бытіе правоотношенія. Каждый из указанных элементов правоотношенія, соотвѣтственно своей природѣ, опредѣляется особыми законами, которые носят названіе статутов. Так, права лица всегда опредѣляются законами мѣста его постояннаго жительства (lex domicilii)—statuta personalia. Вещи недвижимыя всегда опредѣляются законами мѣстонахожденія их (lex rei sitae,—statuta realia, (движимыя раздѣляют судьбу лица и опредѣляются личными законами). Акты и обязательства по содержанію опредѣ-

ляются или законами мѣстожительства контрагентов (lex domicilii) или законами мѣста нахожденія вещи, составляющей предмет обязательства,—(lex rei sitae), а форма акта опредѣляется мѣстом его совершенія (locus régit actum)—statuta mixta.

Несмотря на свои недостатки, теорія статутов в наукѣ и судебной практикѣ играла господствующую роль до XIX ст. Но неопредѣленность ея положеній заставила искать других руководящих принципов. Был выдвинут ряд таковых для обоснованія конфликтных норм.

Из этих послѣдних наибольшим и теоретическим признаніем и практическим значеніем пользуются двѣ доктрины: одна —германская, другая—романская. Первая высказана Савиньи и развита Баром и другими его послѣдователями. Сущность ея сводится к слѣдующему.

Между современными культурными націями в области гражданскаго права выработалось такое общеніе, что каждое правоотношеніе надлежит обсуждать по праву того мѣста, которому оно принадлежит по своей особенной природѣ (гдѣ оно имѣет свою «осѣдлость»—по словам Савиньи). Суд должен найти закон наиболѣе соотвѣтствующій «природѣ и существу» правоотношенія и его примѣнять, независимо от того, будет ли этот закон для суда національным или иностранным.

Романская теорія, ведущая свое происхожденіе из Италіи (Манчини, Фіоре), и поддержанная учеными романских стран (Лоран и др.), выдвигает принцип національности. Законы создаются в конечном итогѣ для человѣка, для личности. Центром правоотношеній является личность, которая опредѣляется національностью. Поэтому всѣ права, принадлежащія личности, должны опредѣляться національным законом страны, подданным которой состоит данная личность. При чем эта доктрина допускает три исключенія: національный закон лица не может быть примѣнен, если он противорѣчит публичному порядку той страны, гдѣ испрашивается его примѣненіе, національный закон уступает автономіи воли: в сферѣ юридических сдѣлок рѣшающим является воля и намѣреніе сторон и, наконец, форма сдѣлок опредѣляется мѣстом их совершенія.

Господствующей в настоящее время является теорія Савиньи и его школы.

В концѣ прошлаго и началѣ настоящаго столѣтія состоялись четыре конференціи в Гаагѣ (1893, 1894, 1900, 1904 гг.) и на основаніи их заключен ряд конвенцій (1806, 1902 и 1905 гг.) по международному праву: о бракѣ, разводѣ, опекѣ, о гражданском процессѣ, о личных и имущественных отношеніях супругов, об ограниченіи дѣеспособности. Из европейских держав Англія не принимала участія в этих конференціях, а Россія не подписала наиболѣе важных постановленій.



В самых общих чертах основныя положенія частнаго международнаго права сводятся к слѣдующему.

*Права личныя.*

Права личныя регулируются личным статутом. Личный статут опредѣляется по англо-американской системѣ законами мѣстожительства, а по романской—національными законами (§ 3 франц. гр. код. и § 6 Итал.). К послѣдней точкѣ зрѣнія примыкают—Австрія (§ 4), нынѣ Германія (§ 7), Японія и др. Таким образом, принцип національный является господствующим.

Правоспособность и дѣеспособность—Правоспособность, как таковая, принадлежит каждому гражданину современнаго государства. Ограниченія правоспособности опредѣляются территоріальным принципом (т.-е. законами государства, гдѣ осуществляется правоспособность).

Дѣеспособность опредѣляется личным статутом. Исключеніе представляют случаи особенной дѣеспособности, напр. вексельной, по денежному займу и т. п. Послѣдніе опредѣляются территоріальным принципом.

Что касается признанія (правоспособности) иностранных юридических лиц, то только Англія и Соединенные Штаты признают таковые ipso jure. Другіе законодательства или судебная практика требуют признанія их мѣстной властью, обычно на основаніи договоров между государствами. Ограниченія правоспособности подчиняются территоріальному принципу.

*Вещное право.*

Относительно недвижимостей примѣняется закон мѣста их нахожденія—lex rei sitae.

Относительно движимости долгое время господствующим являлся принцип статуарной теоріи—движимость слѣдует за лицом, подчиняется личному принципу: mobilia personam sequuntur. На этой точкѣ зрѣнія стоят австрійское уложеніе (§ 300) и итальянское (§ 7). Со времени Савиньи пріобрѣтает господствующее значеніе в теоріи и признаніе в судебной практикѣ территоріальный принцип и движимости обсуждаются по lex rei sitae (закону, гдѣ находится в данное время вещь).

*Обязательственное право.*

Среди приципов, которые выставляются доктриной для урегулированія коллизіонных норм в области обязательственнаго права – один принцип является общепризнанным. Он относится к внѣшней сторонѣ, формѣ заключенія сдѣлок. Форма юридических сдѣлок обсуждается по мѣсту их совершенія: locus regit actum.

Что же касается содержанія обязательств, то по этому вопросу нѣт столь единодушно принятаго принципа. Отдѣльными учеными выдвигаются принципы: мѣста вчиненія иска (lex fori), мѣста совершенія сдѣлки (lex loci contractus), мѣста исполненія сдѣлки (lex solutonis), личный закон должника (lex domicilii по мнѣнію одних, lex patriaé debitoris, по мнѣнію других). Из этих принципов наибольшим распространеніем до сих пор пользовался принцип, выставленный Савиньи: сдѣлки обсуждаются по закону того государства, с которым ближе всего связано дѣйствіе, составляющее содержаніе договора, т.-е. прежде всего по мѣсту исполненія договора.

*Семейное право.*

Форма брака. Согласно конвенціи 1902 г. (не принятой Россіей) форма совершенія брака опредѣляется законами мѣста совершенія—locus regit actum. Но в той же конвенціи сдѣлана оговорка, что государства, признающія только церковную форму брака, могут не признавать браки, совершенные без соблюденія этой формы.

Что касается внутренних условій дѣйствительности брака, то та же конвенція подчиняет их національным законам обоих вступающих в брак лиц, (если только послѣдніе не отсылают в данном случаѣ к другому закону) с нѣкоторыми исключеніями в пользу lex loci.

Развод.—Согласно конвенціи 1902 г., просьба о разводѣ или разлученіи супругов может быть принесена юрисдикціи, компетентной согласно національному закону супругов, или компетентной юрисдикціи мѣста, гдѣ супруги имѣют мѣстожительства, но с оговоркой, что отдѣльныя государства могут объявлять національную юрисдикцію единственно компетентной в указанном вопросѣ.

По вопросу же о допустимости развода конвенція требует допустимости развода по закону національному и закону мѣста



предъявленія иска. Супруги могут предъявить иск о разводѣ в том лишь случаѣ, если закон національный и закон мѣста, гдѣ иск предъявлен, оба допускают развод. При чем допущена оговорка: примѣняется один національный закон, если то допускает закон мѣста предъявленія иска. Достаточными поводами к разводу служат поводы, допускаемые національным законом и законом мѣста, гдѣ иск вчинен, хотя бы эти поводы и были разные. При чем сдѣлана та же оговорка о примѣненіи исключительно національнаго закона, если закон мѣстожительства это допускает.

Личныя и имущественныя отношенія супругов.—Согласно конвенціи 1905 г. личныя отношенія супругов нормируются их національным законом—законом подданства, но могут осуществляться только тѣми мѣрами, которыя дозволены законами страны, гдѣ к этим мѣрам обращаются.

По французской теоріи (Дюмулэн) имущественныя отношенія супругов опредѣляются брачным договором, при отсутствіи его согласно презумпціи—законом мѣста жительства супругов в момент заключенія брака. По германской теоріи—брачным договором, при отсутствіи послѣдняго—національным законом супругов.

Согласно Гаагской конвенціи 1905 г. при наличности брачнаго договора дѣйствительность послѣдняго и его послѣдствія опредѣляются національным законом мужа в момент заключенія брака. При отсутствіи договора имущественныя отношенія супругов опредѣляются національным законом мужа в момент совершенія брака; измѣненіе національности обоих или одного из супругов, не вносит измѣненія в имущественныя отношенія супругов.

Личное положеніе ребенка (законность его рожденія), личныя и имущественныя отношенія родителей и дѣтей опредѣляются по національному закону отца. Что касается дѣтей внѣбрачных, то эти отношенія опредѣляются національным законом матери. Относительно узаконенія и усыновленія дѣйствует національный закон.

Опека.—Согласно Гаагской конвенціи 1902 г. опека над малолѣтним опредѣляется національным законом послѣдняго. Этим же законом опредѣляется и опека над совершеннолѣтними, нуждающимися в опекѣ*).

*) Ср. Брун—Арх. С. Пр. 1914 г., 1, 88.

*Наслѣдованіе.*

В доктринѣ и судебной практикѣ первоначально господствовал территоріальный принцип: если наслѣдственное имущество находится в различных государствах, то к отдѣльным частям его примѣняется законодательство того государства, гдѣ находится это имущество—tot hereditates, quot territoria. Затѣм практическія неудобства этого порядка, в особенности в отношеніи движимостей, привели к тому, что относительно наслѣдованія в недвижимости был оставлен lex rei sitae, а к движимости был примѣнен личный статут и был выставлен принцип: mobilia ossibus inhaerent—наслѣдованіе в движимости опредѣлялось законом послѣдняго мѣстожительства наслѣдодателя (ср. 3. фр. гр. код.). Наконец, доктрина со времени Савиньи и практика пришли к выводу о необходимости подчинить наслѣдованіе в цѣлом (как в недвижимом, так и движимом имуществѣ) единому закону. Таким законом Савиньи и его школа считали закон послѣдняго мѣстожительства умершаго, а романская школа (ср. § 8 введ. итал. улож.)—національный закон умершаго. Гаагская конвенція 1905 г. о наслѣдованіи и завѣщаніи, подчинила наслѣдованіе дѣйствію національнаго закона умершаго, какова бы ни была природа наслѣдственных имуществ и страна их нахожденія.

Относительно формы составленія завѣщанія дѣйствует правило locus regit actum в факультативной формѣ: завѣщаніе может быть совершено или по законам той страны, гдѣ оно составляется или по національным законам составителя с оговоркой, что національный закон может предписать или запретить опредѣленную форму.

Относительно же содержанія завѣщанія примѣняются вышеуказанныя общія коллизіонныя нормы.

*Конфликтныя нормы русскаго права*).*

Конфликтныя нормы нашего права очень скудны и очень отстали от западно-европейской доктрины и практики, в особенности в области семейнаго права.

Право и дѣеспособность.—По вопросу о правѣ и дѣеспособности иностранцев наше право не содержит прямых указаній. Правит. Сенат признает личный статут в формѣ національнаго принципа (Гр. К. Д. 1881—183).

*) См. в особенности Нольдэ Б. Э.—Очерк международнаго частнаго права у Листа и статьи Б. Э. Нольдэ в комментаріи Вормса и Эльяшевича.



Что касается признанія (правоспособности) иностранных юридических лиц, то из прим. к ст. 2139 т. X ч. 1 дѣлают вывод, что для признанія таковых требуется акт власти или заключеніе договора на началах взаимности. И Правит. Сенат находил возможным признаніе в Россіи лишь акціонерных обществ и компаній тѣх иностранных государств, с коими по сему вопросу заключены конвенціи на началах взаимности (83—44*). Эти конвенціи дают признаніе и как результат таковой право судебной защиты (процессуальную право—и дѣеспособность), но не право производства операцій в Россіи. Для послѣдних, согласно закону 9 ноября 1887 г. необходим особый разрѣшительный акт власти. Этим актом и опредѣляется объем право—и дѣеспособности акціонернаго общества. По русской практикѣ такіе разрѣшительные акты построены на территоріальном принципѣ, т.-е. подчиняют иностранныя общества дѣйствію наших законов.

Вещное право.—В отношеніи недвижимостей у нас дѣйствует закон мѣстонахожденія послѣдних—lex rei sitaé. Этот вывод вытекает из 915 ст. т. X ч. 1 и 212—214 ст. Уст. Гр. С., согласно которым укрѣпленія недвижимости совершаются по законам мѣста их нахожденія (915), равно как и иски относительно послѣдних предъявляются в судах по мѣсту их нахожденія (212—214). Что касается движимости, то из ст. 1279 и 1289 т. X ч. 1 можно сдѣлат вывод, что mobilia personam sequntur, т.-е. дѣйствует личный статут, но лишь относительно движимых вещей, находящихся при собственникѣ их, или если собственник их точно извѣстен. Во всѣх остальных случаях должен примѣняться lex rei sitae (Нольдэ).

Обязательственное право.—В отношеніи формы совершенія актов дѣйствует правило locus regit actum (ст. 218 Уст. Суд. Тор. и 464 Уст. Гр. Суд.). Что касается содержанія договора, то ст. 833 т. IX зак. о сост., устанавливает lex loci solutionis для актов, которые подлежат исполненію в Росссіи, а ст. 707 Уст. Г. С. вводит lex loci contractus, устанавливая, что договоры и акты, совершенные за границею, обсуждаются на основаніи законов мѣста совершенія с двумя исключеніями: 1) если сдѣлка не противна общественному порядку и 2) не воспрещена законом государства.

*) Ср. Нольдэ указ. соч., стр. 505, против не без основанія Брун—Юридическія лица в международном частном правѣ, Вѣстн. Гр. Пр. 1915 г., 5, стр. 96.

Семейное право.—Форма брака. Русское право знало до революціи только церковный брак (как для православных, так и для других христіанских исповѣданій). И согласно практикѣ гражданскаго и духовнаго суда, русскій подданный за границею для признанія дѣйствительности брака обязан совершит церковный обряд (1899—39), равным образом и брак иностранцев в Россіи признавался дѣйствительным только при наличіи церковнаго вѣнчанія. И относительно внутренних условій брака, как русских за границею, так и иностранцев в Россіи, практика требует соблюденія русских законов.

И развод у нас производится только церковным судом (ст. 45 т. X ч. 1 и соотвѣтствующія статьи в Уставѣ дух. дѣл ин. исп.). При чем такой развод допускается лишь в отношеніи церковнаго, а не гражданскаго брака. Духовный суд руководствуется нашим законодательством. И расторженіе церковных браков русских поданных за границею возможно лишь компетентною духовною властью.

По вопросу о личных отношеніях супругов наше право не содержит конфликтных норм. Слѣдовательно, возможно примѣненіе общаго правила международнаго права, выраженнаго в Гаагской конвенціи 1905 г., что эти отношенія опредѣляются національным законом супругов (Нольдэ, против Мандельштам).

Относительно имущественных отношеній супругов наш закон также не устанавливает конфликтных норм. Нѣкоторыя указанія дает практика Правит. Сената (909—21, 911—56 и 68). Анализируя эту практику Б. Э. Нольдэ пришел к выводу, что имущественныя отношенія супругов регулируются личным законом мужа (в момент возникновенія конфликта*).

По вопросу о личных и имущественных отношеніях родителей и дѣтей, наше законодательство молчит, не дает рѣшительных указаній и судебная практика.

Опека.—Из 249 ст. т. X ч. 1 можно вывести заключеніе, что малолѣтніе русскіе подданные за границей подчинены дѣйствію національных законов об опекѣ. А малолѣтніе иностранцы в Россіи по нашей практикѣ подчинены русскому закону. Совершеннолѣтніе русскіе, пребывающіе за границею и нуждающіеся в опекѣ, подчиняются русскому закону, но порядок освидѣтельствованія опекаемаго опредѣляется законом мѣста пребыванія—ст. 370 т. X ч. 1, а иностранцы, пребывающіе в

*) Комментарій Вормса и Эльяшевича, 1, 286 и предыд.



Россіи, по толкованію Сената (1901—22), подчинены дѣйствію русских законов*).

Наслѣдованіе.—Согласно 835 ст. Зак. о Сост. порядок наслѣдованія иностранцев в имуществѣ, находящемся в Россіи, опредѣляется общими правилами, установленными для русских подданных, т.-е. наслѣдованіе иностранцев в Россіи подчинено территоріальному принципу. Но на основаніи договоров, заключенных с Франціей, Германіей, Италіей, Испаніей, Швеціей и Норвегіей, территоріальные законы примѣняются к наслѣдованію в недвижимостях, к наслѣдованію же в движимостях примѣняются національные законы умершаго.

Что касается формы духовных завѣщаній, то по данному вопросу мы имѣем 1077 и 1078 ст. т. X ч. 1 и в связи с 464 и 707 ст. Уст. Гр. Суд., можно установить слѣдующія положенія.

1) Ст. 1077 т. X. ч. 1 устанавливает факультативно принцип locus regit actum: русскій подданый может совершить духовное завѣщаніе за границей по законам мѣста его составленія или по русским законам. 2) Совершенное по мѣстным законам домашнее завѣщаніе получает в Россіи силу домашняго; если оно явлено в консульствѣ—силу нотаріальнаго. Совершенное за границею публичное завѣщаніе имѣет в Россіи силу публичнаго. 3) Словесное завѣщаніе, совершенное за границей русскими подданными, по мѣстным законам, в силу 707 ст. Уст. Гр. Суд. (ср. рѣш. Гр. К. Д. 1890—12. 1904—24) должны быть признаваемы в силѣ (Contra Сенат—1875—749)**).

Эти положенія (за исключеніем послѣдняго) в общем раздѣляются Правит. Сенатом (ср. рѣш. Гр. К. Д. 1904—42, 1906—108, 1907—91).

## VI. Толкованіе и примѣненіе норм права***).

Примѣненіе норм права к фактам дѣйствительной жизни с обязательной силой производится судом. Суд в своей дѣятельности прежде всего должен установить дѣйствительный факти-

*) Ср. Брун, указ. комм.

**) См. подробнѣе нашу статью "О духовных завѣщаніях, совершаемых русскими подданными за границею", Ж. М. Ю. 912 г. № 3.

***) См. Васьковскій—Ученіе о толкованіи и примѣненіи гражданских законов, 1901 г. Его же—Руководство к толкованію и примѣненію законов, 1913 г. А. В. Завадскій—К ученію о толкованіи гражданских законов, Покровскій—Основныя проблемы гражданскаго права, гл. V, Шершеневич—Примѣненіе норм права, Ж. М. Ю., 1903 г., № 1, Регельсбергер—Общее ученіе о правѣ, §§ 25—30. Вормс—Законы гражданскіе, Комментарій, вып. 1, введеніе, Яблочков—Практическ. коммент. на Устав гр. суд., вып. I, стр. 164 сл., Гамбаров—Курс гр. пр. I. 346 сл.

ческій состав дѣла (Thatbestand) и затѣм к этому составу примѣнить норму права, т.-е. установить дѣйствительно существующія юридическія отношенія между между сторонами. В современном гражданском процессѣ фактическій матеріал представляется сторонами, но подлежит провѣркѣ суда, таким образом, установленіе фактическаго состава дѣла достигается совмѣстной дѣятельностью сторон и суда, примѣненіе же нормы права к фактическому составу составляет исключительно задачу суда. Da mihi factum—говорит судья—dabo tibi jus. Суд обязан знать дѣйствующее положительное право – jura novit curia и примѣнять его к поставленным на его разрѣшеніе конкретным случаям. Этот процесс примѣненія права и в частности закона в общем представляет очень сложное явленіе. Закон не предусматривает и не разрѣшает конкретных случаев практической жизни. Он содержит общія нормы для разрѣшенія ряда типическихъ случаев. Задача суда заключается в том, чтобы найти необходимую общую норму и правильно примѣнить ее к конкретному случаю. Для этого суд, прежде всего, должен установить дѣйствительный фактическій состав дѣла, т.-е. провѣрить представленный сторонами матеріал. Затѣм из этого бытового матеріала суд должен выдѣлить элементы, имѣющіе юридическое значеніе, иногда дать ему оцѣнку с правовой точки зрѣнія, (напр., установить по винѣ отвѣтчика или случайно нанесен послѣдним ущерб истцу, добросовѣстно или недобросовѣстно владѣл отвѣтчик имуществом) и подвести совокупность юридическихъ элементов конкретнаго случая (конкретное юридическое отношеніе) под норму дѣйствующаго права.

Найдя, что извѣстная норма подходит к данному конкретному случаю, прежде примѣненія ея, судья должен 1) установить, является ли эта норма нормой дѣйствующаго права, т.-е. подвергнуть ее критикѣ и 2) установить дѣйствительный смысл этой нормы, т.-е. истолковать ее. Если нѣт такой прямо подходящей к конкрентному случаю нормы, судья должен найти таковую: 1) путем догматической переработки наличных норм и путем выведенія ея из дѣйствующаго права (развитіе норм права) или же 2) другим путем, разрѣшенным ему дѣйствующим правом.

Критика нормы распадается на три процесса: 1) устаиовленіе подлинности нормы, 2) установленіе ея юридической обязательности, 3) провѣрка правильности текста.

Подлинность нормы удостовѣряется опубликованіем ея в оффиціальном органѣ правительства. В Россіи по изданіи П. С. Зак. и до 1863 г. законы публиковались в П. С. З., с 1863 г.— в Собраніи Узаконеній и Распоряженій Правительства, откуда перепечатывались в П. С. З., заносились в очередное продолженіе к Своду Законов и, наконец, в изданіе соотвѣтствующаго тома Св. Зак.



Что касается юридической обязательности нормы, то силу закона имѣет норма, изданная и опубликованная в установленном порядкѣ. Законы издавались у нас с 1906 г. Государственной Думой и Государственным Совѣтом и утверждались монархом. В перерывѣ сессій законодательных палат монарх имѣл право издавать чрезвычайные указы с силою закона (87 ст. О. З.), которые в 2-х мѣсячный срок по открытіи сессіи законодательных палат должны были вноситься в Государственную Думу. Согласно постановленія Временнаго Правительства от 9-го мая 1917 г. дѣла, направлявшіяся в порядкѣ стт. 86 и 87 Осн. Госуд. Зак., разрѣшались властью Врем. Правительства (С. У. 1917 г. № 199, ст. 1228).

До 1906 г. труднѣе было отличить закон от указа. Кромѣ Высочайше утвержденнаго мнѣнія Государственнаго Совѣта, разсматривавшаго проект новаго закона, послѣдній мог быть издан в видѣ изустнаго повелѣнія монарха, объявленнаго через опредѣленных лиц, в видѣ утвержденнаго монархом доклада министра или комитета министров, в видѣ Высочайше утвержденнаго мнѣнія Государственнаго Совѣта по частному (судебному) дѣлу. Такіе сепаратные или частные законы (по конкретным вопросам) не публиковались. Они не имѣли значенія для других случаев, если в них не содержалось постановленія: „распубликовать во всеобщее свѣдѣніе для руководства на будущее время". Послѣднее дѣлалось, главным образом, в тѣх случаях, когда в таких сепаратных законах содержались постановленія общаго характера, напр. важное толкованіе дѣйствующаго закона (аутентическое толкованіе). Распубликованные во всеобщее свѣдѣніе для руководства, сепаратные законы заносились в видѣ примѣчаній к отдѣльным статьям Свода Зак.—ср. примѣчанія к статьям 563, 1011, 1140 т. X, ч. 1 и друг.

Закон должен быть, как издан надлежащим органом, так и опубликован в установленном порядкѣ. Органом, публикующим законы, у нас являлся Правительствующій Сенат (по 1 Департаменту). Утвержденный монархом законопроект, т.-е. закон, передавался в подлинникѣ в Сенат. 1-ый департамент Сената провѣрял, был ли соблюден при составленіи его установленный основными законами порядок. Если Сенат находил, что

этот порядок был соблюден, то дѣлал постановленіе распубликовать его во всеобщее свѣдѣніе. Публикація (с 1863 г.) производилась напечатаніем закона в Собраніи Узак. и Расп. Правительства, откуда текст закона помѣщался в П. С. З. и в Свод Законов. Если же Сенат усмотрит, что при составленіи законодательнаго постановленія, представленнаго ему для распубликованія в качествѣ закона, не был соблюден порядок, установленный основными законами, то возвращает такія постановленія с указаніем, что они могут быть изданы только в законодательном порядкѣ, установленном основными законами (ст. 90, 92 Осн. Зак. изд. 1906 г. ст. 1—3 Учр. Сен. изд. 1892 г.).

Имѣет ли право суд входить в обсужденіе вопроса о правильности изданія закона, о соотвѣтствіи его конституціи страны? В Соединенпых Штатах Америки такое право принадлежит суду. У нас право контроля за тѣм, соблюдены ли требуемыя основными законами условія, может ли быть признана извѣстная норма в силѣ закона, принадлежало Правит. Сенату по 1 департаменту и только ему одному. По толкованію Сената суду и даже кассаціонным департаментам Сената не предоставлено право провѣрки юридической обязательности нормы, опубликованной в качествѣ закона (ср. рѣш. Гр. К. Д. 79—300, 82—156 и 157).

В случаѣ разногласія текста закона в Соб. Уз. и Расп. П. С. З. и Св. Зак., правильным считается текст, опубликованный в Соб. Уз. и Расп. Послѣдній текст представляет оффиціально засвидѣтельствованную копію закона, подлинники которых хранились в Сенатѣ.

Так как Свод Законов изд. 1832 г. представляет самостоятельный закон, то по кодифицированным в Сводѣ законоположеніям текст Свода изд. 1832 г, является подлинником; он устраняет примѣненіе тѣх источников, на основаніи которых создана та или другая норма; эти источники остаются лишь в качествѣ матеріала для историческаго толкованія. Равным образом, текст Свода изд. 1832 г. является подлинным текстом для всѣх послѣдующих измѣненій, произведенных в кодификаціонном порядкѣ, ибо сила и значеніе закона не могут измѣниться от способа его кодифицированія (О. С. 90-7).

Для законоположеній, не кодифицированных в Сводѣ, текст должен быть провѣряем до 1863 г. по П. С. З., с 1863 г. по Соб. Уз. и Расп.

Опечатки в опубликованном текстѣ могут быть исправляемы тѣм учрежденіем или лицом, на чьей обязанностн лежит



публикація закона, в кодифицированном текстѣ—кодификаторами или же путем критики закона и толкованія его. Редакціонныя ошибки, пропуски и пр., могут быть исправляемы путем изданія новаго закона или же путем толкованія закона.

*Толкованіе закона.*

„Не много глав найдется в ученіи о правѣ“—пишет проф. Регельсбергер*)—„гдѣ теорія так далеко отставала бы от практики, знаніе—от умѣнья, как в ученіи о толкованіи. В этом случаѣ толкованіе раздѣляет судьбу человѣческой рѣчи: многіе люди говорят правильно, не имѣя сознанія о законах языка. Трудности теоріи лежат здѣсь в матеріалѣ, в безграничности вспомогательных средств, в разнообразіи примѣненія».

По господствующей доктринѣ нельзя не только отговариваться невѣдѣніем законов, но и непониманіем или неправильным пониманіем послѣдних, ибо error iuris nocet. Таким образом, граждане не только обязаны знать, но и понимать законы.

Цѣль толкованія—раскрытіе, установленіе истиннаго смысла правовой нормы, в частности закона.

По мнѣнію нѣкоторых ученых в толковаиіи нуждаются только неясные, представляющіе сомнѣніе по их тексту, законы (Лоран, Планіоль, Бринц). Но для правильнаго примѣненія закона необходимо установить его истинный смысл, который не всегда совпадает с прямым текстом закона (ср, напр. ст. 21 т. X ч. 1 по прямому содержанію и мѣсту, занимаемому ею в системѣ X тома). Усвоеніе сознаніем смысла даже яснаго закона то же есть толкованіе. Поэтому в толковаиіи нуждаются всѣ законы. Вопрос может итти только о предѣлах толкованія. Опасаясь, что свободное толкованіе может исказить смысл закона и поколебать прочность правопорядка, законодатели нерѣдко ограничивали судей в правѣ толкованія законов, предписывали толковать законы по их буквальному содержанію и в случаѣ сомнѣнія передавать вопрос на разрѣшеніе законодателя. Так, Юстиніан, 1, 17 С. 2, 21, то же в прусском ландрехтѣ (§§ 46 и 47 введ.) и во французском законѣ 24 августа 1790 г. Ст. 65 Осн. Зак. изд. 1832 г.—запрещает «обманчивое непостоянство самопроизвольных толкованій» и предписывает держаться «точных» слов закона, «буквальнаго смысла узаконеній». В случаѣ неясности или недостатка закона согласно 52 ст.

*) Указ. соч. стр. 137, прим.

Осн. Зак., каждое присутственное мѣсто должно сдѣлать представленіе о том начальству, которое, если встрѣченное сомнѣніе не разрѣшается прямым смыслом закона, обязано представить о том Правительствующему Сенату или министру по принадлежности. И Сенат, согласно 201 ст. Учр. Пр. С., не приступает к рѣшенію таких дѣл, на которые не окажется «точнаго закона», а составляет проект рѣшенія и все дѣло Министром Юстиціи через Государственный Совѣт вносится на разрѣшеніе монарха.

Но всѣ эти попытки на практикѣ потерпѣли фіаско, жизнь доказала невозможность такого ограниченія судей в толкованіи закона и мы видим, что на послѣдній путь встало и законодательство.

Ст. 4 французскаго кодекса воспрещает судам останавливать производство дѣла вслѣдствіе умолчанія, неясности или недостаточности закона. § 7 общаго австрійскаго уложенія предписывает рѣшать дѣла на основаніи текста и смысла закона, аналогіи, наконец, естественных принципов права.

Судебные Уставы содержат по данному вопросу слѣдующія постановленія.

Ст. 9 Уст. Гр. Суд. гласит: „Всѣ судебныя установленія обязаны рѣшать дѣла по точному разуму дѣйствующих законов, а в случаѣ их неполноты, неясности, недостатка или противорѣчія, основывать рѣшенія на общем смыслѣ законов".

Ст. 10. „Воспрещается останавливать рѣшеніе дѣла под предлогом неполноты, недостатка или противорѣчія законов. За нарушеніе сего правила, виновные подвергаются отвѣтственности, как за отказ в правосудіи".

То же повторяют статьи 12 и 13 Уст. Уг. Суд.*).

Ст. 136 Учр. Суд. Уст.:—„Если при рѣшеніи дѣла судом обнаружена неполнота закона и прокурор Окружнаго Суда признает необходимым возбудит законодательный вопрос, то независимо от рѣшенія дѣла судом на основаніи Уставов Уголовнаго и Гражданскаго Судопроизводств, доносит о замѣченной неполнотѣ закона Прокурору Судебной Палаты, от коего зависит, представит возбужденный вопрос на усмотрѣніе Министра Юстиціи".

Таким образом кодексы начала и середины XIX ст. представляют судьѣ свободу толкованія закона и требуют от него рѣшенія каждаго дѣла на основаніи дѣйствующаго права. Отсюда

*) Здѣсь выпущено лишь указаніе на недостаток законов.



возникают три вопроса: 1) что должен установить судья путем толкованія: волю (мысль) законодателя или волю (мысль) закона, 2) ограничивается ли толкованіе предѣлами закона или предѣлами положительнаго права вообще, 3) есть ли пробѣлы в правѣ и как они должны заполняться.

По первому вопросу долго господствующим являлось мнѣніе, высказанное еще в XVI вѣкѣ Донеллом: non enim lex est, quod scriptum est, sed quod legislator voluit и цѣль толкованія закона сводились к выясненію воли, мысли законодателя.

По ученію Савиньи и его школы в Германіи, Демоломба, Лорана и других ученых романских стран, у нас Мейера, Васьковскаго, толкованіе закона есть воспроизведеніе мысли законодателя. Интерпретатор изслѣдует в законѣ мысль законодателя, при неясности или умолчаніи закона изучает историческіе источники, подготовительныя работы, общія начала законодательства и общіе принципы права, но не в качествѣ самостоятельных источников для разрѣшенія вопроса, а в качествѣ подсобных источников для установленія намѣренія, мысли законодателя по данному вопросу.

Но это направленіе научной мысли встрѣчает в настоящее время серьезныя возраженія. „Закон путем обнародованія отрывается от законодателя—говорит Тель—и благодаря систематической связи, в которой его отдѣльныя нормы находятся друг с другом и с дѣйствующим уже правом, пріобрѣтает такую самостоятельность в качествѣ обнародованной воли законодательной власти, что воля и мнѣніе настоящих авторов закона становятся безразличными". Особенно подробно этот взгляд развивает Колер. „Господствующая теорія—говорит между прочим Колер—считает задачей толкованія опредѣленіе того, что законодатель желал, каковы были мысли законодателя, нашедшія себѣ выраженіе в его словах. Обычное ученіе ложно; рѣшающее значеніе имѣет, не то, что желает законодатель, а то что хочет закон. Конечно, закон не имѣет воли в психологическом смыслѣ, но имѣет ее в телеологическом смыслѣ, в смыслѣ органическаго стремленія к цѣли; и наступают не тѣ послѣдствія, каких желал автор закона, а тѣ, которыя обнаруживаются из органическаго стремленія к цѣли закона и вытекают из созданнаго в законѣ духовнаго организма".

И эта вторая точка зрѣнія представляется болѣе правильной. Важно не то, что хотѣл выразить законодатель, а то, что выражено в законѣ. Закон, помѣщенный в системѣ права, является частью правового организма страны и может быть понимаем

и должен быть толкуем только в связи с послѣдним. Вся же правовая система страны является отраженіем и регулятором ея соціальнаго строя. Измѣненія в этом послѣднем отражаются и на правовых нормах, его регулирующих. Послѣднія или создаются заново или же в старыя, но достаточно эластичныя нормы, вкладывается новое содержаніе, создается новое пониманіе их, в связи с новыми нормами и старыя принимают новое значеніе, наконец, из наличных норм выводятся новыя для новых отношеній. В этом смыслѣ и говорят: закон живет, закон развивается вмѣстѣ с жизнью. Но это не означает сознательнаго приспособленія закона к потребностям момента (Персеру), а как правильно указывает Регельсбергер, „измѣняющіяся юридическія воззрѣнія овладѣвают позднѣйшим толкователем и безсознательно приводят к иному пониманію смысла закона“*).

Цѣль толкованія—установленіе истиннаго смысла закона (interpretatio legis). Толкованіе исходит из опредѣленнаго предписанія закона и сообразуется не только с буквою (грамматическое толкованіе), но и с разумом его (логическое толкованіе), то-есть с той идеей, с тѣми общими принципами, которые лежат в основаніи его. Этими предѣлами и ограничивается толкованіе.

От толкованія закона надлежит отличать отысканіе для бытового отношенія, не регулируемаго прямым предписаніем закона, юридической нормы из всей совокупности положительнаго права даннаго государства, не исключая и обычаев, выведеніе из данных норм новых, развитіе норм права, напр., посредством аналогіи, заключенія по противоположности и т. п. (intérprétatio juris). Здѣсь уже начинается творческая дѣятельность, правотворчество суда, направленное на восполненіе пробѣлов в правѣ.

### *Пробѣлы в правѣ и их заполненіе.*

Есть ли пробѣлы в правѣ?—С одной стороны сопровождавшая кодификацію начала XIX столѣтія (главным образом созданіе французскаго кодекса), вѣра в писанный разум или закон, в полноту и всеобъемлемость кодификаціи, с другой—дѣйствіе в предѣлах Германіи римскаго права, на основаніи котораго разрѣшалось, под дѣйствіе котораго подводилось все разнообразіе соціальной жизни страны в XIX столѣтіи, привели к появленію и развитію интересной доктрины, так называемой теоріи логической законченности права, автором которой можно считать Бергбома.

*) Указ. соч. стр. 144.



Согласно этой доктринѣ, в законѣ могут быть пробѣлы, но в правѣ не может быть пробѣлов. Право представляет собою логически законченное цѣлое, нѣт безправнаго состоянія. Всякій случай из жизни может быть разрѣшен на основаніи правовой нормы. Эта норма может быть взята прямо из закона или выведена из положеній послѣдняго путем извѣстных логических операцій, логическаго метода.

«Право никогда не нуждается в пополненіи извнѣ говорит Бергбом,—ибо оно в любую минуту полно; его плодовитость, его логическая сила растяженія в каждый момент покрывают весь запрос на правовыя рѣшенія».

«При ближайшем разсмотрѣніи необходимо утверждать—говорит Бринц—что не существует пробѣлов в правѣ. Тот horror vacui, который имѣется у нашего автора*) имѣлся до него у самого права; в правѣ нѣт безправнаго пространства; если для того или иного случая еще не установлено иска, возраженія, наслѣдственнаго права, права требованія, освобожденія, то там, гдѣ автор (а с ним, однако, и весьма многіе) усматривают пробѣлы в правѣ, существует только пробѣл на сторонѣ отыскивающаго право; в его лицѣ отсутствует условіе, положительно установленное правом для случая, в котором представляется иск или возраженіе».

Эта доктрина нашла отраженіе и у современных писателей. Ф. Зомло, Шпигеля и Еллинека, который еще в 1913 г. писал: «Если спросить, может ли судья прибавить к идейному содержанію правопорядка что-либо такое, чего в нем и без того не содержалось бы, содержит ли для него правопорядок хотя бы единственный пробѣл, который он должен заполнить при рѣшеніи спора о правѣ – мой отвѣт гласил бы рѣшительно:—нѣт» **).

Доктрина логической законченности права утверждает, что на всякое жизненное отношеніе можно найти отвѣт в правѣ: если отвѣта нѣт в законѣ, таковой можно вывести из положеній закона. Из наличных норм права можно извлекать новыя нормы, как из аксіомы теоремы, нормы, явно законодателем не установленныя, но скрытно содержащіяся в них. Это извлеченіе из наличных новых правовых положеній, так называемое

*) Адикеса, работу котораго рецензирует Бринц (1873 г.).

**) Первая из цитат приводится по комментарію проф. Яблочкова, 617 стр. вторая и третья по указ. ст. Гойхбарга, стр. 103 и 114 прим.

логическое развитіе норм права, совершается путем обычных пріемов логики (дедукціи), примѣненных к юриспруденціи: путем заключенія на основаніи абсолютнаго или относительнаго тождества, заключенія по аналогіи, заключенія по противоположности, заключенія от части к цѣлому и от цѣлаго к части и т. п. Эта доктрина и являлась господствующей в XIX ст.

Но слишком усердное примѣненіе логическаго метода к юриспруденціи, которая должна постоянно поддерживать связь с жизнью, быть ея дѣйствительным отраженіем, увлеченіе этим методом имѣло своим послѣдствіем удаленіе юриспруденціи от дѣйствительной жизни, внесеніе схоластицизма в право. За логическим рѣшеніем забывалась жизнь. И это было тѣм болѣе опасно, что законодательство отставало от жизни. Ни дѣйствовавшіе в Европѣ кодексы начала XIX в., ни тѣм болѣе римское право не могли удовлетворять потребностям интенсивно развивавшагося в XIX в. гражданскаго оборота. Возникали новыя, прежде совершенно неизвѣстная соціальныя отношенія. Судам приходилось примѣнять к новым отношеніям (путем логическаго развитія дѣйствующаго права) старыя нормы, нерѣдко совершенно не подходившія, явно устарѣвшія, иногда и несправедливыя. Логическіе выводы из устарѣвших норм, вмѣсто юридической оцѣнки новых соціальных явленій и вытекающее отсюда расхожденіе права с жизнью, вызвали против себя естественную реакцію.

Против этой „юриспруденціи понятій" подняли свой голос уже Іеринг, Шлосман и нѣк. др;, а в XX ст. на основѣ работ Жени, Салейля, Штаммлера, Колера, Цительмана, Штампе, Радбруха, Эрлиха, Губера и др., сложилась новая доктрина, которую в отличіе от юриспруденціи понятій, логической юриспруденціи, называют юриспруденціей дѣйствительности, соціальной юриспруденціей.

Сущность новаго ученія проф. Покровскій формулирует слѣдующим сбразом.

«Закон, даже самый обширный, даже представляющій весьма полную кодификацію, неизбѣжно имѣет пробѣлы, так как, несмотря на все свое стараніе, он не может охватить всего безконечнаго разнообразія житейских отношеній. Закон, даже самый совершенный, неизбѣжно отстает от жизни: раз изданный он остается неподвижным, между тѣм, как жизнь идет непрерывно вперед, творя новыя потребности и новыя отношенія. Искать для этих новых явленій рѣшенія в старом законѣ, даже в общем его духѣ,—значит, либо насиловать жизнь, либо создавать из этих ссылок на закон очевидную фикцію, недостойную высокаго положенія суда. С другой стороны, несмотря на всякія ученія о безусловном главенствѣ закона, в дѣйствительности, судья никогда не был и никогда не может стать простым механическим примѣнителем закона, логической машиной, автоматически выбрасывающей свои рѣшенія. Его дѣятельность всегда имѣет творческій элемент и игнорировать этот послѣдній, значит также создавать себѣ вредную фикцію, закрывать глаза перед неустранимой реальностью. Закон и суд не двѣ враждебныя силы, а два одинаково необходимых фактора юрисдикціи. Оба они имѣют одну и ту же цѣль—достиженіе матеріально справедливаго; закон для достиженія этой цѣли нуждается в живом дополненіи и сотрудничествѣ в лицѣ судьи и нечего бояться этой творческой дѣятельности судьи: судья в не меньшей степени, чѣм законодатель, сын своего народа и своего времени и в не меньшей степени носитель того же народнаго правосознанія» *).



Правотворчество суда, свободное творчество права—вот лозунг новаго направленія, которое называют доктриной и даже школой свободнаго права.

Каково отношеніе новаго направленія к закону?—Наиболѣе видные представители этого направленія (Жени, Салейль, Штаммлер и др.) на первый план выдвигают закон и его толкованіе, а затѣм уже творчество суда. Послѣднее не может итти против закона, а допускается лишь в восполненіе закона при его недостаткѣ или неполнотѣ. Таким образом, направленіе свободнаго права стремится освободить судью от необходимости восполнять пробѣлы закона путем логической дедукціи, путем развитія норм права и призывает судью к правовому творчеству, в связи с требованіями жизни; лишь небольшое меньшинство доводит идею свободнаго отысканія права до предѣлов contra legem **).

В разсматриваемой доктринѣ необходимо различать два направленія: субъективное и объективное.

Первое представляет судьѣ при неполнотѣ, неясности или недостаткѣ закона руководиться собственным субъективным правосознаніем (Эрлих, Фукс, Радбрух и др.).

Второе, опасаясь судейскаго произвола, выставляет тот или другой, стоящій внѣ положительнаго права объективный критерій:

*) См. указанное сочиненіе стр. 70, 71.

**) О послѣднем см. Покровскій—Прагматизм и релятивизм в правосудіи, В. Гр. Пр. 916 г. № 5.

природа вещей (Жени), общественное правосознаніе (Салейль), справедливость (Яблочков), культура (Брютт), взвѣшиваніе интересов (Штампе), соціальный идеал (Штаммлер) и др. Но всѣ эти критеріи страдают тѣм же субъективизмом и неопредѣленностью.

Это движеніе оказало свое вліяніе и на законодательство, выразившееся в предоставленіи суду большей свободы, в расширеніи сферы судейскаго усмотрѣнія (ср. так наз. «каучуковые параграфы» Герм. Гр. Улож., напр., 138, 157, 242, 826 и др.; а также §§ 135[1] и 706[1] Уст. Гр. Судопр.) и т. п.

Но всего рѣшительнѣй сказалось вліяніе новаго направленія на швейцарском Гражданском Уложеніи и русском революціонном законодательствѣ.

Ст. 1 Швейц. Гр. Улож. гласит:

«Закон примѣняется ко всѣм тѣм правовым вопросам, для которых он по буквѣ или толкованію содержит опредѣленіе. Если в законѣ нельзя найти такого опредѣленія, то судья должен рѣшить на основаніи обычнаго права, а гдѣ этого послѣдняго нѣт, то на основаніи такого, которое он, судья, установил бы, если бы был законодателем. При этом он должен слѣдовать принятому ученію и традиціи».

Таким образом, мы здѣсь находим слѣдущіе источники права: закон, обычай и убѣжденіе судьи; при чем комментаторы (Россель, Гмюр) относят пользованіе доктриной и практикой ко всѣм трем источникам, автор же Уложенія, проф. Губер относил их только к убѣжденію судьи *).

Ст. 22 Положенія о народных судах Р. С. Ф. С. Р. (Соб. Уз. и Рас. 1920 г. № 83, ст. 407) гласит: «При рѣшеніи дѣл Народный суд примѣняет декреты Рабоче-Крестьянскаго Правительства, а в случаѣ отсутствія соотвѣтствующаго декрета или неполноты такового, руководствуется соціалистическим правосознаніем».

Здѣсь первым источником объявляется закон, а при недостаткѣ и неполнотѣ—правосознаніе, но не правосознаніе судьи; а соціалистическое правозознаніе, т.-е. правосознаніе соціалистическаго общества. По скольку же такого правосознанія еще не сложилось, мы имѣем дѣло с субъективным взглядом каждаго отдѣльнаго судьи. Он здѣсь также становится законодателем.

*) См. по данному вопросу А. В. Завадскій—К ученію о толкованіи гражданских законов, Ученыя зап. Казанск. У—та, 1916 г. кн. VIII стр. XLVI и сл.



В качествѣ итога с своей стороны мы должны отмѣтить слѣдущее:

Первым и основным источником права надлежит признать закон, который подлежит примѣненію по внутреннему смыслу, по разуму его. Внутренній смыслъ или разум закона познается путем толкованія. Посредством толкованія устанавливается содержаніе (воля) закона, а не намѣреніе (воля) законодателя.

При отсутствіи закона, разрѣшающаго конкретный случай, при пробѣлѣ в законодательствѣ судья вступает в область правотворчества: он должен заполнить пробѣл. При заполненіи пробѣлов судья должен исходить из дѣйствующаго законодательства и прежде всего, путем развитія послѣдняго, из общаго его смысла попытаться вывести, найти необходимую ему норму права; при этом судья не должен упускать из виду запросы жизни, для удовлетворенія которых он отыскивает норму права.

Есть ли пробѣлы в правѣ?—Вмѣстѣ с Регельсбергером, Цительманом и Ляуном можно сказать: и да и нѣт. В этом вопросѣ необходимо различать формальную и матеріальную сторону. С точки зрѣнія формальной нѣт пробѣлов в правѣ, когда дѣйствующее законодательство указывает способы восполненія (матеріальных) пробѣлов, напр., закон, обычай, судья—законодатель—1 ст. Шв. Гр. Ул., точный разум законов и общій смысл законов—9 ст. У. Гр. С., закон и соціалистическое правосознаніе—ст. 22 Декрета о судѣ Р. С. Ф. С. Р. или запрещеніе отказывать в рѣшеніи дѣла вслѣдствіе неполноты. неясности или недостатка закона—§ 4 фр. Кодекса и ст. 10 Уст. Гр. Суд. и т. п. И другія современныя законодательства, если прямо не устанавливают подобных правил, то молчаливо их подразумѣвают и судебная практика их придерживается. Но пробѣлы матеріальнаго характера существуют во всякой системѣ положительнаго права, в правѣ любаго государства, ибо ни одна система при всей своей полнотѣ не в состояніи охватит всего разнообразія жизни, ни одно законодательство не в состояніи поспѣть за развитіем соціальной жизни. Возьмем, напр., у нас такія явленія, как спецификація, контокуррентный счет и нѣк. др., представляющія пробѣлы в правѣ, а не только в законѣ.

С послѣдним явленіем сравнительно рѣдко приходится встрѣчаться во внутреннем гражданском правѣ, но часто в частном международном правѣ.

При заполненіи пробѣлов в правѣ судья должен руководствоваться общим духом даннаго законодательства и общими

началами права, т.-е. доктриной, наукой права, не упуская из виду потребностей жизни.

Таким образом, мы признаем матеріальные пробѣлы не только в законѣ, но и в правѣ и в основу их восполненія кладем закон в отличіе от школы свободнаго права, которая восполненіе пробѣлов возлагает на правотворчество судьи. Конечно, и при развитіи норм права имѣет мѣсто творчество судьи и тѣм болѣе, при восполненіи пробѣлов в правѣ. Автор настоящих строк сам был судьей и на основаніи своей личной практики может засвидѣтельствовать, что элемент правотворчества, усмотрѣнія в дѣятельности судьи при постоянно встрѣчающихся пробѣлах в законодательствѣ играет свою, иногда значительную роль, напр., примѣнить ли в извѣстном случаѣ аналогію или доказательство от противнаго, признать ли данный состав фактов подходящим под выведенную путем логической дедукціи норму права или искать разрѣшенія в общих началах права и т. п.—рѣшает судья. Еще сильнѣе творческая роль судьи при восполненіи пробѣлов в правѣ. Но это—не основаніе возводить в принцип правотворчество судьи, признавать судью законодателем. Прав проф. Покровскій, когда он указывает, что „для судейскаго субъективизма и произвола при этой методѣ*) простора значительно меньше: она принципіально отрицает возможность личнаго усмотрѣнія, между тѣм, как теорія свободнаго права его принципіально признает“, (ук. соч. стр. 78).

Опредѣленность права есть великое соціальное благо, основа правопорядка. Правовыя отношенія должны быть опредѣлены, не могут зависѣт от усмотрѣнія судей. Послѣднее явленіе вносит крупныя осложненія в соціальную жизнь и колеблет правопорядок.

На самом дѣлѣ, что сказали бы вы, если бы совершили дѣяніе, не запрещенное уголовным кодексом, а судья, согласно своему правовому чувству, признал бы вас виновным. Гдѣ гарантія того, что каждый ваш поступок не поведет вас на скамью подсудимых? То же самое и в гражданском процессѣ. Если сила и значеніе каждаго правоотношенія, как полагают нѣкоторые немногіе представители новаго направленія (и допускает револ. законодательство Р. С. Ф. С. Р.) или каждаго непредусмотрѣннаго законом правоотношенія, как полагает большинство этого направленія, зависит в конечном итогѣ от усмотрѣнія судьи, а усмотрѣніе одного судьи различается от усмотрѣнія другого—что

*) Примата закона и логическаго развитія дѣйствующаго права.



станет с гражданским оборотом? – Каждый гражданин имѣет право требовать от государства, чтобы то указало ему сферу его самодѣятельности, опредѣлило, что дозволено и что запрещено. Иначе нѣт опредѣленности в субъективных правах граждан, нѣт прочнаго правопорядка.

Шв. Гр. Уложеніе ставит судью в положеніе законодателя, но вмѣняет ему при этом в обязанность слѣдовать традиціи (судебн. приктикѣ) и доктринѣ (наукѣ права). Однако, послѣднее не больше, как рекомендація, которой суд может и не послѣдовать и примѣнить свое субъективное усмотрѣніе. Конечно, в Швейцаріи, гдѣ хорошо разработана система гражданскаго права, гдѣ традиція и доктрина пользуются большим вліяніем*) —субъективизм суда, которому открывает извѣстный простор ст. 1 Шв. Гр. Улож., не так опасен, но принципіально он не заслуживает одобренія.

Дальше пошло революціонное законодательство Россіи. Оно в первую очередь выдвигает декрет, затѣм правосознаніе судьи. Так как декретов совѣтской властью и за 5 лѣт издано не много—главное значеніе имѣл послѣдній фактор и результат общеизвѣстен. Совѣтское законодательство само принуждено было отбросить критерій соціалистическаго правосознанія и перешло к изданію кодексов**).

Полагая, что судья в своей дѣятельности принципіально должен стоять на почвѣ закона (закон, логическое развитіе дѣйствующаго права, примѣненіе общаго духа законодательства и общих начал права), мы не забываем потребностей жизни и, наоборот, подчеркиваем их значеніе. Там, гдѣ нѣт прямого предписанія закона, гдѣ судья вступает в область правового творчества, он не должен забывать соціальных потребностей, урегулированіе которых и составляет задачу права. Мы согласны с профессором Яблочковым, который пишет: „Логическій элемент в юридической работѣ судьи должен идти лишь так далеко, пока uttilitas не загородит ему пути и не заявит своего протеста. Юрист не должен закрывать глаза и на запросы жизни, удовлетворять которые он призван. Никогда юридическій во-

*) Между прочим по первоначальному проекту Губера ст. 1 включала, источника права: 1) закон, 2) обычай, 3) судебн. практику и доктрину и только в 4) судью—законодателя.

**) Между прочим гражданскій процессуальный кодекс (1923 г.) предписывает судьѣ руководствоваться дѣйствующими узаконеніями и распоряженіями, а при недостаткѣ послѣдних „общими началами совѣтскаго законодательства и общей политикой Рабоче-Крестьянскаго Правительства“ (ст. 3 и 4). Послѣднее, конечно, не дѣло суда, который должен имѣть дѣло только с законом и правом, но не с усмотрѣніем и видами правительства.

прос не должен быть разрѣшен без того, чтобы рѣшеніе не устояло против его пригодности для дѣйствительной жизни. Если судья провѣряет цѣлесообразность своих рѣшеній на тѣх цѣлях, которыя открываются как цѣли закона, из общаго обозрѣнія всего права, он никогда не впадет в произвол „судейскаго усмотрѣнія"—этот врагъ правового порядка (Цительман)"*). Таким образом, принципіально в основу рѣшенія суда все же должен быть положен закон. Это лучшая гарантія обезпеченности субъективных прав граждан и прочности правопорядка.

*Виды толкованія закона.*

Различают толкованіе легальное, узуальное и доктринальное или научное.

Легальное толкованіе есть формально-обязательное разъясненіе внутренняго смысла нормы. Сюда нѣкоторые ученые относят аутентическое толкованіе, т.-е. разъясненіе смысла закона посредством новой законодательной нормы, изданной с цѣлью разъяснить первую, ср. напр., примѣчаніе к ст. 295, к ст. 991, к ст. 1040 т. X ч. 1 и др. Но аутентическое толкованіе носит характер изданія новаго закона, нерѣдко с обратною силою, а не толкованія. Современный законодатель не пользуется этою формою интерпретаціи. К легальному толкованію надлежит отнести разъясненія закона, даваемыя в рѣшеніях Кассаціонных Департаментов Прав. Сената. Как указано выше, по конкретному разрѣшаемому дѣлу эти рѣшенія имѣют обязательное значеніе для низших судов, по другим дѣлам имѣют лишь руководящее значеніе (815 ст. У. Гр. С.). Рѣшенія же Кассаціонных Департаментов, а также общаго собранія перваго и Кассаціонных Департаментов Сената, даваемыя в порядкѣ 259[1] ст. У. С. У.—вопреки мнѣнію Сената и большинства представителай доктрины (Шершеневич, Васьковскій, Яблочков), не имѣют совершенно обязательной силы, а только руководящее значеніе. Такой же характер должен быть признан и за циркулярными указами (разъясненіями) Административных Департаментов Прав. Сената**). К легальному толкованію законов относится толкованіе послѣдних административными учрежденіями в предѣлах их компетенціи, напр., правила и инструкціи в дополненіе и развитіе закона, ср. ст. 549 Уст. о Пром. Нал., 283 Уст. Акц. Сб., 472 и 745 Уст. Гор. и друг.

*) Коммснтарій стр. 182—183.
**) Ср. Лазаревскій В. Гр. П. 1916 г., 2, стр. 123 и сл., 115 и сл.



Узуальное толкованіе есть толкованіе закона, установленное судебной и административной практикой. Таково напр., у нас признаніе за циркулярными указами административных Департаментов Правит. Сената общеобязательнаго значенія.

Доктринальное или научное толкованіе есть толкованіе закона на основаніи данных науки. Оно имѣет силу и значеніе лишь на основаніи своего внутренняго авторитета, своей логической убѣдительности.

Толкованіе дѣлится далѣе на грамматическое и логическое.

Первое имѣет задачей выяснить значеніе слов, составляющих извѣстную юридическую норму, опредѣлить содержаніе послѣдней на основаніи смысла слов, ее составляющих, второе—выяснить внутренній смысл нормы или содержаніе мысли, выраженной словами. Оба указанные вида толкованія—не самостоятельныя и различныя явленія, а двѣ стороны единаго процесса толкованія закона.

Грамматическое толкованіе основывается на значеніи слов в отдѣльности и во взаимной их связи по правилам рѣчи. Различают четыре элемента грамматическаго толкованія: лексическій, синтаксическій, логическій и стилистическій.

Слова нормы в их употребленіи составляют ея лексическій элемент. Смысл слова опредѣляется словоупотребленіем: одно и то же слово может имѣть разное значеніе. Связь слов, способ их сочетанія друг с другом образует рѣчь—синтаксическій элемент. Каждая рѣчь или предложеніе представляет собою сужденіе по законам мышленія—логическій элемент. Способ выраженія мысли, обороты рѣчи и их сочетаніе, составляют стилистическій элемент. Для пониманія рѣчи недѣдко необходимо знать стиль автора.

Таким образом, при грамматическом толкованіи закона необходимо установить смысл каждаго слова в отдѣльности, выяснить синтаксическое строеніе предложеній, логическую связь между ними, принять во вниманіе стиль нормы и из сочетанія всѣх этих элементов опредѣлить словесный смысл нормы,

Но цѣль толкованія закона опредѣленіе не словеснаго, а внутренняго смысла нормы, содержанія (мысли) закона. Послѣдній имѣет преимущество перед первым. Scire leges hoc est non verba earum tenere, sed vim ac potesatem.

Логическое толкованіе имѣет цѣлью выяснить содержаніе нормы, ея внутренній смысл с помощью предоставляемых наукою, главным образом логикою, средств разумѣнія человѣческой рѣчи.

Источники логическаго толкованія дѣлятся на источники внутренніе и внѣшніе.

Внутренними источниками называется дѣйствующее право (законодательство: мѣсто, занимаемое нормой в системѣ права, логическое отношеніе к другим нормам и т. п., обычай, обязательныя распоряженія администраціи в предѣлах ея компетенціи), внѣшними—источники, не входящіе в состав дѣйствующаго права, посторонніе послѣднему (историческіе матеріалы: объяснительныя записки, протоколы комиссій, статьи и письма авторов законопроекта и т. п.).

Одни ученые полагают, что при толкованіи закона возможно пользоваться только внутренними источниками (Биндинг, Ленель, Цительман, Шершеневич), другіе (большинство) всѣми доступными средствами познанія (Бирлинг, Жени, Колер, Кипп, Малышев, Таганцев, Васьковскій), но нѣкоторые из послѣдних правильно устанавливают извѣстныя ограниченія. Так, автор спеціальнаго изслѣдованія по данному вопросу, проф. Васьковскій слѣдующим образом формулирует отношеніе к внѣшним источникам: „внѣшнія данныя: 1) могут служить вспомогательным провѣрочным средством толкованія, подкрѣпляя выводы, полученные с помощью внутренних данных, а во 2) получают самостоятельное значеніе и обязательно подлежат примѣненію, когда внутреннія данныя не привели к удовлетворительному результату и смысл нормы остался не ясным".

Различают толкованіе: логическое (в узком смыслѣ), систематическое, историческое и телеологическое.

Нерѣдко норма по содержанію своему требует примѣненія пріемов логики для установленія ея смысла. Кромѣ того, едвали можно найти в современном законодательствѣ норму, которая не состояла бы в извѣстной логической связи с другими нормами. Слѣдовательно, логическое толкованіе всегда имѣет примѣненіе. Так как логическій элемент заключается в самом содержаніи нормы или в связи ея с другими, т.-е. в содержаніи норм, а не внѣ их, то он представляет одно из самых надежных средств толкованія закона, при противорѣчіи пользующееся предпочтеніем перед другими.

Мѣсто, занимаемое нормой в системѣ законодательства нерѣдко имѣет большое, иногда рѣшающее значеніе для уразумѣнія ея смысла: в какой книгѣ, в какой главѣ, в каком отдѣлѣ помѣщена норма—от этого зависит болѣе широкое или узко примѣненіе ея, правильное пониманіе (ср. напр. 21 ст. т, X ч. 1).



Телеологическое толкованіе есть толкованіе по цѣли, которую преслѣдует закон. Эта цѣль видна, напр., из заголовка закона (закон «о расширеніи права распоряженія родовыми имуществами в завѣщаніи»—1068 ст. т. X ч. 1) или из общаго смысла постановленій закона (напр., 217—222 ст. т. X ч. 1).

Историческое толкованіе есть толкованіе норм права на основаніи источников их происхожденія.

При толкованіи внутренніе источники предпочитаются внѣшним, логическое толкованіе систематическому, а это послѣднее историческому.

В результатѣ логическаго толкованія словесный смысл нормы может быть подтвержден—цѣль толкованія достигнута, истинный смысл нормы найден. Но логическое толкованіе может и разойтись с словесным. Выясненный, путем логическаго толкованія внутренній смысл нормы шире или уже ея словеснаго смысла, напр., употреблено видовое понятія вмѣсто родового и наоборот. При таком положеніи надлежит отдавать предпочтеніе внутреннему смыслу перед внѣшним, логическому толкованію перед словесным. Таким образом, в первом случаѣ мы толкуем закон распространительно—распространительное толкованіе, во втором—ограничительно—ограничительное толкованіе.

Иногда несоотвѣтствіе между мыслью и словом закона является слѣдствіем описок, опечаток, редакціонных промахов—тогда допускается исправляющее толкованіе.

Но иногда (и нерѣдко) случается, что в дѣйствующем законодательствѣ нельзя отыскать нормы, которая разрѣшала бы извѣстный конкретный случай, под дѣйствіе которой можно было бы подвести послѣдній. Тогда мы говорим о пробѣлѣ в законодательствѣ, при чем этот пробѣл может быть полным, когда вообще нѣт нормы, подходящей для разрѣшенія конкретнаго случая, и частичным, когда норма есть, но страдает неполнотой, не предусматривает всѣх обстоятельств случая, не дает отвѣта на всѣ вопросы.

Заполненіе пробѣлов в законодательствѣ достигается путем логическаго развитія норм дѣйствующаго права.

### *Логическое развитіе норм права.*

Логическое развитіе норм права—есть примѣненіе пріемов логики (логической дедукціи) к существующим юридическим нормам для полученія новых норм, которыя являются логическим выводом из существующих.

Из логических умозаключеній для развитія норм права особенно важное значеніе имѣют слѣдующія.

Аналогія. Аналогія есть заключеніе по сходству, т.-е. разрѣшеніе не предусмотрѣннаго дѣйствующим законодательством случая на основаніи нормы, регулирующей сходный случай. Основаніем аналогіи служит сходство в юридически существенных элементах между нормой, существующей в правѣ и предусматривающей извѣстный состав фактов, и конкретным составом фактов, для котораго отыскивается норма. Таким образом, примѣненіе аналогіи состоит в слѣдующем. Берется непредусмотрѣнный законом случай, отыскивается в законодательствѣ (или добывается из дѣйствующаго права) норма, опредѣляющая другой случай, сходный в юридически существенных элементах с первым в распространяется на первый, т.-е. из данной юридической нормы выводится болѣе общая норма,—которая покрывает и не предусмотрѣнный законом случай. Примѣненіе аналогіи основывается на принципѣ: ubi eadem ratio, idem jus, т.-е. выясняется принцип дѣйствующаго закона (или права) и распространяется на новый, тождественный в данном отношеніи состав фактов *)..

Различают аналогію закона и аналогію права. В том случаѣ, когда норма, опредѣляющая сходный случай, выражена в законѣ и распространяется на непредусмотрѣнный законом случай—мы имѣем дѣло с аналогіей закона. Если же такая норма не содержится в законѣ, а должна быть предварительно выведена из положеній дѣйствующаго права—мы говорим об аналогіи права. Послѣдняя является уже средством восполненія пробѣлов в правѣ. Аналогію надлежит отличать от распространительнаго толкованія. Послѣднее распространяет словесный смысл нормы, согласно внутреннему смыслу послѣдней, согласно мысли закона. Аналогія идет дальше: она примѣняет норму к случаям, не имѣвшимся в виду данным законом.

Заключеніе по противоположности. Это умозаключеніе состоит в слѣдующем. Из нормы, разрѣшающей какой-либо случай, выводится прямо противоположная норма для другого случая. Заключеніе по противоположности логически допустимо: 1) если извѣстно, какому предмету противополагается предмет даннаго сужденія (нормы) и 2) если можно установить, что это противопоставленіе сдѣлано с цѣлью отмѣтить различіе. Но пользоваться заключеніем по противоположности нужно с осторожностью, не нужно забывать, что argumentum a contratio не всегда есть заключеніе по прямой противоположности, иногда из одного положенія вытекает нѣсколько противоположеній и в таком случаѣ необходимы вспомогательныя средства для выбора правильной противоположности *).

*) Напр. примѣненіе 393 ст., т. X, ч.1 к движимости.



Кромѣ двух приведенных логических заключеній логическое развитіе права достигается и другими: заключеніем от цѣлаго в к части и от части к цѣлому, заключеніем на основаніи тождества и др. Возможно, что заключенія по разным основаніям вступают в противорѣчіе друг с другом. Напр., если к одной и той же нормѣ примѣнить заключеніе по аналогіи и от противнаго. Возможно,что норма допускает оба логических пріема и оба вывода будут, логически правильными. От судьи зависит выбор, при чем он должен руководствоваться потребностями жизни, т.,е. соображеніями справедливости и цѣлесообазности.

*Восполненіе пробѣлов в правѣ.*

Одним из важных средств восполненія пробѣлов в правѣ является аналогія, именно аналогія права. Из норм дѣйствующаго права выводится аналогичная норма и распространяется на данный состав фактов. При невозможности примѣнить аналогію судья, опираясь на общія начала права, должен создать норму соотвѣтствующую общему духу, разуму законодательства, т.-е. такую норму, которая бы не противорѣчила послѣднему, могла без противорѣчій войти в систему законодательства.

*) Напр. ст. 1140 т. X ч. 1 допускает нѣсколько заключеній по противоположности, см подробнѣе вашу работу «Толкованіе 1140 ст. т. X ч. 1», которая вообще дает примѣр. толкованія закона.

# Работы проф. В. А. Рязановскаго.

## ОТДѢЛЬНЫЯ ИЗДАНІЯ.

**„О посмертном преемствѣ супругов по русскому праву“,** г. Нижній-Новгород, 1914 г.

**„Выморочное право“,** г. Нижній-Новгород, 1914 г.

**„Границы наслѣдованія“,** г. Ярославль, 1915 г,

**„Наслѣдованіе в линіи восходящей по русскому праву“,** г. Ярославль, 1916 г.

**„Наслѣдованіе полнородных, единокровных и единоутробных братьев и сестер“,** г. Ярославль, 1916 г,

**„Толкованіе 1140 ст. т. X, ч. I“,** г. Ярославль, 1917 г.

**„Обычное право монгольских племен“:**

Часть I —„Обычное право монголов“, (отдѣльный оттиск), 1923 г.

Часть II —„Обычное право бурят“, гор. Чита, 1921 г.

Часть III—„Обычное право калмыков“ (печатается).

**„Единство процесса“,** гор. Харбин, 1924 г.

**„Лекціи по гражданскому праву“.**

Вып. I —Общая часть, I изданіе—гор. Владивосток, 1922 г., II изд.—гор. Харбин, 1924 г.

Вып. II —Общая часть, гор. Владивосток, 1922 г.

Вып. III—Права вещныя, права присвоенія, права на продукты духовнаго творчества, гор. Харбин, 1923 г.

Вып. IV—Права обязательственныя, гор. Харбин, 1924 г.

Вып. V —Права семейныя и наслѣдственныя, гор. Харбин, 1924 г.

## СТАТЬИ.

„**Кто является собственником имущества, проданнаго с разсрочкой платежа: продавец или покупщик**“—Вѣстник Права и Нотар., 1911 г., № 13.

„**О правѣ неграмотных быть свидѣтелями при составленіи домащняго духовнаго завѣщанія**“—там же, №№ 16 и 17.

„**О духовных завѣщаніях, совершаемых русскими подданными за границею**“—Журнал Министерства Юстиціи, 1912 г., № 3.

„**О примѣненіи румынских гражданских законов в Бессарабіи**“—„Право“, 1914 г., № 27.

„**Основная сдѣлка, вексель и ст. 1521 т. X, ч. I**“,—„Вѣстн. Права“, 1914 г., № 27.

„**Обезпеченіе иска и понудительное исполненіе по актам**“—„Вѣстник Права“, 1916 г., № 7.

„**Единство процесса**“, очерк—Труды Иркутскаго Государственнаго Университета, вып. I- 1920 г. (есть отдѣльное изданіе).

„**О научной разработкѣ и кодификаціи бурятскаго обычнаго права**“—„Голос Бурят-Монгола“, (гор. Чита), 1921 года, №№ 2 и 3.

„**Административная юстиція**“—„Юридическое Обозрѣніе“, (гор. Владивосток), 1922 г., №№ 1 и 2.

„**Организація суда в Совѣтской Россіи**“—там же, №№ 3 и 4.

„**Народный Суд Совѣтской Россіи**“—там же, №№ 8 и 9.

„**Обычное право монголов**“, очерк—„Вѣстник Азіи“, № 51, 1923 г., (есть отдѣльный оттиск).

## КОММЕНТАРІИ:

на рѣшенія Гр. Кассаціоннаго Департамента в „Архивѣ Судебн. практики и законодательства“, за 1914, 1915 и 1916 гг.

## РЕЦЕНЗІИ:

в „Юридической библіографіи“ за 1915—1917 гг., в „Юридическом Вѣстникѣ“, за 1915—1917 г.г., в „Вѣстникѣ Права“ и др.

**В. А. РЯЗАНОВСКІЙ.**
МАГИСТР ГРАЖДАНСКАГО ПРАВА, ПРОФЕССОР ЮРИДИЧЕСКАГО ФАКУЛЬТЕТА В Г. ХАРБИНѢ.

# ЛЕКЦІИ

ПО

# ГРАЖДАНСКОМУ ПРАВУ.

ОБЩАЯ ЧАСТЬ.

ВЫПУСК ВТОРОЙ.

2-ое изданіе.

ХАРБИН.
Художественная типографія.
**1925.**

Государственная
БИБЛИОТЕКА
СССР
им. В. И. Ленина
73812-52

## ПРЕДИСЛОВІЕ К ПЕРВОМУ ИЗДАНІЮ.

Второй выпуск „Лекцій по гражданскому праву“ составлен по тому же плану, что и первый и представляет сокращенную запись лекцій, читанных мною в Госуд. Дальневосточном Университетѣ в 1921/1922 академическом году.

Необходимо отмѣтить, что помимо указанных в предисловіи к первому выпуску неблагопріятных условій для работы вообще, оказались неблагопріятными и условія печатанія (техническія и матеріальныя), что и заставило автора произвести сокращенія в содержаніи второго выпуска (в особенности IV, VI и VII глав) и перенести нѣкоторые вопросы, напр., гражданское правонарушеніе, в особенную часть лекцій, хотя они читались в составѣ общих ученій.

Литература в примѣчаніях указана, главным образом, лишь та, которую можно достать во Владивостокѣ.

При чтеніи настоящих лекцій у лиц, живущих внѣ предѣлов Приморской области, может возникнуть вопрос, почему основным матеріалом, которым иллюстрируются теорическія положенія лекцій, является Свод Законов и, в частности, т. X, ч. 1 Св. Зак. Гр. и постановленія Врем. Правительства 1917 г. и упускаются происшедшія в Россіи вообще и на Дальнем Востокѣ в частности за послѣднія пять лѣт перемѣны.— На этот вопрос позволю себѣ отвѣтить слѣдующее: 1) Свод Законов и, в частности т. X ч. 1 послѣдняго, а также постановленія Временнаго Правительства 1917 г., являются дѣйствующим правом Приморской области и по настоящее время [1]) и слѣдовательно с ними прежде всего приходится знакомить слушателей; 2) при всем научном интересѣ, какой вызывают измѣненія в частно-правовой сферѣ, происшедшія за послѣднія пять лѣт в Россіи, эти измѣненія не могли служить подсобным матеріалом для настоящих лекцій, во-первых, потому, что свѣдѣнія о них скудно доходят до Владивостока, во-вторых, потому, что эти измѣненія находятся еще в періодѣ становленія, не выкристаллизовались окончательно и не вылились еще в законченную систему—что и служит препятствіем для их догматическаго изученія; 3) свѣдѣнія же о различных законодательных актах мѣстных правительств автор считал излишним приводить ввиду их чисто мѣстнаго и преходящаго значенія.

*Автор.*

г. Владивосток.
Август, 1922 г.

[1]) Конечно, с нѣкоторыми, вызванными революціей измѣненіями, которыя относятся, однако, почти исключительно к государственному праву и не касаются частно-правовых отношеній.

## ПРЕДИСЛОВІЕ КО ВТОРОМУ ИЗДАНІЮ,

Второе изданіе II выпуска лекцій сравнительно с первым изданіем дополнено в соотвѣтствующих мѣстах кратким изложеніем норм гражданскаго кодекса Р.С.Ф.С.Р., а также содержит небольшія дополненія в основном текстѣ (напр. параграфов—физическое лицо, как субъект права, юридическія отношенія и нѣк. др.).

С переизданіем настоящаго выпуска всѣ пять выпусков „Лекцій по гражданскому праву" будут изложены по одному плану: теоретическое освѣщеніе вопроса, постановленія западно-европейских законодательств, стараго русскаго права (гл. обр. т. X, ч. I.) и вкратце гражд. кодекса Р.С.Ф.С.Р.

Между прочим рецензент настоящаго труда проф. М. Я. Пергамент, давшій в общем благожелательный отзыв о настоящей работе[1]), упрекает меня в своей рецензіи за то, что в основаніе лекцій в качествѣ позитивнаго матеріала я положил т. X ч. I Св. Зак. Гр., который уже утратил свою силу в Россіи и с научной точки зрѣнія не выдерживает критики. На этот упрек я позволю себѣ кратко отвѣтить (также как и он, не касаясь политической стороны вопроса), что: 1) т. X ч. I Зак. Гр. до послѣдняго времени признавался мѣстными судебными учрежденіями дѣйствующим правом среди русскаго населенія Особаго района восточных провинцій китайской республики (полоса отчужденія Кит. Вост. ж. д.), и в качествѣ такового должен сообщаться и слушателям и 2) такова программа курса гражданскаго права Юридическаго факультета в г. Харбинѣ.

Послѣдній в весеннем семестрѣ 1923 г. предложил преподавателям в дополненіе к читаемым курсам знакомить слушателей (среди которых есть граждане С.С.С.Р. и Китая), с правом указанных государств —что преподавателями и исполняется[2]).

*Автор.*

30 декабря 1924.
г. Харбин.

---

[1]) См. Извѣстія Юридическаго факультета в г. Харбинѣ, т I.

[2]) В частности в настоящей работѣ с третьяго выпуска, а при переизданіи во всѣх выпусках, помѣщены краткія свѣдѣнія о гражданском правѣ С.С.С.Р, но совсѣм не содержится свѣдѣній по китайскому гражд. праву. Автор, однако, надѣется, что ему удастся в дополненіе к настоящей работѣ издать и краткій очерк китайскаго гражданскаго права.

## Гражданское право в субъективном смыслѣ.

### *Понятіе субъективнаго права.*

Доктрина не выработала общепризнаннаго понятія субъективнаго права. Существует ряд теорій по данному вопросу, из коих надлежит отмѣтить слѣдующія.

Со времени Савиньи в наукѣ долго господствовала волевая теорія. Савиньи и его послѣдователи опредѣляли субъективное право, как признанное объективным правом господство воли, как сферу свободы или власти, которая предоставляется субъекту права объективным правом.

Но уже Іеринг указал, что субъективное право может принадлежать и лицу, неспособному к проявленію воли (малолѣтній, умалишенный); кромѣ того, такое право может возникнуть и независимо от воли управомоченнаго. Сам Іеринг выдвинул другое понятіе субъективнаго права, в основаніе котораго он положил два момента: цѣль права и защиту его. Цѣль права—выгода, интерес, доставляемый правом. Всякое частное право служит для удовлетворенія интересов человѣка. Защита права—иск, относится к цѣли, как средство. Таким образом, субъективное право —по мнѣнію Іеринга—есть юридически защищенный интерес.

Но право само по себѣ не есть интерес, а средство для удовлетворенія интереса. Содержаніе его не покрывается ни интересом, который служит его цѣлью, ни иском, который служит его защитой или средством для осуществленія его содержанія. В чем содержаніе субъективнаго права, Іеринг не дает отвѣта.

Недостатки обѣих теорій (воли и интереса) привели к созданію посредствующей теоріи, которая вводит в понятіе субъективнаго права оба элемента: и волю, и интерес. В этом сочетаніи воля представляет формальный, а интерес—матеріальный элемент понятія. С этой точки зрѣнія, субъективное право есть власть или воля лица, направленная на удовлетвореніе признаннаго объективным правом интереса (Іеллинек, Регельсбергер, Бернатцик и др.). Представителем посредствующей теоріи является и Салейль, по определенію котораго „субъективное право есть

власть, призванная служить интересам соціальнаго характера и отправляемая автономною волею сторон".

В том и другом опредѣленіи вызывает возраженіе отождествленіе власти с волей и приписываемое послѣдней значеніе, как и в теоріи Савиньи.

Тон, а за ним Бирлинг разсматривают субъективное право, как средство защиты интереса или обезпеченнаго нормами пользованія, как иск или притязаніе. Но притязаніе не исчерпывает содержанія субъективнаго права, носит самостоятельный от матеріальнаго права характер и играет воспомогательную роль[1]).

Наконец, последнее время нѣкоторые ученые опредѣляют субъективное право, как „власть к дѣйствованію", предоставленную субъекту объективным правопорядкам (Цительман, Биндер).

Наиболѣе правильным представляется нам опредѣленіе субъективнаго права, включающее элементы власти (но не воли) и интереса—власти, направленной на служеніе интересам соціальнаго характера.

Таким образом, гражданское право в субъективном смыслѣ может быть опредѣлено, как власть, предоставленная субъекту права нормами (приказами и дозволеніями) объективнаго правопорядка и направленная на удовлетвореніе признаннаго объективным правом частнаго интереса.

Эта власть может возникнуть независимо от индивидуальной воли ея обладателя, может принадлежать не только носителю индивидуальной воли (т. е. физическому лицу), а в нѣкоторых случаях и осуществляется помимо этой воли.

Объективное право существует внѣ субъекта права, есть внѣ его лежащій правопорядок. Субъективное право, наоборот, тѣсно связано со своим носителем—субъектом права.

Субъективным правам одних соотвѣтствуют обязанности других. Эти обязанности заключаются или в воздержаніи от вторженія в чужую правовую сферу и при нарушеніи послѣдней в содѣйствіи к возстановленію прежняго правового положенія (при абсолютных правах), или же —к опредѣленному дѣйствію или воздержанію от дѣйствія (при относительных правах), в том и другом случаѣ—в поведеніи, соотвѣтствующем интересам управомоченнаго.

Субъективное право складывается из двух основных элементов: субъекта и объекта и связи между ними.

### *Субъект права.*

Субъект права есть обладатель или носитель правомочій, составляющих содержаніе субъективнаго права. Субъект права—тот, для кого

[1]) См. подробнѣе наш очерк „Единство процесса", стр. 1—2.



существует субъективное право, за кѣм правопорядок признает права и обязанности.

Нѣкоторые ученые (Виндшейд, Регельсбергер) признают существованіе безсубъектных прав, когда извѣстныя права переживают своего субъекта, напримѣр, в случаѣ смерти обладателя права и неявки наслѣдников (hereditas jacens) или возникают ранѣе субъекта, напримѣр, права неродившагося ребенка, будущаго учрежденія.—Однако, мы в данном случаѣ имѣем дѣло с временным переходным состояніем, когда имущество охраняется в интересах будущаго собственника. Здѣсь юридическая личность признается за послѣдним с момента возникновенія прав, под условіем его появленія (ср. § 31 шв. гр. ул. и § 1923 герм. гр. у.).

Другіе ученые (Бринц, Беккер) признают безсубъектныя права также в тѣх случаях, когда послѣднія принадлежат не индивидуально-опредѣленному физическому лицу, а государству, корпораціи и т. п. коллективам. Так, Бринц находит, что существуют имущества, не имѣющія опредѣленнаго субъекта, а служащія опредѣленной цѣли, безсубъектныя, цѣлевыя имущества. Однако, в этом случаѣ субъектом прав может быть признан извѣстный коллектив, корпорація или учрежденіе, т. е., так называемое юридическое лицо.

Шварц воспринял и обобщил указанную идею Бринца о цѣлевых имуществах. Он учит, что имущества вообще служат не кому нибудь, а чему нибудь, какой либо разумной цѣли. Юридическое единство, индивидуализацію одного имущественнаго комплекса от другого создает не субъект, а юридическая цѣль, которой служит имущество. Если говорят: имущество принадлежит X, это значит: имущество служит цѣлям X. Но личныя цѣли X, охраняются правопорядком не потому, что они цѣли субъекта X, а потому, что они разумныя цѣли общежитія вообще. И если X обращает имущество на неразумныя для правопорядка цѣли, то государство ставит другого управителя имущества. Таким образом, человѣк—не субъект права, а объект правительственной заботы и понятіе субъекта права должно быть замѣнено понятіем правовой цѣли.

Но вмѣшательство государства в сферу частных отношеній, в сферу власти субъекта права над объектом, не представляет обычнаго нормальнаго явленія гражданскаго оборота. Государство вмѣшивается в эту сферу только в случаѣ нарушенія разумных цѣлей общежитія, норм правопорядка. В области же нормальных отношеній, в сферѣ воздѣйствія на объект права без нарушенія правопорядка обладателю послѣдняго принадлежит широкая сфера власти, большой комплекс правомочій, которыя и составляют содержаніе субъективнаго права[1]).

[1]) В своем логическом развитіи ученіе Шварца должно привести к отрицанію идеи субъективнаго права вообще, с чѣм и встрѣчаемся у Дюги, см. вып. I. стр. 24.

Субъект права есть личность в юридическом смыслѣ или юридическая личность.

### *Правоспособность и дѣеспособность.*

Субъект права обладает способностью имѣть права и нести обязанности. Это свойство называется правоспособностью. Способность самостоятельно осуществлять принадлежащія субъекту права, совершать юридическія дѣйствія, т. е. дѣйствія, сопровождающіяся юридическими послѣдствіями, называется дѣеспособностью.

Правоспособность есть основное свойство субъекта прав. Она создает юридическую личность. Она возникает с образованіем субъекта прав (рожденіем физическаго лица, учрежденіем юридическаго лица) и кончается с его уничтоженіем (смертью ф. л., прекращеніем ю. л.). Правоспособность есть неотъемлемое свойство юридической личности; она не допускает представительства. Дѣеспособность основывается на правоспособности, может отсутствовать, допускает представительство. Поэтому можно быть правоспособным, но недѣеспособным, напримѣр, малолѣтній, сумасшедшій. Наоборот, нельзя быть дѣеспособным, не имѣя правоспособности.

Нѣкоторые ученые различают общую правоспособность—способность обладать всѣми правами (ограниченія должны быть указаны в законѣ) и спеціальную—обладаніе нѣкоторыми, точно указанными правами. При этом предполагается, что лица физическія обладают общей правоспособностью, а юридическія—только спеціальной. В понятіи дѣеспособности можно различить три элемента: способность к совершенію юридических сдѣлок (общегражданская дѣеспособность — сдѣлкоспособность), способность к совершенію недозволенных дѣйствій—деликтов (вмѣняемость) и способность искать и отвѣчать на судѣ (процессуальная дѣеспособность).

Субъект права может быть физическим или юридическим лицом.

### *Физическое лицо, как субъект права.*

По современному правосознанію всякое физическое лицо есть субъект права (рабство в современном правѣ не признается), всякое физическое лицо обладает правоспособностью. Оно становится субъектом права с момента рожденія (иногда даже раньше: с момента зачатія, под условіем рожденія, ср. § 31 шв. гр. ул., 1923 герм. у. и ст. 1106 т. X, ч. 1[1]). Физическое лицо, как субъект права, прекращает существованіе только со смертью, т. е. юридическая личность человѣка прекращает существованіе только с его естественной (физической) смертью. По современному правосознанію человѣк всегда является субъектом права и при жизни не может быть лишен правоспособности, но правоспособность может быть ограничена. Дѣеспособности человѣк может быть лишен совершенно (напримѣр, малолѣтній, умалишенный), равно как и может быть ограничен в ней.

Для пріобрѣтенія правоспособности необходимо, чтобы ребенок родился живым. Французскій кодекс требует еще жизнеспособности родившагося, чего не требуют, однако, современныя законодательства. В случаѣ смерти ребенка во время родов, доказывать, что он родился живым, возможно, всѣми доступными медицинѣ способами.

Физическое лицо, как субъект права, отличается от других лиц, индивидуализируется принадлежащим ему именем.

Имя человѣка состоит из личнаго имени и фамильнаго. Личное имя у русских включает собственное имя и кромѣ того, согласно обычаю, еще отчество (по имени отца), напр. Николай Петрович: собственное имя—Николай, отчество Петрович (сын Петра). Фамильное имя (фамилия) опредѣляется кругом лиц, семьей, к которой принадлежит данное лицо, и присуще всей семьѣ, напр. Смирнов. Жена носит фамилію мужа, дети —фамилію отца. Но дѣти получают фамилію отца не по наслѣдству, а путем рожденія, в силу собственнаго права. Собственное имя дается родителями или опекунами, значится в метриках и реестрах и может быть измѣнено только в исключительных случаях с надлежащаго разрѣшенія. Измѣненіе фамиліи также требует особаго разрѣшенія. Имя неразрывно связано с его носителем—субъектом права, не подлежит сдѣлкам между живыми и не переходит по наслѣдству. Оно пользуется защитою не только в уголовном, административном, но и в гражданском порядкѣ (право на имя[1]).

Множественность субъектов права. — Нѣкоторыя субъективныя права могут принадлежать только одному субъекту, напр. права мужа, отца, большинство же прав может принадлежать нѣскольким лицам, напр. право общей собственности, право требованія, принадлежащее нѣскольким кредиторам.

Общность прав может носить различный характер. Она может выражаться в видѣ: 1) простой фактической общности, 2) долевой общности 3) совокупной общности, 4) наконец, в видѣ особого субъекта прав и обязанностей—юридическаго лица.

---

[1]) § 31 Шв. гр. ул.—Личность возникает с момента рожденія живого ребенка и оканчивается со смертью. Ребенок до своего рожденія пользуется гражданскими правами под условіем, что он родится живым.

§ 1923 Герм. гр. ул. --Наслѣдником может стать только тот, кто находится в живых при открытіи наслѣдства. Кто при открытіи наслѣдства еще не находился в живых, но был уже зачат, тот почитается родившимся до открытія наслѣдства.

Ст. 1206 т. X ч. 1 --От права наслѣдованія не устраняются: 1) иностранцы, 2) дѣти, хотя бы оныя не были еще рождены, но токмо зачаты при жизни отца и 3) лица, имѣющія физическіе и умственные недостатки (глухіе, нѣмые и безумные).

[1]) См. вып. I лекцій, стр. 16.

Простая фактическая общность имѣет мѣсто в случаѣ принадлежности каждому субъекту опредѣленной фактической доли на объект права, коей он может свободно распоряжаться, напр. общее черезполосное владѣніе. Долевая общность представляет тот случай, когда каждому из нѣсколько субъектов принадлежит право на опредѣленную долю объекта, напр. $^1/_4$, $^1/_2$ и т. п., при чем его право простирается на каждый атом реальнаго объекта или каждую долю идеальнаго, напр. право на половину наслѣдства. Реально это право выражается в правѣ на опредѣленную долю цѣнности вещи и ее доходов. Совокупная общность —общность zu gesammte Hand нѣмецкаго права—представляет такую общность, когда всѣм субъектам права в совокупности принадлежит право на объект, но доля каждаго не опредѣлена, всѣ отвѣчают за одного и один за всѣх, напр. общее право на колодезь, на выгон скота, имущественныя отношенія супругов и нѣк. др. стараго нѣмецкаго права, собственность крестьянскаго двора русскаго крестьянскаго права.

## *Акты гражданскаго состоянія.*

Факты рожденія, смерти, а также вступленія в брак, имѣют исключительно важныя юридическія послѣдствія. Точное установленіе момента их наступленія представляется существенно необходимым и всѣ законодательства принимают необходимыя для этого мѣры. Оффиціальное установленіе указанных фактов в государствах Западной Европы возложено на особых государственных чиновников, которые ведут необходимыя для сего книги (реестры) и выдают из них выписи, удостовѣряющія указанные факты. Оффиціальные акты, удостовѣряющіе факты рожденія, смерти и заключенія брака называются актами гражданскаго состоянія. Эти акты имѣют цѣлью регистрацію правопроизводящих фактов и тѣм самым охрану прав личности.

Первоначально регистрація фактов рожденія, смерти и брака была введена в Европѣ католическим духовенством для своих церковных нужд — для предупрежденія браков в запрещенных степенях родства, для надзора за исполненіем обрядов и уплаты слѣдуемых духовенству сумм за требы и т. п. Государственная власть, учтя выгоды подобной регистраціи для государственных цѣлей (для платежа податей, отбыванія воинской повинности и т. п.), уже в XVI в. предписала духовенству производить обязательную регистрацію и установила правила таковой и актам, выдаваемым духовенством, было присвоено государственное значеніе. С появленіем протестантизма, протестанты отказывались от регистраціи случаев рожденія, смерти и брака у католическаго духовенства и там, гдѣ католическая церковь являлась господствующей, положеніе всѣх диссидентов в данном вопросѣ оказалось весьма неблаго-



пріятным, пока государственная власть не предоставила и протестантскому духовенству права вести метрическія записи. В Англіи в такое же положеніе попали католики. Но в особенно тяжелом положеніи оказались во Франціи послѣ отмѣны Нантскаго эдикта кальвинисты-гугеноты, которые, несмотря на самыя строгія предписанія государственной власти, предпочитали совсѣм не имѣть актов гражданскаго состоянія, нежели обращаться к католическому духовенству.

Во Франціи революціонный закон 20 сентября 1792 г. покончил с указанным положеніем. Оффиціальное веденіе актов гражданскаго состоянія было изъято из вѣдѣнія духовенства и возложено на государственных чиновников (мэров, помощников мэров и др.). Актам гражданскаго состоянія придан публичный характер: они предполагаются достовѣрными, возможен спор о подлоге и исправленіи неправильной записи. Акты гражданскаго состоянія открыты для обозрѣнія, возможно полученіе всѣми нуждающимися выписей из них.

В Германіи веденіе актов гражданскаго состоянія законом 1875 г. возложено на особых правительственных чиновников. Акты гражданскаго состоянія считаются достовѣрными; возможен спор о подлогѣ и неправильности записи.

В Швейцаріи гражданское состояніе удостовѣряется спеціально установленными для того регистрами, которые ведутся свѣтскими должностными лицами под надзором кантональных властей и под общим контролем Союзнаго Совѣта, для чего кантоны дѣлятся на округа, в которых установлены особыя присутственныя мѣста для записи актов гражданскаго состоянія. Внесенныя в регистр записи считаются достовѣрными и могут быть исправлены только в силу распоряженія судьи, за исключеніем случаев явнаго недосмотра или ошибки, которыя могут быть исправлены по распоряженію наблюдательнаго органа (ср. ст. 39—51 шв. гр. ул.).

Современная система веденія актов гражданскаго состоянія путем удостовѣренія правопроизводящих фактов имѣет цѣлью охрану прав и интересов личности и затѣм уже интересов государства, в то время как система веденія духовных метрик имѣет непосредственной цѣлью интересы государства и церкви.

В Россіи до послѣдней революціи дѣйствовала вторая система.

Указом Петра В. 1702 г. на обязанность приходскаго духовенства было возложено веденіе актов гражданскаго состоянія — метрик, для чего было придано оффиціальное значеніе записям, которыя православное духовенство вело и раньше для своих церковных нужд. С теченіем времени, требованіе о веденіи метрик о рожденіи, бракѣ и смерти было распространено и на другія исповѣданія.

Священно и церковно-служители каждаго православнаго прихода ведут приходскія метрическія книги в 3-х частях: о рождающихся, о бракосочетающихся и об умерших. Метрическія книги выдаются каждой приходской церкви из епархіальнаго совѣта (духовной консисторіи) на каждый год (за скрѣпою и печатью) и через год передаются для хранения в епархіальный совѣт. Священнослужители выдают из метрических книг метрическія выписи, а епархіальный совѣт выдает метрическія свидѣтельства. Значеніе актов гражданскаго состоянія имѣют метрическія свидѣтельства; метрическія выписи, для приданія им доказательной силы, должны быть удостовѣрены епархіальным совѣтом.

Наш закон в производствѣ по дѣлам брачным и о законности рожденія не признает за метрическими свидѣтельствами и выписями значенія публичных актов, а допускает их повѣркуис книгами (ст. 1342 и 1355 Уст. Гр. Суд.).

При невозможности получить метрическое свидѣтельство в доказательство рожденія могут быть принимаемы исповѣдныя записи, городовыя книги, родословныя, формуляры и в дополненіе к ним — показанія свидѣтелей; в доказательство брака: обыскныя книги, исповѣдныя росписи, гражданскіе документы и может быть произведено слѣдствіе (1356 ст. Уст. Гр. С., 35 и 36 ст. т. X, ч. 1).

Одинаковыя правила установлены для римско-католическаго духовенства (т. IX, ст. 881 и сл.). Особыя правила установлены для веденія метрических книг для лютеран, реформистов, мусульман и евреев (ср. т. IX, ст. 900 и сл.). Согласно закона 17 апрѣля 1906 г. метрическія книги для старообрядцев ведутся духовными лицами и наставниками старообрядческих общин. Для сектантов — городскими управами и волостными правленіями.

Чрезвычайно пестрая картина, сопровождаемая к тому же неудовлетворительной постановкой дѣла. Большія разстоянія в Россіи, наличность приходов, раскиданных на десятки и сотни верст, много сект, не признающих священства, необязательность для духовенства провѣрки фактов, которые оно вносит в записи (записи производятся „с показанія семейств"), отсутствіе надзора и контроля за веденіем записей и т. д.— все это приводит к тому, что ни полнотой, ни точностью метрическія записи не отличаются и вся постановка дѣла требует реформы.

Временное Правительство 1917 г. не успѣло реформировать данную область.

В Совѣтской Россіи акты гражданскаго состоянія вѣдаются исключительно гражданской властью — отдѣлами записей актов гражданскаго состояния, за границей — представителями правительства (С. У. и Р. 1918 г. № 76—77).



Учреждены отдѣлы записей акт. гр. сост.: 1) центральный при Н. Комиссаріатѣ Внутренних Дѣл, 2) окружные — при городских совѣтах депутатов губернских и областных городов и 3) мѣстные — при волостных и городских совѣтах, а в крупных городах — при районных совѣтах депутатов.

На мѣстные отдѣлы возлагается: а) регистрація в предѣлах вѣдомства соотвѣтствующаго совѣта всѣх событій, вліяющих на гражданское положеніе лиц, б) изготовленіе, по требованію заинтересованных лиц, выписей из реестров. На окружные возлагается: а) составленіе, на основаніи свѣдѣній, поступающих из мѣстных отдѣлов, реестров по губерніи или области, б) выдача справок и выписей из реестров, в) надзор за дѣлопроизводством мѣстных отдѣлов. На центральный: а) составленіе и веденіе общаго реестра по государству и русских граждан, зарегистрированных за границею, б) выдача справок и выписей из общаго реестра, в) общій надзор и руководство дѣятельностью окружных отдѣлов.

Регистрація актов гражданскаго состоянія производится должностными лицами. Мѣстными отдѣлами ведутся слѣдующіе реестры-книги: 1) книга записей рожденій, 2) смертей, 3) отсутствующих, 4) браков, 5) разводов, 6) заявленій о происхожденіи зачатых дѣтей, 7) записей лиц, измѣнивших фамиліи и прозвища, и алфавиты к ним.

Книги ведутся в двух экземплярах: один остается в мѣстном отдѣлѣ, другой — по окончаніи года отсылается в окружной отдѣл.

Каждый акт, записанный в реестр, прочитывается вслух и подписывается должностным лицом, занесшим его в книгу, лицом, сообщившим о событіи, и свидѣтелями, если присутствіе послѣдних требуется для составленія акта.

Записи актов гражданскаго состоянія могут быть оспариваемы заинтересованными лицами только в судебном порядкѣ. Исправленія в записи могут быть вносимы только по предписанію судьи, за исключеніем погрѣшностей, основанных на явном недосмотрѣ или ошибкѣ, которые могут быть исправлены по предписанію органа надзора.

Книги о гр. сост. и реестры открыты для всѣх заинтересованных лиц, которые имѣют право за плату получать засвидѣтельствованныя выписи (ст. 1—17 код. а. гр. с.).

### *Ограниченія правоспособности.*

Римское право знало, кромѣ естественной смерти, еще случай лишенія правоспособности — capitis deminutio maxima (в случаѣ плѣна и других видов лишенія свободы). Право германское также знало Friedlosigkeit — состояніе, ставившее человѣка внѣ закона. Французское

право выработало институт гражданской смерти, заключающійся в лишеніи человѣка всѣх прав, заимствованный отсюда законодательством других стран — в том числѣ и нашим. Всѣ указанные случаи — capitis deminutio maxima, Friedlosigkeit, la morte civile представляли полное лишеніе правоспособности, уничтоженіе юридической личности.

Современное право не знает лишенія правоспособности и хотя в нѣкоторых государствах институты гражданской смерти или лишенія всѣх прав остались, однако они не влекут уже полной потери правоспособности, а лишь серьезное ограниченіе ея — на ряду с другими суррогатами естественной смерти: вступленіем в монашество (по нѣкоторым законодательствам) и безвѣстным отсутствіем.

Лишеніе всѣх прав состоянія. — Наше право знает в качествѣ наказанія за наиболѣе тяжкія преступленія лишеніе всѣх прав состоянія; как послѣдствіе присужденія к каторжным работам и ссылкѣ. Однако, эта мѣра не поражает правоспособности осужденнаго, т. е. способности его имѣть права и обязанности вообще, пріобрѣтать их вновь, таким образом не лишает его свойств юридической личности, а лишь серьезно ограничивает прежде принадлежавшія права. Так, за осужденным остается право на существованіе, и лишеніе его жизни карается одинаково с лишеніем жизни не ограниченнаго в правах гражданина, равно как охраняются и прочія права личности. Остаются в силѣ и права семейныя, если жена и дѣти послѣдуют за осужденным в ссылку (брак, права мужа и отца — 104, 178 ст. т. X, ч. 1). И для жены, не желающей слѣдовать за мужем, лишеніе послѣдняго всѣх прав (и всѣх особенных прав) служит лишь основаніем просить о разводѣ (50 и 53 ст.). Имущественныя права с вступленіем приговора в законную силу ануллируются, и послѣ осужденнаго открывается наслѣдованіе, равным образом и он не может пріобрѣтать по наслѣдованію и завѣщанію (1107, 1067, т. X, ч. 1.). Но лишеніе всѣх прав не лишает осужденнаго возможности в будущем пріобрѣсти права, как личныя, так и имущественныя (212—218 ст. Уст. о ссыльн.).

Монашество.—Вступленіе в монашество сопровождается отреченіем от міра и по нѣкоторым законодательствам, в том числѣ и по нашему, служит основаніем к серьезным ограниченіям правоспособности. Брак расторгается, послѣ постригшагося открывается наслѣдованіе, запрещается совершеніе юридических сдѣлок: пріобрѣтать недвижимости, быть повѣренными и поручителями, производить торговлю и т. п. (ст. 2, 1109, 1223 т. X ч. 1, 416, 418, 420, 421, 432 т. IX). Однако, это отреченіе от міра не совпадает с лишеніем правоспособности, а представляет лишь ограниченіе послѣдней. Помимо того, что личность монаха охраняется одинаково, как и личность всякаго правоспособнаго гражданина, монашествующіе по нашему праву: 1) сохраняют родительскую власть (ст. 178 т. X ч. 1), могут обладать имуществом (419 и 424 ст. т. IX), а монашествующія власти и распоряжаться им в завѣщаніи (1025 ст. т. X), 3) монашествующіе могут пріобрѣтать по завѣщанію иконы, кресты, панагіи (1054 прим.), 4) монашествующіе могут пріобрѣтать для монастыря и в интересах послѣдняго вступать в юридическія сдѣлки (118 ст. Уст. Дух. Кон.)



Современныя законодательства вообще не разсматривают монашество, как обстоятельство, вліяющее на ограниченіе правоспособности.

Безвѣстное отсутствіе не представляет лишенія правоспособности, а лишь ея ограниченіе в отношеніи оставленнаго имущества и может служить основаніем для расторженія брака.

Иностранное подданство.—Современныя законодательства, в отличіе от средневѣковаго права, в принципѣ уравнивают правовое положеніе иностранцев с туземными подданными. Особенно послѣдовательно проводит этот принцип итальянское право. Однако, в большинствѣ европейских законодательств остались извѣстные пережитки средневѣковых взглядов. В особенности много таковых сохранилось во французском законодательствѣ. Так, французское законодательство признает гражданскія права за тѣми лишь иностранцами, которым разрѣшено постоянное жительство во Франціи, за остальными же иностранными подданными только тѣ гражданскія права, какія признаны по договору за французами в той сторонѣ, к которой принадлежит иностранец (§ 11). Правда, послѣднее постановленіе толкуется судебной практикой ограничительно: судебная практика разумѣет здѣсь тѣ права, которыя связаны с подданством. Во Франціи иностранцам запрещено занимать публичныя должности, быть свидѣтелями при совершеніи публичных актов, они обязаны предоставлять обезпеченіе при предъявленіи исков и т. п. Есть извѣстныя ограниченія правоспособности и в Германіи—в особенности по принципу взаимности, т. е. относительно подданных тѣх государств, гдѣ существуют ограниченія в отношеніи германцев, а также в нѣкоторых государствах Германіи относительно пріобрѣтенія недвижимости иностранцами (Гамбург), проживанія (Пруссія) и т. п.

Положеніе иностранцев в Россіи.—Ст. 822 т. IX Зак. о Сост. гласит: „иностранцы, находясь в Россіи как лично, так и по имуществу их, подлежат дѣйствію Россійских законов и пользуются общею оных защитою и покровительством". Иностранцы имѣют право пріобрѣтать, владѣть и пользоваться движимым и недвижимым имуществом, как по сдѣлкам между живыми, так и на случай смерти, вступать в договоры и обязательства и вообще совершать всякаго рода сдѣлки (830 и 833 ст. т. IX).

Ограниченія.—Иностранцам было запрещено пріобрѣтать недвижимости, владѣть и пользоваться ими внѣ городов и портов в 10 поль-

ских губерніях и 11 западных, пріобрѣтать недвижимости в нѣкоторых мѣстностях Кавказа, в Туркестанѣ, пяти степных областях, в Амурской и Приморской областях (ст. 830 прим. 2, т. IX и прилож., ст. 262 т. II положенія об управленіи Туркестаном, ст. 136 т. II положенія об упр. степными област.). Воспрещена сдача иностранцам казенных подрядов и поставок (прим. 2 к ст. 2. Положеніе о каз. подр. и пост.) воспрещено производство горнаго промысла в Амурской и Приморской обл. и на о. Сахалинѣ и участіе в нем (п. 6 ст. 315 и 593 Уст. Горн.) и немногочисленныя другія ограниченія. Иностранцы, не состоящіе на госуд. службѣ, не имѣющіе недвижимости в Россіи и не пользующіеся согласно конвенціи льготой взаимности, обязаны при предъявленіи иска представить обезпеченіе издержек по дѣлу и убытков, которые может понести отвѣтчик (п. 5 ст. 571 Уст. Гр. С.).

Ограниченія для иностранцев состоять членами акціонерных обществ и товариществ были отмѣнены постановленіем Вр. Правительства 10 марта 1917 г. (С. У. ст. 388).

Что касается правоспособности иностранных юридических лиц, то только Англія и Соединенные Штаты Америки признают послѣдніе ispo jure или ipso facto. Другія законодательства или судебная практика требуют признанія их мѣстною властью, обычно на основаніи договоров между государствами. Ограниченія правоспособности иностранных юридических лиц подчиняются территоріальному закону.

Сословіе. — Нѣкоторыя ограниченія правоспособности в связи с принадлежностью к тому или другому сословію существовали у нас до революціи. Так духовенство не могло обязываться векселями (ст. 2 Уст. о Векс.), заниматься торговлей, вступать в подряды с казной, брать на себя поручительство (ст. 379 т. IX). Крестьяне были ограничены в правѣ отчужденія и залога надѣльной земли лицам, не принадлежащим к составу сельских обществ и нѣкотор. др.

Ограниченія правоспособности, связанныя с національностью и вѣроисповѣданіем, отмѣнены постановленіем Вр. Правительства 20 марта 1917 г. (С. У. ст. 400).

## *Ограниченія дѣеспособности.*

Пол. — Слѣдуя за римским, европейское право сильно ограничивало дѣеспособность женщины, в особенности женщины замужней. И только конец XIX и начало XX вѣка принесли измѣненія в этом положеніи и европейское законодательство встало на путь уравненія дѣеспособности женщины с мужчинами. Так, в Англіи, Франціи и Германіи женщина замужняя не могла совершать сдѣлок без согласія мужа, выступать на судѣ без его согласія, пріобрѣтать имущество, личным заработком ея распоряжался муж и т. п. В Англіи законами 1870, 1874, 1882 и 1893 г.г. проведена идея дѣеспособности женщины. В Германіи гражд. уложеніе 1900 г. встало на тот же путь, остались, правда, нѣкоторые пережитки стараго. Наконец, и во Франціи законами 1907 и 1909 г.г. было признано за женой право распоряжаться личным заработком и введены нѣкоторыя улучшенія в ея правовом положеніи. Однако, здѣсь еще сохранились значительныя ограниченія дѣеспособности женщины — по заключенію сдѣлок, выступленію на судѣ, родительской власти и т. п.



Русское право в этом вопросѣ, в вопросѣ о правовом положеніи женщины оказалось значительно прогрессивнѣе западно-европейских законодательств. Оно знало меньше всего ограниченій. Правовое положеніе женщины в Россіи стояло и стоит выше, нежели в правовых государствах Западной Европы.

Из ограниченій дѣеспособности женщины в гражданском правѣ к моменту революціи 1917 г. надлежит отмѣтить ст. 2202 т. X. ч. 1, согласно которой жена, живущая с мужем, не может вступать в договор личнаго найма без его согласія.

Наоборот, брачная дѣеспособность наступает для мужчины позднѣе, нежели для женщины: для перваго в 18 л., для послѣдней в 16 л.

Возраст. — Так как человѣк развивается физически и умственно постепенно, вмѣстѣ с возрастом, пока не достигнет полной зрѣлости, то естественно, что возраст человѣка принимается во вниманіе правом при опредѣленіи способности лица совершать юридическія дѣйствія, при установленіи степени его дѣеспособности.

В римском Юстиніановском правѣ в отношеніи дѣеспособности различались слѣдующіе возрасты: 1) impuberes infantes—до 7 лѣт, они признавались абсолютно недѣеспособными, не могли совершать никаких сдѣлок, за них дѣйствовали опекуны — cura minorum, 2) impuberes infantia majores—от 7 до 14 лѣт, могли совершать юридическія дѣйствія, которыя шли в их пользу, сдѣлки обязывающія они могли совершать при содѣйствіи опекуна, 3) puberes minores — от 14 до 25 лѣт, пользовались против послѣдствій невыгодных для них сдѣлок охраной особаго суда и защитой претора (посредством restitutio in integrum); согласіе попечителя сообщало сдѣлкам puberes minores полную обязывающую силу—tutela impuberum, 4) с 25 лѣт наступал період полной зрѣлости и дѣеспособности; возможно было признаніе зрѣлости и ранѣе 25 лѣт—venia aetatis.

Герм. гр. ул. различает три возраста: 1) до семи лѣт—полная недѣеспособность; 2) от 7 до 21 г. — несовершеннолѣтіе, ограниченная дѣеспособность; несовершеннолѣтніе могут самостоятельно совершать сдѣлки, выгодныя для себя, и всѣ прочія—с согласія законнаго пред-

ставителя (отца, опекуна), 3) с 21 г.—полная дѣеспособность; с 18 лѣт возможно признаніе дѣеспособным—venia aetatis (§§ 2—5, 104—113 гр. ул.).

Наше право различает следующіе возрасты: 1) возраст малолѣтства с двумя подраздѣленіями—от рожденія до 14 лѣт и от 14 лѣт до 17 лѣт; в первом случаѣ за малолѣтняго дѣйствует опека, во втором, может быть, согласно просьбѣ малолѣтняго, назначен попечитель с правами опекуна (217—219 ст. т. X, ч. 1); 2) возраст несовершеннолѣтія—от 17 до 21 г., несовершеннолѣтній может самостоятельно управлять имѣніем, прочія сдѣлки (за исключеніем нѣкоторых[1]) может совершать с согласія попечителя (220 ст. и 3) возраст совершеннолѣтія от 21 г.—полная дѣеспособность (221 ст.).

Брачная дѣеспособность для мужчины—18 лѣт, женщины—16 лѣт. С разрѣшенія епархіальнаго епископа в брак можно вступать на полгода ранѣе указаннаго возраста.

Что касается перваго возраста—малолѣтства, то необходимо отмѣтить, что достиженіе 14 л. не производит существенных измѣненій в правовом положеніи малолѣтняго: он может просить о назначеніи к нему избраннаго им попечителя на правах опекуна (219 ст.), но опекунское учрежденіе может и не уважить этой просьбы, достигшій 14 лѣт имѣет право рѣшать, слѣдовать ли ему за сосланными по суду родителями в каторгу или ссылку или нѣт (258 ст. Уст. о ссыл.), для усыновленія достигшаго 14 лѣт требуется его согласіе (149 ст. т. X). В прочих случаях положеніе лица, достигшаго 14 лѣт, не отличается от положенія недостигшаго этого возраста. Сдѣлки, совершенныя малолѣтними, недѣйствительны (даже ничтожны—говорит закон, ст. 219).

Однако, нельзя считать малолѣтних безусловно недѣеспособными по нашему праву. Так, малолѣтніе могут дѣлать вклады в госуд. сберег. кассы и самостоятельно распоряжаться ими (ст. 38 Уст. госуд. сберег. касс), требуется согласіе малолѣтних для заключенія договора личнаго найма относительно их (ст. 2203 т. X). Далѣе Прав. Сенат, исходя из разума 217—222 ст. т. X и принимая во вниманіе, что закон имѣет цѣлью оградить интересы малолѣтняго, разъяснил, что дѣйствительны всѣ имущественныя сдѣлки малолѣтних (и несовершеннолѣтних), выгодныя для них (76-378, 75-900, 71-933 и др.). Наконец, Правит. Сенат признал малолѣтних, дѣйствующих с разумѣніем, способными совершать юридическія сдѣлки с согласія опекунов и родителей (85-64, 71-442).

Несовершеннолѣтніе обладают дѣеспособностью, но послѣдняя ограничена. Несовершеннолѣтній не может без согласія попечителя заключать обязывающих его сдѣлок, дѣлать долги, распоряжаться капиталами (220). Несовершеннолѣтній может самостоятельно управлять имѣніем и слѣдовательно совершать всѣ сдѣлки, вытекающіе из обычнаго

[1]) Напр., не может совершить духовн. завѣщанія.



текущаго управленія имѣніем (по извлеченію доходов и пріобрѣтенію выгод, связанных с текущим расходом). Кромѣ того, несовершеннолѣтній (как и малолѣтній) признается дѣеспособным к совершенію выгодных для него сдѣлок.

Спорным представляется вопрос о процессуальной дѣеспособности несовершеннолѣтних (ст. 19 Уст. Гр. Суд.). Одни ученые полагают, что несовершеннолѣтніе (17—21 г.) не могут искать и отвѣчать на судѣ, не обладают процессуальной дѣеспособностью (Малышев, Демченко). Другіе ученые находят, что несовершеннолѣтніе имѣют право искать и отвѣчать на судѣ, но только с согласія попечителей (Мейер, Анненков). Наконец, третьи исходят из того положенія, что процессуальная дѣеспособность обуславливается матеріальной и, слѣдовательно, несовершеннолѣтніе обладают процессуальной дѣеспособностью в предѣлах 220 ст. т. X, т. е. в предѣлах управленія имѣніем, в остальных случаях необходимо согласіе попечителя (Шершеневич, Гольмстен, Васьковскій, Синайскій). Послѣдній взгляд, основанный на связи процессуальной дѣеспособности с матеріальной, представляется нам болѣе правильным, но в указанном объемѣ нѣсколько узким. Несовершеннолѣтній имѣет процессуальную дѣеспособность в предѣлах матеріальной, т. е. не только в сферѣ управленія имѣніем, но и вообще в сферѣ всѣх отношеній, предоставленных правом его самостоятельному разрѣшенію, т. е. и для защиты тѣх интересов внѣ сферы управленія его имѣніем, которые вытекают из выгодных для него сдѣлок и т. п.

Здоровье.—Дѣеспособность предполагает нормальное состояніе умственных способностей и воли субъекта права. Нарушеніе нормальнаго состоянія ума и воли субъекта ведет к лишенію или ограниченію дѣеспособности. Сюда относятся слѣдующіе случаи.

Психическая болѣзнь.—Современное право различает два вида психических заболѣваній: психическую болѣзнь и психическую слабость.

Страдающіе психическою болѣзнью признаются недѣеспособными и приравниваются к малолѣтним; страдающіе психическою слабостью ограничиваются в дѣеспособности, подобно несовершеннолѣтним.

Так, фр. гр. кодекс признает недѣеспособными безумных и идіотов и ограничивает дѣеспособность слабоумных, назначая к ним „совѣтника“, аналогичнаго нашему попечителю над несовершеннолѣтним. Герм. гр. ул. различает душевно-больных и душевно-слабых (к числу послѣдних оно относит, между прочим, и привычных пьяниц). Первых оно признает недѣеспособными, наравнѣ с малолѣтними (7 лѣт), вторых ограничивает в дѣеспособности наравнѣ с несовершеннолѣтними (7—21 г.). Признаніе душевно-больными производится судом.

Наше законодательство различает два вида психической болѣзни: безуміе—отсутствіе здраваго разсудка с рожденія („с младенчества“—

365 ст.) и сумасшествіе—от послѣдующей болѣзни (366 ст.). Семейные больного могут просить об освидѣтельствованіи послѣдняго. Освидѣтельствованіе производится через врачебное отдѣленіе губернскаго правленія (или замѣняющаго учрежденія). Об освидѣтельствованіи составляется протокол и все производство препровождается в Правит. Сенат. для учрежденія опеки. Для крестьян губернское правленіе является окончательной инстанціей.—Над безумными и сумасшедшими учреждается опека, которая приравнивается к опекѣ над малолѣтними (377 ст.). В случаѣ выздоровленія, таким же порядком послѣ освидѣтельствованія опека может быть снята (378 ст.). Наша судебная практика толкует постановленія закона в том смыслѣ, что отрицает возможность lucida intervalla у психических больных. Между тѣм, несомнѣнно, что наука знает свѣтлые промежутки и ст. 378 и 1017 дают основаніе к признанію их по нашему законодательству (ср. Гольмстен, Синайскій).

Глухонѣмота и нѣмота.—Глухонѣмые и нѣмые стоят под опекой до 21 г.,—говорит закон (381 ст.). Слѣдовательно, глухонѣмые и нѣмые приравниваются к малолѣтним, их дѣеспособность не расширяется с достиженіем 17 лѣт. С достиженіем 21 г. они становятся вполнѣ дѣеспособными (contra Гамбаров, Шершеневич, за—Синайскій, Сенат 96-44, 99-116). Родные могут возбудить вопрос об их освидѣтельствованіи через врачебное отдѣленіе. По освидѣтельствованіи, смотря по состоянію умственнаго развитія, глухонѣмые могут быть признаны вполнѣ дѣеспособными или же к ним может быть назначен попечитель, т. е, уравнены с несовершеннолѣтними или, наконец, если глухонѣмые и нѣмые не обучены грамотѣ и лишены „всякаго средства пріобрѣтать понятія выражать свою волю", то над ними учреждается опека (381 ст.).

Расточительность.—Современное право, в интересах родных и общества, признает расточительность основаніем для ограниченія дѣеспособности.

Франц. гр. кодекс (§§ 513 и сл.) ограничивает дѣеспособность расточителя, назначая ему совѣтника (попечителя), без содѣйствія котораго расточитель не может совершать наиболѣе важных имущественных сдѣлок (занимать и получать деньги, продавать и закладывать недвижимости, совершать мировыя сдѣлки, выступать на судѣ и т. п.). Герм. гр. ул. разсматривает расточителя аналогично несовершеннолѣтнему (§ 114). По обоим законодательствам признаніе расточителем производится судом. По нашему праву над расточителем учреждается опека, которая замѣняет его в юридических сдѣлках (ст. 150 и сл. Уст. о пред. и прес. пр.). Это дает основаніе разсматривать расточителя по аналогіи с малолѣтним (Синайскій, Сенат 98-104, 1912-5).



Однако, такой вывод не представляется нам правильным. Расточитель сохраняет дѣеспособность в сферѣ личных юридических отношеній: имѣет право вступать в брак, узаконять, усыновлять, поступать на службу и т. п. Он сохраняет извѣстную дѣеспособность и в сферѣ имущественных отношеній. Так, расточители получают доходы с имѣнія и вправѣ распоряжаться послѣдними; согласно практикѣ Правит. Сената, расточители вправѣ совершать духовныя завѣщанія, согласно 20 ст. Уст. Гр. Суд., расточители обладают процессуальной дѣеспособностью, причем расточитель обязан увѣдомлять о каждом дѣлѣ опекуна и не имѣет права без согласія послѣдняго избирать повѣреннаго, окончить дѣло миром, предъявлять спор о подлогѣ акта и отвѣчать по такому спору. Несомнѣнно, что наряду с малолѣтними и несовершеннолѣтними, расточителю принадлежит право заключать выгодныя для себя сдѣлки. Отсюда несомнѣнно, что опека над расточителями носит особый характер, отличный от опеки над малолѣтними и приближается к попечительству, но не совпадает с послѣдним.

Что касается процессуальной дѣеспособности расточителя, то правильнѣе признавать за расточителем процессуальную дѣеспособность в предѣлах матеріальной и в этом смыслѣ примѣнять 20 ст. Уст. Гр. Суд. (ср. сказанное выше о процесс. дѣеспособности несовершеннолѣтних).

Опека над расточителями учреждается в особом порядкѣ (Уст. о пред. и прес. пр., ст. 152 и др., над сельскими обывателями—1460[13] и сл. Уст. Гр. Суд. и закон 10 мая 1911 г.).

Несостоятельность.—По французскому и германскому законодательствам несостоятельность не служит основаніем к ограниченію дѣеспособности, а признается лишь, что послѣдствія таких сдѣлок не падают на конкурсную массу, а на имущество, какое окажется у несостоятельнаго должника по окончаніи конкурса.

Наше право ограничивает имущественную дѣеспособность несостоятельнаго: управленіе и распоряженіе имуществом несостоятельнаго переходит к конкурсному управленію и также право искать и отвѣчать на судѣ (ст. 521 Уст. Суд. Торг., ст. 20 Уст. Гр. Суд.). Личная дѣеспособность несостоятельнаго должника сохраняется. Кромѣ того, как разъяснил Сенат, объявленіе несостоятельным влечет лишь ограниченіе дѣеспособности в интересах кредиторов (1903-22[1]) и несостоятельный должник сохраняет извѣстную сферу имущественной дѣеспособности (права авторскія, часть жалованья, пенсіи, имущества на прожиток и т. п.), то надлежит признать, что имущественные сдѣлки несостоятельнаго должника не являются недѣйствительными ipso jure, а лишь оспоримыми со стороны конкурса. Процессуальную дѣеспособность несостоятельный имѣет пре-

[1]) Это разъясненіе не соотвѣтствует историческому прошлому нашего законодательства (ср. Устав о банкротах 1800 г.), но отвѣчает современному положенію вопроса.

дѣлах матеріальной (вся сфера личных отношеній и часть имущественных) и кромѣ того, по тѣм дѣлам, от веденія которых отказалось конкурсное управленіе (ст. 21 Уст. Гр. Суд.).

Гражд. кодекс Р.С.Ф.С.Р. содержит по данному вопросу слѣдующія постановленія.

В цѣлях развитія производительных сил страны Р.С.Ф.С. Р. предоставляет гражданскую правоспособность (способность имѣть гражданскія права и обязанности) всѣм гражданам, неопороченным по суду в правах. Пол, раса, національность, вѣроисповѣданіе, происхожденіе не имѣют никакого вліянія на объем гражданской правоспособности. В соответствіи с этим каждый гражданин Р.С.Ф.С.Р. и союзных совѣтских республик имѣет право свободно передвигаться и селиться на территоріи Р.С.Ф.С.Р., избирать невоспрещенныя законом занятія и профессіи, пріобрѣтать и отчуждать имущества с ограниченіями, указанными в законѣ, совершать сдѣлки и вступать в обязательства, организовывать промышленныя и торговыя предпріятія с соблюденіем всѣх постановленій, регулирующих промышленную и торговую дѣятельность и охраняющих примѣненіе труда. Лишеніе и ограниченіе гражданских прав возможно лишь в случаях и в порядкѣ, установленных законом (4-6). Дѣеспособность, т. е. способность лица своими дѣйствіями пріобрѣтать граж. права и создавать для себя гражд. обязанности, возникает в полном объемѣ с достиженіем совершеннолѣтія, которое наступает в 18 лѣт. Совершеннолѣтніе могут быть объявлены недѣеспособными: 1) если они вслѣдствіе болѣзни или слабоумія неспособны разсудительно вести свое хозяйство, 2) если они своей чрезмѣрной расточительностью раззоряют находящееся в их распоряженіи имущество. Несовершеннолѣтніе, достигшіе 14 лѣт, и подопечные расточители могут совершать сдѣлки с согласія их законных представителей. Они вправе самостоятельно распоряжаться своей заработной платой и отвѣчают за причиненный их дѣйствіями вред. Всякія сдѣлки, клонящіяся к ограниченію правоспособности или дѣеспособности, недѣйствительны (7-10).

Что касается права и дѣеспособности иностранцев, то ст. 8 ввод. закона содержит общее правило, что права граждан, с коими Р.С.Ф.С.Р. заключила соглашенія регулируются этими соглашеніями; права иностранцев, нетрактатных государств, могут быть ограничены постановленіями подлежащих центральных органов правительства Р.С.Ф.С.Р. по соглашенію с народ. комисс. иностр. дѣл. Иностранныя акціонерн. общества и т. п. пріобрѣтают права юридическаго лица в Р.С.Ф.С.Р. лишь с особаго разрѣшенія правительства (ст. 8 ввод. зак. и примѣч.).



## Юридическое лицо, как субъект права.

### *Понятіе и природа*[2]).

Экономическія и культурныя цѣли, которыя ставит себѣ человѣк часто настолько велики, что не под силу ему одному и так длительны, что расчитаны на болѣе долгій срок, чѣм человѣческая жизнь. Подобныя цѣли достигаются путем коллективной дѣятельности людей. Эта коллективная дѣятельность может носить такой характер, что объединившіеся для достиженія извѣстной цѣли люди в гражданском оборотѣ, по отношенію к третьим лицам, выступают как самостоятельные отдѣльные субъекты прав, лично пользующіеся выгодами и лично несущіе всѣ послѣдствія коллективной дѣятельности (ср. societas римскаго права). Указанныя объединенія строго личнаго характера не отличаются большой устойчивостью и опредѣленностью, слишком зависят от состава членов, очевидно, не могут исполнять длительных, сложных и отличающихся постоянством соціальных функцій. Для этого необходима болѣе прочная организація, с самостоятельным юридическим бытіем, независимым от бытія составляющих ее членов и с самостоятельными правами и обязанностями. Необходимость в послѣдней была удовлетворена введеніем в гражданскій оборот так называемаго юридическаго лица.

Юридическим лицом называется такое соціальное объединеніе, за которым существующій правопорядок признает способность имѣть права и обязанности, быть самостоятельным субъектом права.

Юридическое лицо разсматривается как отдѣльный самостоятельный субъект права, независимый от физических лиц, его составляющих. Юридическое лицо сохраняет свое тождество независимо от смѣны физических лиц, его составляющих, имѣет самостоятельное имущество, независимое от имущества членов или дестинаторов (пользователей), ищет и отвѣчает на судѣ (через представителей), отвѣчает по долгам своим имуществом и т. д. Таким образом, юридическое лицо выступает во внѣ, в гражданском оборотѣ, как соціальное единство, как самостоятельный субъект права, несмотря на различіе внутренних отношеній между физическими лицами, входящими в состав различных юридических лиц.

Вопрос о природѣ юридическаго лица вызывает большія разногласія. Объясненіе основаній, по которым правопорядок придает извѣстным

---

[2]) Ельяшевич—„Юридическое лицо, его происхожденіе и функціи в римском частном правѣ“, 1910 г. Суворов—„Об юридич. лицах по римскому праву“; Дювернуа—„Чтенія“, §§ 19—23; Покровскій—„Основные проблемы“, гл. IX.

объединеніям значеніе самостоятельных правовых субъектов, вызвало к жизни ряд теорій. Отмѣтим наиболѣе существенныя из них.

Теорія фикціи или олицетворенія. Автором ея является знаменитый папа Иннокентій IV, формулировавшій ее в 1245 г. на Ліонском соборѣ. От канонистов эта теорія перешла к постглоссаторам—Бальд и др. В оборот современнаго гражданскаго права теорію фикціи ввел Савиньи, который учил, что „право может перенести правоспособность на нѣчто внѣ отдѣльнаго человѣка, т. е. искусственно образовать юридическое лицо". Сущность этой теоріи сводится к тому, что субъектом прав может быть только человѣк, существо, способное проявлять волю, но для осуществленія цѣлей, лежащих внѣ сил и интересов отдѣльнаго человѣка, объективное право создает искуственнаго субъекта прав, юридическое лицо.

Теорія реальности юридич. лиц.—По мнѣнію германистов Безелера, Блунчли и в особенности Гирке (к ним, в общем, примыкает и извѣстный французскій ученый Салейль), юридическое лицо есть не вымышленный, а также, как и физическое лицо, реально существующій субъект права. По мнѣнію Гирке, юридическія лица есть реальныя личности, обладающія особой волей. Воля каждаго из членов выдѣляет из себя частицу, сливающуюся с такими же частицами воль других членов—что и образует новую волю. В учрежденіях частицы воли учредителя и администраторов образуют эту новую волю.

Нѣкоторые ученые идут еще дальше. Так, Цительман опредѣляет юридическое лицо, как „безтѣлесную волю", Лассон отождествляет юридическое лицо с физическим.

Несомнѣнно, приведенныя отождествленія представляют метафору, навѣянную ученіем Спенсера о тождествѣ общества с живым организмом. Они правильно подчеркивают реальность юридических лиц, в остальном же раздѣляют недостатки органической теоріи Спенсера.

Юридическое лицо—коллективная форма обладанія правами.—Юридическое лицо, по мнѣнію Іеринга, не представляет особаго субъекта прав, а есть коллективная форма обладанія правами, матеріальными субъектами которых являются дестинатары—физическія лица, входящія в состав объединенія. „Настоящіе субъекты права,—говорит Іеринг,—не юридическія лица как таковыя, а составляющіе их члены. Юридическія лица—только особая форма, в которой их члены вступают в юридическія отношенія с внѣшним міром". По мнѣнію нѣкоторых ученых, примыкающих к взгляду Іеринга, субъектами права в юридическом лицѣ являются администраторы (Гельдер, Серман).



Теорія коллективной собственности.—Планіоль, Гамбаров и нѣкоторые другіе полагают, что юридическое лицо не представляет особой юридической личности, особаго субъекта прав, а особую форму коллективнаго обладанія имуществом. Всякое представленіе об особом от физическаго субъектѣ прав есть фикція, которая должна быть выброшена из права. Юридическое лицо есть коллективное имущество, находящееся в отдѣльном от индивидуальнаго обладаніи большей или меньшей группы лиц. Юридическое лицо есть ни что иное, как коллективная собственность.

Теорія цѣлевого имущества.—Бринц, Беккер полагают, что юридическое лицо не представляет какого либо субъекта прав, а просто „цѣловое имущество". Возможно существованіе прав и обязанностей без субъекта, для достиженія какой либо опредѣленной цѣли. Незачѣм выдумывать какого-то фиктивнаго субъекта прав; юридическое лицо есть лишь цѣлевое имущество. Здѣсь нѣт субъекта прав, а только имущество, предназначенное для опредѣленной цѣли.

Юридическое лицо—особый пункт пріуроченія прав и обязанностей.—Сальковскій, Рюмелин, Дювернуа, Ельяшевич и нѣк. др. находят, что юридическое лицо есть ни что иное, как самостоятельный пункт пріуроченія прав и обязанностей, нѣчто выступающее во внѣ, как самостоятельное единство, а по внутреннему строенію представляющее совершенно различныя по своей сущности явленія. По выраженію проф. Ельяшевича юридическія лица представляет „общія скобки, которыя обнимают различныя по своей сущности явленія". Внутреннее строеніе их разнообразно; единственным критеріем являются формы отношеній с третьими. „Юридическим лицом является та организація, которая в оборотѣ разсматривается как единство". Она является субъектом прав, как особый пункт пріуроченія субъективных прав, как центр, вокруг котораго обособляются сферы правообладанія.

На основаніи изложеннаго можно сдѣлать вывод, что юридическія лица не фикція, а такая же реальность, как и лица физическія (Гирке, Салейль, Мишу), т. е. как положительное явленіе гражданскаго оборота. Юридическое лицо, как и физическое, представляет опредѣленное явленіе гражданскаго оборота, самостоятельнаго носителя прав и обязанностей. В юридической жизни и физическое лицо выступает не в качествѣ живого человѣка с его конкретными особенностями, а в качествѣ нѣкотораго абстрактнаго носителя прав и обязанностей (bonus pater familias и т. п.), таким же носителем прав и обязанностей является и юридическое лицо. Поэтому юридическое лицо в сферѣ правовой жизни так же реально, как и физическое. И то и другое представляют нѣкоторые

абстрагированные от реальной дѣйствительности центры юридических отношеній, созданные объективным правом (Рюмелин, Дювернуа, Покровскій).

### *Виды юридических лиц.*

Юридическія лица (частнаго права) по своей организаціи дѣлятся на два главных вида: союзы (корпораціи) и учрежденія.

Союзом или корпораціей называется соединеніе лиц для дозволенной правом цѣли, выступающее во внѣ как самостоятельное единство, как особый субъект права.

Союз, как юридическое лицо, имѣет самостоятельное имущество, независимое от имущества физических лиц, членов, его составляющих, имѣет самостоятельныя права и обязанности, самостоятельно ищет и отвѣчает на судѣ.

По своей цѣли союзы дѣлятся на имущественные или экономическіе, имѣющіе цѣлью хозяйственную дѣятельность, извлеченіе выгоды и идеальные, не имѣющіе в виду извлеченія выгоды, преслѣдующіе нематеріальные интересы. У нас первые обычно называются товариществами, вторые—обществами и союзами. Эта терминологія, однако, не всегда выдерживается. Между прочим, в ст. 698 т. X ч. 1 употреблено наименованіе „сословіе лиц".

Таким образом, товариществом является соединеніе нѣскольких лиц, поставивших цѣлью путем совмѣстной дѣятельности извлеченіе прибыли из какого-либо предпріятія—товарищества полныя, на вѣрѣ, акціонерныя, паевыя, с перемѣнным составом, артели и т. п. Обществом называется соединеніе нѣскольких лиц, поставивших цѣлью путем совмѣстной дѣятельности достиженіе опредѣленных идеальных задач—общества научныя, культурныя, благотворительныя и т. п.

Учрежденіем называется самостоятельное имущество, назначенное для служенія извѣстной (дозволенной правом) цѣли, с опредѣленными органами для его эксплоатаціи, выступающее во внѣ, как самостоятельное единство, как особый субъект права.

Учрежденія возникают по сдѣлкам между живыми и на случай смерти, — напримѣр, больницы, школы, столовыя и т. п.

Возможны несамостоятельныя или фидуціарныя учрежденія, напр. университетскія стипендіи.

Наше законодательство называет учрежденія — „учрежденіями", „установленіями", „заведеніями" и т. п.



Колер отмѣчает еще существованіе скрытых юридических лиц, гдѣ закон явно не устанавливает юридическаго лица, но конструктивно послѣднее надо предполагать, напр., в случаѣ наслѣдства, поступающаго в особое управленіе, при сборѣ имущества с опредѣленной цѣлью и др. [1]).

### *Возникновеніе юридических лиц* [2]).

Для возникновенія юридическаго лица (частнаго права) необходимы: 1) акт частной воли — учредительный акт и нерѣдко санкція государства, 2) допускаемая правопорядком цѣль и 3) извѣстная организація.

Спорным в теоріи и неединообразно разрѣшаемым на практикѣ является вопрос о том, достаточно ли для возникновенія юридическаго лица частнаго волеизъявленія или необходима еще санкція государства.

В теоріи существуют два взгляда по данному вопросу. Одни ученые, в особенности сторонники теоріи фикціи, указывают, что юридическое лицо в отличіе от физическаго, есть искусственный субъект права, создаваемый объективным правом. Слѣдовательно, необходим акт государства, создающій новаго искусственнаго субъекта права и вводящій его в с феру правовой жизни. Кромѣ того, санкція государства необходима и для предохраненія общества против опасных, вредных предпріятій спекулятивнаго характера. Другіе ученые, в особенности сторонники теоріи реальности юридических лиц, утверждают, что юридическое лицо есть такое же реальное явленіе гражданскаго оборота, как и лицо физическое. Поэтому его правоспособность также естественна, как и правоспособность физическаго лица. Право или свобода совершать гражданскія сдѣлки, заключает в себѣ право или свободу создавать союзы и учрежденія. Эта свобода может быть ограничена лишь общим предѣлом частно-правовой дѣятельности: непротиворѣчіем закону и нравственности.

Двум указанным направленіям в теоріи, соотвѣтствуют три системы законодательной практики: система разрѣшенія или концессіонная, система явочная или регистраціонная и система свободнаго образованія юридических лиц.

Французскій гражданскій кодекс опредѣленно не разрѣшил даннаго вопроса. Практика встала на сторону концессіонной системы и строго проводила ее. С 60-х г.г. во Франціи началось движеніе, идущее из области торговаго права и перешедшее в область гражданскаго, в пользу явочнаго порядка или, точнѣе, в пользу регистраціи по установленному законом типу: закон устанавливает нормальныя условія, которым должно удовлетворять юридическое лицо и удовлетворяющій

[1]) Гражд. право Германіи, стр. 66.

[2]) См. в особенности Покровскій, указ. соч. стр. 129 и сл.

этим условіям союз вносится в реестр без особой санкціи власти. Законами 1867, 1893 и 1901 г. г. такой порядок установлен во Франціи для возникновенія акціонерных обществ и союзов с идеальными цѣлями.

В Германіи в партикулярных правах господствовала концессіонная система. То же движеніе в пользу расширенія свободы в разсматриваемой области заставило авторов германскаго гражданскаго уложенія болѣе либерально разрешить данный вопрос. Германским гражданским уложеніем была принята компромиссная система: для союзов с идеальными цѣлями явочная—регистрація по нормальному уставу, для союзов с имущественными цѣлями—концессіонная (см. ст. 21, 22 и сл.).

Швейцарское гражданское уложеніе требует регистраціи (по нормальному уставу) только для союзов, имѣющих цѣлью извлеченіе выгоды, для образованія союзов с идеальными цѣлями никаких формальностей не требуется, они пріобрѣтают правоспособность в качествѣ юридическаго лица на основаніи устава (ст. 52, 60 и др.).

По русскому праву концессіонная система была установлена для акціонерных компаній (2140 и 2153 ст. т. X. ч. 1. [1]) и явочная, со внесеніем в реестр городской управы—для товариществ полнаго и на вѣрѣ (ст. 59 Уст. Торг.). Для обществ и союзов законом 4 марта 1906 г. была установлена регистраціонная система.

Постановленіем Временнаго Правительства 1917 года концессіонная система удержана для образованія торгово-промышленных акціонерных обществ и товариществ на паях. Утвержденіе уставов таких обществ и товариществ и измѣненіе существующих уставов, было предоставлено Министру Торговли и Промышленности (С. Уз. 10 марта 1917 года, ст. 388)—разумѣется, в предѣлах закона. Всякія же отступленія от требованій закона могут быть допускаемы и нынѣ только в законодательном порядкѣ. Для прочих союзов с экономическими цѣлями, оставлена система регистраціи. Такая же система установлена и для кооперативных товариществ, которым регистрація дает права юридическаго лица. Без регистраціи послѣдніе остаются простыми товариществами (С. Уз. 20 марта 1917 г., ст. 414, в частности, п. 6). Для союзов с идеальными цѣлями регистрація не обязательна; они возникают путем самообразованія и остаются юридическими лицами, но не имѣют права пріобрѣтать и отчуждать недвижимости и процессуальной правоспособности. Для достиженія этих прав необходимо внесеніе в реестр (12 апрѣля 1917 г. С. У. ст. 540 [2]).

[1]) Через подлежащее министерство и Совѣт Министров. Когда же испрашиваются особыя преимущества и привиллегіи, т. е. отступленія от общих требованій закона, то вопрос должен быть рѣшен в законодательном порядкѣ (2196 ст.).

[2]) Между прочим, постановленіем Вр. Пр.-ва от 12 апрѣля 1917 г. не разрѣшен вопрос о правѣ иностранных подданных образовывать союзы с идеальными цѣлями; равным образом, в законодательствѣ 1917 г. не содержится указаній относительно правоспособности иностранных юридических лиц.



Регистрація производится окружными судами по учрежденному для сего особому регистраціонному отдѣлу (С. У. ст. 907, 1460[62—85] ст. уст. гр. суд.). Отказ в регистраціи может послѣдовать лишь в том случаѣ, если устав не соотвѣтствует требованіям дѣйствующих законов (1460[72]).

Что касается учрежденій, то послѣднія, в зависимости от их болѣе важнаго значенія в государственной жизни, находятся еще под большей опекой государства.

Германское гражданское уложеніе оставило для учрежденій концессіонную систему (§ 80), швейцарское установило явочный порядок. В Россіи господствовала концессіонная система. Вр. Правительство 1917 г. не произвело измѣненій.

Таким образом, основным условіем для возникновенія юридическаго лица является учредительный акт (договор или одностороннее волеизъявленіе), сопровождаемый нерѣдко обязательной регистраціей, а иногда и необходимостью испросить разрѣшеніе государственной власти.

Затѣм, необходимым условіем для возникновенія и дѣятельности юридическаго лица, является допускаемая правопорядком цѣль. Необходимо, чтобы цѣль, которая ставится учредителями, задача, которую они преслѣдуют посредством созданія и дѣятельности юридическаго лица, не противорѣчила предписаніям закона и требованіям нравственности (см. 52 и 78 ст. шв. гр. улож., 2151 ст. т. х. ч. 1).

Необходимым условіем для возникновенія юридическаго лица является также его организація. Юридическое лицо, как корпорація, так и учрежденіе, одинаково нуждается в организаціи для того, чтобы выступать в гражданском оборотѣ в качествѣ самостоятельнаго субъекта прав. Оно необходимо нуждается в опредѣленных органах, которые представляли бы юридическое лицо во внѣ, дѣйствовали от его имени и защищали его интересы, а также и в опредѣленіи власти послѣдних и их отношенія к юридическому лицу. Поэтому Шв. Гр. Ул. требует надлежащей организаціи юридическаго лица и сохраняет в руках власти контроль за соблюденіем этого требованія (см. ст. 60, 83, 84).

Органы юридическаго лица не являются представителями послѣдняго (в юридическом смыслѣ этого понятія), а представляют органическую часть юридическаго лица, выражающую во внѣ волю послѣдняго—вслѣдствіе чего отвѣтственность за дѣйствія органов, в качествѣ таковых, несет само юридическое лицо.

Для учрежденія необходима еще наличность имущества.

## *Правоспособность юридическаго лица и ея ограниченія.*

Этот вопрос вызывает сомнѣнія и разногласія, как в теоріи, так и на практикѣ.

Прежде господствовала теорія, утверждавшая, что юридическое лицо имѣет только имущественную правоспособность. Эта теорія имѣет отдѣльных представителей и в настоящее время [1]). Однако, большинством ученых она уже оставлена. На самом дѣлѣ, юридическое лицо может обладать не только имущественными, но и личными правами: правами на имя (фирму), на честь (репутацію), правами представительства, правами властвованія, правами наслѣдств. преемства и др. Вообще говоря, юридическое лицо может обладать всѣми правами и обязанностями, обладаніе коими не связано с особыми, естественными свойствами физической личности (ср. § 53 Шв. Гр. Ул.[2]).

Наиболѣе спорным представляется вопрос о том, обладает ли юридическое лицо общей, неограниченной правоспособностью, за исключеніем, конечно, чисто личных отношеній, недоступных юридическому лицу или спеціальной—ограниченной предѣлами той цѣли, для осуществленія коей создано юридическое лицо. Может ли юридическое лицо совершать всѣ вообще сдѣлки, (как физическое лицо), или же только сдѣлки, входящія в компетенцію, очерченную цѣлью, для которой создано юридическое лицо.

Большинство ученых (Дернбург, Гирке, Регельсбергер, Салейль, у нас Шершеневич, Пергамент, Синайскій) признают за юридическим лицом только спеціальную правоспособность. Только цѣль сообщает индивидуальность юридическому лицу, только в предѣлах ея,—говорят сторонники разсматриваемаго взгляда,—и должно юридическое лицо обладать правоспособностью. Кромѣ того, в учрежденіи воля лица, создавшаго учрежденіе, должна быть принимаема во вниманіе; она была бы нарушена при выходѣ дѣятельности юридическаго лица за предѣлы цѣли, поставленной учредителями послѣднему.

Наше законодательство в отдѣльных случаях стоит на точкѣ зрѣнія спеціальной правоспособности (ст. 2153 т. X. ч. 1, ст. 23 правил 4 марта 1906 г. об обществах и союзах). На этой точкѣ зрѣнія стоит и судебная практика (ср. Г. Д. 1911—95, 1909—106, 1882—42 и друг.).

Сторонники общей правоспособности указывают на то обстоятельство, что юридическое лицо есть самостоятельный субъект права, также

[1]) См. Шершеневич—Учебник, 9 изд. стр. 118 § 13, V, из старых юристов — ср. Мейер.

[2]) „Юридическія лица могут пріобрѣтать всѣ права и нести всѣ обязанности, за исключеніем тѣх, которыя неотдѣляемы от естественных свойств человѣка, как напр., пол, возраст и родство".



как и физическое лицо, созданный правопорядком и в качествѣ такового, должен обладать всѣми правами, принадлежащими субъекту права.

Понятіе правоспособности одно: для физическаго лица и для юридическаго. Нѣт поэтому достаточных основаній для ограниченія свободы дѣятельности юридических лиц. Швейцарское гражданское уложеніе признает за юридическим лицом возможность вступать во всѣ права и нести всѣ обязанности, не соединенныя с естественными свойствами человѣческой личности, как пол, возраст, родство и тѣм самым стоит на точкѣ зрѣнія признанія общей правоспособности юридическаго лица.

Нам предоставляется болѣе отвѣчающим современному положенію вопроса второй взгляд.

Конечно, если разсматривать цѣль юридическаго лица, как установленный самим законом предѣл его правоспособности, тогда все выходящее за этот предѣл, всякая юридическая сдѣлка, не соотвѣтствующая цѣли юридическаго лица, является ipso jure ничтожной, хотя бы и была принята всѣми членами, входящими в состав юридическаго лица. Однако, этот взгляд едва ли может быть принят. Нѣкоторыя законодательства, напримѣр, германское, допускают измѣненіе цѣли юридическаго лица по постановленію общаго собранія (ст. 33 герм. гражд. улож.), тѣм болѣе, слѣдовательно, допустимо частичное отступленіе или уклоненіе за предѣлы этой цѣли. Но подобныя дѣйствія могут нарушать интересы меньшинства. Для огражденія послѣдних и имѣет значеніе принцип спеціальности. Если ограниченіе правоспособности предѣлами цѣли союза или учрежденія имѣет в виду не соблюденіе законом установленных предѣлов правоспособности, а огражденіе интересов членов союза или учредителей, то акты, выходящіе за предѣлы, установленные цѣлью союза, не являются ipso jure ничтожными, а лишь оспоримыми при нарушеніи интересов членов юридическаго лица и в предѣлах этих интересов. И если принять во вниманіе, что юридическое лицо само лучше понимает свою цѣль и лучше соблюдает свои интересы, нежели государство и что тенденціи развитія юридическаго лица идут вообще в сторону ослабленія опеки государства, необходимо признать, что эта опека и в данном случаѣ должна быть ослаблена. Так, если путем систематическаго отступленія от устава или учредительнаго акта вообще юридическое лицо измѣняет свою сущность, напримѣр: научное общество превращается в торговое предпріятіе и т. п.—в этом случаѣ государство должно сохранять право вмѣшательства, но отнюдь не по поводу каждаго отступленія от устава. Весь вопрос, как правильно указывает Покровскій[1]), сводится к вопросу о том, отступает ли дѣятельность даннаго юридическаго лица в цѣлом от его уставных цѣлей или нѣт: если научное учрежденіе употребляет доход от своей фабрики на

[1]) Указ. соч., стр. 138.

научныя цѣли, если акціонерная компанія, отчисляя извѣстный % из своих прибылей на дѣла благотворительности, остается в своем существѣ промышленной, нѣт никаких оснований для контроля над отдѣльными актами, лишь бы они не выходили за общіе предѣлы всяких частных актов, т. е. не противорѣчили закону, добрым нравам и т. п.

Таким образом, так называемый принцип спеціальной правоспособности не является условіем дѣйствительности актов, а лишь средством для огражденія частных интересов. Понимаемый в этом смыслѣ, он является дополнительным критеріем для оцѣнки дѣятельности юридических лиц, не стѣсняя частной автономіи и не лишая государство, в нужных случаях, права контроля. Слѣдовательно, принцип или идея спеціальности не представляет самостоятельнаго основанія правоспособности, а может служить лишь основаніем для ограниченія, в извѣстных случаях, общей правоспособности в интересах меньшинства.

Что касается вообще ограниченій правоспособности юридических лиц, то надлежит отмѣтить, что ограниченія, основанныя на національном (члены иностранцы) и вѣроисповѣдном (члены евреи) признаках были отмѣнены для товариществ и акціонерных компаній постановленіем Врем. Правительства от 10 марта 1917 г.

Надлежит признать, что иностранныя юридическія лица обладают у нас правоспособностью, как и иностранцы вообще, независимо от признанія и разрѣшенія государственной власти, ибо правоспособность есть общее свойство субъекта права, независимо от того, является ли послѣдній физическим или юридическим лицом. Это свойство признано нашим правом и никаких ограниченій для иностран. юридических лиц законом не установлено [1]). Судебная практика, исходя из примѣч. 2 к ст. 2139, стоит на противоположной точкѣ зрѣнія и требует признанія государственною властью иностранных юридических лиц (83—44).

Иностран. юридическія лица ограничены наравнѣ с иностранцами в пріобрѣтеніи недвижимостей (ср. прил. к ст. 830 т. IX и др.).

Казна и различныя заведенія могут пріобрѣтать имущества по даренію и завѣщанію только с разрѣшенія правительственной власти (981 ст.). Церкви, монастыри, архіерейскіе дома могут пріобрѣтать имущества только с разрѣшенія (985 ст.).

### *Дѣеспособность юридическаго лица.*

Господствующая доктрина учит, что юридическое лицо не имѣет дѣеспособности, ибо для признанія дѣеспособности необходима наличность воли, каковою юридическое лицо не обладает. Поэтому юридическое лицо во внѣ дѣйствует лишь через представителей. Поэтому же

[1]) Ср. Брун.—„В. Гр. Пр.“, 1915 г., стр. 96, иначе Нольдэ у Листа, стр, 505.



оно не отвѣчает за деликты послѣдних, равно как и не может совершать деликтов само (нѣт вмѣняемости).

Однако, нѣкоторые ученые признают общую волю членов союза и волю учредителя или органов волей юридическаго лица и утверждают дѣеспособность послѣдняго (Салейль, Покровскій, Шершеневич). На самом дѣлѣ, рѣшеніе, принятое общим собраніем корпораціи, есть выраженіе воли этой послѣдней и в гражданском обороте имѣет такое же реальное значеніе, как и рѣшеніе, принятое физическим лицом. Равным образом, рѣшеніе, принятое органами корпораціи или учрежденія от имени послѣдних, представляет выраженіе воли корпораціи или учрежденія. И органы являются не представителями, а частью юридическаго лица.

Отрицаніе дѣеспособности за юридическими лицами приводит к непріемлемым, с точки зрѣнія гражданскаго оборота, выводам. — Если признать вмѣстѣ с указанным ученіем юридическое лицо недѣеспособным, то необходимо признать органы юридическаго лица его представителями, как опекуны являются представителями малолѣтних. Но в таком случаѣ юридическое лицо не должно нести отвѣтственности за недозволенныя дѣйствія своих органов, как не несут таковой отвѣтственности малолѣтніе за дѣйствія своих опекунов. Слѣдовательно, понесшій убытки может взыскивать их только с представителей (органов) юридическаго лица, а не с послѣдняго, что вносит дезорганизацію в гражданскій оборот и подрывает довѣріе к юридическому лицу. И мы видим, что швейцарское гражданское уложеніе признало дѣеспособность юридическаго лица (54 ст. [1]) и, в частности, отвѣтственность его за недозволенныя дѣйствія органов, совершенныя послѣдними в качествѣ таковых (55 ст., ср. § 31 Герм. Гражд. Улож.).

Отвѣтственность юридическаго лица за недозволенныя дѣйствія не всегда является отвѣтственностью за чужія дѣйствія (органов), хотя и за свою косвенную вину (напр. culpa in eligendo, как конструируется эта отвѣтственность многими учеными), но возможна и непосредственная вина самого юридическаго лица. Если, напр., благодаря постановленію общаго собранія акціонеров для сокращенія расходов отвергнуты или уничтожены предохранительныя мѣры для огражденія рабочих, то увѣчье рабочаго, произшедшее вслѣдствіе непринятія таких мѣр, является слѣдствіем вины самого юридическаго лица. На этом признаніи деликтоспособности (вмѣняемости) основывается и выдвигаемое в послѣднее время признаніе в извѣстных предѣлах уголовной отвѣтственности юридических лиц, наприм., ввидѣ штрафов (Салейль, Покровскій) — и вообще, если разсматривать органы юридическаго лица не как представителей юри-

[1]) „Юридическія лица дѣеспособны, если в силу закона или устава в них учреждены необходимые для этого органы“.

дическаго лица, а как органическую часть послѣдняго, дѣйствія органов в качествѣ таковых, есть дѣйствія самого юридическаго лица и обязывают послѣднее.

Возможны и ограниченія дѣеспособности юридическаго лица, когда, наприм., постановленія общаго собранія корпораціи подлежат утвержденію органа надзора или другого юридическаго лица; напр., одно благотворительное общество в г. В., для пріобрѣтенія средств открыло клуб, постановленія общаго собранія котораго (клуба), требующія расхода свыше 1,000 руб., подлежали утвержденію правленія общества, а нѣкоторые вопросы подлежали разрѣшенію общаго собранія указаннаго общества, или, напр., для нѣкоторых сдѣлок городского банка требуется утвержденіе городского самоуправленія и т. п.

## *Прекращеніе юридических лиц.*

Юридическое лицо прекращает свое существованіе вслѣдствіе личных основаній. Таковыми являются: 1) достиженіе цѣли, послужившей побудительной причиной возникновенія юридическаго лица, 2) истеченіе срока, на который оно было учреждено, 3) постановленіе закона или предписаніе административной власти; согласно постановленія Времен. Правительства от 12 апрѣля 1917 г. (С. У. ст. 540, п. 7), прекращеніе дѣятельности союзов с идеальными цѣлями возможно лишь по суду.

Кромѣ указанных: для союзов—отсутствіе личнаго состава (необходимаго кворума для дѣятельности), соглашеніе членов союза о прекращеніи дѣятельности послѣдняго; для учрежденій—уничтоженіе имущества и т. п.

Судьба имущества прекратившаго существованіе юридическаго лица опредѣляется уставом и волею учредителя (при жизни или в распоряженіи на случай смерти), ст. 29 постан. Врем. Правит. о союзах, ст. 986 т. X. ч. 1. Если судьба имущества не предусмотрѣна уставом или не сдѣлано распоряженія жертвователем, то имущество юридических лиц, имѣвших цѣлью извлеченіе личных выгод, дѣлится между членами его (ст. 28 постановленія Вр. Пр. и 2188 т. X. ч. 1.), а остальных юридических лиц поступает в распоряженіе правительства для назначенія на цѣли, наиболѣе близкія цѣлям прекратившаго свое существованіе юридическаго лица [1]).

Германское право знает неправоспособныя объединенія (союзы), представляющія нѣчто среднее между товариществами римскаго права

[1]) Зом разсматривает преемство в имуществѣ распавшагося правоспособнаго общества (§ 45 Герм. гражд. ул.), как наслѣдованіе (Инст. II, § 108); Пляніоль отрицает возможность наслѣдованія послѣ юридическаго лица (Traité, III, 319 и др.). Несомнѣнно, что здѣсь мы имѣем особый вид универсальнаго преемства.



и современным юридическим лицом. Они имѣют общую организацію, имущество принадлежит каждому члену на правах общей собственности: подобные союзы не могут пріобрѣтать на свое имя имущество, но при выходѣ члены не могут брать имущества, т. е. признается особое имущество такого объединенія, празнаются дѣйствительными заключенные ими договоры. Вслѣдствіе смерти членов, союз не распадается. Отвѣтственность членов союза ограничивается размѣрами союзнаго имущества. Представители союза, хотя бы и дѣйствовали от имени союза, отвѣчают лично и солидарно и союз не отвѣчает за гражданскія правонарушенія представителей. Подобныя объединенія не могут искать от своего имени на судѣ; иск предъявляют отдѣльные члены, но к союзу, как цѣлому, предъявленіе иска возможно (§ 51 Герм. Гр. Ул., § 50 и 735 Герм. уст. гр. суд.). Подобныя объединенія очень распространены в Германіи. Колер указывает, что там четыре пятых союзов с идеальными цѣлями не правоспособны [1]).

Необходимо отмѣтить ряд таких союзов в современной соціальной жизни. Напр., союзы предпринимателей (тресты, синдикаты), союзы рабочих и т. п. часто не носят опредѣленной формы юридическаго лица.

Гражд. кодекс Р.С.Ф.С.Р. признает юридическими лицами объединенія лиц, учрежденія или организаціи, которые могут, как таковые, пріобрѣтать права по имуществу, вступать в обязательства, искать и отвѣчать на судѣ. Юридич. лицо должно имѣть утвержденный или в подлежащих случаях зарегистрированный устав или положеніе. Опредѣленные в законѣ виды товариществ могут имѣть вмѣсто устава товарищескій договор, надлежаще зарегистрированный. Правоспособность юрид. лица возникает с момента утвержденія устава, а когда требуется регистрація—с момента регистраціи. Частные учрежденія с правами юрид. лиц—больницы, музеи, ученыя учрежденія и др. — могут быть учреждаемы только с разрѣшенія подлежащих органов власти. Юрид. лица выступают во внѣ через посредство своих органов или через своих представителей. Во внѣшнем торговом оборотѣ юридическія и физическія лица участвуют лишь через посредство государства в лицѣ народнаго коммиссаріата торговли. Самостоятельныя выступленія на внѣшнем рынкѣ допускаются только под контролем послѣдняго в особо указанных законом случаях. Государств. предпріятія и их объединенія, переведенныя на хозяйственный разсчет и не финансируемыя в смѣтном порядкѣ, выступают в оборотѣ, как самостоятельныя и не связанныя с казной юридическія лица. За их долги отвѣчает лишь имущество, состоящее в их свободном распоряженіи, т. е. не изъятое из оборота. Существованіе юридическаго лица может быть прекращено соотвѣтственным органом государственной власти, если оно уклоняется от пре-

[1]) Указ. соч. стр. 69.

дусмотрѣнной уставом или договором цѣли или если его органы в своей дѣятельности уклоняются в сторону, противную интересам государства (13—19).

## Объект права.

Объектом права называется все то, на что распространяется власть или господство субъекта права, всѣ тѣ блага, в которых субъект права имѣет защищенный правопорядком интерес.

Сюда относятся: 1) дѣйствія лиц, 2) вещи, 3) силы природы, 4) продукты духовнаго творчества и 5) личныя блага человѣка (здоровье, честь, имя и др.)

Право—есть соціальное явленіе. Еще римляне указывали, что omne jus hominum causa constitutum est и тѣм самым подчеркивали, что право регулирует отношенія между людьми; в этом состоит основная задача права. Современное правосознаніе всегда разсматривает человѣка, как субъекта права и не допускает господства над ним, как объектом, не знает состоянія рабства и т. п. В современном правѣ отношенія между людьми создают власть одних над дѣйствіями других. Эти дѣйствія и составляют объект права.

Представляется спорным, является ли вещь объектом права.

Господствующая доктрина учит, что вещь является объектом права, наприм., в правѣ собственности на книги объектом являются книги. Эта доктрина различает власть субъекта над предметами внѣшняго міра при посредствѣ других лиц, через дѣйствія послѣдних и непосредственную, независимую от дѣйствій других лиц. Объектом таковой, в первом случаѣ, являются дѣйствія лиц, во втором—вещи. Шлосман, Пляніоль и нѣкоторые другіе рѣшительно утверждают, что объектом права могут быть только дѣйствія лица. Правопорядок опредѣляет отношенія только между людьми (лицами), в частности, и по поводу вещей: только между лицами и для лиц существует правопорядок. Посредствующее мнѣніе (Іеринг, Дернбург, Регельсбергер) находит, что правопорядок опредѣляет не только отношенія между людьми, но и предѣлы дѣйствія послѣдних относительно вещей, наприм., правопорядок запрещает зажечь свой дом. Таким образом, предѣлы пользованія правом собственности, установленныя в публичном интересѣ и опредѣляют отношеніе собственника к вещи. В этом смыслѣ вещь и является объектом права.

Силы природы, как электричество, теченіе воды и др., могут быть объектом права, но отличаются от вещей, как отграниченных предметов внѣшняго міра.

Тоже самое надлежит сказать относительно продуктов духовнаго творчества. Твореніе человѣческаго ума и таланта, научное или художественное произведеніе, необходимо отличать от рукописи или статьи, в которых оно нашло свое выраженіе и в каковом видѣ оно может быть воспроизведено десятки и сотни раз.



Личныя блага человѣка (здоровье, честь, имя, интимная сфера) также являются объектом его власти. Хотя в данном случаѣ объект сливается с субъектом, однако, нельзя забывать, что в правовой жизни индивидуальныя блага нерѣдко отдѣляются от личности, объектируются внѣ их носителя—субъекта права и могут стать самостоятельным объектом господства послѣдняго (гражд. право на имя, право на фирму и др.).

### *Вещи, как объект права.*

Вещь есть отграниченный предмет внѣшняго міра. Однако, не всякій предмет внѣшняго міра является вещью в юридическом смыслѣ, представляет интерес для права и принимается послѣдним во вниманіе, а только такой, который входит или способен входить в сферу гражданскаго оборота.

Таким образом, вещами в юридическом смыслѣ не будут предметы внѣшняго міра, недоступныя нашему воздѣйствію, напр., солнце, звѣзды и т. п. Напротив, такіе предметы внѣшняго міра, которые правопорядком изъяты из оборота, так называемыя внѣоборотныя вещи, надлежит признать вещами в юридическом смыслѣ, ибо они изъяты собственно из торговаго оборота (extra commercium), но принадлежат к обороту в широком смыслѣ, т. е. подлежат хотя бы не исключительному господству субъекта прав, имѣют цѣнность и т. п. (иначе Гамбаров, Синайскій и нѣк. др.).

### *Виды вещей.*

Вещи простыя, составныя и совокупныя. Вещи, представляющія во всем своем составѣ единое неразрывное и однородное цѣлое, наприм., камень, статуя—суть вещи простыя—res unitae. Онѣ разсматриваются правом, как обособленные, самостоятельные объекты.

Вещи, механически связанныя из разнообразных, не утративших физическаго существованія частей, наприм., дом, часы, называются составными вещами—res compositae; universitas rerum coherentium. Составная вещь разсматривается правом, как единое цѣлое, как отдѣльный объект права. При нарушеніи соединяющей отдѣльныя части этих вещей связи —единство распадается и каждая часть составной вещи выступает как самостоятельная вещь, как отдѣльный объект права.

Комплекс однородных самостоятельных предметов, разсматриваемых как единое цѣлое, напр., стадо, библіотека, называется совокупной вещью или совокупностью вещей—universitas facti или universitas rerum distantium. В данном комплексѣ нѣт физическаго единства, а имѣется ряд однородных самостоятельных вещей. Единство создается гражданским оборотом и правом, разсматривающим эту совокупность, как единое цѣлое, допускающими сдѣлки с совокупностью вещей, как с отдѣльным объектом, наприм., покупка стада, продажа библіотеки. Но, вмѣстѣ с тѣм и отдѣльныя вещи, входящія в сказанную совокупность, не утрачивают своего самостоятельнаго юридическаго значенія, как объекты права, могут быть предметом отдѣльных сдѣлок, напр., продажа отдѣльной книги из библіотеки и т. п. Чужія вещи, попавшія в такую совокупность вещей, не становятся собственностью хозяина послѣдней, а остаются в прежней собственности, напримѣр, чужая овца пристала к стаду, чужая книга попала в библіотеку и т. п.—У нас ст. 84 т. XI ч. 2 Уст. Пром. говорит о совокупности вещей.

### *Главныя вещи, придаточныя вещи* (составныя части вещей) *и принадлежности.*

Вещи могут соединяться друг с другом так, что при этом соединеніи одни сохраняют свою самостоятельность в оборотѣ, свое отдѣльное экономическое значеніе, другія теряют его и дѣлаются частью первых. Первыя вещи называются главными, вторыя—придаточными—res accessoriae. Связь между ними может быть органической (минералы в землѣ), механической (дверь и замок в ней) и химической (сукно и краска). Придаточныя вещи не имѣют в гражданском оборотѣ самостоятельнаго бытія и раздѣляют судьбу главной. Они не могут быть отдѣлены от главной вещи без измѣненія ея сущности или экономическаго значенія. Придаточныя вещи называются составными частями главной вещи[1]).

От придаточных вещей необходимо отличать принадлежности—pertinentia. Принадлежности—вещи, не теряющія своей самостоятельности и не становящіяся частью главной, но служащія к поднятію ея экономической цѣнности или дающія возможность пользоваться ею (ключ и замок, звонок в квартирѣ, имѣніе и инвентарь). Нѣкоторыя вещи принимают характер принадлежностей вслѣдствіе юридической связи их с главной вещью (напр., документы на имѣніе). Принадлежности могут и не раздѣлять судьбы главной вещи: собственность на принадлежности может принадлежать другому лицу, нежели на главную вещь; возможны отдѣльныя сдѣлки с главной вещью и принадлежностью.

[1]) „Составною частью вещи является все, то, что, согласно мѣстному обычаю, составляет ея существенный элемент и не может быть отдѣлено от нея без разрушенія, поврежденія или измѣненія“ (612 ст. Шв. гр. ул.).



Наше законодательство не различает придаточных вещей и принадлежностей, называя и тѣ и другіе одинаково принадлежностями. Наш закон относит к принадлежностям: земель—церковныя и другія строенія дворы, мельницы, мосты, перевозы, плотины и гати (386), рѣки, озера, пруды, болота, источники, произведенія поверхности земли, металлы, минералы и другія ископаемыя (387), фабрик и заводов—заводскія строенія, посуду, инструменты, земли, лѣса, покосы, руды, соляные разсолы, трубы и всѣ ископаемыя (388), домов—внутреннюю и наружную отдѣлку, украшенія, которыя невозможно отдѣлить без поврежденія: полы, камины, обои, зеркала в стѣнах и т. п. (389), недвижимости вообще —указы, грамоты, крѣпости, планы и прочіе документы на недвижимость (390), заповѣдных имѣній—фамильныя бумаги, драгоцѣнности, произведенія искусств, собранія рѣдкостей, книг и т. п., означенныя в актѣ об учрежденіи заповѣд. имѣнія (391).

Таким образом, под принадлежностями наше законодательство разумѣет вещи, восполняющія экономическое значеніе главной и связанныя с ней органической, механической, химической, юридической или экономической связью и тѣм самым смѣшивает придаточныя вещи, составныя части вещей с принадлежностями (ср. Шершеневич). Прав. Сенат проводил указанное различіе между составной частью и принадлежностью (84—75, 921—71 и др.).

По кодексу Р.С.Ф.С.Р. принадлежностью признается вещь, назначенная служить главной вещи и связанная с ней общим хозяйственным назначеніем. Принадлежность слѣдует судьбѣ главной вещи, если в договорѣ или законѣ не оговорено противное (25).

### *Дѣлимыя и недѣлимыя вещи.*

Физически всѣ вещи дѣлимы. Дѣлимость или недѣлимость в юридическом смыслѣ разсматривается с точки зрѣнія экономическаго значенія такого дѣленія в гражданском оборотѣ или особого значенія придаваемаго нѣкоторым вещам правом. Дѣлимыми называются тѣ вещи, которыя могут быть раздѣлены на части без измѣненія их существа и экономическаго значенія —res quae sine damno dividi possunt, наприм., участок земли может быть раздѣлен на части, в суммѣ имѣющія ту же цѣнность. Недѣлимыми называются тѣ вещи, которыя не допускают такого дѣленія без уничоженія их существа или экономическаго значенія, наприм., статуя (естественная недѣлимость) или которыя признаны недѣлимыми особым постановленіем закона (юридическая недѣлимость). Напр., нашим правом отнесены к вещам недѣлимым: фабрики, заводы, лавки, золотые пріиски, желѣзныя дороги с их принадлежностями, временно заповѣдныя имѣнія, дворы, заводы с посессіонными землями, и нѣкот. др. (394, 395, 1324, 1306 ст. т. X ч. 1).

Дома нашей практикой разсматриваются как вещи недѣлимыя: невозможна собственность по этажам, индивидуальная собственность на часть дома (также § 94 Герм. гр. у. и 72 Шв. гр. улож., иначе франц. гр. кодекс—664).

Юридическое значеніе недѣлимых вещей в том, что юридическія сдѣлки относительно этих вещей совершаются на всю вещь в цѣлом, не могут быть совершены относительно части недѣлимой вещи.

### *Потребляемыя и непотребляемыя, тлѣнныя и нетлѣнныя вещи.*

Потребляемыми вещами называются тѣ вещи, которыя при пользованіи сразу уничтожаются (хлѣб, мясо), —res quae usu consumuntur vel minuntur, непотребляемыя тѣ, которыя уничтожаются путем медленнаго постепеннаго пользованія (книги, платье). Юридическое различіе заключается в том, что сдѣлки, направленныя на пользованіе вещью без ея уничтоженія (узуфрукт, ссуда, наем), невозможны для потребляемых вещей.

Наше законодательство знает еще дѣленіе на тлѣнныя и нетлѣнныя вещи (ст. 405), причем очень трудно найти критерій разграниченія этих двух категорій, ибо к вещам нетлѣнным отнесены каменья, а к тлѣнным жемчуг, к нетлѣнным галантерейныя вещи, а тлѣнным платья. Одни ученые видят здѣсь различіе вещей скоропортящихся от неподвергающихся скорой порчѣ (напр. Шершеневич, Ельяшевич, Синайскій), другіе—потребляемых от непотребляемых (Гамбаров). Повидимому, болѣе правильным будет первое мнѣніе.

Это дѣленіе имѣет слѣдующее юридическое значеніе: вещи, подвергающіяся скорому тлѣнію, подлежат, в извѣстных случаях, немедленной продажѣ, хотя все прочее имущество не разрѣшается продавать, напр. имущество малолѣтних, находящихся под опекою (277 ст. т. X ч. 1), при объявленіи несостоятельным (429 ст. Уст. Суд. Торг.), при обращеніи взысканія судебным приставом (ст. 971 Уст. Гр. Суд.), невозможно наложеніе ареста в обезпеченіе иска на тлѣнныя вещи (ст. 625 Уст. Гр. С.) и нѣк. др.

### *Индивидуально-опредѣленныя и родовыя, замѣнимыя и незамѣнимыя вещи.*

Родовыя или замѣнимыя вещи—тѣ, которыя опредѣляются вѣсом, мѣрой и числом—res quae pondere, numero, mensura consistunt, напр., лошадь, часы. Их индивидуальность не имѣет значенія для оборота. Индивидуально-опредѣленныя или незамѣнимыя—тѣ, которыя опредѣляются особыми от родовых, конкретными признаками, напр., лошадь „Искра“, часы фабрики Мозер № 105211.



### *Недвижимыя и движимыя вещи.*

Важное значеніе в оборотѣ имѣет различіе между вещами недвижимыми и движимыми. Различіе между ними опредѣляется их положеніем в природѣ. Римское право видѣло критерій различія в невозможности перемѣщать первыя (недвижимости) и возможности перемѣщать вторыя (движимости) без утраты цѣлости вещей. Долгое время и современное право придерживалось этой же точки зрѣнія. Но развитіе современной техники показало, что указанный признак для различія недвижимости и движимости недостаточен. В настоящее время выдвигается другой признак: недвижимость—земля и ея составныя части, остальное—движимость.

Наш закон не содержит общаго опредѣленія, но из содержанія и разума 384, 386, 401—403 ст. можно вывести указанную точку зрѣнія. В частности, к недвижимым имуществам наш закон относит: „земли и всякія угодья, дома, заводы, фабрики, лавки, всякія строенія и пустыя дворовыя мѣста, а также желѣзныя дороги“ (384), т. е. землю, строенія и вообще составныя части земли.

Ту же точку зрѣнія проводит герм. гр. улож.: „к существенным составным частям поземельнаго участка принадлежат вещи, прочно связанныя с почвой, в частности, строенія, равно как произведенія земли, доколѣ они связаны с почвой“ (94).

Спорным представляется вопрос, является ли по нашему праву строеніе, воздвигнутое на чужой землѣ, движимостью или недвижимостью. Одни ученые признают такое строеніе, как составную часть земли, недвижимостью (Побѣдоносцев, Кассо). Другіе признают такое строеніе движимостью (Ельяшевич, Флексор, Пестржецкій). Третьи находят, что зданія, построенныя на чужой землѣ в силу обязательственнаго права—являются движимостью, построенныя в силу вещнаго права — недвижимостью (Анненков, Домашевскій). Правильным нам представляется второе мнѣніе, ибо наше право признает собственность на строеніе, отдѣльную от собственности на землю; таким образом, судьба строенія в данном случаѣ юридически не связана с судьбой участка земли, на котором оно выстроено. В частности, мы вполнѣ согласны с указаніем проф. Ельяшевича, что с точки зрѣнія нашей крѣпостной системы утвержденія прав на недвижимости только тѣ строенія на чужой землѣ можно признать недвижимостями, которыя самостоятельно отмѣчаются в реестрѣ крѣпостных дѣл, напр., при правѣ застройки[1])

[1]) **Коммент. II, стр. 19—22.**

На эту точку зрѣнія встал в концѣ концов и Правит. Сенат (1910—48 и др.).

Необходимо отмѣтить, что и постройки на собственной землѣ являются движимостью, если не составляют с участком земли единаго хозяйственнаго цѣлаго, а носят временный, передвижной характер: балаган на ярмаркѣ, будка на улицѣ, шалаш пастуха и т. п. (ср. § 95 Герм. гр. ул. и § 677 Шв. гр. ул.).

Все, что не относится к недвижимым вещам, необходимо отнести к движимым (383 ст.), в том числѣ и права (402 ст.). Наше законодательство разсматривает дѣленіе на движимыя и недвижимыя вещи (имущества), как исчерпывающее (383 ст.) и не знает особой категоріи прав (иначе франц. право).

Вопрос о том, к каким вещам (имуществам) надлежит отнести права, по нашему законодательству представляется не выясненным. По содержанію 402 ст. к движимостям отнесены обязательственныя права и залоговое право („закладныя"), а право застройки спеціальным постановленіем закона отнесено к недвижимостям (542[26] ст.).

Нѣкоторые ученые, напримѣр Шершеневич, относят всѣ права к движимым вещам, другіе, напр. Кассо, предлагают различать, с каким имуществом связано право и сообразно этому относить послѣднія или к недвижимостям или к движимостям. Швейцарское Гр. Ул. относит к недвижимостям самостоятельныя постоянныя права, внесенныя в вотчинную книгу (655 ст.).

Послѣдняя точка зрѣнія нам представляется наиболѣе правильной. Таким путем создается особая юридическая недвижимость посредством внесенія в вотчинную книгу или открытія особаго листа для записей в крѣпостном реестрѣ, как, напр., у нас право застройки. Внѣ этого рода недвижимостей—прав остальныя права надлежит отнести к движимостям[1]).

Гр. кодекс Р.С.Ф.С.Р. содержит правило: „с отмѣной частной собственности на землю дѣленіе имуществ на движимыя и недвижимыя упразднено" (ст. 21 примѣч.).

### *Родовыя и благопріобрѣтенныя вещи* (недвижимости).

Наше право сохранило различіе между родовыми и благопріобрѣтенными вещами, различіе, представляющее анахронизм и затрудняющее

[1]) Двойственно отношеніе нашего законодательства к праву на золотой пріиск. Ст. 403 т. X ч. 1 объявляет его имуществом движимым, а послѣдующее законодательство примѣняет к нему правовой режим недвижимостей. Так, возможны иски о возстановленіи недвижимаго или утраченнаго владѣнія, иски предъявляются по мѣсту нахожденія пріиска, обезпеченіе иска производится запрещеніем продажи; взысканіе обращается как на недвижимость (34[1], 212[1], 213[1], 606[1], 1094[1] ст. Уст. Гр. С.), допускается установленіе сервитутов в пользу одних пріисков на другіе (прилож. к 427 ст. Уст. Горн., 88—95 ст.).



гражданскій оборот. Есть основанія полагать, что прежде это различіе относилось как к недвижимым, так и движимым вещам (ср. 398 и источники ея[1]), но в Св. Зак. Гр. родовой характер сохраняют лишь недвижимости.

Ст. 399 относит к недвижимым вещам (имуществам): 1) имущества, дошедшія по праву законнаго наслѣдованія, 2) дошедшія, по завѣщанію родственнику, имѣющему право наслѣдованія по закону, 3) дошедшія по купчим крѣпостям от родственников, к которым дошли по наслѣдству.

Казалось бы, всѣ остальныя недвижимости должны быть отнесены к благопріобрѣтенным. Однако, наше законодательство, по свойственной ему казуистичности опредѣляет и категорію благопріобрѣтенных вещей. К числу послѣдних оно относит: 1) выслуженныя или пожалованныя недвижимости, 2) пріобрѣтенныя путем возмездных или безвозмездных сдѣлок от чужеродцев, 3) имѣніе, купленное отцом у сына, которому досталось от матери, 4) родовое, проданное чужеродцу и купленное обратно от чужеродца; 5) купленное у родственника благопріобрѣтенное имущество, 6) полученное на указанную часть одним из супругов, 7) собственным трудом и промыслом нажитое имѣніе (397 ст).

При указанной перечневой системѣ нѣкоторые виды недвижимостей не отнесены ни к одной категоріи и возбуждают сомнѣніе, к числу родовых или благопріобрѣтенных вещей они должны быть отнесены; напр., благопріобрѣтенныя имѣнія, перешедшія к прямым нисходящим по выдѣлу, данныя в приданое, подаренныя, родовыя имѣнія, купленныя с публичных торгов родичем, пріобрѣтенныя по давности, выкупленныя[2]).

Принимая во вниманіе, что по нашему праву выдѣл есть предваренное наслѣдованіе и тот же характер может носить предоставленіе приданнаго (ст. 994, 996, 1101), надлежит признать, что по разуму нашего закона, при выдѣлѣ и предоставленіи приданаго наслѣдникам по закону, выдѣленныя и данныя в приданое недвижимости в предѣлах наслѣдственных долей, надлежит отнести к родовым недвижимостям (Побѣдоносцев, Кассо, Анненков, Шершеневич; против Васьковскій Ельяшевич). Что касается родовых имѣній, купленных с публичных торгов родичем или пріобрѣтенных по давности, то надлежит признать, что публичные торги и пріобрѣтеніе по давности, прерывают родовую преемственность и такое имѣніе надлежит считать благопріобрѣтенным, а выкупленныя родовыя недвижимости—родовыми, ибо цѣль выкупа — сохраненіе родового имѣнія в родѣ, равно как и подаренныя, так как дарить родовыя имѣнія возможно лишь наслѣдникам (967). Значеніе родового свойства имѣнія сводится к тому, что безвозмездными способами отчуждать родовое имѣніе мимо наслѣдников по закону нельзя (967, 996, 1001, 1068, ср. 1068 ст.). Проданное чужеродцу родовое имѣ-

[1]) См. нашу работу „Преемство в линіи восходящей", стр. 102 и сл.

[2]) Пробѣлы в законѣ.

ніе может быть выкуплено (1346 и слѣд. ст.). В порядкѣ наслѣдованія по закону, родовыя имѣнія слѣдуют правилу: paterna—paternis, materna—maternis родовое отцовское идет в род отца, родовое материнское—в род матери (1138 ст.).

Наше право знало еще заповѣдныя, временно заповѣдныя и майоратныя дворянскія имѣнія (467—512 ст.).

## *Плоды и доходы.*

Плодами называются правильно повторяющіяся хозяйственныя выгоды от вещи, приносимыя послѣдней без ущерба для ея существа.

Плоды дѣлятся на естественныя—**fructus naturales**, органическій приплод, напр., приплод животных, плоды на деревьях и гражданскіе—**fructus civiles**, прирост в силу юридических сдѣлок, наприм., проценты на капитал, арендная плата[1]). Гражданскіе плоды называются доходами. В основѣ понятія лежит не естественная, а хозяйственная точка зрѣнія.

Под плодами понимаются: 1) органическіе продукты вещи, 2) неорганическіе продукты, получаемые из вещи согласно ея назначенію, 3) гражданскіе плоды, доставляемые вещью или правом, в силу какой нибудь юридической сдѣлки.

Различаются плоды, неотдѣленные от плодоприносящей вещи—**fructus pendentes** и отдѣленные—**fructus separatae**. Плоды пріобрѣтаются завладѣніем (**perceptio**).

Наше законодательство разсматривает плоды: 1) как принадлежности вещи (425 и др. ст.) и 2) как постоянныя хозяйственныя выгоды (609 и сл.).

В современном правѣ понятіе „плоды“ замѣняется понятіем „доходы“, которое обнимает и естественные и гражданскіе плоды. И оба понятія (плоды и доходы) употребляются в одинаково широком значеніи.

Наше законодательство, то отличает плоды в собственном смыслѣ (естественные плоды) от доходов (в смыслѣ гражданских или юридических плодов), ср. напр. 425 и 465 ст., то употребляет термин „доход“ в болѣе широком смыслѣ, обнимающем оба понятія, 626 ст. Различает валовой и чистый доход (620, 623, 630).

Юридическое значеніе понятіе доходы (плоды) пріобрѣтает, главным образом, в ученіи о владѣніи, в частности—об отвѣтственности добросовѣстнаго и недобросовѣстнаго владѣльца.

[1]) Против Петражицкій—Права добросовѣстнаго владѣльца на доходы.



## *Внѣоборотныя вещи.*

Способность вещей состоять в отдѣльном правовом подчиненіи может быть названа их правоспособностью, а способность вещей быть объектом правового распоряженія—их оборотоспособностью.

Римскіе юристы называли вещи, лишенныя того или другого свойства, стоящими внѣ оборота (собственно внѣ торговаго оборота—**extra commercium**). Но это не означало полнаго исключенія таких вещей из гражданскаго оборота. Внѣоборотныя вещи не могли быть объектом сдѣлок, но могли (по крайней мѣрѣ, большинство) имѣть цѣнность, нѣкоторыя находиться в общем пользованіи и т. п., т. е. входили в гражданскій оборот в широком смыслѣ этого понятія. Тот же характер сохраняют внѣоборотныя вещи и в современном правѣ.

Современное право изъемлет из гражданскаго оборота слѣдующія категоріи вещей:

1) Вещи, являющіяся общим достояніем по своим естественным свойствам—**res omnium communes**, свѣт солнца (луны, звѣзд), атмосферный воздух, проточная вода, море и его берега.

Но как только **res omnium communes** могут быть индивидуализированы, они становятся способными к обороту; напр., сжатый воздух, лед, отграниченная часть морского дна, выросшій в морѣ остров, вода в прудах, водоемах и ручьях.

2) Тѣло живого человѣка, как часть субъекта прав. Современное право не признает права собственности на тѣло и его члены. Но отдѣленныя части тѣла (напр., волосы) подлежат обороту. По мнѣнію большинства (Дернбург, Беккер, Регельсбергер, Бирман) труп и скелет являются предметом оборота (contra Виндшейд, Ваппеус, Гольдшмидт).

3) Безхозяйныя вещи—**res nullius**, непойманные звѣри, птицы, солнце, звѣзды и т. д.

4) Предметы религіознаго культа и мѣста погребенія—священныя вещи, **res sacrae** (**res consecratae, res benedictae и res ecclesiasticae**). Всѣ права, которыя ведут к **profanum usus**, исключены, но возможны нѣкоторыя сдѣлки в предѣлах культа. Наприм., стул в церкви внѣ оборота, но право на стул в церкри (**jus utendi**) может быть предметом оборота; тоже право на мѣсто на кладбищѣ (Ваппеус, Регельсбергер).

5) Запрещенныя вещи. Нѣкоторыя вещи изъемлются из оборота по соображеніям медицинским, нравственным, общественнаго порядка и т. п., напримѣр, яды, порнографическія изданія, фальшивыя деньги.

6) Публичныя вещи. Публичныя вещи можно раздѣлить на двѣ категоріи: а) вещи публичнаго служенія **res in patrimonio populi, Sachen des offentlichen Dienstes**) и б) вещи общаго пользованія (**res publicae in publico usu destinatae, Sachen des gemeinen Gebrauchs**).

К вещам публичнаго служенія относятся: а) зданія правительственных учрежденій, университеты, школы, казармы, тюрьмы и т. п. имущества государства, города, общины.

Вещи общаго пользованія: а) Публичныя рѣки и др. публичныя воды, напр., озера. В римском правѣ таковыми считались постоянно текущія рѣки, в современном правѣ — судоходныя и сплавныя рѣки, б) публичныя дороги—viae publicae, сухопутные пути сообщенія, открытые для общаго пользованія; всѣ права, препятствующія общему пользованію, исключаются, остальныя сохраняются (за собственником) и могут быть передаваемы; к данной категоріи относятся желѣзныя дороги (и принадлежащія частным собственникам), а в городах: улицы, тротуары и площади.

В теоріи вызывают разногласія: 1) вопрос о юридической природѣ права государства и других лиц на публичныя вещи и 2) о юридической природѣ права дестинатаров (пользователей) на публичныя вещи.

Выясненію перваго вопроса много способствовал извѣстный спор о Базельской крѣпости (1859—1862 г.), по которому в качествѣ консультантов с заключеніями выступили, с одной стороны—извѣстный романист, профес. Келлер и знаменитый Рудольф фон-Іеринг, с другой стороны—один из лучших швейцарских юристов, проф. Рюттиман и выдающійся романист, проф. Дернбург [1]).

Проф. Келлер и в особенности Іеринг развивали то положеніе, что на публичную вещь государство имѣет не частное право собственности, а верховное или суверенное право. Право собственности на res publicae —говорит Іеринг—невозможная вещь. Commercium—есть исключительное присвоеніе и господство над вещью. Юридическая природа публич. вещей характеризуется двумя признаками: отрицательным—они внѣ оборота и положительным—они в пользованіи не опредѣленнаго множества людей, всѣх. Право государства на публичныя вещи есть не что иное, как другое выраженіе (оборотная сторона) общаго пользованія—нѣчто неотдѣлимое, необходимое, что образует res publicae, что государство не может уничтожить, бросить, продать. Res extra commercium есть законное отрицаніе права собственности: 1) право собственности есть форма исключительнаго господства над вещью, которая не совмѣстима с общим

[1]) Послѣ революціи 1833 г. единый кантон Базель раздѣлился на два: город Базель и провинція Базель и рѣшеніем третейскаго суда государственныя имущества были раздѣлены между двумя кантонами. Управленіе бывшей крѣпостью Базель было передано городу Базелю, но на случай срытія крѣпости оговорено право провинціи на ея долю в этом имуществѣ. В 1858 г. Верховный Совѣт города Б. постановил срыть крѣпость и образовать бульвар. Провинція Базель предъявила свои права. Город Базель защищался, главным образом, тѣм соображеніем, что для него не возникло частной собственности, а внѣоборотная вещь—крѣпость превратилась во внѣоборотную вещь экспланаду для гулянья. Возник спор.



пользованіем, 2) при собственности право собственности есть главное, а право на чужую вещь добавочное, здѣсь наоборот, 3) право собственности—для собственника, здѣсь—для других.

Рюттиман в своих двух заключеніях указывал, что крѣпость есть публичная вещь; пока стоит крѣпость, право собственности находится в покоѣ, но как только уничтожается ея публичный характер—выступает право собственности. Верховное право принадлежит государству не только на публичныя вещи, но и на государственную, общественную и частную собственность, но верховное право не может превратиться в частную собственность.

Проф. Дернбург выставил слѣдующія основныя положенія: 1) для понятія собственности безразличен размѣр ограниченій управомоченнаго: так, доход от вещи может равняться нулю, но она находится в собственности; 2) вещь может быть в несомнѣнной собственности частнаго лица, но в общем пользованіи, напр., берег рѣки (бичевник), частная дорога; 3) по дѣйствующему (римскому) праву публичныя вещи есть вещи, принадлежащія государству, но предназначенныя для служенія общественным цѣлям; так, напр., за построенное на площади или улицѣ зданіе solarium получает государство; половина клада, найденнаго в публичном мѣстѣ, принадлежит государству; также арендная плата за свободные участки и т. п., а это—правомочія частнаго собственника.

Хотя Іеринг в своем отвѣтѣ Дернбургу и признал, что государство имѣет право на распоряженіе вещью общаго пользованія и на доходы с нея, однако, остался при своем основном взглядѣ: если назначеніе вещи—общее пользованіе, то права частной собственности на нее не может быть, а существует лишь суверенное право государства.

Судебныя учрежденія разрѣшили спор о Базельской крѣпости в пользу города Базеля. Но в наукѣ побѣдило мнѣніе Дернбурга-Рюттимана, что в основѣ права на публичныя вещи лежит частно-правовое отношеніе, право собственности государства и других юридических (города, общины) а также частных лиц (за—Пухта, Мюлленбрух, Арндс, Глюк, Виндшейд, Гирке, Ваппеус, Бирман и мн. др.).

Противоположный взгляд, опредѣляющій отношеніе государства к публичным вещам, как публично-правовое отношеніе, кромѣ Іеринга, Келлера, Эйзеле, О. Майера и немн. друг. нѣмецких ученых, нашел сторонников во французской доктринѣ, гдѣ большинство разсматривает domaine public (§§ 538, 540 гр. код.), как отношеніе государственнаго верховенства (Пляніоль, Бертелеми).

Что касается вопроса о юридической природѣ права дестинатаров на публичныя вещи, права участія в общем пользованіи, то одни ученые (большинство) разсматривают послѣднее, как публичное право (Гирке, Бринц, Эйзеле, Бургхард и др.), другіе как частное право (Бек-

кер, Регельсбергер, Дернбург). Беккер и Регельсбергер находят здѣсь частное вещное право типа собственности, Дернбург—личное право. Нам думается, что право участія в общем пользованіи публичною вещью можно разсматривать, как одно из абсолютных прав, как особый вид частнаго абсолютнаго права.

Русское право. В русском законодательствѣ постановленія о внѣоборотных вещах разбросаны в различных частях Свода Законов.

Так, по соображеніям религіозным кладбища, хотя бы и опустѣвшія, изъяты из оборота (Уст. Врач. ст. 709 и 712); имущество домовой церкви, по смерти устроителя, без особаго разрѣшенія не переходит по наслѣдству, а обращается в собственность приходской церкви (Уст. Дух. Консист., ст. 49) и нѣкот. др. Запрещенныя вещи: фальшивая монета и поддѣльные кредитные билеты подлежат конфискаціи и истребленію (562 и 575 ст. т. XV), также питья с вредными примѣсями и испорченные съѣстные припасы (ст. 115 Уст. о Нак.), неклейменныя и невѣрныя мѣры (ст. 1177, т. XV) и др.

Публичныя вещи общаго пользованія. Судоходныя и сплавныя рѣки (и озера) в качествѣ средств сообщенія открыты для общаго пользованія (434, 440 и др. ст. X т. ч. 1). Дороги большія и почтовыя открыты для общаго пользованія (Уст. Пут. Сообщ., 882, 889, 890 ст.).

Что касается вопроса о правѣ государства и других лиц на публичныя вещи общаго пользованія, то наше законодательство разсматривает возникающія отсюда отношенія, как частно-правовыя и вещи общаго пользованія, как объекты права частной собственности. В частности, согласно 435, 1—10, ст. т. X ч. 1, право собственности на публичныя дороги принадлежит владѣльцам земель, из которых они образованы, если земля под дорогу не была пріобрѣтена государством или земством установленным порядком из частной собственности. То же самое, в силу 387 и 424 ст., надлежит признать, что публичныя рѣки (ложе и пр., но не теченіе) принадлежат частным лицам—береговым владѣльцам и только не находящіяся в частной собственности рѣки, в силу 406 ст. принадлежат государству.

Кодекс Р. С. Ф. С. Р. содержит слѣдующія постановленія о внѣоборотных вещах.

Земля является достояніем (собственностью, ст. 53) государства и не может быть предметом частнаго оборота. Владѣніе землею допускается только на правах пользованія. Изъяты из частнаго оборота: націонализированныя и муниципализированныя предпріятія и их оборудованіе, желѣзныя дороги и их подвижной состав, націонализированныя и муниципализированныя строенія и суда. Они не могут быть отчуждаемы и закладываемы, а также обращаемы на удовлетвореніе кредиторов.



Они могут сдаваться в аренду в установленном законном порядкѣ. Изъяты из частнаго оборота: оружія, взрывчатыя вещества, воинское снаряженіе, летательные аппараты, телеграфное и радіотелеграфное имущество, ануллированныя цѣнныя бумаги, спиртные напитки свыше установленной крѣпости и сильно дѣйствующіе яды. Золотая и серебряная монета и иностранная валюта могут быть предметом сдѣлок лишь в порядкѣ и в предѣлах, указанных спеціальными узаконеніями (21-24). Вообще имущество, изъятое из гражданскаго оборота может быть объектом гражданскаго права лишь в предѣлах, установленных законом (ст. 20).

## *Имущество.*

Имущество есть совокупность оцѣниваемых на деньги правовых отношеній, в которых находится субъект права (Пернис, Регельсбергер). Имущество представляет собою не фактическое, а юридическое единство—universitas juris. Единственное, что связывает все разнообразіе правомочій и обязанностей и придает ему, несмотря на смѣну состава, единство—есть правовой субъект. Один субъект—одно имущество (Тур).

Термин имущество понимается в двояком значеніи: болѣе широком —совокупности прав и обязанностей, актива и пассива (Пернис[1]), Кромэ, Тур, Арндс, Гельдер, Регельсбергер, Іеринг) и в узком—совокупности только прав, иногда за вычетом долгов (Биркмейер, Беккер, Еннекцерус, Гельвиг[2]).

Но понимаемое в том или другом смыслѣ, имущество юридически предоставляет комплекс, единство. Это особенно видно из того, что имущество переходит по наслѣдству, как единство.

В составѣ имущества субъекта права отдѣльныя части, объединенные экономическими и юридическими признаками, могут образовать самостоятельное отдѣльное имущество, которое, несмотря на принадлежность его одному и тому же субъекту, подлежит особым правовым отношеніям (Sondervermogen).

Регесбергер сюда относит пекулій, фидеикомисс, конкурсную массу, пай в торговом товариществѣ. Кромэ—внесенное имущество жены,

[1]) Пернис таким образом опредѣляет имущество: 1) Имущество охватывает не только вещи в собственности владѣльца, но совокупность правовых отношеній, которыя дают ему хозяйственныя блага. 2) Поэтому имущество может состоять исключительно в обязательственных отношеніях, без какого-либо права собственности. 3) Имущество охватывает и долги. 4) Поэтому может произойти, что долги в экономической цѣнности превышают права. Понятіе имущества остается непоколебимым. 5) Имущество не зависит от увеличенія уменьшенія или измѣненія своих составных частей, отдѣльных имущественных объектов (так наз. самообразованіе, саморазвитіе имущества).

[2]) Нѣкоторые ученые употребляют оба понятія, и болѣе широкое, и болѣе узкое (Нейнер, Виндшейд).

не свободное имущество дѣтей, общее имущество супругов. Тур по Г.Г.У. считает таковым—отдѣльное имущество ребенка, жены, конкурсную массу и наслѣдство, если оно отдѣлено от собственнаго имущества наслѣдника, hereditas jacens.

Отдѣльное имущество, как и общее, есть единство, правовое цѣлое, признанное положительным правом и снабженное соотвѣтствующими юридическими послѣдствіями. Ему противопоставляется фактическое единство, создаваемое волею сторон—universitas facti, universitas rerum distantium, напр., предпріятіе с его активом и пассивом[1]).

Наше право знает понятіе имущества, как universitas juris, ср. напр., 219—имущество малолѣтняго, 1010, 1104, 1226 т. X ч. 1—имущество, переходящее по наслѣдству, 554 ст. т. XI ч. 2—имущество несостоятельнаго должника. Но нерѣдко замѣняет его термином имѣніе, в смыслѣ комплекса имущественных отношеній—220, 1027 ст. Еще чаще наше законодательство термин имущество употребляет для обозначенія отдѣльной вещи—ст. 383, 384, 393, 394 и др.

Знает наше право и отдѣльное имущество, в отличіе от общаго. Сюда можно отнести распаденіе имущества на родовое отцовское и материнское при наслѣдованіи в боковых линіях по ст. 1138, крестьянское надѣльное имущество, авторское право, конкурсную массу.

Наше законодательство знает дѣленіе на имущества наличныя и долговыя (416 и 418), послѣднія—права на дѣйствія других лиц (res incorporales).

Кромѣ того, по субъекту дѣлят имущества на государственныя — имущества казни (фиска) и имущества общественнаго служенія; удѣльныя —обезпечивавшія содержаніе императорской фамиліи; дворцовыя имущества постановленіем Временного Правительства 27 марта 1917 года объявлены государственной собственностью; имущества разных установленій — церковныя, монастырскія, архіерейских домов, богоугодных заведеній, учебных заведеній, имущества общественныя (публично-правовых союзов)—дворянских обществ, городских и сельских, земских учрежденій, имущества частных (юридических и физических) лиц (ст 406—415 т. X ч. 1).

Кодекс Р.С.Ф.С.Р. отождествляет и тѣм самым смѣшивает объект права и имущество (ср. общую часть, гл. III).

[1]) Д. Д. Гримм разсматривает предпріятіе как universitas rerum (distantium) et personarum, как извѣстную организаціонную совокупность матеріальных и не матеріальных благ с одной стороны—и извѣстнаго кадра служащихъ с другой, но отнюдь не как самостоятельный объект права. Однако, он отмѣчает тенденцію современных законодательств к признанію за имуществом нѣкоторых видов товарищества самостоятельнаго юридическаго значенія. См. его статью—Переход торговых и промышленных предпріятій, В. Гр. Пр., 1915, 1, стр. 41—45.



## Юридическія отношенія и юридическіе факты.

Связь субъекта права с объектом, его отношеніе к объекту, создает житейское отношеніе, которое, будучи принято во вниманіе правом, становится юридическим отношеніем.

Таким образом, юридическое отношеніе есть простое житейское отношеніе, принятое во вниманіе правом, имѣющее извѣстное юридическое значеніе.

Юридическое отношеніе состоит из субъекта, объекта и связи между ними (права одних, обязанности других). Субъект юридическаго отношенія имѣет притязаніе, которому соотвѣтствует обязанность противной стороны. Это притязаніе основывается на субъективном гражданском правѣ.

И субъектное гражданское право иногда может быть выражено, как юридическое отношеніе. Однако, юридическое отношеніе нельзя смѣшивать с субъективным правом. Оно шире субъективнаго права. Дѣйствительно, иногда субъективное право составляет все содержаніе юридическаго отношенія, напр. из гражданскаго правонарушенія возникает обязанность возмѣщенія вреда. В таком случаѣ выраженія субъективное право и юридическое отношеніе однозначны. Но обычно из одного юридическаго отношенія возникают не одно, а нѣсколько субъективных прав, напр., пріобрѣтеніе собственности пораждает различныя субъективныя права. Нерѣдко одно юридическое отношеніе служит лишь основаніем, из котораго путем прибавленія новых юридических фактов возникают другія субъективныя права. Напр., заключеніе безпроцентнаго займа на срок создает одно юридичиское отношеніе, из котораго возникает одно право (на возврат суммы займа). С истеченіем срока присоединяется и другое: право на законные проценты с момента просрочки.

Юридическіе отношенія возникают и прекращаются с наступленіем правопроизводящих и правопрекращающих фактов.

Житейское обстоятельство, имѣющее юридическія послѣдствія, т. е ведущее к возникновенію, измѣненію или прекращенію юридических отношеній, называется юридическим фактом. Совокупность таких фактов, входящих (как элементы) в юридическое отношеніе, называется фактическим составом юридическаго отношенія.

Юридическіе факты дѣлятся на юридическія событія и юридическія дѣйствія.

Юридическія событія—такіе факты, которые наступают или независимо от человѣческой воли или, хотя и при содѣйствіи человѣческой воли, но для которых дѣятельность воли не имѣет юридическаго значенія, напр., рожденіе, смерть человѣка, отдѣленіе плода от дерева.

Юридическія дѣйствія—такіе факты, которые представляют продукт человѣческой воли, снабженный юридическими послѣдствіями.

Дѣятельность (проявленіе) воли становится юридическим дѣйствіем, когда положительное право связывает с ним правовыя послѣдствія. Упущеніе также может вести к юридическим послѣдствіям и в этом смыслѣ быть юридическим дѣйствіем (Меркель, Бар, Колер). Бездѣйствіе знающаго и могущаго сдѣлать нерѣдко является молчаливым обнаруженіем воли.

Юридическія дѣйствія дѣлятся на дозволенныя и запрещенныя объективным правом. Первыя—юридическія сдѣлки, вторыя—деликты.

Ни одна юридическая сдѣлка не может состояться без волеизъявленія, но юридическую сдѣлку нельзя отождествлять с волеизъявленіем (как это дѣлает, напримѣр, германское гражданское уложеніе); волеизъявленіе не охватывает иногда всего фактическаго состава сдѣлки и нерѣдко в состав сдѣлки входит не одно, а нѣсколько волеизъявленій (напр., договор).

Беккер и Регельсбергер различают обнаруженіе воли—любое проявленіе во внѣ (Willensaeusserung) и изъявленіе воли (W.-erklaerung) — намѣренное оповѣщаніе воли другим лицам.

Обычно различают изъявленіе воли: 1) прямое, непосредственное и косвенное или посредственное, 2) явное и молчаливое. Прямое или непосредственное изъявленіе воли есть изъявленіе, направленное на данную сдѣлку; посредственное или косвенное изъявленіе заключается в дѣйствіях, преслѣдующих самостоятельныя цѣли, но содержащих указанія и на данную сдѣлку (facta concludentia). Явное изъявленіе воли есть изъявленіе, намѣренно направленное на обнаруженіе воли опредѣленными словами, знаками и вообще принятыми в гражданском оборотѣ способами; молчаливое—изъявленіе воли другими, не принятыми в гражданском оборотѣ способами.

В частности, молчаніе считается изъявленіем воли, если оно представляет отвѣт на предложеніе или изъявленіе воли других лиц. Еще римляне говорили о тѣх, кто должен отвѣчать, но молчит: qui tacet consentire videtur. „Молчаніе считается согласіем в том случаѣ, если честность или здравый смысл требуют отвѣта или отказа во избѣжаніе недоразумѣній“,—говорит Дернбург [2]).

[1]) По данному вопросу в нашей литературе см. Гримм. Ж. М. Ю. 1897 г., кн. 5.

[2]) Приведенное в текстѣ дает понятіе о наиболѣе употребительном ученіи по данному вопросу. Но необходимо отмѣтить, что communis opinio не существует — наоборот, наблюдаются значительныя расхожденія. Так, Савиньи и нѣкот. другіе отожествляют явное и непосредственное волеизъявленіе. Регельсбергер, Гартман, Пининскій не находят возможным провести различіе между явным и молчаливым изъявленіем воли. Шлоссман и Эрлих, написавшій спеціальную монографію о молчаливом волеизъявленіи, отрицают понятіе молчаливаго волеизъявленія и т. п.



Дѣйствія, преслѣдующія самостоятельную цѣль, но из которых можно вывести заключеніе о наличности другого волеизъявленія, называются скрытыми дѣйствіями или конклюдентными фактами — facta concludentia (Савиньи, Виндшейд, Дернбург, Унгер, Буркхард и др.).

Представленіе о наличности воли выводится из конклюдентных фактов на основаніи умозаключеній. Иногда такое умозаключеніе логически вытекает из даннаго состава фактов. Иногда же закон связывает с извѣстным составом фактов опредѣленныя умозаключенія, основанныя на предположеніи о наличіи другого фактическаго состава, который выводится из перваго, как нѣчто вѣроятное; так называемыя презумпціи.

Презумпція, таким образом, представляет тот случай, когда закон предписывает от одного опредѣленнаго факта заключать о существованіи другого (Буркхард, Оршанскій).

Необходимо различать: 1) praesumptio juris—когда закон связывает с существованіем извѣстнаго факта предположеніе о существованіи другого факта, но допускает опроверженіе, т. е. заключеніе обязательное для суда, пока противное не доказано; 2) praesumptio juris et de jure—заключеніе, безусловно обязательное для суда; опроверженіе, доказательство противнаго не допускается; 3) praesumptio hominis — заключеніе, которое может быть сдѣлано судом по внутреннему убѣжденію, на основаніи обстоятельств дѣла и может быть измѣнено судом [1]).

## Юридическая сдѣлка [2]).

### *Понятіе.*

Самым важным по своим правовым послѣдствіям для гражданскаго оборота из юридических фактов (дѣйствій) является сдѣлка.

По вопросу об опредѣленіи природы юридической сдѣлки доктрина далеко не единогласна. Существуют двѣ основныя теоріи: теорія воли и теорія изъявленія и третья, посредствующая теорія — теорія оборота.

Со времени Савиньи и до наших дней господствующей является теорія воли (Willenstheorie): юридической сдѣлкой называется волеизъявленіе, непосредственно направленное на регулированіе юридических отношеній лица, изъявляющаго эту волю (на желаемыя юридическія послѣдствія). Юридическая сдѣлка опредѣляется волею человѣка. Воля

[1]) В русской литературѣ см. Мейер—„О юридических вымыслах и предположеніях, о скрытых и притворных дѣйствіях“, 1854 г., Оршанскій—„О законных предположеніях и их значеніи“, Ж. Гр. и Уг. Пр., 1874 г., IV и V кн., Дормидонтов — „Юридическія фикціи и презумпціи“. 1895 г.

[2]) В нашей юридической литературѣ имѣется одна спеціальная работа Гримм — „Основы ученія о юридической сдѣлкѣ“, на иностранных языках, в особенности нѣмецком, литература необозрима.

человѣка производит правовыя послѣдствія дѣянія. „Мы требуем для понятія юридической сдѣлки желанія правовых послѣдствій и соотвѣтствующаго этой волѣ обнаруженія", — говорит Еннекцерус. „Юридическая сдѣлка,—говорит Іеринг,—есть форма, в которой субъективная воля в границах, отведенных ей объективным правом, развивает свою правотворческую дѣятельность".

Согласно указанной теоріи, в основѣ юридической сдѣлки лежит воля, направленная на опредѣленныя (желаемыя) юридическія послѣдствія. Юридическія сдѣлки предназначены осуществлять волю дѣйствующих лиц. Поэтому юридическая сдѣлка ничтожна, если воля и изъявленіе расходятся. Рѣшающим является волеизъявленіе (Савиньи, Виндшейд, Еннекцерус, Цительман, Шершеневич, Покровскій и мн. др.).

Другая теорія,—так называемая теорія изъявленія (Aeusserungstheorie) придает рѣшающее значеніе изъявленію, с которым объективное право связывает извѣстныя правовыя послѣдствія, хотя бы это изъявленіе не было согласно с волей его автора. Кто создал объективный состав фактов, тот принимает на себя правовыя послѣдствія, независимо от того, хотѣл он или нѣт того, что изъявлено, как волимое (Лотмар, Шлоссман, Леонгард, Тон, Ленель, Колер).— Наступленіе правовых послѣдствій,—говорит Лотмар,—не зависит от наличности представленія о правовых послѣдствіях, как таковых, в сознаніи дѣйствующаго... Правовое дѣйствіе наступает все равно, имѣет ли автор правового обнаруженія волю или нѣт, направленную на то, чтобы это послѣдствіе наступило или имѣет волю, чтобы оно не наступало. Вѣдь, оно наступает правовым порядком, в виду предписанія права. Поэтому наступают послѣдствія, которыя хочет право, а не автор.—Правовыя послѣдствія, — говорит Тон,—исходят всегда от правового порядка, а не от воли. При волеизъявленіи правовой порядок удовлетворяется изъявленіем: дѣйствительная наличность желанія для него безразлична.

Таким образом, указанная теорія правовой эффект юридической сдѣлки приписывает всецѣло объективному праву и связывает его с изъявленіем.

Третья посредствующая теорія—теорія оборота (Verkehrs-Vertrauenstheorie) принимает во вниманіе оба элемента: акт воли и изъявленіе ея и в качествѣ критерія выдвигает потребности гражданскаго оборота, которые и должны рѣшать, при нормальном изъявленіи, должны ли быть приняты во вниманіе недостатки воли. Право дает защиту волѣ,— говорит Исаи,—как право оборота: только отдѣльная воля, как носитель оборота, принимается во вниманіе. Не психическое событіе внутри дѣйствующаго лица возбуждает интерес права, но служащая и годная к обороту воля, не как психическое явленіе, а как внѣшнее проявленіе. Что является достаточным обнаруженіем воли, рѣшает всегда и исключительно оборот и его нужды. Возросшій оборот не может внутреннее душевное событіе сдѣлать моментом фактическаго состава его законных послѣдствій, он может держаться только того, что ему дается, как обнаруженная воля, он выводит свои заключенія из поведенія сторон.



Переходя к обозрѣнію указанных теорій, мы должны прежде всего еще раз отмѣтить, что юридическая сдѣлка и волеизъявленіе не равнозначны. Юридическая сдѣлка есть состав фактов, с которым правовой порядок связывает извѣстныя юридическія послѣдствія. Волеизъявленіе обычно представляет только часть этого состава фактов, которая в связи с другими волеизъявленіями или фактическими моментами производит правовое дѣйствіе и образует юридическую сдѣлку.

Так как нерѣдко волеизъявленіе есть только часть извѣстнаго фактическаго состава и только вмѣстѣ с послѣдним производит юридическія послѣдствія, то иногда эти послѣдствія расходятся с внутренним намѣреніем, с волей автора, напр., на продавца падает отвѣтственность за скрытыя пороки вещи, о которых он и сам не знал.

Возможны далѣе волеизъявленія, направленныя на правовыя послѣдствія, но не признаваемыя объективным правом и поэтому не являющіяся юридическими сдѣлками, напр., долги по игрѣ и для игры (2014, 2019 ст. т. X. ч. 1), биржевыя сдѣлки на разность (1401 ст. т. X. ч. 1) и нѣк. др.

С другой стороны, если не всѣ юридическія сдѣлки состоят только из волеизъявленія, то, во всяком случаѣ, ни одна не может состояться без волеизъявленія. Таким образом, в основѣ юридической сдѣлки лежит волеизъявленіе (воля), при том волеизъявленіе, направленное не только на хозяйственный (Ленель) или эмпирическій (Бехман), но и на правой результат. Стороны в сдѣлкѣ стремятся не только к хозяйственному, но и правовому результату, не только к достиженію хозяйственных послѣдствій, но и их защитѣ; для стороны важно не только пріобрѣтеніе вещи, но и увѣренность, что это пріобрѣтеніе закономѣрно, что оно, в случаѣ надобности, подлежит защитѣ и т. д. Один хозяйственный или моральный результат сдѣлки, без правового, не дает полнаго удовлетворенія, не достигает вполнѣ жизненной цѣли сдѣлки. Если послѣдствія юридической сдѣлки вызываются исключительно объективным правом, то, с точки зрѣнія примата объективнаго права, все субъективное право, всѣ юридическія отношенія можно считать результатом объективнаго права, а не только юридическую сдѣлку. И при таком взглядѣ нельзя провести различія, напр., между наслѣдованіем по завѣщанію и закону. Наконец и в тѣх случаях, когда юридическія послѣдствія сдѣлки расходятся с намѣреніем автора, необходимо имѣть в виду, что эти послѣдствія соединяются не только с волеизъявленіем, но и с другими фактическими моментами, которые могут входить в состав сдѣлки и вліять на ея послѣдствія, но и в этих случаях волеизъявленіе имѣет свое вліяніе на юридическія послѣд-

ствія в общем составѣ сдѣлки, напр., в приведенном случаѣ при продажѣ вещи со скрытыми пороками и отвѣтственности продавца за послѣдніе, хотя бы они и не были извѣстны продавцу, необходимо имѣть в виду, что основной результат сдѣлки—переход собственности совершился согласно намѣренію сторон и только дополнительныя послѣдствія в видѣ, напр., уменьшенія цѣны, вознагражденія за убыток и т. п. являются результатом обнаруженнаго фактическаго элемента—скрытаго порока, который и оказывает свое вліяніе в указанном смыслѣ на послѣдствія. Или, напр., в случаях существенной ошибки и несерьезнаго волеизъявленія, современныя законодательства не считают сдѣлку дѣйствительной, а представляют сторонѣ, добросовѣстно повѣрившей в правильность и серьезность волеизъявленія контрагента, право на возмѣщеніе так называемых отрицательных убытков, т. е. учитывают значеніе волеизъявленія той и другой стороны в общем составѣ сдѣлки при опредѣленіи ея правовых послѣдствій. Возможны и иныя комбинаціи волеизъявленія (направленія воли) с другими элементами фактическаго состава сдѣлок, но несомнѣнно, что как общее правило, современное право учитывает значеніе акта воли в составѣ юридической сдѣлки. Когда говорят, что правовыя послѣдствія наступают исключительно в силу предписанія права, потому, что так хочет правопорядок, забывают, что право не создает частных правоотношеній, не является их творцом, а лишь регулирует сложившіяся в жизни, житейскія отношенія и при этом регулированіи необходимо принимает во вниманіе значеніе в жизни, в гражданском оборотѣ различных элементов фактическаго состава сдѣлки и основного из них—волеизъявленія (иначе оно не удовлетворяло бы своей природѣ, своему соціальному назначенію)[1]).

Таким образом, для нас вопрос не в том, имѣет ли волеизъявленіе значеніе в сдѣлкѣ, оказывает ли оно вліяніе на юридическія послѣдствія ея—оно, несомнѣнно, имѣет такое значеніе и оказывает вліяніе, а вопрос в том, каковы предѣлы этого вліянія и что является критеріем при расхожденіи воли и изъявленія.

Для наличія юридической сдѣлки необходимы как акт воли (воленіе), так и обнаруженіе его во внѣ (изъявленіе). И правовой порядок по общему правилу, связывает юридическія послѣдствія не с волею, как субъективным внутренним явленіем, а с изъявленіем, как объективным, внѣшнеощущаемым фактом, который оцѣнивается не как волеизъявленіе даннаго индивидуума, а как соціальное проявленіе дѣятельности члена коллектива. При расхожденіи воли и изъявленія, критеріем

[1]) Правопорядок в интересах общественных ставит извѣстныя границы развитію гражданскаго оборота: так, он объявляет недѣйствительными сдѣлки, противныя закону и нравственности и т. п. и в силу этого не дает защиты нѣкоторым оборотным сдѣлкам, но в предѣлах этих границ развитіе гражданскаго оборота совершается свободно.



может служить изъявленіе, но не в субъективном смыслѣ изъявляющаго и не в объективном значеніи отдѣльнаго изъявленія, а в предѣлах времени, народа, среды, в связи с потребностями и обычаями гражданскаго оборота,—что не лишает возможности принять во вниманіе и индивидуальные моменты, но лишь в связи со всей обстановкой, как часть ея. Эта обстановка, соціальная среда и ея потребности, и являются рѣшающими для опредѣленія юридических послѣдствій сдѣлки. Если, напр., внѣшнее обнаруженіе воли одного контрагента в сдѣлкѣ могло показаться выраженіем его дѣйствительной воли, то для второго добросовѣстнаго контрагента достаточно такого обнаруженія. И в таком случаѣ, при расхожденіи дѣйствительной воли перваго контрагента с ея обнаруженіем потребности гражданскаго оборота, его обычаи и вообще обычаи и потребности общежитія опредѣляют, поскольку для установленія юридических послѣдствій сдѣлки могут быть приняты во вниманіе индивидуальныя намѣренія автора (ср., напр., значеніе ошибки, доброй и злой шутки, молчаливой оговорки в сдѣлкѣ—о чем дальше).

Таким образом, юридическая сдѣлка есть фактическій состав, содержащій дозволенное волеизъявленіе или нѣсколько волеизъявленій, направленных на правовыя послѣдствія и признанный объективным правом, как основаніе для наступленія таковых.

Слѣдовательно, юридическая сдѣлка есть фактическій состав, в который в качествѣ непремѣнной составной части входит одно или нѣсколько волеизъявленій. Волеизъявленіе должно быть дозволенным, чѣм юридическая сделка отличается от правонарушенія. Оно направлено на правовыя послѣдствія, чѣм отличается от безразличных для права дѣйствій, напр., приглашенія в гости. Правовыя послѣдствія обычно состоят в возникновеніи, измѣненіи или прекращеніи юридических отношеній, но не всегда; напр., отказ в согласіи есть юридическая сдѣлка, но не производит измѣненія в юридических отношеніях, а правовое значеніе может имѣть. Если волеизъявленіе направлено на опредѣленныя правовыя послѣдствія, это не значит, что именно эти послѣдствія и наступят. Так бывает обычно, но не всегда. Возможны в фактическом составѣ, образующем юридическую сдѣлку, такіе элементы, которые вліяют на юридическія послѣдствія в другом, сравнительно с волеизліяніем, направленіи (ср. приведенный выше примѣр о скрытых дефектах проданной вещи) или самое волеизъявленіе вызывает не тѣ послѣдствія, на которыя расчитывал автор (error juris). Слѣдовательно, можно говорить лишь о направленіи воли на юридическія послѣдствія и о снабженіи волеизъявленія юридическими послѣдствіями вообще, а не обязательно желаемыми послѣдствіями. Кромѣ того, возможны такія обо-

ротныя сдѣлки, которыя право не признает, не снабжает юридическими послѣдствіями, хотя бы контрагенты и стремились к тому (заем для игры, сдѣлки на розницу и т. п.). Слѣдовательно, фактическій состав, образующій сдѣлку, должен быть признан правом, как основаніе для наступленія юрадических послѣдствій.

Термин юридическая сдѣлка, как общее понятіе, не был извѣстен римскому праву. Здѣсь употреблялись выраженія negotium, actum и нѣк. др. Он появился впервые в нѣмецкой пандектной литературѣ и перешел в законодательства. У нас термин юридическая сдѣлка встрѣчается в т. X ч. 1. Так, о сдѣлках вообще говорят статьи 220, 1540, 1542, 2334. Нерѣдко наш закон называет их способами пріобрѣтенія прав, напр., 699 и 700 ст. или актами 707, 713 ст. и др. Болѣе точными для русскаго языка было бы названіе „акт", но в наукѣ болѣе распространен термин „сдѣлка".

## *Виды юридических сдѣлок.*

Юридическія сдѣлки, существующія в гражданском обороте, очень разнообразны и дѣлятся на различные виды.

1) Юридическія сдѣлки односторонніе и двухсторонніе. Односторонніе юридическія сдѣлки суть сдѣлки с одним волеизъявленіем, без необходимости согласія другой стороны, напр., завѣщаніе, принятіе наслѣдства, публичное обѣщаніе награды. Двусторонніе сдѣлки содержат согласную волю двух или нѣскольких лиц—договор.

Односторонніе юридическія сдѣлки дѣлятся на сдѣлки, не нуждающіяся в пріемѣ, так называемыя строго односторонніе сдѣлки, напр., обѣт, публичное обѣщаніе награды, и нуждающіяся в пріемѣ, напр., духовное завѣщаніе.

Строго односторонніе сдѣлки обращены к неопредѣленному множеству лиц, они не требуют не только согласія, но и увѣдомленія какого-либо опредѣленнаго лица, между тѣм как односторонніе сдѣлки, нуждающіяся в пріемѣ, обращаются к опредѣленному лицу или лицам и должны быть сообщены адресатам для ознакомленія. Строго односторонніе сдѣлки, связывающія автора обѣщаніем перед неопредѣленными контрагентами, разсматриваются как исключеніе, носят в современном правѣ ограничительный характер и должны быть указаны в законѣ.

Двусторонняя юридическая сдѣлка—договор. Нѣкоторые ученые, слѣдуя римскому праву, опредѣляют договор, как соглашеніе двух или нѣскольких лиц, направленное на юридическія послѣдствія (Савиньи и мн. др., у нас Шершеневич и друг.)—теорія соединенія воль. Другіе



ученые опредѣляют договор, как особое единое волеизъявленіе, в силу котораго возникает обязательство для одной или для обѣих сторон (Иеринг, Леонард, у нас Гамбаров). В договорѣ не соединяются воли контрагентов, а создается из них новая воля. Теорія единства воль.— Договор имѣет весьма широкую сферу примѣненія. Он встрѣчается в правѣ международном, напр., трактаты, конвенціи, договоры государств между собою, в государственном правѣ, напр., договор сословій с королем и, наконец, в гражданском правѣ. Капиталистическое мѣновое хозяйство, конкуренція и свобода личности открывают широкое поле для примѣненія договорных отношеній. Наряду с институтом частной собственности, свобода договоров является одной из основ современнаго гражданскаго оборота. Здѣсь договор находит примѣненіе в области семейнаго, наслѣдственнаго, вещнаго и, в особенности, обязательственнаго права. Там мы и разсмотрим болѣе подробно ученіе о договорѣ.

2) Абстрактныя и каузальныя (матеріальныя) сдѣлки. —В сдѣлкѣ каузальной основаніе сдѣлки входит в ея состав как существенный элемент, в абстрактной—основаніе безразлично. В каузальной сдѣлкѣ, с отпаденіем основанія отпадает и сдѣлка, в абстрактной —основаніе не имѣет значенія. Напр., обязательство уплатить занятыя деньги и вексель (переданный по надписи). Первое, если заем не состоялся—падает, второй при переходѣ—сохраняет силу.

И в абстрактной сдѣлкѣ есть основаніе, которое дает право контрагенту по сдѣлкѣ возражать или взыскивать убытки по принципу неосновательнаго обогащенія с контрагента, но это основаніе не имѣет значенія для добросовѣстных третьих пріобрѣтателей прав по сдѣлкѣ. Пороки сдѣлки в абстрактной сдѣлкѣ не имѣют значенія для гражд. оборота (это дѣло внутренних отношеній первых контрагентов). В процессѣ истец-кредитор при абстрактной сдѣлкѣ не обязан доказывать основаніе (causa) сдѣлки, при каузальной сдѣлкѣ—обязан его доказать. Указанныя обстоятельства упрощают отношенія по абстрактным сдѣлкам, способствуют мобилизаціи прав, облегчают взысканіе и ведут к большому распространенію в оборотѣ абстрактных сдѣлок (долговыя расписки, векселя, ордерныя бумаги и т. п.).

3) Формальныя и неформальныя сдѣлки. Формальными сдѣлками называются сдѣлки, дѣйствительность коих зависит от соблюденія установленной законом или договором формы, неформальными тѣ, которыя могут быть выражены в любой формѣ. В формальных сдѣлках форма составляет необходимый элемент, corpus сдѣлки. Так, напр., сдѣлка, заключенная в письменной формѣ, будет формальной, если от соблюденія письменной формы зависит ея дѣйствительность, напр., духовное завѣщаніе по русскому праву и неформальной—если может быть замѣнена словесным волеизъявленіем, напр., купля-продажа

движимости. В первом случаѣ письменная форма необходима для дѣйствительности сдѣлки, во втором—служит только доказательством. Юридическія сдѣлки, форма коих не может быть отмѣнена и измѣнена по волѣ сторон, называются необходимо—формальными.

Формальныя сдѣлки обезпечивают болѣе серьезное отношеніе авторов, большую точность содержанія, но нерѣдко стѣсняют гражданскій оборот.

По современному праву, общим правилом являются неформальныя сдѣлки, как болѣе простыя для оборота, поэтому форма совершенія сдѣлки не предполагается, а должна быть указана в законѣ. Если такого указанія не сдѣлано, сдѣлка разсматривается как неформальная.

Наше законодательство знает сдѣлки (акты) простыя (словесныя, путем знаков и дѣйствій) и письменныя. Среди послѣдних различают: домашніе, явочные, нотаріальные и крѣпостные акты (707 и 711 ст. т. X. ч. 1).

Домашніе акты—совершаемые на дому, т. е. без содѣйствія органов публичной власти. Подписи на домашних актах могут быть засвидѣтельствованы нотаріусом, но от этого акт не становится нотаріальным или явочным, а остается домашним по своей силѣ и значенію. Такое засвидѣтельствованіе подписи твердо фиксирует момент подписанія.

Явочные акты—явленные к засвидѣтельствованію у нотаріуса (146, 147, 58 ст. Полож. нот. части). Домашній акт, путем явки к засвидѣтельствованію у нотаріуса, не становится нотаріальным, но при явкѣ нотаріус удостовѣряется в самоличности и законной правоспособности участвующих лиц и непротивности содержанія актов закону и в реестрѣ нотаріуса сохраняется отмѣтка о времени засвидѣтельствованія акта под соотвѣтствующим номером. Таким образом, в данном случаѣ не только фиксируется время явки, но и удостовѣряется самоличность и законная правоспособность контрагентов.—Кромѣ того, против явочных актов нельзя возбуждать сомнѣнія в подлинности (ст. 543 Уст. Гр. С.); домовое заемное письмо, явленное, пользуется серьезными преимуществами перед неявленным (1617 и 2039 ст. т. X ч. 1).

Нотаріальные акты—акты, совершаемые нотаріусом. Нотаріус удостовѣряется в самоличности и законной правоспособности совершающих акт, приглашаются свидѣтели, составляется проект акта, причем нотаріус должен удостовѣриться в доброй волѣ (желаніи) сторон совершить сдѣлку и пониманіи сторонами ея смысла и значенія. Проект акта нотаріус прочитывает сторонам и, по изъявленіи сторонами согласія (и уплатѣ сборов), вносит в актовую книгу, послѣ чего вновь прочитывает его в присутствіи свидѣтелей, затѣм акт подписывается сторонами, свидѣтелями и нотаріусом. Подлинник акта остается в актовой книгѣ, а сторонам выдается выпись (ст. 79—114). Нотаріальным порядком могут быть совершаемы всѣ акты, но нѣкоторые должны обязательно совершаться нотаріальным порядком.



Крѣпостные акты.—Нотаріальные акты о переходѣ или ограниченіи права собственности на недвижимыя имущества подлежат утвержденію старшаго нотаріуса и через такое утвержденіе становятся крѣпостными, причем отмѣчаются в реестрѣ крѣпостных дѣл (157 и сл. ст. Понож. о Нот. Части).

Наш закон требует для актов о переходѣ или ограниченіи прав на недвижимости крѣпостной формы (под угрозой недѣйствительности сдѣлки). Сдѣлки по найму недвижимых имуществ с полученіем арендной платы болѣе, чѣм за год вперед, должны быть отмѣчены в реестрѣ крѣпостных дѣл—под страхом необязательности такой сдѣлки для добросовѣстных третьих лиц-пріобрѣтателей и залогодателей (1703 ст. т. X ч. 1). В нотаріальной формѣ должны быть совершаемы сдѣлки о переходѣ или ограниченіи прав на недвижимости, которыя через утвержденіе старшим нотаріусом превращаются в крѣпостное, нотаріальное духовное завѣщаніе и нѣкот. др. В формѣ явочнаго акта должны быть совершаемы домовыя заемныя письма с закладом и без заклада имущества (1674 и 2039 ст. т. X ч. 1), письменная форма требуется у нас для домашних духовных завѣщаній (1029 ст. т. X ч. 1), для найма недвижимых имуществ (за нѣкотор. исключеніями—1700—1702), для займа на сумму свыше 30 руб. (2032 т. X ч. 1 и 101 Уст. Гр. Суд.).

Сдѣлки прижизненныя и на случай смерти. —Первыя—сдѣлки между живыми субъектами права. Вторыя регулируют юридическія отношенія, переходящія в порядкѣ посмертнаго преемства. Их существованіе и юридическій эффект зависит от смерти праводателя, т. е. лица, сдѣлавшаго распоряженіе на случай смерти. Главными видами сдѣлок mortis causa являются завѣщаніе, дареніе на случай смерти (991 ст. т. X ч. 1) и наслѣдственный договор (так толкует Сенат и, нам думается, неправильно 1032 ст. т. X ч. 1—1876, 116 и др.).

Сдѣлки возмездныя и безмездныя.— Возмездныя сдѣлки суть сдѣлки, в основѣ коих лежит обмѣн эквивалентами, безмездныя—такія сдѣлки, которыя содержат предоставленіе, сдѣланное одной стороной в пользу другой, без взаимнаго эквивалента от послѣдней. Возмездныя сдѣлки служат экономическим (хозяйственным) цѣлям гражданскаго оборота, а безмездныя—идеальным цѣлям. Как общее правило, безмездность не предполагается, а должна быть доказана тѣм, кто ссылается на безмездный характер сдѣлки.

В нашем правѣ запрещены безмездныя отчужденія родового имущества внѣ круга прямых наслѣдников по закону. Равным образом, подлежат оспариванію безмездныя сдѣлки во вред кредиторам.

Внѣоборотныя сдѣлки. Всѣ указанныя сдѣлки суть сдѣлки гражданскаго оборота. Нѣкоторые ученые отмѣчают наличность особых внѣоборотных сдѣлок, к числу которых относят, напр., организаціонныя сдѣлки, т. е. сдѣлки, опредѣляющія правовое положеніе лиц в обществѣ, семьѣ, предпріятіи (Штейнбах, Мешлени, у нас Синайскій, Таль).

### *Элементы сдѣлки.*

Тѣ существенные элементы, без которых не может существовать юридическая сдѣлка даннаго типа, **minimum** требованій, необходимых для ея дѣйствительности, называются основными принадлежностями сдѣлки—**essentialia negotii**. Основныя принадлежности сдѣлки устанавливаются объективным правом для каждаго типа сдѣлки. Отсутствіе основных элементов или принадлежностей влечет недѣйствительность юридической сдѣлки. Напр., для договора найма имущества необходимыми элементами являются предмет найма, срок и цѣна (ст. 1691 т. X ч. 1), поэтому неуказанія предмета найма, срока и цѣны дѣлает договор недѣйствительным (Гр. К. Д. 72—340, 70—1681). Иногда форма сдѣлки является ея необходимым элементом, напр., отчужденіе или обремененіе недвижимости возможно только в формѣ крѣпостного акта, иначе сдѣлка недѣйствительна.

Составные элементы юридической сдѣлки, обычно встрѣчающіеся в сдѣлках даннаго типа и при молчаніи предполагающіеся, называются обыкновенными принадлежностями сдѣлки **neturalia negotii**. Их отсутствіе, измѣненіе или нарушеніе не влечет недѣйствительности сдѣлки, напр., условіе об очистках (отвѣтственность за эвикцію вещи) в купчей крѣпости (закон относит обязанность очистки к произвольным элементам сдѣлки—ст. 1427, но Сенат правильно к обыкновенным принадлежностям, 71—1121, 80—134).

Составные элементы юридической сдѣлки, не входящіе в состав даннаго типа сдѣлки как общее явленіе, но включаемые в нее по волѣ совершающих сдѣлку, называются случайными или произвольными, добавочными элементами сдѣлки—**accidentalia negotii**. Их отсутствіе или нарушеніе не поражает недѣйствительностью сдѣлку.

Наш закон называет элементы сдѣлки условіями и различает необходимыя и произвольныя условія сдѣлки (1425 ст. и сл.), но знает и обыкновенныя (ст. 1539, п. 2).

Случайные элементы сдѣлки.—Из случайных элементов сдѣлки надлежит отмѣтить условіе, срок и возложеніе (наказ, модус), как имѣющіе важное значеніе в оборотѣ.

Условіе. Условіе в широком смыслѣ есть всякое соглашеніе. Так, наше законодательство допускает в сдѣлкѣ „всякія условія, законам не противныя“ (1530 ст. т. X ч. 1). Условіе в техническом смыслѣ есть добавочный элемент в сдѣлкѣ, коим юридическія послѣдствія сдѣлки (в частности, ея осуществимость или неосуществимость) ставятся в зависимость от наступленія извѣстнаго будущаго обстоятельства.



Обстоятельство должно быть будущим. Прошедшее и настоящее обстоятельство лишает сдѣлку ея условнаго характера. Наступленіе обстоятельства должно быть не извѣстно—неизвѣстно, наступит оно вообще или не наступит (объективная неизвѣстность). По этому исключаются (недѣйствительны или необязательны) условія, когда обусловленное обстоятельство уже наступило, условія, имѣющія необходимо наступить, напр., если день смѣнит ночь, невозможныя (неосуществимыя) условія, напр. перепрыгнуть Альпы, необходимыя условія, как **essentiale negotii** (напр., в сдѣлкѣ купли обязательно указать цѣну), законныя условія или предположенія (напр. завѣщаніе дѣйствительно послѣ смерти).

Условіе называется суспензивным или отлагательным, когда эффект юридической сдѣлки отлагается до наступленія извѣстнаго обстоятельства, напр., обязательство уплатить за помощь, если вор будет пойман. Условіе называется резолютивным или отмѣнительным, когда наступившій уже эффект юридической сдѣлки отмѣняется вслѣдствіе наступленія извѣстнаго обстоятельства, наприм., имѣніе отдается в аренду на 12 лѣт с тѣм, что договор теряет силу, если имѣніе будет продано до истеченія срока аренды.

При суспензивном условіи эффект сдѣлки зависит от наступленія или не наступленія извѣстнаго обстоятельства. До наступленія этого обстоятельства сдѣлка находится в неопредѣлившемся, висячем положеніи —**in statu pendenti**. Но это не значит, что сдѣлка не производит никаких юридических послѣдствій. Сдѣлка обязательна для сторон и препятствіе наступленію условія виновным образом влечет для стороны отвѣтственность за гражданское правонарушеніе. Невозможность наступленія отлагательнаго условія прекращает сдѣлку. Наступленіе отлагательнаго условія производит юридическій эффект.

Спорным является вопрос, с какого момента наступают юридическія послѣдствія: с момента заключенія сдѣлки (обратная сила) или с момента наступленія условія. Французскій кодекс признает с оговорками обратную силу условной сдѣлки, герм. гр. улож. принципіально отвергает (§ 188). Господствующая доктрина отрицает обратную силу условной сдѣлки (пр. Шершеневич, Синайскій). Необходимо, однако, признать, что обратная сила условной сдѣлки может быть не только установлена законом или договором, но и вытекать из содержанія сдѣлки (ср. § 159 герм. гр. ул.).

При резолютивной сдѣлкѣ весь эффект ея наступает немедленно со всѣми послѣдствіями и отмѣняется по наступленіи извѣстнаго объ-

стоятельства. Наступленіе условія прекращает дѣйствіе резолютивной сдѣлки с момента его наступленія.

Условіе называется положительным, когда сила сдѣлки зависит от наступленія извѣстнаго обстоятельства, и отрицательным, когда сила ея зависит от ненаступленія обстоятельства.

Условіе называется произвольным, когда осуществленіе условнаго обстоятельства зависит от воли контрагента, случайным—если не зависит от воли послѣдняго, и смѣшанным, если соединены оба элемента, напр., обѣщаніе отца подарить сыну часы, если тот будет прилежно заниматься, обѣщаніе подарить часы, если отец получит наградныя, обѣщаніе подарить часы, если сын поможет отцу в работѣ, от которой зависит полученіе наградных.

Необходимо отмѣтить, что не во всѣ сдѣлки может быть включено условіе, иногда сам закон указывает на невозможность извѣстной сдѣлки под условіем, напр. принятіе векселя (11, 95 ст. Уст. Векс.), иногда это вытекает из сущности сдѣлки, напр., брак, усыновленіе не могут совершаться под условіем, иногда же условіе не допускается в интересах твердости гражд. оборота, напр., принятіе наслѣдства [1]).

Наше законодательство не содержит общих постановленій об условіи в техническом смыслѣ. Оно допускает условіе вообще (1530 ст.) и отдѣльные виды суспензивных (938 ст.) и резолютивных (974, 976 ст.) условій.

Срок. — Сроком в техническом смыслѣ называется добавочное опредѣленіе в юридической сдѣлкѣ, ставящее ея юридическія послѣдствія в зависимость от момента времени, который должен наступить в будущем (dies certus). Этот момент времени или событіе несомнѣнно должен наступить — чѣм срок и отличается от условія, которое всегда сомнительно. Наступленіе срока несомнѣнно, но сомнительным может быть конкретный момент его наступленія, напр., смерть лица.

Срок, как и условіе, может носить отлагательный и отмѣнительный характер, напр., вклад в банк в пользу другого лица, коим послѣдній может распорядиться по достиженіи совершеннолѣтія, или право города прекратить дѣйствіе концесс. договора и выкупить трамвайное предпріятіе через 25 лѣт.

[1]) Проф. В. И. Синайскій указывает (учеб. 1, 1917, 92), что согласно основному принципу русскаго законодательства, пріобрѣтеніе права собственности окончательно (кромѣ даренія), поэтому он считает рѣшеніе Гр. К. Д. 1879—27, дозволившее мужу завѣщать имущество женѣ под условіем невступленія ея в брак, неправильным. Однако, московское право знало ряд случаев поворота, перехода права собственности, из коих в X т. уцѣлѣли: выкуп родовых имуществ (1346 ст.) и возврат дара (отмѣнительное условіе — 974 976 ст.). Переход права собственности под отмѣнит. условіем устанавливает, по нашему мнѣнію, ст. 1527[1] и сл. т. X, ч. 1. Он возможен по нашему праву. Слѣдовательно и рѣшеніе 79/27 правильно (прав состоянія это рѣшеніе не касается, не запрещает и второго брака).



К сроку примѣняются правила об условіях, в том числѣ и об обратном дѣйствіи.

Возложеніе, модус, наказ.—Возложеніе есть добавочное условіе в юридической сдѣлкѣ, создающее обязанность совершить какое либо дѣйствіе, сопровождающее предоставленіе выгоды, напр., дар картинной галлереи с обязательством допускать всѣх желающих смотрѣть картины.

1) Возложеніе есть юридическая обязанность, притязаніе на которое пользуется судебной защитой; 2) оно уменьшает выгоду предоставленія, но не исчерпывает ее; 3) оно должно относиться к тому же объекту, что и предоставленіе права.

Наш закон умалчивает о возложеніи в техническом смыслѣ, но ст. 1530 допускает всякія условія, законам непротивныя, а ст. 975 разрѣшает дареніе „на таких условіях об образѣ пользованія и управленія даримым имуществом, какія даритель за благо признает".

## *Общія условія дѣйствительности сдѣлки.*

Для дѣйствительности сдѣлки необходимо, чтобы 1) сдѣлка была совершена дѣеспособными лицами, 2) чтобы воля в сдѣлкѣ проявилась сознательно и свободно, 3) чтобы изъявленіе ея было надлежащим и 4) чтобы цѣль сдѣлки не противорѣчила велѣніям объективнаго права и требованіям нравственности.

Прежде всего, совершающіе сдѣлку должны обладать общей дѣеспособностью, о чем было сказано выше и, кромѣ того, для совершенія нѣкоторых сдѣлок требуется особая дѣеспособность, напр., сдѣлка личнаго найма для жены, живущей совмѣстно с мужем, невозможна без согласія мужа и т. п.

Необходимо, чтобы воля проявилась свободно и сознательно. Нѣт надлежащей воли, если совершающій сдѣлку находится под вліяніем принужденія, насилія. Нѣт надлежащей воли, если совершающій сдѣлку не сознает ея смысла и значенія и юридических послѣдствій. Как говорит наш закон „всѣ способы пріобрѣтенія прав, законом опредѣленные, тогда только признаются дѣйствительными, когда они утверждаются на непринужденном произволѣ и согласіи" (700 ст. т. X ч. 1) или относительно духовнаго завѣщанія „всѣ духовныя завѣщанія должны быть составлены в здравом умѣ и твердой памяти" (1016 ст.). Таким образом, наш закон требует сознательнаго и свободнаго волеизъявленія. Далѣе необходимо, чтобы изъявленіе было надлежащим, т. е. с внѣшней стороны оно должно быть дано в установленной формѣ, если таковая установлена, и с внутренней стороны оно должно соотвѣтствовать акту воленія.

Наконец, цѣль сдѣлки не должна противорѣчить запретам права и требованіям нравственности и быть возможной к осуществленію.

Мотивы воли. По общему правилу, мотивы воли не имѣют значенія для юридических послѣдствій сдѣлки, не должны оказывать вліянія на ея дѣйствительность. Для оборота безразлично, почему Иванов продал свой дом: вслѣдствіе отсутствія наличных средств или желанія купить другой и т. п. Однако, есть мотивы, которые по исключенію принимаются правом во вниманіе. Особенно важное значеніе имѣют обман и принужденіе, как мотивы, обусловившіе сдѣлку, а при безмездных сдѣлках, актах щедрости и ошибка, напр., дар бѣдняку, который, в дѣйствительности, оказался состоятельным.

## *Пороки сдѣлки.*

Юридическая сдѣлка, не удовлетворяющая какому-либо из указанных условій, содержит в себѣ порок, приводящій к ея недѣйствительности.

Мы не будем останавливаться на пороках сдѣлки, вытекающих из недостатка дѣеспособности заключивших ее субъектов. Послѣдняя есть общее условіе юридической дѣятельности, о ней мы говорили выше. Мы остановимся на пороках воли и изъявленія, а затѣм на пороках цѣли сдѣлки.

Юридическая сдѣлка складывается из двух основных элементов: внутренняго акта воли—воленія, направленнаго на опредѣленную дозволенную цѣль, и внѣшняго акта—изъявленія воли, коим проявляется воля во внѣ. Для дѣйствительности сдѣлки необходимо, чтобы оба указанные элемента—воля и ея изъявленіе—удовлетворяли установленным объективным правом условіям. Как общее правило, изъявленіе должно находиться в соотвѣтствіи с волей, внѣшняя сторона сдѣлки с внутренней. Возможны пороки, как воли, так изъявленія (расхожденіе изъявленія с волей).

При разрѣшеніи вызванных указанными дефектами затрудненій в опредѣленіи юридических послѣдствій сдѣлки, теорія воли предлагает руководствоваться субъективным критеріем—волей. Только воля в сдѣлкѣ имѣет значеніе, только она создает правовыя послѣдствія и играет рѣшающую роль. Изъявленіе же во внѣ не имѣет значенія для дѣйствительности сдѣлки. Только то, что хотѣл субъект, заключая сдѣлку, имѣет юридическое значеніе, а не то, что он выразил во внѣ. Но этим ученіем подрывается оборот. Контрагенту извѣстно только изъявленіе, но не внутренняя воля. Он имѣет дѣло с изъявленіем, вѣрит изъявленію, а не тому, что скрывается за этим изъявленіем. Было бы нарушеніем его жизненных интересов, вело бы к колебанію гражданскаго оборота, если бы придавать исключительное значеніе внутренней волѣ человѣка. Вторая теорія—теорія изъявленія придает исключительное значеніе внѣшней сторонѣ сдѣлки, ея изъявленію. Всѣ послѣдствія обсуждаются



по изъявленію, но не в смыслѣ его соотвѣтствія субъективной волѣ, а в смыслѣ объективно-воспринимаемом контрагентом и регулируемом законом. При этой системѣ внѣшнее выраженіе: слова, знаки, письмо—все, намѣреніе сторон—ничто. И это приводит нерѣдко к непріемлемым, невозможным для общежитія послѣдствіям. При строгом проведеніи первой системы,—указывает Регельсбергер,—страдает приниматель, при второй—изъявитель. Посредствующая теорія—теорія оборота, довѣрія обращает вниманіе на оба элемента—волю и изъявленіе. Она учит, что изъявленіе признается соотвѣтствующим волѣ, пока противное не будет доказано. При этом принимаются во вниманіе потребности оборота и принцип добросовѣстности.—Ст. 133 германск. гражданскаго уложенія устанавливает: „при толкованіи изъявленія надлежит изслѣдовать истинную волю сторон, а не придерживаться одного буквальнаго смысла выраженій“, а 157: „договор слѣдует толковать согласно требованіям доброй совѣсти и принимая во вниманіе обычаи гражданскаго оборота“. Между прочим, ст. 133 герм. ул. толкуется не в смыслѣ предпочтенія воли изъявленію, а предпочтенія истиннаго смысла буквальному, по принципу bona fides в оборотѣ (Исаи, Гельдер).

## *Пороки воли.*

Воля в юридической сдѣлкѣ должна проявиться сознательно и свободно. Нельзя назвать проявленіе воли сознательным, если у совершающаго сдѣлку отсутствует истинное представленіе о послѣдней вслѣдствіе ошибки или обмана. Нельзя назвать проявленіе воли в юридической сдѣлкѣ свободным, если оно вызвано принужденіем. Ошибка, обман и принужденіе и составляют основные пороки воли в юридической сдѣлкѣ.

О ш и б к а, з а б л у ж д е н і е.—Ошибка есть ложное представленіе о чем-либо, вызванное внутренними причинами.

Различают ошибку в правѣ—error in jure и ошибку в фактѣ—error in facto, причем считают неизвинительной ошибку в правѣ: error juris nocet, никто не может отговариваться невѣдѣніем закона (Осн. Зак. ст. 95). Однако, в современной научной литературѣ раздаются голоса против этого положенія, нѣкоторые ученые признают возможным извинять не только ошибку в фактѣ, но и в правѣ.

Главным видом фактической ошибки является ошибка в содержаніи сдѣлки. Для того, чтобы ошибка в содержаніи вліяла на дѣйствительность сдѣлки—необходимо, чтобы она была существенной, относилась к существенным элементам сдѣлки. К числу таковых господствующая доктрина относит: error in persona—ошибку в лицѣ, error in negotio —ошибку в природѣ сдѣлки, error in objecto—ошибку в предметѣ сдѣлки,

error in substantia—ошибку в качествѣ вещи, error in numero, mensura, pondere—ошибку в количествѣ.

Но необходимо имѣть в виду, что и указанные виды ошибки, при извѣстных обстоятельствах, могут быть признаны несущественными, слѣдовательно, приведенная классификація носит относительный характер, наприм., ошибка в лицѣ при уплатѣ денег предъявителю векселя, ошибка в предметѣ, при выборѣ одной вещи вмѣсто другой того же рода, и т. п.

Французская доктрина (Пляніоль, Капитан) и судебная практика различают три рода ошибок: 1) ошибку в природѣ сдѣлки и ошибку в тождествѣ объекта, которыя приводят к безусловной недѣйствительности, ничтожности сдѣлки, 2) ошибку в лицѣ и ошибку в существенных качествах предмета, которыя дают право на оспариваніе сдѣлки, 3) ошибку в мотивах сдѣлки и ошибку в несущественных качествах предмета, которыя не вліяют на дѣйствительность сдѣлки.

Что касается Герм. Гр. Уложенія, то послѣднее не перечисляет видов существенной и несущественной ошибки. Оно устанавливает, для вліянія ошибки в содержаніи на дѣйствительность сдѣлки, основное требованіе, чтобы при разумной оцѣнкѣ положенія сдѣлка не была заключена, если бы ошибка сознавалась при ея заключеніи. Ошибкой в содержаніи Герм. Ул. признает и ошибку в качествах лица или вещи, которые в оборотѣ считаются существенными (§ 119). Установленіе указанных данных предоставляется суду. Точка зрѣнія Германскаго Гражд. Уложенія представляется наиболѣе правильной.

Контрагент лица, впавшаго в извинительную ошибку, имѣет право на возмѣщеніе отрицательнаго договорнаго интереса или отрицательных убытков, т. е. того дѣйствительнаго ущерба, который он понес, положившись на правильность волеизъявленія. Ср. § 122 Германскаго Гр. Ул. Швейц. Ул. в § 26 обяз. пр. добавляет—там, гдѣ это соотвѣтствует справедливости, судья может присудить возмѣщеніе и дальнѣйших убытков.

Наши гражданскіе законы упоминают об отдѣльных видах существенной ошибки—в лицѣ (1026 ст.), в тождествѣ предмета (1026 ст.), в качествѣ и количествѣ (1516, 1518 ст.). Вообще же, вопрос о том, является ли ошибка существенной, опредѣляет суд. (Гр. Д. 1890—9).

О б м а н.—Обман есть намѣренное возбужденіе у другого лица неправильнаго представленія о предметѣ. Неправильное представленіе в сдѣлкѣ, вызванное обманом, является видом ошибки. Но эта ошибка происходит под вліяніем не внутренних, а внѣшних причин, обычно под вліяніем контрагента по сдѣлкѣ, который получает выгоду от этого. Гражданскій обман означает „всякое безнравственное и безчестное поведеніе, имѣющее цѣлью путем возбужденія ложных представленій



воздѣйствовать на чужую волю. Сюда подойдет не только сообщеніе ложных извѣстій и фактов, но и умолчаніе истины, если оно противно доброй совѣсти и обычаям гражданскаго оборота“ [1]).

Право дает защиту обманутому и притом защиту болѣе сильную нежели при ошибкѣ. Как римское, так и современное право знает двѣ формы такой защиты: иск обманутаго о недѣйствительности сдѣлки и об убытках — actio doli и возраженіе против требованій обманщика exceptio doli (ср. Фр. Гр. Код: § 1116, а также Герм. Гр. Ул. § 123—Колер). Для предоставленія защиты необходима прочная связь между обманом и заключеніем сдѣлки. Обман должен быть существенным. Защита предоставляется одинаково, проявился ли обман в мотивах сдѣлки [2]) или в ея содержаніи (лицѣ, природѣ сдѣлки, предметѣ).

Если обман произведен не контрагентом по сдѣлкѣ, а третьим лицом, то сдѣлка не опорачивается (развѣ бы третье лицо дѣйствовало по уговору с контрагентом), но обманутому предоставляется искать убытки с третьяго лица.

Наши гражданскіе законы не содержат общих норм об обманѣ, однако, упоминают об отдѣльных случаях обмана—ст. 666 (брак по обману), ст. 701 (подлог). Так как при обманѣ воля не является свободной, а это представляется необходимым условіем сдѣлки, то, естественно, что судебная практика, во главѣ с Правит. Сенатом, считает гражд. обман, а не только уголовный, основаніем для признанія сдѣлки недѣйствительной (99—60, 01—86 и др.). Суд рѣшает, является ли обман существенным для вліянія на дѣйствительность сдѣлки.

П р и н у ж д е н і е.—Психическое принужденіе есть воздѣйствіе на чужую волю страхом страданія. При таком положеніи воля в сдѣлкѣ не свободна—что и служит основаніем для признанія недѣйствительности сдѣлки.

Римское право первоначально знало в качествѣ основанія для признанія сдѣлки недѣйствительной только физическое принужденіе — vis absoluta, напр., отнятіе предмета сдѣлки, веденіе чужой рукой при подписи и т. п. Пандектное право различало как физическое или абсолютное принужденіе—vis absoluta, устраняющее волеизъявленіе контрагента, так и психическое или компульсивное—vis compulsiva, дѣйствующее на чувство субъекта путем страха.

Обычным видом принужденія являются угрозы. Для того, чтобы угрозы могли оказать вліяніе на дѣйствительность сдѣлки, необходимо: 1) чтобы угроза была дѣйствительной, а не мнимой, т. е., чтобы была большая вѣроятность приведенія угрозы в исполненіе, 2) чтобы угроза

[1]) Гамбаров—Гр. пр. 1, 746.

[2]) Ошибка в мотивах, по общему правилу, не вліяет на дѣйствительность сдѣлки обман в мотивах—вліяет.

была серьезной, значительной, напр., угроза жизни, свободѣ, чести, 3) чтобы угроза была недозволенной правом или нравственностью. Французскій кодекс требует для недѣйствительности сдѣлки путем принужденія значительнаго наличнаго зла для лица или имущества угрожаемаго (1127). Герм. Гражд. Улож. выдвигает одно основаніе оспоримости сдѣлки вслѣдствіе принужденія—недозволенность угроз правом или недопустимость их моралью (напр. угроза доносом, самоуправное присвоеніе долга—ср. ст. 153 герм. гр. ул.), предоставляя суду опредѣлить прочія требованія.

Современныя законодательства, слѣдуя традиціи, обычно различают физическое и психическое принужденіе. Однако, швейцарское гражданское уложеніе знает только один вид принужденія — страх (ст. 29 обяз. пр.). И это болѣе правильно, ибо физическое принужденіе или устраняет волеизъявленіе контрагента, так что всякая юридическая сдѣлка отсутствует, напр., веденіе рукой при подписи или же приводит к психическому принужденію, напр., полученіе согласія на сдѣлку побоями.

Принужденіе, проявленное и третьими лицами, приводит к недѣйствительности сдѣлки.

Особым видом психическаго принужденія является так называемое косвенное принужденіе: тот случай, когда контрагент, пользуясь нуждою или несчастіем другого—заключает с ним чрезмѣрно невыгодную сдѣлку (об этом см. дальше) [1].

Наше законодательство знает принужденіе и опредѣляет его слѣдующим образом: „принужденіе бывает, когда кто либо, быв захвачен во власть другого, принуждается к отчужденію имущества или ко вступленію в обязательство насильственно страхом настоящаго или будущаго зла, могущаго постигнуть его лицо или имущество“ (702 ст. т. X ч.1). Часть наших ученых полагает (напр. Побѣдоносцев), что ст. 702 предусматривает только физическое принужденіе, однако, большинство (Дювернуа, Шершеневич, Гамбаров, Синайскій) находят, что указанная статья закона предусматривает и психическое принужденіе. На эту точку зрѣнія встал, в концѣ концов, и Сенат (01—21 и др.). Этот взгляд и болѣе соотвѣтствует современному ученію о принужденіи. Наше право требует (однако без санкціи) заявленія о произведенном принужденіи в недѣльный срок (ст. 703) [2].

---

[1]) Особым же видом психическаго принужденія надлежит считать принужденіе посредством гипнотизма.

[2] Германское гр. уложеніе устанавливает в этом случаѣ годичный давностный срок (ст. 124).



## *Пороки изъявленія.*

Внѣшніе пороки—недостатки формы. Юридическая сдѣлка должна быть совершена в установленной закономъ формѣ. Общихъ правилъ о формѣ юридич. сдѣлок современное право не устанавливает, но относительно отдѣльныхъ сдѣлок такія постановленія содержатся. Так, напр., по нашему праву нѣкоторыя сдѣлки могут совершаться только в крѣпостной формѣ—сдѣлки о переходѣ и ограниченіи прав на недвижимости, другія—только в нотаріальной формѣ, напр., нотаріальныя духовныя завѣщанія, третьи—обязательно в письменной формѣ, напр., заем на сумму свыше 30 рублей. Совершеніе сдѣлки с нарушеніем установленной законом формы влечет ея недѣйствительность. Если в законѣ не установлена форма сдѣлки, сдѣлка может быть совершена в любой формѣ, кромѣ крѣпостной (подробнѣе см. выше).

Внутренніе пороки—расхожденіе изъявленія с волей. Внѣшнее изъявленіе должно соотвѣтствовать внутреннему воленію. Однако, так как внутренній акт воли не доступен для внѣшняго наблюдателя, для контрагента по сдѣлкѣ и тот имѣет дѣло только с изъявленіемъ, то принимается, что изъявленіе соотвѣтствует волѣ, пока противное не будет установлено, с приведеніем извиняющих несоотвѣтствіе обстоятельств (Гартман, Эйзеле).

Изъявленіе толкуется согласно требованіям доброй совѣсти и обычаям гражд. оборота. „Волеизъявленіе лица,—говорит Исаи—, есть такое (в отдѣльных случаях предписанное законом) поведеніе, которое позволяет согласно опыту оборота с принятіем во вниманіе всѣх обстоятельств дѣла правильное заключеніе об опредѣленной волѣ, не принимая во вниманіе, подходит ли это заключеніе в отдѣльных случаях или нѣт“. Если лицо, получившее изъявленіе, знало или, при извѣстной осторожности, должно было знать дѣйствительную волю изъявляющаго—изъявленіе по принципу добросовѣстности не обязательно для послѣдняго. Если извѣстное поведеніе изъявителя при добросовѣстности его контрагента и в согласіи с обычаями оборота понимается опредѣленным образом, то такое изъявленіе связывает изъявителя, хотя бы он вкладывал в него индивидуально другое содержаніе. Если контрагент добросовѣстно принял изъявленіе за дѣйствительное выраженіе воли и не допустил при этом неосторожности, то хотя бы изъявляющій доказал, что изъявленіе не соотвѣтствует волѣ, напр., при несерьезности волеизъявленія, шуткѣ—изъявитель должен возмѣстить контрагенту отрицательный интерес, т. е. тѣ убытки, которые понес контрагент, принявшій изъявленіе за дѣйствительное (ср. ст. § 118 и 122 Герм. Гр. Ул.).

В оборотѣ существует ряд сдѣлок, в которых изъявленіе расходится с волей. Сюда относятся: 1) сдѣлки несерьезныя—шуточныя, для рекламы и похвальбы, 2) сдѣлки с молчаливой оговоркой, 3) сдѣлки притворныя, 4) сдѣлки мнимыя, 5) сдѣлки фидуціарныя и 6) сдѣлки на подставное лицо. Юридическія послѣдствія таких сдѣлок различны.

### *1. Сдѣлки несерьезныя—шутка, реклама.*

Шутка есть несерьезное волеизъявленіе, коим изъявитель не желает связать себя. Добрая, добросовѣстная шутка—без намѣренія ввести серьезно в заблужденіе; она расчитана на то, что контрагент поймет шутку, несерьезность волеизъявленія. Такая сдѣлка в шутку, ничтожна. Но если контрагент не поймет шутки, он может взыскивать отрицательные убытки (что потерял, приняв шуточное волеизъявленіе за дѣйствительное). Но возможна и злая шутка, когда одна сторона расчитывает на недогадливость другой и причиненіе вреда. Если послѣдняя не поймет такой шутки и по обычаям гражданскаго оборота шутка трудно различима, злой шутник должен нести послѣдствія своего волеизъявленія, т. е. сдѣлка признается дѣйствительной.—Шутку должен доказать ея автор. Суд по обстоятельствам дѣла рѣшает, мог ли контрагент распознать шутку (ср. 118 и 122 ст. герм. гр. улож.).

Волеизъявленія, дѣлаемыя для рекламы, если их несерьезность очевидна, разсматриваются по аналогіи с шуточными волеизъявленіями и признаются не обязательными.

От рекламы необходимо отличать публичное обѣщаніе награды за совершеніе извѣстнаго дѣйствія, которое разсматривается современным правом, как обязательство из односторонняго волеизъявленія и связывает его автора, хотя бы совершившій указанное дѣйствіе не имѣл в виду награды и даже не знал о ней, напр., обѣщано 5,000 рублей за поимку вора.

Германское гражд. улож. содержит постановленіе, что изъявленіе воли без серьезнаго намѣренія в расчетѣ, что отсутствіе такого намѣренія будет замѣчено противной стороной—ничтожно (§ 118) и признает право на возмѣщеніе отрицательных убытков (122 ст.). Наше право не содержит постановленій относительно несерьезных волеизъявленій, но таковые надлежит признать недѣйствительными, ибо серьезность волеизъявленія—необходимое условіе правовых послѣдствій.

### *2. Молчаливая оговорка, умолчаніе*—reservatio mentalis.

Сдѣлка с молчаливой оговоркой есть такая сдѣлка, когда один контрагент по сдѣлкѣ, совершая внѣшне извѣстное волеизъявленіе, в то же время, внутренне дѣлает оговорку, уничтожающую или измѣняющую сдѣланное изъявленіе. В подобных случаях мы имѣем явное несоотвѣтствіе между изъявленіем и волей и, казалось бы (с точки зрѣнія теоріи воли), такая сдѣлка не может быть признана дѣйствительной. Однако, подобный результат повел бы к большим злоупотребленіям и колебанію гражданскаго оборота. Почти всякую сдѣлку можно было бы ануллировать путем включенія подробных, неизвѣстных противной сторонѣ, оговорок. Потому интересы гражданскаго оборота требуют признанія таких сдѣлок, независимо от скрытых условій, хотя бы в таком случаѣ изъявленіе и не совпадало с волею, если только эти скрытыя условія неизвѣстны контрагенту. Сторона должна нести послѣдствія своего изъявленія. Напр., нѣкто заключает с тяжело больным выгодный для послѣдняго договор, напр., личнаго найма, для его успокоенія в увѣренности, что больной скоро умрет и договора не придется исполнять. Но он должен нести послѣдствія заключенія договора, если больной даже и выздоровѣет. Или нѣкто запродает сосѣду за дешевую цѣну дом в увѣренности, что послѣдній образует с ним торговое товарищество, но обязан продать дом или отвѣчать за убыток и в том случаѣ, если сосѣд не вступит в предполагаемое товарищество.



В первом случаѣ наниматель совсѣм не хотѣл заключать договора личнаго найма и заключил его лишь для успокоенія больного, во втором продавец хотѣл продать дом только товарищу по торг. дѣлу и не запродал бы его постороннему лицу. В интересах гражданскаго оборота этим внутренним, неизвѣстным противной сторонѣ оговоркам, не придается значенія.

Наоборот, если получившій изъявленіе знал или при извѣстной осторожности должен был знать дѣйствительную волю изъявителя, изъявленіе не обязательно для послѣдняго и сдѣлка не дѣйствительна. Напр., если больной видѣл и знал, что договор личнаго найма заключается с ним без намѣренія его упражнять, только для его успокоенія—он не может по выздоровленіи требовать его исполненія (ср. § 116 герм. гр. улож.).

### *3. Притворныя или симулятивныя сдѣлки.*

Притворными сдѣлками называются такія сдѣлки, в которых стороны с внѣшней стороны совершают опредѣленную сдѣлку в то время, как их дѣйствительное (внутреннее) намѣреніе направлено на совершеніе другой сдѣлки. Таким образом, контрагенты в притворной сдѣлкѣ, за внѣшне совершенной сдѣлкой скры-

вают внутренне другую, которая соотвѣтствует их дѣйствительным намѣреніям, но остается скрытой для третьих лиц. Напр., желая совершить дареніе, облекают его в форму продажи (фактически, без полученія денег за проданное имущество).

Внѣшняя сдѣлка называется притворной или симулятивной, внутренняя—прикрытой или диссимулятивной.

Притворная сдѣлка не дѣйствительна. Что касается прикрытой, диссимулятивной сдѣлки, то послѣдняя, как соотвѣтствующая истинным намѣреніям сторон, сохраняет силу, если она: 1) не противорѣчит закону и нравственности и 2) удовлетворяет по формѣ совершенія требованіям закона.

Так, в указанном выше примѣрѣ дареніе совершено в формѣ и под видом купли-продажи. Купля-продажа, как притворная признается недѣйствительной и устанавливается, что между сторонами совершено дареніе. Дѣйствительно ли дареніе? Если родовое имѣніе подарено (в формѣ продажи) постороннему, то в силу 967 ст. т. X ч. 1, запрещающей дарить родовое имѣніе кому либо, кромѣ наслѣдников, такое дареніе, как совершенное в обход закона (1529 ст.), является недѣйствительным. Если же подаренное имѣніе—благопріобрѣтенное, сдѣлка отчужденія остается дѣйствительной. И со стороны формы совершенія сдѣлки препятствій к этому не встрѣчается: форма совершенія купчей и дарственной одинакова. Другой примѣр. Одно лицо сдало в аренду другому на 36 лѣт свое недвижимое имѣніе путем нотаріальнаго договора с правом возобновленія договора еще на 36 лѣт и с предоставленіем арендатору прав эксплоатаціи и распоряженія имѣніем. Сдѣлка аренды оспорена, признана притворной и недѣйствительной, как прикрывающая продажу имѣнія. Дѣйствительна ли продажа? Нѣт. Купля-продажа недвижимости должна быть совершена в крѣпостной формѣ. Таким образом, симулятивная сдѣлка недѣйствительна, но если скрытая, диссимулятивная сдѣлка не противна закону и нравственности и удовлетворяет требованіям формы— она дѣйствительна.

Против добросовѣстных третьих лиц контрагенты по притворной сдѣлкѣ не могут ссылаться на ея притворность. Права добросовѣстных третьих лиц, вытекающія из притворной сдѣлки, неприкосновенны. Напр., если купившій по притворной сдѣлкѣ родовую недвижимость, продаст ее добросовѣстному третьему лицу, права послѣдняго остаются в силѣ, хотя бы притворная сдѣлка и была впослѣдствіи оспорена.

Наше законодательство не содержит общих постановленій о притворных сдѣлках, но содержит отдѣльное постановленіе о займѣ под видом поклажи, каковой заем сохраняет силу, но подлежит удовлетворенію послѣ других долговых претензій (2114 ст.) [1]). Сенат признавал притворныя сдѣлки.



### *4. Мнимыя или фиктивныя сдѣлки.*

Разновидностью притворных сдѣлок являются сдѣлки, мнимыя. Мнимыми сдѣлками называются такія сдѣлки, в которых стороны внѣшне совершают опредѣленную сдѣлку, а внутренне, в дѣйствительности, не желают совершить никакой сдѣлки. Таким образом, в данном случаѣ стороны совершают лишь для виду, для третьих лиц сдѣлку и за этой сдѣлкой скрывают свое истинное намѣреніе, которое направлено на сохраненіе прежняго положенія. Напр., купля-продажа недвижимости для ценза, продажа имущества для спасенія его от взысканія кредиторов [2]).

В первом случаѣ совершается купчая крѣпость и покупатель формально становится собственником недвижимости, которая прежде открывала ему право быть избранным в гласные города или земства, в члены управы, в мировые судьи и т. д. Такой покупатель обычно выдавал продавцу удостовѣреніе, что он денег за недвижимость не уплатил и сдѣлка совершена фиктивно, для ценза, что в случаѣ надобности и давало возможность продавцу оспорить сдѣлку. Во втором случаѣ должник передает (продает, дарит и т. п.) деньги или вещи женѣ, родственникам, друзьям и тѣм спасает имущество от взысканія кредиторов с тѣм, что впослѣдствіи, по прекращеніи взысканія, имущество возвращается ему обратно. И в том и в другом случаѣ, нѣт дѣйствительной продажи, а лишь мнимая, для виду.

Мнимая сдѣлка недѣйствительна. Но если мнимый собственник передает имущество добросовѣстному третьему лицу, права послѣдняго дѣйствительны.

Сенат различал мнимыя и притворныя сдѣлки (1895—105). Германское гражданское уложеніе объявляет мнимыя сдѣлки ничтожными, а притворныя подлежащими обсужденію по прикрытой сдѣлкѣ (§ 117).

### *5. Фидуціарныя сдѣлки.*

На фидуціарныя сдѣлки, как на особый вид сдѣлок, первый обратил вниманіе Іеринг, а затѣм Регельсбергер.

[1]) В. И. Синайскій (Учебн., 87) и Сенат 91—62 относят сюда еще 991 ст. т. X ч. 1. Это—неправильно. Здѣсь нѣт притворной сдѣлки. Происхожденіе этой статьи чисто историческое и отношенія по сдѣлкѣ носят здѣсь дѣйствительный, а не притворный характер.

[2]) Дормидонтов, слѣдуя за Іерингом, мнимой называет иную сдѣлку: совершая внѣшне одну сдѣлку, фактически стороны совершают другую, причем и третьи лица и суд знают это (Юридическія фикціи и презумпціи, VI).

Фидуціарныя сдѣлки суть сдѣлки, в которых стороны, преслѣдуя извѣстную практическую цѣль и основываясь на довѣріи друг к другу, избирают для достиженія этой цѣли такую сдѣлку, правовыя послѣдствія которой идут дальше этой цѣли, т. е. сдѣлки, внѣшняя форма которых идет дальше намѣренія сторон. Напр., вмѣсто залога передача движимой вещи в собственность с обязанностью возвращенія обратно при уплатѣ долга (ср. первоначальную форму римскаго залога fiducia cum creditore), передача векселя по надписи в собственность для взысканія. Побудительныя причины возникновенія подобных сдѣлок: отсутствіе подходящих форм в правѣ или соображенія практическаго удобства. Напр., отсутствіе в древнем римском правѣ болѣе гибкой формы залога заставляло прибѣгать к fidicia cum creditore, при передачѣ векселя в собственность для взысканія—желаніе избѣжать выдачи особой довѣренности и т. п.

Фидуціарныя сдѣлки дѣйствительны. Фидуціар пріобрѣтает всѣ права по сдѣлкѣ и выступает в оборотѣ полным распорядителем послѣдних—собственником и т. д. Но в силу внутренних отношеній со своим контрагентом, основанных на довѣріи к нему, он должен пользоваться своими полномочіями в границах, установленных этими внутренними отношеніями, соглашеніем с контрагентом. При нарушеніи довѣрія он отвѣчает перед контрагентом за причиненные послѣднему убытки, но сдѣлка между ними остается дѣйствительной, если только не направлена в обход закона. Тѣм болѣе всѣ права третьих лиц, вытекающія из этой сдѣлки, остаются в силѣ. Напр., если получившій вещь вмѣсто залога в собственность продаст ее третьему лицу или получившій вексель в собственность для взысканія передаст его далѣе по надписи (в собственность), и т. п.—права третьих лиц сохраняются.

Фидуціарныя сдѣлки, как и притворныя, могут быть направлены в обход закона, напр., нерѣдко практиковавшаяся передача накладных на грузы по надписям в собственность, фактически для взысканія, в тѣх случаях, когда такой пріобрѣтатель не имѣет права выступать на судѣ в качествѣ повѣреннаго.

### *6. Сдѣлки на скрытаго контрагента или на подставное лицо.*

В оборотѣ встрѣчаются такія сдѣлки, когда одна сторона заключает с другой сдѣлку, как с контрагентом, зная, что дѣйствительным контрагентом по сдѣлкѣ является другое, в сдѣлкѣ формально не участвующее лицо.

Эти сдѣлки извѣстны французской практикѣ, здѣсь они носят названіе сдѣлок на скрытое лицо—sur pret nom—и нашей, гдѣ онѣ называются сдѣлками на подставное лицо. Так, в рѣш. Г. К. Д. 1901—86 разсматривался случай, когда повѣренный арендаторши уговорил послѣднюю перевести для удобства арендныя права на него с увѣреніем, что он будет лишь номинальным подставным арендатором, а фактическим останется прежняя арендаторша; затѣм заключил с собственником имѣнія новый арендный договор уже от своего имени и на себя и стал распоряжаться, как дѣйствительный арендатор; в результатѣ, к нему был предъявлен иск фактической арендаторшей о признаніи за ней арендных прав по второму договору и изъятіи имѣнія из владѣнія подставного арендатора. В рѣш. 1912—33 разсматривался такой случай. Муж, имѣя полную довѣренность от жены, продал ея имѣніе и в обезпеченіе уплаты покупной цѣны взял с покупщика закладную на это имѣніе, причем совершил послѣднюю с согласія жены на свое имя. Впослѣдствіи женой был предъявлен иск о признаніи за ней права собственности на закладную и права на полученіе денег по закладной.



Сдѣлки на подставное лицо необходимо отличать от фидуціарных и притворных сдѣлок. В подобных случаях фидуціарная сдѣлка обычно существует, но не между юридическими контрагентами по сдѣлкѣ, а между скрытым фактическим контрагентом и номинальным, подставным. У них отношенія основаны на довѣріи и подставному лицу предоставляется формально больше прав, чѣм в дѣйствительности намѣрен предоставить скрытый контрагент. Но между подставным лицом и второй стороной по сдѣлкѣ никакой фидуціарной сдѣлки не заключается. Нѣт здѣсь и притворной сдѣлки. Притворная сдѣлка между извѣстными лицами скрывает от третьих лиц другія внутреннія отношенія между данными лицами. Между тѣм, в сдѣлкѣ на подставное лицо нѣт никаких других отношеній между подставным лицом и вторым контрагентом по сдѣлкѣ. Кромѣ того, в разсматриваемой сдѣлкѣ даже отношенія между подставным лицом и скрытым контрагентом могут не скрываться от третьих лиц—как, очевидно, и было в приведенных примѣрах из сенатской практики или, по крайней мѣрѣ, во втором.

Сдѣлка на подставное лицо не является в цѣлом недѣйствительной, если только она не совершена в обход закона. В подобных случаях одна сторона принимает на себя обязанность и для нея обычно безразлично, кто принимает исполненіе. Напр., в приведенном примѣрѣ покупщик обязан уплатить долг по закладной и для него безразлично, уплатит ли он его бывшей собственницѣ имѣнія или, с ея согласія, третьему лицу—мужу. Его обязанность остается, независимо от отношенія между номинальным и скрытым представителем. Между тѣм, как признаніе сдѣлки недѣйствительной освободило бы его от этой обязанности. Поэтому правильнѣе признать такую сдѣлку оспоримой лишь в части прав (и обязанностей) по ней подставного лица, т. е. допустить

предъявленіе иска о признаніи прав (и обязанностей). На эту точку зрѣнія встал и Правит. Сенат и нашел возможным предъявленіе и удовлетвореніе указанных исков.

Сдѣлка на подставное лицо имѣет мѣсто в том лишь случаѣ, когда второй контрагент знает о наличности дѣйствительнаго, но скрытаго контрагента. И оспариваніе подобной сдѣлки (в части или цѣлом) возможно лишь при наличности такого знанія.

Сдѣлки на подставное лицо возможны и в обход закона, напр., покупка недвижимости в Приморьи иностранцем на имя русскаго подданнаго. Если продавец знал о наличности скрытаго покупщика-иностранца, сдѣлка будет носить наратер сдѣлки на подставное лицо и в данном случаѣ, как совершенная в обход закона (прим. 2 к т. 830 ст. IX) может быть оспорена ex officio и признана недѣйствительной в цѣлом. Если продавец не знал о наличности скрытаго покупателя-иностранца, сдѣлка купли-продажи остается в силѣ.

### *Пороки цѣли юридической сдѣлки.*

Как было указано выше, порочность цѣли юридической сдѣлки может заключаться: 1) в противорѣчіи ея закону и нравственности, 2) в невозможности осуществленія.

Ст. 1528 т. X ч. 1 говорит о договорѣ, что цѣль его должна быть непротивна „законам, благочинію и общественному порядку", а ст. 2151 устанавливает, что не допускаются к учрежденію компаніи, „коих предмет представляется явно несбыточным или противным законам, нравственности, доброй вѣрѣ в торговлѣ или общественному порядку". Таким образом, наше законодательство требует, чтобы цѣль юридической сдѣлки не противорѣчила закону, общественному порядку, благочинію (добрым нравам), нравственности и доброй вѣрѣ, а также, чтобы цѣль ея была осуществима.

### *1. Противозаконность юридической сдѣлки.*

Сдѣлки, нарушающія предписаніе или запрет, содержащійся в законѣ, направленныя в обход закона, недѣйствительны (ничтожны). Под законом в данном случаѣ разумѣются, прежде всего, нормы публичнаго права, постановленія в общественном интересѣ и затѣм спеціальныя запретительныя нормы гражданскаго права (ср. § 134 Герм. Гр. Ул.).

Противозаконность должна относиться к содержанію сдѣлки, а не к сопровождающим ее побочным обстоятельствам. В частности, по нашему праву запрещены договоры (и вообще сдѣлки), клонящіяся: „1) к расторженію законнаго супружества, 2) к подложному переукрѣпленію имѣнія во избѣжаніе платежа долгов, 3) к лихоимственным изворотам,



4) к присвоенію частному лицу такого права, которое оно по состоянію своему имѣть не может и 5) ко вреду государственной казны" (1529 ст. т. X ч. 1).

Из указанных норм особенно важное значеніе имѣет запрещеніе сдѣлок во избѣжаніе платежа долгов, так называемых фраудаторных сдѣлок во вред кредиторам.

По современному законодательству оспариваніе фраудаторных сдѣлок различается в зависимости от того, производится ли оно в конкурсном или же индивидуальном порядкѣ: в первом случаѣ оно допускается значительно шире, нежели во втором.

Наше законодательство очень долго содержало лишь скудныя нормы по данному вопросу (1529, 1547, 2014 ст. т. X, ч. 1, 460, 462 Уст. Суд. Торг.) и только 3 іюля 1916 года были утверждены „Правила об оспариваніи сдѣлок, совершенных во вред кредиторам", составившія приложеніе к 1529 ст. т. X, ч. 1. На этих правилах сказывается вліяніе германскаго законодательства. В сжатой формѣ они содержат необходимыя данныя, как для индивидуальнаго, так и для конкурснаго оспариванія [1]).

Оспариванію в порядкѣ закона 3 іюля 1916 г. подлежат не только сдѣлки, но и всѣ вообще дѣйствія и упущенія должника, совершенныя во вред кредиторам (10). В частности, оспариванію подлежат возмездныя сдѣлки, совершенныя должником с третьими лицами или в пользу третьих лиц, если должник имѣл намѣреніе причинить вред кредиторам (давность общая); безмездныя сдѣлки, совершенныя должником в теченіе 5 лѣт до предъявленія иска кредитором или до объявленія должника несостоятельным, хотя бы получившій безмездное предоставленіе не знал о намѣреніи должника причинить вред кредиторам; безмездныя сдѣлки, за исключеніем обычнаго средняго размѣра дареній, совершенныя в теченіе года до предъявленія иска или объявленія несостоятельным даже при отсутствіи намѣренія должника причинить вред кредиторам (3 ст.). При заключеніи сдѣлки с ближайшими родственниками и свойственниками (с супругом, родственниками должника и его супруга по прямой восходящей и нисходящей линіи, усыновителями и усыновленными обоих супругов, с братьями тѣх же лиц, с супругом указанных родственников и свойственников должника) предполагается, что указанныя лица знали о намѣреніи должника причинить вред кредиторам, пока не докажут противнаго (4). Право предъявленія иска о

[1]) В прохожденіи сего закона дѣятельное участіе принимал Д. Д. Гримм, бывшій докладчиком в Гос. Совѣтѣ по законопроекту. Ср. его статью „Оспариваніе актов, совершенных во вред кредиторам"—В. Гр. Пр. 1915, 6 и 7, а также изданіе Московскаго Комитета по изысканію мѣр против неплатежей: „Закон о переходѣ по договорам торговых и промышленных предпріятій", 1916 г.

признаніи недѣйствительными сдѣлок и др. дѣйствій должника, совершенных во вред кредиторам, принадлежит всякому кредитору, в пользу котораго состоялось подлежащее исполненію судебное рѣшеніе или учинена надпись о понудительном исполненіи—в случаѣ безуспѣшности взысканія на имущество должника и в том случаѣ, когда по обстоятельствам дѣла окажется, что обращеніе взысканія не может привести к полному удовлетворенію кредитора, а в отношеніи лиц торгующих и в случаѣ прекращенія ими платежей; по объявленіи должника несостоятельным, право иска принадлежит присяжн. попечителю и конкурсному управленію (1). Оспоренныя сдѣлки признаются недѣйствительными лишь в отношеніи отдѣльных кредиторов и конкурсной массы, оспоривших их (5), причем третье лицо, получившее имущество должника, возвращает отдѣльному кредитору имущество или стоимость его в размѣрах присужденнаго ему требованія, а если таковой иск был предъявлен со стороны конкурса, то возвращает все имущество или стоимость его в конкурсную массу; добросовѣстное третье лицо, получившее безмездное предоставленіе от должника, возвращает послѣднее лишь в предѣлах его обогащенія ко дню предъявленія иска (6). Третье лицо, возмездная сдѣлка котораго с должником признана недѣйствительной по иску отдѣльнаго кредитора, в правѣ требовать возврата уплаченнаго им должнику только с сего послѣдняго; если же возмездная сдѣлка признана недѣйствительной по иску конкурса, то может требовать с конкурсной массы в части обогащенія конкурсной массы с означеннаго лица (7).

## 2. *Противорѣчіе сдѣлки общественному порядку*[1]).

О недѣйствительности сдѣлок, противорѣчащих общественному порядку в отличіе от закона и нравственности, говорит § 1133 Фр. Гр. Код, и ст. 1528 т. X ч. 1. Понятіе „общественнаго порядка“, как отличнаго от закона и нравственности (и добрых нравов) критерія дѣйствительности сдѣлок, принадлежит к наименѣе опредѣленным и вымирающим понятіям.

Понятіе общественнаго порядка отождествляют с порядком публичным (Синайскій). Послѣднее понятіе встрѣчается в международном правѣ, гдѣ особо подчеркивается (защитная оговорка) недопустимость примѣненія норм иностраннаго права, в случаѣ противорѣчія их публич-

[1]) Против внѣзаконных критеріев дѣйствительности юридической сдѣлки—общественнаго порядка, нравственности, добрых нравов и доброй совести, в нашей литературѣ рѣшительно высказывается I. A. Покровскій, см. „Основныя проблемы“, стр. 243 и сл., его статьи—„Юридич. сдѣлки в проектѣ гражд. ул.“, В. Пр. 1904 г., 1; „Принудительный альтруизм“, В. Пр. 1902 г., 2; „Справедливость. усмотрѣніе и судеб. опека“, В. Пр. 1899 г., 10.



ному порядку даннаго государства. Но и здѣсь это понятіе постепенно исчезает[1]). И на самом дѣлѣ, если отождествлять общественный порядок с публичным порядком, тогда необходимо встать на точку зрѣнія швейцарскаго гражд. улож., которое в ст. 19 обяз. пр. упоминает об общественном порядкѣ в смыслѣ закона, регулирующаго общественный порядок. В таком случаѣ мы имѣем не особый критерій дѣйствительности сдѣлок (или допустимости примѣненія иностраннаго права) наряду с законом и нравственностью, а лишь часть болѣе общаго критерія: закона, законом установленнаго порядка (публичнаго, общественнаго и частнаго). Лоран понимает под общественным порядком общественный интерес, но это понятіе столь же неопредѣленно, как и первое.

## 3. *Противорѣчіе сдѣлки нравственности.*

Содержаніе юридической сдѣлки не должно находиться в противорѣчіи с требованіями нравственности.

Что разумѣется под послѣдним понятіем? Нравственность народных масс или нравственность культурнаго меньшинства? На послѣдней точкѣ зрѣнія стоит Колер, у нас—Синайскій. „Право стоит на той почвѣ, на которой стоят духовные руководители народные, а не в низинах и не на ступени тѣх, которые высшими идеями жертвуют ради денег и выгод“, говорит Колер[2]). Обращаясь к опредѣленію безнравственных сдѣлок, Колер указывает: „Безнравственно все то, что противорѣчит чести и безупречности профессіи, добросовѣстности и порядочности промысла; безнравственен договор, устанавливающій обязательство содѣйствовать извѣстному рѣшенію парламента; безнравственен договор, в силу котораго член парламента или публицист обязуется выступать в защиту извѣстных взглядов и т. д. Во всѣх этих случаях руководителем может быть только свободное убѣжденіе“. Безнравственен „всякій договор, противорѣчащій человѣческому достоинству, между прочим и такой, которым кто либо настолько отказывается от своей свободы, что его личность перестает быть самостоятельной личностью. По этой мѣркѣ приходится судить о всѣх договорах, в силу которых кто либо обязуется не мѣнять своего мѣстопребыванія, служить долгіе годы, или совсѣм не заниматься каким либо ремеслом... Не дѣйствительно обѣщаніе не жениться или не прощать обид и не идти на мировую“[3]).

[1]) Ср. Брун—„Общественный порядок в международном частном правѣ“ Ж. М. Ю. 1916, в особ. стр. 76.

[2]) Гражд. право Германіи, 1917. Иначе Новицкій. Он полагает, что цѣлесообразнѣе руководствоваться не воззрѣніями низов и верхов, а нѣкоторым средним уровнем—В. Гр. Пр 1916, 6, стр. 68 прим.

[3]) Там же, 198, 199.

Заключившій безнравственную сдѣлку не может требовать исполненія договора и даже возвращенія исполненнаго, если таковое имѣло мѣсто (ср. 1131 ст. франц. гражд. код., Гр. К. Д. 1890—7 и 1904—84[1]).

Безнравственныя сдѣлки могут быть двухсторонне безнравственными, напр., подкуп, договор о контрабандѣ, и односторонне безнравственными, наприм., сдѣлки ростовщическія, плата за труд натурою и т. п.

Из них особаго упоминанія заслуживают сдѣлки ростовщическія. Ростовщическою сдѣлкою называется такая сдѣлка, когда один контрагент, пользуясь нуждой, неопытностью или несчастьем другого, побудит его к заключенію необычайно невыгодной для него сдѣлки. Два момента характеризуют такую сдѣлку: субъективный—намѣреніе воспользоваться нуждою другого и объективный—чрезвычайная невыгодность сдѣлки.

Борьба с ростовщическими сдѣлками, однако с довольно сомнительным успѣхом, тянется со времен римскаго права и до наших дней.

Так, уже в законах XII таблиц содержится запрещеніе брать проценты выше одной 12-й части капитала (восемь и одна треть %), взимавшіе высшій процент—обязаны вернуть излишне взятое вчетверо. В IV в. до Р. Х. высшій процент был уменьшен вдвое, а затѣм взиманіе процентов было совсѣм воспрещено, но вскорѣ было вновь разрѣшено с установленіем максимума в 12%. Юстиніан понижает размѣр процентов вдвое (до 6), запрещает анатоцизм (взиманіе процентов на проценты), ограничивает общую сумму процентов размѣрами капитальнаго долга и т. п. Одновременно проводится ряд других мѣр, направленных на борьбу с тѣм же злом. Діоклетіан вводит laesio enormis, согласно которому продавец недвижимости, получившій за нее менѣе половины стоимости, может требовать уничтоженія договора продажи; имп. Анастасій проводит извѣстный lex Anastasiana, согласно которому при цессіи требованій цессіонар не может взыскивать с должника больше того, что сам заплатил.

В средніе вѣка церковь совсѣм запрещала брать проценты, что вело, конечно, к развитію обходных путей и только ухудшало дѣло.

Великая французская революція законом 3—12 окт. 1789 года объявила свободу взиманія процентов, но уже закон 1807 г. возстановил предѣл дозволенных процентов (пять процентов и для торговли шесть процентов); закон 1850 г. установил уголовную отвѣтственность для ростовщиков по промыслу, а закон 1886 г. освободил торговлю от всякаго предѣла процентов.

В Германіи закон 1867 г. отмѣнил ограниченія процентов, но уже законом 1880 г. введен был maximum процентов и запрещено полученіе чрезмѣрной выгоды по всякой кредитной сдѣлкѣ; законом 1893 г. эти

[1]) Архив, 1, 77 (Литауэр).



мѣры были еще усилены: введена уголовная отвѣтственность за профессіональное ростовщичество и объявлены недѣйствительными всякія сдѣлки, если они содержат использованіе нужды или неопытности другого и если их заключеніе составляло промысел. § 138 герм. гр. ул. содержит соотвѣтствующую норму. „Сдѣлка, противная добрым нравам, ничтожна. В особенности ничтожна сдѣлка, в силу которой одно лицо, эксплоатируя нужду, легкомысліе или неопытность другого, выговаривает себѣ или постороннему такія имущественныя выгоды, которыя настолько превышают его обязанность, что при обстоятельствах даннаго случая стоят с послѣдним в очевидном несоотвѣтствіи".

Вслѣд за герм. гр. ул. появилась аналогичная статья и в шв. гр. ул. „Если в договорѣ, заключеніе котораго было вызвано тѣм, что одна сторона воспользовалась нуждою, неопытностью или легкомысліем другой, существует очевидное несоотвѣтствіе между взаимными обязанностями, то сторона потерпѣвшая в теченіе года может заявить об отказѣ от договора и потребовать то, что уже было уплачено, (ст. 21 обяз. пр.).

По русскому законодательству до 1871 г. было воспрещено взимать свыше 6% (и в настоящее время законный процент—6 на 100 годовых). В 1879 г. это ограниченіе было отмѣнено, но в 1893 г. вновь возстановлено в видѣ наказанія за взиманіе свыше 12%[1]).

### *4. Противорѣчіе сдѣлки добрым нравам.*

Содержаніе юридической сдѣлки не должно противорѣчить добрым нравам (благочинію—по выраженію нашего закона).

Нѣкоторые ученые отождествляют добрые нравы с нравственностью (Лотмар, Колер, Энекцерус, Эртман, у нас Синайскій и др.). Другіе (как Леонгард, Дернбург, Планк, у нас Новицкій) различают добрые нравы от нравственности.

Добрые нравы—установившіеся в практикѣ представленія общества о благѣ, честности, порядочности и общественном благоприличіи. Они отличаются от нравственности: они могут быть безразличны с нравственной точки зрѣнія, напр., правила приличія или даже безнравственны, как, напр., скупость, жадность (Новицкій).

Категорія добрых нравов извѣстна римскому праву (boni mores), франц. гр. кодексу (§ 1133), нашему X тому (1528 ст.), но в особенности выдвигает ее герм. гр. уложеніе.

„Сдѣлка, противная добрым нравам, ничтожна"—гласит § 138 герм. гр. уложенія, а § 826 содержит постановленіе: „кто каким либо против-

[1]) См. Покровскій—„Основныя проблемы", стр. 256 и сл.

ным добрым нравам образом умышленно причинит другому вред, тот обязан этот вред возмѣстить“ [1]).

К дѣятельности, противной добрым нравам, относят и недобросовѣстную конкуренцію (concurrence deloyale).

Ст. 1 герм. закона 7 іюня 1909 г. „о пресѣченіи недобросовѣстной конкуренціи“ дает защиту притязанію (о прекращеніи дѣйствій и вознагражденіи за убыток) против лица, „которое предпринимает в кругу своего дѣлового оборота, в цѣлях конкуренціи дѣйствія, оскорбляющія добрые нравы [1]).

### 5. *Противорѣчіе сдѣлки доброй вѣрѣ, доброй совѣсти*—bona fides (Gute Glaube).

Требованіе соотвѣтствія содержанія сдѣлки доброй совѣсти ведет свое происхожденіе из римскаго права. На смѣну строгаго формализма первоначальнаго римскаго права (strictum jus), в котором буква преобладала над внутренним смыслом сдѣлки, римляне создали отношенія, основанныя на доброй совѣсти, при которой содержаніе сдѣлки и ея юридическія послѣдствія опредѣлялись не буквальным содержаніем, а дѣйствительным намѣреніем сторон (bona fides). Процессуальным средством для этого служило exceptio doli (в пандектном правѣ e. d. generalis). Таким образом, понятіе доброй совѣсти в субъективном смыслѣ служило к охранѣ дѣйствительнаго содержанія сдѣлки. Кромѣ того, это же понятіе и связанное с ним exceptio doli послужило римскому претору средством для проведенія начал справедливости в гражданском оборотѣ—честности и добропорядочности отношеній в интересах общественных—bona fides в объективном смыслѣ. Современное право кладет указанный критерій в основу пользованія правом вообще (§ 2 шв. гр. ул.), толкованія договоров и исполненія обязательств в частности (§§ 156 и 242 герм. гр. ул. и 1539 т. X ч. 1), а также пониженія договорной неустойки (§ 343 герм. гр. ул.) и др. Критерій доброй совѣсти требует согласованности частных интересов с интересами общественными, представляет предѣл индивидуалистических начал в гражданском оборотѣ [3]).

---

[1]) О значеніи 826 ст. герм. гр. ул. см. ст. Сливицкаго—„Право на честное к себѣ отношеніе“.—Сборник памяти Г. Ф. Шершеневича. В частности противными добрым нравам германская судебная практика считает ложь, предательство, подкуп, невѣрность данному слову, обман, надувательство, обираніе и эксплоатацію ближних, дѣйствія ради простого пакостничества, из мести, из зависти, из желанія угодить, выслужиться, злоупотребленіе экономической свободой посредством корыстной эксплоатаціи или угнетенія других и т. п.

[2]) Указан. закон. 7 іюня 1909 г. напечатан в Ж. М. Ю. 1910, 1, стр. 225 и сл.

[3]) См. Новицкій—„Принцип доброй совѣсти в проектѣ обязат. права“, В Гр. Пр. 1916 г., кн. 6—8 (в частности, книга 6, стр. 68).



### *Неосуществимость цѣли юридической сдѣлки.*

Невозможность осуществленія цѣли сдѣлки должна относиться к существу сдѣлки, к содержанію обязательства, а не к мотиву ея, напр., обязательство перепрыгнуть Альпы, обязательство вывезти хлѣб за-границу, при запрещеніи такого вывоза. Необходимо отличать невозможность осуществленія цѣли от невозможности исполненія обязательства (о послѣднем в обязательств. правѣ, ср. § 815 герм. гр. ул.). Ст. 2151 т. X ч. 1 говорит о недопущеніи к учрежденію компаніи, предмет коей представляется „явно несбыточным“.

### *Недѣйствительность юридических сдѣлок.*

Юридическія сдѣлки, не удовлетворяющія установленным объективным правом требованіям, недѣйствительны.

Различают два основных вида недѣйствительности юридической сдѣлки: ничтожность и оспоримость.

Ничтожность юридической сдѣлки. — Ничтожность юридической сдѣлки наступает в силу закона, для этого не требуется судебнаго рѣшенія. Если сдѣлка дойдет по какому либо вопросу до суда, сам суд ex officio должен признать ее ничтожной, хотя бы стороны и не спорили против ея дѣйствительности. Если возбуждается сомнѣніе в ничтожности сдѣлки — его разрѣшает суд. Ничтожность сдѣлки дѣйствует с момента ея совершенія. Сдѣлка как бы не существует. И стороны могут совершить о том же предметѣ другую сдѣлку, без уничтоженія первой. На ничтожность сдѣлки может ссылаться и всякое третье заинтересованное лицо. Ничтожность дѣйствует не только в отношеніи контрагентов по сдѣлкѣ, но и всѣх третьих лиц, т. е. носит абсолютный харахтер. По общему правилу, сдѣлки ничтожныя не могут стать дѣйствительными послѣдующим подтвержденіем их по устраненіи основанія их ничтожности. Однако, положительныя законодательства допускают отступленія от приведеннаго положенія (ср., напр., относительно брака § 165 фр. гр. код. и 1325, 2325 герм. гр. ул.).

Конверсія—превращеніе недѣйствительной сдѣлки в дѣйствительную, когда есть основанія по обстоятельствам дѣла полагать, что если бы стороны знали о недѣйствительности заключенной ими сдѣлки, совершили бы и ту, другую, в которую может быть превращена первая, напр., ничтожный вексель может быть превращен в долговую расписку и т. п.

Оспоримость юридической сдѣлки. — Оспоримость есть недѣйствительность юридической сдѣлки, признаваемая судом по спору заинтересованных лиц. При этом и не всѣ заинтересованныя лица

имѣют право оспаривать сдѣлку, а только опредѣленныя лица [1]), напр., малолѣтній заключил сдѣлку, он может ее оспорить, но не его контрагент-совершеннолѣтній, третье лицо в случаѣ причиненія ему ущерба и в размѣрах послѣдняго, напр., при сдѣлкѣ во вред кредиторам. Таким образом, недѣйствительность сдѣлки носит в данном случаѣ относительный характер.

Оспоримая сдѣлка признается недѣйствительной с момента ея совершенія, а не с момента рѣшенія суда, но не оспоренная—она имѣет полный юридическій эффект. Возможно подтвержденіе юридической сдѣлки лицами, коим принадлежит право на ея оспариваніе. В таком случаѣ она считается дѣйствительной с момента совершенія. Герм. гр. ул. признает ничтожными сдѣлки с молчаливой оговоркой, извѣстной противной сторонѣ, мнимыя сдѣлки, несерьезныя волеизъявленія, сдѣлки, не облеченныя в предписанную законом форму, противныя закону и добрым нравам (§ 116, 117, 118, 125, 134, 138), оспоримыми—ошибочныя волеизъявленія, невѣрно переданныя, притворныя, совершенныя под вліяніем обмана, угрозы (§ 117, 119, 120, 123).

Наше законодательство знает ничтожныя (1529 ст. т. X ч. 1 и 707 Уст. Гр. С.) и оспоримыя (219, 2014 ст. т. X ч. 1 и 706 ст. Уст. Гр. С.) сдѣлки, хотя и не проводит точной границы между ними. В общем, в основу различія ничтожности и оспоримости наше право кладет общій и индивидуальный интерес.

Абсолютная и относительная недѣйствительность сдѣлки.—Недѣйствительность сдѣлки, как уже выше указывалось, носит характер абсолютный и относительный. Под абсолютной недѣйствительностью разумѣется недѣйствительность сдѣлки по отношенію ко всѣм третьим лицам, а под относительной—лишь в отношеніи нѣкоторых лиц. Обычно отождествляют абсолютную недѣйствительность с ничтожностью, а относительную недѣйствительность с оспоримостью (см. Шершеневич, Гамбаров).

Полная и частичная недѣйствительность сдѣлки.—Полная недѣйствительность имѣет мѣсто, когда недѣйствительностью поражена вся сдѣлка, неполная—когда недѣйствительна только часть ея, а в остальных частях сдѣлка дѣйствительна. Но и частичная недѣйствительность может повлечь недѣйствительность всей сдѣлки, если недѣйствительная часть является существенной для сдѣлки и не может быть выдѣлена из состава сдѣлки. В противном случаѣ сдѣлка является дѣйствительной во всѣх остальных частях. Так, 1029 ст. т. X, ч. 1 постановляет, что если в духовном завѣщаніи допущены противныя законам

[1]) Так, по франц. праву недѣеспособные и совершившіе сдѣлку под вліяніем ошибки, обмана, принужденія. В послѣдних случаях допускает оспоримость и нѣмецкое право и нѣк. др.



распоряженія, то эти распоряженія недѣйствительны, всѣ же прочія—дѣйствительны. Этот принцип распространяется и на другія сдѣлки, 76—342 (ср. Шершеневич, Синайскій). Нѣсколько иначе рѣшает вопрос (и правильнѣе) герм. гр. уложеніе. Оно принимает во вниманіе кромѣ того (предполагаемую) волю сторон: ничтожность части сдѣлки влечет за собой ничтожность всей сдѣлки, если только нельзя признать, что стороны заключили бы сдѣлку без опорачивающей ея части (§ 139).

## *Толкованіе юридических сдѣлок.*

Толкованіе юридических сдѣлок, как и толкованіе закона, проходило различныя стадіи развитія. Прежде всего, примѣнялось буквальное (строго формальное) толкованіе—толкованіе по буквѣ сдѣлки. На смѣну его выдвинулось толкованіе сдѣлок по намѣренію сторон, т. е. по дѣйствительному смыслу сдѣлки (bona fides, gute Glaube или Treu und Glauben в субъективном смыслѣ, т. е. по доброй совѣсти в субъект. смыслѣ—теорія воли). Наконец, в послѣднее время выдвигается толкованіе сдѣлки в согласіи с обычаями гражданскаго оборота (Treu und Glauben, bona fides, добрая совѣсть в объективном смыслѣ). Изъявленіе воли в сдѣлкѣ толкуется в соотвѣтствіи с тѣм, как обычно понимаются подобныя изъявленія, как обычно поступают в подобных случаях и т. п. (теорія оборота). Обычаи гражданскаго оборота—взгляды, выработавшіеся в дѣловых отношеніях гражданскаго оборота и вылившіеся в извѣстные навыки, обычаи. Они представляют разновидность нравов, нормируют отношенія, возникающія в гражданском оборотѣ [1]). Под послѣдними мы понимаем разнообразныя отношенія людей друг к другу в частно-правовой сферѣ.

§ 133 герм. гр. ул. содержит постановленіе: „при толкованіи волеизъявленія, должно изслѣдовать истинную волю сторон, а не придерживаться одного буквальнаго смысла выраженій". Комментаторы гражд. ул. толкуют эту статью в смыслѣ предпочтенія дѣйствительнаго смысла сдѣлки буквальному, а не в смыслѣ примата воли, предпочтенія воли изъявленію, ибо ст. 157 того же уложенія гласит: „договор слѣдует толковать согласно требованіям доброй совѣсти и принимать во вниманіе обычаи гражданскаго оборота". В послѣдней статьѣ, несомнѣнно, подчеркивается объективный элемент.

Наше законодательство значительно отстало в этом вопросѣ. Оно требует прежде всего толкованія договоров (о толкованіи других сдѣлок или сдѣлок вообще наше законодательство умалчивает) по словесному, т. е. буквальному смыслу (1538 ст.) и только в случаѣ возникновенія важных сомнѣній в словесном смыслѣ, договоры должны быть

[1]) См. Новицкій—„Обычаи гражданскаго оборота в проектѣ обязат. права", В. Гр. П. 1916, 6.

изъясняемы по намѣренію и доброй совѣсти (1539 ст.), причем под послѣдними разумѣется разум всего договора (п. 3, 1539 ст.). Таким образом, наше законодательство стоит на точкѣ зрѣнія отысканія истиннаго смысла сдѣлки, дѣйствительнаго намѣренія сторон. Но в качествѣ дополнительнаго источника восполненія подробностей договора разрѣшает руководствоваться обычаями (п. 4 ст. 1539). И наконец, в случаѣ невозможности опредѣленно истолковать договор предлагает толковать его в пользу принявшаго на себя обязательство (in favorem debitoris) (п. 5 ст. 1539).

## *Представительство* [1]).

Юридическую сдѣлку можно совершить или лично или через другое лицо. Право совершить юридическую сдѣлку от имени другого лица и за его счет называется правом представительства.

Лицо, поручающее другому совершеніе юридической сдѣлки от своего имени, называется представляемым (принципалом, патроном), а лицо совершающее от имени и за счет перваго юридическую сдѣлку, называется представителем. Представитель занимает правовое положеніе представляемаго в извѣстной области юридических отношеній. Римское право не допускало представительства. Каждый правоспособный гражданин совершал юридическую сдѣлку сам за себя. В основѣ лежала римская идея о чисто личном характерѣ обязательств, о непередаваемости послѣдних. Но необходимость заставила все же римлян допустить представительство за неправоспособных—малолѣтних, безумых (и в нѣкоторых других исключительных случаях)—что и было установлено законом, так называемом, законное представительство родителей, опекунов, попечителей. Развивающіяся потребности гражданскаго оборота уже в новое время заставили постепенно допустить, в видѣ общаго правила, и представительство за правоспособных граждан (по соглашенію с послѣдними)—так называемое добровольное представительство. Наконец, современное право знает и чисто фактическое представительство, так называемое представительство без полномочія.

Бухка, а за ним Унгер, Виндшейд, Лабанд, Бринц и др. учат, что сдѣлку совершает исключительно представитель, представляемый в совершеніи послѣдней не принимает никакого участія, поэтому при обсужденіи дѣйствительности сдѣлки вслѣдствіе пороков воли и т. п. принимается во вниманіе лишь личность представителя (так назыв. Re-

[1]) См. Анненков—„Система", 1, 1894 г., 455 и сл. Нерсесов—„Понятіе добровольнаго представительства в гражд. правѣ", Шершевскій—„Ученіе о представительствѣ в современной германской цивилистикѣ", Ж. М. Ю., 1912, 5,



praesentationstheorie). Но для объясненія возникновенія прав и обязанностей из сдѣлки, заключенной представителем, в лицѣ представляемаго, авторы этой теоріи выдвигают фикцію, что представляемый по отношенію к послѣдствіям сдѣлки разсматривается как контрагент по сдѣлкѣ (в совершеніи которой он не участвовал) и потому всѣ послѣдствія по сдѣлкѣ падают на представляемаго. Савиньи, а за ним Дернбург, Гелльман и нѣкот. др. выдвигают другую теорію. Они учат, что представитель есть безвольное орудіе передачи воли представляемаго. Единственно дѣйствующим в сдѣлкѣ они считают принципала (тоже фикція). Слѣдовательно и всѣ условія для дѣйствительности сдѣлки должны быть в лицѣ принципала, а не представителя.

Таким образом, обѣ приведенныя теоріи построены на элементѣ воли (волевыя теоріи, Willenstheorien). Согласно первой—сдѣлка через представителя является исключительно результатом воли представителя, согласно второй—исключительно результатом воли представляемаго.

Третья теорія (Миттейс, Леонгард, Днистранскій) выдвигает положеніе, что создателем юридической сдѣлки являются оба: и представитель, и представляемый. Третье лицо, заключая сдѣлку с представителем, имѣет в виду принципала и полагает (вѣрит), что заключаемая сдѣлка соотвѣтствует как волѣ представителя, так и принципала (теорія довѣрія, оборота—Vertrauens-Verkehrstheorie). И поэтому для дѣйствительности сдѣлки требует отсутствія пороков воли, как со стороны представляемаго, так и представителя.—Послѣдняя теорія представляется нам наиболѣе правильной.

Представительством создаются двоякаго рода отношенія: внѣшнія —между представителем и контрагентом по сдѣлкѣ и внутреннія— между представителем и представляемым.

Внѣшнія отношенія основываются на полномочіи представляемаго (или закона), которое представляет одностороннее волеизъявленіе. Представитель дѣйствует от имени и за счет представляемаго и создает непосредственныя отношенія между представляемым и контрагентом по сдѣлкѣ, т. е. пріобрѣтает права для представляемаго и обязывает послѣдняго, хотя бы его дѣйствія (в предѣлах полномочія) и приносили вред представляемому.

Полномочіе может быть дано и в видѣ заявленія о том лица представляемаго (явное полномочіе) или же вытекать из всей обстановки (молчаливое, конклюдентное или презумптивное полномочіе).

Внутреннія отношенія между представителем и представляемым основываются на договорѣ (порученія) или законѣ (опека, попечительство). Порученіе необходимо отличать от полномочія. Согласно договору порученія, представитель должен дѣйствовать или исключительно в пользу представляемаго (договор довѣренности, личный наем и др.)

или в пользу свою и представляемаго (напр., дѣятельность товарища-распорядителя при договорѣ товарищества) или исключительно в свою пользу (procurator in rem suam римскаго права, „разрѣшеніе“ современнаго права).

По общему правилу, полномочіе подлежит отобранію по усмотрѣнію уполномочившаго, за исключеніем случаев: 1) когда полномочіе дано товарищу на основаніи договора товарищества; такое полномочіе может быть отнято только в порядкѣ, установленном для веденія дѣл товарищества и 2) когда полномочіе дано в интересах уполномоченнаго (Колер). Лишеніе полномочія (довѣренности) с обязательною для третьих лиц силою производится через судебную публикацію.

В теоріи Іеринг первый отмѣтил, что надлежит различать порученіе и полномочіе в представительствѣ, а Лабанд доказал их полную независимость друг от друга. С точки зрѣнія господствующей теоріи, полномочіе есть одностороннее волеизъявленіе (Ленель, Гупка, Бирман, Розенберг и др.). Полномочіе—по ученію Розенберга—есть согласіе на результат дѣятельности представителя. Оно служит обоснованіем того, что созданныя дѣятельностью представителя послѣдствія падают на принципала.

Вызывает разногласіе вопрос о роли и значеніи представителя в юридической сдѣлкѣ. Савиньи разсматривает представителя как простого передатчика воли принципала—представителя в изложеніи, нунція. Большинство же ученых (Виндшейд, Лабанд, Регельсбергер, Миттейс, у нас Шершеневич) различают простого передатчика и представителя, разсматривая послѣдняго, как представителя в волѣ, осуществляющаго свою волю в предѣлах полномочія. В послѣднее время Шлоссман, Розенберг, у нас Синайский отрицают такое различіе, но уже с противоположной точки зрѣнія, нежели Савиньи, указывая, что и передатчик (нунцій) и представитель осуществляют свою волю и замѣщают представляемаго.

Представительство называют прямым или непосредственным, когда представитель открыто дѣйствует от имени представляемаго и всѣ послѣдствія сдѣлки возникают для послѣдняго.

Нѣкоторые ученые выдвигают еще косвенное или скрытое представительство, когда представитель внѣшне заключает с контрагентом сдѣлку от своего имени, но внутренне для другого и затѣм результаты послѣдней передает путем новой сдѣлки скрытому представляемому (Шлоссман, у нас Гордон). Мы выше говорили о возможности сдѣлок на скрытаго контрагента (через подставное лицо), но в таком случаѣ представитель не является для контрагента скрытым, ибо с вѣдома послѣдняго представитель выступает внѣшне, как контрагент (от своего имени), являясь в силу внутренних отношеній представителем дѣйствительнаго контрагента. Если же кто либо совершает от своего имени на себя сдѣлку и его контрагенту неизвѣстны внутреннія отношенія его к третьему лицу—представляемому, здѣсь нѣт представительства вообще, как дѣятельности от чужого имени (Унгер, Лабанд, Бринц, Миттейс, Розенберг, у нас Анненков и друг.) [1]).



Возможно представительство и без полномочія. Основаніем возникновенія отношеній между представителем и представляемым является здѣсь самый факт веденія чужих дѣл без полномочія представляемаго или закона. В нѣкоторых случаях такое фактическое вмѣшательство в чужія дѣла признается не только желательным, но и необходимым (в случах фактической невозможности для хозяина вести свои дѣла—его отсутствія, болѣзни и т. д.), что и создает основаніе для института фактическаго представительства. Послѣдующее одобреніе—ratihabitio хозяина ставит представителя без полномочія в положеніе полномочнаго представителя и отсутствіе ratihabitio не лишает фактическаго представителя права на возмѣщеніе необходимых и полезных издержек, понесенных им в интересах представляемаго.

Согласно § 1998 фр. гр. код., § 164 герм. гр. улож. и 2326 ст. т. X, ч. 1 права и обязанности по сдѣлкѣ, заключенной представителем, непосредственно возникают в лицѣ представляемаго.

По общему правилу, всѣ юридическія сдѣлки можно совершать через представителя, за исключеніем немногих, положительно указанных в законѣ. По нашему законодательству нельзя, напр., совершать через представителя брак (31 ст. т. X ч. 1), узаконеніе дѣтей (1460, Уст. Гр. Суд.), духовное завѣщаніе (1036 и 1046 ст. т. X ч. 1) и нѣкот. др.

Германское гражданское уложеніе и наше право различают нунція от представителя и разсматривают послѣдняго, как представителя в волѣ, осуществляющаго свою волю в предѣлах полномочія. Однако, и германское гражд. уложеніе (§ 165), и наш Сенат (83—118), в интересах оборота признают, что отсутствіе дѣеспособности представителя не опорачивает сдѣлки.

Постановленія гражд. кодекса Р.С.ФС.Р. Гр. кодекс Р.С.Ф.С.Р содержит слѣдующія постановленія о юридической сдѣлкѣ.

Кодекс опредѣляет сдѣлку, как дѣйствіе, направленное на установленіе, измѣненіе или прекращеніе гражданских правоотношеній. Сдѣлки могут быть односторонними и взаимными. Они могут быть совершены на словах или на письмѣ. Послѣднія дѣлятся: 1) на простыя, 2) засвидѣтельствованныя и 3) нотаріальныя, т. е. „совершенныя в нотаріальном органѣ и внесенныя в нотаріальную актовую книгу“. Несоблюденіе требуемой законом формы влечет недѣйствительность сдѣлки только в слу-

[1]) Нѣкоторые допускают возможность косвеннаго представительства с кумулятивной (добавочной) отвѣтственностью представителя (Мюллер-Ерцбах, у нас Пергамент и Синайскій).

чаях, прямо указанных в законѣ. Недѣйствительны сдѣлки: 1) совершенныя лицами недѣеспособными или временно неспособными понимать значеніе своих дѣйствій, 2) совершенныя с цѣлью противной закону или в обход закона, 3) направленныя к явному ущербу для государства, 4) совершенныя по соглашенію сторон для виду и без намѣренія породить юридическія послѣдствія. При наличности притворной сдѣлки примѣняются положенія, относящіяся к той сдѣлкѣ, которая дѣйствительно имѣлась в виду. Могут требовать по суду признанія сдѣлки недѣйствительной: 1) лица, совершившія сдѣлку под вліяніем обмана, угрозы, насилія или вслѣдствіе злонамѣреннаго соглашенія их представителей с противной стороной, а также вслѣдствіе заблужденія, имѣвшаго существенное значеніе, 2) потерпѣвшіе подлежащіе государственные органы и общественныя организаціи, когда лицо под вліяніем крайней нужды вступило в явно невыгодную для себя сдѣлку (во втором случаѣ просьба может быть направлена на прекращеніе сдѣлки на будущее время). Сдѣлка, признанная недѣйствительной, считается таковой с момента ея совершенія. Недѣйствительныя части сдѣлки не затрагивают прочих ея частей, поскольку можно предположить, что сдѣлка была бы совершена и без включенія первых. Допускается совершеніе сдѣлок через представителей, поскольку послѣднее прямо не воспрещено законом. Сдѣлки, совершенныя представителем от имени представляемаго, в предѣлах полномочія, обязывают послѣдняго и порождают непосредственно для него права и обязанности. Представитель не может совершить сдѣлки от имени представляемаго ни с собой лично ни с третьим лицом, представителем котораго он одновременно является. Сдѣлка признается совершенной под отлагательным условіем, когда права и обязанности, установляемыя сдѣлкою, должны наступить с наступленіем условія,—под отмѣнительным условіем, когда права и обязанности, устанавливаемыя сдѣлкою, должны прекратиться с наступленіем условія. Условно-обязанный не должен своими дѣйствіями ухудшать или уничтожать зависящее от условія право, в противном случаѣ обязан возмѣстить убытки. Если наступленію условія недобросовѣстно воспрепятствовала сторона, которой выгодно ненаступленіе условія, то условіе считается наступившим. Если наступленію условія содѣйствовала сторона, которой выгодно наступленіе условія, условіе считается не наступившим (26—43).

## *Юридическія событія.*

Юридическія событія—такіе юридическіе факты, которые наступают или независимо от человѣческой воли или, хотя и при содѣйствіи послѣдней, но для которых дѣятельность воли не имѣет юридическаго значенія.



Юридическія событія многочисленны: в гражданском оборотѣ встрѣчается много житейских обстоятельств, независящих от воли человѣка и имѣющих юридическое значеніе. Среди них особенно важное значеніе имѣют рожденіе и смерть человѣка, теченіе времени, случай, непреодолимая сила.

### *Рожденіе и смерть.*

Факты жизни и смерти человѣка имѣют важныя юридическія послѣдствія и всѣ законодательства принимают мѣры к их установленію, как это и показано выше (метрики, записи актов гр. состоянія). Но в нѣкоторых случаях возникают сомнѣнія в наличности этих событій вообще или в моментѣ их наступленія, и законодательства принуждены прибѣгать к особым способам их установленія. Так, иногда возникает сомнѣніе, живым или мертвым родился ребенок, иногда представляется необходимым установить, как велика продолжительность жизни человѣка, напр., для опредѣленія вознагражденія за смерть или увѣчье, для оцѣнки пожизненной ренты и т. п. В нѣкоторых случаях, необходимо установить, жив или умер неизвѣстно гдѣ отсутствующій, пропавшій человѣк, напр., для опредѣленія судьбы его имущества. Иногда необходимо установить, кто из двух или нѣскольких совмѣстно погибших людей умер ранѣе другого, напр., для опредѣленія посмертнаго преемства родственников.

Для установленія факта рожденія ребенка живым современное право не вводит никаких предустановленных доказательств. Рожденіе ребенка живым можно доказывать всѣми извѣстными медицинѣ способами.

Для разрѣшенія других указанных вопросов нѣкоторыя законодательства вводят особыя правила, устанавливают извѣстныя презумпціи.

а) Так, для опредѣленія продолжительности жизни римское право установило извѣстную презумпцію в зависимости от возраста лица, напр., в возрастѣ до 20 лѣт продолжительность жизни предполагалась еще 30 лѣт, в возрастѣ от 20 до 25 лѣт, еще 28 лѣт, от 25 до 30 л.—25 л., от 30 до 35 л.—22 г., от 35 до 40 л.—20 лѣт и т. д. Эта презумпція была рецепирована в Св. Гр. Зак. губ. Прибалтійских. Глоссаторами была установлена презумпція столѣтней продолжительности жизни (1 56 D7), которая в XVII ст., на основаніи псалма 90 (89), была понижена до 70 лѣт [1]). Кодексы XX ст. не знают презумпціи продолжительности жизни. По современному праву в различных случаях различными способами могут быть опредѣляемы нужныя данныя, связанныя с продолжительностью жизни. Так, оцѣнка пожизненной ренты может

[1]) См. подробнѣе Дювернуа—„Чтенія“, стр. 308.

быть определена по капитализаціи ея из законных процентов (у нас законные проценты составляют 6 на 100, слѣдовательно, путем множенія годовой ренты на 16 и двѣ трети), взысканіе вознагражденія за увѣчье возможно в видѣ ежемѣсячной пенсіи пожизненно, до выздоровленія или наступленія указанных в законѣ обстоятельств или путем капитализаціи этой пенсіи (у нас в судебной практикѣ примѣняется капитализація по 10-лѣтней сложности) и т. п.

б) Что касается установленія факта жизни или смерти отсутствующаго лица, то для этого в современном правѣ установлен особый институт—признанія отсутствующаго умершим или безвѣстно отсутствующим.

В панденктном правѣ на основаніи вышеуказанной презумпціи продолжительности жизни было принято положеніе, что с наступленіем предѣльнаго возраста (70 л.) безвѣстно отсутствующаго можно считать умершим—презумпція смерти. Вслѣдствіе чего, послѣ разсмотрѣнія вопроса о безвѣстном отсутствіи судом, безвѣстно отсутствующій объявлялся судебным опредѣленіем умершим и в имуществѣ его открывалось наслѣдство.

По Французскому гражданскому кодексу о безвѣстном отсутствіи надлежит заявить суду, который принимает мѣры к розыску отсутствующаго и охранѣ его имущества. По истеченіи извѣстнаго срока (от 4 до 10 лѣт) суд, по просьбѣ заинтересованных лиц, объявляет пропавшаго безвѣстно отсутствующим и вводит наслѣдников во временное владѣніе его имуществом. По истеченіи 30 лѣт послѣ ввода или 100 лѣт со дня рожденія отсутствующаго временное владѣніе переходит в окончательное. Презумпція смерти относится ко дню исчезновенія отсутствующаго. Согласно закону 1899 г., при наличности достовѣрно извѣстнаго несчастнаго случая в копях или на морѣ, пропавшіе заносятся в число умерших в акты гр. состоянія без объявленія безвѣстно отсутствующим.

Германское гр. ул. устанавливает нѣсколько видов безвѣстнаго отсутствія: общій—по продолжительности отсутствія (10 лѣт, но не ранѣе 31 г. от роду для отсутствующаго, для 70-лѣтняго—5 л.), по нахожденію на войнѣ (3 г.) по плаванію на морѣ (1 г., 2 г. и 3 г.), вслѣдствіе других смертельных опасностей (3 г.). Установлено признаніе безвѣстноотсутствующаго по суду умершим, причем за момент смерти, если не установлено другое, принимается истеченіе 10 лѣт. срока, заключеніе мира, время гибели судна или время несчастнаго событія: до этого времени отсутствующій предполагается живым (ст. 12—19).

Швейцарское гр. ул. установило объявленіе безвѣстно отсутствующим путем судебнаго опредѣленія, если лицо пропало при обстоятельствах, грозивших ему смертельной опасностью или долго отсутствует вообще. Производство о безвѣстном отсутствіи может быть возбуждено



через 1 год послѣ того, как имѣл мѣсто факт смертельной опасности или через 5 лѣт послѣ послѣдних извѣстій о нем. Суд производит публикацію о вызовѣ, собирает свѣдѣнія об отсутствіи и по истеченіи годичнаго срока объявляет лицо безвѣстно отсутствующим,—что уравнивается по юридическ. послѣдствіям со смертью; объявленіе безвѣстно отсутствующим получает силу со дня смертельной опасности или со дня послѣдних извѣстій (35—38, 50). Кромѣ того, допускается внесеніе в акты гр. сост. факта смерти, если лицо пропало при таких обстоятельствах, которыя дают увѣренность в смерти (34).

По нашему праву, согласно ст. 1451 Уст. Гр. Суд., каждое лицо, имѣющее притязаніе к имуществу отсутствующаго, а также прокурорскій надзор, могут возбудить перед окр. судом по мѣсту нахожденія имущества отсутствующаго ходатайство о признаніи послѣдняго безвѣстно отсутствующим. Окр. суд, по разсмотрѣніи доказательств безвѣстнаго отсутствія, дѣлает распоряженіе о производствѣ публикаціи о безвѣстном отсутствіи, о вызовѣ наслѣдников и об учрежденіи опеки над имуществом. Если в теченіе 5 лѣт со дня указанной публикаціи отсутствующій не явится, окр. суд., по просьбѣ заинтересованных лиц, приступает к разсмотрѣнію дѣла о безвѣстном отсутствіи, причем вновь производит публикацію. Далѣе, окр. суд производит через одного из своих членов или мирового судью изслѣдованіе о безвѣстном отсутствіи, затѣм разсматривает дѣло с участіем прокурора и, в случаѣ доказанности, постановляет опредѣленіе о признаніи лица безвѣстно отсутствующим, каковое опредѣленіе публикуется во всеобщее свѣдѣніе. Лицо, признанное безвѣстно отсутствующим, сохраняет право в теченіе 10-лѣтняго срока явиться и получить свое имущество (1451—1460 ст. У. Гр. С. и 1244 ст. т. X, ч. 1). Из послѣдняго правила, в связи с прим. 1 к 1692 ст. т. X, ч. 1, говорящем об утратѣ безвѣстно отсутствующим „права на возвращеніе ему имущества“, со ссылкой на 1244 ст. т. X, ч. 1 и 1459 ст. Уст. Гр. Суд., надлежит придти к выводу, что имущество возвращается признанному безвѣстно отсутствующим только до истеченія указаннаго 10-ти лѣтняго срока. Слѣдовательно, послѣ этого срока в имуществѣ безвѣстно отсутствующаго открывается наслѣдство.

Брак расторгается вслѣдствіе 5-лѣтняго безвѣстнаго отсутствія со дня публикаціи о том (54 ст. т. X) [1]).

Согласно гражд. кодексу Р.С.Ф.С.Р. лицо, безвѣстно отсутствующее, может быть объявлено умершим, если со дня публикаціи о признаніи его отсутствующим прошло полных пять лѣт. Внесеніе такого лица в акты гражд. состоянія, как умершаго, производится на основаніи судебнаго рѣшенія, причем моментом смерти считается время вступленія в

[1]) В настоящее время, вслѣдствіе постановленія помѣстнаго собора россійской православной церкви 1917 г., срок этот сокращен до 3-х лѣт.

силу судеб. рѣшенія (12). Объявленный судом умершим в случаѣ явки имѣет право на полученіе всего оставшагося имущества, за исключеніем случая, когда неявка признана судом неизвинительной (ст. 26 декрета 17 іюня 1918 г.).

в) Необходимость установленія послѣдовательности смертей двух или нѣсколькихъ совмѣстно погибших людей имѣет значеніе для установленія наслѣдственнаго преемства среди них и послѣ них.

Римское право в этом случаѣ допускало законную презумпцію, что при одновременной смерти восходящіе считаются умершими ранѣе нисходящих, если послѣдніе совершеннолѣтніе и послѣ нисходящих, если послѣдніе несовершеннолѣтніе. Французскій кодекс устанавливает ряд презумпцій: до 17-лѣтняго возраста предполагается пережившим старшій, послѣ 60-лѣтняго—младшій. Если один из умерших моложе 15, другой старше 60 лѣт, то первый предполагается пережившим. В возрастѣ от 15 до 60 лѣт, при разницѣ не болѣе, чѣм на год, мужчина предполагается пережившим женщину. В других случаях, как общее положеніе, надлежит руководствоваться естественным порядком, что старшій умирает раньше младшаго.

Германское и швейцарское гражд. уложенія отвергли возрастную презумпцію и устновили презумпцію одновременной смерти лиц, погибших совмѣстно.

Наше законодательство обходит данный вопрос молчаніем. Надлежит признать допустимым установленіе в каждом отдѣльном случаѣ, по обстоятельствам дѣла, послѣдовательности смертей совмѣстно погибших. В случаѣ неустановленія послѣдовательности таких смертей, необходимо признать одновременность смерти совмѣстно погибших.

### *Время и исковая давность.*

Время имѣет громадное вліяніе на возникновеніе и прекращеніе правоотношеній. Теченіе времени, в связи с другими фактическими моментами, способно создавать и прекращать правоотношенія. Так, достиженіе совершеннолѣтія, т. е. истеченіе установленнаго в законѣ времени, сообщает человѣку дѣеспособность. Извѣстное право может принадлежать лишь в теченіе опредѣленнаго срока, напр., право на производство горных развѣдок принадлежит первому заявщику, согласно 332 ст. Уст. Гор., в теченіе 3-х или 2-х лѣт. Иногда самое право зависит от его осуществленія в теченіе извѣстнаго срока, напр., указанное право на горную развѣдку принадлежит первому заявщику, если к работам приступлено в теченіе года со дня выдачи дозволительнаго свидѣтельства на развѣдку (835 ст. Уст. Горн.). Нерѣдко извѣстныя фактическія отношенія с теченіем времени превращаются в права (пріобрѣтательная давность) и, наоборот, извѣстныя права вслѣдствіе неосуществленія их в теченіе



извѣстнаго періода времени лишаются судебной защиты (погасительная давность). Из приведенных институтов мы остановимся здѣсь только на погасительной или исковой давности.

Исковая давность.—Прежде господствовало мнѣніе, что существует единый институт давности, двѣ стороны котораго составляют давность пріобрѣтательную и давность погасительную или исковую. Это мнѣніе в настоящее время оставлено, давность погасительная и давность пріобрѣтательная разсматриваются как два самостоятельных института, независимых один от другого. И дѣйствительно, не совпадает область примѣненія той и другой и их дѣйствіе. Так, почти всѣ права могут быть потеряны с истеченіем срока давности, а пріобрѣсти путем давности можно лишь право собственности и нѣкоторыя вещныя права; права личныя, обязательственныя, семейныя и наслѣдственныя путем давности не пріобрѣтаются. Далѣе, пріобрѣтательная давность прекращает матеріальное право прежняго управомоченнаго, напр., пріобрѣтеніе права собственности по давности владѣнія прекращает право собственности прежняго собственника; погасительная давность не прекращает матеріальнаго права, а лишь погашает право судебной защиты, матеріальное же право остается, напр., непредъявленіе иска в теченіе 10 лѣт лишает исковое требованіе силы по ссылкѣ должника на истеченіе давности, но если должник уплатит по истеченіи давностнаго срока, он не может требовать обратно, как недолжно уплаченное.

Исковая или погасительная давность представляет истеченіе срока, с чѣм связана потеря права на иск.

Общій срок давности (как исковой, так и пріобрѣтательной—т. н. земской давности) у нас 10 лѣт (ст. 565 и 694, прил. ст. 1). Есть и сокращенные сроки—спеціальная давность, напр., 2-х годичный на оспариваніе духовнаго завѣщанія и купчей (1066[12], 1524 ст. т. X, ч. 1), сроки, указанные в 683 ст. т. X, ч. 1, (1 и 2 г.), вексельные сроки (5 л., 1 г. 6 м.), трехгодичный—для выкупа родовых имѣній (1363 ст. т. X, ч. 1), годичная давность о признаніи незаконности рожденія ребенка (ст. 1350 Уст. Гр. С.), 2-хгодичная давность по закону 2 іюня 1903 г. о вознагражденіи служащих и рабочих и нѣкотор. др.

По франц. кодексу (2262) и герм. гр. ул. (§ 195) общій срок давности—30 лѣт [1]).

Началом теченія давности является момент, с котораго возникает право на иск (ср. ст. 198 герм. гр. улож.—момент возникновенія притязанія). Относительно вещных прав таким моментом является нарушеніе права (03—29), относительно обязательственных — момент, когда может быть потребовано исполненіе обязательства. При безсрочных обя-

[1]) Герм. Гражд. Ул. разрѣшает сокращать сроки давности по соглашенію [§ 225]. Швейцарское гр. улож. запрещает это [§ 129 обяз пр.]. Наш Сенат высказался против.

зательствах давность начинает течь со времени предъявленія требованія к исполненію; при срочных и условных сдѣлках—с наступленіем срока или условія, при періодических платежах—давность исчисляется отдѣльно по каждому просроченному платежу (80—296), при длящемся правонарушеніи—с его окончанія.

Теченіе давности заканчивается в послѣдній день срока давности (десятилѣтней или сокращенной).

Теченіе давности может пріостанавливаться и прерываться.

Давность пріостанавливается на время существованія извѣстнаго препятствія, с устраненіем которого давность продолжает свое теченіе, как бы этого препятствія не существовало. Таким препятствіем по нашему законодательству является отсутствіе дѣеспособности у малолѣтних, умалишенных и глухонѣмых. Для малолѣтних — до достиженія ими совершеннолѣтія, а для умалишенных и глухонѣмых—до признанія их в установленном порядкѣ здоровыми и способными свободно изъяснять свою волю—теченіе давности пріостанавливается; с достиженіем же совершеннолѣтія и признанія дѣеспособности указанным лицам предоставляется оставшійся до истеченія давности от их предшественников срок на предъявленіе иска, но не менѣе двух лѣт (п. 2 прил. к прим. ст. 694), причем Сенат разъяснил, что одно и то же положеніе примѣнимо, как в отношеніи прав, перешедших к указанным лицам по праву преемства, так и непосредственно возникших в их лицѣ (04—21). Теченіе давности пріостанавливается также для лиц, находящихся в плѣну и заграничных походах, если о том особо объявлено (п. 4). Указанные случаи пріостановленія давности носят исчерпывающій характер (12 — 84). Спорным представляется вопрос, пріостанавливается-ли теченіе спеціальных (кратких) сроков давности. Шершеневич полагает, что пріостанавливается; Синайскій, слѣдуя за Сенатом (11—44, 94—112), высказывается против, послѣднюю точку зрѣнія раздѣляет и Завадскій [1]). Нам предоставляется болѣе правильным взгляд Шершеневича. Если закон устанавливает пріостановленіе общаго срока давности и особо оговаривает относительно нѣкоторых спеціальных сроков, что теченіе их ни в каком случаѣ не пріостанавливается (Уст. жел. дор., ст. 135 и 137, Уст. векс., ст. 76), то правильнѣе вывод (примѣненіе по аналогіи общаго положенія), что в прочих случаях теченіе спеціальных давностных сроков также пріостанавливается (для малолѣтних, умалишенных и глухонѣмых).

Перерыв давности означает уничтоженіе предыдущаго теченія давности, без задержки дальнѣйшаго теченія ея. Предыдущее теченіе давности с наступленіем извѣстных обстоятельств теряет юридическое значеніе и возможно лишь новое теченіе давности. Такими обстоятельствами являются: 1) предъявленіе иска со стороны правомочнаго лица (559 ст. т, X, ч. 1), 2) заявленіе претензіи в конкурс (14—54), 3) признаніе права нарушителем его, наприм., уплата части долга, или процентов (96—3), в 4) осуществленіе субъектом своего права, напр., ремонт дома, сдача его в аренду.

[1]) Шершеневич—Учеб. I, 227; Синайскій—1917 г. 1,126; Завадскій—Архив, 14/22.



Иск, прерывающій теченіе давности, должен быть заявлен в надлежащем судѣ, исковое прошеніе должно удовлетворять всѣм требованіям, необходимым для такового (14—76), повѣстка о вызовѣ отвѣтчика должна быть ему вручена (15—1). Однако, если в искѣ отказано, или истец отказался от иска, не ходил по дѣлу или производство было пріостановлено и затѣм уничтожено (ст. 695, т. X, ч. 1, 689 и 692 ст. Уст. Гр. С. и рѣш. Гр. К. Д. 14—79, 79—1253)—предъявленіе иска не прерывает теченія давности. Перерыв давности путем иска имѣет мѣсто лишь в пользу лица, предъявившаго иск и против надлежащаго отвѣтчика (97—63).

Дѣйствіе исковой давности.—Дѣйствіе исковой давности относится, главным образом, к матеріальным имущественным отношеніям в гражд. правѣ. Права личныя (права индивидуальныя, права состоянія, права отца, мужа) не подлежат дѣйствію исковой давности. Из прав имущественных не подлежат дѣйствію давности иски по отношеніям, тѣсно связанным с личностью субъекта права, напр., права на алименты, на выдѣл указной части пережившему супругу, из других—иски о внѣоборотных вещах и по сохранным распискам (2113 ст. т. X ч. 1). Право на иск считается утраченным по давности с начала теченія давностнаго срока.

В нашей литературѣ вызывает сомнѣніе вопрос о том, поражает ли истеченіе десятилѣтняго срока земской давности матеріальное гражданское право или же только право на иск (на судебную защиту). Так, Шершеневич, основываясь на прямом содержаніи 692 и 694 ст. т. X ч. 1 и толкованіи источников, защищает первый взгляд [1]). Однако, если толковать указанныя нормы не по мысли законодателя, а по мысли закона, то надлежит прійти к обратному выводу: по самой природѣ своей, погасительная давность погашает только право на иск, а не матеріальное право, текст ст. 692 и источники допускают толкованіе, что предается забвенію именно исковое дѣло, теряется исковое право, а не матеріальное; в таком смыслѣ взглянули на давность и разъяснили ее авторы судебных уставов, допустившіе примѣненіе давности лишь по ссылкѣ сторон (132 и 706 ст. Уст. Гр. Суд.).

Преклюзивные сроки.—По господствующей доктринѣ от давностных сроков надлежит различать сроки преклюзивные или пресѣкательные. Спорным является критерій разграниченія тѣх и других.

[1]) Учеб.—1, 230—231.

Наиболѣе признанным критеріем можно считать то положеніе, что преклюзивный срок поражает притязаніе—actio (иск или суд. защ. вообще) и дает отвѣтчику возраженіе—exceptio—против притязанія (т. е. против иска или другого судебнаго осуществленія притязанія, напр., исполненія рѣшенія), но не поражает самаго матеріальнаго права; срок же пресѣкательный поражает самое матеріальное право, представляет предѣл дѣйствія (границы дѣйствія во времени) гражданскаго права. Так, преклюзивными сроками являются установленные законом процессуальные сроки, срок на предъявленіе завѣщанія к утвержденію (1063 ст.), срок на опротестованіе векселя (68 ст. Уст. векс.) и нѣк. др. С этой точки зрѣнія, сроки на предъявленіе вексельных исков надлежит отнести к давностным. Как общее правило—по ученію Сената—срок считается давностным и пресѣкательный характер его должен быть оговорен в самом законѣ или ясно вытекать из постановленій послѣдняго (14—76)[1]).

Кодекс Р.С.Ф.С.Р. содержит постановленія о исковой данности. Права на иски погашаются по истеченіи трехмѣсячнаго срока, если в законѣ не установлен иной срок. Теченіе исковой давности начинается с момента возникновенія права на иск; при обязательствах по востребованію—со времени возникновенія обязательства. В случаѣ исполненія обязательства должником по истеченіи давности он не в правѣ требовать обратно уплаченнаго, хотя бы он тогда не знал об истеченіи давности. С погашеніем вслѣдствіе давности иска по главному требованію погашаются также иски о придаточных требованіях. Во всѣх случаях, когда суд признает основательными причины пропуска давностнаго срока, он может продлить этот срок. Теченіе исковой давности пріостанавливается: 1) когда истец вслѣдствіе непреодолимой силы был лишен возможности предъявить иск, если препятствія эти наступили в послѣдніе 6 мѣсяцев давностнаго срока, 2) в силу обязательнаго для обязательств мораторія, 3) для состава красной арміи и флота, приведенных на военное положеніе, пока послѣднее продолжается. Исковая давность прерывается: 1) предъявленіем иска, 2) совершеніем должником дѣйствій, свидѣтельствующих о признаніи долга. Послѣ перерыва исковая давность начинается снова, при чем истекшее перед перерывом время не зачисляется в новый срок (44—51).

## *Случай.*

Случай (случайное обстоятельство) представляет такое привходящее в отношеніи нормальнаго теченія гражданскаго оборота (юридическое) событіе, которое не зависит от воли человека и не может быть им предвидѣно и предотвращено, т. е. находится внѣ причинной связи с его дѣятельностью.

[1]) О публично-правовой давности см. Лазаревскій—„Давность для денежных требованій казны и к казнѣ“, В Гр. Пр. 1914 г., №№ 4 и 5. В частности, давности взысканія казной подлежащих сборов у нас не установлено, а давность взысканія с казны опредѣляется в 10 лѣт (п. 4 прил. к ст. 136 У. Сч., изд. 1857 г.).



Вслѣдствіе этого, причиненіе кѣм либо ущерба благодаря случаю не может быть вмѣнено в вину и служить основаніем отвѣтственности. Но если ущерб причинен, хотя и случайным событіем, но находящимся в причинной связи с дѣйствіем или бездѣйствіем субъекта, послѣдній несет отвѣтственность, напр., при просрочкѣ в исполненіи сгорѣл предмет исполненія. Основаніем отвѣтственности и здѣсь является не случай, а просрочка, т. е. вина должника. По общему правилу, за случай нѣт отвѣтственности, ущерб и убытки от случайнаго событія падают на хозяина имущества. Casum sentit dominus. Это положеніе имѣет основное примѣненіе в области договорных отношеній, как явленіе освобождающее от исполненія обязательства, от отвѣтственности по нему. При этом необходимо, чтобы вызванная случаем невозможность исполненія относилась к существенным, а не побочным и дополнительным элементам сдѣлки и между случаем и невозможностью исполненія была причинная связь [1]). Внѣ сферы договорных отношеній приведенное общее положеніе о неотвѣтственности за случай знает серьезныя исключенія. Сюда надлежит отнести рѣдко встрѣчающуюся в положительных законодательствах отвѣтственность по принципу причиненія (объективнаго риска) в его чистом видѣ (ср. ст. 653 т. X ч. 1) и хорошо извѣстную современным законодательствам разновидность послѣдней—отвѣтственность по началам профессіональнаго риска (ср. наши, т. н. законы об увѣчных—2 іюня 1903 г., 28 іюня 1912 г. и др.).

Наше законодательство содержит общее положеніе по данному вопросу в ст. 547 т. X ч. 1: „не подлежат вознагражденію вред и убытки, происшедшіе от дѣянія случайнаго, учиненнаго не только без намѣренія, но и без всякой со стороны учинившаго оное неосторожности“. Хотя эта статья содержится в отдѣленіи „О вознагражденіи за вред и убытки, причиненные преступленіем или проступком“, но (в соотвѣтствіи с исторіей возникновенія) правильно примѣняется судебной практикой в общем смыслѣ. Ст. 1689, относящаяся к договору запродажи содержит указаніе на несчастные случаи, освобождающіе от отвѣтственности: внезапное разореніе, болѣзнь, мѣшающая выйти из дому, смерть ближайших родственников или тяжкая болѣзнь их. Однако, виновное неисполненіе обязательства в срок и при наличности случая или vis major не освобождает от отвѣтственности (2105 ст. т. X ч. 1).

[1]) По договору возможно возложеніе отвѣтственности и за случай (т. е. когда такой вообще освобождает от отвѣтственности).

## *Непреодолимая сила или квалифицированный случай* [1]).

Непреодолимая сила (vis major, force majeur, hoehere Cewalt) есть непредвидѣнное, непреодолимое силами человѣка чрезвычайное событіе, нарушающее нормальное теченіе гражданскаго оборота.

Квалифицированный случай, как и простой, не зависит от воли человѣка, находится внѣ сферы его предвидѣнія, но в отличіе от простого случая он не может быть устранен силами человѣка, людей вообще; в то время, как простой случай (если бы он был предвидѣн или если его приближеніе предполагается), может быть устранен силами и средствами человѣка.

Существуют двѣ основных теоріи или, точнѣе, двѣ группы теорій, опредѣляющих природу непреодолимой силы. Одна—объективная. Она признает непреодолимой силой чрезвычайное, исключительно (стихійное) событіе, превышающее силы людей вообще. С точки зрѣнія этой теоріи, непреодолимая сила есть „случай, который не относится к нормальным опасностям предпріятія“ (Экснер, Зеккель, Вормс). Вторая –субъективная теорія—признает непреодолимой силой такое событіе, которое превышает силы и разумѣніе даннаго лица; событіе, „которое невозможно учесть при нормальном теченіи дѣла“, такое событіе, которое может быть предотвращено вообще человѣческими силами, но при всей осмотрительности и осторожности даннаго лица, путем находящихся в его распоряженіи средств, не может быть предотвращено (Гольдшмидт, Виндшейд, Дернбург, Шершеневич).

Первая теорія представляется нам болѣе правильной. Непреодолимая сила по существу есть высшая сила, превосходящая силы и средства людей вообще, событіе, по своей исключительности и необычайности, ясное для установленія. Это событіе—по мнѣнію нѣкоторых—может быть не только внѣшней, извнѣ приходящей силой, а может зародиться и в самом предпріятіи, но не должно стоять в причинной связи с опасностью промысла (иначе, внутренній случай—Яблочков).

Субъективная теорія не проводит достаточно ясной границы между случаем и непреодолимой силой. В основаніе разграниченія она кладет чуждый указанным явленіям признак вины: простой случай не может быть предотвращен посредством diligentia boni patrisfamilias

[1]) Вормс—„Война и форс-мажор“, В. Гр. Пр., 1914 г. 38, 39; Бѣляцкин—„Гражданскій оборот, непреодолимая сила и война“, В. Гр. Пр., 1915, 3; Гуссаковскій—„Отвѣтственность за неисполненіе договоров“, Ж. М. Ю., 1913, 8—9; Канторович—„Война и исполненіе обязательств“, Ж. М, Ю.; 1917 г., 2—3; Пергамент—„Война и непреодолимая сила“, Право, 1914, 36; Каминка—„Война и частное право“, там же, № 38.



—заботливости добраго хозяина, а квалифицированный посредством diligentia exactissima—крайней заботливости. А этот признак—виновности, как правильно указывает А. Э. Вормс [1]), логически чужд всякому случаю. Эта теорія и при vis major предполагает вину обязаннаго и заставляет его доказывать, что при всей чрезвычайной заботливости, он не мог предотвратить даннаго событія (объективная теорія—наоборот: vis major—снятіе отвѣтственности, истец должен доказать, что причиной ущерба и при vis major послужила вина отвѣтчика). Таким образом, субъективная теорія представляет смѣшеніе принципа вины и непреодолимой силы.

Понятіе непреодолимой силы имѣет важное значеніе в гражд. оборотѣ, как предѣл отвѣтственности обязанных лиц. Всѣ виды отвѣтственности по закону не простираются на vis major, послѣдняя представляет безусловное освобождающее от отвѣтственности обстоятельство как в договорных, так и во внѣ договорных отношеніях, если неисполненіе обязательства или внѣдоговорный ущерб находится: 1) в причинной связи с нею, 2) относится к содержанію обязанности. Если непреодолимая сила и не указана в числѣ освобождающих обстоятельств, она сама собой подразумѣвается, ее не нужно и указывать.

По договору возможна отвѣтственность и за vis major (ср. договор страхованія и др.).

Различают непреодолимую силу физическую, юридическую и экономическую.

Физическая непреодолимая сила—землетрясеніе, вооруженное отнятіе вещи. Юридическая—распоряженіе власти: экспропріація, распоряженія правительства по военным и иным чрезвычайным обстоятельствам, напр., реквизиціи, запрещеніе сдѣлок на золото, продажи спирта, вывоза товаров и т. п. Экономическая—исключительныя затрудненія в хозяйственной области, грозящія разстройством и гибелью хозяйству, напр. чрезвычайное поднятіе цѣн на предметы поставки вслѣдствіе войны, чрезвычайная убыточность договоров по той же причинѣ и др. Послѣдній вид непреодолимой силы признается далеко не всѣми юристами, но событія великой европейской войны способствовали, как в теоріи, так и в судебной практикѣ (французской и даже англійской) признанію в извѣстных предѣлах экономической невозможности исполненія договоров, экономической vis major (Венедиктов, Бѣляцкин, Гильчер, Кантор).

Наше законодательство знает понятіе непреодолимой силы (см. 683 ст. т. X ч. 1, 96 и 106 Общ. Уст. Р. ж. д., 779 Уст. торг.). Но опредѣленія этого понятія мы в нашем законодательствѣ не находим. На основаніи ст. 225 и 218 Полож. о каз. подр. и пост. к непреодолимой

[1]) В. Гр. Пр. 1915, 38, 1101.

силѣ надлежит отнести: вторженіе непріятеля, захват вещей непріятелем, истребленіе вещей по обстоятельствам военнаго времени, распоряженіе правительства по военным и иным (разумѣется чрезвычайным) обстоятельствам, моровая язва, сильная буря, молнія и др. причины, от воли Божіей зависящія, наводненіе и пожар, необыкновенная распутица и нѣк. др. Ст. 489 содержит ссылку на войну, пожар, наводненіе. В ст. 2105 говорится о насильном отнятіи, об истребленіи и поврежденіи имущества каким-либо чрезвычайным приключеніем. В ст. 1689 говорится о лишеніи свободы, прекращеніи сообщеній во время нашествія непріятеля, необыкновеннаго разлитія рѣк и т. п. непреодолимых препятствій. Но в той же 1689 ст. указывается болѣзнь контрагента и его близких и т. п., т. е. не проводится точнаго различія между случаем и непреодолимой силой (ср. 684 ст.). Сенат к непреодолимой силѣ относит, кромѣ стихійных явленій в природѣ, таковыя же и в сферѣ общественности—гражданскую смуту с ея проявленіями—волненія, стачки, забастовки, войну с ея послѣдствіями (07—1, 15—36 и др.).

Таким образом, наше законодательство и судебная практика стоят скорѣе на объективной, нежели на субъективной точкѣ зрѣнія (иначе Канторович [1]) в опредѣленіи природы непреодолимой силы.

## Возникновеніе и прекращеніе права; осуществленіе права и его охрана.

### *Возникновеніе, измѣненіе и прекращеніе права.*

Субъективное гражданское право возникает в лицѣ управомоченнаго (с наступленіем извѣстнаго правопроизводящаго факта или состава фактов) или в видѣ первоначальнаго пріобрѣтенія или же в видѣ производнаго. Пріобрѣтеніе права называется первоначальным (originaria acquisitio), когда оно является самостоятельным, основанным на дозволеніи объективнаго права и не зависит от прав предшественника, напр., оккупація, давность владѣнія, и производным, если право пріобрѣтателя вытекает из прав предшественника, напр., пріобрѣтеніе вещи покупкою. Производное пріобрѣтеніе права называется еще сукцессіей—преемством в правѣ. Производное пріобрѣтеніе права (сукцессія) может носить или кумулятивный или транслятивный характер. В первом случаѣ из существующаго права одного лица возникает на ряду с ним новое право другого лица, болѣе ограниченнаго характера, напр., собственник отдает вещь в наем, в залог. Во втором случаѣ—существующее право переходит к новому пріобрѣтателю в цѣлом, напр., купля-продажа имѣнія.

[1]) Ж. М. Ю., 1917, 2—3, стр. 154.



Сукцессія может быть или сингулярной или универсальной.

Сингулярная сукцессія есть переход одного или нѣсколькихъ прав или обязанностей, так что каждое право и каждая обязанность переносится и пріобрѣтается по особому юридическому акту. Сюда относится большинство сдѣлок inter vivos—передача вещи (traditio), передача прав (cessio) и др. Универсальная сукцессія есть переход всей совокупности прав и обязанностей субъекта прав (за исключеніем строго личных), как одного цѣлаго, путем одного акта. При универсальной сукцессіи права и обязанности переходят как единое цѣлое, как комплекс—per universitatem. В этом комплексѣ к пріобрѣтателю могут перейти права и обязанности о существованіи которых он мог не знать и даже такія, которыя он сам лично, за отсутствіем необходимой на это правоспособности, не мог бы пріобрѣсти. Представляя преемство в едином цѣлом, в комплексѣ прав и обязанностей, универсальная сукцессія, естественно, совершается путем одного акта, так что универсальному преемнику не нужно совершать отдѣльных для каждаго предмета актов пріобрѣтенія.

Римское право знало нѣсколько видов универсальной сукцессіи, как между живыми, так и на случай смерти—при arrogatio personae sui juris, при бракѣ—cum manu, при emptio—vendicio bonorum debitoris, при acquisitio ex senatusconsulto Claudiano, при наслѣдованіи (hereditas и bonorum possessio), при преемствѣ фиска в выморочных имуществах и друг. [1]).

В современном правѣ исчезли всѣ виды римской универсальной сукцессіи, за исключеніем наслѣдственной и преемства фиска в выморочных имуществах, которое многіе также считают наслѣдованіем, и под именем общаго или универсальнаго преемства теперь обычно подразумѣвается successio universalis hereditia, которое не только сохранилось, но и легло в основаніе современнаго наслѣдственнаго права. Не надо, однако, забывать, что современное право знает и другіе случаи универсальной сукцессіи, напр., по германскому праву—при переходѣ имущества распавшагося юридическаго лица (§§ 45, 46, 88 герм. гр. ул.), при образованіи конкурса, при переходѣ авторскаго права и нѣк. др.

При сукцессіи право возникает у преемника лишь в том случаѣ, если оно существовало к моменту перехода у предшественника (правододателя) и в том лишь объемѣ, в каком существовало у послѣдняго, ибо никто не может передать другому больше прав, чѣм сам имѣет—nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet.

В интересах государственнаго оборота, прочности и незыблемости послѣдняго из приведеннаго правила, установлено исключеніе: пріобрѣтеніе движимости от несобственника добросовѣстным третьим лицом.

[1]) См. подробнѣе нашу работу „Выморочное право", 1914 г.

Движимое имущество, добросовѣстно пріобрѣтенное от владѣльца-несобственника, не подлежит виндикаціи (за исключеніем вещей, добытых преступленіем). Таким образом, в интересах оборота право собственности считается перешедшим, хотя у праводателя не было послѣдняго, напр., продана хранителем вещь, отданная на сохраненіе[1]).

Нѣкоторыя права настолько тѣсно связаны с своим носителем-субъектом, что не подлежат сукцессіи, передачѣ—так называемыя строго личныя права, jura-personalissima. Сюда относятся: права семейной власти, требованія, передача коих ухудшает положеніе должника, требованія из удовлетворенія нематеріальнаго вреда, требованія, непередаваемость коих была обусловлена и др.

Измѣненіе субъективнаго гражданскаго права может быть измѣненіем в субъектѣ, напр., цессія, делегація, или измѣненіем в объектѣ, напр., увеличеніе или уменьшеніе долга, замѣна денежнаго долга личными услугами, права на вещи—правом на уплату ея стоимости и т. п. Измѣненіе права может состоять в его усиленіи, напр., присоединеніе поручительства, залога, или в ослабленіи, напр., представленіе отсрочки, превращеніе обязательства в натуральное и т. п.

Субъективныя права прекращаются с наступленіем правопрекращающих (юридических) фактов, каковыми могут быть, как юридическія событія, напр., смерть лица управомоченнаго при строго личных правах—jura personalissima, гибель объекта и т. п., или юридическія дѣйствія лица управомоченнаго, напр., отчужденіе права, т. е. перенос его на другое лицо, третьих лиц—давностное завладѣніе, отчужденіе движимости несобственником и т. п.

## *Осуществленіе права.*

Осуществленіе права есть фактическое пользованіе той властью, которая составляет содержаніе права и исполненіе соотвѣтствующих обязанностей.

При осуществленіи прав нерѣдко происходит их столкновеніе, когда одному лицу принадлежит нѣсколько прав или на один объект имѣют право нѣсколько лиц.

При таком столкновеніи:

1) привиллегированныя права имѣют преимущество перед простыми, напр., претензіи казны при конкурсѣ;

2) абсолютныя права перед относительными, напр., залоговое право перед требованіем по обязательству с того же имущества;

[1]) См. подробнѣе вып. III, стр. 54—56.



3) при равенствѣ прав нерѣдко преимущество имѣют ранѣе возникшія: prior tempore, potior jure, из двух закладных первая удовлетворяется цѣликом, вторая—из остатка;

4) при сомнѣніи фактически осуществляющій право пользуется преимуществом.

Надо, однако, оговориться, что указанныя положенія носят не безусловный, а относительный характер.

Важное значеніе в оборотѣ имѣют предѣлы пользованія правом.

Индивидуалисты римляне разсматривали осуществленіе права, как неограниченное пользованіе правомочіем, составляющим содержаніе права. Qui suo jure utitur neminem laedit—говорили они. Осуществленіе права допускалось до крайних его предѣлов, хотя бы оно ничего не давало субъекту права, а приносило вред другим. Иначе смотрит современное правосознаніе. Оно разсматривает субъективное гражданское право не только как средство для осуществленія частных интересов, но и как соціальное явленіе. Право существует не только в интересах отдѣльных его обладателей, но и в интересах общественных. Поэтому и пользованіе им должно считаться не только с частными интересами его обладателя, но и с интересами других, общества. Эта мысль и выражена в швейц. гражд. уложеніи, которое предписывает каждому добросовѣстно пользоваться своими правами и исполнять свои обязанности (§ 2 шв. гр. ул., ср. § 242 герм. гр. ул.). Как уже указывалось выше, критерій доброй совѣсти (в объективном смыслѣ) требует согласованности частных интересов с интересами общественными и представляет предѣл индивидуалистических начал в пользованіи правом.

Ст. 1 гражд. кодекса РСФСР гласит: гражданскія права охраняются законом за исключеніем тѣх случаев, когда они осуществляются в противорѣчіи с их соціально-хозяйственным назначеніем.

Таким образом, есть извѣстная граница, извѣстный предѣл пользованія правом, в интересах общественных, нарушеніе котораго приводит к злоупотребленію правом.

## *Злоупотребленіе правом.*

Злоупотребленіе правом представляет причиненіе другому вреда путем пользованія своим правом. с нарушеніем соціальной цѣли права, (или по субъективной теоріи: с намѣреніем причинить вред).

Самое понятіе злоупотребленія правом отрицается рядом ученых (Унгер, Мартин, Пляніоль и др.). Эти ученые указывают, что не может быть злоупотребленія правом, а только правонарушеніе. Злоупотребленіе правом есть противоправное состояніе, неправомѣрное дѣяніе или де-

ликт. Одно из двух—говорят эти ученые—или акт дозволен и совершается по праву или не дозволен и совершается без права, за предѣлами права. „Право прекращается там, гдѣ начинается злоупотребленіе", говорит Пляніоль; „один и тот же акт не может опираться на право и противорѣчить праву".

Но многіе, большинство (Салейль, Жуссеран, Жени, Поршеро, Шармон, Тиссье, Губер, Дернбург, Треб, Покровскій, Доманжо и др.) с основанием различают акт, совершенный без права, правонарушеніе от злоупотребленія правом.

Акт, совершенный без права, влечет отвѣтственность автора, независимо от ущерба, причиненнаго другому. Если мой сосѣд обрабатывает мое поле, не причиняя мнѣ никакого вреда, я могу ему запретить и требовать привести поле в прежнее состояніе. Акт злоупотребленія правом не всегда сам по себѣ неправомѣрен и возлагает отвѣтственность на автора: необходимо, чтобы другому были причинены убытки. Нѣт возможности воспрепятствовать акту, который: 1) представляет пользованіе правом и 2) не причиняет мнѣ убытка (Жуссеран). Таким образом, только пользованіе правом, причиняющее вред (убыток) другому, может быть признано злоупотребленіем правом [1]).

Как может быть акт основан на правѣ и противорѣчить праву?—спрашивает Пляніоль,—Право понимается в двух смыслах: субъективном и объективном. Право в субъективном смыслѣ может встать в противорѣчіе с правом в объективном смыслѣ (summum jus—summa injuria—говорили еще римляне). И злоупотребленіе правом представляет как раз тот институт, который составляет границу между пользованіем субъективным правом в интересах индивидуальных и интересами правопорядка.

В каком случаѣ причиненіе вреда другому путем пользованія своим правом является злоупотребленіем правом?—Не всякое пользованіе правом, хотя бы и приносящее вред другому, есть злоупотребленіе. Напр., на улицѣ имѣется одна мелочная торговля, затѣм открывается другая: несомнѣнно, второй торговец причиняет вред первому, но не возбуждает сомнѣнія, что второй торговец правомѣрно пользуется своим правом (торговли) [2]).

[1]) Пользованіе своим правом без причиненія вреда (или серьезной угрозы) другому, хотя бы и с желаніем причинить этот вред, будет недобросовѣстным пользованіем правом (в субъективном смыслѣ), но не злоупотребленіем правом (в объективном смыслѣ).

Разница между нарушеніем и злоупотребленіем права та же, что в административной юстиціи между excés de pouvoir—злоупотребленіе властью, превышеніе власти и detournement de pouvoir—нарушеніе, извращеніе цѣли полномочія (Жуссеран, Поршеро, Оріу).

[2]) Другое дѣло если второй торговец—член синдиката торговцев, поставивших цѣлью убить конкуррентов путем пониженія цѣн ниже себѣ стоимости, раззорить конкуррентоз и послѣ их устраненія поднять цѣны.



По данному вопросу существуют двѣ теоріи: субъективная (Жени, Шармо, Руссель, Покровскій), и объективная (Жуссеран, первоначально Салейль, Хубер, Трэб, Поршеро).

Субъективная теорія называет злоупотребленіем правом пользованіе своим правом с исключительной цѣлью причинить вред другому (шикана). Таким образом, в основу запрещенія кладется субъективный умысел причинить вред (вина); гдѣ нѣт этого умысла —нѣт и шиканы. „Запрещеніе пользоваться своим правом без всякаго интереса для себя, с исключительной цѣлью причинить другому вред, столь же естественно, как запрещеніе умышленнаго правонарушенія вообще,—говорит I. A. Покровскій. Шикана в этом смыслѣ есть нечто иное, как самый обыкновенный деликт. То обстоятельство, что средством для причиненія вреда является здѣсь осуществленіе права, никоим образом не может послужить оправданіем, так как права предоставляются для удовлетворенія законных интересов личности, а не для причиненія зла другим. Намѣреніе причинить зло—animus nocendi является поэтому непремѣнным и единственным надежным критеріем шиканы. Там, гдѣ такое намѣреніе отсутствует, естественно, падает и основаніе для отвѣтственности".

Эту точку зрѣнія раздѣляет герм. гр. уложеніе, § 226 котораго гласит: „Осуществленіе права недопустимо, если цѣлью такого осуществленія может быть только причиненіе вреда другому".

Но умысел вредить другому при пользованіи правом, вообще доказать очень трудно, а требованіе доказать исключительное намѣреніе вредить другому без всякаго личнаго интереса—дѣлает практически безцѣльным самое правило, ибо всегда можно сослаться на тот или другой интерес в пользованіи правом (вредоносно для другого). И как показал Трэб, по статистикѣ германских судов за первое десятилѣтіе дѣйствія герм. гражд. уложенія случаи примѣненія судами 226 ст. оказались ничтожными. Приведенныя соображенія заставили нѣкоторых сторонников субъективной теоріи внести в указанное положеніе поправку: отказаться от требованія исключительнаго намѣренія причинить вред и замѣнить ее намѣреніем причинить вред, без серьезнаго личнаго интереса. Так, Салейль в комиссии по пересмотру французскаго гражданскаго кодекса внес к 6 ст. послѣдняго дополнение о злоупотребленіи правом с указанной оговоркой: акт, имѣющій цѣлью вредить другому без значительнаго законнаго интереса для совершающаго его, не может представлять дозволеннаго осуществленія права.

Но эта поправка открывает суду возможность входить в сравнительную оцѣнку интересов и приближает субъективную теорію к объективной.

С точки зрѣнія объективной теоріи, злоупотребленіе правом есть ненормальное пользованіе правом, пользованіе вопреки экономическому

и соціальному назначенію даннаго субъективнаго права (Салейль), вопреки назначенію, которое законодатель и общество (общественное мнѣніе) дали праву (Жуссеран). „Я свободен пользоваться моим правом во всем его объемѣ, но я могу это дѣлать лишь под условіем преслѣдованія цѣли, согласной с соціальным и экономическим назначеніем этого права"—говорит Поршеро.

Сторонники объективной теоріи исходят из того положенія, что всѣ субъективныя права ограничены по своему содержанію, предѣлом пользованія являются интересы общества. Субъективное право есть власть, принадлежащая субъекту не только в личных, но и в общественных интересах (цѣлях), с которыми и должно сообразоваться пользованіе правом. Выход за указанныя границы, пользованіе правом вопреки его соціальнаго назначенія и является злоупотребленіем правом. Акт, приносящій ущерб, является злоупотребленіем правом не потому, что он представляет выраженіе намѣренія вредить, а потому, что он объективно является дѣяніем ненормальным, эксцессом: он имѣет тот же характер, если автор дѣйствовал без злого умысла, напримѣр, по неопытности (Жуссеран).

Таким образом, злоупотребленіе правом в объективном смыслѣ есть выход за соціальный предѣл содержанія права, есть пользованіе правом с нарушеніем соціальной цѣли права, имѣющее результатом причиненіе вреда другому лицу.

На этой точкѣ зрѣнія стоит швейц. гражд. улож., § 2 котораго гласит: „каждый человѣк должен пользоваться своими правами и исполнять свои обязанности согласно с требованіями доброй совѣсти. Явное злоупотребленіе правом недопустимо". Под дѣйствіе ст. 2 подойдут не только случаи умышленнаго злоупотребленія правом, но и случаи злоупотребленія по небрежности, в цѣлях своего малаго интереса и в нарушеніе чужого большого и т. д.

Наш Сенат при разрѣшеніи аналогичных вопросов выставил слѣдующій критерій: никто не может пользоваться своим правом так, что лишает другого возможности пользоваться его правом (02—126, 08—62).

### *Охрана права.*

Право нерѣдко нуждается в охранѣ: при нарушеніи права или серьезной угрозѣ и для обезпеченія выполненія возложенной правом обязанности.

При нарушеніи права или серьезной угрозѣ праву наступает необходимость в установленіи права и его охранѣ. Такая охрана возможна или в видѣ судебной защиты права или в видѣ внѣсудебной.

Судебная защита права.—Государство для установленія прав и разрѣшенія споров о правѣ имѣет соотвѣтствующіе компетентные



органы—суды. Право на судебную защиту разсматривается как неотъемлемое право граждан. Оно осуществляется в двух главных видах: искѣ и возраженіи. Иск есть обращеніе к государству, в лицѣ суда, о постановленіи объективно-правильнаго рѣшенія. Различаются: иски исполнительные, иски о признаніи, о преобразованіи и о воспрещеніи. Ученіе о искѣ относится к процессуальному праву, и там разсматривается. Возраженіе может носить матеріально-правовой характер (exceptio) и процессуальный (отвод и др.). Послѣдніе изучаются в процессуальной наукѣ.

Возраженіе (в матеріально-правовом смыслѣ) есть право отклонить притязаніе противной стороны в силу присущаго ему недостатка. Возраженіе не представляет самостоятельнаго права, а основывается на дефектѣ притязанія противника, причем этот дефект выступает только при наличности возраженія. Возраженія дѣлятся на постоянныя (перемпторныя) и возраженія по преждевременности притязанія (диляторныя).

Из возраженій надлежит отмѣтить возраженіе об удержаніи (exceptio retentionis), которое иначе называют правом удержанія.

Возраженіе об удержаніи есть право должника временно удержать подлежащую выдачѣ вещь или не исполнить подлежащее исполненію обязательство, пока не будет удовлетворено его встрѣчное требованіе, вытекающее из того же правоотношенія или находящееся в связи с ним.

Для примѣненія возраженія об удержаніи, необходимо: 1) годное ко взысканію притязаніе должника против кредитора, 2) единство правоотношенія того и другого притязанія (ст. 273 герм. гр. ул.) или связь между ними (895 ст. шв. гр. ул.). Право удержанія допускается или только в видѣ удержанія вещи (шв. гр. ул.) или также и в видѣ воздержанія от исполненія обстоятельства (герм. гр. ул.). Возраженіе об удержаніи может получить осуществленіе и в видѣ самостоятельнаго права удержанія.

В нашем правѣ встрѣчаются отдѣльные случаи права удержанія (вещи). Так ст. 85 и 86 Общ. Уст. Рос. ж. д. желѣзным дорогам предоставляется право не выдавать грузы до уплаты причитающихся жел. дорогѣ сборов за перевозку, храненіе и пр. Ст. 17 Положенія о товарных складах дает владѣльцу такое же право (см. 726 ст. т. X, ч. 1).

Внѣсудебная защита права.—Внѣсудебная защита есть исключительное средство защиты гражд. прав. Она проявляется в видѣ самозащиты от нарушенія права—необходимая оборона и состояніе крайней необходимости, и самопомощи по возстановленію нарушеннаго права—дозволенное самоуправство.

Необходимая оборона есть право самозащиты в цѣлях охраны субъективнаго гражд. права против неправомѣрнаго нападенія на него. Ея реквизиты: 1) дѣйствительное неправомѣрнаго нападеніе и 2) самозащита, пока длится нападеніе, но не долѣе.

„Необходимой обороной признается,—говорит 227 ст. герм. гр. ул., —та защита, которая требуется для отраженія от себя или другого наличнаго неправомѣрнаго нападенія". Германск. гражд. улож. допускает уничтоженіе или поврежденіе чужой вещи, чтобы отразить от себя или другого опасность, которою она угрожает, если такое уничтоженіе было необходимо для устраненія опасности и если причиненный обороною вред не стоит внѣ соотвѣтствія с размѣрами опасности (228 ст.). Кромѣ того, по герм. гражд. уложенію собственник вещи не имѣет права воспрещать другому лицу воздѣйствія на нее, если такое воздѣйствіе необходимо для предотвращенія наличной опасности, которая угрожает вредом, несоразмѣрно превышающим вред, причиняемый собственнику означенным воздѣйствіем; в таком случаѣ собственник может потребовать возмѣщенія понесеннаго им вреда (904).

Наш закон (прим. к 690 и 684 ст. ст. т. X, ч. 1 и 101 ул. о нак.) допускает необходимую оборону в видѣ исключенія, при невозможности прибѣгнуть к защитѣ органов власти, как защиту личности, но не имущества [2]). Сенат же широко толкует понятіе насилія и открывает возможность защиты имущественных прав (У. К. Д. 85—7).

Состояніе крайней необходимости есть подвид необходимой обороны—самозащита от невмѣняемых лиц, животных и от вещей. Состояніе крайней необходимости исключает гражд. отвѣтственность за причиненный при этом вред.

Дозволенное законом самоуправство есть возстановленіе нарушеннаго или нарушаемаго права путем самопомощи, при невозможности прибѣгнуть к власти.

## *Обезпеченіе права.*

Иногда для охраны существующаго права или для гарантіи его осуществленія в будущем принимаются особыя мѣры обезпеченія. Такія мѣры могут быть устанавливаемы законом или договором.

В ч. 1 т. X указываются слѣдующія мѣры обезпеченія: 1) опись наслѣд., имущества, опечатаніе его (арест) и охраненіе—1224—1225 ст. ст., опись и опечатаніе закладываемых движимых вещей—1670, 1671; 2) установленіе опеки в случаѣ неявки наслѣдников—1164 ст. и, в случаѣ недостиженія полюбовнаго раздѣла между сонаслѣдниками—1317 ст., в случаѣ спора наслѣдников по закону и завѣщанію—1066[14] ст.; 3) запрещеніе, налагаемое на недвижимости, при залогѣ—ст. 1647, при сдачѣ в аренду, с полученіем арендных платежей болѣе, чѣм за год вперед—1703 ст., в случаѣ недостиженія полюбовнаго раздѣла между сонаслѣдниками—1317; 4) законное залоговое право—требованій продавца за проданное в разсрочку имущество—1627 ст., казны по казенным подрядам и поставкам—ст. 38 Положенія о казен. подрядах и поставках; 5) поручительство по тѣм же подрядам—38 и 80 ст. того же Положенія; 6) законная неустойка по земным обязательствам—1575 ст. (3% с капитала) и по казенным подрядам—38 и 87 ст. (½% в мѣсяц) и нѣк. др.

[2]) Из наших цивилистов Аненков под необходимой самообороной разумѣет и охрану имущества. Система, 1, стр. 569.



Способы обезпеченія по договору опредѣлены в 1554 ст.: поручительство, неустойка, залог недвижимых имуществ и заклад движимых. Сенат правильно на осн. 1530 ст. т. X, ч. 1 разъяснил, что указанный перечень не носит исчерпывающаго характера и по соглашенію возможны другія мѣры обезпеченія, напр., представленіе процентных бумаг в качествѣ обезпеченія денежной суммы и т. п.

Герм. гр. улож. устанавливает слѣдующія виды обезпеченія: 1) взнос в депозит присутственнаго мѣста: денег или цѣнных бумаг, 2) различные виды залога, 3) поручительство (ст. 232).

Устав Гр. Суд. знает слѣдующіе виды обезпеченія исков: наложеніе запрещенія на недвижимость, арест движимости, поручительство, подписка о невыѣздѣ из мѣста жительства (ст. 602).

# ОГЛАВЛЕНІЕ.

Страницы:

I. **Гражданское право в субъективном смыслѣ** . . . . 5—22

Понятіе субъективнаго права—теоріи. Субъект права: безсубъектныя права. Правоспособность и дѣеспособность. Физическое лицо, как субъект права. Акты гражданскаго состоянія—система метрик и записи актов гражд. состоянія. Ограниченія правоспособности—лишеніе прав состоянія, монашество, безвѣстное отсутствіе, иностранное подданство и др. Ограниченія дѣеспособности—пол, возраст, здоровье, расточительность.

II. **Юридическое лицо** . . . . . 23—36

Понятіе и природа—теоріи. Виды юридических лиц. Возникновеніе юридических лиц—основныя системы в теоріи и законодательствах. Цѣль ю. л., организація. Правоспособность ю. л. (общая и спеціальная), ея ограниченія. Дѣеспособность юридическаго лица и ея ограниченія. Прекращеніе ю. л. Неправоспособные союзы.

III. **Объект права** . . . . . 36—51

Понятіе и виды. Вещь, как объект права. Виды вещей. Вещи простыя, составныя и совокупныя; главныя, придаточныя и принадлежности, дѣлимыя и недѣлимыя, потребляемыя и непотребляемыя, тлѣнныя и нетлѣнныя, индивидуально-опредѣленныя и родовыя, недвижимыя вещи (строенія на чужой и своей землѣ); родовыя и благопріобрѣтенныя вещи. Плоды и доходы. Внѣоборотныя вещи (понятіе и виды). Публичныя вещи (публичнаго служенія и общаго пользованія); юридическая природа права государства и дестинатаров на публичныя вещи. Имущество; отдѣльное имущество.

IV. **Юридическія отношенія и юридическіе факты** . . 51—53

Юридическія отношенія. Юридическіе факты. Виды послѣдних. Изъявленіе воли; виды. Конклюдентные факты. Презумпціи.

Страницы

V. Юридическая сдѣлка . . . . . 53—92

Природа юридической сдѣлки—основныя теоріи, понятіе ю. с. Виды юридических сдѣлок—одностороннія и двусторонніе сдѣлки (договор), абстрактныя и каузальныя, формальныя и не формальныя (формы актов), прижизненныя и на случай смерти, возмездныя и безмездныя. Элементы сдѣлки--в частности условіе, срок, возложеніе. Общія условія дѣйствительности сдѣлки. Пороки сдѣлки. Пороки воли—ошибка, обман, принужденіе. Пороки изъявленія—сдѣлки несерьезныя,с молчаливой оговоркой, притворныя, мнимыя, фидуціарныя, сдѣлки на подставное лицо. Пороки цѣли юридической сдѣлки. Противорѣчіе цѣли сдѣлки: 1) закону, 2) общественному порядку, 3) нравственности, 4) добрым нравам, 5) доброй вѣрѣ. Неосуществимость цѣли. Недѣйствительность юрид. с.—ничтожность и оспоримость. Толкованіе юридических сдѣлок. Представительство—понятіе, теоріи; внѣшнія и внутреннія отношенія—полномочіе и порученіе. Вопрос о косвенном представительствѣ. Представительство без полномочія.

VI. Юридическія событія . . . . . 92—104

Понятіе и виды. Рожденіе и смерть человѣка—установленіе продолжительности жизни, безвѣстнаго отсутствія, послѣдовательности смертей. Время, исковая давность, ея пріостановленіе и перерыв, дѣйствіе давности; преклюзивные сроки. Случай. Непреодолимая сила—понятіе (теоріи), виды.

VII. Возникновеніе и прекращеніе гр. субъект. права, осуществленіе права и его охрана . . . . . 104—113

Возникновеніе права—первоначальное и производное. Сукцессія сингулярная и универсальная. Измѣненіе права. Прекращеніе права. Осуществленіе права. Злоупотребленіе правом (двѣ теоріи). Охрана права. Судебная защита права (иск и возраженіе — возраженіе об удержаніи). Внѣсудебная защита—необходимая оборона, состояніе крайней необходимости, дозволенное самоуправство. Обезпеченіе прав.

**Для слушателей автора.**

В. А. РЯЗАНОВСКІЙ

МАГИСТР ГРАЖДАНСКАГО ПРАВА, ПРОФЕССОР ЮРИДИЧЕСКАГО ФАКУЛЬТЕТА В Г. ХАРБИНѢ.

# ЛЕКЦІИ

по

# ГРАЖДАНСКОМУ ПРАВУ

## ВЫПУСК III.

ВЕЩНЫЯ ПРАВА,
ПРАВА ПРИСВОЕНІЯ,
ПРАВА НА ПРОДУКТЫ
ДУХОВНАГО ТВОРЧЕСТВА.

ХАРБИН
Издательство «ВѢДИ»
1923 г.

Государственная
БИБЛИОТЕКА
СССР
им. В. И. Ленина
73813-52

* * *

Настоящій выпуск представляет сокращенную запись лекцій, читанных авторомъ в 1922/23 академ. году на юридическом факультетѣ в г. Харбинѣ.

По первоначальному плану выпуск III лекцій должен был содержать «права личныя» и «права на продукты духовнаго творчества», но полное отсутствіе литературы по указанным вопросам в г. Харбинѣ заставило автора отложить обработку такого выпуска до лучшаго будущаго и ограничиться пока тѣми свѣдѣніями о личных правах, какія даны в первом выпускѣ, а свѣдѣнія о правах на продукты духовнаго творчества (положительное право) в самой сжатой формѣ присоединить к настоящему выпуску.

В качествѣ основного источника русскаго положительнаго права автором использован X том Св. Зак., так как русское частное право дореволюціонной эпохи признается китайскими судебными учрежденіями дѣйствующим (обычным) правом полосы отчужденія Китайской Восточной ж. д. и в качествѣ такового прежде всего должно быть сообщено студентам. Но кромѣ того, когда настоящій выпуск был уже приготовлен к печати, автор получил гражданскій и земельный кодексы РСФСР, введенные в дѣйствіе с 1 января 1923 г., и в соотвѣтствующих мѣстах сдѣлал ссылки на них.

Апрѣль 1923 г.
г. Харбин.

# ВЕЩНЫЯ ПРАВА.

## I. Понятіе вещнаго права, виды и укрѣпленіе вещных прав.

### *Понятіе вещнаго права.*

*Вещное право есть право непосредственнаго господства лица над вещью с устраненіем всѣх третьих лиц от такого господства.*

Это право содержит два основных элемента: 1) положительный, активный — вещное право представляетъ субъекту извѣстныя правомочія, путем коих осуществляется господство над вещью; 2) отрицательный—устраненіе всѣх третьих лиц от соотвѣтствующаго воздѣйствія на вещь; отсюда абсолютный характер вещнаго права: оно направлено против неопредѣленнаго числа лиц, против всѣх, запрещает всѣм и каждому вмѣшиваться в сферу господства управомоченнаго и нарушителем его может быть всякое третье лицо. Таким образом в вещном правѣ, как в правѣ абсолютном, активным субъектом является управомоченный, всѣ прочіе—пассивные субъекты обязаны к невмѣшательству, в правѣ обязательственном наоборот активным, обязанным к дѣйствію является не управомоченный, а должник.

Кромѣ того вещное право содержит еще два дополнительных свойства: оно слѣдует за вещью; inhaeret rei, как бы ни мѣнялось ея положеніе в оборотѣ — т. н. droit de suite, напр. превращеніе участка частновладѣльческой земли в дорогу общаго пользованія не уничтожает права собственности на нее первоначальнаго собственника и с уничтоженіем об-

щаго пользованія права послѣдняго возстанавливаются цѣликом или напр. вещное обремененіе—реальный сервитут, вотчинная повинность—остается на вещи, тяготѣет на ней, не смотря на перемѣну собственника, 2) вещное право, как абсолютное, пользуется при столкновеніи преимуществом перед обязательственным, как относительным — т. н. droit de preferance.

Вещное право устанавливает отношеніе лица к вещи, именно непосредственное господство над вещью. Между тѣм еще Тон учил, что в области права существуют лишь отношенія между людьми. Поэтому вещь не может быть объектом права, а лишь дѣйствія людей, отношеніе их друг к другу, в частности и по поводу вещей. Так, отношенія Робинзона Крузо к своему острову и находящимся на нем предметам до прибытія Пятницы и дикарей были чисто фактическими, а не юридическими отношеніями и только с этого времени пріобрѣли юридическій характер. — Вѣрно, что юридическія отношенія есть отношенія между людьми, но эти отношенія могут быть по поводу дѣйствій людей и по поводу вещей. В первом случаѣ должник обязан к дѣйствію, во втором случаѣ всѣ третьи лица обязаны воздерживаться от воздѣйствія на вещь, обязаны не препятствовать пользованію вещью со стороны управомоченнаго и только послѣдній имѣет право воздѣйствія на вещь (в опредѣленном отношеніи), господство над нею. Так. обр. в первом случаѣ (обязательственныя отношенія) активным является обязанный, во втором (вещныя отношенія) управомоченный. Эти два порядка отношеній различаются друг от друга. Кромѣ того, как указано было выше, вещь может разсматриваться, как объект права в смыслѣ предѣла допустимаго воздѣйствія на вещь [1]).

Право непосредственнаго господства над вещью не означает непременно фактическаго отношенія лица к вещи, соприкосновенія с вещью, а лишь то, что в своем воздѣйствіи на вещь управомочный не нуждается в посредничествѣ других лиц, напр. ср. право собственности на дом и право аренды на него. В первом случаѣ управомоченный, т. е. собственник может непосредственно без помощи третьих лиц осуществить свое право, напр. продать дом, во втором случаѣ управомоченный, т. е. арендатор может осуществить свое право лишь при посредствѣ собственника, который обязан

[1]) См. выпуск II лекцій, стр. 31.



передать ему дом в арендное пользованіе. Таким обр. вещь может и не находиться в фактическом обладаніи управомоченнаго, напр. собственник отдал свой дом в наем, он не перестает однако быть обладателем права собственности и может самостоятельно без чьего либо посредства осуществлять свои правомочія собственника, свое господство над вещью, не касаясь лишь прав арендатора, напр. и при наличности арендных отношеній может продать дом, заложить, произвести капитальный ремонт и т. п.

Необходимо отмѣтить, что из двух основных элементов или свойств вешнаго права (непосредственнаго господства над вещью и устраненія всѣх третьих лиц от воздѣйствія на вещь) послѣдній, придающій вещному праву абсолютный характер, знает исключенія. Так, в римском правѣ правомочіе по actio Publiciana (т. н. публиціанская собственность) не устраняло прав собственника и такого же публиціанскаго владѣльца, в современном правѣ собственность на движимыя вещи пользуется ограниченной защитой против добросовѣстных третьих пріобрѣтателей [1]). Однако, указанныя явленія представляются исключеніями и не подрывают абсолютнаго характера вещных прав вообще.

*Виды вещных прав.*

Вещныя права в количественнном отношеніи ограничены. Современное право признает только опредѣленные типы вещных прав и разсматривает вещныя отношенія как замкнутую систему [2]) в противоположность обязательственным отношеніям, гдѣ господствует принцип свободы и всякія нетипическія сдѣлки находят защиту, если не противорѣчат закону и нравственности.

Римское право знало слѣдующія вещныя права: владѣніе, право собственности и права на чужую вещь, при чем права на чужую вещь выражались лишь в видѣ четырех институтов: сервитуты, суперфиціес, эмфитевзис и залог.

Современное право разсматривает владѣніе, как фактическое состояніе и, слѣдуя за римским правом, обычно дѣлит вещныя права на право собственности и права на чужую вещь. Однако, это дѣленіе в настоящее время уже не пред-

[1]) Ср. Регельсбергер—Общее ученіе о правѣ, стр. 237 и в наст. выпускѣ дальше «пріобрѣтеніе движимости от несобственника».

[2]) Сенат иначе: 14—82.

ставляется правильным, ибо современное право знает и особыя вещныя права на собственную вещь, напр. ипотека собственника, вотчинный долг собственника, сервитут на собственную недвижимость. Поэтому как доктрина, так в послѣднее время и законодательства избѣгают указанной классификаціи и выдвигают новую—дѣленіе вещных прав на право собственности и ограниченныя вещныя права. Эта классификація точнѣе предыдущей в том смыслѣ, что охватывает и ограниченныя вещныя права на свою вещь, но страдает неточностью со стороны терминологіи. Она, противопоставляя праву собственности ограниченныя вещныя права, как бы признает послѣднее неограниченным вещным правом—что, конечно, не точно, ибо всѣ субъективныя гражданскія права ограничены по своему содержанію [1]). Однако, относя права присвоенія в особую группу абсолютных прав и разсматривая право собственности, как наиболѣе полное господство лица над вещью, допускаемое объективным правом, а всѣ остальныя вещныя права как обладающія меньшими правомочіями сравнительно с правом собственности, дающими ограниченное сравнительно с послѣдним господство над вещью—мы с этой оговоркой и принимаем указанную терминологію: право собственности и ограниченныя сравнительно с правом собственности вещныя права.

Современное право знает больше нежели римское ограниченных вещных прав.

Так, герм. гр. уложеніе установило: 1) наслѣдственное право застройки, 2) вотчинныя обременія (Jrund dienstbarkeiten), 3) ограниченныя личныя обремененія, 4) пользовладѣніе, 5) право преимущественной покупки, 6) вотчинныя повинности (Reallasten), 7) залоговое право (ипотека, вотчинной и рентный долг, заклад движимости и залог прав).

Швейцарское гражд. ул. знает: 1) сервитуты, 2) поземельныя повинности, 3) залог (залог недвижимости, заклад движимости, требованій и прав).

Русское право (X том) знает слѣдующія ограниченныя вещныя права: 1) чиншевое право, 2) пассессіонное право, 3) безсрочное содержаніе казенных оброчных статей и потомственное содержаніе городских земель, 4) право застройки, 5) пожизненное владѣніе или пользовладѣніе, 6) право угодій

[1]) См. вып. I, стр. 26.



(сервитуты), 7) залог также разсматривается нашей судебной практикой как вещное право [1]).

Совѣтское право знает: кромѣ права собственности: 1) право застройки, 2) залог, 3) владѣніе, которое называет правом владѣнія [2]), 4) пользовладѣніе, которое называет правом непосредственнаго пользованія [3]).

*Дуализм вещнаго права.* Необходимо отмѣтить, что современное право не знает единой системы вещных прав, как это было в римском правѣ, а устанавливает вслѣд за средневѣковым правом различный правовой режим для движимых и недвижимых вещей.

Так, переход недвижимостей подвергается нерѣдко ограниченіям в интересах публично-правовых, напр. в извѣстных (обычно пограничных) мѣстностях воспрещается отчужденіе недвижимостей иностранцам [4]) или ограничивается отчужденіе заповѣдных, родовых, майоратных имѣній и т. п. Распоряженіе движимостями свободно от таких ограниченій. Но ограничена защита права собственности на движимыя вещи. Римское правило: ubi rem meam invenio ibi vindico—в современном правѣ с извѣстным основаніем примѣнимо лишь к недвижимостям, в отношеніи же движимостей господствует германскій (средневѣковый) принцип: „Hand muss Hand wahren" —свободной виндикаціи подлежат лишь вещи, вышедшія из рук собственника против его воли, напр. похищенныя, потерянныя, въ остальных же случаях добросовѣстный пріобрѣтатель движимой вещи остается ея собственником, хотя бы вещь была пріобрѣтена от несобственника, напр. от пользовладѣльца, хранителя и т. п. Это положеніе, представляющее отступленіе от общаго принципа: nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet—вызвано, конечно, серьезными интересами гражданскаго оборота, его прочности и непоколебимости. При переходѣ движимых вещей (в отличіе от недвижимых) нерѣдко трудно установить, является ли отчуждающій их собственником вещи, да такое установленіе и чрезмѣрно затруднило бы гражд. оборот. Поэтому относительно нѣкоторых вещей, предназначенных спеціально для упрощен-

[1]) Мы относим его в особую группу прав присвоенія.
[2]) Ср. ст. 58 гражд. кодекса РСФСР, введеннаго с 1-го янв. 1923 г.
[3]) Ср. ст. 4 земельнаго кодекса РСФСР.
[4]) См. вып. II, стр. 14.

наго оборота, напр. деньги, бумаги на предъявителя, виндикація от добросовѣстных пріобрѣтателей совсѣм не допускается.—Далѣе, установленіе и переход вещных прав на движимости совершается неформально путем традиціи, между тѣм как в интересах оборота созданы особыя системы установленія и измѣненія вещных прав на недвижимости в видѣ ипотечной, крѣпостной системы и др.

Всѣ указанныя и нѣкоторыя другія особенности отличают право на недвижимости (иммобиліарное право) от права на движимости (мобиліарнаго права). Правовый режим, установленный для первых, значительно отличается от режима, которому подчинены вторыя, так что вся современная система вещных прав проникнута дуализмом.

Переходный характер от вещных к обязательственным правам носит особая категорія «прав к вещи» (jura ad rem), которые можно назвать абсолютно—относительными правами. По существу это—обязательственныя права, при извѣстных обстоятельствах получающія вещныя свойства: они направлены против всѣх правопреемников контрагента, слѣдуют за вещью и пользуются преимуществом перед обязательственными правами, но не дают непосредственнаго господства над вещью, а только через посредство управомоченнаго лица. Вещный характер такія права пріобрѣтают путем отмѣтки в вотчинной или крѣпостной книгѣ. По нашему праву сюда можно отнести наем недвижимости с полученіем арендных денег болѣе, чѣм за год вперед (1703 ст. т. X.), лѣсорубочные договора (03—45, 08—75) [1]).

*Укрѣпленіе или регистрація вещных прав на недвижимость.*

Для лица, пріобрѣтающаго право собственности или другое вещное право, важно знать, кому принадлежит данная вещь и какія вещныя обремененія тяготѣют на ней. Для того, чтобы каждый легко мог получить необходимыя ему свѣдѣнія о состояніи вещных прав, необходимо, чтобы установленіе и измѣненіе послѣдних было общеизвѣстно, носило публичный характер. Так как всякая публичность юридических отношеній ведет к установленію особых форм, связана с развитіем формальной стороны сдѣлок, то послѣднее естественно задерживает оборот движимостей (нерѣдко предметов первой необходимости), которые по самой природѣ своей и задачам

[1]) По герм. праву договоры найма и аренды недвижимостей, указанные в 571, 581, 1056, 1423, 1663 и 2135 ст. ст. герм. гражд. ул.



нуждаются в быстром, неформальном переходѣ из рук в руки —в то время как недвижимости и по природѣ своей не нуждаются в такой быстротѣ оборота и по своему соціальному значенію требуют особой охраны. Поэтому современныя законодательства не стѣсняют свободнаго обращенія движимых вещей, не устанавливают для этого никаких формальностей и вмѣстѣ с тѣм устанавливают опредѣленныя формы для сдѣлок о недвижимости и придают всему обороту недвижимостей публичный характер, выработав для этого особыя системы регистраціи вещных прав на недвижимости.

Из таких систем надлежит отмѣтить слѣдующія.

*Ипотечная система* (система поземельных книг) [1]).—Эта система ведет свое происхожденіе из германскаго права. По средневѣковому (т. н. частному) германскому праву для перехода права собственности на недвижимости считалось недостаточным соглашенія сторон и даже передачи владѣнія на основаніи этого соглашенія. Требовалось еще торжественное публичное объявленіе о переходѣ права собственности перед народным собраніем или в крайности перед свидѣтелями (Sala), впослѣдствіи перед судом (Auflassung). Это публичное объявленіе нерѣдко сопровождалось фактическим вводом во владѣніе. По прошествіи года со днем (Jahr und Tag=1 год 6 недѣль и 3 дня) новый собственник получал вещную власть (Gewehre) против всѣх третьих лиц. В городах такое торжественное объявленіе о переходѣ или залогѣ недвижимости (послѣдній нерѣдко кончался таким же переходом права собственности) совершалось перед городским совѣтом или судом. В судах составляли о таких переходах протоколы, а в городах, стали заносить послѣдніе, начиная с 12 и 13 в., в особыя (ипотечныя) книги (Кельн, Гамбург, Венеція). Но рецепція римскаго права в Европѣ повела к замѣнѣ указанных германских начал непубличной передачей вещи (traditio) римскаго права. Однако в нѣкоторых городах (напр. в Гамбургѣ) ипотечная записка уцѣлѣла и при дѣйствіи римскаго права. Неформальная передача права собственности, наличность общих, законных и тайных ипотек римскаго права сильно затрудняли все развивающійся гражданскій оборот западной Европы. Необходимость в созданіи твердой и устойчивой

[1]) Термин ипотека греческаго происхожденія. Так называется столб, который ставился на участкѣ для публичнаго удостовѣренія, что данная недвижимость заложена. В современном правѣ понятіе ипотечной системы принимает болѣе широкій характер, охватывая всѣ вещныя отношенія по недвижимостям.

системы укрѣпленія вещных прав чувствовалось все сильнѣе. Сохранившаяся в нѣкоторых городах и доказавшая свою цѣлесообразность вотчинная записка послужила образцом для необходимой реформы. Впервые Пруссія в 1783 г. ввела у себя первыя еще несовершенныя начала ипотечной системы, за Пруссіей послѣдовали Мекленбург, Саксонія, Баварія и др. государства. В 1872 г. Пруссія реорганизовала у себя ипотечную систему. Наконец на грани XX вѣка эта система получила новую и болѣе совершенную разработку в связи с германским и швейцарским гражд. уложеніями.

Основныя начала ипотечной системы сводятся к слѣдующему.

Ипотечная система основывается на веденіи особых поземельных книг по каждой недвижимости; в эти поземельныя книги заносятся всѣ вещныя права и измѣненія в них, касающіяся данной недвижимости. Таких основных книг двѣ: главная—Hauptbuch и при ней реестр, записи и отмѣтки в ней дѣлаются особыми статьями по листам и общая, журнал Tagebuch—всѣ отмѣтки заносятся в хронологическом порядкѣ. Записи ведутся по названіям недвижимостей, каждой недвижимости отводится особый лист, в который и вносятся вещныя права, относящіяся к данной недвижимости. Лист раздѣляется на графы: 1) названіе недвижимости, мѣстонахожденіе и состав ея, 2) названіе собственника, 3) вещныя права на эту недвижимость, 4) долги, обезпеченные залогом недвижимости.

Принципы организаціи ипотечной системы.

1. *Принцип внесенія.* Вещныя права возникают, измѣняются и прекращаются путем внесенія в вотчинную книгу. Этот принцип, первоначально относившійся лишь к договорному пріобрѣтенію права собственности и залоговаго права, получает все большее распространеніе.

2. *Принцип публичной вѣры* (достовѣрности и безповоротности записей). Записи в книгѣ признаются достовѣрными, т. е. правомочія соотвѣтствуют записи и пріобрѣтается все, что записано и так, как записано и безповоротными для добросовѣстных третьих лиц, т. е. если право записано в поземельную книгу, оно для добросовѣстных третьих лиц считается установленным, хотя бы оказалось впослѣдствіи, что запись была основана на ошибкѣ, обманѣ или принужденіи.



3. *Принцип публичности.* Каждому, имѣющему интерес, предоставляется право обозрѣвать вотчинныя книги и записи в них.

4. *Принцип специальности.* Каждое вещное право должно относиться к опредѣленной недвижимости и содержаніе права должно быть опредѣленным (слѣдовательно, не может быть общих и тайных ипотек и т. п.).

5. *Принцип старшинства.*—Преимущество одинаковых вещных прав друг перед другом опредѣляется порядком записей (напр. первая и вторая закладная и т. п.).

6. *Изъятіе записанных в вотчинную книгу прав из дѣйствія давности.* Это правило представляет логическій вывод из принципа публичной вѣры: достовѣрность записей колеблется, если, не смотря на запись право собственности может перейти по давности. Таким образом дѣйствію давности при ипотечной системѣ по общему правилу подчинены лишь невнесенныя в поземельныя книги недвижимости.

Titulus и causa не имѣют значенія.

В ипотечных книгах могут дѣлаться отмѣтки: 1) в ограниченіе вещных прав и 2) обязательственных прав, причем такіе отмѣтки придают послѣдним вещное значеніе (jus ad rem).

Приведенная система ставит на твердыя основанія оборот недвижимостей и придает ему необходимую устойчивость [1]).

*Романская система записей вещных прав.* Эта система ведет свое происхожденіе из Франціи и с нѣкоторыми измѣненіями дѣйствует в Бельгіи, Италіи, Эльзас-Лотарингіи.

Во Франціи в тѣх провинціях, гдѣ дѣйствовало римское право, господствовала и римская система неформальнаго перехода вещных прав путем соглашенія и передачи, в провинціях же, гдѣ дѣйствовало обычное право, примѣнялись торжественныя формы древняго германскаго права.

Французскій кодекс (1583 ст.) установил, что право собственности при куплѣ-продажѣ переходит путем соглашенія и договор дает покупщику право собственности относительно продавца но оставил открытым вопрос о послѣдствіях такого соглашенія для третьих лиц. Законом 1855 г. было введено, что установленіе и измѣненіе вещных прав по соглашенію между частными лицами [2]) для пріобрѣтенія

[1]) Мы здѣсь ограничиваемся изложеніем общих принципов, не останавливаясь на отдѣльных отклоненіях от них в положительных законодательствах.

[2]) Иначе по наслѣдству..

ими силы в отношеніи третьих лиц подлежит записи в реестры или только отмѣткѣ (transcription et inscription) у особых чиновников-хранителей ипотек. Таким обр. право собственности, залоговое право и нѣкоторыя др. вещныя права для сторон устанавливаются и переходят путем соглашенія, публичный характер они принимают, пріобрѣтают силу и дѣйствіе в отношеніи третьих лиц путем записи или отмѣтки.

Самое раздвоеніе перехода вещных прав для сторон и третьих лиц, подчиненіе режиму записей не всѣх вещных прав, необязательность записей и отмѣток при переходѣ вещных прав по наслѣдству, отнесеніе их к лицу управомоченнаго, а не к имуществу, наличность общих, законных и тайных ипотек и привиллегій и т. п. создают неопредѣленность в укрѣпленіи вещных прав и дѣлают эту систему мало пригодной для современнаго оборота.

*Система Торренса.*—В Австраліи и нѣкоторых др. англійских колоніях дѣйствует с 1858 г. ипотечная система, названная по имени ея автора—система Торренса. Учреждено ипотечное бюро—одно на государство, вѣдающее записями вотчинных прав. Записи подлежат только тѣ недвижимости, собственники которых захотѣли произвести запись. О переходѣ или измѣненіи вещнаго права путем какой либо сдѣлки производится публикація для заявленія протестов. По истеченіи срока на таковые сдѣлка совершается в двух экземплярах: один экземпляр остается в бюро, а другой вручается пріобрѣтателю. При чем этот послѣдній может распоряжаться своим правом (отчудить его) на основаніи имѣющагося у него документа, а новый пріобрѣтатель отчудить дальше, не сообщая в бюро. При сообщеніи о таких переходах в ипотечное бюро находящійся там акт на недвижимость уничтожается и замѣняется новым на настоящаго (послѣдняго) управомоченнаго. Принцип публичной вѣры, точнѣе достовѣрности записей при этой системѣ проведен настолько послѣдовательно, что против выдаваемых ипотечным бюро актов возможно лишь одно возраженіе о подлогѣ. Всѣ другія возраженія игнорируются. В случаѣ ошибки и других дефектов в вотчинном актѣ пострадавшій от них имѣет только личный иск к получившему выгоду. Если убыток причинен по винѣ администраціи бюро, вслѣдствіе ея ошибки или небрежности, и личный иск к получившему выгоду невозможен или не приносит возмещенія, возмещеніе убытков уплачивается пострадавшему



из особаго фонда, образованнаго для этой цѣли путем спеціальнаго сбора при регистраціи актов.

Система очень стройная и послѣдовательная, но требующая большой опытности и добросовѣстности чиновников и культурности населенія. Легче примѣнима в небольших государствах с рѣдким и культурнымъ населеніем.

*Крѣпостная система и нотаріат.* — В Россіи вотчинная записка ведет свое происхожденіе с XVI в., когда акты на пріобрѣтеніе и залог недвижимостей в московском государствѣ писались на площадях у подъячих, затѣм производилась «справка» в Москвѣ в приказах (главн. обр. в помѣстном приказѣ), в городах у воевод. При этом необходимо было предъявить подлинный акт (купчую, закладную) и удостовѣрить свободное согласіе на совершеніе его. В приказѣ дѣлалась справка по книгам: гдѣ находится имѣніе, велико ли оно, в чьем владѣніи состоит. Требовалось чтобы продавец значился собственником по книгам приказа. Акт записывался в вотчинную книгу и брались пошлины, документ (т. н. крѣпость) выдавался на руки. Екатерина II для регистраціи актов о переходѣ и обремененіи недвижимости установила вмѣсто единаго центра губернскіе центры—крѣпостныя отдѣленія палаты гражд. и угол. суда, гдѣ происходило совершеніе и запись акта, а затѣм через полицію производился ввод во владѣніе, о чем дѣлалась публикація.

В 1866 г. было утверждено Положеніе о нотаріальной части. Этим положеніем в качествѣ вотчинных учрежденій были созданы Нотаріальные Архивы при окружных судах под управленіем старших нотаріусов, кромѣ того в округѣ судов были учреждены должности младших нотаріусов.

Нотаріальные Архивы существовали при каждом окружном судѣ. Здѣсь велись: крѣпостныя книги, реестры крѣпостных дѣл, запретительныя и разрѣшительныя книги (сборники) об имѣніях судебнаго округа и др.

Крѣпостныя книги и реестры крѣпостных дѣл ведутся отдѣльно для каждаго уѣзда и города. Крѣпостныя книги составляются из утвержденных Ст. Нотаріусом актов о недвижимостях. Реестры крѣпостных дѣл—книги, в коих для каждой недвижимости отводится особый лист, раздѣленный на четыре графы, гдѣ отмѣчаются: 1) имя собственника, названіе и номер имущества, 2) означеніе утверждаемаго акта (сдѣлки) с отмѣткою времени утвержденія, номера и страни-

цы в крѣпостной книгѣ, 3) ограниченія права собственности и уничтоженіе ограниченій и 4) установленіе залоговых прав. Для реестров составляются три алфавита: названій имѣній, фамилій собственников и лиц, в пользу коих сдѣланы отмѣтки в крѣпостном реестрѣ.

На Ст. Нотаріуса возлагается завѣдываніе Нотар. Архидом, утвержденіе актов на недвижимыя имѣнія, находящіяся в округѣ суда, веденіе крѣпостных книг, реестров и указателей, сборников разрѣшительных и запретительных статей и проч.

Нотаріусы (младшіе) состоят в вѣдѣніи и под надзором окружнаго суда. В круг их дѣйствій входит: совершеніе всякаго рода нотар. актов, выдача выписей из актов, засвидѣтельствованіе актов и протестов, храненіе документов частных лиц, составленіе проекта судебн. раздѣла наслѣдства.

При совершеніи нотар. акта нотаріус обязан удостовѣриться: в самоличности совершающих акт, в законной правоспособности их и в намѣреніи совершить данный акт, при чем должны присутствовать два (при совершеніи купчих три) правоспособных свидѣтеля.

Всѣ сдѣлки между живыми об установленіи и прекращеніи вещных прав на недвижимости, как то: купля-продажа, дареніе, рядная запись, отдѣльная запись, раздѣльный акт, мировая сдѣлка, залог, сдѣлки, устанавливающія и прекращающія пожизненное владѣніе и другіе сервитуты и прочія ограниченныя вещныя права, а также ограниченія права собственности — совершаются крѣпостным порядком, т. е. нотаріальным порядком и утверждаются (или отмѣчаются) старшим нотаріусом [1]).

## II. Владѣніе.

*Понятіе и юридическая природа владѣнія.*

Юридическое и фактическое господство над вещью могут не совпадать: вещь может состоять в юридическом господствѣ, напр. в собственности, одного лица и находиться в фактическом обладаніи другого. При чем послѣднее может имѣть извѣстное юридическое основаніе, напр. вещь передана собственником на храненіе или же не имѣть такого основанія,

1) См. вып. II, стр. 52—53.



напр. вещь украдена. Это расхожденіе между юридическим и фактическим господством над вещью и их взаимоотношеніе между собою привело к возникновенію одной из самых трудных проблем вещнаго права—проблемы владѣнія.

В наукѣ и законодательствѣ борются двѣ доктрины, различно опредѣляющія понятіе владѣнія: субъективная и объективная. Первая ведет свое происхожденіе из римскаго права, вторая из германскаго.

Римляне различали юридическое владѣніе (possessio) и фактическое обладаніе (detentio). Для перваго требовали наличности двух признаков: объективнаго—обладанія вещью, corpus possessionis и субъективнаго—намѣренія владѣть на себя, присвоить вещь, animus possidendi, animus rem sibi habendi. Владѣніе таким обр.—есть обладаніе вещью suo nomine, держаніе —alieno nomine. С этой точки зрѣнія нѣт владѣнія (а только держаніе) у арендатора, у поклажехранителя и т. д. Напротив средневѣковое, так наз. частное нѣмецкое право давало защиту всякому фактическому обладанію (Gewehre), хотя бы у владѣльца и отсутствовало субъективное намѣреніе владѣть на себя, и арендатору, и хранителю поклажи.

И в современной доктринѣ и законодательствах мы находим тѣ же два взгляда.

Так, Савиньи учил, что владѣніе есть фактическое господство лица над вещью, соединенное с намѣреніем присвоить ее себѣ (в собственность) или как поправляют Кіерульф, Дернбург и друг.—обладать ею для себя, в свою пользу.

На этой точкѣ зрѣнія стоит француз. гражд. кодекс (§ 2229) и общее австрійское уложеніе (§ 309). Оба они требуют для владѣнія наличности, как объективнаго момента—фактическаго обладанія, так и субъективнаго—намѣренія присвоить вещь себѣ.

Уже Іеринг выдвинул другую теорію, отвергающую для понятія владѣнія необходимость субъективнаго признака—animus possidendi. Владѣніем является всякое фактическое обладаніе вещью независимо от намѣренія владѣльца. Благодаря этому владѣльческая защита дается и залогодержателю и поклажепринимателю и друг. Эта теорія была поддержана Гирке и другими германистами.

На эту точку зрѣнія встало и германское гражд. уложеніе, а за ним и швейцарское. Так, согласно 854 ст. герм.

гр. ул. владѣніе пріобрѣтается достиженіем дѣйствительнаго господства над вещью, а согласно 919 ст. швейц. гр. ул. владѣніе представляет фактическую власть [господство] над вещью. Субъективный момент—намѣреніе владѣть на себя и в том и в другом опредѣленіи отброшен.

Обращаясь к разсмотрѣнію двух указанных теорій, мы должны отмѣтить, что субъективная теорія, требуя воли владѣть [на себя], тѣм самым лишает владѣнія, владѣльческой защиты лиц, не обладающих нормальной волей [недѣеспособных, неволеспособных], напр. малолѣтних, сумасшедших, защита владѣнія коих, конечно, необходима. С другой стороны, субъективная теорія, требуя воли владѣть на себя, предоставляет владѣльческую защиту только владѣльцам вещью от своего имени, suo nomine, напр. собственнику, добросовѣстному пріобрѣтателю и т. п., владѣющіе вещью от чужого имени, напр. арендатор, пользовладѣлец и др., не имѣют права на владѣльческую защиту: они—держатели. Защищать нарушенное владѣніе послѣдних может (если захочет) только тот, от чьего имени они владѣют. Но потребности гражданскаго оборота заставили уже римскаго претора дать владѣльческую защиту нѣкоторым «держателям», напр. залогодержателю, эмфитевтѣ, секвестрарію; пандектное право расширило круг владѣющих от чужого имени, детенторов, коим представлена владѣльческая защита, распространив ее на арендаторов, поклажепринимателей и др. Германское и швейцарское гражд. уложенія, слѣдуя объективной теоріи, дают владѣльческую защиту всѣм владѣльцам как suo, так и alieno nomine [1]). Таким образом объективная теорія, завершая историческое развитіе, наиболѣе соотвѣтствует потребностям гражданскаго оборота.—По изложенным соображеніям мы находим объективную теорію болѣе правильной, болѣе удовлетворяющей и теоретическим и практическим требованіям [2]).

Таким образом *владѣніем называется охраняемое правопорядком фактическое господство над вещью*. С этой точки зрѣнія владѣніе есть фактическое господство, независимое от вопроса

[1]) Герм. гражд. ул. допустило одно исключеніе: если кто либо осуществляет господство над вещью в интересах другого в его домѣ или предпріятіи или при подобных условіях, когда он должен подчиниться указаніям другого лица относительно вещи, то владѣльцем является это другое лицо (§ 835), слѣдовательно, первый является детентором.

[2]) Субъективную теорію в нашей литературѣ особенно защищает Шершеневич, см. учебник I, 252, 256, объективную—Покровскій, Основныя проблемы гражд. права, стр. 220—223.



о правѣ обладателя на вещь и от способа пріобрѣтенія такого господства. Владѣльцем может быть и собственник, и арендатор, и вор, т. е. обладающій вещью suo и alieno nomine, добросовѣстно и недобросовѣстно, законно и незаконно.

Наш X том не проводит опредѣленной точки зрѣнія по данному вопросу. Поэтому одни ученые полагают, что владѣніе по нашему праву есть обладаніе вещью с намѣреніем ее присвоить (Побѣдоносцев, Анненковъ, Шершеневич), другіе же называют владѣніем всякое обладаніе вещью suo или alieno nomine (Васьковскій, Покровскій, Синайскій). По нашему мнѣнію X том не проводит единой точки зрѣнія и под владѣніем понимает различные институты: 1) собственность—см. ст. ст. 424—428 и друг., в особенности прим. к ст. 420; 2) особое право в смыслѣ римскаго possessio—514, 533 и 3) фактическое обладаніе вещью: ст. 531 говорит о защитѣ всякаго владѣнія, слѣдовательно, и alieno nomine, а ст. 533 указывает на владѣніе в видѣ собственности, как на особый вид владѣнія.

Совѣтскій кодекс знает владѣніе в видѣ особаго правомочія собственника и называет его правом владѣнія (§ 58) законное и незаконное владѣніе, добросовѣстное и недобросовѣстное владѣніе [§ 59], но по скудости своих норм не дает основаній для разрѣшенія даннаго вопроса..

Спорным представляется также вопрос, является ли владѣніе правом или фактом.

Нѣкоторые ученые, считают владѣніе фактическим состояніем, фактом, с которым правопорядок связывает извѣстныя юридическія послѣдствія, [напр. Виншейд, у нас Мейер, Васьковскій, Синайскій]. Другіе разсматривают владѣніе, как право: оно пріобрѣтается и утрачивается, переходит по наслѣдству, может быть передано другому лицу [1]), владѣніе движимостью презумируетя как собственность, нарушеніе владѣнія есть отдѣльное самостоятельное правонарушеніе, владѣніе охраняется от нарушенія [ср. Барон, Эннекцерус, Анненков, Муромцев, Шершеневич].

Колер разсматривает владѣніе, как право, но не в пользу управомоченнаго, как обыкновенныя субъективныя права, а право установленное для поддержанія всеобщаго мира, право, которое каждый имѣет как бы в качествѣ повѣренна-

[1]) Ср. 857 и 858 ст. ст. герм. гражд. ул.

го государства, в качествѣ управомоченнаго послѣдним защитника мира и порядка» [1]).

Нам представляется болѣе правильным первый взгляд: владѣніе представляет фактическое состояніе, с которым правопорядок соединяет извѣстныя юридическія послѣдствія и устанавливает извѣстныя условія для возникновенія и прекращенія владѣнія. Трудно разсматривать владѣніе вора, насильника, как право. Оно представляет фактическое состояніе, пользующееся защитой от нарушенія в интересах соціальнаго мира. Владѣніе есть фактическое распредѣленіе благ между людьми в отличіе от юридическаго. Правда, современное право придает владѣнію нѣкоторыя черты субъективнаго права и тѣм сближает его с послѣдним, однако, в своей основѣ, по существу владѣніе остается только фактическим состояніем.

*Основаніе защиты владѣнія.*

Всякій фактическій обладатель вещи может требовать защиты своего владѣнія не потому, что он имѣет право на таковое владѣніе, а в силу самого факта владѣнія. Защиты владѣнія может требовать не только законный владѣлец, напр. собственник, арендатор, но и явно неправомѣрный владѣлец, напр. насильственный захватчик, вор и т. п., пока вещь находится в их фактическом обладаніи и в законном порядкѣ не изъята из их владѣнія. В чем основаніе защиты владѣнія? Вызывает недоумѣніе, почему право дает защиту неправомѣрному, противоправному состоянію и тѣм самым как будто вступает в противорѣчіе само с собой, со своими задачами и цѣлями, сводящимися к охранѣ правопорядка. В объясненіе этого явленія выдвинут ряд теорій, различно объясняющих основанія защиты владѣнія. Разсмотрим наиболѣе извѣстныя из них.

*Деликтная теорія Савиньи.*—Савиньи видѣл основаніе владѣнія в том, что нарушеніе всякаго владѣнія есть правонарушеніе, деликт, направленный против личности владѣльца. Однако, нарушеніе владѣнія не всегда может быть разсматриваемо как деликт и тѣм болѣе далеко не всегда представляет посягательство на личность владѣльца. Напр. нѣкто запахал часть земли отсутствующаго сосѣда, добросовѣстно считая ее своей. Здѣсь нѣт деликта в уголовном смыслѣ и нѣт насилія над личностью.

[1]) Гражданское право Германіи, стр. 117.



*Владѣніе — предположеніе собственности.* (Іеринг и др., у нас Шершеневич и нѣкоторые др.).—По мнѣнію Іеринга владѣніе защищается потому, что владѣльцы обычно и собственники вещи и только в отдѣльных случаях владѣльцами являются не собственники, но это—уже исключеніе. Право же считается лишь с общими явленіями, поэтому и дает защиту всякому владѣнію, но гдѣ нельзя сдѣлать такого предположенія, там нѣт и владѣльческой защиты. Правда, при таком положеніи владѣльческой защитой может пользоваться и вор, но это уже необходимое зло—указывает Іеринг. Таким образом владѣніе охраняется в интересах собственности, как передовая позиція послѣдней. Для собственника достаточно доказать свое владѣніе, не прибѣгая к сложным доказательствам права собственности, чтобы вернуть обладаніе вещью.—Однако, владѣніе защищается не только в интересах собственности, но и против собственника, защищается оно и в тѣх случаях, когда завѣдомо извѣстно, что владѣльцу не принадлежит право собственности.

*Защита владѣнія есть защита прав личности.* (Пухта и друг., у нас в особенности Покровскій).—Право на защиту владѣнія Пухта расматривает как „особый вид права личности". В основѣ защиты владѣнія—по мнѣнію І. А. Покровскаго—лежит уваженіе к человѣческой личности, права послѣдней. Матеріально личность человѣка не ограничивается предѣлами его тѣла—говорит названный ученый. Каждаго из нас окружает извѣстная вещественная сфера, необходимая для нашего существованія, на которой лежит печать нашей личности: дом, в котором мы живем, вещи, которыми пользуемся и т. п. Пусть наше фактическое обладаніе нарушает чьи либо права, устранить нарушеніе призвано государство. „Но для частных лиц фактическое господство владѣльца должно быть неприкосновенно, этого требует растущее уваженіе к человѣческой личности, этого требует истинно-культурный строй отношеній между людьми".—Однако, допущеніе новѣйшими кодексами (герм. и швейц.) двойной защиты владѣнія, как владѣльца, так и невладѣющаго собственника противорѣчит приведенной теоріи. Дѣйствительно, если защита владѣльца представляет охрану прав личности, то защита невладѣющаго собственника представляет охрану его экономических интересов, ибо связь с личностью послѣдняго является здѣсь слишком отдаленной. Да и сам І. А. Покровскій указывает,

что защиты владѣнія требует не только уваженіе к личности, но и истинно-культурный строй отношеній между людьми, т. е. извѣстный порядок человѣческаго общежитія—что сближает защищаемую им теорію с теоріей гражданскаго мира.

*Теорія гражданскаго мира.* (Колер, Эндеман и др.)—Владѣніе устанавливает извѣстную связь между лицом и вещью. Нарушеніе указанной связи представляет нарушеніе гражданскаго мира и порядка. „Государство и порядок не могли бы существовать, если бы владѣлец не имѣл защиты независимо от основанія владѣнія"—говорит Колер. Этим объясняется, что владѣніе может принадлежать лицу недѣеспособному, потому что и недѣеспособный является сочленом мирнаго порядка и вторженіе в его сферу нарушило бы этот порядок. Равным образом можно владѣть частями вещи, отдѣльными помѣщеніями, напр. этажами, даже поверхностью стѣны [напр. для расклейки афиш] и т. п. «На обезпеченности владѣльческих отношеній—говорит Эндеманн—покоится порядок человѣческаго общежитія. Охранять мир дома и через его посредство мир народа составляло всегда одну из высших задач общежитія».

Приведенная теорія представляется нам наиболѣе правильной. Во владѣніи находит свое выраженіе фактическое распредѣленіе благ между людьми в обществѣ. Это фактическое распредѣленіе пользуется защитой закона, ибо произвольное нарушеніе фактическаго положенія является вмѣстѣ с тѣм и нарушеніем гражданскаго мира и порядка. Не самовольно и самоуправно, а через подлежащіе судебные органы можно добиваться признанія и возстановленія своего права. Пусть владѣльцем является вор, но пока послѣднее надлежаще не доказано, он пользуется владѣльческой защитой. Иначе вмѣсто права и порядка мы имѣли бы самоуправство и произволъ.

*Виды владѣнія.*

*Владѣніе посредственное и непосредственное, самостоятельное и несамостоятельное.*—Римское право давало владѣльческую защиту [за нѣкоторыми исключеніями] только владѣльцам suo nomine, которые имѣли animus rem sibi habendi. Современное право дает владѣльческую защиту всѣм фактическим обладателям. При таком положеніи возникает вопрос: если обладатель вещи alieno nomine, напр. арендатор, является владѣльцем и пользуется владѣльческой защитой, то является ли также владѣльцем сам собственник этого имущества и может ли он пользоваться владѣльческой защитой (против третьих нарушителей владѣнія). Логически разсуждая как и разсуждали римскіе юристы, такое одновременное владѣніе двух лиц одной вещью в цѣлом невозможно, и владѣльческую защиту римское право представляло лишь владѣльцу suo nomine, напр. собственнику, но отнюдь не держателю, наприм. арендатору. Однако практическія потребности заставили новѣйшія законодательства сойти со строго логическаго пути и иначе разрѣшить этот вопрос. Дѣйствительно, что дѣлать собственнику, если арендатор не принимает мѣр к возстановленію нарушеннаго владѣнія? если не может или не хочет этого сдѣлать? В виду этого авторы герм. гражд. ул. создали двойное владѣніе: посредственное и непосредственное. Владѣлец alieno nomine (пользовладѣлец, закладодержатель, арендатор, наниматель, хранитель и т. п.)—непосредственный владѣлец, а тот, от чьего имени он владѣет—посредственный владѣлец (§ 868). При чем владѣльческая защита предоставлена посредственному владѣльцу в интересах непосредственнаго: он может требовать возстановленія владѣнія прежняго владѣльца, если же послѣдній не может или не хочет вновь вступить во владѣніе, то посредственный владѣлец может требовать, чтобы владѣніе было предоставлено ему самому (§ 869). Швейцарское гр. ул. также установило двойное владѣніе: самостоятельное (владѣніе собственника) и несамостоятельное (владѣніе от имени собственника)—ср. § 920.



Такое двойное (непосредственное и посредственное, самостоятельное и несамостоятельное) владѣніе на одну и ту же вещь in solidum вызывает теоретическія возраженія, но несомнѣнно этот институт является практически цѣлесообразным, удовлетворяет извѣстным потребностям оборота—в этом его лучшее оправданіе.

*Добросовѣстное и недобросовѣстное владѣніе.*—Добросовѣстным владѣніем является такое владѣніе, при котором владѣлец полагает, что он владѣет на законном основаніи и нѣт на ту же вещь болѣе сильнаго права другого лица, напр. нѣкто владѣет на основаніи наслѣдованія по закону, не зная о существованіи завѣщанія, коим имущество оставлено другому (ср. ст. 529 т. X) Недобросовѣстным — такое владѣніе, когда владѣлец знает, что его владѣніе юридически непра-

вильно, что есть другое болѣе сильное право, напр. если в приведенном выше примѣрѣ владѣлец знает о существованіи духов. завѣщанія. Необходима увѣренность в существованіи болѣе сильнаго права, простого сомнѣнія для признанія владѣнія недобросовѣстным недостаточно (70—192).

Юридическое значеніе это различіе пріобрѣтает при опредѣленіи ответственности владѣльца по rei vindicatio (по иску о правѣ собственности). Ответственность недобросовѣстнаго владѣльца значительно сильнѣе ответственности добросовѣстнаго владѣльца.

Так, по швейц. граж. ул. добросовѣстный владѣлец обязан возвратить вещь, но не отвѣчает ни за потерю, ни за порчу ея, а равно и не отвѣчает по убыткам, которые понес собственник в силу его пользованія вещью. Он имѣет право требовать от собственника возмѣщенія произведенных им необходимых и полезных издержек. Недобросовѣстный владѣлец обязан возвратить вещь и возмѣстить убытки, происшедшіе от неправомѣрнаго владѣнія вещью, а также стоимость собранных им плодов и тѣх, которые не собраны по его небрежности. Он имѣет право требовать возмѣщенія понесенных им необходимых издержек (ст. 938—940).

По праву X т. добросовѣстный владѣлец обязан возвратить вещь и кромѣ того доходы с нея со времени, когда ему стала извѣстна неправота его владѣнія. Добросовѣстный владѣлец не обязан возвращать полученные за прежнее время до указаннаго момента доходы, равно как и недополученные за прежнее время доходы слѣдуют ему (626 ст.). Кромѣ того добросовѣстный владѣлец имѣет право на возмещеніе понесенных им по имуществу издержек: необходимых и даже полезных, не подлежат возмѣщенію лишь издержки, являющіеся предметом роскоши (628, 630—633). Добросовѣстный владѣлец отвѣчает только за умышленную гибель вещи, ея поврежденіе или обезцѣненіе, но за неосторожныя дѣйствія не несет ответственности (634, 643 ст.). Недобросовѣстный владѣлец обязан возвратить вещь и полученные за время владѣнія всѣ доходы с вещи (611, 620) за вычетом необходимых и полезных расходов, (622), кромѣ того обязан вознаградить за пользованіе вещью (643). В частности при возращеніи капитала недобросовѣстный владѣлец обязан возвращать капитал, законные проценты (6% на 100 в год) и законную неустойку (3% с суммы капитала—541 ст.). Недобросовѣстный



владѣлец отвѣчает за всякій ущерб в имуществѣ, происшедшій не только вслѣдствіе его умысла, но и простой неосторожности, но не отвѣчает за случай, случайный вред (619—624).

Кодекс РСФСР. содержит лишь скудныя нормы по данному вопросу.

Добросовѣстный владѣлец обязан возмѣстить всѣ доходы, которые он извлек или должен был извлечь из вещи со времени, когда он узнал или должен был узнать о неправомѣрности владѣнія или получил повѣстку по иску собственника о возвратѣ имущества; недобросовѣстный владѣлец обязан возвратить или возмѣстить всѣ доходы, которые он извлек или дожен был извлечь за все время владѣнія вещью. И тот и другой владѣлец имѣют право требовать от собственника возмѣщенія произведенных ими необходимых затрат на имущество с того времени, с какого собственнику причитаются доходы с имущества (ст. 59).

*Законное и незаконное владѣніе.* Наше право различает—законное и незаконное владѣніе. Владѣніе называется законным, когда оно пріобрѣтено способами дозволенными в законѣ, в прочих случаях — незаконным — 524 ст.; необходимо кромѣ того, чтобы законное владѣніе основывалось на законѣ, т. е. имѣло justus titulus (91—105). X том различает слѣдующіе виды незаконнаго владѣнія: подложное, насильственное и самовольное (525—528).

О незаконном владѣніи, не поясняя ближе этого понятія, упоминает и 59 ст. граж. кодекса РСФСР.

*Давностное владѣніе.*—Особый вид владѣнія представляет давностное владѣніе или—по терминологіи герм. гражд. уложенія—владѣніе в видѣ собственности, на себя. Давностным владѣніем называется владѣніе вещью, соединенное с намѣреніем присвоить ее себѣ, обращающееся при соблюденіи извѣстных условій и по истеченіи установленнаго срока в право собственности[1]).

*Пріобрѣтеніе и потеря владѣнія.*

Для пріобрѣтенія владѣнія достаточно получить фактическое обладаніе вещью (в смыслѣ установленія дѣйствитель-

1) Подробнѣе см. дальше: способы пріобрѣтенія права собственности—давность владѣнія.

наго господства над нею вообще, но не обязательно физическаго обладанія).

Владѣніе пріобрѣтается или без согласія предыдущаго владѣльца (если таковой был) путем односторонняго акта—захват или же с согласія предыдущаго владѣльца путем передачи вещи или предоставленія средств, кои обезпечивают господство над вещью, напр. ключей от помѣщенія, коносамента на товары и т. п. (ср. 922 и 925 ст. шв. гр. ул.). Владѣніе может быть пріобрѣтено и без передачи вещи, если третье лицо или отчуждатель продолжает владѣть вещью в силу особаго правового основанія (924 ст. шв. гр. ул.).

Субъектами владѣнія могут быть всѣ субъекты права, как дѣеспособные, так и недѣеспособные. Объектом владѣнія может быть вещь, не изъятая из оборота.

Владѣніе прекращается с потерей господства над вещью по волѣ владѣльца или без таковой. Временное препятствіе к осуществленію господства над вещью не прекращает владѣнія (ср. 856 ст. герм. гр. ул. и 921 ст. шв. гр. ул.).

*Защита владѣнія.*

Владѣніе защищается от нарушенія и утраченное подлежит возстановленію. Защита владѣнія носит судебный и внѣсудебный характер.

Судебная защита владѣнія достигается путем особаго владѣльческаго (поссессорнаго) иска, коим защищается и возстанавливается фактическое обладаніе вещью, независимо от права владѣльца на нее. При возбужденіи поссессорнаго иска разрѣшается исключительно вопрос о владѣніи и не может быть разсматриваем вопрос о правѣ собственности на вещь. Спор о послѣднем исключается и может быть разрѣшен только путем самостоятельнаго (петиторнаго) иска.

Иски о возстановленіи нарушеннаго или утраченнаго владѣнія допускаются по нашему праву втеченіе года с момента нарушенія (ст. 29 Уст. гр. с., ст, 861, 862 и 864 герм. гражд. ул.).

Кромѣ того, современное законодательство допускает не только судебную, но и внѣсудебную защиту, самозащиту при нарушеніи владѣнія.

Так, по герм. гр. ул. при самоуправном завладѣніи движимой вещью владѣлец может силою отнять ее, если нарушитель владѣнія был застигнут на мѣстѣ или по свѣжим слѣдам, а при захватѣ недвижимости может немедленно послѣ захвата силою возстановить нарушенное владѣніе (859 ст.). Согласно швейц. гр. ул. каждый владѣлец имѣет право защищаться силой против всякаго насильственнаго захвата и нарушенія владѣнія. Если вещь была отнята насильственно или тайно, владѣлец может отнять ее у захватчика (926 ст.).



## III. Право собственности.

*Понятіе и содержаніе права собственности.*

Римляне опредѣляли право собственности как jus utendi fruendi et abutendi re quatenus juris ratio patitur. И нѣкоторые ученые новаго времени опредѣляют право собственности, как полное и исключительное господство лица над вещью (Савиньи, Пухта, Барон, Побѣдоносцев) или неограниченное господство над вещью (напр. Виндшейд). Однако, ни полным, ни исключительным, ни свободным от ограниченій право собственности не является. Оно ограничивается в интересах правопорядка и отдѣльных лиц. Как и всѣ вообще субъективныя права право собственности в матеріальном смыслѣ ограничено в интересах общих (общее пользованіе, законныя запрещенія) или частных (права сосѣдства). Указанныя соображенія и заставили других ученых опредѣлять право собственности, как наиболѣе полное, но все же ограниченное господство лица над вещью (Іеринг, Дернбург, Мейер, Гамбаров). Наконец, третьи ученые опредѣляют право собственности не по его содержанію, а по отношенію к третьим лицам—как право собственника на невмѣшательство (бездѣйствіе) третьих лиц в его отношенія к вещи (Шлоссман, у нас Нольдэ) или как право, снабженное наибольшей мѣрой защиты со стороны третьих лиц (Тон). Но под такое опредѣленіе подходит не только право собственности, но и всѣ вообще абсолютныя права. И вообще опредѣленіе субъективнаго права с отрицательной формальной стороны не дает должной конкретизаціи и необходимо заставляет обращаться в интересах послѣдней к его положительной матеріальной сторонѣ. Поэтому нам болѣе правильным представляется второе из приведенных опредѣленій.

*Право собственности есть наиболѣе полное господство лица над вещью, допускаемое объективным правом.*

Современныя законодательства примыкают или к первой или ко второй точкѣ зрѣнія.

Так, французскій гражд. кодекс опредѣляет право собственности как „право пользованія и распоряженія вещью самым неограниченным образом лишь бы из нея не дѣлалось воспрещеннаго законом употребленія". А германское гражд. ул. разсматривает право собственности, как господство над вещью «поскольку оно не ограничено законом и правами отдѣльных лиц» (ср. ст. 755 и 903). Швейцарское гр. ул. также говорит о правѣ свободнаго распоряженія вещью в предѣлах закона (ст. 903).

Своеобразное опредѣленіе права собственности дает 420 ст. т. X ч. I., которая гласит слѣдующее:

«Кто быв первым пріобрѣтателем имущества по законному укрѣпленію его в частную принадлежность, получил власть, в порядкѣ, гражданскими законами установленном, исключительно и независимо от лица постороняго владѣть, пользоваться и распоряжаться оным вѣчно и потомственно, доколѣ не передаст сей власти другому, или кому власть сія от перваго пріобрѣтателя дошла непосредственно или через послѣдующія законныя передачи и укрѣпленія, тот имѣет на сіе имущество право собственности».

Это опредѣленіе неудачно. С одной стороны оно содержит много лишняго, историческіе пережитки, с другой стороны, опредѣляя содержаніе права собственности, как власть владѣть, пользоваться и распоряжаться вещью, оно не достаточно, так как не упоминает о нѣкоторых существенных правомочіях собственника, напр. о правах присвоенія.

Короче и проще опредѣленіе, даваемое кодексом Совѣтской республики, ст. 58 котораго гласит: «собственнику принадлежит, в предѣлах, установленных законом, право владѣнія, пользованія и распоряженія имуществомъ».

Но и это опредѣленіе, как и опредѣленія римскаго права, французскаго кодекса и десятаго тома, сущность коих оно воспроизводит, также неудовлетворительно. Владѣніем, пользованіем и распоряженіем вещью не исчерпываются правомочія собственника [1])

Обращаясь к анализу опредѣленія права собственности,

[1]) Это опредѣленіе неудачно и в другом отношеніи: слѣдуя ближе за X томом, оно говорит о владѣніи, пользованіи и распоряженіи имуществом (а не вещью)—термин не достаточно опредѣленный, спорный и потому неумѣстный в опредѣленіи.



содержащагося в 420 ст. т. X ч. I, мы должны отмѣтить в этом опредѣленіи два момента: формальный и матеріальный.

Ст. 420 прежде всего подчеркивает формальный момент: законное укрѣпленіе, т. е. укрѣпленіе, которое по закону ведет к установленію права собственности, и различает укрѣпленіе за первым пріобрѣтателем имущества и через послѣдующія законныя передачи, т. е. первоначальные и производные способы пріобрѣтенія права собственности.

Законное укрѣпленіе предоставляет управомоченному право или власть, которая с формальной стороны опредѣляется как власть: 1) исключительная, 2) независимая от лица посторонняго, 3) вѣчная и потомственная.

Исключительность означает устраненіе всякаго третьяго лица от воздѣйствія на вещь, составляющую объект права собственности и указывает на абсолютный характер права собственности. Независимость—историческая категорія, подчеркивает свободу собственности от воздѣйствія государства в отличіе от права московскаго государства, гдѣ обладаніе земельной собственностью было тѣсно связано со службой государству, находилось в зависимости от послѣдней («чтоб земля из службы не выходила, чтоб в службѣ убытка не было»). Указаніе на вѣчный и потомственый характер права собственности означает, что право собственности безсрочно, нельзя пріобрѣсти что-либо в собственность на срок. Это указаніе тоже носит историческій характер, ибо в нашем древнем правѣ пріобрѣтеніе недвижимости носило не тот безповоротный и безсрочный характер, как в современном правѣ, а наоборот, первоначально пріобрѣтенная недвижимость подлежала выкупу и не переходила по наслѣдсву, а возвращалась обратно по смерти пріобрѣтателя—для устраненія чего и писали в актах пріобрѣтенія в «дернь» «без выкупа», «без отдачи», «в род», «вѣчно» и «потомственно» и т. п.

Указанная власть не носит безграничнаго характера. В ст. 420 сдѣлана оговорка «получил власть в порядкѣ гражданскими законами установленном», выражающая ограниченность права собственности. Та же мысль еще яснѣе подчеркивается в ст. 423: «в предѣлах, законами установленных» [1]).

[1]) Иначе В. И. Синайскій (русское гражд. право, 1917 г., I. стр. 145, пр. 3), который относит указанную оговорку ст. 420 к слову укрѣпленіе, что нам думается, в особенности в связи с 423 ст. неправильно.

Матеріальный моментъ—содержаніе права собственности. По содержанію своему власть собственника характеризуется в ст. 420, как власть владѣть, позьзоваться и распоряжаться вещью.

Владѣніе—фактическое обладаніе вещью, снабженное юридической защитой, пользованіе—извлеченіе плодов и доходов из вещи, распоряженіе—употребленіе вещи в цѣлях управомоченнаго путем совершенія различных юридических сдѣлок и фактических дѣйствій вплоть до отчужденія и уничтоженія вещи. Самре важное из них: распоряженіе, в нем наиболѣе сильно и выражается право собственности (ср. Мейер, Шершеневич).

По смыслу нашего законодательства владѣніе, пользованіе и распоряженіе вещью могут быть отдѣлены от права собственности (ср. ст. 515, 535, 542).

Сенат разсматривал владѣніе, пользованіе и распоряженіе, как составныя части или элементы права собственности (1902—46, 1890—60 и др.). Однако владѣніе, пользованіе и распоряженіе—не составные элементы или части собственности, а отдѣльныя правомочія, вытекающія из права собственности; могут быть и другія правомочія, напр. права присвоенія. Они не отдѣляются от права собственности, собственник может быть лишь ограничен в том или другом правомочіи [1]).

Объектом права собственности являются по X тому недвижимыя и движимыя вещи, но не права и прочія нематеріальныя блага, напр. электрическая энергія, ибо в отношеніи послѣдних невозможно проявленіе нѣкоторых основых правомочій права собственности, напр. владѣнія (физическаго обладанія).

*Право собственности на недвижимость.*—Право собственности на недвижимость не исчерпывается тѣм общим опредѣленіем права собственности, какое дано послѣднему в 420 ст. как власть владѣть, пользоваться и распоряжаться вещью. В примѣненіи к недвижимости эта власть болѣе конкретно выражается: 1) в правѣ на произведенія, находящіяся на поверхности земли, на воды и на всѣ принадлежности, 2) в правѣ на нѣдра земли и 3) в правѣ на воздушное пространство над участком земли.

Так, согласно 697 ст. швейц. гр. ул.: «Собственность на землю простирается вверх и вниз, в воздушное пространство и

[1]) Ср. Ельяшевич—Теоретич. и практич. Комментарій, III, 283.



нѣдра земли, поскольку это необходимо для осуществленія. Она обнимает, в установленных законом предѣлах, постройки, растенія и водные источники».

*Право на произведенія на поверхности земли, на воды и принадлежности.*—К таковым правомочіям относятся: 1) право на лѣс и 2) право на охоту.

Право на лѣс.—Собственник земли является и собственником растущаго на ней лѣса. Право собственности на лѣс возникает у покупщика лѣса (напр. по лѣсорубочному договору) лишь послѣ отдѣленія лѣса от земли. Право собственника на лѣс подлежит ограниченіям в интересах государственных. В 1888 г. лѣса были раздѣлены на защитные и общіе. Лѣса, признанные защитными, могут быть вырубаемы только по опредѣленному плану с утвержденія лѣсоохранительнаго комитета. В отношеніи прочих лѣсов воспрещается обращеніе земли с растущим на ней лѣсом в другой вид угодій и опустошительная рубка лѣса; однако на лѣса надѣльных земель послѣднее правило не распространяется (ст. 710 и сл. Уст. лѣс.).

Право на охоту.—Право на охоту есть особое правомочіе, принадлежащее собственнику. Это правомочіе по особому соглашенію или разрѣшенію может принадлежать и несобственнику. Право охоты терпит ограниченія. В интересах общегосударственных для предупрежденія опустошительнаго уничтоженія звѣрей и птиц установлены особые періоды (мѣсяцы и дни). В году, когда разрѣшается охота на тѣх или других звѣрей и птиц (ст. 332 и др. У. С. Х). Право охоты по юридической природѣ нельзя смѣшивать с правом собственности, оно представляет особый вид прав присвоенія.

Право на воды.—Воды дѣлятся на запертыя, внутри участка находящіяся — озера, пруды и текучія—рѣки, ручьи. Первые являются собственностью хозяина участка, юридическая природа вторых сложнѣе.

Римляне дѣлили рѣки на публичныя и частныя. Публичными они считали тѣ, которые текут постоянно, не пересыхая, частными—текущіе на частном участкѣ источники, временно пересыхающіе. Относительно публичных рѣк большинство романистов (Дернбург, Келлер, Ваппеус, Бирман и др.) признают право собственности, соединенное с publicis usus, с широкими правами общаго пользованія, но нѣкоторые из них, напр. Виндшейд, Регельсбергер, признают за государством на публичныя рѣки лишь права верховенства, суверенитета.

В современном правѣ публичными рѣками признаются не постоянно текущія, а судоходныя рѣки. По мнѣнію большинства на публичныя рѣки в современном правѣ государству принадлежит право суверенитета (Zachariae, Crome, Vappeus и др.).

По нашему праву рѣки дѣлились на судоходныя (сплавныя)—публичныя и несудоходныя (несплавныя)—частныя.

Согласно 387 ст. рѣки разсматриваются как принадлежности земель, т. е. как собственность прибрежных собственников, (собственников участков, по коим они протекают), Но 406 ст. относит судоходныя рѣки к имуществам государственным и согласно 434 ст. именно судоходныя рѣки открыты для общаго пользованія. Послѣднюю точку зрѣнія проводит французское право. Ее раздѣляют и у нас Мейер, Анненков, Васьковскій. Но другіе ученые — Побѣдоносцев, Кассо, Шершеневич, Ельяшевич стоят на другой точкѣ зрѣнія. Они полагают, что и судоходныя рѣки являются объектом частной собственности. В ст. 406 говорится также о берегах судоходных рѣк, которые не являются имуществом государственным, ст. 424 предоставляет собственнику участка право на воды, 427—право на остров, выросшій посредині рѣки, 428 ст. право пользованія рѣкой до середины. По смыслу указанных статей (387, 424, 427, 428) право на воды есть послѣдствіе права на землю, берегового права. Эта точка зрѣнія и представляется нам болѣе правильной.

Обращаясь к ближайшему опредѣленію права на воды, мы должны отмѣтить, что текучая вода (aqua profluens) не может быть объектом частной собственности [1]) и таким образом право на воды сводится к праву на пользованіе рѣкой в предѣлах участка и к праву собственности на ея русло. Сюда относится: право перевоза, установки мельницы, добычи песку, рыбной ловли, право пользованія водяной энергіей в границах, установленных законом, право на обсохшее русло, на остров, выросшій в серединѣ рѣки; если рѣка пограничная, то пользованіе ею (на протяженіи участка) простирается до середины рѣки (береговое право) [2])

[1]) Оссиг и Дернбург полагают, что возможно право собственности на теченіе.

[2]) Право на обсохшее русло принадлежит береговому владѣльцу на протяженіи его участка до середины рѣки, составляющей границу двух владѣній. Остров, выросшій на серединѣ рѣки, дѣлится между владѣльцами обоих берегов по линіи, идущей параллельно берегам на равном разстояніи от них (по серединной линіи). Эти границы сохраняются и по перемѣщеніи частично или полностью русла рѣки (426—428).



Из указанных правомочій исторически самостоятельное угодье представляло у нас *право рыбной ловли.* Согласно нашему праву рыбныя ловли во всѣх водах составляли правомочіе прибрежных владѣльцев. Изъятія из этого правила: 1) рыбныя ловли по особым актам могут принадлежать и не прибрежным собственникам, 2) в нѣкоторых водах допускалась свобода рыбнаго промысла; так, послѣдняя допускалась в морских водах, в озерах, принадлежащих государству, вокруг островов озера Байкала, для переселенцев на Мурманѣ и в немногих других случаях (ст. 490 и сл. У. С. Х).—По своей юридической природѣ право рыбной ловли должно быть отнесено к правам присвоенія.

Собственнику принадлежат всѣ принадлежности вещи, всѣ плоды, доходы с нея [1]).

*Право на нѣдра земли.* — Римляне полагали, что право собственника на нѣдра простирается usque ad inferes—до центра земли, современное право—поскольку нѣдра доступны воздѣйствію человѣка. Сюда относится: 1) право на содержимое нѣдр и 2) право на разработку ископаемых.

Собственнику принадлежит право на нѣдра, т. е. на содержимое под поверхностью участка, напр. право добывать землю, глину, камни и т. д.

По нашему законодательству собственнику принадлежитъ право на разработку ископаемых. На западѣ для большинства ископаемых принята система горной свободы. В Россіи на частновладѣльческих землях право разработки ископаемых принадлежало собственнику земли, без разрѣшенія собственника никто не мог производить разработку ископаемых на его участкѣ. В отношеніи казенных земель у нас была принята система горной свободы. Эта система господствовала в губерніях Царства Польскаго и в отношеніи земель частных собственников, а также на землях крестьян, казаков и инородцев Забайкальской области и на войсковых землях войска Донскаго. На крестьянских надѣльных землях и выкупленных по закону 14 іюня 1910 г. право разработки ископаемых принадлежало обществу.

По юридической природѣ право разработки ископаемых надлежит отличать и от права собственности на нѣдра и от права собственности на самыя ископаемыя: оно представляет особый вид прав присвоенія.

[1]) О принадлежностях, плодах и доходах, см. вып. II, стр. 38.

*Право на воздушное пространство.*—Прежде господствовавшая теорія признавала право собственника на воздушный столб над его участком «до неба», «до звѣзд», т. е. до безконечности. Большинство современных ученых признают за собственником право на воздушное пространство в предѣлах доступнаго воздѣйствія [1]).

Также и современныя законодательства ограничивают права собственника предѣлами доступнаго для него воздѣйствія на воздушный столб. Так согласно § 667 швейц. гр. ул. право собственника простирается лишь на высоту, доступную его воздѣйствію, а согласно § 905 герм. гражд. ул. собственник не может воспрещать другим лицам дѣйствій на такой высотѣ, гдѣ он не стѣснен в пользованіи имуществом. Наше законодательство проходит данный вопрос молчаніем, Сенат признает право собственника на воздушное пространство (87—93, 1912—129).

Согласно ст. 21 гражд. кодекса РСФСР «земля является достояніем государства и не может быть предметом частнаго оборота», а согласно 53 ст. того же кодекса «земля, нѣдра, лѣса, воды, желѣзныя дороги общаго пользованія, их подвижной состав и летательные аппараты могут быть исключительно собственностью государства».

Таким образом по совѣтскому праву нѣт права частной собственности на недвижимость и указанныя правомочія собственника должны принадлежать государству.

*Полное и неполное право собственности на недвижимость.*—В римском государствѣ долго существовало нѣсколько систем правовых отношеній (jus civile, jus gentium и др.) и нѣсколько видов собственности (квиритская, бонитарная, провинціальная и др.), которые, однако, постепенно уступали мѣсто единому правовому режиму и вмѣстѣ с послѣдним единому праву собственности. В средніе вѣка право собственности дѣлилось на dominium directum и dominium utile (Obereigentum и Untereigentum). Первое—высшая или независимая собственность, второе—зависимая собственность или пользованіе на правѣ собственности (наслѣдственная аренда и т. п.). Другое дѣленіе собственности: dominium plenum sive—illimitatum—полная или неограниченная собственность и dominium minus plenum sive limitatum—неполная или ограниченная собственность, под которой разумѣлась собственность ограниченная (указанным пользованіем на правѣ собственности). Послѣднее дѣленіе вошло и в нѣкоторые нынѣ дѣйствующіе кодексы, напр. в австрійское общее уложеніе, а оттуда перешло в X том (423, 532 ст.).

[1]) Иначе Ельяшевич (Комм. II, 309—310). Он не находит здѣсь объекта для права: воздух и безвоздушное пространство не могут быть объектом права.



Указанное различіе юридическаго значенія нынѣ не имѣет. Современныя законодательсва признают только единое право собственности. Право собственности мыслится полным и неограниченным. Но в соціальной обстановкѣ нашего времени оно всегда ограничено в интересах общественных или частных. Однако его принципіальная полнота и неограниченность находит выраженіе в том, что как только отпадает какое либо ограниченіе — тѣм самым правомочія собственника расширяются без особаго постановленія о том закона или договора (упругость права собственности).

*Ограниченія права собственности.*

Как уже неоднократно указывалось, всѣ субъективныя гражданскія права ограничены в интересах общественных и частных. Ограничено по содержанію и право собственности. Собственник стѣснен в осуществленіи своих правомочій в интересах всѣх и каждаго, в интересах общих, а также и в интересах отдѣльных частных лиц, напр. сосѣдей. Эти ограниченія устанавливаются законом и называются законными ограниченіями права собственности. Они имѣют цѣлью сдѣлать осуществленіе права собственности соотвѣтствующим цѣлям общежитія.

Законныя ограниченія не нужно смѣшивать с правами на чужую вещь, в частности с сервитутами. В отличіе от прав на чужую вещь, напр. сервитутов, законныя ограниченія не составляют увеличенія имущества лиц, в пользу коих они установлены. В правѣ на чужую вещь главное составляет правомочіе в чужой вещи, а ограниченіе права собственности вытекает уже из этого правомочія. В законном ограниченіи на первый план выступает самое ограниченіе, обязанность собственника, а право посторонняго является слѣдствіем, при чем субъективнаго права у послѣдняго может и не возникнуть, напр. при ограниченіях в интересах санитарных, безопасности и нѣк. др.

Законныя ограниченія права собственности можно раздѣлить на четыре категоріи: 1) ограниченія права собствен-

ности в общественных интересах, связанныя с пользованіем данным имуществом со стороны посторонних лиц, всѣх и каждаго, наше законодательство называет эти ограниченія правами участя общаго, напр. право прохода и проѣзда по дорогѣ, 2) ограниченія права собственности в общественных интересах, не связанныя с пользованіем вещью со стороны посторонних лиц, напр. ограниченія в интересах противопожарных, общей безопасности и др., 3) ограниченія права собственности в интересах отдѣльных частных лиц (права сосѣдства), наше законодательство называет их правами участія частнаго и 4) ограниченія в распоряженіи имуществом, так называемыя законныя запрещенія.

*Права участія общаго.*

*Право участія общаго есть ограниченіе права собственности в общих интересах, соединенное с пользованіем имуществом со стороны всѣх и каждаго.*

Таким образом в данном случаѣ рѣчь идет о публичных вещах, находящихся в общем пользованіи. Как уже было указано[1]), по господствующему в наукѣ взгляду в основѣ права на публичныя вещи лежит частно-правовое отношеніе, право собственности государства и других юридических, а также и частных лиц. Послѣдній взгляд нашел выраженіе и в нашем законодательствѣ. Так, согласно 435 ст. т. X право собственности на публичныя дороги принадлежит владѣльцам земель, из которых они образованы, по силѣ 987 и 424 ст. воды, в том числѣ и публичныя рѣки, принадлежит частным лицам—береговым владѣльцам и только не находящіеся в частной собственности в силу 406 ст. принадлежат государству. Городскія площади и улицы могут принадлежать на правѣ собственности частному лицу, а находиться в завѣдываніи городского управленія (владѣльческіе города на западѣ О. С. 908—27, Гр. д. 910—27).—Собственник недвижимости, находящейся в общем пользованіи, ограничен в индивидуальном использованіи ея, поскольку это необходимо для общаго пользованія. Таким образом, с точки зрѣнія собственника общее пользованіе представляет ограниченіе права собственности. Но с точки зрѣнія дестинаторов общее пользованіе представляет право, именно особый вид частнаго абсолютнаго права.

1) См. вып. II, стр. 40—41.



Право участія общаго возникает в силу закона или особаго постановленія власти. Путем соглашенія или давности оно не может возникнуть. Равным образом и уничтожается постановленіем закона или актом административной власти. Возстановленіе права участія общаго (его защита) достигается административным путем, в административном порядкѣ. Убытки от нарушенія права участія общаго взыскиваются в частном порядкѣ, равно как возстановленіе и защита собственности, ограниченной правом участія общаго, подвѣдомственны гражданскому суду. Вообще право собственности на недвижимость, ограниченную правом участія общаго, остается гражданским правом, которое можно пріобрѣсти и передать.

Главные виды права участія общаго слѣдующіе.

*Пользованіе дорогами.*—Под послѣдними разумѣются судоходныя сообщенія или грунтовыя дороги. Уставом Путей Сообщенія они дѣлятся на пять классов: главных сообщеній, больших сообщеній, губернскія, уѣздныя и проселочныя. Дороги первых четырех классов носят названіе больших дорог. Право свободнаго пользованія распространяется и на проселочныя дороги, однако, владѣлец проселочной дороги может занять послѣднюю для своих нужд, но обязан вмѣсто нея сдѣлать новую. Ширина больших дорог 30 саж., проселочных от 3 до 10 саж. К дорогам общаго пользованія в городах должны быть отнесены улицы, переулки, тротуары, площади, в деревнях—дороги, переулки, прогоны.

Публичными дороги становятся в силу спеціальнаго административнаго акта (мин-ва п. с., земства, города) и в силу такого же акта утрачивают свое значеніе.

Содержаніе общаго пользованія дорогами заключается в правѣ прохода, проѣзда, прогона скота.

Для собственника прилегающаго к дорогѣ участка существует гражд. право на свободное сообщеніе с дорогою или улицею, на свѣт, вид, сток воды. Собственнику принадлежат нѣдра дороги. Всякое спеціальное использованіе дороги или улицы, не нарушающее общаго права прохода и проѣзда, принадлежит собственнику, напр. право на доходы от отдачи мѣст под торговлю на улицах и площадях принадлежит городу, во владѣльческих городах—собственнику. Земля, остающаяся свободной вслѣдствіе упраздненія или суженія дороги, поступает в распоряженіе собственника (435-1).

*Пользованіе водными путями сообщенія.*—Внѣшнія водныя сообщенія—моря и их берега, изъяты из сферы частнаго обладанія, являются общим достояніем, внутреннія сообщенія—рѣки и озера, дѣлятся на публичныя, открытыя для общаго пользованія и частныя, находящіяся в индивидуальном обладаніи. По нашему праву публичными рѣками являются рѣки судоходныя (438 ст. т. X) и сплавныя (прим. 3 к. ст. 359 У. П. С.[1]), хотя бы и кратковременно (напр. весною в разлив).—Частными рѣками и частными водами вообще являются «водовмѣстилища, находящіяся на всем протяженіи своих берегов в предѣлах одного владѣнія» (ст. 241 У. С. X).

Содержаніе общаго пользованія публичными рѣками (водами) сводится к слѣдующему (437—439).

а) Право пользованія рѣкой.—Запрещается на публичной рѣкѣ строить мельницы, плотины и другія запруды.

б) Право пользованія бечевником. Бечевником называется полоса земли по обоим берегам рѣки, оставляемая для надобностей судоходства. На судоходных и сплавных рѣках бечевник представляет пространство земли вдоль русла шириною в 10 сажен от гребня воды. Мин-во П. С. может уменьшить его ширину до 2-х сажен. В городах и селеніях бечевники могут быть замѣняемы набережными с устройством пристаней. Пользованіе бечевниками безплатное, но весьма разнообразно: для постройки, починки судов, для погрузки и выгрузки их, для причала, для склада товаров и снастей, для надобностей рыболовства; на территоріи бечевника в интересах судоходства могут быть даже выстраиваемы временные балаганы и избы сроком на 1 год. Использованіе бечевника сверх надобностей судоходства (и не нарушая послѣдних) принадлежит собственнику, которому принадлежит и владѣльческій иск для защиты.

в) Право прохода и проѣзда людям, занимающимся судоходством.

*Другія ограниченія права собственности в общественных интересах.*

Сюда относятся ограниченія права собственности в публичных интересах, не связанныя с пользованіем вещью со стороны посторонних лиц. Таковы, напр., ограниченія рубки (уничтоженія) лѣса, в правѣ рыбной ловли, охоты и пр.

[1]) Указанное примѣчаніе говорит об общем пользованіи водными путями, пригодными для «судоходства, сплава или гонки лѣса или дров».



а) Лѣса дѣлятся у нас на защитные и водоохранные и не являющіеся таковыми (см. ст. 710 и сл. Уст. Л.). Охраненіе лѣсов вызывается государственными и общественными интересами. Запрещается опустошительная рубка лѣса вообще. В частности защитные и водоохранные лѣса запрещается обращать в другія угодья. На подобных участках должно вестись правильное лѣсное хозяйство по плану, утвержденному лѣсоохранительным комитетом. Они могут быть принудительно отчуждаемы, если собственники не принимают на свой счет расходов по их содержанію.

б) Ограниченія в правѣ рыбной ловли. В огражденіе вреднаго расхищенія рыбных богатств страны установлены ограниченія во времени рыбной ловли, в способах ловли, в пользованіи особо вредными орудіями лова и т. п.

в) Ограниченія в правѣ охоты. В тѣх же цѣлях право охоты разрѣшается лишь на опредѣленных звѣрей и птиц и в опредѣленное время года.

г) Ограниченія собственности в интересах огражденія от пожаров, в интересах безопасности, порядка, народнаго здравія и др. Сюда относится требованіе устройства в городах брандмауэров, в деревнях соблюденіе промежутков между строеніями, запрещеніе в чертѣ города устройства опасных в пожарном и других отношеніях предпріятій и т. п.

Право участія общаго охраняется в административном порядкѣ. Использованіе собственности внѣ предѣлов участія общаго дает основаніе собственнику предъявить иск.

Ст. 702 швейц. гр. ул. содержит слѣдующія постановленія по данному вопросу.

«Союз, кантоны и общины сохраняют за собою право вносить ограниченія в поземельную собственность в интересах общественной пользы, как то: по отношенію к полиціи санитарной, строительной, пожарной, лѣсной, дорожной, уличной и рѣчной, а также завѣдующей постановкой пограничных и тригонометрических знаков, улучшеніем почвы, дробленіем поземельных участков, соединеніем земель, предназначенных под постройки, поддержаніем древностей и естественных памятников или охраненіем ландшафтов, красивых видов и источников цѣлебных минеральных вод.».

*Права участія частнаго.*

*Право участія частнаго есть ограниченіе права собственности в интересах отдѣльных собственников.* Обычно такими собственниками являются сосѣди и право участія частнаго называют поэтому правом сосѣдства.

Права участія частнаго нельзя смѣшивать с сервитутами, как это допускает наше законодательство (542-2 ст. т. ч. 1) и нѣкоторые ученые (Дювернуа, Гольмстен, Гуляев). Право участія частнаго есть легальное ограниченіе права собственности; послѣднее и составляет существо этого института. Здѣсь нѣт участія постороннаго лица в пользованіи данной собственностью, а имѣются ограниченія правомочій собственника в пользованіи своим имуществом. Сервитут же есть прежде всего право на чужое имущество, право постороннаго на использованіе чужой вещи в опредѣленном отношеніи, связанное же с ним ограниченіе правомочій собственника есть лишь слѣдствіе указаннаго права на чужую вещь.

Право участія частнаго выражается в видѣ: 1) ограниченія правомочій собственников земель, недвижимостей и 2) ограниченія правомочій собственников зданій.

а) Запрещается прибрежному владѣльцу поднимать запрудами рѣчную воду и затоплять выше лежащій участок (ст. 442 п. I),

б) Запрещается примыкать плотину к противоположному берегу (442 п. II.).

2. а) Запрещается пристраивать поварню или печь к стѣнѣ дома сосѣда, б) лить воду и сметать сор на двор сосѣда, в) дѣлать скат крыши на двор сосѣда, г) дѣлать окна и двери в брандмауэрѣ и вообще в стѣнѣ, раздѣляющей владѣнія, д) а равно и в домѣ, построенном на межѣ, дѣлать окна на крышу и двор сосѣда (445, 446 ст.).

Всѣ споры между собственниками и управомоченными по праву участія частнаго разрѣшается в порядкѣ гражданскаго судопроизводства.

Швейц. гр. ул. содержит по данному вопросу слѣдующія правила.

Ст. 684. «Каждый собственник обязан при пользованіи своей собственностью, в особенности при учрежденіи на ней какого-либо промышленнаго предпріятія, воздерживаться от чрезмѣрнаго воздѣйствія на собственность своего сосѣда.



Воспрещается в особенности всякаго рода вредныя и не оправдываемыя положеніем и свойствами недвижимости, либо мѣстными обычаями воздѣйствія посредством дыма или сажи, непріятных паров, шума или сотрясеній».

Ст. 685. «При рытьѣ земли и возведеніи построек собственник не должен вредить сосѣднему участку, сотрясая почву или подвергая опасности, либо нанося поврежденіе находящимся на нем сооруженіям. К постройкам, противорѣчащим требованіям сосѣдскаго права, примѣняются постановленія, относящіяся к выступающим за предѣлы участка строеніям».

*Законныя запрещенія.*—Запрещенія в распоряженіи родовым имуществом, майоратом и т. п.

*Виды права собственности.*

Как указывалось уже выше, современныя законодательства знают только одно понятіе права собственности. По управомоченным субъектам право собственности можно раздѣлить на собственность индивидуальную, общую, общинную и государственную.

*Индивидуальная собственность.*—Современная собственность в отличіе от древней родовой, общинной и семейной собственности носит по общему правилу индивидуальный исключительный характер. Представляя собою наиболѣе полное господство лица над вещью, допускаемое правопорядком, это право на вещь не совмѣстимо с таким же правом другого на одну и ту же вещь. Duorum vel plurium in solidum dominium esse non potest, т. е. не может существовать двух прав собственности на одну и ту же вещь, говорили римляне. Индивидуальная частная собственность при современном развитіи гражданскаго оборота является обычным видом собственности. Однако, современное право знает и другіе ея виды.

*Общая собственность.* — Общая собственность представляет тот случай, когда право собственности на одну вещь принадлежит двум или нѣскольким лицам. И в данном случаѣ существует одно право собственности, но принадлежит оно нѣскольким лицам, осуществляется нѣсколькими управомоченными субъектами. Порядок осуществленія права собственности нѣсколькими субъектами может быть различен. Так, общая собственность может носить характер дѣлимой собственности pro diviso и недѣлимой pro indiviso.

Общая собственность pro diviso—тот случай когда каждому собственнику принадлежит опредѣленная физическая

часть общей вещи, коей он распоряжается по произволу, может отдѣлить ее от других и т. п., что имѣет мѣсто, напр. в составных вещах.

Общая собственность pro indiviso представляет тот случай, когда каждому управомоченному принадлежит право собственности на всю вещь, нераздѣльную по своей природѣ, по постановленію закона или по соглашенію собственников. По господствующему ученію право собственности pro indiviso (condominium) создает право каждаго управомоченнаго на извѣстную идеальную долю каждаго атома данной вещи или на извѣстную долю цѣнности вещи и дохода с нея (Бринц, Виншейд, Рюмелин, Колер, Мейер, Побѣдоносцев, Васьковскій, Шершеневич).

Средневѣковое так наз. «частное» в отличіе от пандектнаго—„общаго" права германское право знало особый вид общей собственности исключавшій реальную или идеальную опредѣленность участія (доли) каждаго собственника, так называемыя отношенія «общей руки»—Eigentum zu gesammte Hand, совокупная собственность. При так наз. собственности общей руки во внутренних отношеніях соучастников не существовало опредѣленнаго разграниченія их имущественной сферы по долям. Вещь или имущество принадлежали всѣм в совокупности, никто не мог претендовать на опредѣленную часть вещи или потребовать выдѣла, всѣ были управомочены сообща и отвѣчали по долгам и обремененіям сообща; отдѣльные соучастники не имѣли никаких индивидуальных ни физических ни идеальных долей [совокупная собственность]. Отношенія общей руки не представляли юридическаго лица, но как бы одно физическое лицо: выступали во внѣ один за всѣх и всѣ за каждаго. Сюда относились, напр. земельная община, пользованіе общей дорогой, общим колодцем, ремесленные союзы, имуществ. отношенія супругов и др. Нѣкоторыя из отношеній «общей руки» сохранились в герман. правѣ и до настоящаго времени.

В современном правѣ типичным видом общей собственности является dominium pro indiviso, condominium.

Общая собственность (condaminium) возникает 1) вслѣдствіе договора, 2) фактическаго соединенія двух или нѣскольких вещей в одну, так что ни одна не играет по отношенію к другой значенія главной и придаточной, напр. путем смѣшенія, слитія и 3) при наслѣдованіи.



Доли участія каждаго собственника опредѣляются актом возникновенія общей собственности при умолчаніи доли предполагаются равными. Каждому собственнику принадлежит право на идеальную долю объекта общей собственности или на долю цѣнности имущества и доходов с него (равно как и обязанность нести соотвѣтствующую долю расходов). Каждый соучастник вправѣ самостоятельно распоряжаться своей долей общей собственности, но не может самостоятельно осуществлять право собственности на все имущество, а только сообща, по соглашенію с прочими соучастниками.

Прекращается право общей собственности сосредоточіем общей собственности в руках одного лица или раздѣлом общей собственности.

Наше законодательство знает общую собственность pro diviso и pro indiviso.

Первым видом является так наз. общее черезполосное владѣніе, т. е. право собственности нѣскольких лиц на общее неразмежеванное имѣніе (551—553).

Вторым—общая собственность типа римскаго condominium. Подобно римскому наше законодательство относилось недоброжелательно к общей собственности и стремилось к ея ликвидаціи. Согласно 550 ст. никто не обязан оставаться соучастником в общей собственности, допускающей раздѣл, если не изъявит на то своего согласія. Соучастник в общей собственности имѣет право требовать раздѣла имущества—согласно 1313 ст. (при наслѣдованіи) даже и в отношеніи нераздѣльнаго имущества. Своей долей в общем имуществѣ каждый вправѣ распорядиться по своему усмотрѣнію: продать, заложить и т. д., но обязан прежде предложить пріобрѣсти эту долю (или залоговое право и т. д.) другим собственникам (548, 555, 1314) Распоряженіе общим имуществом должно происходить по общему согласію соучастников (546). Доходы дѣлятся между собственниками согласно долѣ каждаго, равно как в такой же долѣ должны падать на каждаго и расходы (554).

Совѣтскій кодекс знает право общей собственности. Владѣніе, пользованіе и распоряженіе общей собственностью должно производиться по общему согласію, а в случаѣ разногласія по большинству голосов (62). Каждый соучастник обязан пропорціонально своей долѣ участвовать в уплатѣ сборов и платежей и несеніи издержек по имуществу (63). Соучастники при отчужденіи кѣм либо своей доли имѣют право преимущественной ея покупки, кромѣ случая продажи с публич-

ных торгов (64). Каждый собственник имѣет право требовать выдачи своей доли, по скольку это не противорѣчит закону или договору. При отсутствіи соглашенія раздѣл производится судом, имущество дѣлится, если это возможно с точки зрѣнія его хозяйственнаго назначенія, в натурѣ, в противном случаѣ выдѣляемому дается денежная компенсація (65).

*Общинная собственность.* – Общинное землевладѣніе есть владѣніе и пользованіе крестьянской общины землей так, что земля дѣлится между членами общины по числу душ, но не навсегда, а подвергается передѣлам через извѣстные промежутки лѣт, при чем нѣкоторыя отдѣльныя угодья, напр. выгоны, покосы, лѣса остаются в пользованіи всей общины.

По господствующему взгляду крестьянская община по своей юридической природѣ представляет самостоятельное юридическое лицо, которое по общему правилу их и является собственником общинной земли.

От общей собственности общинная отличается тѣм, 1) что при общей собственности соучастнику принадлежит право распоряженія своей долей, при общинѣ – отдѣльный член не имѣет этого права, 2) доля соучастника в общей собственности носит опредѣленный характер, в общинной – при передѣлах увеличивается и уменьшается, 3) права общины на землю выше прав отдѣльных членов ея; так, общинѣ принадлежат права на нѣдра, на выгоны и нѣк. др. угодья, на передѣл земли, община дает согласіе отдѣльным членам на распоряженіе надѣлом, 4) наконец, общинное землевладѣніе по существу не зависит от права собственности на землю, земля может быть казенной, помѣщичьей, крестьянской.

*Государственная (національзированная) собственность.* – Государству может принадлежать и всегда принадлежит право собственности на извѣстныя движимыя и недвижимыя имущества, таковы в частности т. н. казенныя земли и капиталы казны, удѣльныя, дворцовыя и т. п. имущества. Этими имуществами государство распоряжается как частный собственник, они являются объектами гражд. оборота. Но возможно и такое положеніе, когда вся недвижимость объявляется достояніем государства, національзируется и подчиняется особому установленному государством режиму. Это создает особый вид собственности. В настоящее время подобное явленіе мы наблюдаем по законодательству РСФСР.



Так, согласно 21 ст. гражд. кодекса РСФСР «земля является достояніем государства и не может быть предметом частнаго оборота. Владѣніе землею допускается только на правах пользованія» [1]).

Согласно 53 ст. того же кодекса «земля, нѣдра, лѣса, воды, желѣзныя дороги общаго пользованія, их подвижной состав и летательные аппараты могут быть исключительно собственностью государства».

Согласно ст. 2 земельнаго кодекса РСФСР «всѣ земли в предѣлах РСФСР, в чьем бы вѣдѣніи они ни состояли, составляют собственность Рабоче-Крестьянскаго Государства».

Всѣ земли сельск.-хоз. назначенія и могущія быть использованы для сельскаго хозяйства составляют государственный земельный фонд, находящійся в завѣдываніи Народнаго Комиссаріата Земледѣлія и его мѣстных органов [3 ст. того же кодекса]. Право непосредственнаго пользованія землями сельск.-хоз. назначенія из государственнаго фонда принадлежит: а) трудовым землевладѣльцам и их объединеніям, б) городским поселеніям и в) государственным учрежденіям [4]. Право на пользованіе землей для веденія сельскаго хозяйства имѣют всѣ граждане РСФСР, желающіе обрабатывать ее своим трудом (9) [2]). Право на землю трудового пользованія признается в видѣ: а) права на земельный участок в одном или нѣскольких мѣстах (хутор, отруб, черезполосные участки), б) права на долю земли из надѣла земельнаго общества, в) права на участіе в совмѣстном пользованіи угодіями земельнаго общества (12). Всѣ земли госуд. фонда, которыя не предоставлены в пользованіе трудовых землепользователей и их объединеній, а также городов и поселеній городского типа, относятся к составу государственных земельных имуществ [154].

Послѣдняя категорія соотвѣтствует обычному типу государственной недвижимости.

Таковы общія основы режима недвижимостей РСФСР.

---

[1]) Между прочим, ст. 21 дополнена таким примѣчаніем: «С отмѣной частной собственности на землю дѣленіе имуществ на движимыя и недвижимыя упраздняется». Это дѣленіе, не зависит однако от права частной собственности на землю, право собственности на землю может принадлежать государству, городу. Земля межет быть изъята из гражданскаго оборота в тѣсном смыслѣ (в смыслѣ совершенія юрид. сдѣлок) но имѣет цѣнность и принадлежит к обороту в широком смыслѣ (см. вып. II. стр. 39). Ея бытовое и юридическое значеніе как недвижимости остается, остается и дѣленіе вещей на движимыя и недвижимыя.

[2]) Допускается однако, при извѣстных условіях и сдача земли в аренду (см раздѣл II, зем. кодекса, ст. 28—38).

*Способы пріобрѣтенія права собственности*

Способы пріобрѣтенія права собственности, как и всѣх прав вообще, дѣлятся на первоначальные или оригинальные и деривативныя или производныя. Пріобрѣтеніе права собственности является первоначальным, если право собственности возникает у извѣстнаго лица самостоятельно, независимо от прав предшественника и производным, если оно возникает по преемству, переходит от предшественика. В первом случаѣ собственность пріобрѣтается in toto et pleno без всяких обремененій, во втором случаѣ со всѣми обремененіями, лежащими на ней.

Первоначальными способами пріобрѣтенія права собственности являются: завладѣніе, находка, открытіе клада, пріобрѣтеніе плодов, приращеніе, смѣшеніе, переработка, давность владѣнія, производными— соглашеніе и передача, преемство mortis causa.

*Первоначальные способы пріобрѣтенія права собственности.*

*Завладѣніе.* Завладѣніе (Occupatio) есть *пріобрѣтеніе права собственности на безхозяйную вещь путем фактическаго овладѣнія ею.* Безхозяйными называются вещи, никогда неимѣющія собственника (напр. рыбы в рѣкѣ, птицы в воздухѣ) или намѣренно оставленныя собственником (напр. брошенныя вещи). Безхозяйныя вещи по общему правилу находятся внѣ гражданскаго оборота, являются внѣоборотными вещами. Они становятся собственностью перваго овладѣвшаго ими, т. е. перваго, кто вводит их в гражд. оборот.

По нашему праву только движимыя вещи могут быть объектом завладѣнія (contra Мейер). Безхозяйныя недвижимости и их принадлежности, а также выморочныя наслѣдственныя имущества, как недвижимыя, так и движимыя, признаются собственностью государства (406, 408, 1167) и могут стать собственностью частных лиц только в силу давностнаго владѣнія.—Завладѣніе имѣет мѣсто при охотѣ, рыбной ловлѣ, собираніи грибов, овладѣніи брошенной вещью и т. п.

По франц. кодексу (§ 539 и 713) и кодексу РСФСР (ст. 68) безхозяйныя вещи считаются собственностью государства.

*Находка.* Находка есть *обрѣтеніе движимаго имущества, собственник котораго неизвѣстен.* Необходимыми элементами



находки являются: 1) фактическое овладѣніе вещью, 2) неизвѣстность собственника, который может быть, однако, найден, 3) вещь должна быть потеряна, т. е. выйти из владѣнія собственника. Поэтому не считается находкой, если вещь потеряна на глазах у нашедшаго и он знает, может найти собственника, если потеряна в домѣ, если находка составляет именныя бумаги и т. п.—О находкѣ необходимо заявить полиціи, которая разыскивает собственника, а если вещь стоит дороже 100 руб. производит о ней публикацію. Если собственник отыщется, вещь возвращается ему, а нашедшій получает в награду третью часть ея стоимости. Если же собственник втеченіе 6 мѣсяцев послѣ публикаціи не явится, вещь отдается нашедшему (538, 539).

Основаніем пріобрѣтенія вещи находкою одни ученые считают завладѣніе или оккупацію (Васьковскій, Кассо), другіе давность владѣнія (Шершеневич). Болѣе правильным нам представляется второй взгляд. Дѣйствительно, самый факт находки не дает еще права собственности: необходимо заявить полиціи, разыскивать хозяина и в случаѣ явки послѣдняго возвратить ему вещь. Да и сам закон в ст. 537 называет право нашедшаго на находку пользованіем. Поэтому выраженіе закона „вещь отдается нашедшему" (при неявкѣ собственника) надлежит понимать, как отдачу в пользованіе; право же собственности пріобрѣтается путем давности владѣнія.

Нашедшій потерянную вещь получает «в награду» третью часть цѣны оной. Очевидно, в данном случаѣ мы имѣем дѣло не с вознагражденіем за труд, которое должно соразмѣряться с количеством понесеннаго труда, а награду за добросовѣстность. Однако, нѣт разумных основаній к установленію такой награды, ибо утайка найденной вещи есть присвоеніе чужого имущества.—Германское гражд. ул. предоставляет нашедшему вещь стоимостью до 300 марок 5% ея стоимости, свыше 300 марок—1% (§ 971). Швейц. гр. ул. предоставляет нашедшему право на возмѣщеніе издержек и «соотвѣтствующее вознагражденіе», очевидно за труд (§ 722).

*Открытіе клада.—Клад есть скрытое в землѣ или строеніи сокровище, собственник коего не может быть установлен.* Таким образом клад представляет: 1) сокровище, т. е. извѣстную цѣнность, 2) цѣнность скрытую (в землѣ или строеніи), 3) скрытую в столь отдаленное время, что хозяин этой цѣнности за давностью не может быть найден.

По франц. гр. кодексу (§ 716) и герм. гр. ул. (§ 984) клад дѣлится между открывшим его и собственником земли или вещи, в которой он был найден, поровну. По швѣц. гр. улож. (§ 723) клад принадлежит собственнику земли или вещи, нашедшій же имѣет право на вознагражденіе не свыше, однако, половины стоимости клада.

По нашему общему праву клад принадлежит собственнику земли или движимости, в которой он был найден (§ 430).

*Пріобрѣтеніе плодов* [1]). Плоды, как естественные, так и гражданскіе, пока находятся в связи с плодоприносящей вещью, раздѣляют судьбу послѣдней. Будучи отдѣлены от вещи, они становятся самостоятельным объектом права. Право собственности на плоды принадлежит: 1) согласно общим началам—собственнику вещи, 2) несобственнику на основаніи соглашенія с собственником, напр. арендатору, 3) несобственнику помимо соглашенія с собственником в том случаѣ, когда он имѣет самостоятельное вещное право, исключающее пользованіе вещью собственником, напр. при пожизненном владѣніи, чиншевом правѣ, правѣ застройки, добросовѣстном владѣніи.

Наше право разсматривает плоды как принадлежности вещи [425 и сл.], иногда же как постоянныя хозяйственныя выгоды [609 и сл.]. Право собственности на плоды возникает [для добросовѣстнаго владѣльца] путем завладѣнія (perceptio — ст. 626].

*Приращеніе.*—Приращеніе есть *такое соединеніе вещей, при котором одна вещь становится придаточной по отношенію к другой.* Для наличности приращенія необходимо: 1) неустранимое без измѣненія существа соединеніе двух вещей, 2) принадлежность этих вещей двум разным лицам или безхозяйность одной из них, 3) такое соединеніе вещей, что одна является главной, а другая придаточной.—Так как придаточная вещь раздѣляет судьбу главной, то слѣдовательно, собственник главной вещи становится и собственником придаточной.

Соединеніе вещей может быть органическим (растеніе и земля), химическим (краска и матерія) и механическим (дверь и замок в ней). Приращеніе может быть приращеніем недвижимости к недвижимости, движимости к недвижимости и движимости к движимости.

[1]) См. вып. II, стр. 38.



*Приращеніе недвижимости к недвижимости* имѣет мѣсто а) при обнаженіи русла пограничной рѣки, б) при возникновеніи среди рѣки острова, в) при намывѣ и г) при отрывѣ.

а) В том случаѣ, когда рѣка составляет границу двух владѣній, каждый прибрежный собственник пользуется рѣкою до середины ея русла. Пограничная рѣка может измѣнить свое теченіе, обнаружить часть русла у берега, принадлежащаго одному владѣльцу и занять часть берега другого или же цѣликом всѣм руслом войти во владѣніе одного из них. В первом случаѣ обнажившаяся часть русла становится собственностью того прибрежнаго владѣльца, к берегу котораго она примыкает (до середины прежняго русла) — 426 ст. Во втором случаѣ прежнее русло рѣки отходит к прибрежным владѣльцам каждому до середины, а новые берега рѣки принадлежат собственнику участка, по которому рѣка теперь протекает (428).

б) Остров, возникшій посрединѣ пограничной рѣки, дѣлится между прибрежными владѣльцами по линіи, проходящей через середину рѣки параллельно ея берегам (428). Если же он возник между берегом и серединой рѣки, он составляет собственность прибрежнаго владѣльца. Острова, возникшіе в морях или приравненных к ним больших озерах, являются государственной собственностью.

в) Намыв [alluvio] есть постепенное увеличеніе берега рѣки вслѣдствіе наносимых водою частиц почвы. Собственником намытой земли (до середины русла) является собственник берега (428).

г) Отрыв [avulsio] есть увеличеніе берега рѣки путем перемѣщенія и присоединенія к нему цѣлаго куска земли. Наше право не знает отрыва, как особаго способа пріобрѣтенія права собственности.

*Приращеніе движимостц к недвижимости* может имѣть мѣсто при застройкѣ, насажденіи и засѣвѣ.

а) *Застройка.* Постоянная постройка разсматривается как принадлежность земли, т. е. как собственность собственника участка земли. Полсженіе не измѣнится и в том случаѣ, когда постройка воздвигнута собственником земли из чужого матеріала или когда собственник матеріала застроил чужую землю. В первом случаѣ собственник земли обязан вознаградить собственника матеріала в размѣрѣ понесеннаго послѣдним ущерба. Во втором случаѣ собственник земли

обязан вознаградить собственника матеріала в размѣрѣ стоимости послѣдняго. Если он отказывается это сдѣлать, послѣдній вправѣ снести постройку и увезти матеріал (буде это возможно без ущерба для участка). Если такое отдѣленіе без ущерба для участка невозможно, то добросовѣстный застройщик (владѣлец) имѣет право на вознагражденіе от собственника участка в предѣлах обогащенія, недобросовѣстный владѣлец теряет строеніе без вознагражденія (611).

б) *Насажденіе.* Растеніе разсматривается как принадлежность земли, право собственности на растенія принадлежит собственнику земли (387). Собственник земли может засадить ее чужим растеніем и собственник растенія может посадить послѣднее в чужую землю. Возникают тѣ же вопросы, что и при застройкѣ и подлежат аналогичному разрѣшенію.

в) *Засѣв.* В случаѣ засѣва собственником земли своего участка чужими сѣменами и собственником сѣмян чужого участка возникают тѣ же вопросы что и в первых двух случаях и подлежат разрѣшенію по аналогіи с той лишь разницей, что выдѣленіе сѣмян из земли представляется невозможным.

*Приращеніе движимости к движимости* имѣет мѣсто в случаях соединенія двух вещей таким образом, что одна является главной, а другая придаточной и отдѣленіе их невозможно без поврежденія существа или экономическаго значенія, напр. дверь и замок в ней, ось и экпаж. Придаточная вещь раздѣляет судьбу главной, становится собственностью собственника главной вещи.

*Смѣшеніе.*—Смѣшеніе есть такое *соединеніе вещей, принадлежащих разным лицам, в результатѣ коего образуется единая новая вещь.* Смѣшеніе имѣет мѣсто, когда вещи принадлежат разным лицам, сохраняют одинаковое значеніе в оборотѣ (нѣт главной и придаточной) и не могут быть раздѣлены, напр. соединеніе зерна в элеваторах, масла в цистернах. В результатѣ смѣшенія образуется новая вещь, на которую образуется общее право собственности у прежних собственников.

*Переработка.* — Превращеніе матеріала в новыя формы, созданіе из него новой вещи составляет правомочіе собственника матеріала. Когда собственник матеріала перерабатывает его, создает новую вещь, право собственности на новую вещь принадлежит тому же лицу, которому принадлежал матеріал (первоначальная вещь). Но большія сомнѣнія возникают в том



случаѣ, когда автор труда, создавшій новую вещь и собственник матеріала (первоначальной вещи)—разныя лица. Кому в таком случаѣ принадлежит право собственности на новую вещь: собственнику матеріала или автору, творцу новой вещи, напр. художник из чужого матеріала создал статую, сапожник из чужой кожи сшил сапоги и т. п.? Этот вопрос неодинаково разрѣшается различными законодательствами и доктриной.

Так, в римском правѣ по этому вопросу существовало двѣ теоріи. Представители одной—сабиніанцы признавали право собственности на новую вещь за собственником матеріала, другіе — прокульянцы за переработавшим вещь. Юстиніан в своей кодификаціи провел среднее мнѣніе: переработанная вещь принадлежит собственнику матеріала, если ее можно превратить в первоначальное состояніе, если же послѣднее невозможно, то вещь остается в собственности переработавшаго ее, буде онъ дѣйствовал добросовѣстно.

Согласно франц. гр. кодексу право собственности принадлежит собственнику матеріала, если работа не слишком превышает стоимость послѣдняго (§ 570). Герм. гр. уложеніе разрѣшает вопрос о собственности в зависимости от того, что цѣннѣе: работа или матеріал (§ 950). Швейц. гр. улож. также признает право собственности за переработчиком, если работа стоит дороже матеріала, в противном случаѣ—за собственником матеріала, при чем если переработчик дѣйствовал недобросовѣстно, суд может присудить вещь собственнику матеріала, если даже работа и стоила дороже матеріала (§ 726).

Наше законодательство не разрѣшает даннаго вопроса. Сенат высказался в пользу переработавшаго вещь и за ним признал право собственности (12—3).

Из нащих ученых одни признают право собственности на новую вещь за собственником матеріала (Шершеневич, Синайскій), другіе—за автором, создавшим новую вещь (Анненков, Васьковскій). Нам болѣе правильным кажется послѣднее мнѣніе. В эпоху натуральнаго хозяйства, основаннаго на рабском или крѣпостном трудѣ главное значеніе, главную цѣнность представлял матеріал, труд стоил дешево. В эпоху денежнаго и в особенности капиталистическаго хозяйства труд играет основную роль, он создает цѣнности. Творческій труд человѣка в наше время важнѣе матеріи. Поэтому, как общее правило, надлежит празнать право собственности за творцом новой вещи, который обязан вознаградить собственника матеріала.

*Давность владѣнія.*—Давностным владѣніем называется *фактическое владѣніе вещью, соединенное с намѣреніем присвоить ее себѣ, которое при соблюдении извѣстных условій и по истеченіи извѣстнаго срока превращается в право собственности.*

Так, согласно § 937 герм. гр. ул.—кто в теченіе 10 лѣт провладѣл какой либо движимой вещью в видѣ собственности, тот пріобрѣтает право собственности на нее (для недвижимости давностный срок 30 лѣт). Согласно 728 ст. швейц. гр. улож. владѣвшій добросовѣстно чужой (движимой) вещью на правах собственника спокойно и непрерывно втеченіе пяти лѣт становится собственником по давности владѣнія (для недвижимостей давностной срок 10 и 30 лѣт).

По нашему праву спокойное, безспорное и непрерывное владѣніе в видѣ собственности превращается в право собственности, если оно продолжается в теченіе 10 лѣт (533, 557, 560, 694).

Таким образом для давностнаго владѣнія необходимо: 1) чтобы владѣніе было в видѣ собственности, т. е. чтобы владѣлец имѣл animus rem sibi habendi, имѣл намѣреніе присвоить вещь, выступал во внѣ как собственник: пользовался и распоряжался вещью, уплачивал за нее сборы и т. д., 2) чтобы владѣніе было спокойным, т. е. фактически ненарушимым, 3) безспорным, т. е. не оспоримым по суду со стороны юридическаго собственника, 4) непрерывным, т. е. чтобы ни animus rem sibi habendi, ни corpus possessionis не прекращались, не прерывались втеченіе давностнаго срока; таким перерывом является как отсутствіе субъективнаго элемента—намѣренія владѣть подобно собственнику, так и объективнаго—фактическаго обладанія вещью, равным образом и предъявленіе иска со стороны собственника к владѣльцу; Сенат причислял сюда и документальное распоряженіе собственника вещью, напр. путем продажи, залога имѣнія, хотя бы давностный владѣлец и не знал этого и владѣніе его фактически не нарушалось (1906—42)—что не правильно, 5) владѣніе должно продолжаться не менѣе 10 лѣт—одинаково как для недвижимости, так и для движимости, 6) вещь должна быть доступной пріобрѣтенію по давности; не подлежат давностному пріобрѣтенію вещи, изъятыя из индивидуальнаго гражданскаго оборота, межи генеральнаго межеванія, заповѣдныя имѣнія, границы, установленныя в порядкѣ землеустройства.

Таким образом наше право не требует добросовѣстности владѣнія для давностнаго пріобрѣтенія и устанавливает



общій десятилѣтній срок для пріобрѣтенія по давности владѣнія как недвижимых, так и движимых вещей.

Основаніем введенія пріобрѣтательной давности служат интересы гражданскаго оборота, его твердости и незыблемости. Длительное отсутствіе собственника вещи, дающее основаніе предполагать отсутствіе интереса к ней и выступленіе фактическаго обладателя вещи в гражданском оборотѣ продолжительное время со всѣми правами и обязанностями собственника, создают ему фактическое положеніе собственника—что и закрѣпляется юридически или, как говорит наш закон, владѣніе превращается в право собственности.

Право собственности по давности владѣнія признается судом (обычно в порядкѣ охранительнаго производства, ср. 1872—892 и др.

*Производные способы пріобрѣтенія права собственности.*

*Соглашеніе и передача.* — Производным способом пріобрѣтенія права собственности между живыми является юридическая сдѣлка, обычно договор (соглашеніе о передачѣ права собственности). Однако уже римляне считали недостаточным для переноса права собственности простого соглашенія, а требовали кромѣ того и передачи фактическаго владѣнія вещью. Так. обр. передача (traditio) есть врученіе вещи с намѣреніем перенести право собственности, основанное на соглашеніи сторон.

Одни ученые разсматривают традицію, как вещный договор (Савиньи, Виндшейд) или как форму выраженія вещнаго договора (Колер), другіе же разсматривают традицію, как исполненіе предшествующаго договора (Бринц и др.).

Традиція имѣет примѣненіе при переходѣ права собственности на движимыя вещи, в отношеніи недвижимостей ее замѣняет система регистраціи или укрѣпленія вещных прав [1]).

Современныя законодательства знают обѣ системы перехода права собственности на движимости: договор и традицію.

Так, во Франціи и Италіи, а также Англіи и Америкѣ по общему правилу право собственности переходит путем соглашенія—англо-французская система (ср. § 711, 938, 1138, 1583 и 1703 франц. гр. кодекса и § 1125 итальян. гр. ул.),

[1]) См. выше гл. I.

в Австріи, Германіи и Швейцаріи путем традиціи—германская система (ср. § 425 общ. австр. ул. § 929 герм. гражд. ул. и § 714 швейц. гр. ул.).

Существенное различіе обѣих систем выявляется в вопросѣ о моментѣ перехода права собственности и связаннаго с ним риска гибели вещи. В первом случаѣ право собственности и риск гибели вещи переходят на пріобрѣтателя с момента соглашенія, во втором случаѣ—только с момента передачи вещи.

Фактическая передача вещи и при системѣ традиціи не нужна: 1) когда пріобрѣтатель уже владѣет вещью — traditio brevi manu, 2) когда прежній собственник согласно условію сохраняет владѣніе—constitutum possessorium и 3) когда собственник, не обладая вещью, передает право на нее и в частности право иска.

Обращаясь к X тому, мы должны отмѣтить, что прямого разрѣшенія даннаго вопроса мы здѣсь не найдем. Большинство наших ученых опираясь на 707, 1380, 1510 и нѣк. др. ст. т. X ч. I, считают способом пріобрѣтенія права собственности у нас традицію (Мейер, Анненков, Шершеневич, Загоровскій), другіе, ссылаясь на 711, 1513, 1522 ст. т. X ч. I,—соглашеніе (Васьковскій, Трепицын, Синайскій). Мы, лично, находим наиболѣе цѣлесообразным разрѣшеніе вопроса, данное Сенатом в рѣшен. 1880 — 94 и др., согласно коему момент перехода права собственности опредѣляется для вещей индивидуальных—соглашеніем, для вещей родовых—передачей.

Послѣдняя точка зрѣнія усвоена и граждан. кодексом РСФСР (ср. ст. 66).

*Пріобрѣтеніе движимости от несобственника.*— В вопросѣ о передачѣ прав римляне исходили из основнгоо принципа: nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet (никто не может передать другому болѣе прав, чѣм он сам имѣет). В примѣненіи в передачѣ прав собственности это правило означало, что только собственник может передать право собственности; если же передающій не имѣет права собственности на вещь, не может пріобрѣсти такового и его преемник, слѣдовательно, собственникъ может виндицировать свою вещь от всякаго владѣльца (или его правопреемника), на котораго он не перенес права собственности: ubi rem meam invenio ibi vindico (гдѣ нахожу мою вещь, там и беру ее). Это положеніе строго проводилось римлянами. Наоборот в частном германском правѣ выработалось другое положеніе: если собственник лишился вещи против своей воли (вещь была похищена, утеряна и т. п.)—он мог виндицировать ее у любого владѣльца; если же собственник сам передал кому либо вещь, хотя бы и не в собственность, напр. на сохраненіе, в аренду и т. п., то всякій добросовѣстный пріобрѣтатель послѣдней сохраняет на нее право собственности (Hand muss Hand wahren).



Современное право в общем примыкает к германской точкѣ зрѣнія. Потребности гражданскаго оборота вынуждают к этому. Дѣйствительно, движимыя вещи постоянно переходят из рук в руки на рынках, на базарах и т. п. Очень трудно при живости современнаго оборота установить дѣйствительнаго собственника вещи и правомѣрность ея переходов из рук в руки. Постоянная угроза отобранія вещи подрывала бы твердость и устойчивость оборота. Эта послѣдняя и достигается тѣм, что добросовѣстный пріобрѣтатель движимости считается правомѣрным собственником, если только вещь не вышла из рук собственника помимо его воли, напр. путем кражи или потери (ср. 2279 и 2280 ст. франц. кодекса, 1006 и 1007 ст. герм. гр. ул., 933 и 934 ст. швейц. гр. ул.).

По нашему праву, согласно 534 ст. т. X ч. I, движимыя вещи почитаются собственностью того, кто ими владѣет, доколѣ противное не будет доказано, а согласно 691 ст. каждый имѣет право отыскивать свое имущество из чужого неправильнаго владѣнія посредством суда. Слѣдовательно, наше право как будто проводит принцип безусловной виндикаціи. Однако, ст. 1512 устанавливает, что краденныя вещи отбираются и у добросовѣстнаго покупщика, давая мѣсто обратному выводу, что вещи, не краденныя, не отбираются; согласно 1061 ст. Уст. Гр. Суд. движимыя вещи, проданныя с публичнаго торга, «во всяком случаѣ остаются за покупщиком», хотя бы должник и не имѣл на них права собственности; согласно 569 ст. Уст. Суд. Торг. чужіе товары, проданные несостоятельным должником, остаются в собственности добросовѣстнаго пріобрѣтателя. Основываясь на указанных частных случаях и побуждаемая потребностями гражданскаго оборота наша судебная практика встала на ту точку зрѣнія, что добросовѣстный пріобрѣтатель движимой вещи становится собственником, если только вещь не утрачена собственником вслѣдствіе преступленія или утери, при чем бумаги на предъявителя, деньги и вещи, проданныя с публичнаго торга, не подлежат виндикаціи у доб-

росовѣстнаго пріобрѣтателя, хотя бы и были изъяты у собственника путем преступленія (84 – 6, 1908 – 85 и др.).

На точку зрѣнія судебной практики встал и новый кодекс Совѣтской республики. Он допускает виндикацію вещи частным собственником у добросовѣстнаго пріобрѣтателя только в случаѣ похищенія или потери вещи. Но государственным учрежденіям и предпріятіям разрѣшается виндикація незаконно отчужденнаго у них каким бы то ни было способом имущества от всякаго пріобрѣтателя послѣдняго (60) [1])

*Прекращеніе права собственности.*

Право собственности в лицѣ одного собственника прекращается многими из таких способов, коими пріобрѣтается в лицѣ другого, напр. передачей вещи, приращеніем, давностью владѣнія и т. п. Существуют однако, и самостоятельные способы прекращенія права собственности. К числу послѣднихъ надлежит отнести слѣдующіе.

1. *Уничтоженіе вещи* фактическое, т. е. гибель вещи, или юридическое, т. е. выбытіе вещи из числа объектов гражданскаго оборота; такое уничтоженіе возможно и принудительным путем, напр. уничтоженіе больного скота при эпидеміи и т. п.

2. *Отреченіе собственника* от своего права собственности на вещь—derelictio.

3. *Экспропріація вещи.* Под экспропріаціей разумѣется *принудительное возмездное отчужденіе вещи или вещных прав, принадлежащих частным лицам, производимое государственной властью в общественных цѣлях.* Для понятія экспропріаціи необходимо: а) отчужденіе вещи или ограниченіе правомочій, принадлежащих собственнику вещи, б) такое отчужденіе должно исходить от государства на основаніи общаго уполномочія закона, в) общеполезность предпріятія, для коего совершается отчужденіе, напр. земли под желѣзную дорогу, г) отчужденіе должно быть принудительным, т. е. внѣ и не зависимо от договорнаго соглашенія, д) отчужденіе должно сопровождаться вознагражденіем [2]).

[1]) Нѣкоторые ученые разсматривают пріобрѣтеніе движимости от несобственника как особый первоначальный способ пріобрѣтенія права собственности и называют его квалифицированным овладѣніем (Лоран, Карлин, у нас Васьковскій).

[2]) Против послѣдняго Гамбаров.



Объектом экспропріаціи могут быть как недвижимости, так и движимыя вещи. Экспропріацію движимостей называют также реквизиціей.

4. *Конфискація.* Конфискація представляет *безвозмездное отобраніе имущества в казну за какое либо преступленіе.* Существуют два вида конфискаціи: а) конфискація отдѣльных движимых вещей—средств, орудій и объектов преступленія, напр. контрабандных товаров, лома, отмычек при кражѣ и т. п., б) конфискація всего имущества преступника, обычно за политическія преступленія; осуждается современным правом (допускается 38 ст. угол. кодекса РСФСР.).

5. *Судебное постановленіе.*—Способом прекращенія права собственности является и судебное постановленіе: а) при обращеніи взысканія на имущество должника (путем продажи с публичных торгов и утвержденія послѣдних постановленіем суда), б) при судебном раздѣлѣ общаго имущества.

*Защита права собственности.*

Собственник может потерять возможность осуществлять принадлежащее ему право собственности цѣликом, напр. принадлежащей ему вещью завладѣло другое лицо или же испытывать ограниченія и помѣхи в осуществленіи своего права, напр. сосѣд собственника участка скосил траву на лугу послѣдняго, берет глину на его участкѣ и т. п. Защита права собственности достигается в первом случаѣ путем вещнаго иска о правѣ собственности (rei vindicatio), направленнаго на признаніе права собственности и возвращенія владѣнія вещью; во втором случаѣ путем особаго иска, направленнаго на воспрещеніе нарушенія права собственности и возмѣщеніе убытков (actio prohibiroria).

Особенно важное значеніе имѣет первый—виндикаціонный или петиторный иск. Он носит абсолютный характер, направлен против всякаго владѣльца вещью, имѣет содержаніем просьбу о признаніи права собственности за истцом, изъятіи вещи из владѣнія отвѣтчика и передачѣ ея истцу. Объектом его может быть только самостоятельная тѣлесная вещь. Составныя части вещи и принадлежности не могут быть объектом виндикаціоннаго иска. Равным образом объектом его не могут быть вещи нераспознаваемыя и замѣнимыя, напр. деньги. В обоих случаях возможен лишь иск о возмещеніи ущерба. Не может быть предметом виндикаціоннаго

иска и совокупность вещей, напр. стадо, библіотека; в данном случаѣ объектом иска могут быть лишь отдѣльные предметы, входящіе в состав этой совокупности. — Для вещнаго иска о правѣ собственности необходима активная легитимація—право собственности в лицѣ истца и пассивная легитимація—владѣніе в лицѣ отвѣтчика. Истец должен доказать, как свое право собственности на предмет иска, так и владѣніе отвѣтчика. Допустимо и предъявленіе иска против невладѣющаго отвѣтчика в случаѣ злонамѣреннаго оставленія им владѣнія (si dolo desiit possidere—как говорили римляне).

Доказательствами права собственности в отношеніи недвижимости являются при ипотечной системѣ — ипотечныя книги и ипотечные акты, при крѣпостной—крѣпостныя книги и выписи из них. Чтобы опровергнуть их необходимо предъявить иск о признаніи недѣйствительными записей на переход недвижимости и призн. за истцом права собственности на послѣднюю.

Относительно движимости доказательства права собственности облегчаются презумпціей, содержащейся в 2279 ст. франц. гр. код., 1006 ст. герм. гр. ул., 930 ст. швейц. гр. ул. и 534 ст. т. X ч. I, что движимыя вещи почитаются собственностью того, кто ими владѣет. Виндикація движимости от добросовѣстнаго пріобрѣтателя затруднена и допускается лишь в видѣ исключенія. Французскій гражданскій кодекс допускает такую виндикацію в случаѣ потери или кражи вещи (втеченіе 3-х лѣт со дня кражи или потери), при чем если вещь куплена с публичнаго торга или на рынкѣ, то виндикація возможна лишь по уплатѣ стоимости вещи (2279, 2280 ст.). Согласно 1007 ст. герм. гр. ул. виндикація возможна в случаѣ потери, кражи или недобросовѣстнаго пріобрѣтенія вещи отвѣтчиком. Согласно 934 ст. ст. швейц. гр. ул. владѣлец, утративший владѣніе вещью вслѣдствіе потери, кражи или вообще против своей воли, может требовать ее обратно втеченіе 5 лѣт; если вещь была пріобрѣтена с публичных торгов, на рынкѣ или у торговца, то виндикація возможна лишь за вознагражденіе.

По нашему праву доказательством права собственности относительно недвижимости является крѣпостной документ или давность владѣнія. Ст. 1301 т. X ч. I для частнаго случая устанавливает принцип безповоротности отчужденія недвижимости добросовѣстным владѣльцам — чего нельзя, однако, принимать за общее правило, ибо в ст. 1081 Уст. Гр. Суд. содержится противоположное начало.



Относительно движимости в ст. 534 т. X. ч. I содержится правило, что „движимыя вещи почитаются собственностью того, кто ими владѣет, доколѣ противное не будет доказано». Однако, конец приведеннаго правила ослабляет его начало. Начало содержит презумпцію, а конец отбрасывает ее и допускает виндикацію. То же допущеніе виндикаціи движимых вещей мы находим и в ст. 609 и 691 т. X. ч. I. Однако, как было указано выше, наша судебная практика, руководствуясь потребностями гражданскаго оборота и исходя из толкованія 1512 ст. т. X ч. I, 1061 ст. Уст. Гр. С. и нѣк. др. встала на ту точку зрѣнія, что пріобрѣтеніе движимых вещей безповоротно, за исключеніем недобросовѣстнаго пріобрѣтенія и если вещи изъяты у собственника путем преступленія. Добросовѣстное пріобрѣтеніе бумаг на предъявителя и денежных знаков вообще безповоротно (1908—85, 84—6 и др.).

## IV. Ограниченныя вещныя права (права на чужую вещь).

В гражданском оборотѣ невозможно обойтись пользованіем только собственными вещами, нерѣдко приходится прибѣгать к владѣнію и пользованію вещами других лиц, вступать в вещныя отношенія по поводу этих послѣдних—что и привело к возникновенію ограниченных вещных прав или прав на чужую вещь [1]). Так, напр. для собственника участка необходимо прогонять скот к водопою через сосѣдній участок или проходить через него к дорогѣ, благодаря этому возникает необходимость в созданіи особаго ограниченнаго вещнаго права—права прогона скота или прохода через чужой участок (сервитут). Необходимо построить дом, а землю в собственность пріобрѣсти нельзя—создается право владѣнія чужой землей для и под условіем выстройки зданія (право застройки) и т. п. Ограниченныя вещныя права можно раздѣлить на двѣ группы: права владѣнія и пользованія безсрочныя и права владѣнія и пользованія срочнаго характера. К числу первых относятся: безсрочное право содержанія казенных оброчных статей и потомственное содержаніе городских земель, чиншевое право, поссессіонное право, право угодій—реальные сервитуты, к вторым—пожизненное владѣніе или пользовладѣніе и личные сервитуты, право застройки, вотчинныя выдачи.

Кодекс РСФСР знает только право застройки.

---

[1]) Как указано выше, оба термина не вполнѣ точны.

*Право безсрочнаго содержанія казенных оброчных статей и потомственнаго содержанія городских земель.*

Наша судебная практика во главѣ с Сенатом признавала лишь безсрочное владѣніе, основанное на законѣ и не допускала установленія безсрочнаго владѣнія по договору (92—76, 04—41 и др., иначе раньше 81—99).

Наш закон допускал безсрочное или безпереоброчное содержаніе казенных оброчных статей (123 ст. Уст. Каз. Обр. Ст. и 28 ст. Уст. С. Х.) и потомственное оброчное содержаніе городских земель (43 ст. Уст. Гор. и С. Х. изд. 1857 г. и О. С. 90—7, Гр. Д. 910—69). Право безсрочнаго владѣнія носит возмездный характер, владѣлец обязан уплачивать собственнику опредѣленную плату—оброк. Установленіе и передача этого права требует крѣпостной формы (ст. 237 Уст. о Пошл. и ст. 31 прим. к 28 ст. У. С. Х., О. С. 1900—69).

*Чиншевое право.*

*Чиншевое право есть право наслѣдственнаго пользованія чужою землею за опредѣленное раз навсегда вознагражденіе.*

Чинш—римскій эмфитевзис, census существовал в западном краѣ, гдѣ прежде дѣйствовало польское и литовское право, а также в Новороссіи и Бессараб. Соціальным основаніем его витія явилось стремленіе крупных землевладѣльцев привлечь на свои земли для заселенія и обработки рабочих—земледѣльцев, а в города ремесленников путем предоставленія для них земли на выгодных условіях: за отбываніе нѣкоторых натуральных повинностей и уплату небольших денежных взносов. Постепенно чиншевыя отношенія сложились в опредѣленныя нормы и права чиншевого владѣльца оказались очень обширными.

По присоединеніи к Россіи в концѣ XVIII ст. бывших губерній царства Польскаго, западных губерній там были оставлены прежнія правовыя нормы и в частности сохранились чиншевыя отношенія, при чем обычное право и судебная практика допускали и образованіе здѣсь вновь чиншевых отношеній (1883—106). В 1886 г. было издано Положеніе о поземельном устройствѣ сельских вѣчных чиншевиков в губерніях западных. Собственникам земли и чиншевикам было предоставлено добровольно ликвидировать чиншевыя отношенія. В случаѣ отсутствія добровольнаго соглашенія чиншевики с



1889 г. пріобрѣтают в собственность свой чинш путем обязательнаго выкупа при посредствѣ казны.

Закон 1886 г. ликвидировал только сельскія чиншевыя отношенія и не коснулся чинша в городах западных губерній. Кромѣ того, чиншевыя отношенія сохранились в Новороссійском краѣ и Бессарабіи.

Права и обязанности сторон.—Чиншевик имѣет владѣніе и пользованіе землей. Он передает свое право по наслѣдству (по закону и завѣщанію). Он обладает правомочіем отчуждать чиншевое право с согласія собственника, но это согласіе не является обязательным: сдѣлка отчужденія сохраняет силу, только прежній чиншевик несет отвѣтственность за исполненіе чиншевых обязанностей перед собственником—89—53, 99—26. Судебная практика признавала за чиншевиком право залога чинша и право обремененія сервитутами [Гр. К. Д. 77—110, 2 деп. 22 мая 1914 г. № 3865]. Строеніями на чиншевой землѣ чиншевик может распоряжаться по усмотрѣнію.—Чиншевик обязан платить опредѣленную періодическую плату, чинш, который может выражаться, как в деньгах, так и в натуральных повинностях. Чинш предполагается неизмѣнным и не может быть повышаем без согласія чиншевика, если повышеніе чинша не предусмотрѣно в актѣ об установленіи чинша. Существуют и безмездные чиншевики—гратулянты.

Собственник земли сохраняет право собственности и вытекающія отсюда правомочія на распоряженіе землею, не затрагивающія прав чиншевика (напр. продать землю с сохраненіем чиншевых отношеній и т. п.). Он имѣет право на полученіе чиншевой платы, но неуплата ея не прекращает чиншевых отношеній, а лишь открывает возможность принудительнаго взысканія.

Передача чиншевого права на городскія земли производится крѣпостным порядком (92—116 и др.). Прекращается чиншевое право: 1) добровольным соглашеніем и 2) смертью чиншевика, не оставившаго наслѣдников по закону или завѣщанію.

*Поссессіонное право.*

Поссессіонное право есть *право наслѣдственнаго пользованія казенной землей и лѣсами, приписанными к горным заводам, под условіем дѣйствія послѣдних.*

Историческое происхожденіе этого права таково. Петр

Великій и его преемники для развитія горной и фабричной промышленности на Уралѣ и в других мѣстах приписывали к горным заводам и нѣкоторым фабрикам казенныя имѣнія с лѣсами и крестьянами—что давало заводам рабочія руки и топливо. Права владѣльцев на приписанныя земли были обусловлены обязанностью постояннаго дѣйствія заводов и фабрик. В 1863 г. это так наз. поссессіонное владѣніе в отношеніи фабрик было прекращено, но осталось в отношеніи горных заводов, к коим были приписаны земли и лѣса.

Поссессіонному владѣльцу принадлежало право пользованія казенной землей и лѣсами для дѣйствія горнаго завода. Это право могло быть передаваемо при жизни и переходить в порядкѣ наслѣдственнаго преемства. Судебная практика признавала и давала защиту этому праву (87—9, 89—56). Оно прекращалось с прекращеніем дѣйствія горнаго завода.

### *Сервитуты.*

На границѣ между безсрочным и срочным пользованіем чужой вещью стоят сервитуты. Одни из них (большинство реальных) безсрочны, другіе (личные)—срочны.

*Сервитут есть ограниченное вещное право, состоящее в пользованіи чужой вещью в извѣстном отношеніи, существующее в интересах опредѣленной недвижимости или опредѣленнаго лица.*

Сервитут имѣет содержаніем пользованіе чужой вещью в извѣстном отношеніи. Объем этого пользованія различен: от очень узкаго до очень широкаго, но всегда менѣе права собственности. Самое пользованіе должно находиться в соотвѣтствіи с той цѣлью, для коей учрежден сервитут, напр. сервитут проживанія в домѣ ограничивается этим проживаніем управомоченнаго субъекта, но не дает ему права сдавать часть своего помѣщенія за плату и т. п.

Сервитут не может состоять в обязанности что либо сдѣлать: servitus in faciendo consistere non potest. Собственник не обязан к положительному дѣйствію в пользу управомоченнаго, а только к воздержанію. Это вѣрно в отношеніи основного содержанія сервитута, но не побочных дополнительных дѣйствій.

Римское правило, что невозможен сервитут на собственную вещь [nemini res propria servit], ибо право собственности



поглощает сервитут, не раздѣляется современным правом. Так, герм. гр. ул. устанавливает, что сервитут—пользовладѣніе не считается погашенным, поскольку собственник заинтересован в его дальнѣйшем существованіи (1063). Швейцарское гр. ул. допускает, что собственник двух имѣній может установить сервитут на одно имѣніе в пользу другого (733).

Если сервитут имѣет своим содержаніем прямое воздѣйствіе на чужую вещь, напр. право проѣзда через чужой участок, он называется положительным сервитутом. Если же содержаніе сервитута состоит в воздержаніи собственника вещи от какого либо воздѣйствія в интересах управомоченнаго, напр. не застраивать свѣта в окна сосѣда, - такой сервитут называется отрицательным. Если сервитут существует в интересах опредѣленной недвижимости, увеличивает экономическое значеніе послѣдней, независимо от того, кто, является ея собственником—он называется реальным или прединальным, напр. право проѣзда через сосѣдній участок, если же в интересах опредѣленнаго лица—личным, напр. право проживанія в домѣ.

Возникают сервитуты на основаніи договора, завѣщанія и закона (ср. напр. 458 ст.). Установленіе сервитута на недвижимость и прекращеніе происходит в крѣпостной формѣ.

Прекращаются сервитуты: вслѣдствіе отказа управомоченнаго лица, гибели служебной вещи, непользованія, для личных кромѣ того смертью управомоченнаго и истеченіем срока.

Наше право знает сервитуты, хотя и в ограниченном количествѣ.

*Реальные сервитуты.*—К таковым надлежит отнести: 1) право примыкать плотину к противоположному берегу (442), 2) право вывести окна на двор или крышу сосѣда (446) 3) право прохода или проѣзда по казенной или частной землѣ к промыслам, водопою и т. п. (448—451) 4] право въѣзда в лѣс для пользованія строевым и дровянным лѣсом из чужих дач (458) 5) право перевоза (469).

К числу прединальных сервитутов наши ученые (Васьковскій, Шершеневич, Синайскій) относят и промысловые сервитуты,—«права угодій», как их называет закон: «бортныя ухожья, бобровые гоны, звѣриная, птичья и рыбная ловля и другіе промыслы» (463). Эти промыслы имѣют с сервитутами

то общее, что связаны с пользованіем чужой недвижимостью. Так, для охоты в чужом лѣсу необходимо ходить по этому лѣсу.

Но не этим пользованіем опредѣляется содержаніе указанных промыслов. Содержаніе их заключается в правѣ обращенія в собственность, присвоенія пойманных птиц, рыб и животных. По своей юридической природѣ они представляют отдѣльныя разновидности особаго вида абсолютных прав—права присвоенія.

*Личные сервитуты.*—Самым важным из послѣдних в бытовом отношеніи является пользовладѣніе или по терминологіи нашего законодательства пожизненное владѣніе (узуфрукт).

*Пользовладѣніе есть принадлежащее опредѣленному лицу право пользованія чужой вещью и потребленія плодов с сохраненіем ея субстанціи.*

Содержаніе пользовладѣнія: 1) право пользованія плодами как лично для себя (потребленіе), так и на продажу, весь доход от имущества, не уменьшающій его субстанціи, принадлежит пользовладѣльцу, 2) право пользованія самой вещью и 3) право обладанія (фактическаго распоряженія) вещью в цѣлях пользованія. Собственник сохраняет право распоряженія вещью, не стѣсняя прав пользовладѣльца: право отчудить вещь, отдать в залог, установить другія вещныя права не стѣсняя прав пользовладѣльца.

Объектом пользовладѣнія [пожизненнаго или срочнаго] могут быть как недвижимыя, так и движимыя вещи.

Пользовладѣніе возникает: на основаніи договора (514), завѣщанія (1011,533[1]), закона (1141 и 1145). Прекращается со смертью управомоченнаго субъекта, с истеченіем срока и с гибелью вещи.

Наше законодательство подробно регулирует предоставленіе одним супругом другому по завѣщанію пожизненнаго владѣнія родовым имѣніем [533[1-13]). Имѣніе передается по описи мѣстным начальством в присутствіи законных наслѣдников или их представителей. Пожизненный владѣлец обязан поддерживать имѣніе и предохранять от упадка, лѣсами может пользоваться по правилам лѣсного хозяйства без опустошительной вырубки. Пожизненный владѣлец обязан оплачивать лежащія на имѣніи повинности. Право пользовладѣнія может быть передаваемо пожизненным владѣльцем на срок



(в предѣлах общих арендных сроков) по частям или в цѣлом. Эти правила Сенат примѣнял и к другим видам пожизненнаго владѣнія.

*Пользованіе* (usus) есть *право полнаго пользованія вещью без извлеченія плодов.* Обладающій сервитутом пользованія может лично пользоваться вещью и обладать ею в цѣлях пользованія, но не пользуется плодами и доходами вещи и не может передавать свое право.

*Проживаніе* (habitatio) есть *личное право на жительство.* Наше законодательство не знает этого сервитута, но обычное право и судебная практика его допускали*). Так, при продажѣ дома собственник выговаривает себѣ право пожизненнаго проживанія в одной комнатѣ, завѣщатель предоставляет городу свой дом с благотворительной цѣлью, но выговаривает для своей жены право на проживаніе в занимаемой ею квартирѣ до смерти и т. п. Сервитут проживанія не может быть передаваем.

### *Право застройки.*

*Право застройки есть вещное право срочнаго владѣнія чужим земельным участком с цѣлью его застройки.*

Это право имѣет очень большую исторію. Оно ведет свое происхожденіе от римскаго superficies и находит широкое примѣненіе в современном правѣ. В Россіи введено законом 23 іюня 1912 г. Соціальной его цѣлью является устраненіе жилищной нужды и тѣм самым облегченіе положенія широких масс населенія путем застройки пустующих земельных участков. К сожалѣнію в законѣ 1912 г. эта соціальная цѣль была проведена слабо.

Существенныя черты права застройки по указанному закону слѣдующія.

Право застройки носитъ срочный характер и устанавливается на срок от 36 до 99 лѣт (ни больше ни меньше не может быть установлено). Это право в предѣлах срока переходит по наслѣдству, может быть отчуждаемо (по договору, завѣщанію, с публичных торгов), может быть обременяемо долгами и по соглашенію с собственником сервитутами (542[2]). Застройка—цѣль права, земельный участок должен итти под застройку и под побочныя, подсобныя надобности послѣдней;

[1]) Выше указывалось, что наша судеб. практика разрѣшала установленіе неуказанных в законѣ вещных прав.

нельзя употребить взятую для застройки землю под сад, огород и т. п. кромѣ того, наш законъ устанавливает возмездность права застройки (542[1])—что не представляется правильным, нѣт основаній не допускать установленія права застройки безмездно. Вознагражденіе не может быть выражено в личных услугах. Оно может быть измѣняемо, если о том содержится указаніе в договорѣ. Право собственника на вознагражденіе при извѣстных условіях пользуется преимуществом по удовлетворенію.

Право застройки возникает только по договору (542—1,3,26). Договор о правѣ застройки совершается крѣпостным порядком, при чем для каждаго права застройки открывается особый лист в реестрѣ крѣпостных дѣл, как на отдѣльную недвижимость. Право застройки может установить только собственник земельнаго участка (в подлежащих случаях с соотвѣтствующаго разрѣшенія 542—7,8) и лишь в пользу лица, имѣющаго право на пріобрѣтеніе недвижимости в собственность (542—1,5). В договорѣ должны обязательно содержаться слѣдующія данныя (реквизиты): 1) наименованіе его договором о правѣ застройки, 2) обязательство застройщика произвести в опредѣленный срок постройки, 3) опредѣленіе размѣра и сроков вознагражденія собственника, 4) срок, на который устанавливается право застройки.

Права и обязанности сторон.—Застройщикъ не только имѣет право, но и обязан возвести постройки на участкѣ (очевидно, и под землей), при чем может пользоваться строительным матеріалом и водою и добывать их на участкѣ (542-23).

Он имѣет право распоряженія при жизни и на случай смерти правом застройки (542—2), право обременять долгами и сервитутами [с согласія соб-ка] и заложить право застройки (542—2,24). Ему принадлежат право собственности на возведенныя им постройки, которыя являются составной частью права застройки (Ельяшевич, Фрейтаг - Лорингoвен, Синайскій [1]), и право распоряжаться ими. Застройщик обязан в срок возвести постройки (542—26) и уплачивать за занимаемый участок вознагражденіе соб-ку и всѣ сборы и повинности (542—15). Застройщик вправѣ отказаться от права застройки при невозможности пользованія участком согласно его назначенію вслѣдствіе экспропр. или vis major (542—20).—Соб-ник сохраняет право распоряженія участком, поскольку не нарушает прав застройщика. Он имѣет право на вознагражденіе с правом преимущественнаго взысканія просроченных за 2 г. платежей (542—17)[1]). Он имѣет право, заявив за год, на оставленіе за собой построек за ничтожную цѣну—стоимости построек на слом и снос. Он имѣет право требовать прекращенія права застройки для разработки ископаемых (542—21).

[1]) Против Митилино, Мартынов: строеніе—принадлежность земли.



Право застройки прекращается: 1) с истеченіем срока его дѣйствія, 2) совпаденіем права застройки с правом собственности на участок (542—18), при этом, однако, установленные застройщиком залог, сервитуты и иныя вещныя обремененія сохраняют свою силу [2]), 3] отказом застройщика при невозможности пользоваться участком согласно его назначенію, 4) требованіем соб-ка участка для разработки ископаемых на послѣднем; но право застройки сохраняется, если застройщик согласится воспользоваться ненужной для разработки частью участка или изъявит желаніе возобновить пользованіе по окончаніи разработки (542—21).

Согласно кодексу Р.С.Ф.С.Р. договоры о правѣ застройки городских участков совершаются коммунальным отдѣлом на срок до 49 лѣт для каменных и до 20 лѣт для прочих строеній и обязательно нотаріальным порядком. В договорѣ должно быть указано: 1) наименованіе сторон, б) срок дѣйствія договора, в) точное опредѣленіе сдаваемаго участка, 2) размѣр в золотых рублях и сроки взноса арендной платы, д) характер и размѣр строеній, е) срок приступа к постройкѣ (не долѣе, однако, года), ж) срок окончанія постройки 3) условія поддержанія строеній в исправном видѣ, и) условія страхованія строеній и возстановленія их в случаѣ гибели, к) неустойка на случай просрочки и иных нарушеній договора. Повышеніе арендной платы может быть обусловлено в договорѣ не чаще, чѣм каждые пять лѣт и в установленном договором размѣрѣ. Застройщик обязан платить всѣ падающіе на право застройки государственные и мѣстные налоги и сборы, строенія, предназначенныя для жилья, освобождаются от налогов на 3 года со дня возведенія строеній. Застройщик может пользоваться строительным матеріалом и водою на участкѣ. Право застройки может быть отчуждено и обремене-

[1]) правильнѣе такое право признать вещным (за Фрейтаг-Лорингoвен, против Гойхбарг.)

[2]) Слѣдовательно, въ таком случаѣ не происходит сліянія и сохраняется право застройки в собственном имуществѣ.

но залогом. В случаѣ невнесенія застройщиком платежей болѣе, чѣм за 1 год или иного нарушенія застройщиком обязанностей, коммунальный отдѣл может обратить взысканіе на самое право застройки и подвергнуть его продажѣ с публичных торгов, при чем ком. отдѣлу принадлежит право преимущественнаго удовлетворенія, а при неуспѣшности торгов право застройки переходит к коммунальному отдѣлу. При прекращеніи договора застройщик обязан передать строенія в исправном видѣ комм. отдѣлу, который уплачивает стоимость послѣдних по оцѣнкѣ спеціальной комиссіи (ст. 71—84).

*Вотчинныя повинности.*

*Вотчинныя повинности* (Reallasten) *суть денежныя или натуральныя повинности, которыя обязан нести собственник недвижимости в пользу опредѣленных лиц.*

Вотчинныя повинности представляют обязанности собственника земельнаго участка к опредѣленному дѣйствію (а не к воздержанію, как при сервитутѣ). Развились они в средневѣковом правѣ, напр. церковная десятина, вѣчныя ренты и т. п. В современном правѣ встрѣчаются вотчинныя выдачи и другія вещныя повинности (ср. 1105 ст. герм. гр. ул., 791 ст. швейц. гр. ул.).

В нашем законодательствѣ также встрѣчаются указанія на вотчинныя выдачи. Так, ст. 1068 т. X ч. I разрѣшает устанавливать денежныя выдачи из родового имѣнія, ст. 1086 как из родового, так и из благопріобрѣтеннаго имѣнія, ст. 1328 говорит о денежных выдачах при раздѣлѣ родового имѣнія, а ст. 1388 говорит о доходѣ, который собственник продаваемаго имѣнія обязан вносить в пользу государственных или общественных учрежденій.

Вотчинныя повинности возникают по договору в крѣпостной формѣ (159 ст. Нот. Пол.).



# ПРАВА ПРИСВОЕНІЯ.

## V.

*Понятіе и виды прав присвоенія.*

*Право присвоенія есть абсолютное право на обращеніе в собственность вещи или ея цѣнности.*

Права присвоенія относятся к разряду абсолютных прав, так как правомочію обладателя такого права соотвѣтствует обязанность всѣх третьих лиц воздерживаться от вмѣшательства в его юридическую сферу в этой области. Права присвоенія отличаются от вещных прав, ибо не представляют непосредственнаго господства над вещью (в физическом или идеальном смыслѣ), а лишь открывают возможнось такого господства в будущем. Так, напр. право охоты или рыбной ловли дает правомочіе охотиться, ловить рыбу—что при осуществленіи этого правомочія может привести (но может и не привести) к поимкѣ звѣря или рыбы, т. е. к установленію над ними непосредственнаго господства. Пока звѣрь не убит или рыба не поймана, у обладателя права на охоту или рыбную ловлю никакого господства (вещнаго права) над ними нѣт и только с поимкой рыбы устанавливается непосредственное господство над нею (право собственности). Нельзя отнести права присвоенія к вещным правам еще и потому, что нѣкоторыя из них, напр. залоговое право, управомочивают на присвоеніе не самой вещи, а только ея мѣновой цѣнности.

Права присвоенія могут имѣть объектом не только чужую вещь—право залога, право рыбной ловли в чужих водах, но и свою вещь—ипотека собственника, право рыбной ловли в своем пруду, как правомочіе собственника и т. п.

Права присвоенія дѣлятся по своему объекту на два вида: права на присвоеніе вещи, напр. право разработки нѣдр и права на присвоеніе мѣновой цѣнности вещи—право залога.

По нашему праву к правам присвоенія могут быть отнесены: залоговое право, право на разработку нѣдр земли, право охоты, право рыбной ловли, право преимущественной покупки, право выкупа родовых имуществ, право выкупа экспропріированных имуществ.

### 1. *Залоговое право* [1])

*Понятіе, основныя черты развитія и современное состояніе залогового права.*

Основаніе возникновенія залогового права, его соціальное назначеніе заключалось в необходимости создать прочный обезпеченный кредит. Кредитныя сдѣлки личнаго характера недостаточно обезпечивали кредитору полученіе удовлетворенія от должника: смерть должника, неимѣніе средств к уплатѣ, нежеланіе платить и т. д. лишали кредитора удовлетворенія. Уже римляне пришли к созданію реальнаго кредита, обезпеченнаго преимущественным правом кредитора на какую либо вещь, на полученіе удовлетворенія из опредѣленной вещи. Реальный кредит получил особое развитіе в области поземельных отношеній. Первоначально его юридическія формы (залоговое право) носили негибкій грубый характер, не были спеціально приспособлены к обезпеченію кредитных сдѣлок, с теченіем времени они утончались и усложнялись и приняли характер реальнаго обезпеченія требованія (ипотека недвижимости), наконец, в современном правѣ залоговое право оторвалось от своего первоначальнаго основанія, от связи с требованіем и приняло абстрактный характер—чѣм оказало сильное вліяніе на мобилизацію вотчинных прав (вотчинный долг и др. формы).

Первоначальной формой реальнаго обезпеченія сдѣлки служило матеріальное удержаніе вещи (в формѣ продажи вещи или передачи владѣнія и пользованія ею). Так, в римском правѣ первичной формой реальнаго обезпеченія, первичной формой залога явилась сдѣлка fiducium cum creditore, по которой должник передавал кредитору вещь, обезпечивающую уплату долга в собственность, а кредитор обязывался (обѣщал) возвратить ему вещь по уплатѣ долга. Вся сдѣлка была основана на довѣріи к кредитору, который мог и не принять уплаты и не возвратить вещь обратно и весьма мало ограждала интересы должника. Постепенно отношенія смягчались и стали для обезпеченія сдѣлки прибѣгать к передачѣ вещи уже не в собственность, а лишь во владѣніе и пользованіе (вмѣсто %%) и только при неуплатѣ в срок вещь переходила в собственность кредитора—pignus, а позднѣе поступала в продажу для удовлетворенія залоговаго кредита. Далѣе развилось представленіе о том, что достаточно надежно обезпечить требованіе кредитора на удовлетвореніе из вещи или ея цѣнности—в таком случаѣ возможно и оставленіе заложенной вещи во владѣніи должника, послѣднее в особенности удобно и даже необходимо было сдѣлать в отношеніи недвижимости, которую нельзя такъ легко уничтожить или отчудить как движимость и вмѣстѣ с тѣм пользованіе недвижимостью было порукой уплаты %% и даже самого долга, нерѣдко и сдѣланнаго на улучшеніе послѣдней. Таким образом получила развитіе ипотека—залог недвижимости с оставленіем послѣдней во владѣніи должника и с правом кредитора присвоить вещь по просрочкѣ долга, а позднѣе продать и получить удовлетвореніе из цѣнности ея. Так развивалось залоговое право в Римѣ. Надо добавить, что благодаря допущенію общих, законных и тайных ипотек реальный кредит не получил здѣсь надлежащей прочности и формы его осуществленія благодаря отсутствію вотчинной записки не получили надлежащей точности и опредѣленности.

Современное залоговое право ведет свое происхожденіе из так называемаго частнаго (средневѣковаго) нѣмецкаго права. Здѣсь развились формы публичнаго отчужденія недвижимости (Sala, Auflassung), а в 12 и 13 вѣках в городах появилась и запись в поземельные книги отчужденій и обремененій недвижимости (вотчинная поземельная записка). Развитіе залога в средневѣковом нѣмецком и французском правѣ совершалось в общем в тѣх же формах, что и в римском.

Древне-германской формой залога является продажа вещи с возвращеніем ея первоначальному собственнику по упла-

[1]) На русскомъ языкѣ есть довольно большая литература. Из этой литературы надлежит отмѣтить слѣдующіе труды: Мейер — Древнее русское право залога, 1855. Кассо—Понятіе о залогѣ в современном правѣ 1899 г., Звоницкій—О залогѣ по русскому праву 1912 г., Фрейтаг-Лоринговен — Матеріальное право проекта Вотч, Уст., 1914 г.

тѣ долга—Kauf auf Wiederkauf; тот же характер носит древнефранцузская vente à remèré. Послѣдующей стадіей является залог вещи с передачей владѣнія ею кредитору (собственность остается за должником)—так наз. aeltere Satzung. При уплатѣ долга вещь возвращается собственнику или он может предъявить иск о собственности. В случаѣ неуплаты долга вещь ipso jure переходит в собственность кредитора — Verfallpfand —только значительно позднѣе развилось право должника требовать продажи вещи и удовлетворенія кредитора из вырученной суммы — Verkaufpfand. При чем, однако, при недостаткѣ вырученной суммы кредитор не мог обратить взысканія на другую вещь, но и не обязан был излишки возвращать должнику (принцип исключительности). Кромѣ того aelterè Satzung—залог с передачей владѣнія сопровождался первоначально и правом пользованія вещью со стороны кредитора, так что доходы шли кредитору вмѣсто %%, не погашая долга —Ewigsatzung, vifgage, а позднѣе развилась форма залога, при котором доходы зачитывались в капитальный долг с погашеніем его—Todsatzung, mortgage. Слѣдующей стадіей является залог без передачи владѣнія—так наз. neuere Satzung, при котором вмѣсто перехода вещи в собственность при просрочкѣ развилась обязательная продажа вещи с публичнаго торга и удовлетвореніе кредитора только из вырученной цѣнности вещи (позднѣе с возвращеніем излишка должнику).— Запись в ипотечныя книги и связанная с нею публичность залоговых отношеній придавали прочность и устойчивость реальному кредиту.

Рецепція римскаго права устранила поземельную записку и повлекла распространеніе римской ипотечной системы с ея общими, законными и тайными ипотеками, но потребности гражданскаго оборота, необходимость обезпеченія реальнаго кредита заставили современное право, начиная с XVIII в. (Мекленбург, Пруссія и др.) возвратиться к системѣ поземельных книг и выработать стройную, основанную на цѣлесообразных принципах систему ипотечной записки [1]).

Залоговыя отношенія современнаго права представляют комбинацію римских и древне-германских начал и в связи с потребностями оборота получают дальнѣйшее развитіе.

Прежде всего постепенно отмирают чисто вещныя отношенія залогодержателя к заложенной вещи: владѣніе и пользованіе вещью переход ея в собственность кредитора при неуплатѣ долга. Право кредитора принимает характер правомочія, направленнаго на мѣновую цѣнность вещи, на удовлетвореніе из цѣнности заложенной вещи. Обычно принадлежащее кредитору право присвоенія вещи в собственность за долг в случаѣ неуспѣшности торгов не является характерным для современнаго залоговаго права, являясь лишь исключеніем как послѣдствіе неудачи торга.

[1]) См. главу I настоящаго выпуска.



Принцип исключительности залоговых отношеній, т. е. удовлетворенія долга, обезпеченнаго залогом, исключительно из заложенной вещи, столь характерный для средневѣковаго права, отброшен современным правом, которое допускает при недостаточности удовлетворенія из цѣнности заложенной вещи обращеніе взысканія на остальное имущество должника.

Далѣе, современныя залоговыя отношенія освободились от обязательной связи с первоначальной сдѣлкой (акцессорность) и приняли абстрактный характер. В римском, средневѣковом и даже новом правѣ залог служил обезпеченіем какой либо, обычно кредитной сдѣлки между контрагентами. Эта сдѣлка составляла главное обязательство, напр. договор займа, между сторонами, а залоговое право носило дополнительный служебный характер, являлось добавочным к главному обязательству, представляло реальное обезпеченіе исполненія главнаго обязательства, которое служило его основаніем. Благодаря этой акцессорности залоговое отношеніе раздѣляло судьбу главнаго: возникало вмѣстѣ с главным обязательством, прекращалось вмѣстѣ с прекращеніем главнаго отношенія, подлежало всѣм возраженіям, основанным на главном отношеніи, и становилось недѣйствительным вмѣстѣ с послѣдним. Однако, развившаяся потребность в мобилизаціи залоговых прав, в передачѣ и отчужденіи их привели к освобожденію залоговых прав от связи с главным обязательством. При акцессорности залог. права передача послѣдняго была возможна лишь с передачей главнаго обязательства. Пріобрѣтатель легко мог убѣдиться в дѣйствительности залоговаго права, но не мог быть столь же твердо увѣрен в прочности личнаго обязательства, в отсутствіи возраженій против него, обезцѣнивающих залоговое право—что и задерживало обращеніе залоговых прав, и потребности гражданскаго оборота (в продажѣ залоговаго права, т. е. в циркуляціи капитала, вложеннаго в него) не получили удовлетво-

рения. Эти запросы и были удовлетворены введеніем ипотеки, служащей потребностям оборота, т. е. могущей переходить к новому пріобрѣтателю внѣ зависимости от главнаго обязательства и возраженій, вытекающих из него—так наз. оборотная ипотека герм. и швейц. гр. ул. Наконец, стремленіе к освобожденію залоговаго права от права требованія, стремленіе придать ему совершенно абстрактный характер и тѣм усилить его оборотоспособность привело к созданію совсѣм независящаго от личнаго обязательства абстрактнаго залоговаго права—так наз. вотчинный долг герм. и швец. уложенія. Это право носит совершенно самостоятельный характер, не стоит ни в какой связи с личным обязательством и свободно циркулирует—благодаря нему его называют вещным векселем.

Наконец, современное залоговое право перестало быть исключительно правом на чужую вещь: ипотека может быть совершена на имя самого собственника, т.-наз. ипотека собственника, который может или передать ее или оставить за собой и выдать вторую, третью закладную. В ипотекѣ собственника особенно ярко сказывается основной характер современнаго залоговаго права, как нѣкотораго абстрактнаго правомочія на мѣновую цѣнность вещи, каковое правомочіе может не выдѣляться из общаго комплекса правомочій, составляющих право собственности, но может и выдѣлиться из него.

Эта ипотека собственника между прочим находится в связи еще с одним новым явленіем современнаго залоговаго права: неподвижностью залоговых мѣст. Пока залоговое право превращалось при просрочкѣ в собственность или было связано с владѣніем и пользованіем вещью—до тѣх пор невозможно было заложить одну и ту же вещь второй и третій раз.

Но как только залоговое право потеряло свой вещный характер и превратилось в право на мѣновую цѣнность вещи, явилась возможность установленія второго и третьяго залоговаго права на одну и ту же вещь. Если вещь, стоящая 10000 руб., заложена в первый раз в 5000 руб., она может быть заложена еще в 5000 руб. и т. п. с тѣм, конечно, условіем, чтобы права перваго залогодержателя не пострадали, т.-е. чтобы его закладная была удовлетворена из цѣнности вещи в первую очередь, а вторая лишь из остатка (принцип старшинства). В том случаѣ, когда должник платил по первой закладной, вторая прежде занимала мѣсто первой и



пользовалась старшинством и всѣми преимуществами первой. Но это неправильно экономически и несправедливо, ибо дающій деньги под вторую закладную вообще расчитывает на худшія условія, болѣе рискует, чѣм первый и за это получает болѣе высокіе проценты и другія выгоды. Слѣдовательно, нѣт основаній ставить его с его выгодами в лучшее положеніе, чѣм то, на которое он имѣет право по условіям второй закладной. Поэтому современное право провозглашает принцип неподвижности залоговых мѣст. По погашеніи старшей закладной дальнѣйшія закладныя не передвигаются, сохраняют прежнія мѣста, а оплаченная ипотека переходит к собственнику; ипотека собственника занимает мѣсто оплаченной ипотеки. И, слѣдовательно, при обращеніи взысканія эти ипотеки удовлетворяются послѣ оплаты первой ипотеки (закладной собственника) из остатка.

Таковы основныя черты современнаго залоговаго права.

Таким образом залоговое право можно опредѣлить как *право на преимущественное удовлетвореніе из цѣнности заложенной вещи.*

Это право по своей природѣ является абсолютным правом присвоенія мѣновой цѣнности заложенной вещи[1]), только на эту цѣнность оно и направлено[2]). Это право носит преимущественный характер (droit de préférance). По современному пониманію залог есть самостоятельное обремененіе недвижимости, хотя бы и поставленное в связь с требованіем. Оно может носить акцессорный характер в качествѣ обезпеченія основного обязательства, но может и не стоять в связи с послѣдним и представлять вполнѣ самостоятельное абстрактное право. Должник имѣет право, но не обязан погасить долг. Залоговое право может принадлежать как в чужой, так и в своей вещи. Оно слѣдует за вещью (droit de suite), в чьем бы распоряженіи вещь ни была и подчинено принципу старшинства.

Что касается русскаго залогового права, то необходимо отмѣтить, что оно значительно отстало в своем развитіи.

В XV вѣкѣ у нас встрѣчаются акты, в которых упоминается, что имущество должника служит порукою в исполненіи обязательства. С XVI в. характер залоговых

---

[1]) Ср. Экснер: право на мѣновую цѣнность вещи.

[2]) Для осуществленія своего права залоговому кредитору (как и всякому другому) принадлежит право продажи заложенной вещи. Послѣдняя может быть замѣнена оффиціальной оцѣнкой вещи (ср. 830 ст. шв. гр. ул.).

отношеній выясняется опредѣленно. Заложенное имущество поступало во владѣніе и пользованіе кредитора, а с просрочкой в уплатѣ долга переходило в собственность («а та закладная в купчую»). Такой характер носило залоговое право и по Уложенію царя Алексѣя Михайловича. В 1737 г. была сдѣлана попытка провести болѣе современныя начала: было предписано при просрочкѣ долга продавать заложенное имущество с публичных торгов и удовлетворять кредитора из вырученной суммы, но в 1744 г. была вновь возстановлена система Уложенія. И только Устав о банкротах 1800 г. ввел окончательно публичную продажу заложеннаго имѣнія и удовлетвореніе из цѣнности вещи и положил основаніе дѣйствовавшей до сих пор системѣ.

Эта система переполнена историческими пережитками, затрудняющими развитіе залоговых отношеній, значительно отстала от современнаго права и только благодаря усиліям судебной практики удовлетворяла минимальным потребностям гражд. оборота.

Так, наше залоговое право носит только акцессорный характер, взысканіе ограничивается заложенной вещью (принцип исключительности), отчужденіе заложеннаго имѣнія без погашенія долга не разрѣшается за исключеніем залога в кредитных учрежденіях (1388 ст.), запрещается вторичный залог имѣнія, кромѣ имѣній, заложенных в кредитных учрежденіях (1630 и 1630-1 ст.). На основаніи послѣдняго, а также ст. 1215 Уст. Гр. С., говорящей об удовлетвореніи по старшинству залоговых прав, судебная практика допускает установленіе нѣсколькихъ залоговых прав на одну вещь (93—14, 89—88 и др.). Ст. 1653 запрещает передачу закладных по надписям, т. е. свободное обращеніе залоговых прав, но Сенат признал возможным передачу закладных по особым актам. Далѣе, наше право допускает кредитора к управленію имѣніем должника послѣ обращенія взысканія (до продажи) и к пользованію доходами с послѣдняго вмѣсто процентов (1129 ст.), предоставляет кредитору оставить имѣніе за собой в случаѣ неудачи второго торга (1175 ст. Уст. Гр. С.).

Таким образом наше право X-го тома сохранило много историческихъ пережитков и в частности много черт вещных отношеній в залоговом правѣ.

Кодекс Р.С.Ф.С.Р. отбросил указанные историческіе пережитки, но и этот кодекс признает лишь обезпечительный залог, не знает ни оборотной ипотеки, ни вотчиннаго долга



и допускает возникновеніе его только на основаніи договора и спеціальнаго указанія закона.

### *Виды залоговаго права.*

#### *Залоговое право на недвижимость.*

*Обезпечительная ипотека.*—Обезпечительная ипотека есть *право на преимущественное удовлетвореніе из цѣнности заложенной вещи, принадлежащее кредитору въ обезпеченіе его права требованія по личному обязательству* (Sicherungshypothek герм. гр. ул. и Grundschuldverschreibung шв. гр. ул.).

Наше право знает только обезпечительную ипотеку. Оно смотрит на залоговое отношеніе, как на средство обезпеченія договоров (1554, 1587). Судебная практика разсматривает право залога, как вещное право на чужую вещь (ср. 1910—21, 1896—36 и др.). Допускается только договорная ипотека, не допускается ипотеки принудительной (законной)[1]) и завѣщательной.

Залоговое право носит у нас юридически недѣлимый характер: погашеніе части долга по залогу не освобождает соотвѣтствующей части недвижимости (или движимости) от залога, послѣдній сохраняется в оставшейся части на всем имуществѣ.

Права и обязанности сторон.—Права залогодержателя (кредитора) плохо ограждены: владѣющій недвижимостью залогодатель (должник) может обезцѣнить имѣніе опустошительной рубкой лѣса, заключеніем долгосрочных арендных и др. договоров, продажей инвентаря и пр. принадлежностей имѣнія и т. п. Герм. гр. ул. дает залогодержателю право воспретить обезцѣнивающія имѣніе дѣйствія должника (1134), наше право не дает такой возможности. Только послѣ полученія повѣстки об исполненіи должнику в общем порядкѣ под угрозой личной и имущественной отвѣтственности воспрещается рубить лѣс, отчуждать и разрушать принадлежности имѣнія (1097 ст. Уст. Гр. С.), а также могут быть оспорены договоры, заключенные на имѣніе (1100). Залогодержатель может передать закладную с согласія должника (08—82, 98—20) по особому акту (98—20).

---

[1]) Заклад движимости носит и принудительный характер на основаніи нѣкоторых спеціальных постановленій закона.

Наше право не допускает цессіи залога, т. е. передачи залогового права без согласія должника—что допускает современное западно европейское право. Равным образом не допускает оно и перевода залога на новаго собственника, т. е. отчужденія имѣнія с переводом долга по закладной (1456—1458). Послѣднее допускается при переходѣ имѣній, заложенных в кредитных установленіях (1463 ст.) и при переходѣ заложенных имѣній с публичных торгов (189 ст. Пол. Нот. Ч., 78—248).

Кредитор имѣет право по присужденіи долга по закладной обратить взысканіе на заложенное имущество и требовать его продажи с публичнаго торга [1]). При этом кредитор имѣет своеобразное право владѣнія и пользованія заложенным имуществом: по присужденіи взысканія по закладной и обращеніи взысканія на заложенное имѣніе послѣднее до публичной продажи поступает в управленіе кредитора с правом пользованія вмѣсто процентов доходами с имѣнія до продажи с публичнаго торга (1129 ст. Уст. Гр. С.). Это право представляет историческій пережиток, пережиток той эпохи, когда залог сопровождался передачей владѣнія и не может найти оправданія с точки зрѣнія современнаго пониманія залоговых отношеній. Кредитору принадлежит право преимущественнаго удовлетворенія из суммы, вырученной от продажи заложенной вещи. При чем законодательство и судебная практика устанавливают старшинство закладных, т. е. преимущественное удовлетвореніе закладных по времени их утвержденія (1215 ст. Уст. Гр. С. и 1912—36 и др.). Слѣдовательно, первая закладная удовлетворяется из вырученной суммы полностью, вторая закладная удовлетворяется из остатка, третья—послѣ второй.

Удовлетвореніе по закладной носит спеціальный характер и ограничивается заложенной вещью, так что в случаѣ недостатка вырученной от продажи недвижимости суммы—взысканіе не может быть обращено на другое имущество должника и погашается (1649, 77—59 и др.). Но право на взысканіе с остального имущества должника может быть установлено соглашеніем сторон (1884—5, 74—129 и др.). В случаѣ гибели заложенной вещи, напр. дома от пожара, залогодержателю принадлежит право на страховую сумму, ибо сущ-

[1]) По общим правилам при обращеніи взысканія на недвижимость должнику посылается повѣстка об исполненіи и дается 2-х мѣсячный срок на добровольное исполненіе; при неуплатѣ производится опись и оцѣнка имѣнія и назначается продажа с публичных торгов (ст. 968—1208 Уст. Гр. С.).



ность залоговых отношеній не в вещном господствѣ, а в правѣ удовлетворенія из цѣнности вещи (так. герм. ул. ст. 1127, иначе Сенат. 83—116, 95—51).

Кредитор-залогодержатель по просроченной закладной имѣет преимущественное право (по старшинству закладных) оставить имѣніе за собой при неуспѣшности (первых или вторых) торгов в суммѣ залога (1649-1 т. X ч. I, 1187, 1068 Уст. Гр. Суд). Но и в том случаѣ, если срок закладной не истек, а на недвижимость обращено взысканіе по другим претензіям, права залогодержателя охраняются: он извѣщается о публичных торгах и может оставить имущество за собой, если предложенная цѣна ниже суммы закладной (1068, 1185 и др. ст. Уст. Гр. Суд.).

Залогодатель сохраняет права собственника на заложенную вещь, в частности—владѣніе и пользованіе вещью. Как указано выше, права залогодателя в послѣднем смыслѣ очень велики. Залогодателю принадлежит и право распоряженія вещью, но наще законодательство допускает отчужденіе заложенной вещи не иначе, как по погашеніи закладной, только недвижимости, заложенныя в кредитных установленіях, можно продавать с переводом долга.

Залогодатель имѣет право (но не обязан) совершить уплату по основному обязательству, обезпеченному залогом, ибо залог представляет самостоятельное обремененіе недвижимости, хотя и поставленное при обезпечительной ипотекѣ в зависимость от личнаго обязательства.

Прекращеніе обезпечительной ипотеки имѣет мѣсто с уничтоженіем старшим нотаріусом отмѣтки о залогѣ вслѣдствіе погашенія долга по закладной или с утвержденіем судом торгов на продажу заложеннаго имѣнія.

Залогодержатель может быть и не только должник по основному (личному) обязательству, но и третье лицо, предоставившее свою вещь в залог в обезпеченіе сдѣлки по основному обязательству.

По гражданскому кодексу РСФСР объектом залога может быть всякое имущество, не изъятое из оборота, но так как недвижимости изъяты из частнаго оборота, то право залога распространяется только на движимости и права.

*Оборотная ипотека.* — Оборотная ипотека представляет *залоговое право, возникшее в обезпеченіе личнаго требованія, но с*

*переходом его к третьим лицам, принявшее самостоятельный независимый от личнаго требованія характер.* Оборотная ипотека есть та же обезпечительная ипотека, перошедшая к 3-м лицамъ и утратившая связь со своим основаніем (личным требованіем).

Как уже было указано выше, потребности гражданскаго оборота создали этот вид ипотеки. Необходимость в реализаціи капитала, отданнаго под залог, в продажѣ ипотечных прав осуществлялась путем передачи основного обязательства и обезпечивающаго его залоговаго права (обезпечительная ипотека). Но пріобрѣтатель вмѣстѣ с основным обязательством пріобрѣтал и всѣ (нерѣдко неизвѣстныя ему) возраженія против послѣдняго, которыя могли привести к недѣйствительности основного обязательства, а вмѣстѣ с ним и залоговаго права. Это затрудняло циркуляцію залоговых прав въ оборотѣ и привело к установленію передачи залоговых прав без связи с основным требованіем, к созданію т. н. оборотной ипотеки.

По герм. гр. ул. оборотная ипотека (Verkehrshypotek) представляет основной тип ипотеки. Она осуществляется здѣсь в двух видах — книжной ипотеки (Buchhypotek) и ипотеки по свидѣтельству (Briefhypotek), швейц. гр. уложеніе знает только послѣднюю форму (Schuldbrief).

Для облегченія циркуляціи залоговых прав выдаются особыя залоговыя свидѣтельства: послѣ записи залога в поземельную книгу можно просить о выдачѣ залоговаго свидѣтельства, которое и служит средством передачи залоговых прав путем надписей на свидѣтельствѣ.

*Вотчинный долг.*—Вотчинный дог есть *залоговое право, возникшее независимо от личнаго требованія и представляющее самостоятельное обремененіе недвижимости.*

Вотчинный долг выражается в уплатѣ опредѣленной денежной суммы или періодических платежей из имѣнія. Он представляет залоговое право, совершенно оторванное от связи с требованіем, абстрактный вещный долг (вещный вексель). Он возникает без всякаго отношенія к обязательственному требованію и продолжает существованіе, как самостоятельное залоговое право. Вотчинный долг лежит на недвижимости, как земельная повинность, без всякой личной отвѣтственности должника и без упоминанія об обязательствѣ в поземельной книгѣ. Таким образом вотчинный долг представляет собою не долг лица, а долг недвижимости.



Свидѣтельство о вотчинном долгѣ может быть выдано на предъявителя и разсматриваться как бумага на предъявителя (герм. гр. ул. 1195). Он может быть установлен и в пользу собственника.

С установленіем вотчиннаго долга формы обращенія залоговых прав и мобилизація недвижимости достигли своего высшаго развитія.

Вотчинный долг герм. гр. ул. выражается в двух формах: долг опредѣленной суммы, вотчинный долг в узком смыслѣ—Grundschuld и долг періодических платежей, рентный долг—Rentenschuld. Швейцарское гр. уложеніе соединяет обѣ формы вотчиннаго долга в одну—Gült.

*Ипотека собственника.*—Ипотека собственника есть *залоговое право на собственное имущество, служащее обезпеченіем обязательственнаго требованія.* Залоговое право может быть занесено в вотчинную книгу в извѣстной суммѣ на имя собственника или залоговое свидѣтельство может быть выдано на его имя. Он может оставить это право за собой или передать другим.

Ипотека собственника по своему происхожденію представляет обычную (обезпечительную) ипотеку, в которой впослѣдствіи залогодатель (должник по обязательству) пріобрѣтает права залогодержателя (кредитора по обязательству), напр. путем наслѣдованія, покупки или же залогодержатель пріобрѣтает право собственности на заложенное имущество. Таким образом в одном лицѣ соединяется залогодатель и залогодержатель. Казалось бы, при таком положеніи залоговое право должно слиться с правом собственности, право собственности, как большее по содержанію, должно поглотить залоговое право и послѣднее должно прекратиться. Однако, потребности оборота и соображенія справедливости, как указано выше, привели к сохраненію особой ипотеки собственника. Дѣйствительно, при наличности нѣсколькихъ закладных погашеніе первой и передвиженіе на ея мѣсто второй создало бы для послѣдней незаслуженное привиллегированное положеніе, что устраняется сохраненіем (погашенной) ипотеки за собственником, который противоставляет послѣдующим залогодержателям свое лучшее залоговое право. Далѣе, сохраненіе за собственником ипотеки облегчает циркуляцію залоговых прав: собственник легче может найти пріобрѣтателя на готовое залоговое право опредѣленнаго вида (в особенности высшаго ранга) и жели создавать новое (низшаго ранга)—чѣм облегчается его кредит.

И если принцип неподвижности залоговых мѣст, о которомъ сказано выше, до извѣстной степени парализует первый дефект, другія выгоды сохраненія ипотеки за собственникомъ остаются и приводят к тому, что этот вид ипотеки нашел мѣсто не только в германском (ср. 1177 и сл.), но и в швейцарском гр. уложеніи, которое ясно проводит принцип неподвижности залоговых мѣст (827).

*Вотчинный долг собственника.* — В тѣх случаях, когда основное требованіе, обезпеченіем котораго служит ипотека, погашается одновременно с пріобрѣтеніем собственником ипотеки, напр. собственник оплачивает обязательство и пріобрѣтает на свое имя ипотеку, собственник остается обладателем одного абстрактного обремененія недвижимости, т. е. вотчиннаго долга. Таким путем ипотека (собственника) превращается в вотчинный долг собственника (ст. ст. 1197 герм. гр. ул.).

*Залоговое право на движимость.*

Двойственный характер вещных прав (прав на недвижимости и на движимости) нашел рѣзкое выраженіе в залоговом правѣ. Обычныя формы залога движимости существенно отличаются от залога недвижимости. По отношенію к первым господствует залог с передачей владѣнія (ручной залог или заклад), в то время как залог недвижимости в современном правѣ (ипотека) не сопровождается передачей владѣнія заложенной вещью; рѣзко различается и формальная сторона: болѣе простая без особых записей в первом случаѣ и болѣе сложная с записью в поземельныя книги во втором. Но потребности гражданскаго оборота привели к допущенію и заклада движимости с оставленіем вещи во владѣніи и пользованіи должника, напр. заклад средств производства, сельскохоз. инвентаря, товаров и т. п. Наконец, современному праву извѣстен, хотя и не пользующійся распространеніем в оборотѣ, залог движимости с оставленіем вещи во владѣніи и пользованіи должника и с записью заложенной движимости в особые реестры подобно ипотекѣ—так наз. ипотека движимости или реестровый заклад.

*Ручной заклад.*—Ручной заклад (Faustpfand) есть *залоговое право на движимость, служащее обезпеченіем основнаго обязательства и сопровождающееся передачей вещи во владѣніе кредитора.*

Как и обезпечительная ипотека ручной заклад носит акцессорный характер, представляет дополнительное отношеніе к главному (обязательственному) требованію и раздѣляет судьбу послѣдняго. Он—как и всякое залоговое право—представляет право на преимущественное удовлетвореніе из цѣнности заложенной вещи (droit pe preferance) и тяготѣет на вещи—inhaeret rei—гдѣ бы, в чьих бы руках она ни находилась (droit de suite). Передачу заложенной вещи при ручном закладѣ надлежит признать по общему правилу в интересах публичности, в интересах третьих лиц обязательной [1]).



Ручной заклад возникает с передачей закладываемой вещи кредитору. Если же вещь находится во владѣніи кредитора, то достаточно соглашенія об установленіи залоговаго права на нее [2]). Основаніем его возникновенія по нашему праву служит договор.

Закладная на движимое имущество составляется или домашним порядком (домовое заемное письмо с закладом движимаго имущества) или нотаріальным (закладная на движим. имущество). Составляется письменный акт в присутствіи свидѣтелей (не менѣе 2-х), которым закладываемыя вещи показываются, пишется опись послѣдних в двух экземплярах (один для залогодержателя, другой для залогодателя), которые подписываются сторонами по сдѣлкѣ и свидѣтелями. Заложенныя вещи передаются заимодавцу за печатями свидѣтелей и залогодателя по описи (1670 и сл.).

Отдавать в заклад движимое имущество может только собственник и при том закладываемое имущество не должно состоять в описи или секвестрѣ по взысканію. Принимать в заклад движимое имущество может всякій, кто вправѣ отдавать взаймы деньги (1663—1665).

При закладѣ движимости залогодатель утрачивает владѣніе и пользованіе вещью, равно как ограничен в распоряженіи ею. Залогодержатель получает владѣніе вещью, но не может пользоваться ею (вещь отдается за печатями) и обязан вернуть вещь в цѣлости.

Залог движимости прекращается: погашеніем основного обязательства, продажей заложенной вещи с публичных торгов вслѣдствіе неплатежа по обязательству, гибелью вещи или изъятіем ея из оборота.

*Заклад движимости без передачи владѣнія.*—Законодательство знает ряд случаев оставленія заложенной движимой ве-

[1]) Каминка, Удинцев, против—Гойхбарг, Бугаевскій.
[2]) Ср. 1205 ст. герм. гр. ул.

щи в рукахъ должника, при чем принимаются мѣры, чтобы нахожденіе вещи в залогѣ было очевидным—путем наложенія знаков, свидѣтельствующих о залогѣ. Так, согласно ст. 8 Уст. Гос. Б. (т. XI ч. 2), Государственный Банк, предоставляя ссуды под заклад движимых имуществ, может оставлять во владѣніи и пользованіи должника закладываемую движимость, но при этом требуется, чтобы на заложенное имущество налагались видимые знаки пріема их в заклад—печати, пломбы, клейма и т. п. Тѣ же правила содержатся в положеніи об учрежденіях мелкаго кредита (ст. 99 Уст. Кред.). Ст. 139 Уст. Кр. представляет Государственному Банку открывать кредиты посредникам (земствам и другим организаціям): 1) для выдачи ссуд под заклад предметов и средств производства мелким землевладѣльцам, арендаторам, кустарям, 2) ссуд под находящіеся в пути или предназначенные к перевозкѣ товары без передачи владѣнія (ср. 142 ст.). Залоговое право без передачи владѣнія устанавливается в обезпеченіе требованій казны: сахара на сахарных заводах, мѣдной посуды на винокуренных, в обезпеченіе акциза и др. налогов (339, 1000 и др. Уст. Акц. Сб.), по подрядам с казною — перевозочных средств (ст. 78 Полож. о каз. подр. и пост.), морских и рѣчных судов (ст. 79, там же) и нѣк. др. Зданія на чужой землѣ, как движимость, могут быть закладываемы без передачи владѣнія (01-6, 14-25).

Сенат допускал заклад движимости с оставленіем вещи у залогодателя по соглашенію сторон (01-6, 12-26), но, очевидно, такой заклад не простирает своего дѣйствія в отношеніи добросовѣстных третьих лиц.

X-ый том знает и законный заклад движимости без передачи владѣнія. При куплѣ-продажѣ движимости с разсрочкою платежа покупщик до полной уплаты покупной цѣны не вправѣ отчуждать и закладывать это имущество, при чем послѣднее служит средством преимущественнаго обезпеченія требованій продавца, вытекающих из договора купли-продажи в разсрочку (1527-3 ст.). При отчужденіи или закладѣ такого имущества покупщик, нарушившій указанное постановленіе, отвѣчает в уголовном порядкѣ, но права добросовѣстных пріобрѣтателей остаются.

*Ипотека движимости.*—Ипотека движимости есть *залоговое право на движимое имущество без передачи владѣнія, служащее обезпеченіем основного требованія и заносимое в особый реестр* (реестровый залог).

Ипотека движимости установлена герм. гр. уложеніем—для



заклада судов с записью их в реестр (1250 ст.) и швейц. гр. ул. —для заклада скота (885 ст.) и нѣк. др. У нас Сенат признавал залоговое право на движимости с записью в реестр (12—53).

В литературѣ высказываются голоса за необходимость расширенія области примѣненія ипотеки движимости в интересах развитія мелкаго кредита.

*Фидуціарный заклад.*—В современном правѣ находит примѣненіе и старая римская форма фидуціарнаго залога в двух видах: 1) отчужденія вещи в собственность с условіем обратной передачи вещи по погашеніи долга (fiducia cum creditore, Sicherungskauf), 2) передачи вещи в обезпеченіе обязательственнаго требованія (обезпечительное пересвоеніе—Sicherungsubereinigung).

Фидуціарный заклад распространен в Германіи, но прямо воспрещается шв. гр. ул. (717 ст.). У нас в торговой практикѣ он примѣнялся при закладѣ судов. Фидуц. заклад открывает широкій простор для недобросовѣстных махинацій и поэтому не заслуживает поддержки. Формы заклада движимости в настоящее время (сравнительно с римским правом) достаточно развились, чтобы вызывалась серьезная необходимость в фидуціарном закладѣ.

*Залогъ или заклад прав.—Залоговое право на права называется залогом или закладом прав.*

В теоріи представляется спорным вопрос о том, возможно ли залоговое право на право. Одни ученые, напр. Дернбург, Келлер, Гельвиг, Анненков, Шершеневич и др. отрицают такую возможность (в особенности залог прав требованія) и разсматривают так называемый залог прав или как цессію (одни) или как сингулярное преемство (другіе). Другіе же ученые, опредѣляя залог как абсолютное право на присвоеніе цѣнности заложеннаго объекта, разсматривают и залог прав как особый вид залоговаго права (Зом, Бремер, Кассо, Звоницкій и др.).

Современныя законодательства знают залог прави в частности прав требованія. Так, шв. гр. ул. допускает залог всѣх отчуждаемых прав и требованій, примѣняя к залогу прав общія постановленія о ручном закладѣ (ст. 899 и сл.), знает его и германское гр, ул. [ст. 1273 и сл.].

Наше право знает залог права застройки [542[11],[22]], авторскаго права (695 ст. и 13—12), права на разработку ис-

копаемых (13—28) и прав требованія по акціям и процентным бумагам (1674-1).

*Залоговое право по кодексу РСФСР.*—Новый кодекс разсматривает залоговое право, как право на преимущественное удовлетвореніе из цѣнности заложеннаго имущества, принадлежащее кредитору в случаѣ невыполненія должником обезпеченнаго залогом требованія. Так. обр. допускается только обезпечительный залог. Объектом залога может быть всякое имущество, не изъятое из оборота, в том числѣ долговыя требованія и право застройки. Основаніем возникновенія может служить договор или спеціальное указаніе закона. Договор должен быть совершен в письменной формѣ, залог строеній и права застройки—в нотаріальной формѣ с послѣдующей регистраціей в коммунальном отдѣлѣ. Заложенное имущество, кромѣ строеній и права застройки, передается залогодержателю, но по соглашенію сторон может быть оставлено у должника под замком и печатью кредитора, поскольку законом или правилами кредитных установленій не установлен иной порядок, индивидуально-опредѣленная вещь может быть оставлена во владѣніи залогодателя с наложеніем знаков, свидѣтельствующих о залогѣ. Залоговое право в отношеніи индивидуально-опредѣленных вещей возникает с момента соглашенія, в отношеніи родовых—с момента передачи вещи. Имущество может быть заложено послѣдовательно нѣскольким кредиторам, при чем залогодатель обязан увѣдомить каждаго послѣдующаго залогодержателя о предыдущих. Залогодержатель не вправѣ пользоваться заложенным имуществом или плодами его, поскольку иное не установлено в законѣ или договорѣ. Залогодержатель, который потерял или у котораго похищен предмет залога, может истребовать его от всякаго владѣльца, в том числѣ и от собственника. В случаѣ, когда заложенное имущество оставлено у должника, залогодержатель вправѣ потребовать его от всякаго недобросовѣстнаго пріобрѣтателя, государственный орган—от всякаго пріобрѣтателя. Недоимки госуд. налогов и заработная плата рабочим удовлетворяются преимущественно перед претензіей залогодержателя, если у должника нѣт другого имущества. Если залогодержателей нѣсколько, они получают удовлетвореніе в порядкѣ старшинства закладных: каждый послѣдующій по полном удовлетвореніи предыдущаго. Если вырученной от продажи имущества суммы не хватит для покрытія закладной, взысканіе может быть обращено на прочее имущество должника, но в этом случаѣ уже без права преимущественнаго удовлетворенія. В случаѣ гибели заложеннаго имущества залогодержатель имѣет право преимущественнаго удовлетворенія из страхового вознагражденія. Залоговое право может быть передаваемо путем надписи о том, а залог строеній и права застройки с отмѣткой в коммун. отдѣлѣ. Залог прекращается: прекращеніем обезпеченнаго залогом требованія и продажей заложеннаго имущества с публичных торгов. О прекращеніи залога строеній и права застройки дѣлается отмѣтка в нотаріальной актовой книгѣ и реестрѣ коммунальнаго отдѣла (ст. 85—105 кодекса).



### 2. *Право разработки ископаемыхъ.*

*Право разработки ископаемых есть право на добычу и присвоеніе ископаемых (на чужой или своей землѣ).*

Его нельзя смѣшивать с правом собственности на нѣдра. Право собственности на нѣдра и право разработки ископаемых два различных права. Можно имѣть право разработки и не имѣть права собственности на нѣдра (ср. 306 и 427 ст. Уст. Горн.). Нельзя смѣшивать это право и с правом собственности на самыя ископаемыя. Правда, ст. 387 т. X разсматривает ископаемыя, как принадлежности земли, а ст. 424, как составныя части участка. Но право разработки не дает еще права на ископаемыя: послѣднія нужно добыть иначе нѣт объекта. И собственник и посторонній добывают ископаемыя на равных правах (в особенности при режимѣ горной свободы)—их право на ископаемыя не зависит от права собственности на нѣдра: и тот и другой получают право на ископаемыя только по отдѣленіи, присвоеніи ископаемых. Слѣдовательно, право разработки нѣдр и право на ископаемыя—различныя права. —Право разработки ископаемых есть особый вид абсолютных прав—право присвоенія. Ни собственник, ни посторонній вслѣдствіе права разработки не имѣют еще права собственности на ископаемыя, нужно добыть ископаемыя, отдѣлить из нѣдр, присвоить их себѣ. Право разработки ископаемых по нашему законодательству, не знающему режима горной свободы на частных землях, представляет одно из правомочій права собственности, могущее осуществляться и отдѣльно. Германское законодательство разсматривает право разработки ископаемых, как особое вещное право въ чужом (или своем) имѣніи (ср. § 87 Вотч.

Уст., § 68 закона о введеніи герм. гр. ул.). Так же смотрѣл и наш Сенат (12—96).

Право на разработку ископаемых (нѣдр) выражается в двух видах: 1) право на разработку ископаемых на своей или чужой частной землѣ и 2) право горных отводов, т. е. право на отведенную в пользованіе для разработки ископаемых казенную землю впредь до совершенной выработки ископаемых (306 Уст. Горн.); послѣднее право может быть переуступлено другому лицу и переходит по наслѣдству. Лицо, сдѣлавшее заявку, получает от управленія госуд. имуществ дозволительное свидѣтельство, послѣ чего в теченіе года должно приступить к развѣдочным работам и может осуществлять их в теченіе 2-х (иногда 3-х) лѣт. Далѣе горнопромышленник может просить о предоставленіи ему горнаго отвода.

По кодексу РСФСР нѣдра земли принадлежат государству, от котораго и зависит допущеніе к разработкѣ ископаемых.

### 3. *Право преимущественной покупки.*

*Право преимущественной покупки есть право на преимущественное перед другими обращеніе в собственность за установленное законом или соглашеніем вознагражденіе недвижимаго или движимаго имущества.*

Право преимущественной покупки принадлежит: 1) быв. собственнику экспропріированной на государственныя или общественныя нужды недвижимости, если надобность в послѣдней отпала и прошло 10 лѣт со времени экспропріаціи (до истеченія 10 лѣт—право выкупа), цѣна опредѣляется добровольным соглашеніем, а если такового не послѣдует—посредством новой оцѣнки (590, 593 ст.), 2) собственникам в общем имуществѣ на отчуждаемую одним из них долю в общей собственности с уплатой по оцѣнкѣ (555 ст), 3) по соглашенію и в других случаях (напр. при правѣ застройки, 542—26).

По кодексу РСФСР такое право принадлежит соучастникам в общей собственности при продажѣ одним из них своей доли в общей собственности (ст. 64).

### 4. *Право рыбной ловли.*

*Право рыбной ловли есть право на ловлю и обращеніе в собственность пойманной рыбы в своих или чужих владѣніях.*

Это право отличается от права собственности на воду:



собственником воды (рѣки, пруда) может быть одно лицо, а правом рыбной ловли может обладать другое лицо. Оно также не является и правом собственности на рыбу; послѣднюю еще нужно поймать и таким путем обратить в собственность, присвоить. Оно представляет один из видов прав присвоенія. Право рыбной ловли в своей исторіи развивалось у нас самостоятельно от права собственности. Современное право разсматривает его как одно из правомочій права собственности (прибрежных владѣльцев—490, 491 ст. У. С. Х. и др.), могущее осуществляться и отдѣльно.

### 5. *Право охоты.*

*Право охоты представляет право на ловлю и обращеніе в собственность пойманнаго или убитаго дикаго животнаго или птицы в своих или чужих владѣніях.*

Право охоты отличается от права собственности на лѣс или поле, гдѣ пойман или убит объект охоты, так как может принадлежать и не собственнику недвижимости, равно как отличается и от права собственности на животное или птицу, которых еще нужно поймать. Также как и право рыбной ловли право охоты является видом прав присвоенія. Оно представляет одно из правомочій права собственности, но может осуществляться и отдѣльно.

### 6. *Право выкупа родовых имуществ.*

*Право выкупа родовых имуществ есть право родственников, являющихся наслѣдниками по закону, на возвращеніе в собственность за вознагражденіе родового имущества, проданнаго чужеродцам.*

X том в качествѣ историческаго пережитка сохранил дѣленіе имуществ на родовыя и благопріобрѣтенныя и право выкупа первых от чужеродцев.

Право выкупа принадлежит родственникам, согласно правилам законнаго наслѣдованія (1355), при чем дѣти и внуки от умерших дѣтей не допускаются к выкупу при жизни наслѣдодателя, равно как не могут воспользоваться этим правом родственники, участвовавшіе в совершеніи купчей в качествѣ свидѣтелей или рукоприкладчиков, а также лица, не имѣющія права наслѣдованія (1356); имѣющіе право выкупа ближайшіе родственники могут передать это право путем письменнаго акта дальнѣйшим (1357).

Выкупу подлежат родовыя имущества, проданныя чужеродцам, но не перешедшія путем продажи с публичнаго торга или оставленныя за кредиторами при неуспѣшности такой продажи. Право выкупа ограничивается 3-х лѣтним сроком со времени утвержденія купчей крѣпости (1363). Цѣна выкупа: цѣна проданнаго имѣнія по послѣднему крѣпостному акту (продажи или залога), издержки, употребленныя покупщиком на поддержаніе и улучшеніе имѣнія по оцѣнкѣ и крѣпостныя пошлины (1367, 1369 ст.).

*7. Право выкупа экспропріированной недвижимости.*

*Право выкупа экспропріированной недвижимости есть право бывшаго собственника экспропріированной на государственныя или общественныя надобности недвижимости на возвращеніе ея в собственность за вознагражденіе.*

Указанное право сохраняется за прежним собственником втеченіе 10 лѣт с момента экспропріаціи и может найти примѣненіе в случаѣ ненадобности экспропріированной недвижимости для той государственной или общественной цѣли, для которой она отчуждена (593).



# ПРАВА НА ПРОДУКТЫ ДУХОВНАГО ТВОРЧЕСТВА.

## VI.

*Понятіе.*

*Право на продукты духовнаго творчества есть право на обладаніе нематеріальными благами, возникающими в качествѣ продукта духовнаго творчества человѣка и на использованіе их в личных и имущественных интересах автора или изобрѣтателя.*

Содержаніе этих прав составляют научные, эстетическіе и техническіе идеи и образы, создаваемые творчеством человѣка и выразившіеся во внѣ в опредѣленной формѣ. Духовное творчество человѣка тѣсно связано с его личностью, представляет выраженіе его ума, талантов, способностей. Такимъ образом личный элемент играет здѣсь очень большую роль. Далѣе, эти права имѣют общественное значеніе. Общество заинтересовано в том, чтобы произведеніе творчества даннаго автора или изобрѣтателя сохранилось и стало общим достояніем, как вклад в культуру даннаго народа и даже человѣчества. И по современному правосознанію со смертью автора (обычно по истеченіи извѣстнаго срока) его произведеніе объявляется общим достояніем и в нѣкоторых случаях и при жизни разрѣшается его использованіе в общихъ интересах. Наконец, права на продукты духовнаго творчества носят имущественный характер. Объективированные во внѣ продукты духовнаго творчества имѣют имущественную цѣнность. Таким образом личный, общественный и имущественный элементы являются характерными для данной группы прав. Двумя послѣдними свойствами (общественным значеніем и имущественной цѣнностью) права на продукты духовнаго творчества отличаются от индивидуальных или личных прав.

Эти права возникают посредством творчества, изобрѣтенія, т. е. посредством облеченія во внѣшнюю форму внутренней духовной дѣятельности автора, но не посредством открытія. Напр. открытіе новаго острова не создает права на него, как на продукт духовнаго творчества.

Права на продукты духовнаго творчества состоят из личных и имущественных правомочій и представляют управомоченному исключительную власть на продукты своего духовнаго творчества, направленную против всѣх третьих лиц. Так. обр. данныя права могут быть отнесены к разряду прав абсолютных, как особый вид послѣдних.

Необходимо отличать право на продукты или результат духовнаго творчества от права на тот матеріальный объект, в котором оно воплотилось, право на принявшую формы идею от права на ея матеріальное воплощеніе, напр. идея произведенія и книга, статуя, в которых она воплотилась. Право на нематеріальныя блага, как продукты духовнаго творчества есть право на идею, на содержаніе книги, картины, а не право собственности на данную книгу или картину. Автору принадлежит право воспроизводить свою идею, содержаніе своей картины, издавать свое сочиненіе и т. д., собственник картины или книги имѣет право собственности только на данный экземпляр, но ему не принадлежит право воспроизводить ее вновь и т. д. Первому принадлежит абсолютное право на научную или техническую идею, на художественный образ, послѣднему—вещное право на один из объектов матеріальнаго воплощенія послѣдней.

Права на продукты духовнаго творчества можно раздѣлить на двѣ больших группы: права на облеченныя в форму идеи (и образы) научнаго и эстетическаго характера—авторскія права и на идеи техническаго характера, права на изобрѣтенія в области промышленности и торговли—промышленныя права.

### *1. Авторскія права.*

Под авторскими правами понимаются *права автора на пользованіе своим духовным творчеством (в научной и эстетической области) в личном и имущественном интересѣ.*

Юридическая природа авторскаго права вызывала и вызывает сомнѣнія.



Прежде авторское право разсматривалось по аналогіи с правом собственности, как особый вид права собственности—литературная, музыкальная и пр. собственность. Сторонники этой теоріи (у нас Табашников и др.) указывают, что право собственности первоначально развивается на вещи матеріальныя, но с теченіем времени предметом его являются и цѣнности нематеріальныя, к числу которых относятся и предметы авторскаго права. Предметом авторскаго права служит собственное произведеніе автора и отношеніе его к этому предмету есть непосредственное господство над созданной им нематеріальной вещью. Таким образом авторское право примыкает к группѣ вещных прав, а из этих послѣдних ближе всего подходит к праву собственности. Эта теорія, смѣшивающая право на идеи с правом на воплощеніе этих идей, в настоящее время оставлена.

Большим распространеніем пользуется другая теорія, согласно которой авторскія права относятся к группѣ прав личности или индивидуальных прав (Гирке, Регельсбергер, Штоббе и др.). Дѣйствительно, творчество человѣка тѣсно связано с его личностью, представляет выраженіе его духовной природы, его ума и дарованій, однако, эти права, как указано выше, отличаются отъ индивидуальных прав своим общественным значеніем и имущественным характером. Поэтому мы находим болѣе правильной третью теорію, разсматривающую авторское право как особую разновидность абсолютных прав и относим его къ особому виду послѣдних—к правам на нематеріальныя блага как продукты духовнаго творчества или короче—к правам на продукты духовнаго творчества (по терминологіи Колера—права на идеи, Шершеневича—исключительныя права).

Авторскія права включают правомочія личнаго и имущественнаго характера. К первым относятся, напр. право авторства, выражающееся в запрещеніи выдавать произведенія автора за свои, уничтожать, измѣнять их и т. п., ко вторым —право извлекать выгоды путем использованія авторскаго права, его продажи и т. п.

Соотвѣтствующее современнымъ теоретическимъ требованіям и практическим потребностям положеніе об авторском правѣ было издано у нас 20 марта 1911 г. Оно содержит нормы литературнаго, музыкальнаго, художественнаго и фотографическаго права. Основныя черты этого положенія слѣдующія.

*Возникновеніе авторскаго права.* —Авторское право возникает путем творчества. Это творчество должно принять опредѣленную форму и найти выраженіе во внѣ, хотя бы и без опубликованія его. Кромѣ того, авторское право возникает и производным способом—по наслѣдству. Необходимо отмѣтить, что возникая неформально, авторское право в нѣкоторых случаяхъ для своей охраны требуетъ особой запретительной оговорки. Так, для сохраненія права на перевод, права на публичное исполненіе музыкальнаго произведенія, при желаніи воспретить перепечатку статьи и нѣк. др.—необходимо оговорить указанныя права на печатном экземплярѣ произведенія (695—33, 40). Путем договора авторское право не возникает.

*Субъекты авторскаго права.* —Субъектом авторскаго права является творецъ произведенія—автор. Если произведеніе создано нѣсколькими лицами и образует одно нераздѣльное цѣлое, авторское право принадлежит всѣм авторам по правилам об общей собственности (соавторство—695-7). На анонимное произведеніе авторское право имѣет автор, а не издатель (695-17). И вообще нельзя признать авторских прав за издателями древних рукописей, сборников, журналов и т. д. (Contra 695-19, 30). Правопреемниками в авторском правѣ являются наслѣдники автора в общем порядкѣ гражд. законов со слѣдующими особенностями: переживший супруг и родители автора, если они остались каждый в отдѣльности единств. наслѣдниками умершаго, получают авторское право в цѣлом составѣ, если же они наслѣдуют вмѣстѣ—то наслѣдуют в равных долях (695-6). Субъектами авторскаго права являются: 1) русскіе подданные, произведенія коих появились в свѣт в Россіи или за границей, а также если и не появились въ свѣт, 2) иностранцы, произведенія коих появились в свѣт в Россіи, а также если и не появились в свѣт, и правопреемники тѣх и других.

*Объект авторскаго права.* —Объектом авторскаго права являются литературныя, музыкальныя, художественныя, фотографическія и подобныя послѣдним произведенія, выразившіяся во внѣ въ опредѣленной формѣ (695—1).

1). Литературныя произведенія: письменныя и устныя—романы, повѣсти, статьи, лекціи, рефераты, рѣчи, письма, импровизаціи и т. п., имѣющія литературное значеніе (695—1).

К литературным произведеніям, являющимся объектом авторскаго права, нашим законодательством отнесены (а сборники народных пѣсен, сказок и др. произведеній народн. творчества, б) газеты, журналы и др. повременныя изданія, альманахи, в) сборники древнихъ рукописей, г) географическія, топографическія и иныя карты, глобусы, атласы, рисунки по естествознанію, чертежи, если по главной своей цѣли и назначенію они не относятся к числу художественных, д) переводы сочиненій, изданных в Россіи и русских за границей, е) передѣлка повѣствовательнаго произведенія в драматическую форму и наоборотъ, ж) частныя письма, дневники и всякія записки (695—13, 14, 30, 41, 33, 31, 28, 29).



Не могут быть предметомъ авторскаго права законы и правит. распоряженія, постановленія законодат. учрежденій, земских, городских, сословных и других обществ. собраній и матеріалы к ним, а также рѣшенія судеб. учрежденій (695—37). Равным образом рѣчи, произносимыя в указанных собраніях, могут быть печатаемы в повременных изданіях без согласія авторов, которые сохраняют авторское право на изданіе отдѣльных рѣчей или сборника их (695—38)[1]).

2. Музыкальныя произведенія, в том числѣ музыкальныя импровизаціи (695—1); сюда относится право композитора на составленіе и изданіе извлеченій, попурри, право переложенія на голоса и инструменты, на механическія ноты граммофонов и фонографов (695—42).

3. Художественныя произведенія—живопись, ваяніе и зодчество, гравированіе и другіе виды графическаго искусства; сюда относятся и художественныя произведенія, исполняемыя по заказу, за исключеніем портретов и бюстов: право повторять, выставлять и издавать послѣдніе принадлежит лицу, с котораго написан портрет или сдѣлан бюст, и его наслѣдникам (692-52), опубликованные технические планы, чертежи и рисунки, если они снабжены оговоркой о сохраненіи авторскаго права, при чем пріобрѣвшій указанные планы вправѣ производить по ним постройку, но не вправѣ передавать их другим без согласія автора (695—52).

4. Фотографическія и подобныя им произведенія; для признанія за фотографом авторскаго права требуется обозначеніе на каждом экземплярѣ фирмы или имени фотографа, его мѣста жительства и года выпуска в свѣт произведенія

[1]) Частныя письма и дневники, имѣющіе литературное значеніе, подчиняются общим правилам авторскаго права, частныя же письма, имѣющія интимное содержаніе, могут быть опубликованы лишь с обоюднаго согласія автора и адресата или их наслѣдников (695—1, 28, 29).

(695—60), на портреты и др. произведенія фотографіи, исполняемыя по заказу, авторское право имѣет заказчик (695-59). К числу фотографических и им подобных произведеній, являющихся объектом авторскаго права, надлежит отнести и кинематографическія произведенія, ибо послѣднія с технической стороны представляют фотографическія съемки на кинематографических лентах, а со стороны содержанія кинематографія представляет творческую дѣятельность в значительно большей степени, нежели фотографія.

*Виды и содержаніе авторских прав.* —Авторскія права дѣлятся на двѣ группы: права личныя и права имущественныя

Личныя авторскія права.— Сюда относятся:

1) Право на авторство, состоящее в правѣ запрещать кому бы то ни было выдавать произведенія автора в цѣлом или в части за свои (695-19) или за произведенія другого (695-70) или приписывать автору, не принадлежащее ему. произведеніе (695-3); авторское право не может быть предметом взысканія без его согласія или согласія наслѣдников (695—10);

2) Право на сохраненіе анонима или псевдонима (695-70);

3) Право опубликованія не появившагося в свѣт произведенія (695—27, 68);

4) Право на передѣлку и уничтоженіе произведенія.

Имущественныя права автора:

1) Право автора на опубликованіе, воспроизведеніе и распространеніе своего произведенія.

2) Право автора на публичное исполненіе драматических и музыкальных произведеній.

3) Право на отчужденіе произведенія и на уступку изданія.

Отчужденіе произведенія не переносит на пріобрѣтателя авторскаго права (695—51). Не считается нарушеніем авторскаго права пользованіе чужим произведеніем для созданія новаго, существенно отличающагося от него и снятіе копіи для личнаго пользованія, приведеніе в изданіяхъ с ученой или учебной цѣлью, снятіе копій с худож. произведеній, находящихся в музеях, на улицах, помѣщеніе на публич. выставкѣ (695—3, 43, 56, 62, 54) и т. п.

*Издательскій договор.* —Издательскій договор есть договор между автором произведенія и издателем об уступкѣ первым послѣднему права на одно или нѣсколько изданій своего произведенія, при чем издатель для огражденія своих прав по договору и в границах, установленных законом, пользуется авторским правом (695, 65—75) [1].



Переуступка издательскаго договора без согласія автора не допускается. Издатель, если не установлено срока на изданіе произведенія, обязан издать его в 3-х лѣтній срок со дня заключенія договора или передачи произведенія. При отсутствіи соглашенія издатель имѣет право на изданіе 1200 экз., нот—200 экз. Издатель обязан принять всѣ обычныя мѣры к распространенію изданія (695—67, 70).

Автор может предпринять новое изданіе: 1) по распродажѣ уступленнаго, 2) выкупив от издателя нераспроданные экземпляры, 3) по истеченіи 5 лѣт со времени выхода в свѣт изданія (или столько пятилѣтій, сколько уступлено изданій), 4) если произведеніе настолько переработано, что может быть разсматриваемо, как новое. Автор может напечатать уступленное произведеніе в полном собраніи своих сочиненій по истеченіи 3-х лѣт со дня его уступки, и художественных и музыкальных произведеній—10 лѣт (695-71, 72, 73).

Уступка права на изданіе литературнаго произведенія не заключает в себѣ уступки права на перевод, на передѣлку повѣствовательнаго произведенія в драматическую форму и наоборот; уступка права на изданіе драматическаго и музыкальнаго произведенія не заключает права на публичное исполненіе и на переложеніе музык. произведенія на инструменты, воспроизводящіе его механически (695—73, 74).

Автор может прекратить договор при наличности уважительных обстоятельств, вынуждающих его отказаться от опубликованія произведенія (695—68).

*Прекращеніе авторских прав.* — Авторскія права прекращаются: 1) смертью автора без наслѣдников, 2) истеченіем установленных сроков, 3) отреченіем.

Смерть автора, не оставившаго наслѣдников по закону или завѣщанію, прекращает авторское право и открывает для всѣх и каждаго возможность использовать произведеніе.

Авторское право на литературныя, музыкальныя произведенія принадлежит автору втеченіе его жизни и наслѣдникам втеченіе 50 лѣт со дня его смерти, хотя бы произведеніе было опубликовано (издано) послѣ смерти автора или послѣдняго из авторов (695—11, 12) или со дня выхода, если вышло от имени анонима, псевдонима или представляет изданіе произведеній народнаго творчества (695—13).

[1]) Послѣдняго нельзя одобрить.

Авторское право издателей газет, журналов и др. повременных изданій, словарей, альмонахов и т п. принадлежит им втеченіе 25 лѣт со дня выхода в свѣт [695—14]. Авторское право на фотографическія произведенія принадлежит фотографу втеченіе 10 лѣт со времени появленія в свѣт произведенія; втеченіе 25 лѣт, если фотограф. произведенія изданы в видѣ сборников или серій, представляющих самостоятельный художественный, историческій или научный интересъ; втеченіе 50 лѣт, если фоторграф. произведеніе является составной частью литературнаго произведенія [695—61]. Авторское право на перевод принадлежит автору или его наслѣдникам втеченіе 10 лѣт со дня изданія подлинника под условіем появленія перевода втеченіе 5 лѣт (695—33).

Отказ автора от пользованія авторским правом является основаніем прекращенія авторскаго права, напр. отказ Л. Н. Толстого от авторскаго права на часть своих произведеній.

Наше законодательство не дѣлает различія между прекращеніем имущественных и личных прав автора, оно говорит об авторских правах вообще. На этом основаніи нѣкоторые ученые полагают, что с прекращеніем авторских прав прекращаются и личныя права автора (Симолин). Однако, другіе ученые находят, что истеченіе срока не прекращает личных прав автора, напр. доброе имя, память автора не могут быть оставлены без охраны (Синайскій). Нам думается, что сохраняются лишь тѣ личныя права, которыя относятся к числу индивидуальных прав вообще—право на имя, на добрую репутацію и т. п., но прекращаются спеціальныя личныя права автора.

*Защита авторских прав.*—Охрана авторскаго права установлена в порядкѣ гражданском и в порядкѣ уголовном.

К первому относится: денежное взысканіе за причиненный ущерб и уничтоженіе или отобраніе орудій изготовленія и изготовленных экземпляров произведенія.—Лицо, умышленно или по неосторожности нарушившее права автора, обязано вознаградить потерпѣвшаго за весь причиненный убыток, а лицо, дѣйствовавшее добросовѣстно и нарушившее авторское право по извинительной ошибкѣ, отвѣчает не выше полученной им прибыли. Размѣр вознагражденія устанавливается судом „по соображеніи всѣх обстоятельств дѣла по справедливому усмотрѣнію". Право на такой иск погашается истеченіем 5 лѣтняго срока давности со времени нарушенія авторскаго права (695—21, 22, 23, 25). В случаѣ противозаконнаго изданія изданные экземпляры и спеціально для сего изданія послужившія орудія [камни, доски, шрифты] отдаются в возмещеніе убытков или уничтожаются (696—24) [1]).



Изслѣдователи вопроса, бар. Симолин, Бѣляцкин и др. правильно отмѣчают, что наше законодательство, удовлетворительно ограждая имущественные интересы авторов, плохо ограждает их личныя права, а равно права и интересы общества.

### 2. *Промышленныя права.*

Промышленныя права есть *права на техническія изобрѣтенія в области промышленности и торговли.* Эти права носят тот же характер, что и авторскія права. Они имѣют своим объектом техническія идеи и их воплощеніе—изобрѣтенія и усовершенствованія в сферѣ промышленности и торговли. К этой группѣ относятся: патентное право, право на фабричные рисунки и модели, право на товарный знак.

*Патентное право.*—Патентное право есть *право на исключительное пользованіе новым техническим изобрѣтеніем в области промышленности* (право на изобрѣтеніе).

Право на изобрѣтеніе осуществляется в двух видах: 1) изобрѣтеніе новых благ или новых способов производства благ и 2) усовершенствованіе старых извѣстных способов производства.

Изобрѣтеніе должно носить матеріальный характер, представлять выгоду для промышленности или торговли, на изобрѣтенія теоретическія патентное право не распространяется. Изобрѣтеніе должно носить характер новшества, т. е. не находиться в общем свободном пользованіи. Изобрѣтатель, получившій патент, имѣет исключительное право на использованіе своего изобрѣтенія.

Патентное право в отличіе от авторскаго возникает не одновременно с выраженіем во внѣ результата духовнаго творчества, а по выполненіи нѣкоторых формальностей. Изобрѣтатель должен подать в министерство тор. и промышл. прошеніе о выдачѣ ему патента на изобрѣтеніе с подробным описаніем изобрѣтенія и с приложеніем необходимых рисунков и моделей. Просителю выдается т. наз. охранительное

[1]) Относительно уголовной отвѣтственности, см. 630 и 522 ст. Угол. Ул.

свидѣтельство, в котором указывается день и даже час заявленія ходатайства, о чем и публикуется (за исключеніем изобрѣтеній, подлежащих сохраненію в тайнѣ). Выдачей охранит. свидѣтельства фиксируется право на изобрѣтеніе, право исключительнаго пользованія. Далѣе Комитет по техническим дѣлам разсматривает прошеніе и удостовѣрившись, что просимая привилегія на изобрѣтеніе никому не выдана и нѣт законных препятствій к ея выдачѣ—выдает патент на привилегію.—Препятствіями к выдачѣ патента служат: отсутствіе существенной новизны в изобрѣтеніи или усовершенствованіи, противорѣчіе общественному порядку и нравственности, извѣстность изобрѣтенія за границей, отсутствіе значенія для промышленности; кромѣ того, не выдаются патенты на химическія, пищевыя и вкусовыя вещества и на составныя лекарства (ст. 71 и сл. Уст. о Пром.).

Получившій патент обязан втеченіе 5 лѣт привести в дѣйствіе свое изобрѣтеніе. Изобрѣтатель, получившій патент на привилегію, вправѣ отчуждать свое право (а не только пользованіе изобрѣтеніем) возмездно и безмездно, передавать его в порядкѣ наслѣдованія по закону или завѣщанію.

Прекращается патентное право: 1) истеченіем срока, на который выдана привилегія и который не может быть выше 15 лѣт, а если привилегія получена за границей, то на срок этой привилегіи, 2) если привилегія не приведена в исполненіе втеченіе 5 лѣт со времени выдачи, 3) если привилегія не может быть приведена в дѣйствіе без помощи изобрѣтателя в силу недостаточности ея описанія, 4) если не внесена пошлина за год вперед, 5) в случаѣ принудительнаго отчужденія привилегіи (87, 91, 96, 101, 105 Уст. Пром.).

Правильность выдачи патента может быть оспорена в судебном порядкѣ втеченіе 2-х лѣт со дня публикаціи (98).

*Право на фабричные рисунки и модели.*—Право на фабричные рисунки есть *право на исключительное пользованіе рисунками и моделями, предназначенными для воспроизведенія в заводских фабричных или ремесленных издѣліях.*

Субъектом этого права является: 1) изобрѣтатель, 2) фабрикант в том случаѣ, когда изобрѣтеніе произведено его рабочими или служащими, нанятыми спеціально для изготовленія рисунков и моделей (по договору найма).

Рисунки и модели должны быть заявлены в Отдѣл промышленности или Московское отдѣленіе Совѣта Торговли и



Мануфактур. Они заносятся здѣсь в особую книгу, куда вносятся и заявленія о их переходѣ. Это занесеніе дает право на исключительное использованіе рисунков и моделей в интересах управомоченнаго, право их отчужденія другим лицам с доведеніем до свѣдѣнія министерства.

Право на рисунки и модели прекращается с истеченіем срока, на который оно предоставлено (от 1 г. до 10 лѣт), опровержением правильности предоставленія даннаго права (ст. 147 и сл. Уст. Пром).

*Право на товарный знак.*—Право на товарный знак есть *право исключительнаго использованія в интересах управомоченнаго знака, которым отличаются товары даннаго лица от однородных товаров других лиц.*

Товарный знак накладывается на товар или производителем при выработкѣ товара или купцом при перепродажѣ товара. Для пользованія товарным знаком заявка не обязательна, но желающій воспользоваться охраною товарнаго знака может заявить его министерству торг. и пром., которое производит регистрацію тов. знаков по удостовѣреніи в их новизнѣ и соотвѣтствіи требованіям закона. Просителю выдается свидѣтельство сроком от 1 г. до 10 лѣт.

Содержаніе права заключается в исключительном пользованіи товарным знаком путем выставленія его на товарах, укупоркѣ, в объявленіях и т. д. Допускается отчужденіе права на товарный знак при отчужденіи или отдачѣ в аренду предпріятія с сохраненіем фирмы.

Право на товарный знак прекращается с прекращеніем предпріятія, с невозобновленіем свидѣтельства и вслѣдствіе несообщенія министерству о передачѣ права другому лицу.

Нѣкоторые ученые относят к правам промышленным и право на фирму, т. е. право производства и сбыта товаров от имени такого то предпріятія (фирмы). Но это право правильнѣе отнести к индивидуальным правам [1]).

[1]) См. вып. I, стр. 17—18.

# ОГЛАВЛЕНІЕ.

## ВЕЩНЫЯ ПРАВА.

*Страница*


Гл. I. **Понятіе вещнаго права, виды и укрѣпленіе вещных прав** . . 3—16

Понятіе вещнаго права, виды вещных прав, дуализм вещных прав, укрѣпленіе или регистрація вещных прав на недвижимости—ипотечная система и ея принципы, романская система записей вещных прав, система Торренса, крѣпостная система и нотаріат.

Гл. II. **Владѣніе** . . . . . 16—27

Понятіе и юридическая природа владѣнія. Основаніе защиты владѣнія—теоріи. Виды владѣнія. Пріобрѣтеніе и потеря владѣнія, защита владѣнія.

Гл. III. **Право собственности** . . . . . 27—59

Понятіе и содержаніе права собственности; право собственности на недвижимость. Ограниченія права собственности—права участія общаго, другія ограниченія в обществ. интересах, права участія частнаго, законныя запрещенія. Виды права собственности. Способы пріобрѣтенія права собственности—первоначальные и производные. Завладѣніе, находка, открытіе клада, пріобрѣтеніе плодов, приращеніе, смѣшеніе, переработка, давность владѣнія. Соглашеніе и передача, пріобрѣтеніе движимости от несобственника. Прекращеніе права собственности. Защита права собственности.

Гл. VI. **Ограниченныя вещныя права.** . . . . . 59—68

Право безсрочнаго содержанія казенныхъ оброчных статей и городских земель. Чиншевое право. Поссессіонное право. Сервитуты—реальные и личные. Право застройки. Вотчинныя повинности.


*Стран.*

## ПРАВА ПРИСВОЕНІЯ.


Гл. V. Понятіе и виды прав присвоенія.—Залоговое право. Понятіе, основныя черты развитія и современное состояніе. Виды залоговаго права. Залог. право на недвижимость—сбезпечительная ипотека, оборотная ипотека, вотчинный долг, ипотека и вотчинный долг собственника. Залог. право на движимость—ручной заклад, заклад движимости без передачи владѣнія, ипотека движимости, фидуціарный заклад. Залог прав. Залоговое право по кодексу РСФСР. 69—90

Право разработки ископаемых. Право преимущественной покупки. Право рыбной ловли. Право охоты. Право выкупа имущества.


## ПРАВА НА ПРОДУКТЫ ДУХОВНАГО ТВОРЧЕСТВА.


Гл. VI. Понятіе прав на продукты духовнаго творчества. Авторскія права. Возникновеніе авторских прав. Субъекты а. пр. Объект а. пр. Виды и содержаніе авторских прав. Издательскій договор. Прекращеніе а. пр. Защита авторских прав. 91—101

Промышленныя права.—Патентное право. Право на фабричные рисунки и модели. Право на товарный знак.

# ОПЕЧАТКИ*).

Стран. 8, строка 25 — напечатано: „вотчинныя обременія“ (Grund dienstbarkeiten) надлежит: «вотчинныя *обремененія*» (Grunddienstbarkeiten).

Стр. 8, строка 28 — напечатано: „вотчинной“ надлежит: „*вотчинный*“.

Стр. 11, примѣч. — напечатано: «называется», надлежит: „*назывался*“.

Стр. 20, строка 31—32 — напечатано: „основаніе владѣнія“ надлежит: „основаніе *защиты* владѣнія“.

Стр. 44, строка 15 — напечатано: „по общему правилу их“, надлежит: „по общему правилу“.

Стр. 46, строка 3 — напечатано: «оригинальные», надлежит: „*оригинарные*“.

Стр. 46, строка 20 — напечатано: „неимѣющія“, надлежит: „*неимѣвшія*“.

Стр. 57, строка 26 — напечатано: «возвращенія», надлежит: «возвращеніе».

Стр. 60, строка 22 — напечатано: «витія», надлежит: „*развитія*“.

Стр. 66, строка 31 — напечатано: „ему принадлежат“, надлежит: „ему принадлежит“.

Стр. 67, строка 24 — напечатано: „2)“, надлежит: „г)“.

Стр. 67, строка 27 — напечатано: „3)“, надлежит: „з)“.

Стр. 71, строка 13 — напечатано: „кредита“, надлежит: „*кредитора*“.

Стр. 73, послѣдняя строка — напечатано: „не получили“, надлежит: «*не получали*».

Стр. 75, строка 21 — напечатано: «тольке», надлежит: «*только*».

Стр. 87, строка 14 — напечатано: «на чужой», надлежит: «*в чужой*»

*) Прошу г.г. студентов прежде, чѣм пользоваться книгой, исправить замѣченныя опечатки.

*Для слушателей автора.*

**В. А. РЯЗАНОВСКІЙ,**

магистр гражданскаго права, профессор юридическаго факультета в г. Харбинѣ.

# ЛЕКЦІИ ПО ГРАЖДАНСКОМУ ПРАВУ.

**Выпуск IV.**

## Права обязательственныя.

**ХАРБИН.**
Типографія Китайской Восточной желѣзной дороги.
**1924.**

Государственная
БИБЛИОТЕКА
СССР
им. В. И. Ленина
73814-52

# ОГЛАВЛЕНІЕ.

*Стр.*

**Гл. I.—Понятіе, содержаніе и виды обязательств** ..... 3— 22
Понятіе обязательства, содержаніе об-ва, моральный интерес в обязательствѣ, ограниченія свободы обязательственных отношеній.—Субъекты обязательственных отношеній и виды обязательств по участію субъектов—долевыя обязательства, солидарныя об-ва и обязательства с круговой порукою. Объект обязательства и виды обязательств по объекту—простыя, видовыя и родовыя обязательства, альтернативныя обязательства, факультативныя об-ва, дѣлимыя и недѣлимыя об-ва; натуральныя обязательства.

**Гл. II.—Основанія возникновенія обязательств**..... 22— 48
Обязательства, возникающія из юридических сдѣлок. Договор—понятіе, заключеніе, форма, толкованіе договоров; виды: односторонніе и двусторонніе договоры, синаллагматическіе договоры, конкретные и абстрактные договоры; возмездные и безмездные договоры; главные и дополнительные, предварительные и основные договоры. Одностороннее волеизъявленіе—публичное и частное обѣщаніе, бумаги на предъявителя. Обязательства, возникающія из причиненія вреда (путем гражданскаго правонарушенія и без такового)—принцип вины и гражд. правонарушеніе, принцип причиненія, идея профессіональнаго риска, принцип конкретной справедливости, разложеніе вреда, смѣшанная вина; причинная связь; постановленія иностранных законодательств, русское право—общія начала отвѣтственности за вред, отвѣтственность за чужія дѣйствія, отвѣтственность по принципу причиненія, отвѣтственность за вред по кодексу Р.С.Ф.С.Р. Обязательства из неправомѣрнаго обогащенія. Обязательства, возникающія в силу оказанія помощи.

**Гл. III.—Измѣненіе, исполненіе и прекращеніе обязательств**... 48— 56
Измѣненіе обязательств. Измѣненіе субъектов обязательственнаго отношенія. Цессія—ея возникновеніе, субъекты и объект цессіи, отношенія субъектов; суброгація; делегація—ея виды. Исполненіе по обязательству. Надлежащія лица, время (отсрочка, просрочка), мѣсто и надлежащій образ исполненія обязательства, суррогаты исполненія, очистка. Прекращеніе обязательств; виды—в частности, новація и зачет.

**Гл. IV.—Классификація договоров и обезпечительные договоры** 57— 63
Классификація договоров. Обезпечительные договоры. Задаток. Тройное значеніе задатка. Постановленія нашего законодательства. Неустойка. Двоякое значеніе неустойки. Виды неустойки. Поручительство. Поручительство простое и срочное.

*Стр.*

**Гл. V.—Особенные договоры** ..... 63— 72

Договоры посредством присоединенія (par adhesion)—понятіе. Юридическая природа—теоріи. Договоры тарифные, или коллективные. Правила внутренняго распорядка предпріятія. Концессіонные договоры; элементы; юридическая природа—теоріи; наше право. Договоры в пользу 3-х лиц. Моментъ возникновенія права третьяго лица. Юридическая природа. Наше законодательство.

**V.—Типичные договоры** ..... 72—108

I. Запродажа, ея элементы, отличія от другихъ договоровъ. Купля-продажа—принадлежности; форма, права и обязанности сторонъ. Поставка, элементы. Мѣна. Дареніе, принадлежности, возвратъ дара, пожертвованіе и пожалованіе. Заемъ, элементы, форма, проценты; счета; абстрактный договоръ о долгѣ. II. Ссуда. Имущественный наемъ, элементы, форма, права и обязанности сторонъ; поднаемъ. III. Личный наемъ, элементы; трудовой договоръ. Подрядъ и заказъ. Порученіе и довѣренность. Порученіе—отличіе порученія отъ личнаго найма, отъ довѣренности. Довѣренность, виды, права и обязанности сторонъ. IV. Поклажа, элементы, форма; поклажа в гостиницахъ; храненіе в сейфахъ; вклады на храненіе. Страхованіе имущества, элементы, двойное страхованіе, форма, права и обязанности сторонъ; взаимное страхованіе имуществъ; страхованіе лицъ, виды, права и обязанности сторонъ, тенденціи современнаго права в развитіи страхованія жизни, резервъ премій; законъ 23 іюня 1912 г. Товарищество, виды, постановленія русскаго законодательства.

# ОБЩІЯ УЧЕНІЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННАГО ПРАВА.

## I. Понятіе, содержаніе и виды обязательств.

*Понятіе обязательства.*—Обязательство есть правоотношеніе, в силу котораго одна сторона (вѣритель, кредитор) имѣет право требовать от другой исполненія какого-либо дѣйствія или воздержанія от дѣйствія, т.-е. опредѣленнаго поведенія, а другая сторона (должник, дебитор) обязана исполнить это дѣйствіе или воздержаться от дѣйствія. Право одного лица требовать от другого исполненія какого-либо дѣйствія или воздержанія от дѣйствія, которое обязан исполнить или от котораго обязан воздержаться другой, называется обязательственным правом. Таким образом, обязательственное право дает господство над дѣйствіями (точнѣе—поведеніем) другого лица.

Обязательственное право есть право относительное: оно дѣйствует в отношеніи лишь опредѣленнаго лица или лиц (должников), на коих и возлагает обязанность (дѣйствія или воздержанія). Оно представляет отношеніе между сторонами по поводу поведенія (дѣйствія или воздержанія) должника. Оно не дает непосредственнаго господства ни над личностью должника, ни над вещью.

*Содержаніе обязательства.*—Первоначально обязательственныя отношенія носили строго-личный характер, связывали только вступивших в них лиц, создавали между ними чисто-личную связь и влекли личную отвѣтственность должника. Обязанный отвѣчал за исполненіе своею личностью, как по обязательствам, возникающим из правонарушенія, так даже и по обязательствам, возникающим из договоров (ср. древне-римское nexum, поручительство-заложничество древне-германскаго права, закладничество древняго русскаго права и др.), — что при неисполненіи имѣло послѣдствіем право на жизнь и смерть обязаннаго, продажу его в рабство, обращеніе в кабалу, позднѣе—заключеніе в тюрьму. Различія между уголовным и гражданским правонарушеніем не существовало: была отвѣтствен-

ность (Haftung), но не долг (Shuld). Однако, постепенно с развитіем общественных отношеній выдѣляется уголовное преступленіе и гражданское правонарушеніе, а с развитіем прав личности и личной свободы личная отвѣтственность в гражданских (обязательственных) отношеніях замѣняется отвѣтственностью имущественной. В современном гражданском правѣ эта имущественная отвѣтственность приняла общій характер и настолько укоренилась, что денежное возмѣщеніе понесенных вѣрителем убытков признается общим эквивалентом гражданской отвѣтственности. И это положеніе многими современными учеными разсматривается как непреложное: имущественная, именно денежная отвѣтственность, взысканіе убытков считается единственно допустимой санкціей обязательственных отношеній. Однако, подобный взгляд представляет сильное преувеличеніе роли имущественнаго элемента в обязательственных отношеніях, присвоеніе одному виду санкціи всеобщаго значенія,—что не правильно. Возможны обязательственныя отношенія строго-личнаго характера, неисполненіе коих не может быть покрыто имущественным эквивалентом, возможны обязательственныя отношенія, лишенныя санкціи взысканія, напримѣр, натуральныя обязательства, возможны обязательственныя отношенія, неисполненіе по коим может быть исправлено фактическим исполненіем при помощи судебной власти, напримѣр, принудительной передачей условленной вещи в натурѣ (ср. 1513 ст. X ч. I, 120 ст. кодекса Р. С. Ф. С. Р.). Прав в этом отношеніи І. А. Покровскій, который указывает, что "теоретически наиболѣе идеальным средством было бы такое, которое доставляло бы кредитору именно то, что составляет содержаніе обязательства, и там, гдѣ это технически возможно ...праву нѣт никаких основаній отказываться от исполненія in natura" *). Таким образом, послѣдствіем обязательственных отношеній должно быть исполненіе того, что обязался исполнить должник. При неисполненіи кредитору должно быть предоставлено право требовать исполненія в видѣ реальнаго удовлетворенія по содержанію обязательства, когда же послѣднее невозможно или кредитор, по истеченіи срока, не желает им воспользоваться, возникает право на денежное возмѣщеніе.

Содержаніе обязательства должно представлять интерес для лица управомочнаго, при отсутствіи такового

*) Основныя проблемы гражд. права, стр. 205. Ср. Колер. Гражд. право Германіи, стр. 212—213.



обязательство не дѣйствительно, ибо в основаніи юридических отношеній не может лежать прихоть или желаніе вредить *). Интерес управомоченнаго должен быть юридическим, т.-е. признаваемым правом в качествѣ основанія возникновенія обязательства. Напр., заем по игрѣ и для игры запрещен нашим правом (2014 ст. т. X ч. I), слѣдовательно, обязательство уплатить карточный долг является обязательством бытовым, но не юридическим и не может найти защиты у суда. Или, напримѣр, сосѣд предоставил мнѣ право пасти мое стадо на его лугу, но этот луг посѣщается и стадами других сосѣдей. У меня есть экономическій интерес к устраненію пользованія лугом со стороны других сосѣдей, но нѣт юридическаго, т.-е. защищаемаго правом интереса к устраненію этих сосѣдей, пока я не заключу с хозяином луга соглашенія об исключительном пользованіи послѣдним.

Современная доктрина при неосуществленіи обязательств различает положительный и отрицательный интерес.

Положительный интерес представляет собою ущерб, причиненный кредитору неисполненіем обязательства. Если предметом обязательства является уплата денежной суммы,—положительный интерес кредитора заключается в полученіи этой суммы с надлежащими процентами за истекшее время, слѣдовательно, здѣсь денежное взысканіе представляет эквивалент, дѣйствительное возмѣщеніе понесеннаго ущерба. Если же предметом обязательства являются какія-либо другія дѣйствія должника, в частности передача имущества, то денежное возмѣщеніе есть лишь суррогат исполненія, компенсація ущерба, удовлетвореніе.

Положительный интерес может выражаться в двух формах: фактически понесеннаго ущерба (damnum emergens) и потерянной выгоды (lucrum cessans). Напримѣр, Ивановъ дал Петрову заимообразно сто рублей, и послѣдній в срок не уплатил долга. Здѣсь мы имѣемъ случай фактически понесеннаго Ивановым ущерба. Другой примѣр: Петров обязался доставить Иванову сто бревен цѣною по 10 руб. за бревно и получил в задаток от Иванова 300 руб. и бревен не доставил. Иванов послѣ заключенія указанной сдѣлки с Петровым за продал эти бревна Смирнову по 12 рублей бревно. Вслѣдствіе неисполненія первой сдѣлки не могла быть

*) Напримѣр, обязательство автора перед издателем не издавать вторым изданіем сочиненія в теченіе 3-х лѣт, если первое изданіе через 1 год разошлось.

исполнена и вторая. Иванов потерял 300 рублей задатка —дѣйствительно понесенный ущерб и лишился 200 руб. прибыли, которую он получил бы от второй сдѣлки—потерянная (возможная) выгода. Современное право допускает возмѣщеніе как дѣйствительнаго ущерба, так и потерянной (возможной) выгоды. (Ср. 83/8, 84/2, кодекс Р. С. Ф. С. Р., ст. 117).

Отрицательный интерес представляет собою ущерб, вызванный заключеніем сдѣлки, впослѣдствіи несостоявшейся (а не ея неисполненіем). Сюда относятся, главным образом, тѣ случаи, когда заключена сдѣлка, которая не могла быть заключена или которая не может подлежать исполненію. Так, по герм. гр. ул. заключеніе несерьезной сдѣлки, оспоримой по причинѣ ошибки или неправильной передачи, сдѣлки, заключенной представителем без полномочія, добросовѣстно не знавшим об отсутствіи полномочія, сдѣлки, невозможной к исполненію (§§ 118 — 122, 179, 307),—дает сторонѣ, потерпѣвшей от признанія сдѣлки недѣйствительной, право на взысканіе отрицательнаго интереса, т.-е. тѣх убытков, которые возникли для него вслѣдствіе увѣренности, что сдѣлка заключена и подлежит исполненію. Напримѣр, домовладѣлец сдал квартиру в своем домѣ, но когда новый квартирант привез свои вещи, квартира оказалась ранѣе сданной управляющим другому лицу, которое уже и поселилось в ней. Сдѣлка заключена хозяином дома по ошибкѣ и недѣйствительна, но квартирант имѣет право на возмѣщеніе тѣх затрат, которыя он понес от этого (оставленіе старой квартиры, переѣзд на новую и др.).

Общее правило при возмѣщеніи отрицательнаго интереса заключается в том, что отрицательный интерес не должен превышать положительнаго, т.-е. ущерб от заключенія недѣйствительной сдѣлки не может превышать ущерба от той же сдѣлки, если бы она была дѣйствительной, но не была исполнена дебитором.

Содержаніе обязательства носит только имущественный характер или может включать и *неимущественный интерес?*

Мы в общих чертах уже касались этого вопроса *). Он представляется спорным в теоріи и не одинаково разрѣшается на практикѣ.

Одни ученые признают только имущественный интерес в обязательствѣ и не допускают защиты неимущественнаго, моральнаго интереса (Савиньи, Дернбург, Бодри-Лакантинери, Даллоз, Петражицкій, Шершеневич, Трепицын и мн. др.), другіе ученые признают, что содержаніе обязательства может носить и нематеріальный характер (Гирке, Еннекцерус, Планіоль, Салейль, у нас Лапицкій, Бѣляцкин).

*) См. вып. I, стр. 20—22.



Противники удовлетворенія моральнаго вреда указывают, что признаніе обязательств с неимущественным интересом противорѣчит природѣ обязательственных отношеній, которыя заключаются в правѣ одного лица на дѣйствіе или воздержаніе другого с принудительным осуществленіем интереса при неисполненіи из имущества лица обязаннаго. По общему правилу должника нельзя принудить к исполненію обязанности, но можно потребовать возмѣщенія возникшаго от неисполненія матеріальнаго ущерба. При обязательствах с неимущественным интересом отсутствует принудительная санкція: нельзя заставить исполнить и нельзя взыскать матеріальный ущерб, ибо такового не возникло,—что и лишает подобныя соглашенія характера юридических обязательств и превращает их в простыя, лишенныя санкціи обѣщанія. Возмѣщеніе же морального вреда путем матеріальной компенсаціи невозможно в виду неоднородности вреда и эквивалента и их несоизмѣримости. Несоизмѣримость же вреда и эквивалента приводит к невозможности установить соотвѣтствіе между причиненным вредом и эквивалентом, опредѣлить сколько-нибудь точно размѣр послѣдняго (в денежной суммѣ). Приходится предоставить разрѣшеніе этого вопроса усмотрѣнію суда, что ведет к произволу судей в опредѣленіи размѣра возмѣщенія и к несправедливости. По мнѣнію нѣкоторых ученых, возмѣщеніе неимущественнаго вреда есть не что иное, как гражданскій штраф в его худшем видѣ: poena sine lege. Наконец, нѣкоторые указывают и на безнравственный характер самаго института возмѣщенія морального вреда, который приводит к матеріальной оцѣнкѣ неоцѣнимых на деньги моральных благ личности, к торговлѣ послѣдними.

Однако, приведенныя соображенія не представляются нам достаточно серьезными, чтобы отвергнуть институт удовлетворенія моральнаго вреда.

Развитіе культуры создает не только матеріальныя, но и идеальныя цѣнности, значеніе которых в современном обществѣ все увеличивается и современное обязательство может быть направлено на удовлетвореніе не только матеріальных, но и идеальных потребностей. Человѣк обла-

дает идеальными благами, которыя для него нерѣдко дороже матеріальных: здоровье, свобода, честь, доброе имя, интимная сфера личности и т. д.,—всѣ они при нарушеніи требуют охраны не только в уголовном, но и в гражданском порядкѣ. Справедливость требует, чтобы ущерб, причиненный неисполненіем обязательства с неимущественным интересом или нанесенный идеальным благам человѣка путем гражданскаго правонарушенія, был возмѣщен. Справедливость не в том, чтобы нарушеніе моральных благ осталось без удовлетворенія, а, конечно, в том, чтобы по всякому ущербу, в том числѣ и моральному, удовлетвореніе было дано. Слѣдовательно, если мы не даем удовлетворенія моральнаго вреда, мы поступаем несправедливо вообще и в частности по отношенію к потерпѣвшему, если же мы даем удовлетвореніе, мы рискуем впасть в несоотвѣтствіе удовлетворенія с размѣром вреда и поэтому иногда причинить несправедливость нанесшему вред. Но первая несправедливость носит принципіальный характер, вторая—лишь относительный, конкретный. Поэтому мы предпочитаем избѣжать первой с риском впасть во вторую: пусть лучше пострадает виновный вредитель, нежели невинный потерпѣвшій, и признаем моральный вред подлежащим удовлетворенію в возможных для настоящаго времени матеріальных формах.

Неоднородность моральнаго вреда и матеріальнаго эквивалента дѣйствительно существует и установить полное соотвѣтствіе между ними, полное возмѣщеніе едва ли возможно. Однако, матеріальное удовлетвореніе моральнаго вреда 1) имѣет предупреждающее значеніе: оно заставляет уважать, болѣе внимательно относиться к идеальным благам человѣка, которыя без такого удовлетворенія остаются без надлежащей охраны; 2) необходимо помнить, что в данном случаѣ мы имѣем не *возмѣщеніе* моральнаго вреда, а *удовлетвореніе* за причиненный моральный вред, не эквивалент моральнаго ущерба, а предоставленіе матеріальных благ в качествѣ посильнаго удовлетворенія такого ущерба; матеріальныя средства, деньги, в силу их значенія в современном обществѣ, могут дать нѣкоторое, хотя и не полное и не точное удовлетвореніе, но лучше такое удовлетвореніе, нежели никакого; 3) в современном гражданском оборотѣ вообще нерѣдко трудно добиться точнаго возмѣщенія понесеннаго ущерба, поэтому опредѣленіе его размѣра и предоставляется иногда справедливому усмотрѣнію суда (ср. 706—1 Уст. Гр. Суд., 695—23 т. X ч. I). Таким образом, "произвол" судей



в данном случаѣ будет не больше, чѣм в других, и передача рѣшенія даннаго вопроса на справедливое усмотрѣніе суда не представляет собою новаго явленія; надо замѣтить, что вообще тенденція современной юрисдикціи клонится к усиленію роли суда вообще и в частности в вопросѣ об опредѣленіи возмѣщенія ущерба (ср. так-наз. "каучуковые" параграфы герм. гр. ул., проявленія "конкретной справедливости" в швейц. гр. ул., 706—1 ст. Уг. Гр. Суд. и др.).

Говорить о безнравственности даннаго института невозможно, ибо в основѣ его лежит идея справедливости, а на практикѣ возможное приближеніе к этой идеѣ в доступных для нашего времени формах. И не торговлю идеальными благами человѣка имѣет в виду этот институт, а посильное удовлетвореніе за нарушеніе послѣдних. Конечно, не исключена возможность, что в отдѣльных случаях встрѣчаются и будут встрѣчаться попытки использовать удовлетвореніе моральнаго вреда в цѣлях шиканы, но правильно организованный суд представляет достаточную гарантію против этого явленія.

Необходимо, чтобы в основѣ притязанія истца лежал серьезный моральный интерес, т.-е. чтобы причиненный моральный вред носил глубокій и длительный характер, и чтобы он касался главных моральных благ личности: жизни, здоровья, свободы, чести и нѣкоторых др. Подобные иски носят строго-личный характер: не подлежат передачѣ, аресту, компенсаціи.

Современныя законодательства и судебная практика допускают удовлетвореніе моральнаго вреда. Так, хотя франц. гр. кодекс прямо не указывает на возмѣщеніе моральнаго вреда, а говорит о возмѣщеніи вреда вообще (§§ 1382, 1383 и др.), но французская судебная практика, продолжая старую традицію (Дюмулена, Потье и старых судов), широко допускает возмѣщеніе не только матеріальнаго, но и моральнаго вреда. Всякій нравственный вред от самаго тяжкаго потрясенія до простого неудобства подлежит по французской судебной практикѣ удовлетворенію *). Субъектом взысканія по французской судебной практикѣ могут быть не только физическія, но и юриди-

*) Напримѣр, учитель был присужден в пользу отца за пропаганду антипатріотических идей в школѣ, гдѣ учился его сын; консьерж — за нелестный отзыв жениху о поведеніи его невѣсты; врач, выдавшій умалишенному удостовѣреніе, что причиной его болѣзни является происхожденіе из семьи дегенератов; художник—за отказ выдать портрет заказчику и отправку его на выставку; авіатор Ведрин был присужден в пользу Ру к одному франку штрафа за оскор-

ческія лица, напримѣр, профессіональные союзы взыскивают вознагражденіе в случаѣ нарушенія профессіональной этики.

Также очень широко допускает удовлетвореніе моральнаго вреда англійская судебная практика.

Значительно уже разрѣшает вопрос герм. гражд. уложеніе Оно устанавливает удовлетвореніе моральнаго вреда в случаѣ тѣлеснаго поврежденія или причиненія ущерба в здоровьи, лишенія свободы и нарушенія женской чести, а также допускает принимать во вниманіе моральный интерес при пониженіи договорной неустойки (§§ 847,343).

Швейцарское гражд. уложеніе допускает удовлетвореніе моральнаго интереса в случаѣ причиненія тяжкаго неимущественнаго вреда в широкой сферѣ личных отношеній (§ 49 обяз. пр., ср. § 28 улож.).

Что касается нашего законодательства, то оно не содержит прямых указаній на признаніе моральнаго интереса вообще и допускает удовлетвореніе послѣдняго только в нѣсколькихъ конкретных случаях.

Хотя в нашем законодательствѣ нѣт запрещенія удовлетворять моральный вред и ст. 574 т. X ч. I подобно 1382 ст. франц. гр. кодекса говорит, что вознагражденію подлежит всякій ущерб в имуществѣ и причиненные кому-либо *„вред и убытки“*, что в качествѣ источника этой статьи указаны, между прочим, и воинскіе артикулы Петра Великаго (арт. 147), говорящіе о сатисфакціи по оскорбленію чести, т.-е. об удовлетвореніи моральнаго вреда, а ст. 693 говорит об удовлетвореніи „в случаѣ *обид*, ущерба и убытков“, — наша судебная практика во главѣ с Сенатом рѣшительно отвергала удовлетвореніе моральнаго интереса (кромѣ положительно разрѣшенных законом случаев). Не измѣнился взгляд судебной практики и с введеніем в 1912 г. в Устав Гр. Суд. 706[1] ст., разрѣшающей суду в случаѣ невозможности установленія размѣра иска “по свойству требованія”, назначать вознагражденіе по справедливому усмотрѣнію.

Однако, в нашем законодательствѣ встрѣчаются отдѣльные случаи, гдѣ несомнѣнно признается удовлетвореніе нематеріальнаго интереса.

---

бленіе словами "опозорившій французское знамя“, так как Ру обнаружил нѣкоторыя неблаговидныя качества; отказано шансонетной пѣвицѣ в искѣ к антрепренеру за исполненіе номера, оскорбившаго ея стыдливость, так как суд установил, что она исполняла роли, безнравственность коих не подлежит сомнѣнію, и т. п. (Примѣры взяты из статьи Б. А. Лапицкаго в сборникѣ Госуд. Ярославскаго университета за 1920 г.).



Так, ст. 662 т. X ч. I устанавливает вознагражденіе за неизгладимое на лицѣ обезображеніе дѣвицы или вдовы "приличное по состоянію ея и соразмѣрное с имуществом самого виновнаго" до выхода пострадавшей замуж; согласно 663 ст. подвергшаяся изнасилованію не имѣющая средств дѣвица имѣет право на приличное состоянію содержаніе от обидчика до выхода в замужество; тѣ же послѣдствія наступают, согласно 664 ст., при похищеніи замужней женщины; согласно 666 ст., когда брак признан недѣйствительным, как совершонный по принужденію или обману, виновный обязан доставить бывшей женѣ соразмѣрно со своим состояніем приличныя средства существованія; согласно 678 ст., судьи, постановившіе умышленно или по неосмотрительности и невниманію к дѣлу окончательный приговор, вслѣдствіе котораго понес наказаніе невинный, кромѣ наказанія за сіе, обязаны на свой счет возвратить осужденнаго из ссылки и уплатить понесшему уголовное наказаніе от 100 до 600 руб. и исправительное —от 10 до 60 руб.

Что касается гражд. кодекса Р. С. Ф. С. Р., то и здѣсь мы не находим опредѣленнаго разрѣшенія даннаго вопроса. Ст. 403 кодекса содержит правило: “причинившій вред личности или имуществу другого обязан возмѣстить причиненный вред“. Здѣсь не указано, какой вред подлежит возмѣщенію: только имущественный или также моральный, и от судебной практики будет зависѣть разрѣшеніе даннаго вопроса *).

*Ограниченія свободы обязательственных отношеній.*

Обязательственное право гораздо шире и свободнѣе вещнаго. Современное право разсматривает систему вещных прав как замкнутую, точно установленную положительным правом и не разрѣшает образованія нетипичных, не предусмотрѣнных законом вещных отношеній, между тѣм как относительно обязательственных отношеній оно держится противоположнаго взгляда. В отличіе от римскаго права, признававшаго первоначально лишь опредѣленные типы обязательственных отношеній, возникающіе из договоров и деликтов,—современное право не ограничивается типичными формами и допускает самую широкую свободу за-

---

*) Ст. 142 при уменьшеніи судом размѣра неустойки предлагает послѣднему принимать во вниманіе "не только имущественный, но и всякій иной, заслуживающій уваженія интерес кредитора“, но это— частный случай и упоминаніе о нем скорѣе говорит против общаго примѣненія.

ключенія юридических сдѣлок. Оно ограничивает послѣднюю в двух отношеніях: право не признает юридических сдѣлок, противорѣчащих закону и нравственности, т.-е. сдѣлок, содержаніе коих противорѣчит предписанію или запрещенію закона и требованіям нравственности, добрых нравов, доброй совѣсти *).

Кромѣ того, по господствующей доктринѣ (Эннекцерус, Колер, Дернбург, Бринц, Шершеневич, Синайскій и др.) не признается, считается недѣйствительным обязательство, невозможное к исполненію. Impossibilium nulla est obligatio,—говорили римляне. Они дѣлили невозможность исполненія на три вида: на невозможность физическую (facta natura impossibilia), юридическую (facta jure impossibilia) и нравственную (facta turpia). Это понятіе перешло в современныя законодательства **), судебную практику и доктрину. Господствующая доктрина разсматривает невозможность исполненія как самостоятельное основаніе для признанія обязательства недѣйствительным. "Невозможное — неисполнимо, — говоритъ Дернбург ***): — а потому оно и не может быть предметом обязательства".

Невозможность дѣлится на физическую и юридическую, объективную и субъективную, первоначальную и послѣдующую, случайную и по винѣ должника.

Невозможность является физической, если обусловлена силами природы, напримѣр, у пѣвца пропалъ голос; она является юридической, если вызвана предписаніем закона или обязательным постановленіем, напримѣр, запрещеніем свободной продажи товаров, реквизиціей предмета обязательства.

Невозможность объективная есть невозможность исполненія для всѣх вообще, субъективная — для даннаго лица.

Невозможность первоначальная — такая невозможность исполненія, которая существовала во время возникновенія обязательства, послѣдующая — возникла впослѣдствіи.

Необходимо различать еще невозможность исполненія, наступающую случайно и по винѣ должника.

Кромѣ того, нѣкоторые ученые различают еще невозможность абсолютную и относительную и невозможность экономическую.

*) См. подробнѣе по этому вопросу вып. II, стр. 68 и сл.

**) Ср. § 306 герм. гр. ул.

***) Пандекты, обязат. право, 1911 г., стр. 41.



Невозможность абсолютна, если дѣйствіе, составляющее предмет обязательства, невыполнимо вообще, напримѣръ, обязательство перепрыгнуть Альпы, невозможность относительна, если дѣйствіе исполнимо вообще, но неисполнимо в данном случаѣ, напримѣр, обязательство перелетѣть Альпы (дурная погода, неумѣнье дебитора).

Невозможность экономическая имѣет мѣсто в том случаѣ, если исполненіе обязательства грозит разореніем или тяжелым потрясеніем всего имущественнаго положенія должника, напримѣр, вслѣдствіе вызваннаго войною чрезмѣрнаго вздорожанія средств и орудій производства или предметов исполненія.

По господствующему ученію только объективная невозможность исполненія дѣлает обязательство недѣйствительным и прекращает обязательственное отношеніе, при чем первоначальная объективная невозможность имѣет указанное дѣйствіе безусловно, а послѣдующая лишь в том случаѣ, если она наступила случайно. Если же послѣдующая объективная невозможность наступила по винѣ должника, обязательство сохраняет свою силу (возмѣщеніе ущерба). Субъективная невозможность исполненія (первоначальная и послѣдующая) не вліяет на силу обязательства. Она ведет лишь к необходимости для обязавшагося возмѣстить ущерб (ср. Дернбург, Колер, Крюкман, Шершеневич и др.).

Однако, необходимо отмѣтить, что в современной научной литературѣ не без основанія раздаются голоса против признанія невозможности исполненія особым самостоятельным основаніем недѣйствительности юридической сдѣлки. Это теченіе разсматривает невозможность исполненія как фактическое обстоятельство, которое при извѣстных условіях и прежде всего при отсутствіи вины со стороны должника может повести к освобожденію его от отвѣтственности по обязательству *).

X том знает отдѣльные случаи невозможности исполненія: при запродажѣ, поклажѣ, казенном подрядѣ (ст. 1689, 2106, т. X, 216 полож. каз. подр.), гдѣ препятствіем исполненію является vis major в объективном смыслѣ **).

Кодекс Р. С. Ф. С. Р. освобождает должника от отвѣтственности, если послѣдній докажет, что невозможность исполненія обусловлена обстоятельством, котораго он не мог

*) См. по этому поводу статью г. Генкина в сборникѣ памяти Г. Ф. Шершеневича.

**) Ср. вып. II, стр. 90.

предотвратить (слѣдовательно, допускает и субъективную невозможность исполненія) или создалась по винѣ кредитора (118). Невозможность исполненія не освобождает должника от отвѣтственности, если предмет обязательства опредѣлен родовыми признаками и доставленіе имущества того же рода не стало объективно невозможным или если исполненіе сдѣлалось невозможным по винѣ должника или лиц, коим он поручил исполненіе обязательства (119).

Современное право знает и негативное ограниченіе свободы заключенія юридических сдѣлок, именно договоров, ограниченіе отказа в заключеніи договора, другими словами, допускает *принужденіе к заключенію договора*, так.-наз., Kontrahierungszwang. Общим видом такого принужденія являются сдѣлки с *учрежденіями для публичных услуг*. Учрежденія для публичных услуг есть созданныя с согласія государства учрежденія для удовлетворенія опредѣленных потребностей публики с заранѣе фиксированной платой за услуги. Такія учрежденія не могут отказать публикѣ в своих услугах, они обязаны вступить в договор с каждым обращающимся к ним на заранѣе установленных условіях; сюда относятся: почтовыя учрежденія, жел. дороги, трамваи, предпріятія электрич. освѣщенія, театры и т. п. Спеціальный случай принужденія к заключенію договоров представляли, так-называемые, квартирные законы военнаго времени, принуждавшіе домохозяев к продолженію договоров и нѣк. др.

*Субъекты обязательственнаго отношенія и виды обязательств по участію субъектов.*

Обязательство подразумѣвает наличность двух сторон, т.-е., по крайней мѣрѣ, двух субъектов: один, в интересах котораго должно быть произведено извѣстное дѣйствіе или воздержаніе, и другой—обязанный произвести это дѣйствіе. Первый — активный субъект обязательства, кредитор, вѣритель, второй—пассивный субъект, дебитор, должник. Нерѣдко субъектами обязательства бывают на одной сторонѣ не одно, а нѣсколько лиц: нѣсколько кредиторов при одном должникѣ, нѣсколько должников при одном кредиторѣ или нѣсколько кредиторов и должников в одном обязательствѣ, при чем юридическія отношенія нѣскольких субъектов обязательства могут быть различны. Так, по участію субъекта необходимо различать обязательства долевыя, солидарныя и обязательства с круговою порукою.

*Долевым обязательством называется такое обязательство, в котором кредитор имѣет право требовать от каждаго из нѣскольких должников выполненія обязательства лишь в части или должник обязан выполнить обязательства каждому из нѣскольких кредиторов лишь в части.*



Обязательство называется активно-долевым, если каждый из кредиторов имѣет право на полученіе своей доли (множественность субъектов на сторонѣ кредитора) и пассивно-долевым, если каждый из должников обязан исполнить свою долю обязательства (множественность субъектов на сторонѣ должника). Но если кредитор в долевом обязательствѣ не воспользуется своим правом, другие кредиторы не имѣют права требованія (за него). Равным образом и должник, исполнившій свою долю обязательства, не отвѣчает за неисполненіе других содолжников (1548, 650). — Однако, основываясь на 648 и 5 п. 1558 ст., судебная практика пришла к выводу, что при неисполненіи обязательства одним из содолжников, его доля распредѣляется между остальными должниками; переплативший лишнее имѣет право регресса к недоплатившим. Это толкованіе неправильно, ибо 5 п. 1558 ст. имѣет в виду обязательство с круговой порукою (а не долевое), а ст. 648 говорит об отвѣтственности за вред, причиненный преступленіем, совершонным по предварительному соглашенію, при чем и здѣсь отвѣтственность конструирована по типу обязательства с круговою порукою.

В долевом обязательствѣ предмет его должен быть дѣлим, допускать исполненіе по частям, напримѣр, обязательство двух лиц уплатить сто рублей. А обязательство двух портных сшить костюм не допускает исполненія по частям и не является долевым *). При неуказаніи долей каждый из должников в долевом обязательствѣ отвѣчает в равной мѣрѣ с другими.

Согласно ст. 116 кодекса Р. С. Ф. С. Р. при дѣлимости предмета обязательства каждый должник обязан произвести, а каждый кредитор в правѣ требовать исполненія в равной долѣ, поскольку иное не установлено законом или договором. Так. обр., обязанности долевого должника по кодексу в видѣ общаго правила ограничиваются предѣлами своей доли.

*Солидарным обязательством называется такое обязательство, в котором каждый из содолжников обязан исполнить все дѣйствіе, составляющее предмет обязательства, в*

*) Обязательство является недѣлимым, но отвѣтственность за неисполненіе по такому обязательству—долевая.

*пользу вѣрителя или каждый вѣритель имѣет право требовать от должника исполненія всего дѣйствія в свою пользу.*

Первое называется пассивно-солидарным, второе—активно-солидарным обязательством. Исполненіе одним из должников обязательства освобождает остальных должников от отвѣтственности перед кредитором, прекращает обязательственное отношеніе между вѣрителем и должниками. Должник в солидарном обязательствѣ, уплатившій цѣликом, обычно имѣет право регресса в излишне уплаченной суммѣ к остальным содолжникам, однако, не всегда,— отношенія между содолжниками иногда могут и не допускать регресса, напр., главный должник и поручитель могут отвѣчать солидарно, но уплата всего долга первым не дает ему права взысканія половины долга со второго. При солидарном обязательствѣ кредитор имѣет право требовать исполненія от всѣх должников и от каждаго в отдѣльности (напримѣр, предъявить иск ко всѣм должникам, к нѣскольким или только к одному—любому из них). Таким образом, солидарное обязательство носит болѣе тяжелый характер, нежели простое (долевое), и поэтому оно не предполагается (ср. 1202 ст. фр. гр. код. *), а устанавливается юридической сдѣлкой (договор, завѣщаніе и т. п.) или же законом или, наконец, по мнѣнію Сената, вытекает из самого существа юридических отношеній между сторонами (86/24, 71—1218), послѣднее, однако, также основывается на договорѣ или законѣ **). Солидарный должник может предъявлять против притязанія кредитора только такія возраженія, которыя вытекают из его личных отношеній к кредитору, из общаго основанія возникновенія обязательства или из содержанія послѣдняго (см. § 145 шв. обязат. права, ср. § 425 герм. гр. ул.).

Наше законодательство знает термин "солидарныя обязательства" (ср. ст. 2200 прим. 1, прил. 1, п. 16), но как законодательство, так и практика чаще употребляют вмѣсто него термины: "каждый за всѣх и всѣ за каждаго", "друг за друга", "совокупно", "нераздѣльно", "вообще и порознь" (ср. 71/1218).

Согласно кодексу Р. С. Ф. С. Р. солидарная отвѣтственность наступает, если она предусмотрѣна договором или установлена законом (115 ст.); кромѣ того, солидарная отвѣтственность установлена при недѣлимости предмета

*) Иначе герм. гр. ул. § 427.

**) Ср. Гуляев. Русское гр. право, стр. 225.



обязательства (116). Послѣднее нельзя признать правильным: нельзя смѣшивать солидарное обязательство с недѣлимым. При недѣлимом обязательствѣ невозможно исполненіе по частям, но убытки от неисполненія распредѣляются по частям, кромѣ того, недѣлимое обязательство подлежит исполненію перед всѣми кредиторами; при солидарном обязательствѣ возможно исполненіе по частям, и солидарное обязательство подлежит исполненію перед каждым из кредиторов.

*Обязательство с круговой порукою представляет такое обязательство, в котором за исполненіе обязательства одним ручается и отвѣчает цѣлая группа лиц.*

Такова, напримѣр, отвѣтственность крестьянской общины за неуплату податей одним из ея членов; покупка служащими одного учрежденія совмѣстно за круговой порукой товаров в магазинѣ и т. п. Данное обязательство не является солидарным, ибо кредитор не в правѣ требовать исполненія от любого обязаннаго круговой порукой, а только от опредѣленнаго лица, не является и долевым, ибо требованіе цѣликом направляется к одному обязанному лицу, а в случаѣ неуплаты, неуплаченное раскладывается на всѣх остальных обязавшихся (ср. п. 5 1558 ст. и 648 т. X ч 1).

*Обѣект обязательства и виды обязательств по обѣекту.*

Содержаніе обязательства составляет извѣстное дѣйствіе (или воздержаніе). Это дѣйствіе должно быть опредѣленным, иначе исполненіе обязательства становится невозможным. Степень опредѣленности обязательства может быть, как увидим дальше, различна.

Обязательство, имѣющее содержаніем обязанность должника совершить точно установленное опредѣленное дѣйствіе, называется *простым* обязательством.

Обязательство, имѣющее содержаніем совершеніе конкретнаго индивидуально - опредѣленнаго дѣйствія или передачу индивидуально-опредѣленнаго предмета, называется *видовым* или индивидуальным, напримѣр, художник А. обязался написать портрет г. В., г. Х. продал г. У. верховую лошадь своей конюшни "Искру". Обязательство, имѣющее своим содержаніем совершеніе дѣйствія, которое не выдѣляется из других, присуще цѣлой группѣ или категоріи однородных дѣйствій или передачу предмета, опредѣляемаго числом, мѣрою и вѣсом, называется *родовым* обязательством, напримѣр, художник А. обязался рисовать одно-

родныя этикетки для товара, г. Х. продал г. У. верховую лошадь. Если погибнет предмет видового обязательства или станет невозможным исполненіе послѣдняго—замѣна невозможна, если погибнет предмет родового обязательства—замѣна другим (дѣйствіем или предметом) одинаковаго количества и качества вполнѣ возможна. Таким образом, до исполненія обязательства (напримѣр, передачи) риск гибели предмета обязательства во втором случаѣ падает на кредитора, в первом — на должника, напримѣр, при куплѣ-продажѣ в первом случаѣ на покупателя, во втором —на продавца.

При полной неопредѣленности содержанія обязательства и невозможности опредѣлить его—исполненіе обязательства невозможно, напр., Иванов обязался поставить Петрову дрова (сколько, какого сорта, по какой цѣнѣ, в какой срок).

Иногда обязательство носит не вполнѣ опредѣленный (но опредѣлимый) характер благодаря тому, что дѣйствіе, составляющее предмет обязательства, не установлено точно, а должно быть установлено впослѣдствіи, должно быть выбрано из нѣсколькихъ условленных дѣйствій или хотя и установлено точно, но с правом замѣны его другим дѣйствіем. Здѣсь является опредѣленным круг дѣйствій или круг вещей, составляющих предмет обязательства, но самый предмет исполненія точно не опредѣлен. Таковы обязательства альтернативныя и факультативныя.

*Обязательство, для выполненія котораго должник может совершить одно из нѣсколькихъ условленных дѣйствій, при чем исполненіем одного погашается обязанность выполнить другое, называется альтернативным.* Напримѣр, Х. обязался передать вещь или заплатить сто руб. Передачей вещи погашается обязательство уплатить сто руб. и наоборот. Альтернативныя обязательства называются иначе раздѣлительными.

Альтернативное обязательство может превратиться в простое: 1) путем договора (предложеніе должника, принятое кредитором) и 2) вслѣдствіе гибели одного из двух предметов обязательства или невозможности исполненія одного из двух альтернативных дѣйствій *).

*) По мнѣнію нѣкоторых ученых, альтернативное обязательство превращается в простое и вслѣдствіе (односторонняго) заявленія стороны, которой предоставлено право выбора. Однако, прав Бернштейн (ученіе о раздѣлит. обязательствах), когда он указывает, что договор может быть отмѣнен только договором, альтернатива представляет выгоды обѣим сторонам, но одностороннее заявленіе вѣрителя может быть разсматриваемо как отказ от выбора.



Если невозможность исполненія одного дѣйствія, составляющаго предмет обязательства, произошла вслѣдствіе случая, то кредитор в правѣ требовать и должник обязан исполнить другое дѣйствіе. Если невозможность исполненія одного дѣйствія произошла по винѣ вѣрителя и выбор принадлежит вѣрителю,—он в правѣ требовать исполненія другого дѣйствія, если же выбор принадлежит должнику, послѣдній в правѣ исполнить второе условленное дѣйствіе или же возмѣстить интерес перваго неисполнимаго дѣйствія. Если невозможность исполненія одного дѣйствія произошла по винѣ должника и выбор принадлежит вѣрителю,—он в правѣ требовать или исполненія другого дѣйствія, или возмѣщенія ущерба от неисполненія перваго, если же выбор принадлежит должнику,—он обязан исполнить другое дѣйствіе. Вообще риск гибели одного предмета обязательства падает на должника, другого—на кредитора.

Выбор может быть предоставлен и третьему лицу, при чем от выбора третьяго лица может зависѣть или самая дѣйствительность альтернативнаго обязательства, или способ исполненія. При невыборѣ третьим лицом в первом случаѣ—обязательство становится недѣйствительным, во втором — выбор может быть сдѣлан судом.

Если кредитор, имѣя право выбора, допускает просрочку, должник может представить один из предметов по своему выбору. Если должник не исполнит судебнаго рѣшенія, обязывающаго его альтернативно к исполненію, кредитор имѣет право выбора.

Спорным представляется вопрос о том, что составляет предмет раздѣлительнаго обязательства. Одни ученые (Ульпіан, Цельз, Марцелл, Потье, Пухта, Вехтер, Бринц) полагают, что обѣ обѣщанныя вещи (или оба дѣйствія) составляют предмет обязательства, но не совокупно, а альтернативно, поэтому доставленіем одной вещи (или совершеніем одного дѣйствія) обязательство исполняется и прекращается право кредитора на другую вещь (utrumque est in obligatione, unum in solutione). Другіе ученые (Юліан, Папиніан, Фиттинг) полагают, что одна из обѣщанных вещей составляет предмет обязательства, но не извѣстно, какая именно. Таким образом, согласно первому

мнѣнію альтернативное обязательство является опредѣленным (по содержанію), согласно второму—неопредѣленным. Наконец, третьи ученые (Виндшейд, Пескаторе) держатся посредствующей теоріи: если выбор принадлежит должнику—предмет обязательства неопредѣленен, кредитору—всѣ обѣщанныя вещи составляют предмет обязательства.

Таким образом, в альтернативном обязательствѣ с одной стороны точно опредѣлен круг вещей или дѣйствій, из которых должен быть произведен выбор исполненія, с другой стороны самый предмет (дѣйствіе) исполненія не опредѣлен. Неопредѣленность прекращается выбором, сдѣланным лицом, имѣющим право выбора. До того времени каждый подлежащій выбору предмет (дѣйствіе) считается возможным предметом долга *).

Альтернативное обязательство может быть исполнено только доставленіем одного из альтернативно обѣщанных предметов, но цѣликом: aliud pro alio, частичная уплата не уничтожает альтернативнаго обязательства соразмѣрно уплаченной части.

Право выбора предмета исполненія опредѣляет договор или закон, при отсутствіи такого опредѣленія право выбора принадлежит должнику (ср. 5 п. 1539 ст. т. X. ч. 1).

X том не содержит общих постановленій относительно альтернативных обязательств, но знает отдѣльные случаи таковых (ср. 683, 612, 614, 673 и др. ст.).

Кодекс Р. С. Ф. С. Р. содержит лишь одно общее указаніе, что если предмет обязательства опредѣлен альтернативно, право выбора при отсутствіи в законѣ или договорѣ иных указаній принадлежит должнику (108 ст.).

*Обязательство, имѣющее своим предметом одно дѣйствіе, но с предоставленіем должнику права погасить обязательство посредством другого дѣйствія, называется факультативным.*

Объектом факультативнаго обязательства является одно опредѣленное дѣйствіе, одна вещь, а погашено оно может быть и другим дѣйствіем, представленіем и друг. вещи: una rès in obligatione et altera in facultate solutionis. Напр., должник обязан предоставить вещь, но может замѣнить ее уплатой денег. Различіе факультативнаго обязательства от альтернативнаго заключается, главн. образ., в рискѣ гибели:

*) Ср. Бернштейн. ук. соч.



при гибели предмета альтернативнаго обязательства должен быть предоставлен другой (или возмѣщена цѣнность перваго), при гибели предмета факультативнаго обязательства обязательство погашается.

*Дѣлимыя и недѣлимыя обязательства.* Дѣлимым обязательством называется обязательство, которое можно исполнить по частям без нарушенія его сущности, наприм., обязательство поставить 20 саж. дров. Недѣлимым называется обязательство, которое нельзя исполнить по частям без нарушенія его сущности, напр., обязательство построить дом, сшить сюртук. Недѣлимыя обязательства имѣют то существенное отличіе от дѣлимых, что при множественности должников приводят к совокупной отвѣтственности послѣдних (независимо от постановленія закона или заключенія договора о сем) на основаніи самой природы обязательства, напримѣр, обязательство двух портных сшить пальто или обязанность наслѣдников выдать картину. Но недѣлимыя обязательства надлежит отличать от солидарных: при замѣнѣ недѣлимаго предмета обязательства дѣлимым, напримѣр, деньгами, совокупная отвѣтственность отпадает и замѣняется долевой, равным образом и отвѣтственность за неисполненіе (возмѣщеніе ущерба) носит долевой характер.

### *Натуральныя обязательства.*

Под натуральными обязательствами современное право вслѣд за римским подразумѣвает обязательства, допускаемыя гражданским оборотом, но не снабженныя судебной защитой. Основным видом таких обязательств в современном правѣ являются обязательства, по коим просрочена исковая давность или давность взысканія. Эти обязательства имѣют силу и значеніе, но не могут быть принудительно осуществлены посредством суда, не пользуются судебной защитой. Их юридическое значеніе выражается в том, что уплата по такому обязательству признается уплатой должнаго и не может быть истребована назад как indebite datum, такія обязательства могут быть принимаемы к зачету *).

Натуральныя обязательства знает франц. кодекс (§ 1235), герм. гражд. уложеніе (§ 222), знала и наша судебная практика (1904/101 и др.).

*) Герм. право— иначе франц.

## II. Основанія возникновенія обязательств.

Для возникновенія обязательственных отношеній необходима наличность юридич. факта (или совокупности фактов), из коего вытекала бы обязанность одного лица (или лиц) совершить извѣстное дѣйствіе в пользу другого (других) или воздержаться от дѣйствія, а для другого (других) возникло бы право требовать совершенія этого дѣйствія или воздержанія. Юридическіе факты, служащіе основаніем или источником возникновенія обязательств, можно раздѣлить на слѣдующіе основные виды: 1) юридическая сдѣлка, 2) причиненіе вреда (путем недозволеннаго дѣянія или гражданскаго правонарушенія и без онаго), 3) неправомѣрное обогащеніе, 4) оказаніе помощи.

Спорным представляется вопрос, может ли закон быть особым источником возникновенія обязательств (obligationes e lege). Так как норма права лежит в основѣ всякаго обязательства, хотя бы оно возникло из договора или правонарушенія, то одни ученые (большинство) не признают закон в качествѣ особаго источника возникновенія обязательств. Другіе же различают посредственные и непосредственные источники возникновенія послѣдних и признают закон посредственным источником, когда для возникновенія обязательств необходима юридич. сдѣлка или деликт и непосредственным, когда не нужно ни юридической сдѣлки ни деликта, когда нѣт этой посредствующей связи между нормой права и обязанностью должника. Таким образом, закон признается особым источником возникновенія обязательств, когда нѣт другого спеціальнаго источника (ни юридич. сдѣлки, ни деликта). Поэтому нѣкоторые ученые относят всѣ обязательства, не происходящіе из договора (точнѣе юридич. сдѣлки) или деликта, к обязательствам по закону. Слѣдовательно, сюда относятся и обязательства, возникающія из неправомѣрнаго обогащенія, из объективнаго причиненія вреда, из оказанія помощи, алиментарныя обязательства и нѣк. др. Однако, закон связывает извѣстныя юридическія послѣдствія (права одних и обязанности других) с извѣстными юридическими фактами или совокупностью их и не является сам без послѣдних источником обязательства. Поэтому правильнѣе источником возникновенія обязательств считать только юридическіе факты: юридическую сдѣлку, причиненіе вреда, неправомѣрное обогащеніе, оказаніе помощи, родственную связь (для алиментарных обязательств).



### *1. Обязательства, возникающія из юридических сдѣлок.*

Основаніем возникновенія обязательств могут быть самыя различныя юридич. сдѣлки, как двустороннія—договор, так и односторонніа—завѣщаніе, публичный офферт и др. Из них наиболѣе часто встрѣчающимся в гражданском оборотѣ источником возникновенія обязательств и наиболѣе важным с юридической точки зрѣнія является договор. Кромѣ того, извѣстный интерес по своей юридической природѣ в качествѣ источника возникновенія обязательств представляют нѣкоторыя юридическія сдѣлки, возникающія из односторонняго волеизъявленія, как, напр., публичное обѣщаніе, бумаги на предъявителя. В дальнѣйшем мы и остановимся на договорѣ и на одностороннем волеизъявленіи, как источниках возникновенія обязательств.

### *Договор.*

***Договор есть особое волеизъявленіе сторон, в силу котораго возникает обязательство для одной или обѣих из них.***

Римляне опредѣляли договор, как duorum vel plurium consensus или, как опредѣляют многіе ученые и нынѣ, соглашеніе двухъ или нѣскольких лиц, направленное на установленіе, измѣненіе или прекращеніе юридических отношеній (ср. у нас Шершеневич). Это — так-называемая теорія соединенія воль (Uebereinstimmungstheorie). Соединяются двѣ воли. их соединеніе, согласіе двух воль и создает договор. Другіе ученые опредѣляют договор как особое волеизъявленіе, в силу котораго возникает обязательство для одной или обѣих сторон. Это — теорія единства воль (Vereinigungstheorie). Создается новая, единая воля, которая и порождает обязательство. Послѣдняя теорія представляется нам болѣе правильной, ибо только совпаденіе двух волеизъявленій и созданіе новаго, единаго волеизъявленія, а не механическое соединеніе создает договор. При таком пониманіи невозможно уничтоженіе договора иначе как путем новаго договора, по теоріи же соединенія воль отпаденіе одной воли нарушает договор.

Римское право первоначально знало только опредѣленные типы договоров и лишь впослѣдствіи, под вліяніем потребностей оборота, было вынуждено сдѣлать отступленія в этой области. Современное право знает и нетипичные (неурегулированные) договоры. Оно допускает существованіе самых разнообразных договоров. Как уже

указывалось, договор является самым распространенным видом юридической сдѣлки. Он встрѣчается в правѣ международном, государственном, гражданском и здѣсь, в частности, не только в обязательственном, но также в вещном, семейном и наслѣдственном правѣ. Однако, наибольшее распространеніе он имѣет в области обязательственнаго права. Капиталистическое хозяйство, конкуренція и свобода личности открывают широкое поле для договорных отношеній. На ряду с принципом частной собственности, свобода договора является одной из основ современнаго гражданскаго оборота.

Но подобно тому, как частная собственность в процессѣ историческаго развитія теряет абсолютный характер и терпит ограниченія, так и свобода договоров подвергается стѣсненіям и ограниченіям в интересах общественных — на ряду с юридическими сдѣлками вообще. Поэтому, современное право не допускает договоров, содержаніе коих противорѣчит предписанію закона или требованію нравственности и, как добавляет швейц. гражд. уложеніе (§ 19 об. пр.), правам личности (согласно X тому: закону, обществ. порядку, благочинію, нравственности и доброй вѣрѣ — 1528 и 2151 ст.) *). Кромѣ того, в нѣкоторых случаях, как указано выше, современное право принуждает вступать в договор, напр., при договорѣ жел.-дор. перевозки, при обязательном страхованіи и в нѣкоторых других случаях (так-назыв. Contrahierungszwang). Внѣ этих ограниченій господствует широкая свобода договорных отношеній.

Заключеніе договоров. Для возникновенія договора необходимо предложеніе одного лица — офферента другому вступить в договор (офферт), принятіе этого предложенія другим — акцептантом (акцепт) и покрытіе оферта акцептом (перфекція).

Офферт гражданскій носит обязывающій офферента характер, принятіе его создает договор. По общему правилу торговый офферт не носит обязывающаго характера, напр., посылка прейскуранта (иначе швейц. гражд. улож.). Акцепт носит обязывающій акцептанта характер. Для дѣйствительности договора не достаточно оферта одной стороны и акцепта другой, необходима и перфекція, т.-е. совпаденіе воли акцептанта с волей офферента. Спорным является вопрос, должно ли это совпаденіе относиться ко всѣм пунктам договора (в том числѣ и к второстепенным) или только к существенным его пунктам. Швейц. гражд. улож. предоставляет разрѣшеніе этого вопроса суду. Кодекс Р. С. Ф. С. Р. считает достаточным соглашенія по существенным пунктам (предмет, цѣна, срок — ст. 130).

*) Подробнѣе см. вып. II, стр. 68 и сл. Кодекс Р. С. Ф. С. Р. объявляет недѣйствительными сдѣлки, совершонныя с цѣлью противной закону или в обход закона; сдѣлки, направленныя к явному ущербу для государства, явно невыгодныя сдѣлки, заключенныя под вліяніем крайней нужды (ст. 30, 33 код.).



Существенное теоретическое и практическое значеніе имѣет момент заключенія договора. В договорах между присутствующими, к которым современная доктрина и практика относят и договоры посредством телефона, таким моментом является принятіе акцептантом оферта. В договорах между отсутствующими этот момент установить труднѣе. Одни ученые считают таким моментом выраженіе согласія акцептанта на предложеніе офферента (теорія выраженія воли), другіе — увѣдомленіе акцептантом офферента о согласіи (теорія увѣдомленія), третьи — полученіе офферентом увѣдомленія о согласіи (теорія полученія), наконец, четвертые требуют и ознакомленія офферента с увѣдомленіем (теорія воспріятія). Герм. право придерживается теоріи полученія, швейцарское — теоріи увѣдомленія (за исключеніем случаев, когда не требуется положительнаго принятія предложенія), наш сенат держался теоріи полученія (75/6), той же точки зрѣнія держится и кодекс Р. С. Ф. С. Р. (134 ст.).

Форма договоров. Современное право не связывает заключенія договоров опредѣленной формой (за исключеніем нѣкоторых, точно указанных в законѣ случаев), общим правилом являются неформальныя сдѣлки.

X том знает простыя (словесныя и путем знаков и дѣйствій) и письменныя сдѣлки (акты); послѣднія могут быть домашними, явочными, нотаріальными и крѣпостными. Крѣпостная форма у нас требовалась для актов о переходѣ или ограниченіи прав на недвижимости, нотаріальная — для тѣх же сдѣлок, которыя через утвержденіе старшим нотаріусом становились крѣпостными, для нотаріальнаго духовнаго завѣщанія и нѣкоторых другихъ, явочныя — для домовых заемных писем, письменная вообще (домашняя) — для найма недвижимостей (за нѣкоторыми исключеніями), для займа на сумму свыше 30 руб. и др. *).

*) См. подробнѣе вып. II, стр. 52—53.

Согласно кодексу Р. С. Ф. С. Р. сдѣлки могут быть заключены на словах и на письмѣ; письменныя сдѣлки дѣлятся на простыя, засвидѣтельствованныя и нотаріальныя. Договоры на сумму свыше 500 руб. золотом должны быть заключены в письменной формѣ; договоры, заключенные государственными предпріятіями и учрежденіями между собою и с частными лицами (за исключеніем нѣкоторых случаев), подлежат засвидѣтельствованію в нотаріальном порядкѣ; дареніе на сумму свыше 1.000 руб. *) подлежит совершенію в нотаріальной формѣ, то же залог строенія и права застройки и нѣкоторыя друг. (ст. 27, 90, 136, 137).

Толкованіе договоров.—Господствующим долгое время являлось требованіе толкованія юридических сдѣлок по намѣренію сторон, т.-е. по дѣйствительному смыслу сдѣлки. В послѣднее время выдвигается требованіе толкованія юридических сдѣлок и в особенности договора в согласіи с обычаями гражданскаго оборота. Так, ст. 157 герм. гражд. улож. гласит: "договор слѣдует толковать согласно требованіям доброй совѣсти и принимать во вниманіе обычаи гражданскаго оборота". Наше законодательство, прежде всего, требует толкованія договров по словесному, т.-е. по буквальному их смыслу (1538 ст., т. X, ч. I), в случаѣ возникновенія важных сомнѣній в словесном смыслѣ, договоры могут быть изъясняемы по намѣренію и доброй совѣсти сторон (1539), под которой понимается разум всего договора (п. 3 1539 ст.), и в качествѣ дополнительнаго источника, разрѣшается руководствоваться обычаями (п. 4 ст. 1539) и, наконец, в случаѣ невозможности опредѣленно истолковать договор и сомнѣній в его разумѣ, предлагается толковать его в пользу лица обязаннаго (п. 5 1539 ст.) **).

*Виды договоров.* Договоры могут быть раздѣляемы: 1) на односторонніе и двусторонніе, 2) конкретные и абстрактные, 3) возмездные и безмездные, 4) главные и дополнительные, 5) основные и предварительные.

*Односторонніе договоры* — такіе договоры, в которых устанавливаются для одного контрагента права, для другого — обязанности, напр., заем, ссуда, *двусторонніе* — такіе договоры, в которых каждый контрагент имѣет и права и обязанности, напр., купля-продажа, личный и имущественный наем *). Это различіе имѣет слѣдующее юридическое значеніе: в двусторонних договорах исполненіе договора одной стороной дает ей право требовать исполненія от другой и, наоборот, неисполненіе возложенной обязанности не дает права требованія от другой исполненія ея обязанности, напр., исполнившій работу имѣет право требовать вознагражденія и, наоборот, неисполнившій не имѣет этого права; в односторонних договорах нѣт указанной взаимной связанности прав и обязанностей. Двусторонніе договоры носят названія синаллагматических, если взаимныя обязанности сторон имѣют одинаково существенное значеніе, напр., купля-продажа.

*Конкретные (каузальные) договоры* суть договоры, в которых указывается основаніе или причина установленія обязанности, напр., обязательство уплатить занятую сумму (заем), уплатить за доставленный товар (покупка товара). *Абстрактные договоры* — такіе договоры, в которых не указывается основаніе обязательства, напр., вексель есть абстрактный договор о долгѣ. Юридическое значеніе этого различія заключается в том, что отсутствіе или уничтоженіе основанія поражает силу конкретнаго (валютнаго) договора (напр., заем уплачен) и не имѣет значенія для силы абстрактнаго.

*Возмездные договоры* —такіе договоры, путем которых происходит извѣстный обмѣн экономических благ, напр., купля-продажа, наем, *безмездные*—такіе договоры, путем которых только одна из сторон предоставляет другой извѣстную цѣнность, напр., дареніе, ссуда. Юридическое значеніе указаннаго различія заключается в том, что отвѣтственность должника обсуждается строже при возмездных договорах, нежели при безмездных, оспариваніе безмездных договоров, заключенных во вред кредиторам, легче нежели возмездных.

*Главные договоры* — такіе, в которых излагается сущность юридических отношеній сторон, *дополнительные*, в которых излагаются какіе-либо второстепенные вопросы, восполняющіе главный договор, напр., договор поставки и сопровождающій послѣдній договор неустойки за неисполненіе, договор подряда и поручительство в срочном исполненіи. Юридическое значеніе этого различія заклю-

*) Дареніе разрѣшается до 10.000 р. з.

**) См. вып. II, стр. 76—77.

*) Необходимо различать одностороннюю юридич. сдѣлку и односторонній договор: первая представляет волеизъявленіе одного лица, второй—не менѣе двух.

чается в том, что судьба главнаго договора опредѣляет и судьбу дополнительнаго, напр., исполненіе главнаго договора погашает и дополнительный.

*Предварительным* договором (pactum de contrahendo) называется такой договор, в силу котораго обѣ стороны или одна из них обязуются в будущем заключить опредѣленный (основной) договор, напр., запродажа и купля-продажа. В предварительном договорѣ должны быть точно установлены всѣ условія будущаго основного договора. Объектом предварительнаго договора является заключеніе основного, объектом послѣдняго — реальное дѣйствіе. Предварительный договор является двусторонним, когда обѣ стороны обязуются в будущем совершить основной договор, напримѣр, договор запродажи и односторонним, когда такое обязательство принимает на себя одна сторона, напримѣр, обязательство одного контрагента продать вещи по требованію другого, обѣщаніе подарить, дать взаймы *).

Обязательства, возникающія из отдѣльных договоров, будут разсмотрѣны далѣе (в особенной части обязательственнаго права).

### *Одностороннее волеизъявленіе.*

Одностороннее волеизъявленіе нерѣдко является источником возникновенія обязательств. Отмѣтим слѣдующіе случаи.

*Публичное обѣщаніе награды.* Обѣщавшій публично награду за совершеніе извѣстнаго дѣйствія обязан ее выдать лицу, совершившему указанное дѣйствіе, при чем обязанность остается, хотя бы совершившій необходимое дѣйствіе не имѣл в виду награды и даже не знал о ней. Напримѣр, за разысканіе пропавшей лошади обѣщано сто рублей награды, о чем и опубликовано, нашедшій лошадь, не зная об обѣщаніи награды, привел ее в полицію,—он имѣет право на полученіе награды. Таким образом, одностороннее волеизъявленіе, направленное к неопредѣленному числу лиц и носящее публичный характер, связывает автора. Оно может быть отмѣнено таким же публичным объявленіем **).—Ср. § 657 и сл. герм. гр. ул. Наша судебная практика признавала обязывающую силу публичнаго обѣщанія — 71/114.

*) Необходимо отмѣтить, что в научной литературѣ высказаны серьезныя возраженія против категоріи предварительных договоров (Шлоссман и др.).

**) Если начато кѣм-либо приводиться в исполненіе—по отношенію к этим лицам отмѣна не дѣйствительна.



*И частное обѣщаніе* может быть признано обязательным, если носит серьезный характер, дано с намѣреніем связать себя, при чем обязательность обѣщанія в этом случаѣ устанавливается судом в зависимости от важности обѣщаннаго и взаимных отношеній сторон (ср. 12/105).

*Бумаги на предъявителя.* — Бумаги на предъявителя есть бумаги, право собственности на которыя дает и право требовать исполненія того обязательства, которое в них заключается. Обязательственное право здѣсь тѣсно связано с вещным, требованіе по документу с обладаніем документом (напр. облигаціи, акціи, складочныя свидѣтельства, закладные листы земельных банков и др.).

Относительно юридической природы бумаг на предъявителя существуют двѣ теоріи: договорная теорія и теорія креаціи (односторонняго обѣщанія, создающаго право требованія). Одни ученые (Савиньи, Унгер, Гольдшмидт, у нас Шершеневич) основаніе отвѣтственности по бумагам на предъявителя видят в договорѣ между должником и первым пріобрѣтателем, другіе (Кунтце, Колер)—в одностороннем волеизъявленіи должника, создающем обязательство. Вторая точка зрѣнія представляется нам болѣе правильной. 1) Договор предполагает опредѣленность сторон —чего нерѣдко нѣт при выпускѣ бумаг на предъявителя (напр., акцій). 2) Договорная теорія затрудняет гражданскій оборот, ибо в нѣкоторых случаях поражает право добросовѣстных третьих лиц, напр., добросовѣстное пріобрѣтеніе выкраденной у должника или утерянной им бумаги на предъявителя до передачи ея первому пріобрѣтателю по договорной теоріи лишает послѣднюю силы и вмѣстѣ с тѣм добросовѣстное пріобрѣтеніе этой же бумаги, утерянной первым пріобрѣтателем, не колеблет прав держателя. 3) Только посредством теоріи креаціи можно объяснить самостоятельность прав держателя бумаг на предъявителя независимо от прав прежняго владѣльца.

### *2. Обязательства, возникающія из причиненія вреда (путем гражданскаго правонарушенія и без таковаго).*

Вопрос об основаніях отвѣтственности за причиненіе другому вреда (внѣ договорных отношеній) представляет одну из самых сложных проблем гражданскаго права.

*Принцип вины и гражданское правонарушеніе.* Всякое примитивное право (в том числѣ первоначально и римское) не различает уголовных и гражданских правоотношеній и связывает отвѣтственность с причиненіем вреда независимо от субъективной виновности автора послѣдняго. Дѣйствовало ли лицо, причинившее вред, умышленно или неумышленно, сознательно или несознательно —самый факт причиненія вреда является основаніем отвѣтственности, посему несут отвѣтственности и малолѣтніе, и сумасшедшіе, и даже животныя. С развитіем общественных отношеній выдѣляется уголовное преступленіе и гражданское правонарушеніе, при чем в основаніе как перваго, так равно и второго кладется принцип вины, вина автора является основаніем его отвѣтственности, как в уголовном, так и в гражданском правѣ. От внѣшняго объективнаго критерія — вреда право переходит к внутреннему субъективному —винѣ автора в причиненіи вреда. Справедливость требует, чтобы отвѣтственность была возложена за вину. Дѣяніе, которое не может быть вмѣнено в вину его автору, которое не является слѣдствіем его умысла или, по крайней мѣрѣ, неосторожности, разсматривается как случайное и за него никто не несет отвѣтственности. Уже римское право ясно формулировало принципы вины в отрицат. формѣ casus a nullo praestantur, casum sentit dominus, говорили римскіе юристы и допускали отступленіе от этого принципа лишь в нѣкоторых исключит. случаях (напр., отвѣтственность хозяев гостиниц, постоялых дворов и кораблей за пропажу или порчу вещей постояльцев и пассажиров до предѣлов vis major и немногіе другіе). Возможно, что на внѣдреніе принципа вины в область гражд. права оказало вліяніе то обстоятельство, что первоначально гражд. отвѣтственность в римском правѣ включала элементы наказанія, носила штрафной характер (Салейль). Во всяком случаѣ, римское право твердо обосновало отвѣтственность по принципу вины—на основаніи гражданскаго правонарушенія. Из римскаго права этот принцип перешел в пандектное право и в соотвѣтствующую доктрину и законодательства.

Среди современных юристов распространенію указаннаго принципа много способствовал авторитет Іеринга, который считал великой заслугой римскаго правосознанія провозглашеніе принципа индивидуальной вины, как основанія обязанности к возмѣщенію убытков и являлся рѣшительным его сторонником и защитником (Kein Uebel ohne Schuld—формулировал он). За Іерингом слѣдует большинство современных цивилистов, которые основаніе возникновенія обязательства видят в гражданском правонарушеніи *).



*Гражданское правонарушеніе есть нарушеніе вслѣдствіе умысла или неосторожности чужого субъективнаго гражданскаго права без законных к тому оснований,* т.-е. без прямого или косвеннаго управомочія закона. Нарушеніе суоъективнаго гражданскаго права возможно не только дѣйствіем в юридическом смыслѣ, т.-е. в смыслѣ выраженія воли, направленной на опредѣленныя послѣдствія, но и упущеніем, т.-е. непринятіем требуемых гражданским оборотом мѣр активнаго воздѣйствія **), слѣдовательно, в обоих случаях вмѣняемым волевым состояніем лица, его поведеніем. Таким образом, под виновным поведеніем (правонарушеніем) гражданское право разумѣет умышленное или неосторожное дѣйствіе или упущеніе, причиняющее ущерб другому. Только тот вред подлежит возмѣщенію, только такое нарушеніе субъективнаго гражд. права возлагает на нарушителя обязанность отвѣчать за причиненныи вред, которое в своем основаніи имѣет прямую или косвенную вину его. Напримѣр, я не огородил колодца под окном, в колодец попала овца сосѣда и утонула (culpa), мой управляющій не огородил колодца (culpa in eligendo), мой малолѣтній сын убил курицу сосѣда (culpa in custodiendo). Но если нѣт вины, нельзя вмѣнить в вину, нѣт и отвѣтственности, наприм., ударом молніи убита лошадь. Таким образом, для отвѣтственности по принципу вины необходимо наличіе прямой или косвенной вины отвѣтчика, без послѣдней, без возможности вмѣнить в вину извѣстное дѣйствіе или упущеніе нѣт и отвѣтственности. Так, нѣт отвѣтственности за случай, за случайное причиненіе вреда и тѣм болѣе происшедшее от воздѣйствія непреодолимой силы.

*Принцип причиненія.* Приведенный взгляд являлся долгое время общепризнанным и до настоящаго времени является господствующим. Но в послѣднее время он уже не представляет communis opinio, а встрѣчает сильныя возраженія со стороны ряда цивилистов, выдвигающих как основаніе отвѣтственности не вину, а самый факт причиненія

*) У нас рѣшительным защитником этого принципа является І. А. Покровскій. См. его "Основныя проблемы", стр. 246 и сл.

**) По общему правилу бездѣйствіе или упущеніе является правонарушеніем, если законом в данном случаѣ установлена обязанность дѣйствія.

вреда (Гирке, Тон, Адлер, Матайя, Маушка, Козак, Салейль, у нас Гуссаковскій и др.). Таким образом, мы здѣсь встрѣчаемся с возвратом к старой точкѣ зрѣнія, к точкѣ зрѣнія примитивнаго права.

Сторонники принципа причиненія указывают, что ошибочно переносить принцип вины из уголовнаго права в гражданское, первое имѣет цѣлью воздѣйствіе на злую волю человѣка, наказаніе, второе—возмѣщеніе вреда независимо от направленія воли человѣка (Биндинг). Для признанія отвѣтственности требуется лишь наличность причинной связи между дѣйствіем даннаго лица и происшедшим вредом. Не нужно установленія субъективнаго отношенія между данным лицом и произведенным им вредом в видѣ установленія его вины в этом, а достаточно чисто-объективной причинной связи между дѣйствіем и причиненіем вреда. — В современном гражданском оборотѣ дѣло идет не об осужденіи и наказаніи, а о вопросѣ, кто из двух должен понести риск, тот ли, кто совершил дѣйствіе, или же тот, кто оказался жертвою дѣйствія; рѣшающим должна быть не уголовная, а соціальная точка зрѣнія: отвѣчать за риск должен тот, кто рѣшил дѣйствовать и тѣм самым взял на себя послѣдствія своей дѣятельности (Салейль). Из двух лиц: невиновнаго, причинившаго вред и невиновнаго потерпѣвшаго, должен страдать за происшедшій несчастный случай тот, кто стоит ближе к источнику несчастія, в сферѣ дѣятельности котораго оно произошло и который при нормальных условіях дѣятельности извлекает из нея выгоды для себя, а не тот, кто стоит в сторонѣ от несчастнаго случая (Маушка). Только романистически-индивидуалистическому заблужденію, только полному забвенію соціальных задач гражданскаго права мы должны приписать то, что все регулированіе отвѣтственности за вред строится на принципѣ вины и деликта, если же мы не будем упускать этих задач из виду, нам не обойтись без германскаго принципа отвѣтственности вслѣдствіе простого причиненія; пусть причинившій вред не виновен, но еще меньше виновен пострадавшій (Гирке).—Таким образом, сторонники принципа причиненія основываются на требованіях соціальной справедливости. Однако, эта идея, не встрѣчающая возраженій в примѣненіи ея к особо-опасным предпріятіям (о чем рѣчь дальше), вызывает серьезныя возраженія при стремленіи придать ей всеобщій характер. — Нѣт этическаго оправданія для возложенія отвѣтственности на случайнаго или невольнаго автора вреда,—принцип вины дает



такое основаніе в умыслѣ или неосторожности причинившаго вред, при принципѣ причиненія такого основанія не дается. Отвѣтственность за случайный вред стѣсняет свободу дѣятельности и ставит ее под угрозу случайности. Говорят, будто соціальная справедливость требует примѣненія принципа причиненія и возложенія отвѣтственности на богача, случайно причинившаго вред бѣдняку, однако, тот же принцип должен быть примѣнен и к бѣдняку, случайно причинившему вред богачу—что может пасть на него непосильным бременем и одинаково противорѣчит чувству справедливости (Покровскій).

Указанныя соображенія и заставляют большинство цивилистов класть в основаніе гражданской отвѣтственности в видѣ общаго правила принцип вины. Но соображенія соціальнаго характера заставили и доктрину и современныя законодательства сдѣлать отступленія от указаннаго принципа и примѣнить принцип причиненія к отвѣтственности особо опасных промышленных предпріятій. Здѣсь послѣдній находит примѣненіе в видѣ идеи профессіональнаго риска.

*Идея профессіональнаю риска.* — Вторая половина XIX вѣка была ознаменована на континентѣ Европы гигантским развитіем промышленности. Возникают крупныя промышленныя предпріятія, пользующіяся машинами, паром, электричеством и прочими усовершенствованіями современной техники. Положеніе рабочих и служащих в этих предпріятіях, а равно и лиц, соприкасающихся с дѣятельностью подобных предпріятій, подвергается сугубой опасности вслѣдствіе примѣненія здѣсь пара, электричества, сложных машин и т. п. Эксплоатація подобных предпріятій влечет за собою повышеніе несчастных случаев и причиненій ущерба, при чем нерѣдко эти несчастные случаи и причиненные ими убытки нельзя поставить в вину владѣльцам предпріятій или их агентам, напримѣр, лопнувшій от неизвѣстной причины рельс повлек крушеніе поѣзда, искрой выжгло глаз рабочему на заводѣ и т. п. Попытки примѣнить здѣсь принцип вины приводили к очевидным натяжкам и даже нелѣпостям *).

Необходимо было или запретить дѣйствіе особо опасных предпріятій, или же обезпечить положеніе лиц, сопри-

*) Так, проф. Покровскій приводит извѣстное рѣшеніе высшаго баварскаго суда, объявившаго, что самое употребленіе на желѣзных дорогах локомотивов, выбрасывающих искры, составляет виновный образ дѣйствій (см. указ. соч.).

касающихся в своей дѣятельности с этими предпріятіями. Правовая мысль, а за ней и законодательство пошли, конечно, по второму пути. Была выдвинута идея профессіональнаго риска. Указанныя усовершенствованныя технически предпріятія таят в себѣ, несут с собою повышенную опасность, наносят повышенный ущерб соприкасающимся с ними, но, вмѣстѣ с тѣм, они приносят владѣльцам и повышенные доходы. А посему согласно еще римскому правилу: cuius commodum, eius incommodum—на владѣльцев подоходных предпріятій, получающих усиленные выгоды от них, современное законодательство возлагает и усиленную ответственность за несчастные случаи и имущественный ущерб, происшедшіе при эксплоатаціи или вслѣдствіе эксплоатаціи предпріятія. Здѣсь владѣлец предпріятія отвѣчает не только в том случаѣ, когда он или его агенты виновны в происшедшем несчастьи, но и тогда, когда они не виновны в этом, когда несчастье произошло вслѣдствіе простого случая, т.-е. происходящаго от свойства предпріятія, напримѣр, вслѣдствіе лопнувшаго от мороза рельса, от покатившагося вслѣдствіе гололедицы вагона, от искры паровоза и т. п. Отвѣтственность хозяина предпріятія по принципу профессіональнаго риска обычно простирается до предѣлов vis major, только непреодолимая сила (даже только злой умысел) освобождают его от отвѣтственности.

На основаніи указанной идеи профессіональнаго риска и была установлена повышенная отвѣтственность современных признаваемых особо опасными предпріятій (желѣзнодорожных, пароходных, заводских, фабричных, горных и т. п.). Но идея профессіональнаго риска есть лишь частичное примѣненіе общей идеи причиненія. Примѣненіе этой идеи к дѣятельности особо-опасных предпріятій дало толчок к попыткам болѣе широкаго ея использованія, к замѣнѣ идеи профессіональнаго риска идеей риска вообще.

Теоретическая мысль только сдѣлала необходимые выводы из идеи риска, требуя распространенія принципа причиненія на всѣ случаи гражданской отвѣтственности. Однако, это стремленіе встрѣчает, как мы видѣли выше, серьезныя теоретическія и практическія возраженія. И современныя законодательства, учитывая соціальныя требованія времени, охотно примѣняют идею риска, принцип причиненія к дѣятельности особо-опасных предпріятій, однако, в общем и цѣлом они базируются на принципѣ вины, остерегаясь слишком распространять сферу примѣненія принципа причиненія.



*Принцип конкретной справедливости.* — Противорѣчіе между собою и борьба двух указанных теченій юридической мысли привели к новым попыткам разрѣшенія сложной проблемы отвѣтственности за вред и в частности к созданію новой посредствующей теоріи, так-называемой теоріи конкретной справедливости. Теорія или принцип конкретной справедливости заключается в том, что разрѣшеніе вопроса об отвѣтственности за причиненный вред предоставляется усмотрѣнію суда на основаніи требованій справедливости в каждом конкретном случаѣ; всякій опредѣленный принцип, всякое общее правило отбрасывается.

Примѣненіе этой теоріи в видѣ общаго правила вызывает возраженія, так как предоставляет слишком большую свободу судейскому усмотрѣнію и субъективизму, законодатель должен дать общія руководящія указанія. Этот принцип находит примѣненіе в положительном правѣ или в отдѣльных случаях или в качествѣ подсобнаго критерія.

Необходимо отмѣтить здѣсь еще двѣ теоріи, имѣющія непосредственное отношеніе к вопросу об отвѣтственности за вред и представляющія попытки болѣе справедливаго разрѣшенія даннаго вопроса в нѣкоторых отдѣльных случаях—теорію разложенія вреда и теорію смѣшанной вины или зачета вины.

*Разложеніе вреда* выражается в том, что в нѣкоторых случаях вред, причиненный одному из нѣскольких участников предпріятія, разлагается на всѣх соучастников. Сюда надлежит отнести случаи: 1) морской аваріи—если во время плаванія для спасенія судна чей-либо груз выбрасывается за борт, убыток разлагается на всѣх владѣльцев товаров, находящихся на суднѣ, 2) страхованія—на той же идеѣ основано страхованіе от несчастных случаев, когда убыток, причиненный несчастным случаем одному участнику страхованія, разлагается на всѣх.

*Смѣшанная вина* имѣет мѣсто в том случаѣ, когда вред произошел как вслѣдствіе дѣйствій вредителя, так и самого потерпѣвшаго, напримѣр, посторонній шел ночью по желѣзнодорожному пути (вина), паровоз, шедшій с потушенными огнями (вина машиниста), раздавил его. Таким образом, оба и деликвент и потерпѣвшій являются причиной вреда, оба виноваты в происшедшем. В таком случаѣ современная теорія говорит о смѣшанной винѣ и находит возможным производит зачет вины потерпѣвшаго при

опредѣленіи размѣра его убытков, напр., если ущерб опредѣляется в 100%, а вина самаго потерпѣвшаго в 50%, то его вознагражденіе выразится в размѣрѣ 50%. Для обоснованія принципа зачета или компенсаціи вины потерпѣвшаго выдвинуто много теорій, из коих наиболѣе удовлетворительной нам представляется слѣдующая: при смѣшанной винѣ каждый должен нести послѣдствія своей собственной вины, что и приводит к зачету вреда, происшедшаго от собственной вины потерпѣвшаго, в общей суммѣ вреда *).

*Причинная связь.* — Для признанія отвѣтственности извѣстнаго лица необходимо, чтобы между его дѣйствіем и ущербом другого лица была причинная связь, чтобы данное дѣйствіе обусловливало собою, как причина слѣдствіе, происшедшій ущерб. Вопрос о причинной связи представляет сложный вопрос философіи. Из юристов этот вопрос особенно разрабатывают криминалисты. Среди цивилистов господствующей является теорія так-наз. общей причинной связи, согласно которой для возложенія отвѣтственности за вред достаточно, чтобы (виновное) дѣйствіе лица было одним из условій, повлекших за собою наступленіе вреда, хотя бы и не единственным условіем наступленія послѣдняго.

*Иностранныя законодательства.* — В современных иностранных законодательствах господствует отвѣтственность за вред по принципу вины с отступленіями в сторону принципа причиненія (главным образом в сферѣ дѣятельности особо-опасных предпріятій), в нѣкоторых случаях находит примѣненіе и принцип конкретной справедливости.

Так, согласно § 1382 франц. гр. кодекса всякое дѣйствіе человѣка, являющееся причиной вреда для другого, обязывает того, *по винѣ* коего оно произошло, к возмѣщенію вреда. Тот же принцип выражен в § 1148 в отношеніи обязательств договорных.

По германскому праву в отношеніи внѣдоговорных обязательств § 823 возлагает отвѣтственность за вред на того, кто *умышленно или неосторожно* посягнет на чью-либо жизнь, тѣлесную неприкосновенность, здоровье, свободу, собственность или какое-либо иное право. То же в отношеніи договорных обязательств устанавливает § 276.

*) Вопросу о смѣшанной винѣ посвящена у нас двухтомная диссертація проф. Яблочкова: "Вліяніе вины потерпѣвшаго на размѣр воэмѣщаемых ему убытков", здѣсь изложены и теоріи зачета вины.



По швейцарскому праву согласно § 41 обязат. пр.—кто причиняет другому противоправно вред *умышленно или по неосторожности,* обязан возмѣстить его.

Принцип причиненія в французском, германском и швейцарском правѣ находит свое примѣненіе на основаніи спеціальнаго законодательства гл. образом в формѣ идеи профессіональнаго риска в области отвѣтственности жел. дорог и других общеопасных предпріятій, в частности на этой идеѣ базируется законодательство об охранѣ труда *).

Принцип конкретной справедливости находит выраженіе в § 829 герм. гр. ул. Согласно §§ 827 и 828 того же уложенія душевно-больные, несовершеннолѣтніе и глухонѣмые, дѣйствующіе без разумѣнія, освобождаются от отвѣтственности за причиненный вред (согласно принципу вины), но § 829 допускает исключенія из этого правила по обстоятельствам, когда в виду имущественнаго положенія причинившаго вред и потерпѣвшаго представляется справедливым возмѣстить бѣдному потерпѣвшему ущерб со стороны состоятельнаго причинителя вреда.

То же правило содержится в § 54 швейц. обяз. права. Но швейцарское гражданское уложеніе содержит и болѣе общее примѣненіе принципа конкретной справедливости: § 44 обяз. пр. предписывает судьѣ при опредѣленіи размѣра возмѣщенія вреда принимать во вниманіе, не попадет ли правонарушитель вслѣдствіе обязанности возмѣстить вред в тяжелое положеніе.

Теорія разложенія вреда находит примѣненіе в морской аваріи и договорѣ страхованія.

Теорія смѣшанной вины (зачета вины) находит выраженіе в общей формѣ в § 254 герм. гр. ул.: "если наступленію вреда способствовала вина потерпѣвшаго, то обязанность к возмѣщенію и размѣр его зависит от обстоятельств, в частности от того, насколько вред был обусловлен тою или другою стороною". Кромѣ того, она встрѣчается в желѣзнодорожном правѣ нѣкоторых иностранных законодательств.

Необходимо отмѣтить, что в нѣкоторых иностранных законодательствах размѣр возмѣщаемых убытков ставится в зависимость от степени вины причинившаго вред. Так, согласно § 1150 франц. гр. код. при неумышленной винѣ

*) Отвѣтственность малолѣтних и умалишенных по франц. праву и в немногих других отдѣльных случаях конструирована по принципу причиненія.

возмѣщаются убытки, которые должник предвидѣл или мог предвидѣть, а при умыслѣ и непредвидѣнные убытки. Согласно § 43 шв. обязат. права при опредѣленіи размѣра вреда принимается во вниманіе степень вины вредителя. Наоборот, герм. гр. уложеніе не устанавливает подобной зависимости и совершенно правильно. Зависимость размѣра возмѣщенія убытков от степени вины представляет вліяніе уголовнаго права, находящееся в противорѣчіи с основными началами гражд. права. Задача гражд. права—не борьба со злой волей в ея различных разновидностях, а возмѣщеніе вреда. Дѣйствительное же возмѣщеніе вреда составляет возстановленіе прежняго положенія. Неужели легкая небрежность при возможности такого возстановленія может служить основаніем к неполному возстановленію и таким образом к наказанію потерпѣвшаго? Конечно, нѣт. То же самое должно имѣть мѣсто и при суррогатѣ возстановленія—возмѣщеніи убытков. Нѣт основанія виновнаго правонарушителя щадить за счет невиновнаго пострадавшаго.

*Русское право.*

*Общія начала отвѣтственности за вред.*—Ст. 574 т. X ч. 1 устанавливает общее положеніе, что всякій ущерб в имуществѣ и причиненные кому-либо вред и убытки подлежат возмѣщенію, ст. 644 возлагает гражданскую отвѣтственность на виновнаго в совершеніи преступленія или проступка, а ст. 684 возлагает отвѣтственность и за дѣянія или упущенія, не составляющія преступленія или проступка.

На каком принципѣ основывает наше законодательство общую отвѣтственность за вред: на принципѣ вины или причиненія?

Ст. 574 умалчивает об этом и дает основаніе дѣлать самые широкіе выводы (*всякій* ущерб в имуществѣ и причиненные кому-либо убытки подлежат возмѣщенію *). Ст. 644 несомнѣнно базируется на принципѣ вины, так как предусматривает гражд. отвѣтственность за преступленіе или проступок, но в силу послѣдняго имѣет лишь частное примѣненіе. Общее и рѣшающее значеніе имѣет ст. 684, которая гласит: "всякій обязан удовлетворить за вред и убытки, причиненные кому-либо его дѣяніем или упущеніем, хотя сіе дѣяніе или упущеніе и не составляет ни преступленія ни проступка, если только будет доказано, что он не был принужден к тому требованіями закона или правительства, или необходимою личною обороною, или же стеченіем таких обстоятельств, которых он не мог предотвратить".

*) Эти выводы и дѣлаются нѣкоторыми нашими цивилистами, напр., Побѣдоносцевым, Анненковым и др., которые дают 574 и 684 стт. толкованіе в духѣ принципа причиненія.



Указаніе 684 ст., что отвѣтственность возлагается за дѣянія и упущенія, не вызванныя требованіями закона, необходимою личною обороною и стеченіем непредотвратимых обстоятельств, т.-е. возлагается лишь за тѣ дѣянія, которыя отвѣтчик мог предотвратить—служит достаточным доказательством того, что и 684 ст. в основаніе отвѣтственности кладет принцип вины. Из законодательных мотивов к ст. 684 видно, что для отвѣтственности по этой статьѣ требуется вина причинившаго вред.

Этот же принцип совершенно ясно выражен в ст. 647: не подлежат вознагражденію вред и убытки, происшедшіе от дѣянія случайнаго, причиненнаго не только без намѣренія, но и без всякой со стороны виновнаго неосторожности. Слѣдовательно, основаніем отвѣтственности служит умысел или по крайней мѣрѣ неосторожность, за случай нѣт отвѣтственности *).

Таким образом, надлежит признать, что общим началом отвѣтственности по нашему праву является принцип вины; на этом принципѣ (в частности на ст. 684) и построена гражданская отвѣтственность за правонарушеніе в нашем правѣ. Так смотрѣла на вопрос и наша судебная практика во главѣ с Гражд. Касс. Департаментом Сената (ср. 86/95, 88/65 и др.).

*Частные случаи отвѣтственности за личный и имущественный вред.*—На том же принципѣ вины основаны и многочисленные частные случаи отвѣтственности за вред, содержащіеся в X томѣ.

Так, ст. 657 возлагает на виновнаго в лишеніи жизни обязанность содержать семью погибшаго, ст. 660 и 661 возлагает на виновника в поврежденіи здоровья обязанность

*) Хотя ст. 647 помѣщена в главѣ об отвѣтственности за вред от дѣяній преступных, однако, из тѣх же законодательных мотивов видно, что она носит общій характер, да это вытекает и из логическаго толкованія закона: если случайное причиненіе вреда преступнаго характера не влечет гражданской отвѣтственности, то тѣм болѣе не влечет отвѣтственности случайное причиненіе вреда, не составляющее преступленія, иначе гражданская отвѣтственность за непреступное дѣяніе была бы больше, нежели за преступное дѣяніе.

вознаградить потерпѣвшаго (и семью)—при неимѣніи у них средств; ст. 665 опредѣляет гражд. отвѣтственность за лишеніе кого-либо свободы.

Нанесеніе неизгладимаго обезображенія на лицѣ дѣвицы или вдовы (622 ст.), изнасилованіе дѣвицы (663), похищеніе ея против воли (664), признаніе брака недѣйствительным вслѣдствіе обмана или преступленія (666) возлагает на виновных обязанность содержать потерпѣвших при неимѣніи у них средств до выхода замуж или до смерти, (равно как и нести издержки на лѣченіе, когда послѣднее требуется).

Стт. 609—643 устанавливают отвѣтственность за неправое владѣніе чужим имуществом. Ст. 671 и слѣд. устанавливают отвѣтственность за вред, причиненный присвоеніем, похищеніем и поврежденіем чужого имущества. Ст. 685 устанавливает отвѣтственность за вред, причиненный возведеніем строеній.

Согласно 1316 и сл. статьей Устава Гражд. Суд. установлена отвѣтственность должностных лиц за "неосмотрительность, нерадѣніе и медленность" по службѣ и согласно 1331 и сл. статей того же Устава отвѣтственность чинов судебнаго вѣдомства "за неправильныя и пристрастныя дѣйствія".

*Отвѣтственность за чужія дѣйствія.*—Общее правило современнаго правосознанія, что каждый отвѣчает за свои, (а не за чужія) дѣйствія, общее начало справедливости требует suum cuique tribuere. Но в гражд. правѣ встрѣчаются случаи, когда отвѣтственность возлагается не только за свои, но и за чужія дѣйствія. Однако, и в этом случаѣ отвѣтчик несет отвѣтственность хотя и за чужія дѣйствія, но за свою (прямую или косвенную) вину.

Так, по 687 ст. т. X господа и вѣрители несут гражданскую отвѣтственность за дѣйствія своих слуг и повѣренных, дѣйствовавших при исполненіи их порученій, сообразно с приказаніем или полномочіем. Здѣсь вина господ и вѣрителей выражается в дурном выборѣ слуг—culpa in eligendo. Для отвѣтственности по 687 ст. необходимо: 1) общее порученіе хозяев и вѣрителей и 2) дѣйствіе слуги, повѣреннаго при исполненіи даннаго ему (общаго) порученія, но отнюдь не спеціальное порученіе на данный случай (ср. 1903/22 и др.).

На основ. 687 ст. допускалась у нас и отвѣтственность казны за дѣйствія должностных лиц (78/162, 89/69, 90/49, 900/56). Но Правит. Сенат допускал эту отвѣтственность очень сторожно, лишь в случаях, когда обращеніе к должностным лицам являлось необходимостью (пересылка денег по почтѣ, мѣры охраны наслѣдства и т. п.) *). Родители, опекуны и вообще лица, имѣющія надзор за малолѣтними и душевнобольными, отвѣчают за убытки, причиненные послѣдними (686, 654). Им ставится в вину недостаток надзора—culpa in custodiendo (688) **).



*Отвѣтственность по принципу причиненія.* Нашему праву извѣстен один случай отвѣтственности по чистому принципу причиненія и ряд спеціальных узаконеній, исходящих из идеи профессіональнаго риска.

По 653 и 654 стт. т. X. ч. 1, когда родители и опекуны докажут, что они не виноваты в причиненіи вреда находящимися на их попеченіи малолѣтними, дѣйствовавшими без разумѣнія, а равно безумными и сумасшедшими, освобождаются от отвѣтственности и в этом послѣднем случаѣ отвѣчают сами малолѣтніе, безумные и сумасшедшіе. А так как дѣйствіе без разумѣнія не может быть вмѣнено в вину, слѣдовательно, малолѣтніе, безумные и сумасшедшіе отвѣчают в данном случаѣ по объективному признаку причиненія вреда.

Гораздо чаще в нашем законодательствѣ встрѣчается примѣненіе принципа причиненія в формѣ профессіональнаго риска.

По ст. 683 т. X ч. I владѣльцы желѣзнодорожных и пароходных предпріятій отвѣчают за личный вред, причиненный вслѣдствіе смерти или поврежденія в здоровьи при эксплоатаціи предпріятія. Желѣзнодорожныя и пароходныя предпріятія освобождаются от отвѣтственности только в том случаѣ, если докажут, что несчастье произошло: 1) не по винѣ управленія предпріятіем или его агентов или 2) вслѣдствіе воздѣйствія непреодолимой силы. Надлежит отмѣтить, что Сенат (1901/115, 87/68) и часть наших ученых (в особенности проф. Яблочков—указ. соч.), основываясь на историческом происхожденіи 683 ст., выраженіе "не по винѣ управленія предпріятіем или его агентов" толкуют в смыслѣ: по винѣ потерпѣвшаго или посторонних лиц, при

*) Отвѣтственность казны за служащих конструируется как отвѣтственность за свои органы или представителей, но признается далеко не всѣми учеными (Лазаревскій).

**) Нѣкоторые цивилисты относят указанные случаи отвѣтственности к отвѣтственности по принципу причиненія, указывая, что нерѣдко culpa in eligendo или custodiendo —простая фикція. Однако, отдѣльные случаи отсутствія вины хозяев не опровергают общаго правила, не опорочивают общей идеи.

чем наличность такой вины должно доказать само предпріятіе. Таким образом, при указанном толкованіи, принятом нашей судебной практикой, предпріятіе освобождается от отвѣтственности: 1) при наличіи вины потерпѣвшаго или посторонних лиц и 2) при воздѣйствіи непреодолимой силы. Во всѣх прочих случаях причиненія личнаго вреда при эксплоатаціи предпріятія послѣднее несет отвѣтственность, слѣдовательно, оно отвѣчает и за случай, за так-назыв. внутренній случай (лопнувшій от мороза рельс и пр.), за несчастье, происшедшее от неизвѣстной причины. Ст. 683 возлагает отвѣтственность лишь за личный вред, причиненный при эксплоатаціи предпріятія, под которой Сенат с 1907 г. разумѣл только техническую эксплоатацію и подсобныя к ней работы, но не всю хозяйственную эксплоатацію (07/20, 12/29 и 126). Давность предъявленія иска 1 г. со дня несчастія на внутренних путях и 2 г. в морях. Вознагражденіе выдается и семьѣ умершаго, жившей на его счет и не имѣющей средств. Вознагражденіе выдается за смерть или увѣчье, но не за профессіональную болѣзнь — в видѣ пожизненной пенсіи или капитализированной ренты.

Закон 2-го іюня 1903 г. о вознагражденіи рабочих фабричных и заводских предпріятій устанавливает отвѣтственность владѣльцев послѣдних за вред, причиненный рабочим и служащим вслѣдствіе смерти или поврежденія в здоровьи, происшедших при производствѣ или вслѣдствіе производства работ. Владѣльцы освобождаются от отвѣтственности, если докажут злой умысел или грубую неосторожность потерпѣвшаго. Исковая давность 2 г., пенсія — ежемѣсячная, исчисляется из $^2/_3$ содержанія (в зависимости от процента утраты трудоспособности), дается и семьѣ умершаго от несчастнаго случая.

Закон 28 іюня 1912 г. о вознагражденіи желѣзнодорожных рабочих и служащих идет еще дальше и устанавливает отвѣтственность владѣльцев предпріятій за несчастные случаи, происшедшіе со служащими при работах или вслѣдствіе работ по предпріятію, при чем освобождает владѣльцев от отвѣтственности только при наличіи злого умысла самого потерпѣвшаго (и vis major). Пенсія выдается семьѣ умершаго от несчастнаго случая, пенсія—ежемѣсячная по установленным законом нормам в видѣ части заработка—до ¾ послѣдняго. Исковая давность 2 года.

В 1914 и 1915 гг. по аналогіи с законом 28 іюня 1912 г. был издан ряд спеціальных законов о вознагражденіи служащих и рабочих морского, артиллерійскаго, финансоваго вѣдомства и нѣк. др.



Единственный частный случай нѣкотораго соизмѣренія возмѣщенія вреда со степенью вины мы находим в 644—6 ст. т. X ч. I: при простой винѣ правонарушитель обязан возмѣстить непосредственные убытки от преступленія или проступка при преднамѣренной и отдаленные. Однако, Сенат подчеркивает, что гражд. отвѣтственность не зависит ни от характера, ни от тяжести дѣянія (1901/121).

*Отвѣтственность за вред по кодексу Р. С. Ф. С. Р.*—Согласно 106 ст. кодекса обязательства возникают из договоров и других указанных в законѣ основаній, в частности вслѣдствіе неосновательнаго обогащенія и вслѣдствіе причиненія другому вреда. Ст. 403 устанавливает, что причинившій вред личности или имуществу другого обязан возмѣстить причиненный вред. Он освобождается от этой обязанности, если докажет, что не мог предотвратить вред или был управомочен на причиненіе вреда или что вред возник вслѣдствіе умысла или грубой неосторожности самого потерпѣвшаго. Из приведеннаго видно, что и здѣсь отвѣтственность возлагается за дѣянія, которыя отвѣтчик мог предотвратить и не предотвратил, слѣдовательно, в основаніи отвѣтственности по кодексу положен принцип вины. Этот вывод подтверждается и содержаніем 405 ст. Лица недѣеспособныя (за исключеніем несовершеннолѣтних, достигших 14 лѣт и расточителей) не отвѣчают за причиненный вред, за них отвѣчает лицо, обязанное имѣть надзор—что всецѣло соотвѣтствует общему принципу вины.

Принцип причиненія (по идеѣ профессіональнаго риска) выражен в слѣдующем постановленіи ст. 404. Лица и предпріятія, дѣятельность которых соединена с повышенной опасностью для окружающих, как-то: жел. дороги, трамваи, фабрично-заводскія предпріятія, торговцы горючими матеріалами, держатели диких животных, возводящіе строенія и иныя сооруженія и т. п. отвѣчают за вред, причиненный источником повышенной опасности, если не докажут, что вред возник вслѣдствіе непреодолимой силы, либо умысла или грубой небрежности самого потерпѣвшаго. Так. обр., указанныя лица и предпріятія отвѣчают и за случайное причиненіе вреда и происшедшее от невыясненных причин.

И принцип конкретной справедливости нашел отраженіе в новом кодексѣ.—Согласно 406 ст. в тѣх случаях, когда на основ. 403—405 ст. (изложены выше) причинившій

вред не обязан к его возмѣщенію, суд может обязать его возмѣстить вред в зависимости от имущественнаго положенія его и потерпѣвшаго. Здѣсь мы имѣем дѣло с факультативным примѣненіем принципа конкретной справедливости, а в 411 ст. и с обязательным его примѣненіем. Согласно 411 ст. суд при опредѣленіи размѣра вознагражденія должен во всѣх случаях принимать во вниманіе матеріальное положеніе потерпѣвшаго и причинившаго вред.

Учрежденіе (госуд. казна?) отвѣчает за вред, причиненный служебными дѣйствіями должностного лица, лишь в случаях особо указанных законом, если притом неправильное дѣйствіе должностного лица признано таковым надлежащим судебным или административным органом; учрежденіе освобождается от отвѣтственности, если потерпѣвшій своевременно не обжаловал неправильнаго дѣйствія (407).

Возмѣщеніе вреда должно состоять в возстановленіи прежняго состоянія, а если это невозможно — в возмѣщеніи убытков (410).

### 3. *Обязательства из неправомѣрнаго обогащенія.*

Проф. І. Колер находит, что "одним из величайших изобрѣтеній римскаго права является ученіе о неправомѣрном обогащеніи" *) — condictiones sine causa. Дѣйствительно, право благодаря своей строгости и присущему ему формализму иногда приводит к несправедливости (summum jus —summa injuria), ученіе о неправомѣрном обогащеніи призвано по возможности устранять подобную несправедливость. Так, напр., мое бревно добросовѣстно застроено в чужое зданіе, стало частью послѣдняго. Если допустить здѣсь дѣйствіе виндикаціоннаго иска (по правилу: ubi rem meam invenio—ibi vindico) — все зданіе будет разрушено для возвращенія мнѣ бревна. Или, напр., должник уплатил долг, уже уплаченный его повѣренным; справедливость требует возвращенія вторично уплаченнаго. Римляне нашли выход из подобных положеній, провозгласив принцип: никто не должен обогащаться на чужой счет без признаваемаго правом основанія. Неправомѣрное обогащеніе дает основаніе для иска и возмѣщенія неправомѣрно полученнаго.

Это ученіе усвоено и расширено современным правом.

*) См. Гражд. право Германіи, стр. 305.



Обогащеніе одного лица на счет другого без юридическаго основанія создает обязанность возвратить полученное приращеніе. Для признанія отвѣтственности вслѣдствіе неправомѣрнаго обогащенія необходимо: 1) обогащеніе одного лица, т.-е. фактическое увеличеніе его имущества, 2) на счет другого, т.-е. путем фактическаго уменьшенія имущества другого и 3) без юридическаго основанія для такого обогащенія.

Неправомѣрное обогащеніе отличается и от договорнаго обогащенія и от обогащенія на основаніи правонарушенія. При неправомѣрном обогащеніи может и не быть соглашенія, договора, напр., застройка чужого бревна, и во всяком случаѣ нѣт дѣйствительнаго соглашенія, напр., о вторичной уплатѣ долга, с другой стороны нѣт и правонарушенія—умышленнаго или неосторожнаго причиненія вреда. Обогащеніе в данном случаѣ есть результат правомѣрнаго стеченія обстоятельств.

Неправомѣрное обогащеніе создает обязательственное отношеніе между потерпѣвшим и обогатившимся, для послѣдняго возникает обязанность вернуть неправомѣрно полученное. Возникшее из неправомѣрнаго обогащенія обязательство простирается только на выдачу фактическаго обогащенія, хотя бы ущерб потерпѣвшаго был и больше, при чем таким обогащеніем надлежит считать не только первоначальное увеличеніе имущества, но и все, что на основаніи послѣдняго пріобрѣтено.

Согласно § 812 герм. гр. уложенія: кто без юридическаго основанія, благодаря тому, что в его пользу учинено удовлетвореніе другим лицом или иным путем получил что-либо на счет другого, тот обязан возвратить ему полученное. Обязанность к возврату наступает и в том случаѣ, если юридическое основаніе отпадает впослѣдствіи или не наступит то событіе, которое, по самому содержанію сдѣлки, стороны имѣли в виду.

Ст. 62 швейц. обязат. права гласит: обогатившійся из неправомѣрнаго основанія на счет другого лица обязан возвратить полученное. В особенности обязан возвратить полученное тот, кто получил что-либо без всякаго дѣйствительнаго основанія или из такого основанія, которое не осуществилось или которое впослѣдствіи отпало.

Русское право не знало этого института, но судебная практика основывала его на 574 ст. т. X ч. I. Пр. Сенат провозгласил общій принцип, что безмездный переход цѣнностей не предполагается, поэтому каждый, пріобрѣтаю-

щій какія-либо имущественныя права, обязан предоставить соотвѣтствующій эквивалент или возмѣщеніе (93/73 и др.). Случаи неправомѣрнаго обогащенія встрѣчаются в гражданском оборотѣ часто и объем примѣненія этого института весьма широк.

Кодекс Р. С. Ф. С. Р. знает "обязательства, возникающія из неосновательнаго обогащенія".

399 ст. кодекса устанавливает, что "обогатившійся на счет другого без достаточнаго установленнаго законом или договором основанія обязан возвратить неосновательно полученное; обязанность возврата наступает и тогда, когда основаніе обогащенія наступает впослѣдствіи". Неосновательно обогатившійся обязан возвратить и всѣ доходы с того времени, когда он узнал или должен был узнать о неосновательности обогащенія, с этого времени он отвѣчает и за ухудшеніе имущества, до этого же времени лишь за умысел и грубую небрежность; в свою очередь имѣет право требовать возмѣщенія произведенных им с этого времени необходимых затрат на имущество (400). Обогатившійся за счет другого лица вслѣдствіе противозаконнаго или направленнаго в ущерб государству дѣйствія этого лица, обязан внести неосновательно полученное в доход государства (402).

*4. Обязательства, возникающія в силу оказанія помощи.*

Интересы соціальнаго цѣлаго, интересы общежитія нерѣдко приводят к тому, что одни люди сознательно оказывают другим помощь без просьбы, нерѣдко без знанія и даже желанія послѣдних. Эта альтруистическая дѣятельность в интересах общежитія должна быть поддерживаема: она создает обязательственныя отношенія.

Сюда относится *веденіе чужих дѣл без порученія* — negotiorum gestio. Напр., стѣна дома в отсутствіе хозяина грозит обвалиться, погибнет весь дом, сосѣд, видя это, починяет стѣну; изгородь поля испортилась, скот попадает и топчет хлѣб, сосѣд починяет ее и т. п. Для возникновенія обязательства необходимо: 1) намѣренное совершеніе дѣйствія в чужих интересах, 2) отсутствіе полномочія на это и 3) очевидная выгода для отсутствующаго хозяина. Ведшій чужое дѣло без полномочія имѣет право на возмѣщеніе ему издержек — необходимых и полезных (но не вызванных роскошью); хозяин обязан освободить ведшаго его дѣло от всѣх обязательств, принятых послѣдним в интересах хозяина, ведшій чужое дѣло без порученія имѣет право и на вознагражденіе за труд (по аналогіи с повѣренным). Наша судебная практика признавала веденіе чужих дѣл без порученія и примѣняла здѣсь 574 ст.



Сюда же относятся и *другіе случаи оказанія помощи* из соображеній гуманности. Напр., прохожій упал на улицѣ в обморок, хозяин ближайшаго дома поднял его, принес на квартиру, пригласил врача, купил лѣкарство и пр. Человѣк тонул, прохожій бросился в воду и спас его, при этом испортил свой костюм. Понесенные тѣм и другим убытки подлежат возмѣщенію. Хотя больной в первом случаѣ и утопающій во втором не просили о помощи и помощь была оказана им из чувства гуманности, однако, чувство гуманности не должно быть смѣшиваемо с возмѣщеніем вреда и не препятствует ему. Чувство гуманности остается альтруистическим чувством и всѣ тѣ хлопоты и безпокойства, которые связаны с актом помощи, из соображеній этических матеріальному возмѣщенію не подлежат, но матеріальный ущерб, понесенный при этом, подлежит возмѣщенію. Иначе спасеніе жизни, здоровья и т. п. индивидуальных благ другого может быть задержано боязнью испортить костюм, неоплаченным счетом и т. п. Дѣятельность соціальная, гуманная заслуживает поддержки и связанные с актами гуманности издержки при желаніи понесшаго их должны быть возмѣщены послѣднему.

## III. Измѣненіе, исполненіе и прекращеніе обязательств.

*Измѣненіе обязательств.*

Современное право (в отличіе от древняго) допускает измѣненіе обязательственных отношеній. Это измѣненіе может касаться как субъектов обязательства, так его объекта и содержанія вообще.

Измѣненіе *обвектов* обязательственнаго отношенія выражается в формѣ трех институтов: цессіи, суброгаціи и делегаціи.

*Цессія представляет передачу кредитором (цедентом) своего права требованія другому лицу (цессіонару) без согласія должника.*

Современная цессія имѣет большую исторію. В римском правѣ обязательство носило неизмѣнный характер,

взаимное личное отношеніе между сторонами составляло сущность обязательства. Передача требованія другому лицу не допускалась. Для послѣдняго необходимо было разрушеніе стараго требованія (между прежним кредитором и должником) и созданіе новаго (между новым кредитором и тѣм же должником)—что возможно было только по соглашенію с должником (в формѣ новаціи). Однако, послѣднее было очень сложно и ставило сдѣлку в зависимость от согласія должника. С развитіем оборота явилась потребность в болѣе простых и независимых от должника формах передачи требованія. Римскіе юристы воспользовались для удовлетворенія этой потребности институтом поручения и особенностями римскаго процесса. Лицо, которому хотѣли передать требованіе, назначалось уполномоченным для веденія процесса с правом удержанія полученнаго (procurator in rem suam). Такой уполномоченный получал всѣ права вѣрителя, если доводил иск до litis contestatio —что приводило к процессуальной новаціи, дающей dominium litis (в формулѣ intentio писалась на первоначальнаго кредитора, condemnatio на procurator'a). В дальнѣйшем для обезпеченія перехода права требованія новому кредитору (формально procurator'y in rem suam) было предоставлено право дѣлать denuntiatio—заявленіе должнику о передачѣ права требованія, послѣ чего должник лишался уже права платить прежнему кредитору. Благодаря этому центр тяжести взаимных отношеній с litis contestatio перемѣстился на denuntiatio. Ею завершалась передача требованія, denuntiatio носило обязательный характер. Таким образом, судебное требованіе (присужденіе) уплатить новому кредитору потеряло свое рѣшающее значеніе, послѣднее пріобрѣло простое увѣдомленіе. Со времени Антонина Пія (и окончательно с эпохи Юстиніана) procurator'y стали давать actio utilis: procurator in rem suam мог искать только от имени уполномочившаго (но в свою пользу), при actio utilis он получил право искать от своего имени. Однако, связь с первоначальным кредитором все же сохранилась. По мнѣнію Мюлленбруха actio utilis—есть иск другого, самостоятельное право на осуществленіе чужого требованія. Современное право окончательно порвало с этой римской традиціей и разсматривает пріобрѣтателя как самостоятельнаго владѣльца требованія, осуществляющаго свое собственное право. Цессія совершается путем соглашенія первоначальнаго кредитора-цедента с пріобрѣтателем — цессіонаром, независимо не только от согласія должника, но и от увѣдомленія его. Увѣ-



домленіе не обязательно, оно лишь охраняет интересы пріобрѣтателя, но не имѣет значенія для дѣйствительности цессіи.

Субъектами цессіи являются—кредитор, обладающій правом требованія и уступающій послѣднее другому лицу, он называется цедентом, пріобрѣтатель права требованія, заступающій кредитора в обязательствѣ—цессіонар. Должник в обязательствѣ остается прежній — debitor cessus.

Объектом цессіи может быть вся область имущественных прав (в том числѣ вещныя притязанія, иски), но главным образом, объектом цессіи являются обязательства.

Цессія невозможна: 1) если требованіе носит неимущественный характер, напр., вытекает из оскорбленія чести, из неблагодарности одареннаго и т. п., 2) если требованіе тѣсно связано с опредѣленными личностями кредитора и должника, носит строго личный характер, напр., личный наем, 3) если на требованіе не может быть обращено взысканіе, напр., заработная плата рабочаго, иначе путем цессіи легко обойти законное запрещеніе, 4) если требованіе является принадлежностью другого, без котораго не может быть осуществлено, напр., поручительство, нѣкоторые сервитуты.

По своей юридической природѣ цессія представляет сингулярное преемство в требованіи. По господствующему мнѣнію, цессія есть сдѣлка абстрактная и не зависит от основанія. Таким образом, должник обязан при уплатѣ удостовѣриться лишь в дѣйствительности акта цессіи, а не основанія (т.-е. только ничтожность акта цессіи имѣет дѣйствіе против него, а не оспоримость).

Цессія возникает как добровольная, судебная и необходимая или законная.

Добровольная цессія основывается на соглашеніи с управомоченным (цессіонара с цедентом). Судебная цессія —принужденіе к уступкѣ прав. Законная цессія—правильнѣе законное преемство—имѣет мѣсто ipso jure в нѣкоторых случаях как слѣдствіе извѣстных юридических отношеній, напр., управомочившій может требовать от представителя передачи возникших для него в лицѣ послѣдняго прав, обязанный выдать вещь обязан передать и право требованія на нее и т. п.

Отношенія субъектов при цессіи. Отношеніе цедента к цессіонару опредѣляются правилом: nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet — никто не может передать другому больше прав, чѣм сам имѣет. Цессіонар по отно-

шенію к должнику получает всѣ права, какія имѣл цедент (кромѣ строго-личных), и самостоятельно осуществляет их. Передавшій требованіе—цедент отвѣчает за дѣйствительность послѣдняго, т.-е. за юридическую обоснованность требованія—nomen verum esse, но не за фактическую осуществимость—nomen bonum esse (за исключеніем особаго соглашенія). Другими словами, цедент передает цессіонару требованіе к должнику, который и отвѣчает по обязательству перед цессіонаром *). Цедент, получивший уплату послѣ акта цессіи, отвѣчает перед цессіонаром. Из двух пріобрѣтателей требованія преимущество имѣет первый.

Отношенія цессіонара к должнику в основных чертах сводятся к слѣдующему. Право требованія переходит в том видѣ, в котором находилось во время цессіи. Вмѣстѣ с главным требованіем переходят и принадлежности: залоговыя права, требованія к поручителям, переходят и привилегіи цедента, связанныя с обязательством (privilegiae causae), но не с личностью цедента (priv. personae). Возраженія против цедента, возникшія до denuntiatio, дѣйствительны и против цессіонара, как in rem, так и in personam, но привилегіи, дающіяся для "собственных" требованій цессіонара, не дѣйствительны против должника, ибо его положеніе путем цессіи не должно ухудшаться. Послѣ denuntiatio должник не может платить цеденту, иначе отвѣчает и перед цессіонаром (о цессіи см. §§ 398—413 герм. гр. ул. и §§ 164—174 шв. гр. ул.).

Наша судебная практика допускала цессію (96/2, 71/788 и др.). Тоже и совѣтскій кодекс (124).

*Суброгація есть переход права требованія таким образом, что пріобрѣтатель требованія становится на мѣсто вѣрителя в обязательствѣ, пріобрѣтает и осуществляет права послѣдняю.*

В то время как цессіонар имѣет самостоятельное право, суброгатор получает право кредитора со всѣми его обезпеченіями (ср. §§ 1249—1255 фр. гр. код.**). Суброгація возможна по договору и закону. Так, у нас в Черниговской и Полтавской губ. поручитель, по уплатѣ долга, вступал во всѣ права заимодавца (1589).—От суброгаціи положеніе

*) Иначе вексельный индоссамент, гдѣ каждый надписатель перед послѣдующими отвѣчает как по самостоятельному обязательству, т.-е. и за nomen bonum.

**) См. Трепицын. Гражд. право губерній Царства Польскаго и русское, стр. 217 и сл.



кредитора не должно ухудшаться (nemo subrogat contra se). Напримѣр, если суброгирована часть требованія, то при взысканіи требованіе кредитора (в остальной части) имѣет преимущество перед требованіем суброгатора.

*Делегація есть передача долга.* — Передача требованія кредитором допускается без согласія должника (цессія), ибо его юридическое и экономическое положеніе не мѣняется от этого; передача же должником своего долга новому должнику, с освобожденіем перваго от ответственности, невозможна без согласія кредитора, ибо положеніе послѣдняго от такой передачи может ухудшиться, без освобожденія перваго от ответственности возможна.

Необходимо различать три вида передачи долга (ср. Унгер). Долг может перейти на новаго должника: 1) так, что прежній должник освобождается от долга — привативная передача; 2) так, что на ряду с прежним должником возникает новый в качествѣ дополнительнаго должника—кумулятивная передача и 3) так, что передается не самый долг, а лишь уплата по нему—передача уплаты, исполненія.

Привативная передача долга есть субституція новаго должника на мѣсто прежняго, котрый освобождается от своей обязанности. Эта субституція возможна двояким путем: 1) путем уничтоженія стараго обязательства и созданія новаго с новым должником вмѣсто стараго, или же вступленіем новаго должника в продолжающееся обязательство, из котораго уходит старый. Во 2-м случаѣ мы имѣем вступленіе новаго должн. вмѣсто стараго, без перемѣны обязательства. Переход долга совершается путем договора между вѣрителем и принимающим на себя долг, который становится на мѣсто прежняго должника. Таким образом, необходимо согласіе кредитора. Оно допускается до и послѣ принятія долга—явное и молчаливое. Долг переходит в том видѣ, в каком был во время передачи — со всѣми принадлежностями и возраженіями, кромѣ личных.

Кумулятивная передача, т.-е. возникновеніе новаго ответственнаго по долгу лица на ряду со старым, возможна и без согласія кредитора: его положеніе не ухудшается, а улучшается.

Кто обѣщает другому (обязывается) уплатить его долг, тот принимает на себя не долг, а исполненіе по долгу: обязанным перед кредитором является должник, но третье лицо обязано перед послѣдним своевременно удовлетворить его кредитора. В случаѣ сомнѣнія, имѣется ли принятіе долга или уплаты, предполагается послѣднее.

Германское гражд. уложеніе знает всѣ указанные виды передачи долга и исполненія (ср. §§ 414, 415 и 419), также и швейцарское гр. ул. (§§ 175—183 обяз. пр.).

Наше законодательство знало отдѣльные случаи делегаціи (ст. 1428, 2329), судебная практика допускала делегацію болѣе широко (86/63).

Допускает переход долга с согласія кредитора и кодекс Р. С. Ф. С. Р. (126).

*Измѣненіе объекта и содержанія обязательства* может быть весьма разнообразно, напримѣр, уменьшеніе долга, уплата части долга, измѣненіе мѣста исполненія, отсрочка уплаты и т. п.

### *Исполненіе по обязательству.*

Исполненіе по обязательству должно быть произведено: 1) надлежащим лицом и надлежащему лицу; 2) в надлежащее время; 3) в надлежащем мѣстѣ и 4) надлежащим образом.

Надлежащим лицом по исполненію обязательства будет лицо, принявшее на себя обязательство. Но не всегда необходимо, чтобы исполненіе производил лично обязавшійся. Так как содержаніе обязательства есть дѣйствіе, имѣющее матеріальную цѣнность, то для кредитора иногда безразлично, кто именно произведет ему исполненіе. Поэтому в тѣх случаях, когда исполненіе тѣсно связано с личностью исполняющаго, когда оно разсчитано на личныя способности, познанія, опытность именно даннаго лица, принявшаго на себя обязательство, — требуется личное исполненіе. Такіе договоры, как личный наем, довѣренность, товарищество, комиссія и нѣк. другіе требуют личнаго исполненія. В других случаях, гдѣ исполненіе не связано тѣсно с личностью исполнителя, допускается исполненіе через представителя и даже через постороннее лицо *). Исполненіе должно быть совершено перед кредитором или его представителем, может быть совершено и перед третьим лицом, с согласія кредитора.

*Время исполненія.* — Исполненіе должно быть произведено в надлежащій срок. Надлежащій срок есть срок, установленный в договорѣ (1530 ст.). До наступленія срока кредитор не в правѣ требовать исполненія по обязательству. С другой стороны и должник не обязан до срока исполнять обязательство, а в нѣкоторых случаях и не может этого сдѣлать, именно в тѣх случаях, когда нарушаются интересы кредитора, напр., при поклажѣ, при займѣ с %% (ср. 2023 ст.). При обязательствах безсрочных обязанность исполненія наступает немедленно по заключеніи договора, при обязательствах. сроком до востребованія — немедленно по требованію *). В нѣкоторых случаях срок исполненія устанавливается законом — договор перевозки по жел. дор., храненія в товарных складах.

*) Для послѣдняго ср. 85 ст. Уст. Векс. 1903 г.: кредитор не в правѣ отвергнуть платеж по векселю от третьяго лица.



Возможно установленіе отсрочки в исполненіи обязательства: по договору или закону. Отсрочка исполненія по закону может носить общій характер и называется мораторіем, допускается при наступленіи чрезвычайных обстоятельств, вліяющих на исполненіе обязательства, напримѣр: война, революція и т. п. Кромѣ того, отсрочка в исполненіи связана с назначеніем администраціи по дѣлам должника (392 Уст. Суд. Торг.).

Неисполненіе обязательства в срок вызывает просрочку должника в исполненіи. Просрочка по винѣ должника вызывает: 1) возмѣщеніе ущерба за неисполненіе обязательства в срок; 2) усиленіе отвѣтственности: риск гибели объекта исполненія падает на просрочившаго, он платит проценты за время просрочки. Возможна и просрочка кредитора в принятіи исполненія; она вызывает отвѣтственность за убытки.

*Мѣсто исполненія.* — Надлежащим мѣстом исполненія является мѣсто, обусловленное в обязательствѣ, или вытекающее из свойства послѣдняго, напримѣр, передача индивидуально-опредѣленных вещей или недвижимости (209, 1460[29] Уст. Гр. С. и др.). Если ни в обязательствѣ не указано, ни из характера его не вытекает мѣсто исполненія, то послѣднее опредѣляется по мѣсту жительства должника (in favorem debitoris — п. 5, ст. 1539). Платеж денег, по господствующему мнѣнію, должен производиться по мѣсту жительства кредитора (contra Шершеневич). Также Сенат (78/835) и кодекс Р. С. Ф. С. Р. (113 ст.).

*Образ исполненія.* — Надлежащим образом исполненія является исполненіе именно условленнаго дѣйствія, за отсутствіем условія, — законом указаннаго или вытекающаго из содержанія обязательства. Напримѣр: не будет надлежащим исполненіем врученіе вмѣсто денег товаров, уплата по частям и т. п.

*) Кодекс Р. С. Ф. С. Р. устанавливает для должника 7-дневный льготный срок по предъявленіи требованія (ст. 111).

*Суррогаты исполненія.* — Внесеніе денег и цѣнностей в суд на храненіе. В случаѣ невозможности по каким-либо причинам в срок произвести удовлетвореніе кредитора, напримѣр, при отказѣ или отсутствіи кредитора, должник в правѣ представить предмет обязательства в суд по мѣсту исполненія послѣдн., а если таковое не условлено—по мѣсту своего жительства. Могут быть вносимы: деньги, цѣнныя бумаги, документы, драгоцѣнныя вещи и друг. предметы, если к принятію послѣдних на сохраненіе не встрѣтится затрудненій. Внесеніе должно сопровождаться письменной просьбой о выдачѣ вносимаго кредитору, для вызова котораго прилагаются деньги (1460[29] *).

Принудительное исполненіе обязательства. — В случаѣ неисполненія обязательства в срок, кредитор может просить суд о присужденіи ему объекта обязательства или о возмѣщеніи ущерба от неисполненія и приведеніи рѣшенія в исполненіе. Суд может постановить рѣшеніе и привести его через судебнаго пристава в исполненіе: а) о передачѣ имущества в натурѣ; б) о совершеніи дѣйствій за счет должника; в) о взысканіи ущерба и убытков в пользу вѣрителя. Первые два случая принудительнаго исполненія встрѣчаются сравнительно рѣдко, послѣдній же — матеріальное возмѣщеніе интереса вѣрителя — является обычным средством удовлетворенія кредитора.

*Очистка.*—Очистка есть отвѣтственность за недостатки в правѣ на отчужденную вещь. В том случаѣ, когда отчуждена, передана в собственность вещь, и окажется, что передавшій сам не имѣл права собственности на нее, или его право собственности было обременено, напр., залогом, сервитутами и т. п. — чего не знал пріобрѣтатель, то отчуждатель отвѣчает перед пріобрѣтателем за недостатки в правѣ, т.-е. за отчужденіе у пріобрѣтателя вещи надлежащим собственником (evictio) и за обремененіе ея вещными правами. Отвѣтственность по очисткѣ возлагается на отчуждателя только при возмездном переходѣ права собственности, при безвозмездных же сдѣлках отчужденія она не допускается. Наше законодательство знало этот институт при куплѣ - продажѣ недвижимости (1427 ст.) и движимости (1512).

Кромѣ того, современныя законодательства устанавливают и отвѣтственность отчуждателя за фактическіе недостатки вещи (ср. 1516—1519 ст. т. X ч. I).

*) Кодекс Р. С. Ф. С. Р. допускает внесеніе в депозит суда "причитающагося" с должника (ст. 114).



*Прекращеніе обязательств.*

Обязательства прекращаются различными способами, из коих надлежит отмѣтить слѣдующіе:

1. *Исполненіе* обязательства прекращает послѣднее.

2. *Замѣна исполненія* другим дѣйствіем, по соглашенію вѣрителя и должника.

3. Вообще *соглашеніе.*

4. *Новація.* — Новація есть установленіе новаго обязательства взамѣн прежняго, т.-е. прекращеніе прежде существовавшаго и установленіе новаго обязательства, напр., обязательство заплатить за купленный товар может быть замѣнено выдачей векселя и т. п. Новое обязательство может отличаться от прежняго перемѣною содержанія, перемѣною пассивнаго субъекта или перемѣною основанія. Для новаціи необходимо: 1) наличность обязательства—дѣйствительнаго, удовлетворяющаго требованіям закона (иначе недѣйствительно и новое обязательство); 2) установленіе второго обязательства, удовлетвряющаго требованіям закона (иначе остается первое) и 3) соглашеніе сторон о прекращеніи перваго и установленіи второго обязательства. Принудительная новація создается судебным рѣшеніем.

5. *Зачет.* — Зачет или компенсація есть взаимное погашеніе двух, однородных по содержанію прав требованія кредитора и должника. Зачет возможен по соглашенію кредитора и должника — договорный зачет, и без такого соглашенія — силою закона или путем односторонняго заявленія должника — внѣдоговорный зачет. Для внѣдоговорнаго зачета необходимо: 1) существованіе двух обязательственных отношеній, при чем таких, чтобы кредитор по одному был должником по другому *); 2) содержаніе обязательств должно быть однородно и, благодаря этому, допускать зачет, напр., взаимный платеж денег; 3) обязательство, представленное к зачету, должно быть годно к удовлетворенію (ср. § 387 герм. гр. ул.), хотя бы обязательство, против котораго заявлен зачет, и не было готово к удовлетворенію, но допускает досрочное удовлетвореніе.

Зачет не допускается: 1) в силу договора; 2) когда нарушает права третьих лиц, напр., когда 3-е лицо наложило арест на требованіе; 3) когда требованіе возникло из не-

*) Исключеніе представляет зачет при цессіи: должник может противоставить цессіонарію для зачета свое требованіе к цеденту, бывшее годным к зачету в момент denuntiatio.

дозволеннаго дѣйствія, и 4) когда оно не может быть объектом взысканія, напр., требованіе заработной платы.

Зачет, на основаніи закона, знает французскій гражданскій кодекс (§§ 1286, 1290). Германское (§ 338) и швейцарское (§ 124) уложенія допускают зачет только путем заявленія должника. Наше законодательство знает отдѣльные случаи зачета (ст. 494 Уст. Суд. Торг., стт. 1166—1168 Уст Гр. Суд.) и судебная практика широко допускала зачет путем заявленія должника (ср. 1910/21 89/46, 70/496 и др.).

6. *Сліяніе.*—Сліяніе есть пріобрѣтеніе должником права требованія по обязательству, т.-е. совпаденіе в одном лицѣ пассивнаго и активнаго субъектов обязательства. Сліяніе находит мѣсто при общем преемствѣ—гл. обр. при наслѣдованій (при частном преемствѣ между живыми—исполненіе, а не сліяніе).

7. *Невозможность исполненія.* — Согласно господствующему ученію, первоначальная объективная невозможность исполненія прекращает обязательство безусловно, послѣдующая объективная невозможность прекращает обязательство, если она наступила случайно **).

8. *Отреченіе* кредитора от права требованія прекращает обязательство, если не нарушает прав должника и третьих лиц (1547 ст., 80/196)**).

9. *Смерть* —физическая и юридическая прекращает строго-личныя обязательства (личный наем, довѣренность и др.).

*) См. подробнѣе стр. 12—14.

**) Спорно в литературѣ (ср. 397 ст. герм. гр. ул. и 115 ст. шв. гр. ул.).

# ОСОБЕННАЯ ЧАСТЬ.

## IV. Классификація договоров и обезпечительные договоры.

*Классификація договоров.*

Необходимо отмѣтить, что юридическая классификація договоров, т.-е. классификація, основанная на чисто-юридических основаніях, отсутствует. Дѣло в том, что договоры современнаго положительнаго права представляют сложившіеся в жизни, в гражданском оборотѣ институты, юридическая природа и составляющіе элементы которых плохо изучены. Нерѣдко такіе договоры содержат сложные комплексы вещных и обязательственных отношеній (напр., имущественный наем) — так-называемые смѣшанные договоры. В послѣднее время в наукѣ возникло теченіе, предлагающее разложить договорныя отношенія на отдѣльныя основныя обязанности, из которых создаются договорные институты, напр., для договоров пользованія вещью основною обязанностью является возвращеніе вещи без измѣненія ея существа, для купли—возмездность, обязанность уплаты и т. п. Путем такого расчлененія договоров и изученія отдѣльных обязанностей думают установить новыя общія положенія для раціональной чисто-юридической конструкціи договоров и построенія их научной классификаціи (Рюмелин, Генигер, Таль, Симолин). Это—задача большой трудности, она только поставлена, но далеко еще не рѣшена. Поэтому современные ученые, сохраняя типичные договоры, как исторически сложившіеся институты, классифицируют их по различным признакам: по цѣли, по экономическому значенію и т. п.

В дальнѣйшем мы разсмотрим слѣдующіе виды договоров: 1) обезпечительные договоры, 2) особенные договоры и 3) типичные договоры, подраздѣляя послѣдніе по их цѣли, по их соціальному назначенію.

*Обезпечительные договоры.*

Под обезпечительными договорами мы разумѣем договоры, которые служат цѣлям обезпеченія исполненія обязательств, т.-е. главных договоров и, таким образом, носят дополнительный характер. По общему правилу нельзя заставить контрагента исполнить договор, можно искать с него лишь матеріальный ущерб, причиненный неисполненіем. Но нерѣдко исполненіе договора для контрагента значительно важнѣе возможности отыскивать ущерб, нерѣдко и возможность получить удовлетвореніе понесеннаго ущерба является проблематичной, а иногда и не возникает матеріальнаго ущерба. Все это заставляет прибѣгать к особым средствам для укрѣпленія силы договоров, для побужденія контрагента к их исполненію. Такими средствами в гражданском оборотѣ являются, между прочим, особые обезпечительные договоры, к заключенію которых и прибѣгают для укрѣпленія силы главнаго договора, для обезпеченія исполненія послѣдняго. Из них особым распространеніем в нашем правѣ пользуются: 1) задаток, 2) неустойка, 3) поручительство и 4) залог и заклад имущества. Кромѣ указанных, имѣют примѣненіе и другіе обезпечительные договоры, напр., передача кредитору цѣнностей в качествѣ гарантіи исполненія обязательства, передача должником третьему лицу денежной суммы, которая должна быть передана кредитору в случаѣ неисполненія обязательства должником и нѣк. др.

Из четырех указанных наиболѣе распространенных видов обезпечительных договоров послѣдній (залог и заклад) разсмотрѣн нами выше *). Здѣсь мы остановимся на первых трех.

*Задаток.*

*Задаток представляет собою уплату при заключеніи договора части денежной суммы, слѣдуемой от одного контрагента другому по договору.*

Задаток в современном правѣ имѣет различное значеніе: 1) как знак и доказательство заключенія договора, 2) как способ укрѣпленія договора и 3) как отступное.

В первом случаѣ выдача задатка означает заключеніе договора, и задаток играет здѣсь роль аванса. При неисполненіи договора предъявляется иск об убытках, и задаток зачитывается при исчисленіи размѣра убытков.

*) См. вып. III, стр. 70 и слѣд.



Ст. 336 герм. гр. ул. гласит: если при переговорах о заключеніи договора что-либо дается в качествѣ задатка, то обстоятельство это разсматривается, как знак заключенія договора.

Во втором случаѣ задаток служит к укрѣпленію договора: страхом потери выданнаго задатка должник побуждается к исполненію договора. Таким образом, задаток играет роль штрафа за неисполненіе сдѣлки: односторонняго—потеря задатка давшим его и двусторонняго—возвращеніе задатка в двойном количествѣ, если неисполненіе договора произошло по винѣ получившаго задаток. Но возможен и иск об убытках с зачетом задатка.

В третьем случаѣ задаток носит характер отступного, замѣны ущерба. Потерей задатка исчерпываются всѣ отношенія по договору. Иск об убытках невозможен. Значеніе задатка, как отступного, должно быть оговорено.

Наше право знает всѣ три вида задатка, хотя и не содержит общих постановленій о нем.

Так, в значеніи доказательства заключенія договора и аванса задаток употребляется в стт. 1513, 1518, 2215 т. X ч. I и 27, 28 Полож. о каз. подр. и пост.

В значеніи отступного задаток употребляется в слѣдующих случаях. 1) По так-называемой задаточной распискѣ, совершаемой для обезпеченія предварительнаго условія о совершеніи купчей крѣпости или формальной запродажной записи (ст. 1685-6); при чем указанное отступное носит двусторонній характер: потери задатка давшим его, если неисполненіе договора произошло по его винѣ, и возвращенія задатка вдвойнѣ, если неисполненіе договора произошло по винѣ получившаго задаток (1688 ст., 1904/28). В случаѣ же несовершенія договора (купчей или запродажной) по взаимному согласію, вслѣдствіе обоюдной вины или по законным причинам (напр., vis major) задаток отдается обратно выдавшему, и стороны возвращаются в прежнее положеніе (1689). Задаточная расписка имѣет дѣйствіе в теченіе 1 года для совершенія купчей или запродажной, и требованіе по ней может быть осуществлено в теченіе еще 1-го года (сокращенная давность). 2) При продажѣ с публичных торгов казеннаго и частнаго имущества (1495 ст. т. X ч. I, 1067, 1176 Уст. Гр. Суд.).

В прочих случаях, как общее правило, Сенат разсматривает задаток как средство обезпеченія договора и при-

том как одностороннее обезпеченіе. Но кредитор может отыскивать понесенный им ущерб с зачетом в него задатка (88/33, 92/12, 04/28).

По кодексу Р. С. Ф. С. Р. задаток разсматривается, как удостовѣреніе заключенія договора и как обезпеченіе послѣдняго; как отступное задаток разсматривается лишь в случаѣ особаго соглашенія о том сторон. Задаток носит здѣсь характер двусторонняго обезпеченія: сторона, отвѣтственная за неисполненіе договора, теряет задаток, если выдала таковой, и возвращает задаток в двойном количествѣ, если получила таковой. Кромѣ того, сторона, отвѣтственная за неисполненіе договора, обязана возмѣстить контрагенту убытки с зачетом задатка, если противное не установлено договором (143 ст.).

*Неустойка.*

*Неустойка есть дополнительное соглашеніе об уплатѣ должником опредѣленной денежной суммы в случаѣ неисправности в исполненіи (главнаго) договора.*

Неустойка имѣет двоякое значеніе: 1) способа обезпеченія обязательства и 2) средства возмѣщенія ущерба от неисполненія договора.

В первом значеніи неустойка отягчает обязательство, носит штрафной характер: уплата неустойки не освобождает должника от исполненія договора и в частности от возмѣщенія убытков по неисполненію договора — кумулятивная неустойка. Во втором значеніи уплата неустойки замѣняет возмѣщеніе ущерба при неисполненіи обязательств—оцѣночная неустойка.

Современныя европейскія законодательства по общему правилу признают за неустойкой оцѣночное значеніе (ср. §§ 1228 и 1229 фр. гр. код., §§ 340 и 341 герм. гр. ул.), допуская взысканіе убытков, лишь поскольку они превышают размѣр неустойки (340 ст.). Такого же взгляда придерживается и доктрина (Дернбург, Петражицкій, Таль). Наше законодательство придает неустойкѣ кумулятивное значеніе (1574, 1585), допуская оцѣночную неустойку лишь по особому соглашенію (1585); так же и Сенат (03/71 и друг.).

Неустойка устанавливается закоиом и договором.

Законная неустойка имѣет примѣненіе: 1) за неисправность в платежѣ по заемным обязательствам между частными лицами, не обезпеченным залогом недвижимости (1575), 2) по обязательствам с казною (1574), 3) по договору перевозки по желѣзным дорогам (110 ст. Общ. Уст. Росс. ж. д.), 4) по нарушеніям расчетов с сельскими рабочими (т. XII, ч. 2, ст. 44 Полож. о наймѣ на сел. раб.), 5) за нарушеніе договора найма фабричных рабочих (ст. 98 Уст. Пром.).



Законная неустойка установлена по заемным обязательствам между частными лицами в размѣрѣ 3% с капитала, по казенным подрядам—в размѣрѣ ½% в мѣсяц, а всего до 6% стоимости обязательства, по договору ж.-д. перевозки—5% за каждый день просрочки до размѣров фрахта, по найму сел.-хоз. рабочих—½ коп. с рубля (0,5%) за каждый день просрочки.

Договорная неустойка устанавливается по соглашенію сторон в дополненіе к главному обязательству (дополнит. договор — 1583 ст.). Поэтому недѣйствительность или прекращеніе главнаго обязательства прекращает и соглашеніе о неустойкѣ. Размѣр добровольной или договорной неустойки ограничен законом 1893 г. о ростовщичествѣ, согласно которому чрезмѣрная неустойка, вынужденная стѣсненными обстоятельствами или скрывающая чрезмѣрный рост, признается недѣйствительной (180 ст. Уст. о Нак.).

По кодексу Р. С. Ф. С. Р. в качествѣ общаго правила неустойка носит оцѣночный характер: кредитор вправѣ требовать или возмѣщенія убытков от неисполненія договора, или уплаты неустойки. Кумулятивная неустойка, т.-е. одновременн. взысканіе убытков и неустойки, допускается лишь в случаях, особо указанных в законѣ или договорѣ. В частности, в законѣ устанвлен, что "если неустойка установлена на случай просрочки или ненадлежащаго исполненія, кредитор в правѣ одновременно требовать как исполненія договора, так и уплаты неустойки либо возмѣщенія убытков, причиненных просрочкой или ненадлежащим исполненіем" (141). Если неустойка чрезмѣрно велика по сравненію с дѣйствительными убытками кредитора, суд в правѣ по просьбѣ должника уменьшить неустойку, при чем должен принять во вниманіе а) степень выполненія обязательства должником, б) имущественное положеніе сторон, в) не только имущественный, но и всякій другой, заслуживающій уваженія интерес кредитора (142).

*Поручительство.*

*Поручительство есть дополнительный договор, согласно которому третье лицо (поручитель) обязуется перед кре-*

*дитором по главному договору выполнить обязательство в случаѣ неисполненія его должникомъ по главному договору.*

Поручительство вызывает субсидіарную отвѣтственность: поручитель отвѣчает в случаѣ невыполненія обязательства должником. Отвѣтственность поручителя не может превышать, быть тяжелѣе отвѣтственности должника по обязательству, но она может быть меньше отвѣтственности послѣдняго. В общем эта отвѣтственность должна соразмѣряться с положеніем главнаго обязательства. Возможно заключеніе договора поручительства без предложенія и даже без вѣдома должника (ср. §§ 765 и 767 герм. гр. ул., 2011, 2013 и 2014 фр. гр. код.). Интерес кредитора заключается здѣсь в том, что на ряду с главным должником отвѣчает и другое лицо—поручитель, что надежнѣе обезпечивает исполненіе по обязательству.

Наше законодательство различает поручительство во всем долгѣ — полное и в части долга — частичное; если в договорѣ не опредѣлено, предполагается полное поручительство (1556).

Болѣе серьезный характер носит раздѣленіе на простое и срочное (на срок) поручительство. Простое и срочное поручительство отличаются друг от друга размѣрами отвѣтственности.

При простом поручительствѣ поручитель отвѣчает лишь послѣ того, как взысканіе долга будет обращено на имущество должника и будет установлена его несостоятельность к уплатѣ долга (по судебной практикѣ, по крайней мѣрѣ, фактическая несостоятельность— 1558 ст., 80/121 и др.). При этом кредитор должен начать взысканіе с должника в теченіе 6 мѣс. по наступленіи срока и не может отсрочивать уплату долга без согласія поручителя. Нѣсколько поручителей отвѣчают по долям с круговой отвѣтственностью друг за друга, а не солидарно. При срочном поручительствѣ кредитор в случаѣ неплатежа должником по обязательству в срок имѣет право непосредственнаго взысканія с поручителя немедленно по наступленіи срока, не обращая даже взысканія на самого должника. Но взысканіе должно быть начато не позже 1 мѣс. со дня наступленія срока, в противном случаѣ срочные поручители освобождаются от отвѣтственности. По ученію Сената срочные поручители отвѣчают солидарно (90/58) — что нельзя признать правильным.

При неуказаніи в договорѣ предполагается простое поручительство, как болѣе легкое для должника. Поручитель



может предъявить всѣ возраженія, которыми может защищаться главный должник. Поручитель, уплатившій долг, вступает на мѣсто вѣрителя и имѣет право на взысканіе капитала, %% и возмѣщенія понесенных им от неисправности должника убытков.

Поручительство возникает в письменной формѣ и связано с главным договором. Поручительство прекращается: 1) соглашеніем кредитора с поручителем, 2) вслѣдствіе прекращенія главнаго обязательства, 3) вслѣдствіе сліянія в одном лицѣ кредитора или должника с поручителем, 4) в случаѣ необращенія кредитором взысканія в установленный срок (6 мѣс. и 1 м.) и 5) в случаѣ установленія кредитором отсрочки в платежѣ без согласія поручителя (1560 и 2043 ст.).

По кодексу Р. С. Ф. С. Р. поручитель, если не оговорено противное, отвѣчает в том же объемѣ, как и главный должник. В случаѣ неисполненія обязательства должником кредитор в правѣ предъявить требованіе к должнику и поручителю, как к солидарным должникам, но может предъявить иск и непосредственно к поручителю, в этом случаѣ поручитель обязан привлечь должника к дѣлу, иначе должник имѣет право противопоставить требованію поручителя к нему всѣ тѣ возраженія, которыя он имѣл против кредитора. Лица, одновременно и совмѣстно давшія поручительство, отвѣчают, как солидарные должники. Поручитель, исполнившій обязательство вмѣсто должника, становится на мѣсто кредитора по главному обязательству. Для возникновенія поручительства требуется письменная форма. Поручительство прекращается: 1) с прекращеніем главнаго обязательства, 2) если кредитор в теченіе 3-х мѣсяцев со дня наступленія срока по главному обязательству не предъявил иска к поручителю; если срок не указан, то отвѣтственность поручителя (поскольку иное не установлено договором) прекращается с истеченіем года со дня заключенія договора поручительства (236 — 250 стт.).

## V. Особенные договоры.

В настоящей главѣ мы хотим дать понятіе о нѣкоторых договорах новаго времени, имѣющих большое значеніе в современном гражданском оборотѣ, которые нельзя отнести к типичным договорам и юридическая природа

которых вызывает сомнѣнія и разногласія. Мы остановимся здѣсь: 1) на договорах посредством присоединенія, 2) на договорах концессіонных и 3) на договорах в пользу третьих лиц.

*Договоры посредством присоединенія (par adhesion)*

На этот юридическій институт впервые обратил вниманіе в литературѣ, повидимому, Салейль.

*Договоры посредством присоединенія суть такого рода договоры, в которых одна сторона вырабатывает условія соглашенія независимо от другой и этой послѣдней предоставляется вступить в соглашеніе, присоединиться к выработанным первой условіям без измѣненія их (или отказаться).*

Таким образом, второй контрагент не является здѣсь равноправной стороной, его мысль и воля не участвуют в установленіи условій соглашенія, мысль и воля первой стороны доминируют над ним, диктуют ему свои условія, к которым он может присоединиться или отказаться. Напримѣр, желѣзная дорога или транспортное общество публикуют цѣны и условія перевозки. Пассажиры и грузоотправители могут ѣхать и дѣлать отправки грузов на опубликованных условіях или не ѣхать и не дѣлать отправок, но они не принимают участія в выработкѣ условій движенія пассажиров и груза, с их индивидуальными желаніями не считаются. То же явленіе мы наблюдаем в отношеніях обществ газового, электрическаго освѣщенія, телефоннаго сношенія, водоснабженія и т. п. к отдѣльным абонентам. Послѣдніе могут принять цѣликом условія первых и стать абонентами или же воздержаться, но измѣнить эти условія согласно своим индивидуальным желаніям не могут. Страхователь, подписывающій полис, гражданин, берущій билет в театр, покупатель, пріобрѣтающій акціи какого-либо предпріятія, пассажир, ѣдущій в трамваѣ,—находятся в аналогичном положеніи. То же самое явленіе мы наблюдаем и в отношеніи отдѣльнаго рабочаго к условіям службы в предпрятіи, установленным соглашеніем хозяина предпріятія и коллектива рабочих (коллективные договора) или в отношеніи к изданным хозяином предпріятія правилам внутренняго распорядка. — Как можно судить по изложенному, такого рода отношеній много в современном гражданском оборотѣ, они имѣют важное значеніе, обслуживают значительные соціальные потребности. Характерною их чертою является то обстоятельство, что всѣ условія соглашенія между сторонами вырабатываются исключительно одною стороною, другая не принимает никакого участія в этом, ея роль пассивная; она может присоединиться к тому, что выработано другой стороною, или отказаться.



Юридическая природа подобнаго рода соглашеній спорна.

Одни ученые полагают, что в данном случаѣ возникает договор sui generis, вступленіе отдѣльнаго лица в договорныя отношенія означает заключеніе договора на предложенных условіях, — договор посредством присоединенія (Пишон и др.).

Другіе относят даннаго рода сдѣлки к сдѣлкам переходным между договором и односторонним волеизъявленіем и объединяют их в одну группу под названіем сдѣлок двух сторон с односторонней фиксаціей содержанія сдѣлки (Генигер). Опредѣленіе — в общем близкое к первому.

Третьи разсматривают подобныя соглашенія, как одностороннее частно-правовое волеизъявленіе, на основаніи котораго возникают права и обязанности независимо от какого бы то ни было согласія другой стороны, гдѣ изъявляющая волю сторона опредѣляет всѣ условія, которым пассивно подчиняется другая (Колер, Долла).

Четвертые указывают, что в современном гражданском оборотѣ волеизъявленія (одностороннія и двусторонніе) связывают не только тѣх, от кого они исходят, но имѣют и болѣе широкое значеніе, распространяют свое вліяніе и на третьих лиц. Послѣднее в особенности имѣет примѣненіе в сферѣ дѣятельности мощных соціальных образованій новаго времени, которым присуща извѣстная автономія в принадлежащей им сферѣ дѣятельности. Таким образом, человѣческая воля способна создавать не только конкретныя правоотношенія, но и абстрактныя нормы, нормы объективнаго права, опредѣляющія внутренній порядок извѣстной соціальной области, которая представляет сферу автономіи извѣстной соціальной единицы. Слѣдовательно, мы встрѣчаемся здѣсь с самостоятельным источником правообразованія — соціальной автономіей извѣстных общественных кругов (Гирке, у нас в особ. Таль).

Наконец, пятые дѣлают попытку объяснить указанныя отношенія при помощи категоріи так-называемых вспомогательных прав или прав на установленіе (измѣненіе) юридическаго положенія (sekundäre Rechte, Gestaltungsrechte). Под послѣдним разумѣют субъективное право, содержаніе котораго составляет власть на установленіе конкретнаго правоотношенія посредством односторонняго волеизъявле-

нія. Такому праву соотвѣтствует не обязанность исполнителя, а "связанность" его возможностью волеизъявленія со стороны управомоченнаго. Таким образом, указанныя отношенія разсматриваются как осуществленіе (грузоотправителем, пассажиром, абонентом, рабочим) права одностороннім волеизъявленіем установить извѣстное правоотношеніе (Агарков) *).

Остановимся вкратце на двух видах указанных соглашеній.

*Договоры тарифные, или коллективные.* — Эти договоры носят не индивидуальный, а массовый характер. Вырабатываются положенія, дѣйствующія в данном предпріятіи или группѣ предпріятій извѣстнаго района, и распространяются на всѣх занятых в означенных предпріятіях лиц: устанавливается общій тариф. Отдѣльный рабочій не заключает самостоятельнаго договора с предпринимателем, а лишь вступает в качествѣ участника в дѣйствующій тарифный договор. Таким образом, *тарифный договор представляет соглашеніе между коллективом рабочих и отдѣльным работодателем или союзом послѣдних, устанавливающій содержаніе договоров отдѣльных рабочих с работодателем или работодателями.* Заключеніе тарифнаго договора возможно при объединеніи рабочих в коллектив — профессіональный союз и т. п. организаціи. Выгода коллективных договоров для рабочих заключается в том, что отдѣльный рабочій не предоставлен своим индивидуальным силам в борьбѣ с капиталом, а является членом коллектива, который и стоит за его спиной со своей матеріальной и моральной поддержкой. Измѣненіе условій договора зависит не от отдѣльных рабочих, а от соглашенія хозяев предпріятія или предпріятій с коллективом рабочих.

*Правила внутренняго распорядка предпріятія.* Под послѣдними разумѣются правила для служащих и рабочих установленныя хозяином предпріятія для урегулированія процесса работы и связанных с ним отношеній. Эти правила носят общій для всѣх характер. Они устанавливают способы расчета, отказа от службы, дисциплинарныя требованія, наказанія и т. п. Заключая соглашеніе с хозяином предпріятія о службѣ, рабочій подчиняется и установленным односторонней волей хозяина правилам внутренняго

*) См. по данному вопросу работы Таля — В. Гр. Пр., 1914 г., № 1 и Юр. Вѣстн., 1915 г., кн. IX, Агарков — Юридич. природа жел.-дор. перевозки, "Право и Жизнь", 1922 г., № 3.



распорядка. Эти правила не должны, однако, противорѣчить закону.

*Концессіонные договоры.*

Еще болѣе сложное явленіе представляют так-называемые концессіонные договоры.

*Концессіонными договорами называются договоры, заключаемые органами публичной власти (государства, мѣстнаго самоуправленія) с частным предпринимателем и направленные на удовлетвореніе жизненных потребностей граждан, удовлетвореніе коих составляет задачу государства или мѣстнаго самоуправленія.*

К числу таких договоров относятся напр., предоставленіе государством частному предпринимателю концессіи на постройку и эксплоатацію желѣзной дороги в извѣстной мѣстности, предоставленіе городом концессіи на постройку и эксплоатацію трамвая, электрическаго освѣщенія, водоснабженія, канализаціи и т. п. частному предпринимателю.

Концессіонные договоры находятся на грани публичнаго и частнаго права. Им присущи элементы того и другого. Концессіонный договор содержит публичные элементы: 1) акт власти, коим государство или мѣстное самоуправленіе выдает концессію, т.-е. разрѣшеніе на извѣстное предпріятіе (привилегію или монополію) и 2) по содержанію орган публичной власти возлагает на частнаго предпринимателя (с согласія послѣдняго) исполненіе одной из публичных функцій, осуществленіе которой входит в задачи публичной власти, напр., по, устройству путей сообщенія, снабженію жителей электричеством, водой и т. п. Концессіонный договор содержит и частно-правовые элементы. Он представляет собою соглашеніе двух сторон, из коих одна поручает, а другая добровольно берет на себя исполненіе извѣстных обязанностей, которые содержат и черты частно-правового характера: концессіонер стремится к частно-хозяйственным цѣлям, к полученію экономической выгоды из предпріятія, а государство или самоуправленіе обезпечивают возможность полученія для него такой выгоды — в частности представляет право пользованія землею, оговаривает право на досрочный выкуп предпріятія и т. п.

Кромѣ того, необходимо отмѣтить еще и вліяніе концессіоннаго договора на третьих не участвующих в нем лиц. В концессіонном договорѣ нерѣдко предустанавливаются условія пользованія объектом концессіи со стороны третьих лиц, напр., пассажиров ж. д., трамвая, абонентов элек-

трическаго освѣщенія, телефона и т. п. Однако, это так-называемое нормативное значеніе концессіоннаго договора не является характерным именно для даннаго договора. Подобныя соглашенія о будущих условіях пользованія объектом концессіи абонентами могут и не быть включены в концессіонный договор. Вообще же отношенія между концессіонером и отдѣльным абонентом обычно складываются по типу "договоров посредством присоединенія", которые разсмотрѣны нами выше,—независимо от того, затронуты или нѣт эти отношенія основным концессіонным договором.

По вопросу о юридической природѣ концессіоннаго договора доктрина не выработала общей точки зрѣнія (communis opinio). Одни ученые разсматривают его как публично-правовой акт (односторонній или двусторонній), другіе — как частно-правовое соглашеніе, третьи—как смѣшанный институт с публично-правовыми и частно-правовыми элементами.

Так, проф. Рюттиман, исходя из теоріи пріобрѣтенных прав, разсматривает концессію как гражданско-правовой договор; то обстоятельство, что предмет и цѣль договора имѣют государственный характер, не мѣняет — по мнѣнію названнаго ученаго — его юридической природы. Также и проф. Каррар высказывается в пользу обыкновеннаго гражданскаго договора, которому предшествует акт верховной власти — концессія.

Наоборот, проф. Гейслер полагает, что концессія не договор: нѣт равенства правового положенія сторон. Она —акт власти, привилегія, создающая сингулярное право концессіонера и в качествѣ акта власти может быть взята обратно. Как форму установленія привилегіи разсматривают концессіонный договор Виндшейд, Унгер, Дернбург. В частности Дернбург оговаривается, что выдачѣ концессіи (привилегіи) может предшествовать соглашеніе, коим фиск пріобрѣтает права и принимает обязательства. Нѣкоторые из административистов разсматривают концессію как односторонній акт власти, юридическія послѣдствія котораго обусловливаются согласіем контрагента или как единый административный акт, облеченный в форму соглашенія с предпринимателем, из котораго вытекают публичныя и гражданскія отношенія (О. Майер, Коркман, Фляйнер), другіе разсматривают его, как публично-правовой договор (Окок, Лабанд и др.).

Наконец, наука выдвинула и посредствующее примиряющее ученіе.



Проф. Гильти указывает, что концессія имѣет двѣ стороны: публично-правовую и частно-правовую, на ряду с надѣленіем публичными правами она возлагает и обязанности частнаго характера, создает между сторонами частно-правовыя отношенія. По мнѣнію нѣкоторых административистов, концессіонный договор содержит два договора: административный акт, регламентирующій правовое положеніе концессіонера, и гражданскій, опредѣляющій имущественныя отношенія сторон. Административный акт может быть измѣнен, но с возмѣщеніем контрагенту убытков (Оріу, Зейлер).

Что касается нашего права, то послѣднее строго различает государство, как власть и административныя дѣйствія послѣдней от государства — казны и хозяйственных операцій ея; то же и в отношеніи мѣстнаго самоуправленія (стт. 698, 406, 414 и др. т. X ч. I, стт. 1 и 2 Уст. Гр. Суд., 1892/43 и др.). Дѣйствія государства и города, как власти, относятся к области публичнаго права, а хозяйственныя дѣйствія послѣдних — к области частнаго права. Поэтому признанію за концессіонным договором значенія единаго административнаго акта мѣшает — с точки зрѣнія нашего права — предоставленіе той и другой сторонѣ извѣстных имущественных прав по договору: право концессіонера на пользованіе казенными или городскими землями для предпріятія, на эксплоатацію послѣдняго в теченіе извѣстнаго срока, иногда с гарантіей доходов, право государства или города на часть дохода концессіонера, на выкуп предпріятія до истеченія срока и на безмездное его пріобрѣтеніе по истеченіи срока и др. — что относится к области частнаго права. Признанію за концессіонным договором значенія частно-правового договора препятствуют публично-правовыя отношенія между государством (городом) и концессіонером: исполненіе послѣдним одной из общественных служб по удовлетворенію нужд граждан и подчиненіе его по исполненію этой службы надзору государства (города) — что составляет область публичнаго права. Мы согласны поэтому с нашим изслѣдователем вопроса проф. Л. С. Талем, который находит, что нашему праву соотвѣтствует конструкція концессіоннаго договора, как смѣшанной сдѣлки: административнаго акта и гражданскаго договора *).

*) См. Л. С. Таль—Конвенціонные договоры городских общественных управленій, Вѣстн. Гр. Пр., 1915 г., №№ 7 и 8.

*Договоры в пользу третьих лиц.*

*Договором в пользу третьяго лица называется договор между двумя сторонами, из котораго вытекает самостоятельное право требованія для третьяго не участвующаго в договорѣ лица*

Договоры в пользу третьих лиц нерѣдко встрѣчаются в гражданском оборотѣ, напр., вклады в пользу третьих лиц, страхованіе жизни в пользу семьи и т. п.

Указанные договоры необходимо отличать от договоров, из которых для третьяго лица возникает только выгода, но не самостоятельное право требованія, напр., нѣкто в цѣлях благотворительности нанимает комнату для бѣдняка. Для послѣдняго в таком случаѣ возникает выгода, но нѣт самостоятельнаго права. Договор в пользу третьяго лица характеризуется именно возникновеніем из этого договора самостоятельнаго права третьяго лица.

С какого момента для третьяго лица возникает право по договору? По этому вопросу существует нѣсколько взглядов. Одни ученые таким моментом считают опредѣленное присоединеніе третьяго лица к договору или, по крайней мѣрѣ, выраженіе третьим лицом согласія в какой угодно формѣ — теорія присоединенія, теорія выраженія воли, согласія, другіе — сообщеніе третьему лицу — теорія сообщенія, наконец, по мнѣнію третьих, право третьяго лица возникает непосредственно с момента заключенія договора. Принятіе той или другой точки зрѣнія имѣет и большое практическое значеніе: до момента возникновенія права третьяго лица контрагенты могут измѣнить или отмѣнить договор, заключенный в пользу послѣдняго. — Господствующее мнѣніе в наукѣ (ср. у нас Шершеневич, Синайскій), нашедшее отраженіе и в законодательствах, заключается в том, что права третьяго лица возникают с момента выраженія им согласія (с обратной силой). Слѣдовательно, с этого момента контрагенты связаны договором и не могут его измѣнить без согласія третьяго лица. Однако, этому логически правильному (с точки зрѣнія понятія договора) выводу противорѣчит наличность договоров в пользу третьих лиц, по коим права третьяго лица возникают несомнѣнно с момента заключенія договора, напр., вклады в сберегательныя кассы в пользу третьих лиц, коими не может распорядиться вкладчик, или неотмѣнимыя распоряженія страхователя в пользу третьих лиц (ср. § 328 герм. гр. ул.

Спорным представляется вопрос: в случаѣ отказа третьяго лица воспользоваться предоставленным ему правом, имѣет ли такое право кредитор по договору или вообще сторона, выговорившая это право, или же право третьяго лица в отношеніи должника не может быть без согласія послѣдняго перенесено на кредитора. Герм. гр. ул. рѣшает этот вопрос в послѣднем (отрицательном) смыслѣ (ср. § 333). Правильнѣе сохранить за кредитором (стороной), поскольку это не противорѣчит природѣ и содержанію договора, указанное право.



Юридическая природа даннаго договора представляется весьма спорной и в доктринѣ возникло много теорій в объясненіе даннаго института (Гельвиг, Днистранскій, Пляніоль и др.). По общему правилу права и обязанности из договора распространяются только на контрагентов, в данном же случаѣ и на третье лицо, не участвовавшее в договорѣ, которое пріобрѣтает самостоятельныя права и тѣм самым становится как бы стороной в договорѣ. Особенно рѣзко проявляется это отличіе при возникновеніи права третьяго лица непосредственно по заключеніи договора в в его пользу—не только без согласія, но и без знанія его об этом. Нѣкоторые видные юристы XIX в. называли данный договор юридическим абсурдом или юридической загадкой (Унгер, Виндштейд). Однако, из предыдущих параграфов мы видим, что современное право знает много таких соглашеній, которые распространяют свое вліяніе за предѣлы отношеній контрагентов между собою и создают права и обязанности и для третьих лиц. В частности договоры в пользу третьих лиц в тѣх случаях, когда права выгодопріобрѣтателя возникают лишь со времени его согласія, можно было бы отнести к категоріи договоров посредством присоединенія. Но тѣ договоры в пользу третьих лиц, в коих права выгодопріобрѣтателя возникают непосредственно, не могут быть отнесены к указанной категоріи, нѣт здѣсь и простого односторонняго волеизъявленія, а в основѣ лежит несомнѣнный договор между двумя контрагентами, нѣт и соціальной автономіи, как источника правотворчества, т. к. нѣт соціальной группы, его производящей, кромѣ того, здѣсь возникают не объективныя нормы, а субъективное право, нѣт и вспомогательнаго права, т. к. путем односторонняго волеизъявленія 3-го лица здѣсь не создается правоотношеніе: оно уже возникло подобно открытію наслѣдства, и третьему лицу—выгодопріобрѣтателю остается только использовать это право (или отказаться от него). Очевидно, мы имѣем здѣсь дѣло с особым видом частной автономіи, в которой договор, лежащій в основѣ сдѣлки,

играет роль, аналогичную с односторонним волеизъявленіем. Напр., согласно § 166 герм. закона о страхованіи 1908 г. страхователь может односторонним указаніем без согласія страховщика назначить выгодопріобрѣтателя и притом в неотмѣнимой формѣ. Здѣсь мы имѣем непосредственное возникновеніе права третьяго лица путем односторонняго волеизъявленія. Но такое же право может возникнуть у третьяго лица и при помощи страхового (или другого) договора, как, напр., по русскому праву. В послѣднем случаѣ договор играет аналогичную с односторонн. волеизъявленіем роль. И, конечно, если путем односторонняго волеизъявленія одного субъекта права у другого могут возникнуть субъективныя права без его согласія и даже без знанія его об этом (напр., публичное обѣщаніе награды или приведенный выше случай со страхователем), то не менѣе основаній для возникновенія указанных прав у того же лица путем двусторонняго волеизъявленія, т.-е. соглашенія двух лиц в пользу третьяго. Таким образом, договор в пользу третьяго лица есть особый вид частной автономіи и представляет двойную фигуру: соглашеніе двух лиц между собою и единое волеизъявленіе их в отношеніи третьяго лица.

Наше законодательство не содержало общаго понятія о договорѣ в пользу третьих лиц, но знало отдѣльный случай: вклады в сберегательныя кассы в пользу третьих лиц, при чем допускало в видѣ исключенія право родителей распорядиться вкладами, внесенными в пользу малолѣтних и несовершеннолѣтних дѣтей (т. XI ч. 2, Уст. гос. сбер. кассы, ст. 36 и сл.). Сенат допускал договоры в пользу 3-их лиц вообще, считая моментом возникновенія прав третьих лиц выраженіе ими согласія (80/174, 82/4).

Кодекс Р. С. Ф. С. Р. знает договор в пользу третьих лиц. Он признает право третьяго лица возникающим с момента выраженія намѣренія воспользоваться предоставленным ему правом (с момента согласія). Если третье лицо отказалось воспользоваться предоставленным ему правом им может воспользоваться сторона, выговорившая право, поскольку это не противорѣчит смыслу договора (140).

## VI. Типичные договоры.

Современная доктрина обычно классифицирует типичные договоры по их экономической цѣли, по их назначенію в гражданском оборотѣ. Так, по цѣли можно различать:



I) договоры, направленные на перенос права собственности — 1) запродажа, 2) купля-продажа, 3) поставка, 4) мѣна, 5) дареніе и 6) заем; II) договоры, направленные на пользованіе чужою вещью — 1) ссуда, 2) имущественный наем; III) договоры, направленные на пользованіе чужим трудом — 1) личный наем, 2) подряд, 3) порученіе; IV) договоры, направленные на содѣйствіе в достиженіи благ и их охраненіе — 1) поклажа, 2) страхованіе имущества и 3) страхованіе лиц, 4) товарищество.

### I.

### *1. Запродажа.*

Наш гражданскій оборот единый договор купли-продажи раздѣляет на три договора: запродажа, купля-продажа и поставка. Между тѣм, современным правом запродажа и поставка не выдѣляются в особые договоры и представляют бытовыя образованія русскаго гражданскаго оборота, усвоенныя законодателем.

*Запродажа есть предварительный договор*), направленный на заключеніе в будущем договора купли-продажи.*

Этот договор носит двусторонній характер. Его существенными элементами являются: предмет запродажи, цѣна и срок. В запродажной — указывает наше законодательство — должны быть точно указаны предмет будущаго договора купли-продажи, цѣна и срок заключенія купли-продажи (1679, 1681, 1682) **). Эти условія индивидуализируют будущій договор купли-продажи. При отсутствіи указанных элементов или принадлежностей договор запродажи носил бы неопредѣленный характер. — Предметом запродажи (в отличіе от купли-продажи) могут быть и чужія еще не принадлежащія в собственность вещи и вещи, еще не существующія (напр., будущій сбор фруктов, будущій урожай).—Форма совершенія договора письменная.

### *2. Купля-продажа.*

*Купля-продажа есть договор, согласно которому одна сторона—продавец обязывается передать другой—покупщику вещь в собственность, а другая сторона—покупщик обязы-*

*) О предварительных договорах см. выше стр. 28.

**) Сенат вопреки 1682 ст. допускал запродажныя без указанія срока —по востребованію любой стороны—92/95.

*вается уплатить продавцу за эту вещь опредѣленную сумму денег.*

Купля-продажа есть двусторонній договор, т.-е. договор, возлагающій обязанности на обѣ стороны (передать вещь — уплатить деньги). Существенными принадлежностями его являются: предмет и цѣна.

Предметом купли-продажи по нашему законодательству могут быть только вещи в физическом смыслѣ, притом вещи собственныя, наличныя, а не будущія, свободныя от запрещеній, ареста и секвестра. Поэтому запрещается продажа чужой вещи (1386—7, 1512), запрещается продажа имущества, находящагося под запрещеніем и залогом (пока послѣдніе не сняты), а также имущества, находящагося в опекѣ, описи и секвестрѣ (1388, 1394, 1399); нельзя продавать вещи, имѣющія поступить в собственность в будущем (1389). Продажа имущества вопреки законным запрещеніям влечет уголовную отвѣтственность (1406, 1415). — Цѣна является существенной принадлежностью договора купли-продажи. Она должна содержаться в деньгах (иначе мѣна) и быть опредѣленной или могущей опредѣлиться. Совершенная неопредѣленность цѣны влечет недѣйствительность сдѣлки.

Цѣль договора купли-продажи — перенос права собственности, а не обладаніе или владѣніе вещью, как в римском и французском правѣ (§ 1582). Поэтому продавец должен быть собственником вещи (1384), имѣть право отчуждать вещь (1381). Покупщиком может быть лицо, имѣющее право обладать на правѣ собственности покупаемым имуществом (1402). Недѣйствительна продажа, учиненная малолѣтними и несовершеннолѣтними без согласія опекунов и попечителей, лицами, состоящими под законным прещеніем, сумасшедшими, расточителями (1382, 1383).

Форма совершенія договора купли-продажи по нашему праву такова: продажа недвижимости производится крѣпостным порядком, т.-е. посредством совершенія у нотаріуса купчей крѣпости и утвержденія послѣдней старшим нотаріусом (оспариваніе купчей крѣпости, как акта укрѣпленія, возможно в теченіе 2-х лѣт); для купли-продажи движимости наше право не требует особой формы, достаточно простого соглашенія.

Моментом перехода права собствѣнности является: для недвижимости утвержденіе купчей крѣпости старшим нотаріусом и отмѣтка о сем в крѣпостном реестрѣ, для движимости, опредѣляемой индивидуальными признаками, — соглашеніе, родовыми—передача (80/94).



Права и обязанности сторон.

Основныя обязанности продавца заключаются в слѣдующем.

1. Обязанность передачи вещи при уплатѣ цѣны; при продажѣ в кредит вещь должна быть передана раньше уплаты цѣны. Из двух пріобрѣтателей недвижимости собственником является тот, чья купчая раньше утверждена (1416), из двух купчих утверждается раньше совершонная. Из двух пріобрѣтателей движимости собственником движимости, опредѣляемой родовыми признаками, является тот, кто раньше овладѣл ею, индивидуальными—с кѣм раньше заключено соглашеніе.

2. Обязанность очистки — отвѣтственность за эвикцію вещи и вообще за недостатки в правѣ на вещь (напр., по залогу и прочим обремененіям вещи), ибо вещь продается как собственность и свободной от обремененій. Для отвѣтственности по эвикціи требуется, чтобы вещь была отсуждена у покупщика вслѣдствіе недостатка в правѣ, имѣвшаго мѣсто до продажи, а не возникшаго послѣ. Отвѣтственность заключается в возмѣщеніи убытков.

3. Отвѣтственность за недостатки проданной вещи. Наше законодательство предусматривает несоотвѣтствіе проданнаго имущества условленному качеству и в таком случаѣ предписывает возвращеніе вещи обратно продавцу, а задатка—покупателю (1518). Сенат, однако, правильно признал, что от покупщика зависит, настаивать ли на расторженіи договора и возвращеніи покупной цѣны, или же на возмѣщеніи ущерба — уменьшеніи покупной цѣны и возвращеніи излишне уплаченнаго (96/12). От этой отвѣтственности продавец освобождается, если в договорѣ содержится указаніе на снятіе им с себя отвѣтственности или если докажет, что покупщик знал о недостатках вещи. На ряду с недостатками относительно условленнаго качества вещи необходимо поставить несоотвѣтствіе вещи той цѣли, для которой она должна служить.

Основныя обязанности покупателя.

1. Принятіе купленной вещи. Покупатель обязан по нашему праву принять купленную вещь, соотвѣтствующую условленным качествам (1519), иначе присуждается к тому судом (1514), но как правильно разъяснил Сенат: нельзя принудить что-нибудь сдѣлать, а можно взыскивать лишь убытки от непринятія вещи (80/168).

2. Платеж цѣны. Покупатель обязан уплатить продавцу условленную цѣну. Однако, неуплата цѣны не влечет недѣйствительности сдѣлки, а только открывает право взысканія на общем основаніи (право собственности перешло в отношеніи родовой вещи — передачей, относительно индивидуальной — соглашеніем). При продажѣ на наличныя уплата цѣны, согласно синаллагматической природѣ купли-продажи, должна послѣдовать немедленно, при продажѣ в кредит — согласно условію.

Гражд. кодекс Р. С. Ф. С. Р. разсматривает куплю-продажу как двусторонній договор. Предметом купли-продажи может быть всякое имущество, не изъятое из гражданскаго оборота. В частности немуниципализированныя жилыя строенія могут быть предметом купли-продажи с тѣм условем, 1) чтобы в руках покупателя, его супруги и несовершеннолѣтних дѣтей не оказалось двух или болѣе владѣній (владѣніе — дом с постройками), 2) чтобы от имени продавца, его супруги и несовершеннолѣтних дѣтей совершалось отчужденіе не болѣе одного владѣнія в теченіе 3-х лѣт. Купля-продажа за наличный расчет может быть совершена в устной формѣ без ограниченія суммы; купля-продажа строеній и права застройки должна быть совершена нотаріальным порядком с послѣдующей регистраціей в коммунальном отдѣлѣ (180—185). Право собственности на индивидуальныя вещи переходит с момента соглашенія, на родовыя — с момента передачи (66). Если индивидуально-опредѣленная вещь продана нѣскольким лицам, собственником является тот, с кѣм договор заключен раньше, если это невозможно установить,—тот, кому вещь передана или, наконец, тот, кто первый предъявил иск о передачѣ вещи. Продавец обязан передать вещь, при неисполненіи возмѣстить ущерб от неисполненія, отвѣчает за эвикцію вещи и за недостатки вещи, но не отвѣчает за недостатки, которые были извѣстны или могли быть усмотрѣны при внимательном отношеніи, в послѣднем случаѣ отвѣчает, если отрицал наличность недостатков. Покупатель обязан принять вещь и уплатить цѣну, отвѣчает за убытки, причиненные его неисправностью или нарушеніем договора. Принятіе проданнаго имущества без оговорки лишает покупателя права ссылаться на недостатки за исключеніем таких, которые не могли быть усмотрѣны при обыкновенном способѣ принятія или были умышленно скрыты продавцом; на эти недостатки покупатель может ссылаться, если сообщил о них продавцу без замедленія. Требованіе по поводу недостатков может быть предъявлено покупателем в теченіе 1 года со дня передачи относительно строеній и в теченіе 6 мѣс. относительно остального имущества, при наличности обмана со стороны продавца—в теченіе 3-х лѣт. При обнаруженіи недостатков и своевременном заявленіи о них покупатель имѣет право требовать: или доставленія (родовых) вещей надлежащаго качества, или уменьшенія покупной цѣны, или же распоряженія договора и возмѣщенія убытков. Соглашеніе об устраненіи или ограниченіи отвѣтственности продавца за эвикцію или недостатки вещи недѣйствительно, если продавец умышленно скрыл недостатки в правѣ или в качествах вещи. Правила об отвѣтственности продавца не распространяются на продажу с публичных торгов (186—205).



3. *Поставка.*

*Поставка есть договор, согласно которому одна сторона принимает на себя обязательство к назначенному сроку передать другой вещи в собственность, а другая—заплатить за это опредѣленную сумму денег.*

Договор — двусторонній, возмездный.

Существенными принадлежностями договора поставки являются: предмет, цѣна и срок поставки (1737, 1742). — Предметом поставки могут быть вещи, опредѣляемыя родовыми признаками, опредѣленнаго количества и качества. Условленныя к поставкѣ вещи могут и не принадлежать поставщику в момент заключенія договора. Между заключеніем договора поставки и его исполненіем должен пройти извѣстный срок, который должен быть указан в договорѣ.

Форма заключенія договора поставки письменная.

От договора купли-продажи договор поставки отличается слѣдующим.

1. Продавец должен обладать правом собственности на продаваемую вещь, а поставщик может в момент заключенія договора и не обладать таким правом, а пріобрѣсти его позднѣе — к моменту исполненія.

2. Продаваемыя вещи нерѣдко опредѣляются индивидуальными признаками, поставляемыя — родовыми.

3. В договорѣ поставки необходим особый срок исполненія: между заключеніем и исполненіем договора должно пройти извѣстное время, что необязательно при договорѣ купли-продажи.

От договора запродажи договор поставки отличается тѣм, что предметом запродажи является индивидуально-опредѣленная вещь, предметом поставки — родовая.

Кодекс Р. С. Ф. С. Р. не регулирует запродажи и поставки.

### *4. Мѣна.*

Близко к куплѣ-продажѣ по своей природѣ стоит договор мѣны. Первая представляет обмѣн вещи на деньги, а вторая — вещи на вещь. Поэтому нѣкоторыя законодательства примѣняют к мѣнѣ цѣликом постановленія о куплѣ-продажѣ (ср. § 515 герм. гр. ул., ст. 208 совѣтскаго кодекса).

*Мѣна есть договор, согласно которому стороны принимают на себя обязательство передать одна другой опредѣленныя вещи в собственность.*

Мѣна представляет двусторонній договор возмѣзднаго характера. Предметом мѣны могут быть только собственныя вещи (1380). Цѣлью договора мѣны должен быть обмѣн вещи на вещь, а не дареніе.

Форма мѣны движимостей в нашем правѣ не установлена. Для мѣны недвижимостей необходима крѣпостная форма. Наше законодательство из фискальных соображеній запрещало мѣну недвижимостей и допускало послѣднюю лишь в нѣкоторых исключительных случаях: для предоставленія выгона городу, для устраненія черезполосицы, для поземельнаго устройства крестьян и нѣк. др.

### *5. Дареніе.*

*Дареніе есть договор, согласно которому одаряемому предоставляется извѣстная цѣнность из имущества дарителя.*

Дареніе требует согласія одаряемаго на принятіе дара и поэтому является договором, притом договором безмездным, основанным на щедрости дарителя, односторонним. Против договорнаго характера даренія указывают, что даренія иногда дѣлаются без вѣдома и воли одаряемаго, напр., уплачиваются долги послѣдняго и т. п. Но в том случаѣ, если одаренный, узнав об актѣ щедрости в его пользу, отклонит послѣдній — даренія нѣт, оно уничтожается и остается неосновательное обогащеніе, которое одаренный может добровольно возмѣстить или на основаніи коего даритель может предъявить иск (ср. § 516 и сл. герм. гр. ул.):



Существенными принадлежностями договора даренія являются: намѣреніе одарить, т.-е. акт щедрости, увеличеніе имущества одаряемаго и уменьшеніе имущества дарителя.

Нѣт намѣренія одарить, если дар дается не добровольно и безвозмездно, а по обязанности или за вознагражденіе. Дареніе должно составлять увеличеніе имущества одаряемаго: путем передачи вещи, предоставленія вещных или обязательственных прав, освобожденіем должника от обязанности или ограниченія. Увеличенію имущества одаряемаго должно соотвѣтствовать уменьшеніе имущества дарителя. Воздержаніе к выгодѣ другого лица от имущественнаго пріобрѣтенія или от открывшагося права не является дареніем, равно, как и исполненіе нравственной обязанности (ст. 517 герм. гр. ул., 239 шв. обяз. пр.).

Форма даренія для недвижимостей крѣпостная (дарственная запись), при чем дареніе родовых имуществ, кромѣ наслѣдников по закону, воспрещается; для даренія движимости особой формы не установлено.

Так как дареніе представляет собою не обычный возмездный договор гражданскаго оборота, а является актом благоволенія, щедрости, основанным на извѣстных этических мотивах, то и расторженіе его и возвращеніе в прежнее положеніе допускается легче, чѣм при других (возмездных) договорах. Отмѣна его также основывается на извѣстных этических основаніях. Так, напр., по герм. гр. ул. дареніе может быть истребовано обратно, если даритель попадет в бѣдственное положеніе, если одаренный окажет грубую неблагодарность в отношеніи дарителя или его близких (§§ 528, 530). По русскому законодательству дар возвращается дарителю: 1) при неблагодарности одареннаго (покушеніе одареннаго на жизнь дарителя, нанесеніе ему побоев, оклеветаніе, явное непочтеніе — 974), 2) при неисполненіи одаренным условія, под которым дан дар (976), 3) вообще в случаѣ условія о возвратѣ дара (975, 977) *).

*Пожертвованіе.* — «Добровольное приношеніе имущества на пользу общую называется пожертвованіем", — говорит 979 ст. Таким образом, пожертвованіе есть вид даренія, именно дареніе не в индивидуальных интересах отдѣль-

*) Возврат дара родителю-дарителю при безпотомной смерти одареннаго сына или дочери (1141, 1143) мы относим к наслѣдственному преемству, см. нашу работу "Преемство в линіи восходящей", гл. II.

ных лиц, а в интересах общественных, напр., в пользу города, университета, ученаго общества и т. п. Если употребленіе пожертвованія на указанныя жертвователем цѣли невозможно, измѣненіе цѣли пожертвованія может послѣдовать лишь с разрѣшенія жертвователя, если его нѣт в живых—с разрѣшеняі верховной власти. Если пожертвованіе употреблено не на цѣли, указанныя жертвователем, жертвователь и его наслѣдники могут потребовать послѣднее обратно (986). Пожертвованіе, как вид даренія, требует согласія одаряемаго. Поэтому принятіе подареннаго и завѣщаннаго имущества в пользу свѣтских и духовных учрежденій разрѣшается мин. внутр. дѣл (981), в пользу земских и городских учрежденій — земскими собраніями и городскими думами (982) и т. п.

*Пожалованіе.* — Пожалованіе есть дареніе недвижимаго имущества частному лицу верховной властью (934). Пожалованіе производится указом верховной власти, за которым слѣдует отвод земли, переносящій право собственности. Пожалованіе переходит к наслѣдникам. Давность не распространяется на отвод пожалованнаго участка, но распространяется на принятіе отведеннаго участка (966).

Кодекс Р. С. Ф. С. Р. не нормирует даренія, как особаго договора, но все же среди общих норм содержит одну статью, относящуюся к договору даренія, которая устанавливает, что даренія на сумму свыше 10.000 руб. зол. недѣйствительны, а на сумму свыше 1.000 руб. зол. должны быть совершены под страхом недѣйствительности в нотаріальной формѣ (138).

### *6. Заем*

*Заем есть договор, согласно которому одно лицо — заимодавец дает другому лицу — заемщику деньи или другія замѣнимыя вещи в собственность, а заемщик обязывается в назначенный срок возвратить занятыя деньи или вещи в том же количествѣ и того же рода и качества.*

Заем есть односторонній договор: только одна сторона принимает на себя обязанность—вернуть эквивалент занятаго, а другая имѣет лишь право требованія (ср. § 607 герм. гр. ул. и § 312 шв. обяз. пр.). Существенными принадлежностями договора займа являются: предмет, передача в собственность, обязанность возвращенія соотвѣтствующей цѣнности и срок.

Предметом займа являются замѣнимыя вещи. Если предметом аналогичной сдѣлки являются незамѣнимыя вещи,



это будет или аренда или ссуда. Наш закон в общем смыслѣ разумѣет только деньги, как предмет займа (2013—2015), однако, в одном случаѣ допускает и заем произведеній земли (2013 примѣч.), а в другом говорит о валютѣ займа в видѣ работы, товаров, издѣлій (2017). — Деньги или вещи передаются в собственность и возвращаются не тѣ же самыя вещи, а такого же рода и качества и в том же количествѣ. Собственником занятых вещей является заемщик; на нем лежит и риск гибели. Возвращенію подлежат не тѣ же вещи, а соотвѣтствующій им эквивалент или цѣнность. Если ничего не было взято, ничто и не подлежит возвращенію. Поэтому наше законодательство признает ничтожным безденежное заемное обязательство (2014), точнѣе безвалютное, ибо товар, услуги и другія цѣнности могут быть основаніем заемнаго обязательства (2017). — Заем имѣет срочный характер; если срок не указан в договорѣ, исполненіе должно быть произведено по востребованію.

Форма договора. — Заем до 30 руб. может быть заключен в устной формѣ и может быть доказываем свидѣтельскими показаніями (101[1] ст. Уст Гр. Суд.), заем на сумму свыше 30 руб. должен быть заключен в письменной формѣ (домовое или крѣпостное заемное письмо).

Наше законодательство объявляет недѣйствительным, кромѣ безвалютнаго, заем подложный, во вред конкурса и заем по игрѣ и для игры с вѣдома о том кредитора (2014, 2019). Заем по игрѣ — долг вслѣдствіе игры, заем для игры — заем для уплаты проигрыша.

Проценты. Обычно занятая сумма возвращается с процентами. Процент есть вознагражденіе за пользованіе капиталом, выраженное в частях — сотых долях послѣдняго, напр., 6% значит $^{6}/_{100}$ капитала или 6 руб. особаго вознагражденія со 100 руб. занятаго капитала (в год). Проценты не составляют существенной принадлежности договора займа, возможен и безпроц. заем. Проценты устанавливаются договором или законом. Законный %—6% на 100. Он взыскивается при прямом указаніи закона или умолчаніи о размѣрѣ процента в договорѣ. Условленный рост не должен превышать 12% (ст. 180[2] У. Н.). Свыше 12%—рост не дѣйствителен *). Если имѣло мѣсто ростовщичество, всѣ проценты не дѣйствительны, возвращается только капитал.

*) См. подробнѣе вып. II, стр. 72, 73.

Проценты на проценты (анатоцизм) по общему правилу не начисляются (исключеніе ст. 2022).

Договор займа прекращается платежом в срок (или до срока), а также (между данными лицами) цессіей обязательства. Платеж удостовѣряется надписью о платежѣ на документѣ или выдачей особой платежной расписки. Долг должен быть уплачен в срок; при просрочкѣ, кромѣ капитала и %%, взыскивается еще неустойка (по закону 3% с суммы капитала).

*Счета.* Наше законодательство относит к договору займа счета за забранные товары, за работу и проч. Счет не должен превосходить 150 руб. и должен в теченіе 6-ти мѣс. быть предъявлен ко взысканію или превращен в заемное обязательство, иначе лишается прав равнаго удовлетворенія из конкурсной массы.

*Абстрактный договор о долгѣ.* Абстрактный договор о долгѣ (в отличіе от займа) не требует основанія возникновенія (каузы, валюты); добросовѣстный пріобрѣтатель послѣдняго не подлежит возраженіям, вытекающим из основной сдѣлки—что усиливает его оборотоспособность. Главными видами его являются вексель и бумаги по приказу. Вексель изучается в торговом правѣ. Сущность же приказа сводится к слѣдующему. Приказодатель дает приказополучателю право (приказ) совершить уплату приказодержателю. Приказ (абстрактный договор между приказодержателем и приказополучателем) подлежит исполненію независимо от внутренних отношеній приказодержателя к приказодателю, а также и приказополучателя к приказодателю.

По кодексу Р. С. Ф. С. Р. в форму заемнаго обязательства может быть облечен всякій долг из займа, купли-продажи, найма и других основаній. Договор займа на сумму свыше 50 зол. руб. должен быть заключен в письменной формѣ, предварительный договор о заключеніи в будущем займа — всегда в письменной формѣ. Проценты начисляются только в том случаѣ, если они обусловлены в договорѣ; они начисляются только на капитал, начисленіе процентов на проценты воспрещено за исключеніем сдѣлок, совершаемых законно существующими кредитными установленіями. Безпроцентный заем может быть уплачен до срока, процентный — если превышает установленный (6% или учетный) процент, с предупрежденіем за 3 мѣс. Заемщик в правѣ оспаривать заем по его безвалютности (208—219).



## II.

### 1. Ссуда.

*Ссуда есть договор, согласно которому одно лицо предоставляет другому безмездно во временное пользованіе свою вещь.*

Ссуда есть договор односторонній, безмездный. Его существенными принадлежностями являются: предмет, безмездность и срок.

Предметом ссуды могут быть как движимыя, так и недвижимыя вещи. Наше законодательство допускало ссуду только в движимости (2064). Предметом ссуды могут быть только непотребляемыя вещи (иначе заем). Ссуда договор безмездный, чѣм она отличается от найма имущества. Ссуду нельзя смѣшивать с дареніем, ибо здѣсь не происходит увеличенія имущества одного контрагента и уменьшенія имущества другого (вещь возвращается). Срок пользованія устанавливается договором, а если особаго соглашенія о срокѣ не было, вещь должна быть возвращена по требованію.

Цѣлью договора является предоставленіе вещи в пользованіе—чѣм ссуда отличается от поклажи. Ссудополучатель обязан вернуть вещь в цѣлости без измѣненія ея существа (за исключеніем естественнаго ухудшенія от пользованія).

Кодекс Р. С. Ф. С. Р. не регулирует договора ссуды.

### 2. Имущественный наем.

*Имущественный наем есть договор, согласно которому одно лицо—наймодавец обязывается предоставить другому—нанимателю временное пользованіе своей вещью, а наниматель обязывается уплатить за это пользованіе опредѣленное вознагражденіе.*

Герм. гражд. уложеніе различает пользованіе чужой вещью за вознагражденіе—наем и пользованіе вещью с извлеченіем из нея плодов (доходов), пользовладѣніе — аренда (ср. 535 и 581 ст. герм. гр. ул. и также 253 и 275 шв. обяз. пр.). С этой точки зрѣнія наем дома для личнаго проживанія будет имущественным наймом, а с цѣлью сдачи квартир и вообще извлеченія дохода — арендой. Наше право не знает такого различія (наем, аренда, прокатный договор у нас равнозначущія понятія).

Имущественный наем — договор двусторонній, возмездный. Его существенными принадлежностями являются предмет найма, срок и вознагражденіе за пользованіе (1691).

Так как наем завершается возвращеніем по истеченіи срока пользованія той же самой вещи без измѣненія ея существа, то предметом найма не могут быть потребляемыя вещи—иначе будет заем, а не наем. С уничтоженіем нанятого имущества по какой бы то ни было причинѣ договор найма прекращается (ср. 81/82).—Договор найма носит срочный характер: наем предполагает временное пользованіе имуществом, срок найма должен быть указан в договорѣ; неуказаніе срока не дѣлает отношенія найма вѣчными, а дает право и той и другой сторонѣ прекратить отношенія в любой момент. Вознагражденіе за пользованіе вещью является существенной принадлежностью договора имущественнаго найма и отличает его от ссуды. Вознагражденіе может выражаться в деньгах, продуктах, в услугах, напр., аренда из полу (половина собранных продуктов идет собственнику земли, как арендная плата) или отработка за пользованіе землей, напр., молотьба, сѣнокошеніе и т. п. Срок найма опредѣляется соглашеніем, но по нашему законодательству не может как общее правило превышать 36 лѣт. Были установлены нѣкоторыя исключенія как в сторону увеличенія указаннаго срока (напр., сдача казенных земель под хозяйственныя заведенія и для устройства дач до 99 л. и др. *), так и уменьшенія (так, недвижимыя имущества малолѣтних могли быть сдаваемы только до достиженія послѣдними 17 лѣт, других подопечных на срок не свыше 12 лѣт—1692 прим.).

Форма совершенія договора имущественнаго найма различна. Наем движимости может быть заключен словесно, за исключеніем найма морских и рѣчных судов, наем недвижимости, а также морских и рѣчных судов должен быть совершон в письменной формѣ, но наем строеній и земельных участков в городах до 3-х лѣт на всякую сумму и до 12 лѣт на сумму до 300 руб. может быть совершон словесно (1702); арендные договоры с полученіем арендной платы болѣе, чѣм за 1 год вперед должны быть совершаемы в крѣпостной формѣ (с отмѣткою в крѣпостном реестрѣ и наложеніем запрещенія—1700, 1703).

*) Городам в видѣ исключенія было предоставлено право отдавать земли в наслѣдств. пользованіе.



Права и обязанности сторон заключаются в слѣдующем. Наймодавец (собственник, пользовладѣлец, арендатор) обязан предоставить нанимателю вещь в пользованіе. Предоставленная вещь по своим качествам должна соотвѣтствовать условію, а при отсутствіи особаго условія должна соотвѣтствовать той цѣли, для которой нанята: квартира для жилья, склад для храненія соотвѣтствующих вещей, лошадь для ѣзды и т. д. В случаѣ несоотвѣтствія вещи ея назначенію, а также обнаруженія впослѣдствіи недостатков столь серьезных, что вещь не удовлетворяет своему назначенію, арендатор может требовать прекращенія договора, а при частичных недостатках—уменьшенія платы. Далѣе, наймодавец обязан поддерживать вещь в необходимом для пользованія видѣ во все время дѣйствія договора найма, т.-е. производить необходимыя починки и поправки, дабы вещь удовлетворяла своему назначенію (ср. § 1179, 1721 фр. гр. код., § 536 герм. гр. ул.).

Наниматель обязан пользоваться вещью сообразно условленному и обычному в оборотѣ назначенію. Если помѣщеніе сдано под квартиру, нельзя устраивать трактир. если нанята лошадь для верховой ѣзды, нельзя употреблять ее для возки дров и т. п. Наниматель должен уплачивать за пользованіе нанятой вещью условленное вознагражденіе. Если вознагражденіе не было условлено, оно должно опредѣляться обычными средними цѣнами. Наемная плата без согласія обѣих сторон не подлежит увеличенію или уменьшенію. Наконец, наниматель обязан по окончаніи срока найма возвратить вещь со всѣми ея принадлежностями в цѣлости (за исключеніем обычных ухудшеній от пользованія). За порчу вещи, превышающую обычные размѣры ухудшенія от пользованія, и за гибель вещи, происшедшіе по винѣ нанимателя, послѣдній несет ответственность перед хозяином.

Прекращеніе договора имущественнаго найма наступает: 1) с истеченіем срока и 2) с гибелью вещи.

По нѣкоторым законодательствам отчужденіе вещи прекращает арендный договор, ср. напр. § 281 шв. обяз. пр. Герм. гражд. уложеніе признает силу договоров найма при отчужденіи имущества (§ 571). По нашему праву арендные договоры обязательны для пріобрѣтателя (1905/50), но при пріобрѣтеніи с публичнаго торга не обязательны договоры, не включенные в опись и торговый лист (98/8).

*Поднаем (субаренда).* Субаренда, или поднаем, есть договор, согласно коему наниматель от своего имени пред-

оставляет пользованіе нанятой вещью за вознагражденіе другому лицу или лицам, напр., наниматель арендует дом и сдает его в наем по отдѣльным квартирам другим лицам — субарендаторам или нанимает квартиру и в послѣдней сдает отдѣльныя комнаты и т. п. Если поднаем прямо не воспрещен в основном договорѣ между хозяином и нанимателем, он допустим. Но отношенія по основному договору остаются только между хозяином и первоначальным нанимателем, который и отвѣчает за взнос арендной платы, за условленное пользованіе вещью и за возвращеніе ея в цѣлости хозяину. Послѣдній не имѣет никаких отношеній с субарендаторами. Герм. гр. ул., однако, требует разрѣшенія наймодавца (хозяина) на субаренду (§ 549).

По кодексу Р. С. Ф. С. Р. предметом найма могут быть как движимыя, так и недвижимыя вещи. Срок найма не должен превышать 12 лѣт. Если в договорѣ не указан срок, то он считается заключенным на неопредѣленное время, и стороны в правѣ прекратить его дѣйствіе в любое время с предупрежденіем при наймѣ помѣщенія под торгово-промышленныя предпріятія за 3 мѣсяца, а при наймѣ прочаго имущества—за 1 мѣсяц. Но в тѣх случаях, когда нанимателями являются государственныя учрежденія и предпріятія, рабочіе и служащіе, имѣющіе право быть членами професс. союзов, состоящіе на иждивеніи красноармейцев члены их семейств и инвалиды труда и войны, договор найма жилых помѣщеній автоматически возобновляется на тѣх же условіях на неопредѣленный срок, независимо от согласія наймодателя. Наемная плата может быть выражена: 1) в срочных платежах деньгами или натурой, 2) в отчисленіи условленной доли продуктов, полезной площади помѣщенія или денежнаго дохода, 3) в выполненіи услуг и 4) в сочетаніи указанных форм оплаты. В отношеніи указанных выше учрежденій и лиц (государственныя учрежденія, рабочіе и служащіе и т. д.) наемная плата не может быть выше установленных мѣстными исполнительными комитетами ставок и вносится за каждый мѣсяц не позднѣе 15 числа слѣдующаго мѣсяца. Наниматель в правѣ требовать соотвѣтствующаго уменьшенія наемной платы, если возможность пользоваться вещью не по его винѣ существенно уменьшилась. Что касается формы заключенія договора, то договоры о наймѣ на срок болѣе 1 года должны совершаться в письменной формѣ, а договоры о наймѣ государственных или коммунальных предпріятій — в нотаріальной формѣ. Наймодатель обязан



предоставить нанимателю имущество в соотвѣтствующем договору и назначенію состояніи. Если наймодавец не предоставляет имущества, наниматель может требовать предоставленія его или отступиться от договора и искать убытки. Капитальный ремонт имущества лежит на наймодавцѣ, а текущій—на нанимателѣ; при наймѣ же націонализированных и муниципализированных предпріятій и строеній и капитальный ремонт лежит на нанимателѣ. Послѣдній должен пользоваться имуществом в соотвѣтствіи с договором, а при молчаніи договора—в соотвѣтствіи с назначеніем имущества. Наниматель націонализированнаго или муниципализированнаго промышленнаго предпріятія обязан вести производство в размѣрах не ниже установленнаго минимума. По истеченіи срока наниматель обязан сдать имущество со всѣми принадлежностями в исправности. Субаренда разрѣшается, но в отношеніи націонализированнаго и муниципализированнаго имущества с разрѣшенія наймодателя. Договор найма может быть расторгн. досрочно: 1) если наймодатель не представит в пользованіе имущество, 2) если он не произвел лежащаго на его обязанности ремонта или имущество без вины нанимателя приведено в негодное для пользованія состояніе, 3) если наниматель умышленно или по небрежности ухудшит состояніе имущества, 4) если наниматель пользуется имуществом не в соотвѣтствіи с законом, договором или назначеніем. 5) если наниматель жилого помѣщенія своим поведеніем дѣлает для другихъ жильцов невозможным совмѣстное жительство, 6) если наниматель государственнаго предпріятія не довел выработки в назначенный срок до установленнаго минимума, 7) если наниматель не произвел в срок должнаго ремонта, 8) если наниматель не внес наемной платы в теченіе 2-х мѣсяцев послѣ срока, а если сдѣлано по истеченіи срока напоминаніе, то в теченіе 1 мѣсяца послѣ напоминанія. Отчужденіе имущества не прекращает имущественнаго найма (152—179).

## III.

### *1. Личный наем.*

*Личный наем есть договор, согласно которому одно лицо за вознаграждение пріобрѣтает право временно пользоваться служебным трудом другого.*

Личный наем есть договор двусторонній, возмездный, носящій строго личный характер. Существенными элемен-

тами договора личнаго найма являются предмет, цѣна и срок.

Предметом договора личнаго найма является пользованіе длительнаго характера чужим трудом, чужими услугами различнаго рода — от низших видов физическаго труда до высших — духовнаго (в формѣ служебнаго труда). Пользованіе чужими услугами неотдѣлимо от личности предоставляющаго услуги, дает извѣстную власть над его личностью, создает отношенія личной власти и подчиненія. Современное правосознаніе стремится, чтобы эти отношенія власти и подчиненія не падали слишком тяжело на соціально-слабых и не принимали характера, аналогичнаго былым крѣпостническим отношеніям. Поэтому каждое из современных законодательств содержит нормы охраны соціально-слабых — обезпеченія жизни, здоровья и свободы послѣдних. Сюда относятся ограниченія работы женщин, дѣтей, ограниченія рабочаго времени, медицинскій уход, соціальное обезпеченіе и т. п., — что слабо было развито в нашем законодательствѣ. В частности по нашему праву запрещается несовершеннолѣтним наниматься без согласія родителей и опекунов и женѣ, живущей с мужем—без согласія послѣдняго (2202). В этих же цѣлях договор личнаго найма ограничен сроком: не разрѣшается создавать чрезмѣрно длительных отношеній власти и подчиненія, отдавать свои услуги, ограничивать свою свободу на всю жизнь. По нашему праву (2214, 2215), срок личнаго найма не может превышать пяти лѣт (ср. также § 624 герм. гр. ул.). Безсрочный договор найма может быть прекращен по заявленію (отказу) любой из сторон — с предупрежденіем или без такового, гдѣ послѣднее не установлено *). Вознагражденіе предполагается и, если не опредѣлено в договорѣ, может быть установлено на основаніи средних рыночных цѣн и т. п. Оно может быть уплачено в деньгах или другими способами, напр., предоставленіем крова, стола, одежды или продуктами производства, поскольку послѣднее не воспрещено законом (напр., с фабричными рабочими запрещалось расплачиваться продуктами производства — ст. 99 Уст. Пром.).

Форма заключенія договора личнаго найма, согласно 2204 ст., должна быть письменная, но Сенат допускал заключеніе послѣдняго и на словах (12/26), за исключеніем положительно установленных законом случаев: наем приказчиков, фабричных рабочих и нѣкоторых других, когда требуется письменная форма.

*) По нашему праву было установлено предупрежденіе при наймѣ фабричн. рабочих — 2 нед.



Права и обязанности сторон сводятся к слѣдующему. Нанявшійся обязан обладать необходимыми познаніями и навыками для исполненія труда, составляющаго предмет найма. Нанявшійся должен лично исполнить взятую им на себя обязанность добросовѣстно, охраняя интересы нанимателя. Передача исполненія работы другому лицу без согласія нанимателя не допускается. Наниматель обязан упалчивать за труд условленное вознагражденіе.

Договор личнаго найма прекращается: 1) истеченіем срока, 2) смертью одной или обѣих сторон, 3) невозможностью исполненія.

*Трудовой договор.* Своевременная доктрина из договора личнаго найма или найма услуг, объединяющаго пользованіе самыми разнообразными видами чужого труда от простого физическаго до высшаго—интеллектуальнаго с весьма разнообразным соціальным значеніем (напр., труд чернорабочаго и управляющаго ж. д.), стремится выдѣлить и создать особый тип трудового или рабочаго договора (Лотмар, Таль) — договора о служебном трудѣ, в котором имущественные элементы (обмѣн труда на вознагражденіе) тѣсно связаны с личными (отношеніями власти и подчиненія контрагентов) *).

Эта проблема поставлена в теоріи, но далеко еще не разрѣшена. Изъ современных законодательств рабочему договору отводит мѣсто шв. гр. ул. (§§ 319—362), замѣняя им договор личнаго найма. В гражданском кодексѣ Р. С. Ф. С. Р. договор личнаго найма не разсматривается.

### 2. *Подряд.*

*Подряд есть договор, согласно которому одно лицо обязывается в опредѣленный срок исполнить для другого своими средствами предпріятіе, а послѣднее уплатить за это вознагражденіе.*

Договор подряда — двусторонній, возмездный. Существенными принадлежностями его являются: предмет, вознагражденіе и срок (ст. 1737 и сл.).

Предметом подряда (в отличіе от личнаго найма) является не труд, а результат труда, предпріятіе, т.-е. изго-

*) На русском языкѣ см. труд Л. С. Таля "Трудовой договор", 2 т.

товленіе и передѣлка вещи или комплекса вещей силами и средствами подрядчика, представляющее, по словам Сената, — обширную и сложную работу. Подряд (в отличіе от личнаго найма) совершается подрядчиком самостоятельно, своими силами и средствами, на свой риск без вмѣшательства заказчика, которому важен лишь результат работы, хотя это не мѣшает заказчику доставить весь или часть матеріала для работы.

Подряд—договор возмездный, его цѣна обычно устанавливается за всю работу, согласно выработанному плану и установленной смѣтѣ.

Договор должен быть исполнен в установленный срок, неисполненіе в срок может служить основаніем к расторженію договора. Подрядчик должен в установленный срок исполнить предпріятіе и сдать его, а заказчик обязан принять предпріятіе и оплатить его согласно договору. Серьезное несоотвѣтствіе подряда договору может повести к расторженію договора, а частичное несоотвѣтствіе — к уменьшенію цѣны.

В нашем законодательствѣ содержатся подробныя правила о казенных подрядах и поставках.

Видом подряда является *заказ*. Подряд от заказа отличается размѣрами, обширностью и сложностью работ. Заказ — подряд в миніатюрѣ.

По гражданскому кодексу Р. С. Ф. С. Р. подрядчик, производящій работу из своего матеріала, отвѣчает за доброкачественность такового; если недоброкачественный матеріал доставлен заказчиком, подрядчик обязан предупредить послѣдняго. Если подрядчик не приступает к исполненію договора или настолько медленно исполняет, что выясняется явная невозможность исполненія в срок, заказчик может требовать досрочнаго расторженія договора и возмѣщенія убытков. При ненадлежащем исполненіи работ заказчик может назначить срок на исправленіе недостатков, а при неисправленіи или расторгнуть договор или поручить продолженіе или исправленіе работ третьему лицу за счет подрядчика. Подрядчик обязан сдать работу в соотвѣтствіи с договором. Наличіе недостатков, дѣлающих ее непригодной к условленному или обычному назначенію, дает заказчику право требовать: 1) или исправленія недостатков, поскольку это возможно без несоразмѣрных расходов, 2) или соотвѣтственнаго уменьшенія цѣны, или 3) расторженія договора и возмѣщенія убытков. При менѣе существенных недостатках возникает право на испра-



вленіе недостатков или уменьшеніе цѣны подряда. Требованіе по поводу недостатков должно быть заявлено в теченіе 6 мѣсяцев, а относительно строеній и сооруженій — 3-х лѣт. Заказчик обязан уплатить условленное вознагражденіе. Если вслѣдствіе измѣненія объективных условій окажется необходимым чрезмѣрно превысить одобренную смѣту, заказчик в правѣ требовать расторженія договора с возмѣщеніем подрядчику положительнаго ущреба в имуществѣ. Если подрядчик своевременно не предупредит о необходимости превысить смѣту, он обязан выполнить работу, не требуя сверхсмѣтных расходов. Если предмет подряда случайно погиб или исполненіе подряда стало невозможным, подрядчик не может требовать вознагражденія. При наличіи уважительных причин заказчик в правѣ до окончанія работы отказаться от договора с вознагражденіем подрядчика за исполненную часть работы и возмѣщеніем ущерба (220—235).

### *3—4. Порученіе и довѣренность.*

*Порученіе есть общій договор о веденіи чужих дѣл.*

От личнаго найма порученіе отличается характером отношеній между сторонами: сущность личнаго найма составляют личныя отношенія между сторонами (служебный труд), сущность порученія—исполненіе порученнаго дѣла (веденіе чужих дѣл).

Развивая этот взгляд, нѣкоторые видят особенный характер порученія в совершеніи юридических сдѣлок и тѣм самым сводят порученіе к довѣренности, связывая порученіе и полномочіе с представительством как двѣ стороны одного и того же отношенія, как необходимые элементы довѣренности (ср. французское право). Этот взгляд ошибочен.

Выше мы указывали *), что представительством создаются двоякаго рода отношенія: внѣшнія—между представителем и контрагентом по сдѣлкѣ и внутреннія — между представителем и представляемым. Внѣшнія отношенія основываются на полномочіи представляемаго (или закона), которое есть одностороннее волеизъявленіе. Внутреннія отношенія между представителем и представляемым основываются на договорѣ (порученія) или законѣ

*) См. вып. II, стр. 78—79.

(опека, попечительство). В теоріи Іеринг первый отмѣтил, а Лабанд доказал их полную независимость друг от друга.

Согласно порученію представитель дѣйствует или исключительно в пользу представляемаго (договор довѣренности, личный наем, услуги лиц либеральных профессій), или в пользу свою и представляемаго (напр., дѣятельность товарища распорядителя при договорѣ товарищества), или исключительно в свою пользу (procurator in rem suam рим. пр., "разрѣшеніе" соврем. права). Таким образом, порученіе по существу шире полномочія (довѣренность) и предметом порученія может быть не только юридическая, но и фактическая дѣятельность. Порученіе есть общій договор о веденіи чужих дѣл (Кромэ, Исаи) в отличіе от довѣренности, как спеціальнаго договора о веденіи чужих *юридических* дѣл и от личнаго найма, как договора о служебном трудѣ. Договор порученія носит субсидіарный характер и охватывает веденіе чужих дѣл, не предусмотрѣнное спеціальными договорами (ср. 394 ст. шв. гр. ул.).

Повѣренный обязан совершить за счет и от имени довѣрителя порученное ему дѣйствіе, согласно указаніям довѣрителя. По римскому праву порученіе (mandatum) относилось к безмездным договорам, дѣятельность повѣреннаго относилась к либеральным профессіям. Современное право в видѣ общаго правила допускает возмездность. Однако, герм. гр. ул. стоит на противоположной точкѣ зрѣнія (§ 662); французскій (§ 1986) и швейцарскій (394) кодексы содержат постановленія, что платность порученія не предполагается, а должна быть установлена договором (т.-е. допускается).

*Договор довѣренности есть договор, согласно которому одно лицо — повѣренный — принимает на себя обязательство совершать юридическія сдѣлки от имени и за счет другого лица—довѣрителя, уполномочившаго его на это.*

Договор довѣренности носит личный характер. Предметом его является совершеніе юридических сдѣлок. Повѣренный может совершать от имени довѣрителя большинство юридических сдѣлок, за исключеніем немногих положительно указанных в законѣ. По нашему законодательству нельзя совершить через представителя брак (31 ст. т. X), узаконеніе дѣтей (1460 Уст. Гр. Суд.), духовное завѣщаніе (1036 и 1046 т. X) и нѣк. др. Дѣйствія повѣреннаго обязывают непосредственно довѣрителя. Срок дѣйствія довѣренности опредѣляется соглашеніем сторон. Если срок в довѣренности не указан, довѣренность считается безсрочной. На полученіе пенсіи и жалованья довѣренность может выдаваться только на 1 год (2306).



Договор довѣренности прежде относился к безмездным договорам, в настоящее время допускается оплата (см. выше о порученіи).

Довѣрителем и повѣренным могут быть лица, имѣющія право вступать в договоры.

Довѣренность на управленіе всѣми дѣлами довѣрителя называется общей, на веденіе особой категоріи дѣл— спеціальной, напр., торговая, судебная довѣренность, может быть выдана довѣренность и на веденіе отдѣльнаго дѣла или исполненіе отдѣльнаго дѣйствія. Форма совершенія договора довѣренности письменная (2308, 82/36).

Повѣренный обязан лично исполнить возложенное на него порученіе, согласно уполномочію довѣрителя в предѣлах довѣренности (2326). По германскому и швейцарскому праву повѣренный может отступиться от указаній довѣрителя, если по обстоятельствам дѣла можно предполагать, что довѣритель одобрит его дѣйствія (§ 665 герм. гр. ул. и 397 шв. обяз. пр.). Повѣренный обязан представить довѣрителю отчет в исполненіи порученнаго ему; за причиненіе убытков довѣрителю повѣренный отвѣчает на общем основаніи. Повѣренный может передать (передовѣрить) свои права и обязанности другому лицу, если такая передача разрѣшена довѣренностью (2329). В таком случаѣ новый повѣренный является повѣренным довѣрителя и отвѣчает непосредственно перед ним.

Довѣритель обязан принять сдѣланное повѣренным в предѣлах довѣренности, возмѣстить понесенные повѣренным по дѣлу издержки, а также уплатить вознагражденіе за исполненіе порученнаго дѣла, если таковое опредѣлено договором или законом.

Договор довѣренности прекращается: 1) исполненіем порученія, 2) истеченіем срока, если договор срочный, 3) уничтоженіем довѣренности со стороны довѣрителя (производится путем заявленія суду и судебной публикаціей) и отказом со стороны повѣреннаго, 4) смертью одной из сторон и 5) уничтоженіем цѣли, для достиженія которой выдана довѣренность, напр., продажей имѣнія, на управленіе котораго выдана довѣренность.

Кодекс Р. С. Ф. С. Р. различает порученіе и довѣренность. Договор порученія направлен на совершеніе порученных довѣрителем за счет и от имени послѣдняго дѣй-

ствій. Повѣренный обязан исполнить порученныя дѣйствія соотвѣтственно указаніям довѣрителя. Он в правѣ отступить от них, если это необходимо в интересах довѣрителя и нельзя с ним снестись. Повѣренный обязан: 1) сообщать довѣрителю свѣдѣнія о ходѣ порученія, 2) представить отчет об исполненіи порученія, 3) передать довѣрителю все полученное им,. 4) возмѣстить убытки. Повѣренный может передать другому исполненіе порученія, если это разрѣшено договором, или вынужден к тому в интересах довѣрителя, при чем обязан немедленно извѣстить довѣрителя, в противном случаѣ отвѣчает цѣликом за дѣйствія замѣстителя. Довѣритель обязан: принять сдѣланное, возмѣстить издержки и уплатить вознагражденіе, если таковое причитается. Довѣритель может отмѣнить порученіе и повѣренный отказаться от него. Порученіе прекращается: отмѣной довѣрителем, смертью довѣрителя (прекращеніем юрид. лица), объявленіем его недѣеспособным, безвѣстно-отсутствующим, несостоятельным, вслѣдствіе отказа повѣреннаго, смерти или объявленія его недѣеспособным. Порученіе управлять торговым и промышленным предпріятіем сохраняет силу и по смерти довѣрителя, пока не будет отмѣнено его преемником.

Для совершенія дѣйствій, которыя должны непосредственно устанавливать права и обязанности, повѣренный должен быть снабжен письменной довѣренностью. Довѣренность на дѣйствіе в отношеніи к должностному лицу и правит. органу и довѣренность на управленіе имуществом должна быть засвидѣтельствована в нотаріальном порядкѣ. Довѣренность может быть выдана на срок не долѣе 3-х лѣт, если срок не указан—дѣйствительна на 1 год. Дѣйствія довѣреннаго создают для довѣрителя непосредственныя права и обязанности, если они совершены в предѣлах довѣренности и впослѣдствіи одобрены довѣрителем. Довѣритель может отмѣнить довѣренность, повѣренный—отказаться от нея. Повѣренный может в тѣх же случаях, что и при порученіи выдать передовѣріе, которое может быть отмѣнено как довѣрителем, так и выдавшим его повѣренным. С прекращеніем довѣренности прекращается и передовѣріе (251—275).

## IV.

### *1. Поклажа.*

*Поклажа есть договор, согласно которому одно лицо—поклажепринимать—принимает на себя обязательство сохранить отданныя ему для этой цѣли движимыя вещи другого лица—поклажедателя.*



По мнѣнію большинства ученых, предметом договора поклажи может быть только движимое имущество (Виндшейд, Мейер, Шершеневич, Синайскій и др.). Однако, нѣкоторые ученые находят возможным распространить поклажу и на недвижимость, напр., в видѣ секвестра (ср. взгляд Дернбурга). По нашему праву, предметом поклажи может быть только движимое имущество и притом индивидуализированное (2010, 2011).

Поклажа может быть на срок и без срока, до востребованія. Вознагражденіе за поклажу в римском правѣ не допускалось (ср. § 1917 фр. гр. код.), современное право допускает возмездность договора поклажи, а герм. гр. улож. и предполагает (§ 689). Наше законодательство допускает вознагражденіе (2107).

Форма совершенія договора—письменная, так-наз. сохранная расписка, с передачей вещи; допускается совершеніе поклажи и путем простой передачи без сохранной расписки: 1) при особых чрезвычайных обстоятельствах, 2) при отдачѣ вещей на храненіе воинскими чинами, внезапно отправляющимися в поход или командировку, 3) при поклажѣ по торговлѣ и торговым обыкновеніям. — Сохранная расписка не подлежит дѣйствію давности (2113).

Поклажедатель может быть и не собственником вещи. Для отдачи и пріема поклажи необходима общая дѣеспособность.

Поклажепринимать (пріемщик) обязан хранить вещь наравнѣ с собственными вещами (quam suis) и несет ответственность за цѣлость и сохранность ея, но не отвѣчает за поврежденіе и пропажу вещи, если они произошли вслѣдствіе случая или непреодолимой силы. Он обязан возвратить вещь по первому требованію поклажедателю со всѣми принадлежностями (2108), иначе отвѣчает за убытки и уплачивает проценты (2115). Поклажедатель обязан принять вещь, возмѣстить издержки на храненіе и если условлено вознагражденіе, уплатить послѣднее.

Договор поклажи прекращается: истеченіем срока, истребованіем вещи поклажедателем, смертью и несостоятельностью поклажепринимателя.

*Поклажа в гостиницах.* По современному праву содержатели гостиниц и т. п. заведеній отвѣчают за сохранность вещей посѣтителей, хотя бы пропажа вещей по-

слѣдних произошла и без вины хозяев или их служащих. По нашему праву хозяева гостиниц отвѣчают лишь в случаѣ сдачи вещей им на храненіе. Но содержатели гостиниц, меблированных комнат, постоялых дворов и т. п. отвѣчают у нас за пропажу вслѣдствіе недостатка вещей у лиц, остановившихся в означенных гостиницах, меблированных комнатах и т. п. (687 ст. 94/64, 900/79), но не у временных и случайных посѣтителей (08/45). Однако, здѣсь дѣйствуют уже общія нормы 684 и 687 ст., а не спеціальная отвѣтственность.

*Храненіе в сейфах.* Особый вид поклажи представляет храненіе вещей в сейфах. В банкѣ и т. п. учрежденіи нанимается ящик в кладовой или несгораемом шкафѣ, куда помѣщаются для храненія цѣнности под контролем банка по описи в запечатанных шкатулках, пакетах. Банк предоставляет не только помѣщеніе, но и обязан охранять вещи, отвѣчать за их сохранность. Ключ от сейфа имѣется как у поклажедателя, так и у банка.

*Вклады на храненіе.* Римляне разсматривали вклады на храненіе, как поклажу—depositum, составляют ли объект ея вещи индивидуальныя или замѣнимыя, родовыя, напр., деньги. Но в послѣднем случаѣ, считаясь с тѣм обстоятельством, что возврату подлежат не тѣ же, а лишь того же рода вещи, называли этот вид поклажи—depositum irregulare с соотвѣтствующими выводами из сего (считая собственником вклада вкладчика и возлагая на него риск гибели вклада). Такого же взгляда держалось в общем и наше право.

И нѣкоторые из современных ученых придерживаются этого же взгляда (напр., Колер), но большинство, исходя из замѣнимости вклада, относит вклады на храненіе к видам займа со всѣми выводами из сего (правом собственности и отвѣтственностью за риск гибели пріемщика). Однако, и тот и другой взлгляд нельзя признать правильным. Хранитель вклада может пользоваться им (за %% или без %), но не может распоряжаться им: он не может превратить вклад, положенный в рублях,—в доллара, франки, ены; при паденіи курса денежной единицы, в которой сдѣлан вклад, он не в правѣ превратить его в другую валюту без распоряженія вкладчика и, слѣдовательно, вкладчик несет риск обезцѣненія вклада (что при обезцѣненіи до нуля, напр., бумажных денег, равносильно гибели вклада). Таким образом, мы здѣсь имѣем право собственности хранителя вклада с владѣніем и пользованіем, но без права



распоряженія. Риск обезцѣненія вклада и гибели от обезцѣненія лежит на вкладчикѣ, а риск гибели от пожара и т. п. причин — на хранителѣ. Таким образом, мы должны признать, что имѣем дѣло с договором, который не укладывается цѣликом ни в рамки поклажи, ни в рамки займа, а представляет своеобразную смѣшанную сдѣлку, соединяющую черты того и другого договора.

Гражд. кодекс Р. С. Ф. С. Р. не содержит постановленій о поклажѣ.

### 2. *Страхованіе имущества.*

*Страхованіе имущества есть договор, согласно которому одно лицо—страховщик—принимает на себя, за вознагражденіе обязательство возмѣстить ущерб, причиненный имуществу другого—страхователя от случайной причины.*

Страхованіе имущества есть возмездный двусторонній договор. Существует и принудительное страхованіе на основаніи закона, напр., обязательное земское от огня страхованіе.

Существенными принадлежностями договора имущ. страхованія являются: предмет, вознагражденіе, срок, страховая сумма и опасность, от наступленія которой производится страхованіе.

Предметом страхованія является опредѣленное имущество или точнѣе—интерес страхователя в имуществѣ (так-называемый страховой интерес), т.-е. тот ущерб, который страхователь может потерпѣть от поврежденія или гибели имущества. Вознагражденіе, которое уплачивает страхователь, называется преміей. Она уплачивается или единовременно или в опредѣленные сроки. Требуется указаніе срока страхованія, періода времени, когда течет ответственность страховщика. Необходимо указаніе страховой суммы (страховой оцѣнки), которая должна быть уплачена страховщиком в возмѣщеніе убытка страхователя в случаѣ наступленія основанія к отвѣтственности. Эта сумма опредѣляется оцѣнкой имущества и составляет или полную стоимость послѣдняго или часть ея. Но так как договор страхованія имущества направлен на возмѣщеніе ущерба от несчастнаго случая, а не преслѣдует спекулятивныя цѣли, то страховая сумма (страх или риск страховщика) не должна превышать стоимости имущества. Поэтому страхованіе выше стоимости имущества признается недѣйствительным. На этом основаніи Сенат допускал воз-

можность доказыванія, что сгорѣвшее имущество стоило меньше той суммы, в которую оно застраховано, и выдачи меньшаго вознагражденія, чѣм страховая сумма (80/40, 81/118).

Исходя из тѣх же соображеній, а также и соображеній практической цѣлесообразности (боязнь увеличенія злоумышленій), как ученые (ср. Шершеневич, Синайскій), так и законодательства не допускают двойного страхованія имущества, т.-е. страхованія одного и того же имущества (интереса) на одно и то же время от одного и того же несчастнаго случая у двух или нѣсколькихъ страховщиков, при чем вся совокупность страхованій (страх. сумм) превышает стоимость застрахованнаго имущества. Наша судебная практика признавала недѣйствительными всякіе случаи двойного страхованія, хотя бы они произошли по невѣдѣнію или добросовѣстной ошибкѣ (79/80, 902/124 и др.). Германскій закон о страхованіи 1908 г. устанавливает, что если размѣр страховых сумм превышает размѣр интереса (стоимость им-ва) без недобросовѣстности со стороны страхователя, то страховщики солидарно отвѣчают до размѣров страхового интереса страхователя. Это постановленіе болѣе правильно. Вообще пора допустить двойное страхованіе с полученіем вознагражденія в предѣлах стоимости имущества. Идеѣ страхованія вовсе не противорѣчит двойное страхованіе, этой идеѣ противорѣчило бы полученіе двойной стоимости страхового интереса. Если страхователь желает путем уплаты двойной страховой преміи прочнѣе гарантировать полученіе возмѣщеіня ущерба в предѣлах дѣйствительной стоимости имущества —нѣт никаких основаній запрещать это. (Возможность злоупотребленій не предполагается и не может служить основаніем запрещенія—для борьбы с злоупотребленіем существует уголовный порядок).

В страховом договорѣ должна быть указана та опасность, тот несчастный случай, от наступленія котораго страхуется имущество: пожар, град, кораблекрушеніе и т. п. Это событіе должно быть будущим; если оно уже произошло, страхованіе недѣйствительно.

Страхованіе может заключать и не собственник, а всякое лицо, имѣющее интерес в имуществѣ, напр., залогодержатель, арендатор.

Что касается формы заключенія договора, то хотя нашим законодательством и не установлено опредѣленной формы договора страхованія, страхованіе заключается в письменной формѣ. Так как страхованіе имущества требует значительных капиталов, оно рѣдко производится отдѣльным лицом, обычно для того чуреждаются акціонерныя и др. общества с большим капиталом. Такія общества публикуют условія страхованія. Лицо, желающее застраховать имущество, подает заявленіе (обычно на заготовленном бланкѣ) *) о желаніи застраховать имущество. Свѣдѣнія заявленія провѣряются и затѣм мѣстное агентство принимает страховую премію и выдает квитанцію с пріемѣ заявленія и отсылает все дѣло в правленіе страхового общества, которое принимает страхованіе и высылает документ о застрахованіи—так-называемый страховой полис. Практика (в том числѣ и судебная) считает моментом заключенія страхованія выдачу квитанціи.



Обязанности сторон. 1) Страхователь обязан уплатить премію единовременно или в установленные сроки. В случаѣ пропуска срока страхованіе пріостанавливается и по истеченіи 30 дней страховщик может прекратить договор (Общія условія страхованія, §§ 15—17). 2) Страхователь обязан охранять имущество от поврежденія и гибели. Если послѣднія произошли по его умыслу или грубой неосторожности, он теряет право на полученіе страховой суммы. 3) Страхователь обязан сообщать об измѣненіях в положеніи застрахованнаго имущества, связанных с измѣненіем риска, напр., о перемѣнѣ квартиры, пристройкѣ деревяннаго флигеля или надстройкѣ деревяннаго этажа над каменным и т. п. 4) Страхователь обязан увѣдомить о происшедшем несчастном случаѣ — в установленный срок (согласно Общ. Усл. Страх.—7 дней).

1). Страховщик обязан уплатить страховую сумму в зависимости от дѣйствительно причиненнаго ущерба: полностью или в части. Страховщик не отвѣчает, если несчастье произошло по умыслу или грубой неосторожности страхователя, если послѣдній сообщил невѣрныя свѣдѣнія, связанныя с риском, если в срок не увѣдомил о несчастьи. 2) Страховщик обязан вознаградить за убытки, связанные со спасеніем застрахов. имущества.

Договор прекращается: истеченіем срока, исполненіем договора, т.-е. полным возмѣщеніем ущерба (при ча-

*) Страхователь обязан дать точныя и вѣрныя свѣдѣнія по указанным в бланкѣ вопросам, умолчаніе бланка по какому-либо вопросу освобождает его от ответственности за умолчаніе.

стичном сохраняет свою силу) и гибелью вещи от другой причины.

*Взаимное страхованіе имуществ.* Взаимное страхованіе имуществ есть договор, в силу котораго контрагенты по договору принимают на себя обязательство возмѣщенія ущерба, который может понести имущество одного из них от опредѣленной случайности. Таким образом, здѣсь страховщик и страхователь совпадают. Цѣль взаимнаго страхованія не извлеченіе прибыли, а самопомощь, разложеніе риска от несчастнаго случая. Таково, напр., взаимное земское страхованіе строеній от огня (т. XII, ч. 1. разд. I).

### 3. *Страхованіе лиц.*

Страхованіе лиц и по предмету и по цѣли существенно отличается от страхованія имущества, представляет самостоятельный договор.

*Страхованіе лиц (личное страхованіе) есть договор, согласно которому одна сторона—страхователь—принимает на себя обязательство вносить періодическіе платежи другой сторонѣ—страховщику—до наступленія извѣстнаго момента или событія (или внести единовременно опредѣленную сумму), а страховщик с наступленіем условленнаго момента или событія—уплатить страховую сумму.*

Личное страхованіе знает много видов. Таково, наприм., *страхованіе жизни,* согласно которому страхователь вносит ежегодные взносы (страх. премію) страховщику с тѣм условіем, чтобы послѣ его смерти опредѣленная страховая сумма была выдана его семьѣ; *страхованіе старости или на дожитіе,* при котором страхователь вносит ежегодно опредѣленный взнос (страх. премію) с тѣм условіем, чтобы по достиженіи извѣстнаго возраста, наприм., 50 лѣт, ему была уплачена единовременно страховая сумма или ежегодно до смерти уплачивалась опредѣленная рента; *смѣшанное — на дожитіе и на случай смерти,* при котором с достиженіем извѣстных лѣт, напр., 50, выговаривается опредѣленная ежегодная рента самому страховщику, а послѣ его смерти страховая сумма семьѣ; *страхованіе приданаго,* при котором в интересах малолѣтней дочери ежегодно вносятся платежи (страх. премія) с тѣм, что послѣдняя получает страховую сумму по достиженіи извѣстнаго возраста, напр., 18 лѣт и др. Размѣры страх. преміи зависят от размѣра страховой суммы и количества лѣт, в которыя вносится или предполагается к внесенію премія.



Договор личнаго страхованія двусторонній, возмездный. Существенными принадлежностями его являются: предмет, вознагражденіе (премія), срок, страховая сумма.

Предметом личнаго страхованія является не ущерб страхователя (страховой интерес), а личныя блага: жизнь, здоровье, трудоспособность и т. п.,—что точно не оцѣнимо на деньги, послѣднія не могут быть эквивалентом указанных личных благ. В виду этого разрѣшается личное страхованіе в любом размѣрѣ, допускается и двойное страхованіе.

Вознагражденіе (страховая премія) обычно вносится в видѣ періодических платежей. В договорѣ должна быть указана страховая сумма, которая, как отмѣчено выше, не соразмѣряется с ущербом. Должна быть указана цѣль страхованія: на дожитіе, приданаго и т. п.

Страхователь обязан уплачивать страховую премію и сообщать страховщику о перемѣнах в образѣ жизни, вліяющих на страховой риск. Страховщик обязан уплатить в назначенный срок страховую сумму (единовременно или в видѣ ежегодной ренты). При страхованіи на случай смерти, если страхователь покончил самоубійством, страховщик по общему правилу освобождается от своей обязанности уплатить страховую сумму, но по договору может быть и иначе.

Договор личнаго страхованія прекращается: исполненіем, смертью застрахованнаго, когда послѣдняя не вызывает исполненія, объявленіем конкурса над застрахованным и нѣк. др.

При страхованіи жизни тенденціи современнаго законодательства развиваются в двух противоположных направленіях: 1) обезпечить выгодопрібрѣтателю — обычно семьѣ страхователя — дѣйствительное полученіе страховой суммы и 2) усилить распоряжаемость полисом, оборотоспособность послѣдняго. Первое достигается тѣм, что страховая сумма объявляется свободной от взысканія кредиторов и подлежит выдачѣ наслѣдникам, назначенным выгодопріобрѣтателем и при отказѣ их от наслѣдства (ср. § 167 герм. страх. закона), что еще усиливается правом страхователя назначать выгодопріобрѣтателя посредством неотмѣнимаго распоряженія, т.-е. без права отмѣны или замѣны его другим лицом — окончательный отказ от права распоряженія (§ 328 герм. гр. ул.). Второе достигается выдачей полиса на предъявителя, который может быть

свободно закладываем, передаваем и т. п. и служит удобной формой для оборота вложеннаго в него капитала.

В случаѣ конкурса или другого уничтоженія страхования жизни до срока за страхователем сохраняется право на возврат резерва премій. При страхованіи жизни страхователь с теченіем времени должен уплачивать все большія преміи, обычно же преміи уплачиваются одинаковыя, как в молодости, так и в старости, т.-е. в болѣе молодые годы уплачивается лишнее, чтобы уменьшить взносы к старости. Эта переплата в первые годы взноса премій и составляет резерв премій, принадлежащій страхователю и возвращаемый ему при конкурсѣ. Резерв премій надлежало бы возвращать страхователю и в других случаях досрочнаго прекращенія страхованія.

Обычно договор страхованія в тѣх случаях, когда выгодопріобрѣтателем является не сам страхователь, а указанное им третье лицо, разсматривается как договор в пользу 3-го лица. Однако, это не всегда так. Так, напр., согласно § 166 герм. закона о страхованіи (1908 г.), страхователь имѣет право *без согласія* страховщика назначить 3-е лицо выгодопріобрѣтателем. То же по § 76 швейц. страхового закона. Здѣсь несомнѣнно имѣет мѣсто не договор в пользу 3-го лица, а одностороннее волеизъявленіе страхователя (в пользу 3-го лица).

По нашему законодательству страхованіе жизни регулировалось гл. обр. уставами страховых обществ, которые утверждались в порядкѣ верховнаго управленія. Кромѣ того, мин. вн. дѣл были утверждены "Общія условія страхованія" лиц (1911 г.) и убытков (1913 г.).

23 іюня 1912 г. был издан спеціальный закон об обязательном страхованіи рабочих и служащих. Страхованіе производится за счет владѣльцев предпріятій с паровыми котлами и машинами, имѣющих не менѣе 20 рабочих и без котлов и машин—30. Страховщиками являются страховыя общества, состоящія из владѣльцев предпріятій, которые несут круговую отвѣтственность. Страхованіе имѣет цѣлью выдачу пособій, пенсій и единовременных сумм на случай смерти или поврежденія в здоровьи, происшедших при работах или вслѣдствіе работ в предпріятіи. Причиненіе себѣ поврежденій по злому умыслу самого потерпѣвшаго лишает его права на пенсію или вознагражденіе.

Гражд. кодекс Р. С. Ф. С. Р. объединяет страхованіе имущества и страхованіе лиц. Имущественное страхованіе не может превышать дѣйствительнаго ущерба (страхового интереса), при страхованіи лиц страховая сумма устанавливается по соглашенію. Если в первом случаѣ страховая сумма окажется выше страхового интереса, договор признается дѣйствительным только в предѣлах послѣдняго и страховая премія соотвѣтственно понижается. Если означенное превышеніе произошло вслѣдствіе обмана со стороны страхователя, страховщик может требовать признанія договора недѣйствительным. Дополнительное страхованіе (дострахованіе) имущества (до предѣлов полнаго страхового интереса) у другого страховщика допускается лишь с письменнаго разрѣшенія перваго. Если страховыя суммы по нѣскольким договорам имущественнаго страхованія превышают страховой интерес (двойное страхованіе), послѣдній договор в части, превышающей страховой интерес признается недѣйствительным; если страхователь преслѣдовал при этом цѣли неправомѣрной выгоды, то всѣ договоры признаются недѣйствительными и страховщики могут требовать возмѣщенія убытков. Договор личнаго страхованія может быть заключен на случай наступленія событій, связанных с жизнью самого страхователя или третьяго лица. На случай смерти третьяго лица договор может быть заключен только с письменнаго согласія этого лица с указаніем страховой суммы и выгодопріобрѣтателя. В договорѣ страхованія должен быть указан срок, на который он заключается, или періоды, к которым пріурочивается исчисленіе страховой преміи. Договор должен быть заключен в письменной формѣ под страхом недѣйствительности, при чем страховщик должен выдать квитанцію или полис по особой формѣ. Страхователь должен сообщить всѣ извѣстныя ему обстоятельства, имѣющія существенное значеніе для страхованія (для наступленія опасности и пр.), в особенности опредѣленно указанныя в правилах страхованія и запросах страховщика. При умолчаніи страховщик может требовать признанія договора недѣйствительным. Договор недѣйствителен, если во время заключенія страхованія застрахованное имущество уже не существовало, отпал страховой интерес или имущество не подвержено опасности, от которой страхуется; а при личном страхованіи, если нѣт в живых лица, с жизнью коего связан страховой интерес, или он оне подвергается болѣе предусмотрѣнному в договорѣ риску.

Если при имущественном страхованіи страховой риск увеличился по непредусмотрѣнным в договорѣ причинам, страховщик может предложить страхователю увеличить

страховую премію, при отказѣ — требовать расторженія договора. Страхователь обязан уплачивать страховщику в условленные сроки и в условленном мѣстѣ страховую премію. Страхователь или выгодопріобрѣтатель обязан при наступленіи страхового случая извѣстить страховщика и принимать мѣры к уменьшенію убытков послѣдняго. Страховщик освобождается от уплаты страховой суммы, если страховой случай вызван умыслом или грубой небрежностью страхователя или выгодопріобрѣтателя. Поскольку иное не оговорено в договорѣ страхованія, страховщик не отвѣчает за убытки, причиненные внѣшней или граждан. войной. Всѣ притязанія из договора страхованія поской имущ. гащаются давностью в 2 года. Условія отдѣльных видов страхованія регулируются правилами, издаваемыми Комиссаріатом Финансов.

### 4. Товарищество.

*Товарищество есть договор, согласно которому нѣсколько лиц соединяют свои силы и средства для совмѣстной дѣятельности, направленной к достиженію единой цѣли.*

Экономическія и культурныя цѣли, которыя ставит себѣ человѣк, часто настолько велики, что не под силу ему одному и нерѣдко так длительны, что превышают продолжительность человѣческой жизни. Удовлетвореніе подобных задач достигается путем коллективной дѣятельности людей. В гражданском оборотѣ эта дѣятельность принимает форму товарищества. Болѣе подробно ученіе о товариществѣ излагается обычно в торговом правѣ (торговыя товарищества), поэтому здѣсь мы ограничимся краткими свѣдѣніями.

Товарищество представляет: 1) соединеніе лиц по принципу общенія, а не по принципу подчиненія, 2) соединеніе сил и средств, т.-е. участіе личным трудом или матеріальными средствами в совмѣстной дѣятельности, участіе в прибылях и убытках от общей дѣятельности, 3) цѣль товарищества по нашему законодательству—извлеченіе прибыли, чѣм оно и отличается от обществ и союзов.

Для возникновенія товарищества наша судебная практика требовала письменной формы; для возникновенія акціонернаго т-ва законодательство требовало разрѣшенія правительства, которое давалось обычно в видѣ утвержденія устава (концессіонная система). Прекращается договор т-ва: истеченіем срока, достиженіем цѣли, соглашеніем, несостоятельностью и наступленіем нѣкоторых особых обстоятельств для отдѣльных видов т-ва, напр., смерть товарища в простом товариществѣ.



Виды товариществ.

*Простое товарищество.* Простое тов-во—такое, в котором создается единство и общеніе во внутренней жизни: вклады товарищей и пріобрѣтенія тварищества (складочное имущество) составляет общую собственность, право участія товарищества не может быть передано без согласія товарищей, со смертью одного из товарищей (объявленіем его неправоспособным)—товарищество прекращает существованіе. Во внѣ, в отношеніи с другими лицами простое т-во не является самостоятельным субъектом прав и обязанностей (юридическим лицом), каждый товарищ дѣйствует и отвѣчает самостоятельно, неограниченно, без солидарной отвѣтственности с другими. Прекращается истеченіем срока, достиженіем цѣли, соглашеніем, смертью (объявленіем неправоспособным) одного из товарищей.

*Полное товарищество.* Такое т-во представляет единство не только во внутренних отношеніях, но и во внѣшних. Создается обособленное имущество т-ва; т-во выступает во внѣ, как самостоятельный субъект прав и обязанностей (юрид. лицо). Каждый товарищ лично участвует в веденіи дѣл т-ва и равномѣрно пользуется выгодами и несет послѣдствія убыточной дѣятельности т-ва. По долгам т-ва отвѣчает прежде всего имущество т-ва, при недостаткѣ послѣдняго каждый из товарищей отвѣчает всѣм своим имуществом солидарно с другими. Прекращается: соглашеніем, достиженіем цѣли, истеченіем срока, несостоятельностью т-ва. Смерть одного из товарищей не прекращает товарищества.

*Товарищество на вѣрѣ, или коммандита.* В этом тов-вѣ одни из участников — полные товарищи и несут всѣ права и обязанности послѣдних (имѣют право на распоряженіе дѣлами т-ва, отвѣчают неограничено и солидарно по долгам т-ва), другіе—вкладчики, не имѣют права на распоряженіе дѣлами т-ва и несут отвѣтственность по долгам т-ва только своим вкладом. Прекращается по тѣм же основаніям, что и полное т-во.

*Акціонерная компанія.* В этом тов-вѣ всѣ участники —вкладчики, характерною его чертою являются большой складочный капитал, состоящій из небольших паев (акцій). Собственники акцій имѣют право на участіе в упра-

вленіи, но не на непосредственное участіе (как полные товарищи), а путем выбора распорядительных органов, на полученіе прибыли—дивиденда на акціи и отвѣчают по долгам т-ва только своим вкладом. Акціонерныя компаніи дѣйствуют во внѣ, как самостоятельный субъект прав и обязанностей (юрид. лицо), и отвѣчают по долгам т-ва складочным капиталом. Акціи бывают именныя и на предъявителя; послѣдняя форма усиливает оборотоспособность акцій. — По нашему законодательству акціон. компаніи возникают посредством разрѣшенія (концесс. система) и дѣйствуют на основаніи утвержденных уставов. Прекращаются: истеченіем срока, достиженіем цѣли, несостоятельностью, постановленіем общаго собранія.

*Акціонерная коммандита.* Акціонерная коммандита представляет такое т-во на вѣрѣ, в котором капитал вкладчиков раздѣлен на акціи. В остальном подчиняется правилам т-ва на вѣрѣ.

*Товарищество с ограниченной отвѣтственностью.* Товарищество с ограниченной отвѣтственностью представляет т-во капиталистическаго характера с значительными вкладами и основным капиталом с личным участіем товарищей в дѣлах т-ва, но с ограниченной отвѣтственностью т-ва своим имуществом и отдѣльных товарищей вкладами. Особенностью этих товариществ является еще обязанность дополнительных взносов отдѣльных товарищей по постановленію общаго собранія. Эти дополнительные взносы могут быть неограниченны, но с правом товарища отказаться от дополнит. взноса и уйти из т-ва с предоставленіем в пользу т-ва своего вклада (Германія) или же ограничиваются каким-либо кратким отношеніем к вкладу (напр., не могут превышать вклад болѣе, чѣм в 10 раз—Австрія).

*Товарищество с перемѣнным капиталом.* Эти товарищества могут быть организованы по формѣ полнаго т-ва, коммандиты или акціонерной компаніи. Особенностью этих товариществ является облегченіе возможности измѣненія размѣра основного капитала (меньше доли участія, меньше основной капитал), облегченіе возникновенія и облегченіе ухода и вступленія членов. Послѣднее связывает данный вид товариществ со слѣдующим.

*Товарищество с перемѣнным составом.* Т-ва с перемѣнным составом — такія т-ва, в которых личное участіе товарищей не имѣет существеннаго значенія и состав его не носит постояннаго характера (свободное или облегченное вступленіе и выход), благодаря этому и складочный капитал носит нерѣдко перемѣнный характер—напр., общества взаимнаго кредита, ссудо-сберегательныя и т. п. т-ва.



*Артельныя товарищества.* Артельныя т-ва имѣют цѣлью путем личной дѣятельности всѣх участников улучшеніе их экономическаго положенія за круговой отвѣтственностью. Характерными чертами артели является личный труд участников, дѣятельность их за общій счет и круговая отвѣтственность друг за друга. При этой формѣ т-ва имѣет иногда мѣсто и имущественное участіе в видѣ, напр., членских взносов.

Наше законодательство различает т-во торговое от гражданскаго. Однако, признаки отличія весьма не существенны: занесеніе торговаго т-ва в реестр городской или купеческой управы, наименованіе его торговым домом и письменная форма для совершенія договора *). Х том различает: полное т-во, т-во на вѣрѣ или по вкладам, т-во по участкам или компанію на акціях и т-во трудовое—артель (2128)—с указанной выше отвѣтственностью (2126—2200). Кромѣ того, на основаніи спеціальных узаконеній существовали товарищества мелкаго кредита с отвѣтственностью, ограниченной вкладами, при чем обязательства по вкладам и займам не должны превышать десятикратный размѣр основного капитала (Устав Кред. 86 и сл.), крестьянскія поземельныя товарищества для пріобрѣтенія земель через Крестьянскій Банк и нѣк. др.

Кодекс Р. С. Ф. С. Р. различает т-ва: 1) простое с долевой отвѣтственностью товарищей соразмѣрно вкладу, 2) полное т-во, члены коего занимаются торговлей или промыслом под общей фирмой и отвѣчают по долгам т-ва всѣм своим существом, как солидарные должники (послѣ установленной судебной или фактической несостоятельности самого т-ва), 3) т-во на вѣрѣ с указанной выше отвѣтственностью полных товарищей и ограниченной вкладом отвѣтственностью вкладчиков, 4) т-во с ограниченной отвѣтственностью, участники коего занимаются торговлей под общею фирмою и отвѣчают по обязательствам т-ва не только вкладами, но и личным имуществом в кратном (трехкратном, пяти, десятикратном) размѣрѣ к суммѣ вклада **) могут учреждаться только в тѣх отраслях хозяй-

*) Ср. Каминка — Очерки торговаго права, стр. 267.

**) Таким образом, отличается от общаго австро-германскаго типа отсутствіем дополнительных взносов, взамѣн коих введена кратная ко вкладу отвѣтственность собственным имуществом.

ства, гдѣ прямо разрѣшены законом или по спеціальным разрѣшеніям подлежащих органов власти, 5) акціонерн. общество (паевое товарищество), учреждается под особым наименованіем или фирмою с основным капиталом, раздѣленным на опредѣленное число акцій, по обязательствам акц. т-ва отвѣчает только имущество т-ва, возникает на основаніи устава, утвержденнаго совѣтом труда и обороны, а в случаѣ предоставленія концессіи—совѣтом народн. комиссаров (276—366).

---

Приведенными видами типичных договоров мы и ограничим наше изложеніе. Современное право знает значительно большее количество таких договоров (ср., напр. герм. гражд. улож. и даже наше право, напр., мировая сдѣлка, комиссія), но недостаток мѣста и учебныя цѣли настоящаго изданія заставляют нас ограничиться самым необходимым.

1 марта 1924 г. Г. Харбин.

---

*Для слушателей автора*

**В. А. РЯЗАНОВСКІЙ,**

магистр гражданскаго права, профессор юридическаго факультета в г. Харбинѣ.

# ЛЕКЦІИ ПО ГРАЖДАНСКОМУ ПРАВУ.

**Выпуск V.**

## Права семейныя и наслѣдственныя.

**ХАРБИН.**
Типографія Китайской Восточной желѣзной дороги.
**1924.**

Государственная
БИБЛИОТЕКА
СССР
им. В. И. Ленина
738152

# ОГЛАВЛЕНІЕ

*Стр.*

## СЕМЕЙНОЕ ПРАВО.

**Гл. I.—Понятіе и содержаніе семейнаго права, брачное право** . . . . . 1—17

Понятіе и содержаніе семейнаго права. Отношенія, возникающія из союза брачнаго. Брак. Условія и препятствія для вступленія в брак. Препятствія, расторгающія брак и только препятствующія браку по нашему законодательству. Форма заключенія брака: брак церковный и гражданскій. Обряд совершенія брака. Постановленія совѣтскаго законодательства. Расторженіе брака. Развод по иностранным законодательствам, X тому, постановленіям помѣстнаго собора правосл. церкви и совѣтскому закон-ву. Личныя отношенія супругов на западѣ и в Россіи. Имущественныя отношенія супругов.

**Гл. II.—Отношенія родителей и дѣтей, родственный союз** . . . . . 17—27

Отношенія родителей и дѣтей. Родительская власть—ея эволюція в современном правѣ, возникновеніе родительской власти. Личныя отношенія родителей и дѣтей. Имущественныя отношенія (выдѣл, приданое). Отношенія родителей и дѣтей по кодексу Р. С. Ф. С. Р. Родственный союз. Родство, степени и линіи, опредѣленіе степеней родства, юридич. значеніе родства. Свойство—двухродное и трехродное, опредѣленіе степеней свойства.

**Гл. III.– Опека и попечительство** . . . . . 27—30

Опека—ея задачи, характер современной опеки. Объекты опеки. Основанія возникновенія. Права и обязанности опекуна. Прекращеніе опеки. Попечительство.

## НАСЛѢДСТВЕННОЕ ПРАВО.

**Гл. I. Понятіе наслѣдственнаго права и наслѣдственнаго преемства** . . . . . 31—44

Понятіе наслѣдственнаго права, наслѣдованія и наслѣдства. Виды наслѣдственнаго преемства. Универсальное преемство. Спеціальное преемство. Сингулярное преемство. Основанія наслѣдственнаго преемства—закон, завѣщаніе, договор. Границы наслѣдованія по закону и завѣщанію, открытіе наслѣдства.

**Гл. II.—Наслѣдованіе по закону** . . . . . 45—63
Общія начала наслѣдованія по закону. Право представленія. Трансмиссія. Право приращенія. Наслѣдованіе по иностранным законодательствам. Наслѣдованіе нисходящих—сыновей, дочерей, внуков и т. д., дѣтей сводных, узаконенных, усыновленных, внѣбрачных. Наслѣдованіе боковых родственников —общія начала, наслѣдованіе в родовом имуществѣ, наслѣдованіе в благопріобрѣтенном имуществѣ. Преемство восходящих—круг преемников, юридическая природа. Преемство супругов—три вида, особенности, юридич. природа. Преемство в выморочных имуществах. Особые порядки наслѣдованія. Наслѣдованіе по кодексу Р. С. Ф. С. Р.

**Гл. III.—Наслѣдованіе по завѣщанію** . . . . . 63—74
Завѣщаніе. Условія дѣйствительности завѣщанія (вопрос о субституціи и экстередаціи). Форма завѣщанія. Иностранныя законодательства. Наше право. Домашнее духовное завѣщаніе. Нотаріальное духовное завѣщаніе. Особенныя завѣщанія. Измѣненіе и отмѣна завѣщанія. Завѣщательный отказ; положеніе вопроса в нашем законодательствѣ.

**Гл. IV.—Принятіе наслѣдства и послѣдствія принятія.** 74—82
Принятіе наслѣдства и отреченіе от него. Утвержденіе в правах наслѣдованія по завѣщанію и закону. Исполненіе завѣщаній. Раздѣл наслѣдства. Отвѣтственность наслѣдников по обязательствам наслѣдодателя, наше законодательство и доктрина.

---

* * *

Отсутствіе на книжном рынкѣ пособій по гражданскому праву и просьбы моих слушателей по Государственному Дальневосточному университету (гор. Владивосток) послужили побудительной причиной, заставившей меня осенью 1921 года приступить к обработкѣ и выпуску в свѣт моих лекцій по гражданскому праву. В теченіе трех академических лѣт продолжалась эта работа, и, несмотря на всѣ неблагопріятныя условія, настоящим выпуском она заканчивается. Неблагопріятными условіями для такой работы являлись недостаток времени у автора и недостаток средств на печатаніе, что нерѣдко заставляло ограничиваться сокращенным изложеніем, а главное—недостаток пособій. Отсутствіе юридических библіотек в гор. Владивостокѣ и гор. Харбинѣ служило самым существенным препятствіем для выполненія настоящей работы. Автор надѣется, что со временем ему представится возможность издать свои лекціи при болѣе благопріятных условіях.

Май 1924 г., г. Харбин.

# СЕМЕЙНОЕ ПРАВО.

## I. Понятіе и содержаніе семейнаго права, брачное право.

*Понятіе и содержаніе семейнаго права.* Семья есть союз лиц, связанных браком и происходящих от этого брака (родители и дѣти) *).

*Совокупность юридических норм, опредѣляющих личное и имущественное положеніе субъекта права, как члена семьи,* составляет семейное право.

Семейныя отношенія тѣсно связаны с личностью субъекта права, носят строго личный характер, опредѣляют его семейное состояніе—status familiae, поэтому семейныя права неотчуждаемы, не переходят по наслѣдству.

Субъективныя семейныя права дѣлятся на права личныя, например, право родительской власти, власти мужа, право на воспитаніе и др. и на права имущественныя, например, на алименты, право на отчет к опекуну и нѣкоторыя другія. Большинство этих прав носит абсолютный характер, напримѣръ, права власти, нѣкоторыя же—относительный, напр., права на алименты, на приданое.

Семейныя отношенія (права и обязанности) складываются из отношеній, возникающих из союза брачнаго (брачное право), из взаимных отношеній родителей и дѣтей и из отношеній, возникающих из союза родственнаго вообще, сюда же господствующая доктрина относит и отношенія по опекѣ.

Разсмотрим эти отношенія.

---

*) Таково понятіе семьи в современном правѣ. Иногда понятіе семьи употребляется и в болѣе широком смыслѣ—в смыслѣ союза лиц, связанных узами брака и кровным родством, находящихся под властью общаго родоначальника и живущих совмѣстно под главенством послѣдняго. Это—такъ-называемая „большая семья", напримѣр. задруга южных славян, крестьянская семья нѣкоторых мѣстностей Россіи. Современныя условія гражданскаго оборота ведут к раздробленію семьи, индивидуализаціи ея членов, и общим типом является „малая семья", съ которой, главным образом, и имѣет дѣло современное право.

## *Отношенія, возникающія из союза брачнаго (брачное право).*

### *Бракъ.*

*Бракъ представляетъ союзъ мужчины и женщины с цѣлью постояннаго сожительства, заключенный в установленной формѣ.*

Какъ союзъ двух лицъ бракъ предполагаетъ соглашеніе, то-есть с юридической точки зрѣнія представляетъ договоръ. В качествѣ послѣдняго бракъ долженъ быть заключенъ право- и дѣеспособными сторонами по непринужденному согласію. Сторонами в бракѣ, участниками брака соотвѣтственно физіологической основѣ его являются мужчина и женщина. Современное европейское правосознаніе признаетъ допустимымъ только моногамическій бракъ, т.-е. бракъ одного мужчины с одной женщиной, хотя право нѣкоторых народов знаетъ и полигамію —бракъ одного мужчины с нѣсколькими женщинами (напр., мусульманское право) и поліандрію—бракъ одной женщины с нѣсколькими мужчинами. Цѣлью брака является постоянное сожительство мужчины и женщины. Посему бракъ на срокъ не допускается. Форма брака можетъ быть или церковной, канонической, или свѣтской, гражданской.

*Условія и препятствія для вступленія в бракъ.* Препятствія для заключенія брака дѣлятся на препятствія, расторгающія бракъ и дѣлающія его недѣйствительнымъ (impedimenta dirimentia), и препятствія, только препятствующія заключенію брака, но если бракъ заключенъ, не дѣлающія его недѣйствительнымъ (impedimenta impedimentia).

Такъ, по швейцарскому гражданскому уложенію бракъ ничтоженъ: 1) если одинъ из супруговъ уже состоитъ в бракѣ, 2) при психическом разстройствѣ и неспособности разсуждать, 3) при наличности родства и свойства в запрещенных степенях (120—122)*).

Бракъ оспоримъ: 1) по неспособности имѣть самостоятельное сужденіе, 2) при наличности заблужденія относительно вступленія в бракъ вообще или с данным лицом, относительно существенных качеств даннаго лица так, что общая жизнь невозможна, 3) вслѣдствіе обмана — относительно честности, относительно болѣзни, грозящей опасностью другому супругу или его потомству, 4) вслѣдствіе принужденія и 5) по требованію

*) То-есть между родственниками и свойственниками по прямой линіи, между родными и двоюродными братьями и сестрами, между дядей (теткой) и племянницей (племянником) — без различія законнаго и внѣбрачнаго родства, между усыновителем и усыновленным или между ним и супругом другого (100).



родителей или опекуновъ над несовершеннолѣтним (если он не достиг совершеннолѣтія и нѣт беременности жены) (123—128).

По нашему законодательству условіями и препятствіями для заключенія брака являются слѣдующія.

1. Взаимное согласіе на вступленіе в бракъ, основанное на свободной и сознательной волѣ. Для заключенія брака необходимо, чтобы воля на совершеніе брака проявилась сознательно и свободно. Поэтому не могут вступать в бракъ безумные и сумасшедшіе (62 ст.). Равным образом, существенная ошибка, обманъ и принужденіе могут послужить основаніем для признанія брака недѣйствительным.

2. Опредѣленный брачный возраст. Заключеніе брака требует умственной и физической зрѣлости. В Римѣ. брачный возраст составлял 14 лѣтъ для мужчины и 12 лѣт для женщины (сохранился в Англіи). Французскій гражданскій кодекс установил для мужчины 18 лѣт, для женщины — 16 лѣт, германское гражданское уложеніе—21 и 16, швейцарское гражданское уложеніе—20 и 18. X том установил как общую норму (для христіан, магометан и евреев) — 18 лѣтъ для мужчины и 16 лѣт для женщины (3, 63 и 91 стт.), с разрѣшенія епархіальнаго архіерея бракъ православных можетъ быть совершон на полгода ранѣе (ст. 3 и прим.), предѣльный возраст—80 лѣт (4 ст.); для коренных жителей Закавказья брачный возраст установлен в 15 и 13 лѣт (63 ст.).

3. Состояніе в бракѣ. При моногамическом бракѣ наличность брачнаго союза служит препятствіем к вступленію в новый бракъ (20, 37, 62). Двоеженство и двоемужество разсматриваются как преступленіе.

4. Послѣдовательное состояніе в трех бракахъ служит препятствіем для православных к вступленію в четвертый бракъ (21 ст.).

5. Состояніе в духовном санѣ (священника и діакона) и в монашествѣ, пока продолжается пребываніе в оных, служит препятствіем для вступленія в бракъ православных и католиков (2 и 37 ст.).

6. Различіе вѣроисповѣданій в нѣкоторых случаях служит препятствіем для заключенія брака. Так, православнымъ и католикам запрещается бракъ с нехристіанами, а протестантам—с ламаитами и язычниками (87).

7. Осужденіе на безбрачіе (37, 41— вслѣдствіе вступленія во второй бракъ при наличности перваго, а также вслѣдствіе безвѣстнаго отсутствія в теченіе 5 лѣт) служит препятствіем

для вступленія в бракъ. Расторженіе брака по прелюбодѣянію имѣет для виновнаго послѣдствіем запрещеніе вступать в бракъ в теченіе 2-х лѣт безусловно и еще в теченіе 5 лѣт бракъ разрѣшается лишь в случаѣ удостовѣреннаго священником раскаянія виновнаго.

8. Родство и свойство. Христіанам воспрещается заключеніе брака в степенях кровнаго и духовнаго родства и свойства, воспрещенных церковью (23, 37, 64). Православная церковь запрещает вступленіе в бракъ кровных родственников в прямой восходящей и нисходящей линіи вообще и въ боковых до 4 ст. включительно, свойственников по двухродному свойству—до 3 ст. включительно и из 4 ст.—брак с сестрою невѣстки и сестрою зятя, при чем в послѣдних случаях разрѣшеніе может быть дано по ходатайству епархіальнаго архіерея, по трехродному свойству—в 1 ст. безусловно и во 2 и 3 степенях брак допускается с разрѣшенія епархіальнаго архіерея. Родство духовное (через воспріемничество при крещеніи) служит препятствіем для брака между воспріемникомъ и матерью воспринятаго (крестника) и воспріемницы с отцом воспринятой (крестницы).

Относительно внѣбрачнаго родства, как препятствія къ браку, наше законодательство умалчивает. Усыновленіе служит препятствіем к браку для лютеран (между усыновителями и усыновленнымъ) и католиковъ (между усыновителями и усыновленнымъ, а также между родственниками и свойственниками послѣднихъ), но относительно православныхъ закон умалчивает.

9. Церковное вѣнчаніе. Для дѣйствительности брака христіан требуется совершеніе брака по обрядамъ церкви.

Недѣйствительность брака (как юридической сдѣлки вообще) может быть абсолютной—ничтожность и относительной —оспоримость. К числу причин перваго порядка надлежитъ отнести (для православных): 1) заключеніе брака въ запрещенных степенях родства и свойства, 2) лицами свыше 80 л., 3) состоящими в нерасторгнутом бракѣ, 4) осужденными на безбрачіе, 5) православными с иновѣрными, 6) без церковнаго вѣнчанія. Остальные случаи недѣйствительности надлежит отнести к относительной недѣйствительности, т.-е. к таким случаям, которые могут, по выполненіи извѣстных условій, пріобрѣсти правомѣрный характер.

Препятствія, только препятствующія браку.



1. Разрѣшеніе родителей. Брак без такого разрѣшенія можетъ повлечь, по жалобѣ родителей, тюремное заключеніе от 4—8 мѣс. и лишеніе наслѣдства (Ул. Нак. ст. 1566).

2. Разрѣшеніе начальства для лиц, состоящих на военной и гражданской службѣ (9 ст.).

3. Разрѣшеніе епархіальнаго архіерея для нѣкоторых степеней родства и свойства.

По совѣтскому законодательству условіями и препятствіями для вступленія в бракъ являются.

1. Взаимное согласіе, основанное на свободной и сознательной волѣ: недѣйствителен брак, заключенный душевнобольным, без согласія, в безсознательном состояніи и по принужденію. 2. Брачный возраст: 18 лѣт для мужчины и 16 лѣт для женщины. Недѣйствительны браки лиц, не достигших брачнаго возраста, за исключеніем случаев, когда имѣло мѣсто рожденіе дѣтей или беременность жены или дѣло возбуждено по достиженіи брачнаго возраста. 3. Состояніе в зарегистрированномъ бракѣ или в бракѣ, имѣющем силу зарегистрированнаго, служит препятствіем к новому браку и дѣлаетъ послѣдній недѣйствительным. 4. Родство. Не могут вступать в бракъ родственники по прямой восходящей и нисходящей линіи и полнородные и неполнородные братья и сестры, в том числѣ и по внѣбрачному родству. 5. Недѣйствительны церковные браки, указанные въ стт. 3, 5, 12, 20, 28 и 31 т. X, ч. 1. Разновѣріе, состояніе в монашествѣ и духовном санѣ не служитъ препятствіем к браку *).

Производство о недѣйствительности брака может быть начато супругами и представителями правительственной власти, разсматриваются такія производства мѣстными судьями.

*Форма и обряд заключенія брака.*

Что касается формы брака, то в Римѣ заключеніе и расторженіе брака носило гражданскій характер. С распространеніем христіанства и усиленіем церкви, смотрѣвшей на брак, как на таинство, введена была церковная форма брака—вѣнчаніе; для вступленія в брак требовалось благословеніе церкви, равно как и расторженіе брака допускалось лишь с разрѣшенія церкви. На востокѣ церковная форма брака была введена въ 893 г., на западѣ—позднѣе и окончательно утверждена в 1563 г. (Тридентскій соборъ).

*) См. Кодекс законов об актах гражданскаго состоянія, брачном, семейном и опекунском правѣ, стт. 66—84.

В борьбѣ государства с церковью государственная власть вновь возвращается к свѣтской формѣ брака (Голландія XVI в.), но распространеніе гражданскій брак получил со времени великой французской революціи. Законом 1792 г. был введен во Франціи гражданскій брак, заключавшійся при посредствѣ органов государства. Брачныя отношенія были изъяты из компетенціи церкви, гражданское законодательство опредѣлило условія вступленія в брак, развода и отношеній супругов между собою, а также и систему регистраціи и веденія актов гражданскаго состоянія. Брак совершается перед государственным чиновником, который убѣждается в брачной дѣеспособности, в отсутствіи препятствій к браку и регистрирует брачный договор, занося его в реестр. Только гражданскому браку были присвоены юридическія послѣдствія, церковный брак потерял свое прежнее юридическое значеніе, оставаясь чисто-личным конфессіональным дѣлом каждаго. Эти начала были подтверждены гражданским кодексом Наполеона.

В XIX в. гражданская форма брака получила распространеніе почти во всѣх европейских странах (в Англіи в 1836 г., в Германіи в 1875 г. и др.) в трех видах: факультативнаго, обязательнаго и необходимаго гражданскаго брака. Нѣкоторыя государства, напр., Англія, предоставляют своим гражданам на выбор заключать свѣтскій или церковный брак с одинаковыми юридическими послѣдствіями. Большинство европейских государств (Франція, Германія и др.) объявляют гражданскій брак обязательным и только за ним признают юридическія послѣдствія, оставляя церковную форму брака в качествѣ дополненія для желающих. Наконец, третьи (Австрія) признают обязательной церковную форму брака, но допускают гражданскій брак при невозможности церковнаго, напр., при бракѣ христіан с нехристіанами.

В Россіи была принята церковная форма брака путем вѣнчанія в храмѣ (31 ст.), гражданскаго брака даже в факультативной формѣ наше законодательство не допускало. Но все же принуждено было допустить явленіе, аналогичное необходимому гражданскому браку, для старообрядцевъ. Духовенство старообрядцев не признавалось, а у нѣкоторых сект его и не было, заключенные старообрядцами браки не имѣли юридических послѣдствій, что вызывало чрезвычайныя затрудненія в практической жизни. Закон 1874 г. разрѣшил старообрядцам регистрировать их браки в городах—в полицейских управленіях, в деревнях—в волостных правленіях, юридическія послѣдствія влекла только указанная регистрація, при чем чиновникам, регистрирующим подобные браки, было воспрещено удостовѣряться в совершеніи религіознаго обряда; у нѣкоторых старообрядческих толков религіозный обряд и не совершался. Указами 17 апрѣля 1905 г. и 17 октября 1906 г. настоятелям и наставникам старообрядческих общин было вмѣнено в обязанность вести метрическія книги, а для старообрядцев, не признающих священства и особыхъ наставников, сохранилась указанная регистрація.



Что касается обряда совершенія брака, то церковный брак совершается в формѣ церковнаго вѣнчанія, обязательнаго для православных, католиков и лютеран под угрозой недѣйствительности брака. Нехристіанам разрѣшается вступать в бракъ по правилам их закона и обычаям (31, 90). Желающіе вступить в брак заявляют о том священнику, представляют доказательства отсутствія препятствій к вступленію в брак. Священник дѣлает троекратное оглашеніе в храмѣ о предстоящем бракѣ. Затѣм происходит вѣнчаніе в храмѣ, производимое священником, по обряду, установленному церковью, в присутствіи не менѣе 2-х свидѣтелей. Брак записывается в приходскую метрическую книгу за подписью вѣнчавшихся, свидѣтелей и причта. Выпись из метрической книги служит доказательством брака.

Гражданскій брак совершается перед представителем свѣтской власти. Так, напр., по швейцарскому гражд. уложенію он совершается слѣдующим образом.

Обѣщаніе о вступленіи в брак заявляется лично или письменно должностному лицу, ведущему акты гражд. состоянія, в мѣстѣ жительства жениха. При заявленіи должны быть представлены акты гражд. состоянія—о рожденіи желающих вступить в брак, акты о смерти другого супруга, о разводѣ, для несовершеннолѣтних—о согласіи родителей и опекунов и т. п. О намѣреніи вступить в брак производится публикація-оглашеніе. В оглашеніи должно быть отказано в случаѣ законных препятствій (отсутствія брачной правоспособности, наличности брака). В теченіе 10 дней послѣ оглашенія-публикаціи заинтересованныя лица могут представить возраженія противъ брака. Возможно отклоненіе возраженія. В таком случаѣ возражающій обязан предъявить иск о запрещеніи брака. Если нѣт возраженія или возраженіе отклонено, выдается удостовѣреніе об оглашеніи, которое дает право в теченіе 6 мѣс. совершить

брак в Швейцаріи. В случаѣ болѣзни и других уважительных причин брак может быть совершон и без оглашенія. Бракосочетаніе совершается публично в залѣ бракосочетаній в присутствіи двух совершеннолѣтних свидѣтелей. Должностное лицо, ведущее акты гражд. состоянія, спрашивает у обоих сговоренных, желают ли они соединиться узами брака. Послѣ утвердительнаго отвѣта, объявляется о их вступленіи в брак в силу их согласія. Послѣ бракосочетанія выдается удостовѣреніе о нем. Церковное вѣнчаніе может имѣть мѣсто только послѣ предъявленія такого удостовѣренія. О состоявшемся бракѣ производится публикація (105—119 стт.).

По совѣтскому законодательству только гражданскій брак (свѣтскій), зарегистрированный в отдѣлѣ записей актов гражд. состоянія, порождаетъ права и обязанности супругов. Брак, совершонный по религіозным обрядам и при содѣйствіи духовенства, не порождает никаких прав и обязанностей, если не зарегистрирован установленным порядком. Браки заключаются в мѣстных отдѣлах записей актов гражд. состоянія публично, в специально назначенном помѣщеніи (на суднѣ, в войскѣ при походѣ и во время болѣзни могут быть совершаемы внѣ такого помѣщенія) в присутствіи предсѣдателя отдѣла или его замѣстителя, совершающаго запись секретаря или его помощника. Заключеніе брака должно происходить в опредѣленные дни и часы, заранѣе установленные и обнародованные. Заявленіе о желаніи вступить в брак может быть устное или письменное. К заявленію должны быть приложены: свидѣтельство о личности брачущихся, подписка о добровольном вступленіи в брак и об отсутствіи законных препятствій. Сдѣлав запись, должностное лицо прочитывает ее брачущимся и объявляет брак заключенным. Жалобы на отказ в совершеніи брака приносятся в мѣстный судъ *).

### *Расторженіе брака.*

Расторженіе брака естественным порядком имѣет мѣсто в случаѣ смерти одного из супругов, а также может быть произведено и при жизни супругов путем признанія брака недѣйствительным вслѣдствіе установленных законом абсолютных или относительных причин (указаны выше). В этом послѣднем случаѣ брак признается как бы несуществовавшим.

*) Кодексъ актовъ гражд. состоянія стт. 52—65.



Но может быть расторгнут и дѣйствительный, правомѣрно существующій брак путем развода, т.-е. юридическаго прекращенія брака на будущее время.

В первоначальном римском бракѣ cum manu жена не имѣла юридической самостоятельности, она находилась под неограниченной властью домовладыки (manus mariti), который мог в любое время отвергнуть жену, дать ей развод. В пришедшем на смѣну бракѣ sine manu муж и жена юридически не были связаны, жена не входила в семью мужа, а оставалась членомъ своей прежней семьи. Муж не имѣл над нею никакой власти, никаких прав ни на ея личность, ни на ея имущество, коим она распоряжалась самостоятельно или под опекой отца (имущественная раздѣльность). Она могла свободно уйти от мужа, равно как и муж—оставить жену. Таким образом, брак мог быть прекращен как по взаимному согласію супругов, так и по одностороннему заявленію любого из них. Сторона, виновная в разводѣ, несла извѣстный имущественный штраф (теряла dos или donatio propter nuptias), но брак расторгался.

С распространеніем христіанства и усиленіем вліянія церкви на дѣла государства послѣдняя, разсматривая брак как таинство, берет брачныя отношенія под свою опеку, в частности как заключеніе брака (церковное вѣнчаніе и пр.), так и расторженіе (признаніе недѣйствительности брака и развод). При чем западная католическая церковь объявила брак совершенно не расторжимым, а восточная православная допускала его расторженіе лишь в немногих, точно указанных случаях, главным из коих является прелюбодѣяніе одного из супругов. Реформація отбросила взгляд на брак, как на таинство и признала послѣдній юридическим институтом, подлежащим вѣдѣнію свѣтскаго законодательства.

Революціонное законодательство Франціи допустило развод, между прочим, по взаимному согласію супругов и вслѣдствіе несходства характеров. Дальнѣйшее законодательство Европы, регулируя поводы развода, не пошло так далеко. Так, согласно французскому гражд. кодексу, развод допускается по прелюбодѣянію, вслѣдствіе жестокаго обращенія, вслѣдствіе тяжких обид, присужденія к позорящему уголовному наказанію (§§ 229—232). Согласно германскому гражд. уложенію абсолютными основаніями развода являются: прелюбодѣяніе, двоеженство, противоестественные уголовно-наказуемые пороки, посягательство одного супруга на жизнь другого, злонамѣренное оставленіе одним супругом другого в теченіе 1 года; относи-

тельными: грубое нарушеніе супружеских обязанностей или безчестное и развратное поведеніе, дѣлающее невозможным продолженіе брака, и неизлѣчимая душевная болѣзнь в теченіе 3 лѣт (§§ 1565—1569). Согласно швейцарскому гражданскому уложенію основаніями для развода являются: прелюбодѣяніе, покушеніе на жизнь, жестокое обращеніе и тяжкія обиды, позорящія преступленія, непристойный образ жизни, злоумышленное оставленіе одним супругом другого в теченіе 2-х лѣт, психическая болѣзнь одного из супругов. Кромѣ того, глубокій разлад супружеских отношеній, дѣлающій совмѣстную жизнь невозможной, также является основаніем для развода (137—142).

X том допускает развод по постановленію духовнаго суда: 1) по прелюбодѣянію одного из супругов, 2) вслѣдствіе присужденія одного из супругов к наказанію, соединенному с лишеніем всѣх прав состоянія или к ссылкѣ в Сибирь с лишеніем всѣх особенных прав и преимуществ (45 ст.), 3) вслѣдствіе вступленія одного из супругов в брак при наличности тайнаго кровного (41), 4) вслѣдствіе неспособности к брачному сожитію до брака и в теченіе 3-х лѣт по вступленіи в брак (48 ст.), 5) безвѣстное отсутствіе одного из супругов в теченіе 5 лѣт (45, 54), 6) постриженіе в монашество бездѣтных супругов (т. IX, ст. 413).

Указанные крайне ограниченные поводы к разводу (из коихъ собственно только один—первый носит общій характер) были расширены опредѣленіями помѣстнаго собора православной россійской церкви от 7/20 апрѣля и 20 августа/2 сентября 1918 г.

Первым из них установлены слѣдующіе поводы к разводу: 1) отпаденіе от православія, 2) прелюбодѣяніе и противоестественные пороки, 3) неспособность к брачному сожитію, 4) заболѣваніе проказой или сифилисомъ, 5) безвѣстное отсутствіе, 6) присужденіе одного из супругов к наказанію, соединенному с лишеніем всѣх прав состоянія, 7) посягательство на жизнь и здоровье супруга или дѣтей, 8) снохачество, сводничество и извлеченіе выгод из непотребства супруга и 9) вступленіе одного из супругов в новый брак.

Вторым опредѣленіем добавлены слѣдующіе поводы: 10) неизлѣчимая тяжкая болѣзнь одного из супругов, устраняющая возможность продолженія брачной жизни, надлежащим образом доказанная, и 11) злонамѣренное оставленіе супруга другим супругом, если по убѣжденію церковнаго суда оно дѣлает невозможным продолженіе брачной жизни.



Расторженіе брака, освященнаго церковью, допускается только по рѣшенію духовнаго суда на основаніи приведенных поводов к разводу.

По совѣтскому законодательству прекращеніе брака имѣетъ мѣсто: 1) вслѣдствіе смерти одного из супругов, 2) вслѣдствіе судебнаго объявленія супруга умершим и 3) вслѣдствіе развода.

Развод возможен по обоюдному согласію супругов и по одностороннему желанію развестись. Просьбы о расторженіи брака подаются в мѣстный суд по мѣсту жительства обоих супругов, истца или отвѣтчика, или по выбору разводящихся (письменно или устно с занесеніем в протокол). К просьбѣ прилагается свидѣтельство о бракѣ и подписка о заключеніи послѣдняго. Мѣстный судья назначает особые часы не менѣе одного раза в недѣлю для разсмотрѣнія просьб о разводѣ. Судья вызывает отвѣтчика, если жительство послѣдняго извѣстно, в противном случаѣ вывѣшивает в теченіе двух мѣсяцев объявленіе о вызовѣ и по истеченіи срока разсматривает просьбу о разводѣ. Сдѣлав постановленіе о разводѣ, судья выдает о том свидѣтельство и копію опредѣленія сообщает в мѣстный отдѣл записей актов гражданскаго состоянія, гдѣ хранится запись о бракѣ. Возможно обжалованіе опредѣленія судьи в кассаціонном порядкѣ. При обоюдном согласіи на развод просьба может быть подана в отдѣл записей актов гражданскаго состоянія, гдѣ хранится запись брака. Убѣдившись в желаніи супругов развестись, завѣдующій отдѣлом дѣлает запись о разводѣ и выдаетъ свидѣтельство о таковом. Таким образом, по совѣтскому законодательству достаточно односторонняго заявленія супруга о разводѣ независимо от каких-либо поводов*).

### *Личныя и имущественныя отношенія супругов.*

Взаимныя отношенія супругов прошли различныя стадіи развитія. Первоначально по праву римскому, а также и по праву современных европейских народов жена находилась всецѣло во власти мужа, который мог убить, продать, прогнать ее от себя, дать ей развод. Постепенно указанныя отношенія смягчились, и власть мужа приняла опекунскій характер. Жена разсматривалась по свойству своего пола аналогично малолѣт-

*) См. стт. 85—99 указаннаго кодекса.

нимъ, как не обладающая достаточным разумом и волею и нуждающаяся в постоянной опекѣ мужа, благодаря которой она находилась в полной зависимости от мужа. И только к XX столѣтію, в особенности с изданіем новых кодексов — германскаго и швейцарскаго,—выдвинулась идея равноправности супругов с признаніем главенства мужа в общесемейных дѣлах, но и до сих пор эта идея не проведена на западѣ вполнѣ послѣдовательно.

Так, в англійском правѣ еще в серединѣ XIX столѣтія господствовал каноническій принцип, что муж и жена составляют одно лицо,—что приводило к полному отрицанію юридической личности жены: жена не могла совершать юридических сдѣлок, выступать на судѣ, привлекать за обиды—за нее дѣйствовал муж, ему принадлежало право пользованія и распоряженія имуществом жены (не мог лишь отчуждать ея недвижимости), в частности и личнымъ заработком жены. Только законами 1870 года и 1874 года за женой было признано право на личный заработок и наслѣдство. Законами 80-х и 90-х годов признана полная имущественная раздѣльность супругов.

Французскій гражданскій кодекс стоит на точкѣ зрѣнія опеки, разсматривая жену как недѣеспособную (§ 1124). Жена не в правѣ совершать юридическія сдѣлки без разрѣшенія мужа и выступать на судѣ, мѣсто жительства супругов опредѣляет муж, он же и воспитывает дѣтей. По просьбѣ мужа суд может обязать ушедшую жену под угрозой штрафа вернуться, равно как секвестровать личное имущество ушедшей жены. Имущественныя отношенія опредѣляются брачным договором, основной формой является система общности имуществ, при которой муж управляет и распоряжается общим имуществом.

Германское гражданское уложеніе признает дѣеспособность замужней женщины, но предоставляет мужу рѣшеніе всѣх общесемейных дѣл, при чем установлена одна оговорка, что жена не обязана подчиняться рѣшенію мужа, если это рѣшеніе представляет злоупотребленіе правом (§ 1354). Имущественныя отношенія опредѣляются брачным договором, если не опредѣлены, дѣйствует система управленія и пользованія мужа имуществом жены.

На такой же точкѣ зрѣнія стоит и швейцарское гражданское уложеніе.

Русское право в данном вопросѣ выгодно отличается от западно-европейскаго. Путем историческаго развитія женщина у нас давно пользуется полной юридической самостоятельностью, получает одинаковое образованіе и многое уже внесла в культурную жизнь страны. В этом вопросѣ наше право и наша культура вообще оставили позади западно-европейскія страны.



Наши ученые различно объясняют указанное явленіе. Так, Мейер видѣл причину даннаго явленія во вліяніи русских царицъ, Оршанскій объяснял тѣм обстоятельством, что прежде законодатель не вмѣшивался в опредѣленіе семейных отношеній и при кодификаціи гр. Сперанскій дал послѣдним свою формулировку, Синайскій объясняет имущественную раздѣльность вліяніем института родовых имуществ, а Вормс—заимствованіем из византійскаго права. Нам думается, что болѣе правильным является мнѣніе Неволина и Побѣдоносцева, которые видят в указанном явленіи чисто-историческое развитіе нашего права*).

Совершеннолѣтняя замужняя и незамужняя женщина по нашему законодательству представляет самостоятельную юридическую личность, может вступать в юридическія сдѣлки, вести торговое предпріятіе, имѣть самостоятельное имущество и свободно им распоряжаться, выступать на судѣ и т. д., не нуждаясь в согласіи и помощи мужа, может вступать в юридическія сдѣлки с послѣдним.

Кромѣ изложеннаго, личное положеніе замужней женщины было регулировано слѣдующим образом.

Муж сообщает женѣ принадлежащія ему права состоянія, если жена до брака имѣла меньшія права, и не теряет послѣдних, если имѣла большія права (100 ст.). Жена принимает фамилію мужа и, по практикѣ Сената, не теряет послѣдней и в случаѣ развода (Гр. К. Д. 1913/57). Право родительской власти принадлежит обоим супругам (164, 165, 179 и др.). Мужу принадлежит главенство в семьѣ (107).

Супруги обязаны жить вмѣстѣ, воспрещаются всѣ акты, клонящіеся к самовольному разлученію супругов (103). Мужу вслѣдствіе главенства в семьѣ принадлежит право выбора мѣстожительства, поэтому при перемѣнѣ послѣдняго жена обязана слѣдовать за мужем (103). Но закон допускает и раздѣльное жительство супругов.

Требованіе одного супруга о возстановленіи совмѣстной жизни может быть отклонено другим, если совмѣстная жизнь представляется для него невыносимой. Жизнь супруга может быть признана невыносимой при наличіи: 1) жестокаго обра-

*) См. нашу работу: „О посмертном преемствѣ супругов", стр. 180 сл.

щенія с супругом или его дѣтьми, 2) нанесенія тяжких оскорбленій и явнаго нарушенія супружеских обязанностей, 3) явнаго злоупотребленія правами супруга, безчестнаго и порочнаго поведенія, 4) тяжкой душевной болѣзни, прилипчивой или отвратительной болѣзни, опасной для жизни или здоровья другого супруга или их потомства, 5) болѣзни жены, при которой продолженіе супружескаго сожитія является опасным для ея жизни или здоровья (103[1]). И при раздѣльном жительствѣ супруговъ, если оно произошло не по винѣ жены, муж обязан содержать послѣднюю (106[1]).

Жена обязана повиноваться мужу, как главѣ семьи (107), для вступленія в личный наем жены, живущей с мужем, требуется согласіе послѣдняго (2202—единственное ограниченіе в нашем правѣ, вызванное интересами семейнаго союза). Муж обязанъ содержать жену по состоянію и возможности (и при раздѣльном жительствѣ) и защищать ее (106, 107).

Имущественныя отношенія супругов по нашему законодательству построены на системѣ полной раздѣльности. Приданное, пріобрѣтенное женою и дошедшее к ней каким бы то ни было образом имущество составляет собственность жены, которая распоряжается им совершенно самостоятельно без всякаго вмѣшательства мужа, как и послѣдній—своим имуществом (109, 110, 114). Один супруг не отвѣчает за долги другого (112). Супруги могут вступать друг с другом в юридическія сдѣлки на общем основаніи (116).

По совѣтскому законодательству отношенія супругов регулируются слѣдующим образом.

Супруги носят общую фамилію: жениха, невѣсты или соединенную, пережившій супруг сохраняет эту фамилію и по прекращеніи брака смертью другого супруга. При разводѣ должно быть указано, какой фамиліей желают именоваться, при неуказаніи разведенные супруги носят свои добрачныя фамиліи. Сохраняется полная юридическая самостоятельность супруговъ. При разногражданствѣ перемѣна гражданства может послѣдовать только по спеціальному желанію жены или невѣсты. Перемѣна мѣста жительства одним супругом не создает обязанности для другого супруга слѣдовать за ним. Признается имущественная раздѣльность супругов. Соглашеніе об умаленіи имущественных прав того или другого супруга недѣйствительны.

Нуждающійся нетрудоспособный супруг имѣет право на полученіе содержанія от другого супруга через отдѣл соціальнаго обезпеченія. При разводѣ содержаніе может быт установлено соглашеніем или судом в исковом порядкѣ *).



## II. Отношенія родителей и дѣтей, родственный союз.

### *Отношенія родителей и дѣтей.*

*Родительская власть.* Римская семья представляла собою замкнутое единство под абсолютной властью домовладыки—отца. Эта односторонняя власть одинаково простиралась на дѣтей (patria potestas), жену (manus mariti), рабов (dominium), вещи (proprietas). Она носила абсолютный характер. Домовладыка мог выбросить новорожденнаго ребенка или даровать ему жизнь и в дальнѣйшем сохранял над ним право жизни и смерти, мог продать его в рабство, прогнать, эманципировать и т. д. Такую же власть, как мы видѣли выше, имѣл он и над женой, не говоря уже о рабах. Такой же характер носила власть отца и мужа у древних германцев—Munt, mundium. Мягче была власть домовладыки у древних славян, но и она была проникнута абсолютными началами. Однако, постепенно и в данном институтѣ произошла эволюція. Государство берет под свою охрану личность дѣтей и запрещает их убійство, продажу, отреченіе от них и возлагает на отца извѣстныя обязанности в отношеніи дѣтей: обязанность содержанія, защиты и воспитанія и т. п. Таким образом, на-ряду с правами отца возникают и права дѣтей, и отношенія между отцом и дѣтьми принимают двусторонній характер. И постепенно односторонняя власть отца,—власть, организованная в интересах ея носителя, превращается во власть, направленную в интересах подопечных, при чем на-ряду с отцом возникают права и обязанности матери в отношеніи дѣтей, и отцовская власть превращается во власть родительскую, носящую опекунскій характер.

Таким образом, указанная эволюція сводится к слѣдующему.

1) В современном правѣ односторонняя отцовская власть утратила свой абсолютный характер в интересах ея носителя и превратилась в опекунскую власть в интересах подопечных.
2) Отцовская власть превратилась во власть родительскую; мать признается принципіально равноправной с отцом в отношеніи дѣтей, но в силу главенства отца в семьѣ его голос в семей-

*) См. стт. 100–132 кодекса.

ных дѣлах имѣет рѣшающее значеніе. 3) Из власти пожизненной родительская власть, как опекунская, превратилась в срочную, до совершеннолѣтія дѣтей. 4) Родительская власть поставлена под контроль государственной власти, которая принимает мѣры против злоупотребленія родительской властью и может даже лишить родительской власти (ср. § 1666 герм. гр. ул.). 5) В области имущественных отношеній дѣти признаются способными имѣть собственное имущество, и в силу взаимности родители и дѣти имѣют по отношенію друг к другу обязанность содержанія *).

*Возникновеніе родительской власти.* Родительская власть по нашему праву возникает путем законнаго рожденія, узаконенія и усыновленія, власть матери—и путем внѣбрачнаго рожденія.

1. Рожденіе ребенка признается законным, если оно произошло в бракѣ, хотя бы и слишком рано по естественному порядку, т.-е. ранѣе 180 дней послѣ заключенія брака, если отец не отрицал законности рожденія, и не позднѣе 306 дней по расторженіи брака (119, 125 стт.). Опровергать законность рожденія ребенка может только муж матери въ теченіе 1 года и в нѣкоторых случаях его наслѣдники (1348—1352 Уст. Гр. Суд.).

2. Дѣти от браков, признанных недѣйствительными, сохраняют права дѣтей законных (131[1], 144[1] стт.). Родительская власть над такими дѣтьми принадлежит родителю, у котораго дѣти останутся (131[3]).

3. Узаконеніе есть признаніе за внѣбрачными дѣтьми положенія дѣтей законных (144[1] и сл. т. X, ч. 1, 1460[1] и сл. 4 ст. Гр. С.).

Узаконеніе возможно: послѣдующим браком и указом верховной власти.

Для узаконенія путем послѣдующаго брака требуется: 1) принадлежность родителей к христіанскому вѣроисповѣданію, 2) происхожденіе от них ребенка (узаконять можно только своих дѣтей), 3) послѣдующій брак родителей, 4) просьба в суд и опредѣленіе суда об узаконеніи (по нашему законодательству недостаточно одного брака родителей[1]. Суд удостовѣряется в наличности указанных выше условій и постановляет опредѣленіе об узаконеніи ребенка и выдает взамѣн прежняго метрическое свидѣтельство. Узаконенныя дѣти почитаются законными со дня вступленія их родителей в брак (обратная сила) и с этого времени пользуются всѣми правами дѣтей законных (144[1]). Узаконеніе указом верховной власти не подчинено особым правилам.

*) Ср. І. А. Покровскій—Основныя проблемы гражд. права, стр.



4. Усыновленіе есть присвоеніе чужим (или своим внѣбрачным) дѣтям нѣкоторых прав законных дѣтей усыновителя.

По идеѣ усыновленіе есть восполненіе недостатка в собственных дѣтях. Усыновителями могут быть супруги, а также мужчина и женщина в отдѣльности, кромѣ тѣх, кто по сану своему обречены на безбрачіе (145). Усыновленіе чужих дѣтей не допускается, если есть собственныя законныя или узаконенныя дѣти (146). Для усыновленія одним из супругов требуется согласіе другого супруга (150). Усыновитель должен имѣть не менѣе 30 лѣт от роду, быть старше усыновляемаго, по крайней мѣрѣ, 18 годами и имѣть общую гражданскую правоспособность (146). Для усыновленія необходимо согласіе родителей и опекунов усыновляемаго и его самого, если он достигъ 14 лѣт (149).

Наш закон допускает усыновленіе собственных внѣбрачных дѣтей, при чемъ допускает слѣдующія изъятія. Усыновитель должен быть совершеннолѣтним, но можетъ и не имѣть 30 лѣт и быть старше усыновленнаго менѣе, чѣм на 18 лѣтъ. Усыновленіе допускается и при наличіи собственных законных или узаконенных дѣтей, при чем если эти дѣти совершеннолѣтнія, то с их письменнаго согласія, если несовершеннолѣтія—с письменнаго согласія их другого родителя (150[1]). Усыновитель может передать усыновляемому фамилію (за нѣкоторыми исключеніями—152). Усыновленный вступает в права и обязанности законных дѣтей, указанныя в стт. 164—194, т.-е. вступает в личныя и имущественныя отношенія к усыновителю, подобно законным дѣтям, но прав состоянія усыновителя он не пріобрѣтает (153), наслѣдуетъ лишь в благопріобрѣтенном имуществѣ усыновителя (156[1]) и совсѣм не наслѣдует в имуществѣ его родственниковъ (156[3]), наоборотъ, сохраняет право наслѣдованія послѣ своихъ родителей и родственников (156[4]).

5. Внѣбрачныя дѣти. Внѣбрачными называются дѣти, рожденныя незамужней, или дѣти, рожденныя и в бракѣ, но законность рожденія коих оспорена. Положеніе таких дѣтей по нашему законодательству было печально. Внѣбрачный ребенок не признается состоящим в родственной связи со своим естественным отцом, не состоит под его родительской властью, не

носит его фамиліи, не наслѣдует послѣ него и его родственников. Отецъ обязанъ лишь нести издержки по содержанію ребенка соотвѣтственно своему состоянію и общественному положенію матери, которая также участвует в его содержаніи (132[4-5]). В случаѣ несенія издержек по содержанію ребенка отец имѣет право надзора за содержаніем и воспитаніем ребенка (132[10]). Родительская власть принадлежит матери (132[1]). Внѣбрачные дѣти наслѣдуют только в благопріобрѣтенном имуществѣ матери, на наслѣдованіе в имуществѣ отца и его родственников, равно как и родственников матери права не имѣют (132[12]).

Правом родительской власти пользуются только отец и мать в отношеніи дѣтей, но не другіе восходящіе въ отношеніи своих нисходящих (1876/199).

*Личныя отношенія родителей и дѣтей.* Родительская власть в нашем законодательствѣ сохранила нѣкоторыя черты абсолютнаго характера. Родительская власть принадлежит у нас обоим родителям, при жизни отца в силу его главенства в семьѣ, главным образом, отцу. Власть родительская по нашему законодательству „простирается на дѣтей обоего пола и всякаго возраста", т.-е. носит пожизненный характер. Мѣстожительство дѣтей опредѣляют родители. Дѣти обязаны к почтительности в отношеніи родителей, обязаны сносить обиды и оскорбленія от послѣдних, не допускается свидѣтельство дѣтей против родителей. Родители имѣют право на трудъ дѣтей, на содержаніе (алименты) от них. Родители могут употреблять в отношеніи дѣтей домашнія исправительныя мѣры (164, 165, 168, 179, 194). За неповиновеніе родителям, за развратную жизнь дѣти по требованію родителей могут быть подвергнуты заключенію в тюрьмѣ отъ 2 до 4 мѣсяцев (1592 ст. Ул. о Н.), конечно, в силу 1 ст. Уст. Уг. Суд., только по рѣшенію суда. В свою очередь, родители обязаны давать дѣтям содержаніе до совершеннолѣтія, воспитаніе и образованіе (172, 173), обязаны заботиться об опредѣленіи дѣтей на службу или в промысел, защищать их (174, 175). Дѣти имѣют права состоянія и носятъ фамилію отца.

*Имущественныя отношенія родителей и дѣтей.* В отличіе от западно-европейскаго права, гдѣ за родителями в силу закона признается право на пользованіе и управленіе имуществом дѣтей—наше законодательство устанавливает полную имущественную раздѣльность между ними. Если малолѣтнія дѣти имѣютъ собственное имущество, напр., по наслѣдованію, даренію и т. под., то родители могут управлять этим имуществом только



на правѣ опекунском, т.-е. по утвержденіи их опекунами соотвѣтствующим опекунским учрежденіем (180). Родители не отвѣчают по долгам и обязательствам дѣтей (184).

Выдѣлъ.—Родители при своей жизни могут выдѣлять дѣтей, назначив им часть своего имущества, при чем выдѣл из родового имущества не может превышать наслѣдственной доли (предваренное наслѣдованіе), и дѣти, выдѣленныя в размѣрѣ полной наслѣдственной доли, не могут затѣм участвовать в наслѣдованіи родового имущества послѣ умершаго родителя, от кого получен выдѣл; в благопріобрѣтенном имуществѣ родители могут выдѣлить дѣтям какую угодно часть, и этот выдѣл не уничтожает права выдѣленных в благопріобрѣтенном имуществѣ дѣтей на наслѣдованіе в родовом, если они от послѣдняго не отказались при выдѣлѣ.

Приданое.—Приданое есть имущество, которое приносит с собою жена для участія в расходах супружеской жизни. Приданое носит у насъ характер выдѣла: из родового имущества оно не может быть болѣе законной доли. При открытіи наслѣдства послѣ родителей дочь, получившая приданое, может участвовать в наслѣдованіи с зачетом приданаго, если только не отрекалась путемъ письменнаго акта отъ права наслѣдованія. Акт предоставленія приданаго называется рядною записью (1001—1008).

*Прекращеніе родительской власти.* Родительская власть по нашему законодательству носит пожизненный характер (164). Она прекращается смертью родителей и лишеніем их прав состоянія, но и в послѣднем случаѣ не прекращается, если дѣти послѣдуют за родителями в ссылку (178). Наше законодательство не знает других случаев прекращенія родительской власти (ср., напротив, 167 ст. для Черниговской и Полтавской губ.). Оно устанавливает ограниченія родительской власти: при поступленіи дѣтей в общественныя училища, на службу и при выходѣ дочери замуж. В этихъ случаях власть родителей ограничивается властью воспитателей, начальства и мужа (179).

*Отношеніе родителей и дѣтей по кодексу Р. С. Ф. С. Р.* Основой семьи признается дѣйствительное происхожденіе. Никакого различія между родством брачным и внѣбрачным не устанавливается. Усыновленные, пріемыши, пріймаки и их потомство по отношенію к усыновителямъ и обратно приравниваются к родственникам по происхожденію. В дальнѣйшем усыновленіе не допускается.

Отцом и матерью ребенка считаются лица, записанныя родителями в книгѣ записей а. гр. с. При отсутствіи записи или неправильности послѣдней заинтересованныя лица могут доказывать отцовство и материнство судебным порядком. Установленіе отцовства при отсутствіи признанія со стороны отца производится слѣдующим образом. Забеременѣвшая, не состоящая в бракѣ женщина, не позднѣе, чѣм за 3 мѣсяца до рожденія ребенка, подает в отдѣл записей а. гр. с. по своему мѣсту жительства заявленіе, указывая время зачатія, имя и мѣстожительство отца (тоже и замужняя, забеременѣвшая не от мужа). Отдѣл извѣщает о заявленіи лицо, названное отцом, и послѣдній может в 2-недѣльный срок заявить судебный спор о неправильности заявленія. Отсутствіе спора приравнивается признанію. Судъ может вынести опредѣленіе о признаніи отцовства. Если же суд найдет, что в близких отношеніях съ матерью ребенка состояло нѣсколько человѣк, всѣх их привлекает в качествѣ отвѣтчиков и возлагает на ихъ обязанность содержаніе беременной и ребенка (133, 143, 144).

Личныя отношенія родителей и дѣтей урегулированы слѣдующим образом.

Дѣти носят брачную фамилію родителей. Если брак не зарегистрирован—фамилію отца, матери, двойную—по соглашенію родителей или опредѣленію суда. При разводѣ и признаніи брака недѣйствительнымъ соглашеніе родителей опредѣляетъ фамилію дѣтей (из трех указанных), при отсутствіи соглашенія—судъ. При разногражданствѣ супругов гражданство дѣтей опредѣляется предварительным соглашеніем родителей, заявленным при заключеніи брака в отдѣл записей а. гр. с. При отсутствіи соглашенія дѣти считаются русскими гражданами до 18 лѣтъ, когда могут заявить, что желают слѣдовать гражданству одного из родителей. Родители могут согласиться относительно дѣтей до 14 л. о принадлежности их к той или иной религіи. При отсутствіи такого соглашенія дѣти до 14 лѣт считаются во внѣвѣроисповѣдном состояніи. Родительскія права осуществляются родителями совмѣстно: над мужчинами—до 18 лѣтъ, надъ женщинами—до 16 лѣт. При разногласіи родителей рѣшает мѣстный суд. Родительскія права осуществляются исключительно в интересах дѣтей и при неправомѣрном осуществленіи суду предоставляется лишить их этого права по хо́датайству представителей власти и частных лиц. Родители обязаны заботиться о личности дѣтей, об их воспитаніи и подготовкѣ к полезной дѣятельности. Они являются представителями дѣтей без назначенія опекунами. Родители обязаны держать дѣтей у себя и в правѣ требовать их возврата от 3-х лиц. Родители имѣют право отдавать дѣтей в воспитаніе и обученіе, но отдавать в наем дѣтей, коим свыше 16 лѣт, не в правѣ. Если родители не живут вмѣстѣ, от их согласія или (при несогласіи) от суда зависит, при ком из них живут дѣти.



В области имущественных отношеній родителей и дѣтей совѣтское законодательство держится старой русской системы—полной имущественной раздѣльности. Родители—оба в равной мѣрѣ—обязаны доставлять нуждающимся нетрудоспособным дѣтям пропитаніе и содержаніе (поскольку послѣднія не находятся на общественном или государственном иждивеніи).

Такая же обязанность возлагается и на дѣтей в отношеніи своих лишившихся трудоспособности нуждающихся родителей, если они не пользуются соціальным обезпеченіем от государства. Требованія об алиментах заявляются через отдѣл соціальнаго обезпеченія, жалобы приносятся в суд. Взаимныя права и обязанности по содержанію не прекращаются вслѣдствіе прекращенія брака смертью одного из родителей, развода или признанія брака недѣйствительным.

При разводѣ, соглашеніем родителей или мѣстным судом опредѣляется, кто из родителей и в какой мѣрѣ должен нести издержки по содержанію дѣтей. Лишеніе родительских прав не лишаетъ дѣтей права на содержаніе*).

### *Родственный союз.*

*Родство.* Родственным союзом (родом) называется круг лиц мужского и женскаго пола, связанных общностью происхожденія от одного родоначальника (196). Каждый человѣк принадлежит к нѣскольким родам: к роду отца и к роду матери, далѣе в родѣ отца надлежит различать род дѣда от рода бабки, роды прадѣда и прабабки по дѣду и роды прадѣда и прабабки по бабкѣ и т. д., то же и в родѣ матери. Родство есть отношеніе члена рода к другому члену того же рода. Это отношеніе может быть близким и отдаленным.

Близость родства опредѣляется линіями и степенями (197). Связь одного лица с другим посредством рожденія составляет *степень*. Напримѣр, отец и сын связаны одним рожденіем (одно рожденіе—одна степень), слѣдовательно, находятся в первой

*) См. стт. 160–171 кодекса.

степени родства между собою, дѣд и внук связаны двумя рожденіями (два рожденія—двѣ степени), слѣдовательно, находятся во второй степени родства. Связь степеней, непрерывно продолжающихся, составляет *линію*. Линія родства называется *прямой*, когда соединяет лиц, происходящих друг от друга, напримѣр: дѣд, отец, сын, внук. Прямая линія называется нисходящей, если разсматривается от родоначальника к потомкам: отец, сын, внук, и восходящей, если разсматривается от потомков к родоначальникам—отец, дѣд, прадѣд. Линія родства называется *боковой*, когда соединяет родственников, не происходящих друг от друга, но имѣющих одного общаго родоначальника, напримѣр, двоюродные братья, их отцы—родные братья, общій родоначальник—дѣд. При исчисленіи степеней родства двух лиц в боковых линіях поступают слѣдующим образом. Исчисляют количество рожденій до общаго родоначальника у перваго лица, затѣмъ у второго и складывают. Напримѣр, двоюродные братья: общій родоначальник—дѣд, от перваго двоюроднаго брата до его отца—одно рожденіе, от отца до дѣда—другое, от второго двоюроднаго брата до его отца—одно рожденіе, от отца до общаго дѣда—другое, сложить будет четыре рожденія. Слѣдовательно, двоюродные братья состоят в четвертой степени родства. Дядя и племянник: общій родоначальник—дѣд, дядя (брат отца) связан с дѣдом одним рожденіем, племянник—двумя (отец, дѣд), слѣдовательно, дядя и племянник находятся в третьей степени родства.

В каждом родѣ существует только одна прямая линія, но может быть много боковых. Послѣднія ведут свое происхожденіе от прямых восходящих родоначальников даннаго субъекта права, и близость этих линій опредѣляется близостью родоначальника, от коего происходит боковая линія. Напримѣр, от отца (первый по отношенію ко мнѣ родоначальникъ) происходят мои братья и сестры с потомством—первая боковая линія, от дѣда—мои дяди и тетки с потомством (двоюродные братья и сестры, двоюродные племянники и племянницы и т. д.)—вторая боковая линія, от прадѣда—мои двоюродные дѣды и бабки с потомством (двоюродные дяди и тетки, троюродные братья и сестры и т. д.)—третья боковая линія и т. д. В родѣ матери—такія же боковыя линіи. Так. обр., ближе та боковая линія, которая происходит от ближайшаго общаго родоначальника—от отца, она называется первой боковой линіей, от дѣда—второй, от прадѣда—третьей и т. д. Братья в первой боковой линіи называются родными, во второй—двоюродными, в третьей—троюродными.



Братья и сестры, имѣющіе общих родителей, называются родными или полнородными (germani), братья и сестры, происходящіе от общаго отца, но от разных матерей—единокровными (consanguinei), происходящіе от одной матери и от разных отцов—единоутробными (uterini). Дѣти разных родителей называются еще сводными.

Родство имѣет слѣдующее юридическое значеніе.

Родственный союз нѣкогда имѣл большое политическое, экономическое и религіозное значеніе. При слабости государственной власти родовой союз (родъ) являлся организаціей защиты для отдѣльных его членов, род мстил за смерть или обиду родича, ручался за него на судѣ, опекал имущество малолѣтних членов, род обрабатывал общее поле (ager gentilis римлян), поклонялся общим богамъ (dii gentilis), чтилъ предков и т. д. Род представлял могущественную организацію, в которой протекала жизнь индивидуума. Послѣдній был связан со своим родом самыми разнообразными и прочными связями. Усиленіе государства и соціальный прогресс расшатали родовые связи, и въ настоящее время родовые союзы утратили свое былое вліяніе, сохранив лишь нѣкоторое небольшое значеніе для современнаго индивидуума.

Так, по нашему праву значеніе родовых отношеній выражается в слѣдующих главных чертах.

1. Родство служит препятствіем к браку (в предѣлах прямой линіи и первых 4-х степеней боковых линій).

2. Родство служит препятствіем для свидѣтельства 1) на судѣ (в гражданском судѣ могут быть отведены от свидѣтельства родственники по прямой линіи и первых трех степеней боковых линій), 2) при составленіи домашняго духовнаго завѣщанія (до 4 степени родства, если завѣщаніе составлено не в пользу прямых наслѣдников), 3) при совершеніи нотаріальных актовъ.

3. Родство дает право наслѣдованія.

4. Родство дает право на алименты (по нашему законодательству только родителям и дѣтям в отношеніи друг-друга).

5. Родство дает право на выкуп родового имущества.

*Свойство*. Между мужем и женою путем брака не возникает родства. Но путем брака создается связь двух родов—рода мужа и рода жены. Эта связь называется свойством. Когда свойство соединяет два рода, оно называется двухродным. Степени свойства исчисляются слѣдующим образом: муж и жена не составляют степени, степени свойства одного из супру-

гов с родственниками другого опредѣляются по степени кровнаго родства другого супруга, напримѣр, братъ жены находится во второй степени свойства с мужем, дядя мужа--в третьей степени свойства с женою племянника и т. д.

В свойствѣ двухродном употребляются слѣдующія названія свойственниковъ: отчим—муж матери, мачеха—жена отца, пасынок—сын мужа или жены от прежняго брака, падчерица—дочь мужа или жены от прежняго брака, сводные братья и сестры—дѣти от прежних браков мужа или жены по отношенію к дѣтям от настоящаго брака и наоборот, сват, сваты —родители супругов, свекор, свекровь—отец и мать мужа, тесть и теща—отец и мать жены, сноха—жена сына, шурин—брат жены, деверь—брат мужа, своячиница—сестра жены, золовка—сестра мужа, зять—муж дочери, муж сестры, невѣстка—жена брата.

Кромѣ двухроднаго, может быть еще трехродное свойство. Оно происходит или от двойного брака одного из свойственников или от двух отдѣльных браков свойственников.

Степени трехроднаго свойства в первом случаѣ исчисляются по двухродному свойству. Напримѣр, зять—муж дочери находится в 1-й степени двухроднаго свойства с тестем—отцом жены; если первая жена зятя умрет, и он женится на второй, его вторая жена будет находится в 1-й степени трехроднаго свойства к отцу первой жены ея мужа (к тестю мужа по первому браку), вторая жена зятя—мужа сестры находится с тестем по первой женѣ во 2-й степени трехроднаго свойства и т. п.

Степень свойства от двух отдѣльных браков свойственников опредѣляется путем сложенія степеней двухроднаго свойства в отношеніи лица, служащаго связующим звеном. Напримѣръ, сын моей мачехи (мой сводный брат) и племянница моей жены находятся в пятой степени трехроднаго свойства: мой сводный брат находится со мной во второй степени двухроднаго свойства, племянница моей жены находится со мной в третьей степени двухроднаго свойства, итого—пятая степень *).

По совѣтскому законодательству нуждающіеся, т.-е. не имѣющіе прожиточнаго минимума и нетрудоспособные родственники по прямой восходящей и нисходящей линіи, полнородные и неполнородные братья и сестры имѣют право на содержаніе от своих состоятельных родственников указанных степеней, а также супруги. Никакого различія между брачным и внѣбрачным родством не дѣлается. Преимущественная обязанность содержанія возлагается на супруга, дѣтей и родителей и только при отсутствіи или несостоятельности послѣдних возлагается на дальнѣйших. Содержаніе испрашивается и получается через отдѣл соціальнаго обезпеченія. Жалобы приносятся в суд. Недѣйствительны соглашенія об отказѣ от содержанія. Содержаніе выдается и из имущества умершаго *).

*) См. подробнѣе Побѣдоносцев --Курс гр. права, т. II, стр. 238—246.



## III. Опека и попечительство.

По существу современная опека представляет институт публичнаго права и только по исторической традиціи (связь с семьей и родом) разсматривается в числѣ институтов гражданскаго права.

Опека имѣет цѣлью замѣну естественной семьи. Когда родители умирают и остаются малолѣтнія дѣти, необходимо позаботиться о них самих и их имуществѣ, что и достигается путем назначенія опекуна (или попечителя) над личностью и имуществом малолѣтняго. В древности опека учреждалась в интересах рода, семьи и носила родовой или семейный характер, в настоящее время она учреждается в интересах подопечнаго, с одной стороны, и в интересах охраны слабых в государствѣ, в интересах публичных,—с другой, и представляет публичную обязанность (ср. § 1785 герм. гр. ул. и § 382 шв. гр. ул.). По образцу опеки над малолѣтними организуются другіе виды опеки—над умалишенными, над имуществом умершаго и т. п. Опека замѣняет опекаемаго в совершеніи юридических дѣйствій, попечительство имѣет цѣлью помощь подопечному в совершеніи юридических сдѣлок.

По швейцарскому гражданскому уложенію опека назначается: 1) над несовершеннолѣтними, не стоящими под родительской властью; 2) над недѣеспособными по умственному разстройству и слабоумію; 3) над расточителями, привычными пьяницами, ведущими предосудительный образ жизни, и лицами, ведущими дурно хозяйство; 4) над приговоренными к лишенію свободы на 1 год и больше, и 5) над желающими назначенія опеки и доказавшими неспособность управлять дѣлами (368—374). Попечитель назначается: 1) когда совершеннолѣтній не может по болѣзни, отсутствію и т. п. причинам дѣйствовать сам и назначить

*) См. стт. 172—181 кодекса.

себѣ представителя; 2) когда интересы подопечнаго сталкиваются с интересами его законнаго представителя; 3) когда законный представитель встрѣчает препятствія при исполненіи своих обязанностей (392).

Опекун назначается опекунским учрежденіем преимущественно из близких родственников и супруга. Родственники и мужчины, живущіе в данном опекунском округѣ, обязаны принять назначеніе и могут отказаться, если 1) имѣют свыше 60 лѣт от роду, 2) имѣют 4-х дѣтей, 3) имѣют уже одну опеку, 4) занимают нѣкоторыя должности. Срок опекунства 2 года, могут вновь быть назначены, но по истеченіи 4-х лѣт имѣют право отказаться. Обязанности опекуна: попеченіе о личности и имуществѣ подопечнаго. При совершеніи нѣкоторых сдѣлок (продажа и залог недвижимости, заем и т. п.) необходимо согласіе опекунских учрежденій. Опекун имѣет право на вознагражденіе из имущества опекаемаго.

Наше законодательство об опекѣ очень устарѣло. Опека носила у нас сословный характер. Опекунскими учрежденіями являлись: для дворян—дворянская опека, для горожан—сиротскій суд, органом надзора—окружный суд, для крестьян—волостной сход и органом надзора—уѣздный съѣзд.

Опека учреждается: над малолѣтними, глухонѣмыми и нѣмыми, безумными и сумасшедшими, над имуществом безвѣстно отсутствующих, над спорным наслѣдственным имуществом и нѣкотор. др., попечительство: над несовершеннолѣтними, над нѣкоторыми глухонѣмыми и нѣмыми, над расточителями (послѣднее с характером опеки).

Основаніем возникновенія опеки является: для малолѣтних—смерть родителей, для сумасшедшихъ—признаніе их таковыми в установленном порядкѣ, для безвѣстно-отсутствующих—опредѣленіе суда, для глухонѣмых и нѣмых—освидѣтельствованіе в установленном порядкѣ и т. д.

Опека может быть установлена: по завѣщанію, по закону и по назначенію власти.

Родители могут назначать опекунов над малолѣтними дѣтьми в духовном завѣщаніи (227). По закону опека над малолѣтними (а также глухонѣмыми и нѣмыми) дѣтьми принадлежит родителям: прежде всего отцу (226—381), если его нѣт—матери (229—381), над сумасшедшими—ближайшим родственникам (376). В случаѣ отсутствія завѣщательнаго или законнаго опекуна опекун назначается государственной властью (опекунскими учрежденіями—231 ст.).



Права и обязанности опекуна сводятся: к попеченію о личности опекаемаго (малолѣтняго, сумасшедшаго, глухонѣмого) и к попеченію о его имуществѣ.

На опекунѣ лежит обязанность воспитанія и образованія подопечнаго малолѣтняго, искать удовлетворенія за обиды, нанесенныя малолѣтнему (265). На опекуна возлагается управленіе имуществом опекаемаго. Опекун может совершать всѣ сдѣлки по управленію имуществом, за исключеніем указанных в законѣ. Так, продажу движимаго имущества опекаемых опекуны могут производить лишь с согласія опекунских учрежденій, а продажу и залог недвижимости—с разрѣшенія Сената. Опекуны обязаны отчетом по веденію опеки перед опекунским учрежденіем и отвѣчают за причиненныя подопечным убытки перед сими послѣдними. Опекун имѣет право на вознагражденіе 5% с чистаго дохода (80—45).

Опека прекращается со смертью опекаемаго, достиженіем малолѣтним 17 лѣт, когда она переходит в попечительство, опека над сумасшедшими по выздоровленіи послѣдних, надлежаще удостовѣренном, и т. п.,—вообще по отпаденіи обстоятельств, вызвавших учрежденіе опеки.

Кромѣ опеки, наше законодательство знает еще *попечительство:* над несовершеннолѣтними, 17—21 г. (220), над глухонѣмыми и нѣмыми, относительно коих будет признано, что им опасно предоставить вполнѣ управленіе и распоряженіе имуществом (381), и расточителями. Попечительство имѣет цѣлью восполненіе ограниченной дѣеспособности подопечнаго.

Опекун замѣняет подопечнаго в совершеніи юридических сдѣлок, попечитель лишь помогает подопечному в совершеніи послѣдних. В послѣднем случаѣ дѣйствует подопечный, а попечитель дает согласіе на совершеніе сдѣлок, которыя возлагают на подопечнаго извѣстныя обязанности.

По совѣтскому законодательству опекунским учрежденіемъ является отдѣл соціальнаго обезпеченія. Опека назначается над несовершеннолѣтними и над душевнобольными и осуществляется или отдѣлом соціальнаго обезпеченія, или спеціальным опекуном. Несовершеннолѣтними считаются мужчины до 18 лѣт и женщины до 16 лѣт *), постановленіем отдѣла соціальнаго обезпеченія возможно признаніе совершеннолѣтними и до достиженія указаннаго срока. Опекѣ подлежат

*) По ст. 7 гражд. кодекса совершеннолѣтіе для мужчин и женщин наступает в 18 лѣт.

всѣ несовершеннолѣтніе, не находящіеся на попеченіи родителей, душевнобольные по признаніи их таковыми в установленном порядкѣ. Попечительство устанавливается над совершеннолѣтним по его ходатайству, если он не может управлять имуществом. О назначеніи опеки дѣлается объявленіе. Заинтересованныя лица в мѣсячный срок могут подать жалобу в суд. Каждый гражданин обязан принять опеку. Могут отказаться от принятія опеки (7-дневный срок): 1) лица, достигшія 60 лѣт; 2) обладающія тѣлесными недостатками, мѣшающими опекѣ; 3) лица, осуществляющія родительскія права болѣе чѣм над четырьмя дѣтьми; 4) лица, имѣющія уже одну опеку. Предпочтеніе отдается лицу, избранному подопечным, его матерью или отцом, при отсутствіи выбора—близкими родственниками. Опекун может быть смѣщен отдѣлом соціальнаго обезпеченія по нерадѣнію и злоупотребленію правами. Обязанности опекуна заключаются в слѣдующем. На опекуна возлагается забота о личности, воспитаніи и подготовкѣ к полезной дѣятельности опекаемых и управленіе их имуществом, как надлежит доброму хозяину. Опекун—представитель опекаемаго, совершающій за него юридическія сдѣлки, но дареній опекунскія учрежденія совершать не могут. Опекун имѣет право на вознагражденіе за свою дѣятельность по назначенію отдѣла соціальнаго обезпеченія. Жалобы на дѣйствія опекуна приносятся в отдѣл соціальнаго обезпеченія, а на послѣдній—в Народный Комиссаріат соціальнаго обезпеченія, при неотмѣнѣ может быть предъявлен иск в суд. По прекращеніи опеки опекун обязан представить отчет.

# НАСЛѢДСТВЕННОЕ ПРАВО.

## I. Понятіе наслѣдственнаго права и наслѣдственнаго преемства.

Со смертью субъекта прав не всѣ правовыя отношенія, в которых он находился при своей жизни, исчезают, прекращаются. Значительная доля их сохраняется, переживает их носителя. Прекращают свое существованіе лишь строго личныя правоотношенія, напр., личныя семейныя права и обязанности и др. Всѣ же прочія имущественно-правовыя отношенія умершаго не прекращают своего существованія, а переходят к его преемникам.

*Совокупность юридических норм, регулирующих переход правовой сферы умершаго к его живым преемникам, называется наслѣдственным правом.*

Переход правовых отношеній умершаго к его преемникам называется наслѣдственным преемством. Совокупность имущественно-правовых отношеній, оставшихся послѣ умершаго и переходящих к его преемникам, называется *наслѣдством.* Лицо, оставившее послѣ себя наслѣдство, называется *наслѣдодателем,* а то лицо, к кому переходит наслѣдство,—*наслѣдником.*

*Виды наслѣдственнаго преемства.*

Переход правовых отношеній умершаго к его преемникам может произойти в видѣ общаго или универсальнаго преемства, в видѣ спеціальнаго преемства и в видѣ отдѣльнаго сингулярнаго преемства.

*Универсальное наслѣдственное преемство.* Общее, или универсальное наслѣдственное преемство называется наслѣдованіем. *Наслѣдованіе по современному правосознанію есть общее, или универсальное преемство в широком смыслѣ этого слова, т.-е. переход всей совокупности прав и обязанностей наслѣдодателя (за исключеніем строго личных), как единаго цѣлаго, путем одного акта к новому пріобрѣтателю—наслѣднику.*

Таким образом, основным признаком наслѣдованія является его общій характер, универсальность преемства.

Идея универсальнаго преемства возникла в римском правѣ первоначально в видѣ общаго правопреемства, т.-е. преемства только в правах, но не в обязанностях праводателя, напр., при arrogatio—древне-цивильном усыновленіи, при in manum conventio—древне-цивильном бракѣ cum manu, при emptio-venditio bonorum debitoris—покупкѣ имущества несостоятельнаго должника и др. Всѣ указанные виды преемства, представлявшіе преемство в правах, но не в обязанностях, римляне называли successiones per universitatem (ср. Inst. III, 10 praef., 11 pr., 12 pr., Gaii Inst., II, 97—98). В римском же правѣ возникло и понятіе универсальнаго преемства болѣе широкаго характера: преемство не только в правах, но и в обязанностях. Главным видом его явилось наслѣдственное преемство: hereditas и bonorum posessio, которое представляется преемством во всей совокупности имущественно-правовой сферы умершаго. Это преемство возлагает на наслѣдника и обязанность личной отвѣтственности по долгам наслѣдодателя, хотя бы они превышали актив наслѣдства. Импер. Юстиніан предоставил наслѣднику льготу—beneficium inventarii, согласно которой наслѣдник, составившій своевременно и в надлежащей формѣ опись наслѣдственнаго имущества, отвѣчал по долгам наслѣдодателя только в предѣлах полученнаго. Однако, составленіе инвентаря есть лишь льгота. Общій принцип—универсальное преемство прав и обязанностей*).

В современном правѣ исчезли всѣ указанные виды римской универсальной сукцессіи, за исключеніем наслѣдственной и преемства фиска в выморочных имуществах**), и под именем общаго, или универсальнаго преемства теперь подразумѣвается обычно successio universalis hereditaria, которая и легла в основаніе наслѣдственнаго права современных государств.

По современному праву (как и по римскому) наслѣдство пріобрѣтается в видѣ единаго комплекса—per universitatem (Gaii Inst., II, 97), „как совокупность прав и обязанностей“ (§ 531 и 532 австр. гр. ул.), „как цѣлое“ (§ 1922 герм. гр. ул. и § 560 шв. гр. ул.), „как совокупность имуществ прав и обязательств“ (ст. 1104, 1258, 1259 т. X, ч. I).

*) Переходный характер (от первой группы ко второй) носило преемство фиска in bonis vacantibus. Оно являлось общим правопреемством, соединенным с ограниченной отвѣтственностью казны по долгам бывш. владѣльца имущества.

**) Но возникли нѣкоторые очень немногочисленные новые виды.



Вмѣстѣ с активом наслѣдства на наслѣдника переходит и отвѣтственность по долгам и обязательствам наслѣдодателя и притом в принципѣ отвѣтственность неограниченная, универсальная.

Современное правосознаніе стремится придать болѣе тѣсный смысл идеѣ наслѣдственной универсальной сукцессіи, сузить характер этой сукцессіи путем уничтоженія безусловной отвѣтственности наслѣдника по долгам наслѣдодателя, как института несправедливаго с общественной точки зрѣнія. Но интересы наслѣдников сталкиваются здѣсь с интересами кредиторов наслѣдодателя. И современные кодексы, слѣдуя за римским правом, не уничтожают неограниченной отвѣтственности наслѣдника, сохраняя ее как общее правило, как принцип, но предоставляют послѣднему возможность путем составленія описи, вызывного производства, учрежденія попечительства над наслѣдством и т. п. льгот ограничить свою отвѣтственность лишь предѣлами полученнаго.

Так, по французскому гражд. кодексу наслѣдники вступают в полное обладаніе имуществом, правами и исками умершаго с обязанностью уплаты всѣх обремененій наслѣдства (§§ 724 и 870). Наслѣдство может быть принято или безусловно, или на правѣ инвентарном (§ 774). Но о желаніи принять наслѣдство на правѣ инвентарном должно быть заявлено суду и составлена точная опись наслѣдственнаго имущества по формѣ и в сроки, законом установленные (§§ 793 и 794). Таким образом, неограниченная отвѣтственность наслѣдника по франц. праву является общим правилом, инвентарная—льготой, которая не предполагается и дарується законом при соблюденіи извѣстных условій (ср. Пляніоль).

По германскому гражданскому уложенію наслѣдник отвѣчает за наслѣдственные долги (§ 1967), слѣдовательно, отвѣтственность наслѣдника по общему правилу не ограничена (ср. Дернбург и др.). В видѣ исключенія наслѣдник несет ограниченную отвѣтственность, когда кредиторы в порядкѣ вызывного производства своевременно не заявили своих претензій, когда назначено попечительство над наслѣдством для удовлетворенія кредиторов или открыт конкурс над наслѣдством, или же наслѣдник выдал наслѣдство для удовлетворенія кредиторов (§§ 1970, 1973, 1975 и 1990). Наслѣдник может представить в суд опись наслѣдства по установленной формѣ, которая сама по себѣ не устанавливает ограниченной отвѣт-

ственности наслѣдника, а лишь открывает возможность для такой отвѣтственности при соблюденіи указанных условій.

По швейцарскому гражд. уложенію на наслѣдника переходят права наслѣдодателя, а долги его становятся личными долгами наслѣдника (§ 560). Подлежащей властью составляется публичный инвентарь, в него входят всѣ имущественныя цѣнности и долги наслѣдодателя. Составленіе инвентаря связано с вызовом вѣрителей и должников наслѣдодателя, которые обязаны в теченіе назначеннаго срока заявить свои требованія и долги (§§ 581 и 582). Составленіе инвентаря и принятіе наслѣдства на правѣ инвентарном не ограничивает отвѣтственности наслѣдника предѣлами наслѣдства, так как за долги, указанные в инвентарѣ, наслѣдник отвѣчает как наслѣдственным, так и своим имуществом (§§ 589 и 590). Слѣдовательно, и по швейцарскому праву универсальная отвѣтственность является общим правилом, составленіе же инвентаря лишь дает наслѣднику возможность установить дѣйствительный актив и пассив наслѣдства и соотвѣтственно этому принять или отказаться от наслѣдства.

Наконец, русское право знает универсальную отвѣтственность наслѣдника (1259 ст. т. X, ч. I), но не знает инвентарной льготы.

По вышеприведенным основаніям мы и говорим, что наслѣдованіе не только по римскому, но и по современному праву есть универсальная сукцессія в широком смыслѣ слова, т.-е. общее правопреемство, соединенное (в принципѣ) с неограниченной отвѣтственностью по долгам наслѣдодателя*).

Наслѣдство переходит к наслѣднику, как *единое цѣлое*, как комплекс прав и обязанностей. В этом комплексѣ к наслѣднику переходят права и обязанности, о которых он не знал, и даже такія права, которыя наслѣдник сам лично за отсутствіем необходимой на это правоспособности не мог бы пріобрѣсти, напр., внѣоборотныя вещи—яды послѣ доктора, недвижимости в запрещенных для иностранца мѣстностях и т. п.

Переходя, как единое цѣлое, наслѣдство необходимо переходит путем *одного акта*, так-что для пріобрѣтенія наслѣдственнаго имущества наслѣднику не нужно совершать многочислен-

*) Этим мы не хотим сказать, что наслѣдственная универсальная сукцессія обязательно должна сопровождаться неограниченной отвѣтственностью по долгам и обязательствам наслѣдодателя. Возможна наслѣдственная универсальная сукцессія и в видѣ общаго правопреемства, соединеннаго с ограниченной отвѣтственностью по долгам. Предъидущим мы лишь указываем, что современное наслѣдованіе все еще основывается на римской идеѣ о неограниченной отвѣтственности наслѣдника по долгам наслѣдодателя.



ных, отдѣльных для каждаго предмета, входящаго в состав наслѣдства, актов пріобрѣтенія.

На наслѣдника переходят всѣ права и обязательства наслѣдодателя, за исключеніем строго личных—iura personalissima.

Послѣдняя группа довольно обширна. Сюда относятся прежде всего, как общее правило, личныя права и преимущества умершаго и права семейныя; из имущественных же отношеній не переходят на наслѣдника всѣ права и обязанности, тѣсно связанныя с личностью умершаго. По римскому праву сюда относились: личные сервитуты, mandatum, societas, locatio-conductio operarum, obligationes ex delicto, иски о личном удовлетвореніи. По французскому праву не переходят на наслѣдника договор найма работ, договор товарищества, довѣренности (§§ 1795, 1865, 2003 Code civ., ср. Пляніоль). По русскому праву на наслѣдника не переходят отношенія, возникающія из договоров личнаго найма и довѣренности, доставленіе и полученіе алиментов, полученіе пенсіи, право на обратное полученіе одара, право на полученіе вознагражденія в случаях, предусмотрѣнных 660—666 стт. т. X, право на полученіе вознагражденія за утрату трудоспособности, обязанность мужа давать пропитаніе и содержаніе женѣ, обязанность дѣтей содержать родителей и нѣк. др. Таким образом, на наслѣдника не переходят всѣ тѣ права и обязанности умершаго, которыя имѣют тѣсную связь с личностью наслѣдодателя.

Благодаря послѣднему обстоятельству существует взгляд, что наслѣдник является преемником лишь имущественных прав и обязанностей умершаго (Унгер, Виндшейд и др.). Однако, послѣдній взгляд не представляется вполнѣ правильным. Наслѣдник является не только преемником имущественных прав, но и представителем наслѣдодателя, продолжателем его имущественно-правовой личности. Так, на наслѣдника переходят не только имущественныя права, но и права, тѣсно связанныя с его личностью, напр., авторское право, право на фирму, созданную наслѣдодателем. Наслѣдник лично отвѣчает по долгам наслѣдодателя, хотя бы он принял наслѣдство под условіем инвентарной льготы: он отвѣчает лично, но в предѣлах полученнаго. Если же он принял наслѣдство безусловно, он отвѣчает неограниченно по долгам наслѣдодателя, может быть объявлен несостоятельным должником, т.-е. несет и чисто-личныя послѣдствія, является продолжателем имущественно-правовой личности наслѣдодателя. Таким же продолжателем личности наслѣдодате-

ля является наслѣдник и в том случаѣ, когда пріобрѣтает по наслѣдству такія права, которыя лично он не мог бы пріобрѣсти.

Взгляд на наслѣдника, как на представителя наслѣдодателя и продолжателя его имущественно-правовой личности нашел выраженіе в римском правѣ и в нѣкоторых современных законодательствах.

Римляне в таких выраженіях опредѣляли правовое положеніе наслѣдника: heredem eiusdem potestatis iurisque esse cuius fuit defunctus, constat. Ulpianus (C 59 D 50,17—извѣстно, что наслѣднику принадлежит та же власть и то же право, что и умершему), una quodammodo esse persona heredis et eius, qui in eum transmittit hereditatem (Nov. 48, praef.—одна личность наслѣдника и того, кто ему передал наслѣдство) и др.

Согласно § 547 общаго австрійскаго гражд. уложенія «наслѣдник, как только он принял наслѣдство, по отношенію к наслѣднему *представляет* наслѣдодателя. Оба они по отношенію к третьему лицу считаются за одно лицо».

§ 1220 франц. гражд. кодекса содержит указаніе, что наслѣдники „могут требовать долг или обязаны платить его не иначе, как соразмѣрно тѣм частям, которыя они получили или в которых они отвѣтственны, как *представители* (representant) кредитора или должника".

Наш Сенат говорил о наслѣдниках, как продолжателях личности наслѣдодателя (909/96, 1903/120, 89/83), замѣняющих или представляющих его лицо (89/83,80/283 и др.).

Конечно, наслѣдник является представителем или продолжателем личности наслѣдодателя не в смыслѣ опредѣленнаго индивидуума, а в качествѣ носителя извѣстных (главн. образом имущественных) прав и обязанностей, представителем или продолжателем *имущественно-правовой* личности наслѣдодателя.

Наслѣдниками умершаго могут быть одновременно нѣсколько лиц—сонаслѣдников, которые всѣ призываются к наслѣдованію совмѣстно. Сонаслѣдники представляют как бы одно собирательное лицо. Они призываются к наслѣдованію во всем имуществѣ умершаго, но вслѣдствіе конкуренціи каждый получает лишь часть наслѣдства (concursu partes fiunt). Однако, в принципѣ каждый из них является общим преемником, что и сказывается практически, как только кто-нибудь из них устранится от наслѣдованія, часть его распредѣляется между прочими сонаслѣдниками, прирастает к их частям (право приращенія), и, за устраненіем всѣх конкурентов, оставшійся наслѣдник становится универсальным преемником. Эта возможность стать универсальным преемником отличает долевого сонаслѣдника от частнаго преемника.



Таковы основныя черты универсальнаго наслѣдственнаго преемства.

*Спеціальное наслѣдственное преемство.* Не всегда, однако, совокупность юридических отношеній, оставшихся послѣ умершаго, наслѣдственная масса представляет единое цѣлое и переходит в качествѣ таковой. Иногда наслѣдственная масса распадается на особыя группы, объединенныя общими экономическими и юридическими признаками, на самостоятельные правовые комплексы с особым порядком преемства в них; при чем в каждом из них открывается как бы самостоятельное универсальное преемство (successio universalis specialis по терминологіи Гейслера). Напр., в средневѣковом так-называемом частном нѣмецком правѣ наслѣдственная масса не представляла единаго цѣлаго, а распадалась на четыре самостоятельных комплекса: Allod (Erbe), Lehn, Heergewäte, Gerade, с особым порядком наслѣдственнаго преемства в каждом. Allod—общая наслѣдственная масса, переходила в общем порядкѣ наслѣдственнаго преемства (в порядкѣ парентелл), Lehn—в особом порядкѣ ленных отношеній, Heergewäte—воинское снаряженіе, переходило к ближайшему родственнику по мужской линіи, способному носить оружіе (наслѣдованіе по мечу), Gerade—домашняя утварь, переходила к ближайшей родственницѣ по женской линіи—дочери, племянницѣ (наслѣдованіе по прялкѣ). И нѣкоторыя современныя европейскія законодательства особо регулируют отношенія по крестьянской недвижимости, допускают наслѣдственные фидеикомиссы, майораты с особым порядком наслѣдственнаго преемства в них и т. п.

У нас в правѣ московскаго государства наслѣдственное имущество также не представляло единаго цѣлаго и распадалось на спеціальныя наслѣдственныя массы с особым порядком преемства в них—вотчины, помѣстья, животы. И современное право также знает такія особыя имущества с особым порядком преемства в них, каковы суть крестьянское надѣльное имущество, авторское право и нѣк. др.*).

Наконец, и общее имущество иногда распадается у нас на особыя наслѣдственныя массы. Дѣло в том, что наше право сохранило дѣленіе имущества на благопріобрѣтенное и родовое имущество. Родовое имущество в порядкѣ наслѣдственнаго пре-

*) См. дальше „особые порядки наслѣдованія".

емства слѣдует средневѣковому принципу: paterna — paternis, materna—maternis. При наслѣдованіи в боковых линіях родовое отцовское и благопріобрѣтенное имущество идет в род отца, родовое материнское—в род матери (1138 ст.). Таким образом, при отсутствіи наслѣдников в нисходящей линіи (а также братьев и сестер) и наличіи в наслѣдственной массѣ родового (материнскаго) имущества—наслѣдство, переходящее в боковыя линіи, распадается на двѣ самостоятельныя массы с особым порядком преемства в каждой: родовое отцовское и благопріобрѣтенное имущество наслѣдуется в одном порядкѣ (идет в род отца), родовое материнское—в другом (идет в род матери), при чем эти группы наслѣдников не конкурируют одна с другой. Преемники в родовом отцовском и благопріобрѣтенном имуществѣ наслѣдодателя не могут получить родового материнскаго и наоборот.

Спеціальное наслѣдственное преемство есть также наслѣдованіе, но особаго вида.

*Сингулярное наслѣдственное преемство.* Третьим видом наслѣдственнаго преемства является сингулярное преемство, извѣстное в современном правѣ в формѣ отказа, или легата.

Под именем отказа, или легата мы разумѣем безвозмездное предоставленіе наслѣдодателем отдѣльной имущественно-правовой выгоды из наслѣдства или за счет наслѣдства, совершонное наслѣдодателем посредством распоряженія на случай смерти.

Различают два вида легата: вещный и обязательственный. Первый является непосредственным предоставленіем отдѣльной имущественно-правовой выгоды из наслѣдства, второй—через наслѣдника, представляет обязанность наслѣдника.

Отказ или легат есть предоставленіе, дѣлаемое посредством распоряженія на случай смерти, т.-е. в духовном завѣщаніи. Но возможно аналогичное предоставленіе отдѣльной выгоды из наслѣдства не путем распоряженія на случай смерти, а силою самого закона, напр., пожизненное владѣніе по завѣщанію есть легат, а пожизненное владѣніе на основаніи предписанія закона (ср. 1141, 1145 стт. т. X, ч. I) есть аналогичное явленіе—сингулярное наслѣдственное преемство по закону, завѣщаніе четвертой части имущества есть легат, а кварта пережившаго супруга по римскому праву есть аналогичное сингулярное преемство по закону. Подобное сингулярное преемство на основаніи закона нѣкоторые ученые (Шифнер и др.) и называют



по аналогіи с первым законным легатом. Такой вид легата хотя и представляет уклоненіе от обычнаго понятія о легатѣ, как предоставленіи добровольном, однако, не заключает в себѣ внутренняго противорѣчія: сингулярное наслѣдственное преемство аналогичнаго характера возможно как в силу завѣщанія, так и в силу закона. И названіе „законный легат“ лишь подчеркивает характер наслѣдственнаго преемства, а именно, что в данном случаѣ мы имѣем дѣло не с общим преемством (генеральнаго или спеціальнаго характера)—наслѣдованіем, а с частным преемством, предоставленіем отдѣльной имущественно-правовой выгоды по закону.

*Основанія наслѣдственнаго преемства.*

Современное право знает три основанія, в силу коих имѣет мѣсто наслѣдственное преемство: 1) закон, 2) завѣщаніе, или точнѣе—распоряженіе на случай смерти и 3) договор.

Завѣщаніе представляет одностороннее волеизъявленіе в установленной формѣ, содержащее распоряженіе на случай смерти. В качествѣ односторонняго волеизъявленія завѣщаніе может быть свободно измѣнено или отмѣнено его автором.

Наслѣдственный договор есть соглашеніе двух или болѣе лиц о назначеніи друг-друга наслѣдниками или о взаимном отказѣ от наслѣдованія друг послѣ друга. Наслѣдственный договор отмѣним лишь соглашеніем участников его.

Закон (первоначально обычай) исторически является первым и первоначально единственным основаніем наслѣдованія. Завѣщаніе развилось лишь впослѣдствіи и постепенно (первоначально в видѣ усыновленія бездѣтному или спеціальнаго разрѣшенія общины на назначеніе наслѣдника, или же в видѣ легатов на дѣла благотворенія и т. п.) и только с развитіем частной собственности и индивидуализма получило распространеніе. А наслѣдственный договор есть продукт новаго времени.

Так, в Греціи завѣщаніе появилось лишь в историческую эпоху. Первоначальныя формы римскаго завѣщанія указывают на первичныя стадіи развитія завѣщательнаго распоряженія в видѣ легатов и спеціальнаго разрѣшенія народнаго собранія (calatis comitiis). Частное нѣмецкое право не знало завѣщанія: solus deus heredem facere potest,—говорили германцы. Распоряженіе на случай смерти получило здѣсь примѣненіе позднѣе под вліяніем церковнаго права в видѣ отказов на благотворительныя цѣли и лишь с рецепціей римскаго права получили

распространеніе в Германіи и завѣщанія. С паденіем патріархальных форм жизни и родовых связей, с развитіем частной собственности и свободы распоряженія послѣдней, с развитіем индивидуализма вообще завѣщаніе получает широкое примѣненіе и выступает на первый план. Уже в Римѣ мы видим, что завѣщаніе сдѣлалось главным основаніем наслѣдованія, наслѣдованіе по закону наступает лишь при отсутствіи завѣщанія. Тоже и в современном правѣ. К указанным двум основаніям наслѣдованія—закону и завѣщанію современное право присоединило третье: наслѣдственный договор.

X том знает только первыя два основанія открытія наслѣд. преемства—закон и завѣщаніе.

### *Границы наслѣдованія.*

Наслѣдованіе по закону в римском правѣ (первоначальной и Юстиніановской эпохи), в германском правѣ и рядѣ современных законодательств: германском гражд. уложеніи, сводѣ зак. гражд. губерній прибалтійских, в ч. 1 т. X простирается на всѣх членов рода (ad infinitum).

Подобное право родичей не находит себѣ оправданія в настоящее время. Нѣкогда род представлял политическій, экономическій и религіозный союз, в котором находили опору и защиту отдѣльные члены его. Поэтому понятно, что родичи и призывались к наслѣдованію ad infinitum. В настоящее время родовой союз утратил совершенно былое значеніе, и родовыя связи порваны, осталась лишь связь с ближайшими родственниками в предѣлах семьи. Мѣсто родового союза в общественной жизни заняло государство. Поэтому наслѣдованіе родственников самых отдаленных степеней представляет теперь лишь историческій пережиток, не находит соціальной опоры в современных общественных отношеніях и служит к развитію ряда антисоціальных явленій—пріобрѣтенію имущества без труда, погонѣ за наслѣдствами, сутяжничеству, развитію преступленій на этой почвѣ и т. п. Слѣдовательно, предѣлы наслѣдованія должны быть ограничены. И среди современных ученых находится много сторонников идеи ограниченія наслѣдованія, при чем размѣры рекомендуемаго ограниченія различны. Нам приходилось уже в другом мѣстѣ высказываться за необходимость ограниченія наслѣдственнаго преемства в предѣлах первых двух степеней родства и пережившаго супруга (с сохраненіем за родственниками 3-й и 4-й степ. права на пожизненное владѣніе наслѣд. имуществом)*). Примѣненіе наслѣдственнаго преемства в предѣлах первых двух степеней родства и между супругами представляет ограниченіе наслѣдованія предѣлами малой семьи, гдѣ современное правосознаніе проводит идею взаимной алиментаціи и гдѣ, благодаря этому, находит соціальную опору и идея наслѣдованія. При указанном ограниченіи наслѣдниками являются: дѣд и бабка, отец и мать, сыновья и дочери, внуки, родные братья и сестры и пережившій супруг.



Указанное движеніе к ограниченію наслѣдованія по закону нашло свое выраженіе в рядѣ кодексов.

Так, французскій гражданскій кодекс первый ограничил предѣлы наслѣдованія по закону 12 степенями кровнаго родства, австрійское гражд. уложеніе—десятью парентеллами**), итальянское гражданское уложеніе—10 степенями. Однако, эти ограниченія носят скорѣе теоретическій нежели практическій характер за большой трудностью доказать столь отдаленныя степени родства.

Болѣе практическій характер носят ограниченія испанскаго гражданскаго уложенія—6 ст. родства, швейцарскаго гражданскаго уложенія, гдѣ только двѣ парентеллы допускаются к наслѣдованію цѣликом и третья частично***), наконец, в нѣкоторых штатах С. Америки—4 степ. родства.

Наш X том, ч. I, содержит в 1111 ст. принципіальное положеніе, что право наслѣдованія простирается на всѣх членов рода. Однако, это утвержденіе не вполнѣ точно. Прежде всего, линія восходящая принимает очень ограниченное участіе в наслѣдственном преемствѣ (ст. 1141—1147, см. дальше). Кромѣ того, извѣстныя ограниченія установлены у нас в связи с институтом родовых имуществ: при наслѣдованіи в боковых линіях родовое отцовское имущество не может перейти к наслѣдникам из рода матери и, наоборот, родовое материнское—в род отца (1138), благопріобрѣтенное имущество идет в род отца, из рода матери могут унаслѣдовать его только единоутробные братья и сестры, если нѣт полнородных (1138 и 1140 стт.).

Кодекс Р. С. Ф. С. Р. ограничивает круг преемников „прямыми нисходящими (дѣтьми, внуками, правнуками) и пережившим супругом умершаго, а также нетрудоспособными и не-

*) См. нашу брошюру „Границы наслѣдованія", Ярославль, 1915 г., гдѣ болѣе подробно разсмотрѣн настоящій вопросъ.

**) Первая парентелла – отец и мать и их нисходящіе, вторая—дѣды и бабки (по отцѣ и матери) и их нисходящіе и т. д.

***) Прадѣд и пробабка получают пожизненное владѣніе, в случаѣ же смерти ихъ—двоюродн. дяди и тетки.

имущими лицами, фактически находившимися на полном иждивеніи умершаго не менѣе одного года до смерти" (и стоимость наслѣдства не должна превышать 10.000 зол.)—416, 418 стт.

Что касается наслѣдованія по завѣщанію, то и оно должно подлежать ограниченію в интересах общественных. Свобода завѣщательных распоряженій допустима между наслѣдниками по закону с установленіем небольшой обязательной доли в пользу нѣкоторых ближайших родственников и пережившаго супруга. За предѣлами наслѣдников по закону завѣщаніе может быть совершено лишь в общественных интересах.

Современное право ограничивает свободу завѣщательных распоряженій институтом так-называемаго необходимаго наслѣдованія или обязательной доли. *Обязательная доля есть установленная законом минимальная доля наслѣдства, которую наслѣдодатель обязан предоставить своему наслѣднику по закону.* Эта обязательная минимальная доля опредѣляется обычно в видѣ какой-либо части ($^1/_4$, $^1/_2$) законной наслѣдственной доли. Современное правосознаніе исходит при этом из той мысли, что на обязанности наслѣдодателя при жизни лежит содержаніе его близких и забота о их благосостояніи, поэтому интересы послѣдних и должны быть обезпечены. По французскому гражданскому кодексу доля наслѣдства, коим может распорядиться наслѣдодатель в завѣщаніи, равна $^1/_2$ наслѣдства при одном ребенкѣ (или нисходящем вообще), $^1/_3$ наслѣдства при двух, $^1/_4$—при трех и болѣе (§ 913). По германскому уложенію обязательная доля равняется половинѣ законной наслѣдственной доли, предоставляется нисходящим, родителям и пережившему супругу (§ 2303). По швейцарскому гражданскому уложенію она равняется $^3/_4$ законной наслѣдственной доли для каждаго из нисходящих, $^1/_2$—для каждаго из родителей и $^1/_4$—для каждаго из братьев и сестер; пережившій супруг наряду с прочими законными наслѣдниками получает причитающуюся ему в собственность долю *), если он один наслѣдник —половину законной наслѣдственной доли (§ 471).

Х том не знает обязательной доли. Свобода завѣщательных распоряженій ограничивается здѣсь в отношеніи родовых имуществ. Родовыя имущества завѣщанію не подлежат за двумя исключеніями: 1) между прямыми нисходящими наслѣдниками по закону родовое имѣніе путем завѣщанія может быть распредѣлено по волѣ собственника, при чем он не обязан выдѣлить долю своему супругу и 2) при отсутствіи прямых нисходящих наслѣдников родовое имѣніе может быть завѣщано боковому родственнику, хотя бы и не ближайшему, а болѣе дальней степени родства, но из того рода, из коего происходит имѣніе (1068, 1068[1], 1068[2]).

*) Теряет пожизненное владѣніе (см. дальше).



Свои интересы государство охраняет путем взиманія наслѣдственных пошлин за переход имущества к наслѣдникам. У нас эта пошлина выражалась в $1^1/_2\%$ с цѣнности наслѣдства при переходѣ его к нисходящим и пережившему супругу, $6\%$ и $9\%$—при переходѣ к ближайшим боковым родственникам и $12\%$—к дальним родственникам и посторонним.

Кодекс РСФСР допускает заковѣщательныя распоряженія для распредѣленія наслѣдства между наслѣдниками по закону и экстередаціи (422).

### *Открытіе наслѣдства.*

*Поводы къ открытію наслѣдства.* Наслѣдованіе наступает с открытіем наслѣдства, т.-е. с наступленіем такого обстоятельства (юридическаго факта), которое разрывает связь субъекта права с тѣми правоотношеніями, в которых он находился до сих пор, связь обладателя прав и обязанностей с этими послѣдними, и открывает возможность перехода указанных правоотношеній к новым субъектам права—преемникам перваго. Такими юридическими фактами являются: 1) смерть физическая, 2) смерть политическая—лишеніе всѣх прав состоянія и 3) поступленіе в монашество (1222—1223).

Нѣкоторые ученые, напримѣр, Демченко, Шершеневич, относят сюда и безвѣстное отсутствіе, однако, это неправильно, ибо безвѣстное отсутствіе нельзя приравнивать к смерти вообще, и наше законодательство этого не дѣлает (ср. Мейер, Побѣдоносцев, Синайскій и др.) [1]).

Современное право, в отличіе от нашего законодательства, считает только естественную смерть поводом к открытію наслѣдства. В случаѣ смерти политической имущество берется в опеку и возвращается его владѣльцу по отбытіи наказанія, а монашество, как акт конфессіональный, не признается основаніем для правоограниченій.

Наслѣдство открывается в момент смерти наслѣдодателя, со вступленіем в силу приговора о лишеніи прав состоянія и в

[1]) Иначе Сенат—92/97, но и по мнѣнію послѣдняго не самое безвѣстное отсутствіе, а истеченіе 10 лѣт послѣ публикаціи является поводом к открытію наслѣдства.

момент постриженія. Моментом открытія наслѣдства, т.-е. моментом возникновенія наслѣдственнаго права, опредѣляются наслѣдники. Только лицо, имѣющее право наслѣдованія в момент открытія наслѣдства по закону или завѣщанію, может стать наслѣдником. С момента открытія наслѣдства течет срок на его принятіе. Мѣстом открытія наслѣдства считается мѣсто послѣдняго постояннаго жительства наслѣдодателя.

*Мѣры охраны открывшагося наслѣдства.* Открывшееся наслѣдство до принятія его наслѣдником (hereditas jacens) нуждается в охранѣ от расхищенія. По западно-европейским законодательствам над открывшимся наслѣдством учреждается попечительство.

По нашему законодательству мѣры охраны должны приниматься, когда наслѣдники или часть их находятся в длительном отсутствіи или когда наслѣдственное имущество должно поступить в опекунское управленіе вслѣдствіе нахожденія среди наслѣдников малолѣтних и вообще недѣеспособных лиц (1226). Во всѣх прочих случаях мѣры охраны наслѣдства не обязательны.

Мѣры охраны наслѣдства заключаются: 1) в описи наслѣдственнаго имущества, опечатаніи и храненіи и 2) в вызовѣ наслѣдников.

Мѣры охраны принимаются участковым мировым судьей по заявленію частных лиц, полиціи, администраціи и по собственной иниціативѣ судьи. Мировой судья назначает судебнаго пристава, который производит опись и опечатаніе имущества и сдает его на храненіе под общим надзором мирового судьи. Вызов наслѣдников производится посредством публикаціи в центральной и мѣстной правит. газетѣ (при стоимости наслѣдства ниже 100 рублей прибивается объявленіе к дверям камеры мирового судьи). Вызов наслѣдников через публикацію необходим: 1) когда не всѣ наслѣдники находятся налицо; 2) когда есть капиталы, хранящіеся в государственном банкѣ.

По кодексу РСФСР поводом к открытію наслѣдства является физическая смерть. Мѣры охраны наслѣдства принимаются, но не долѣе 6 мѣсяцев, назначенных на явку наслѣдников, однако, вызов наслѣдников (через публикацію и пр.) не производится. В случаѣ отсутствія наличных наслѣдников для торгово-промышленнаго предпріятія и ремесленнаго заведенія на ходу суд назначает отвѣтственнаго попечителя (431, 432).



## II. Наслѣдованіе по закону.

### *Общія начала наслѣдованія по закону* *).

Наслѣдованіе по закону открывается: 1) когда не осталось послѣ умершаго завѣщанія; 2) когда завѣщано не все имущество—в оставшемся внѣ завѣщанія; 3) когда завѣщаніе признано судом недѣйствительным, и 4) когда наслѣдники по завѣщанію не приняли наслѣдства.

По общему правилу нашего законодательства наслѣдованіе по закону распространяется на всѣх членов рода до совершеннаго прекращенія онаго (1111). Однако, как было отмѣчено выше, линія восходящая очень ограниченно участвует в наслѣдственном преемствѣ (1141—1147), равно как при распаденіи наслѣдственнаго имущества при наслѣдованіи в боковых линіях на двѣ группы: 1) на родовое отцовское и благопріобрѣтенное имущество и 2) на родовое материнское имущество—род матери не участвует в наслѣдованіи родового отцовскаго и благопріобрѣтеннаго имущества (исключеніе—1140 ст.) и род отца—в родовом материнском (1138).

Порядок наслѣдованія опредѣляется по линіям. Ближайшее право наслѣдованія имѣет нисходящая линія, при отсутствіи наслѣдников в нисходящей линіи право наслѣдованія переходит к линіям боковым и, в опредѣленных случаях, к родителям и восходящим родственникам (1121). В каждой линіи ближайшая степень исключает от наслѣдованія дальнѣйшую, так, сын при отцѣ не может наслѣдовать дѣду (1122).

*Право представленія.* Право нисходящих наслѣдника по закону, умершаго ранѣе наслѣдодателя, на наслѣдованіе вмѣсто умершаго прямого наслѣдника называется правом представленія. Напримѣр, семья состоит из отца и двух сыновей. Старшій сын—наслѣдник умер раньше отца, оставив сына (внука), затѣм умер отец (наслѣдодатель). Остались второй сын и внук от перваго сына, т.-е. дядя и племянник (по отношенію друг к другу). Если нѣт права представленія, то сын (дядя), как находящійся по отношенію к наслѣдодателю в первой степени родства, устранит от наслѣдованія внука (своего племянника), находящагося во второй степени родства. По праву же представленія нисходящій ранѣе умершаго наслѣдника как бы под-

*) Историческій очерк развитія наслѣдованія по закону (и дальше по завѣщанію) за недостаткомъ мѣста выпущен.

нимается на мѣсто послѣдняго, вступает в его степень и наслѣдует вмѣсто него. Если послѣ ранѣе умершаго наслѣдника осталось нѣсколько нисходящих, всѣ они получают долю умершаго—поколѣнное преемство (1125 ст.). Напримѣр, послѣ наслѣдодателя остался сын и 3 внука—дѣти другого ранѣе умершаго сына: сын получает половину наслѣдства, внуки дѣлят между собою другую половину наслѣдства, т.-е. получают по $^1/_6$ наслѣдства. Необходимо, однако, имѣть в виду, что наслѣдующій по праву представленія наслѣдует вмѣсто умершаго наслѣдника, но по своему личному праву—loco praedefuncti—jure proprio. Поэтому внук наслѣдует по праву представленія дѣду и отвѣчает по долгам послѣдняго, но может и не принимать наслѣдства послѣ ранѣе умершаго отца и в таком случаѣ не отвѣчает по его долгам.

*Трансмиссія* (передача наслѣдства). Переход наслѣдства, не принятаго наслѣдником, умершим послѣ наслѣдодателя, к наслѣдникам этого наслѣдника (в составѣ наслѣдственнаго имущества послѣдняго) называется трансмиссіей. Напримѣр, отец умер, остался сын, но не успѣл принять наслѣдства послѣ своего отца, как сам умер, остались его дѣти—внуки перваго наслѣдодателя, к послѣдним в составѣ наслѣдства их отца переходит и право на наслѣдованіе послѣ дѣда. Если внуки принимают наслѣдство послѣ своего отца, они пріобрѣтают и право на принятіе наслѣдства послѣ дѣда и отвѣчают по долгам отца и дѣда. Если же внуки не примут наслѣдства послѣ отца, они не могут осуществить и права наслѣдованія послѣ дѣда.

Таким образом, право представленія находит примѣненіе, когда непосредственный наслѣдник умрет *ранѣе* наслѣдодателя, а право трансмиссіи,—когда такой наслѣдник умрет *послѣ* наслѣдодателя (не приняв наслѣдства). Кромѣ того, право представленія имѣет примѣненіе лишь в отношеніи нисходящих умершаго наслѣдника, а право трансмиссіи—в отношеніи наслѣдников вообще.

*Право приращенія.* Право наслѣдников на увеличеніе их наслѣдственной доли, вслѣдствіе отпаденія одного из них, называется правом приращенія. Напр., у наслѣдодателя было три сына, каждый имѣл получить послѣ смерти отца $^1/_3$ наслѣдства. Представим себѣ, что один из них умер без потомства, или отказался от наслѣдства—его доля распредѣляется между остальными, прирастает к долям остальных сыновей, и тѣ получают по $^1/_2$ наслѣдства.



*Наслѣдованіе по иностранным законодательствам.* По французскому гражданскому кодексу наслѣдуют прежде всего нисходящіе наслѣдодателя, затѣм—братья и сестры (неполнородные $^1/_2$ против полнородных) и восходящіе ($^1/_2$ наслѣдства идет братьям и сестрам, $^1/_2$—восходящим *) и, наконец, прочіе боковые родственники до 12 ст. родства включительно, пережившій супруг получает $^1/_4$ (при дѣтях) или $^1/_2$ (при других наслѣдниках) наслѣдственнаго имущества в пожизненное владѣніе, при отсутствіи других наслѣдников — все наслѣдство в собственность (731—767).

В германском гражданском уложеніи дѣйствует система парентелл. Прежде всего наслѣдуют нисходящіе наслѣдодателя (дѣти—поровну между собою), затѣм родители умершаго (поровну) и их нисходящіе, в третьих—дѣды и бабки и их нисходящіе и т. д. без ограниченія степеней родства. Пережившій супруг получает $^1/_4$ ч. наслѣдства при наслѣдниках перваго класса, $^1/_2$—при наслѣдниках II кл. и устраняет совсѣм наслѣдников III и слѣдующих классов (§ 1924—1931).

По швейцарскому гражданскому уложенію дѣйствует также система парентелл, но призваніе к наслѣдованію ограничивается двумя парентеллами, из третьей—прадѣды и прабабки и двоюродные дѣды и тетки получают пожизненное владѣніе долей дѣда и бабки; пережившій супруг при нисходящих получает $^1/_2$ наслѣдства в пожизненное владѣніе или $^1/_4$ в собственность, при наслѣдниках II кл.—четверть в собственность и $^3/_4$ в пожизненное владѣні, при наслѣдниках III кл. (дѣд, бабка и их нисходящіе)—$^1/_2$ в собственность и $^1/_2$ в пожизненное владѣніе, дальше—все наслѣдство (457—562).

### *Наслѣдованіе нисходящих.*

В нисходящей линіи прежде всего наслѣдуют дѣти обоего пола, если нѣт дѣтей, их мѣсто занимают по праву представленія внуки обоего пола, если нѣт внуков—правнуки и т. д. (1127). Таким образом, наслѣдованіе носит поколѣнный характер: наслѣдственное имущество дѣлится на столько частей, сколько было дѣтей, и при отсутствіи дѣтей, умерших ранѣе отца, в каждой такой части наслѣдуют нисходящіе умершаго сына или дочери с дальнѣйшим примѣненіем права представленія. Вслѣдствіе этого на практикѣ получается иногда большое неравенство: наслѣдники

*) Кромѣ того, согласно § 747 родители и др. восходящіе получают обратно подаренное ими безпотомно умершим дѣтям и нисходящим имущество.

равных степеней родства с наслѣдодателем получают неравныя доли. Напр., у наслѣдодателя было два сына, умерших ранѣе отца, послѣ перваго сына остался один сын—внук наслѣдодателя, а послѣ второго—три сына—внуки наслѣдодателя, послѣ смерти дѣда внук от перваго сына получит половину наслѣдства и три внука от второго сына раздѣлят между собою вторую половину, т.-е. получат по $^1/_6$ наслѣдства.

Дѣти, мужского и женскаго пола, т.-е. сыновья и дочери, за выдѣлом пережившему супругу его части, дѣлят наслѣдство между собою поровну, за исключеніем земельнаго внѣгороднаго имущества, в котором в качествѣ историческаго пережитка сестра при братѣ получает одну седьмую часть, но если бы при таком дѣленіи части сыновей оказались меньше дочерних (напр., 5 дочерей и 3 сына), то наслѣдство дѣлится между сыновьями и дочерьми поровну. Если сыновей нѣт, то дочери дѣлят все наслѣдство поровну (1128).

Дѣти сводныя, т.-е. происходящія от разных браков супругов, наслѣдуют только в имуществѣ своих родителей, послѣ отчима или мачехи права наслѣдованія не имѣют (1129). Так, если в семьѣ есть дѣти от трех браков: от настоящаго и от прежних первых браков мужа и жены, то наслѣдованіе происходит слѣдующим образом: дѣти от настоящаго брака наслѣдуют в имуществѣ как отца, так и матери (мужа и жены), дѣти от прежняго перваго брака мужа (единокровныя) наслѣдуют вмѣстѣ с дѣтьми от настоящаго брака в имуществѣ отца (мужа), дѣти от прежняго перваго брака жены (единоутробныя) наслѣдуют вмѣстѣ с дѣтьми от настоящаго брака в имуществѣ матери (жены). Но дѣти от перваго брака мужа не имѣют права наслѣдованія (вмѣстѣ с дѣтьми от настоящаго брака) в имуществѣ его жены (мачехи дѣтей) и дѣти от перваго брака жены не имѣют права наслѣдованія (вмѣстѣ с дѣтьми от настоящаго брака) в имуществѣ мужа (отчима этих дѣтей).

Дѣти от браков недѣйствительных сохраняют всѣ права дѣтей законных (131[1]), слѣдовательно, и вышеприведенное право наслѣдованія.

Узаконенныя дѣти почитаются законными со дня вступленія их родителей в брак и с этого времени пользуются всѣми правами дѣтей законных (144[1]). Слѣдовательно, с этого времени имѣют и право наслѣдованія послѣ своих родителей и их родственников (как и законныя дѣти), но до узаконенія такого права не имѣют, и если наслѣдованіе открылось до брака их родителей—узаконенныя не наслѣдуют.



Усыновленные дѣти и их нисходящіе наслѣдуют в благопріобрѣтенном имуществѣ усыновителя наравнѣ с законными дѣтьми с тѣм, однако, что если у усыновителя нѣт сыновей, а есть дочери, то наслѣдственное имущество дѣлится между усыновленным и дочерьми поровну (156[1]), иначе в земельном внѣгородском имуществѣ усыновленный мог бы получить больше родных дочерей. Право наслѣдованія послѣ родственников усыновителя усыновленный не имѣет, но сохраняет право наслѣдованія послѣ своих кровных родственников.

Внѣбрачныя дѣти и их законные нисходящіе наслѣдуют лишь в благопріобрѣтенном имуществѣ матери наравнѣ с законными дѣтьми с тѣм, что если у матери нѣт законных сыновей, а только дочери, наслѣдственное имущество дѣлится между законными дочерьми и внѣбрачными дѣтьми поровну. На наслѣдованіе в имуществѣ отца и его родственников и родственников матери внѣбрачные права не имѣют (132[1][2]).

*Наслѣдованіе боковых родственников.*

В случаѣ отсутствія наслѣдников в линіи нисходящей или отреченія таковых, право наслѣдованія переходит в боковыя линіи. При наслѣдованіи боковых родственников ближайшая боковая линія исключает дальнѣйшую. Ближайшій боковой линіей является линія, происходящая от ближайшаго общаго родоначальника, вторая—от слѣдующаго (от отца—матери, дѣда—бабки) и т. д. В каждой линіи ближайшая степень исключает дальнѣйшую. Если есть двѣ равно близкія линіи, то члены их наслѣдуют по близости степеней родства, а равно близкіе дѣлят наслѣдство поголовно. Сестры при братьях в боковых линіях наслѣдуют на тѣх же началах, что и в линіи нисходящей (1134—1137).

*Наслѣдованіе в родовом имуществѣ.* При наслѣдованіи в боковых линіях родовое отцовское имѣніе (недвижимость) идет в род отца, родовое материнское—в род матери (1138). Если наслѣдниками являются родные братья или сестры с их нисходящими, вопроса не возникает: они одинаково относятся к роду отца и к роду матери. Если же наслѣдниками являются дальнѣйшіе родственники, напр., дяди и двоюродные братья и сестры с их нисходящими (вторая боковая линія), они могут происходить как из рода отца, так и из рода матери, необходимо различать, из какого рода—отца или матери—произошло имѣніе и отдавать его именно в этот род. Но этого мало. Содержаніе

приведеннаго правила гораздо сложнѣе. Необходимо имѣть в виду, что в связи с историческими данными и разумом приведеннаго постановленія закона родовое имѣніе должно итти не в род отца или матери вообще (т.-е. к ближайшему родичу из этого рода), а в тот спеціальный род в общем родѣ отца или матери, из котораго имѣніе вышло: „отдавать в род того рода, чьи тѣ вотчины были старинныя, родовыя и выслуженныя". Род отца носит собирательный характер, в него входит нѣсколько родов: род дѣда по отцу и род бабки по отцу—два рода, род прадѣда по дѣду и род прабабки по дѣду, род прадѣда по бабкѣ и род прабабки по бабкѣ—4 рода, 8 родов прапрадѣдов и т. д. (То же и в родѣ матери). Имѣніе может быть родовым отцовским, но дойти к отцу из рода дѣда или из рода бабки, из рода прадѣда или прабабки по дѣду или по бабкѣ и т. д. По разуму закона родовое имѣніе должно возвращаться в родѣ отца именно в тот род, из коего вышло, в коем стало родовым. Если наслѣдниками являются дяди или двоюродные братья с нисходящими (по отцу), то вопроса не возникает, родовое отцовское, из какого бы спеціальнаго рода оно ни происходило, переходит к дядям или двоюродным братьям, ибо они происходят одновременно из рода дѣда и из рода бабки по отцу, здѣсь сходятся всѣ дальнѣйшія родовыя подраздѣленія. Иначе обстоит дѣло, если наслѣдниками являются троюродные братья и дальніе родичи. Троюродные братья могут происходить из рода прадѣда или прабабки по дѣду, из рода прадѣда или прабабки по бабкѣ и для установленія их наслѣдственнаго права на имѣніе необходимо еще установить, происходят ли они из того рода, из котораго вышло имѣніе, в котором оно стало родовым. Если, напр., наслѣдник—троюродный брат происходит от прадѣда по дѣду, а имѣніе идет от прадѣда по бабкѣ,—он не может наслѣдовать. В таком случаѣ имѣніе переходит в род прадѣда по бабкѣ, хотя бы к дальнѣйшим по степени родственникам и даже может стать выморочным (при отсутствіи наслѣдников из рода прадѣда по бабкѣ). (Сенат. указы 21 янв. 1763 г. и 29 января 1802 г., ср. Гр. К. Д. 91/61, 81/30 и др.) *).

Таким образом не только родственники по отцу не могут наслѣдовать родовое материнское имѣніе, хотя бы родственников по матери совсѣм не оказалось, но и в родѣ отца или матери наслѣдуют родственники того именно родового подраздѣленія, из котораго имѣніе происходит.

*) Ср. Побѣдоносцев,—Курс, II, стр. 318—323, Анненков—Система, т. VI, стр. 317 и сл.



*Наслѣдованіе в благопріобрѣтенном имуществѣ.* Благопріобрѣтенное имущество идет в род отца, за исключеніем случая, указаннаго в 1140 ст. (1138 ст.). Таким образом, по общему правилу благопріобрѣтенное имущество идет в род отца. И в соотвѣтствіи с общими началами наслѣдованія в боковых линіях оно поступает в ближайшую боковую линію и к ближайшему по степени родственнику.

Правило 1140 ст. содержит слѣдующее исключеніе. В том случаѣ, когда послѣ умершаго наслѣдодателя не осталось нисходящих и полнородных братьев и сестер с их потомством, к наслѣдованію призываются на равных правах между собою единоутробные и единокровные братья и сестры, которые предпочитаются дальнѣйшим родственникам и дѣлят между собою наслѣдство на тѣх же основаніях, как и полнородные. Слѣдовательно, единоутробные братья и сестры, происходящіе из рода матери, призываются к наслѣдованію в благопріобрѣтенном имуществѣ наравнѣ с единокровными. В этом и состоит исключеніе из общаго правила 1138 ст., устанавливающаго, что благопріобрѣтенное имущество идет в род отца.

Но правило 1140 ст. вызывает сомнѣнія и разнорѣчія в нашей литературѣ и судебной практикѣ при ея дальнѣйшем толкованіи. Возникает вопрос: если послѣ умершаго остались родные, т.-е. полнородные братья и сестры, и неполнородные, т.-е. единокровные и единоутробные братья и сестры, как должно быть раздѣлено наслѣдство. Наслѣдуют ли неполнородные вмѣстѣ с полнородными или нѣт?

Большинство наших цивилистов (Калачев, Побѣдоносцев, Змирлов, Шершеневич, Товстолѣс и др.), пользуясь, гл. обр., доказательством от противнаго (argumentum a contrario), находят, что при наличности полнородных братьев (и сестер) единокровные и единоутробные не имѣют права наслѣдованія в благопріобрѣтенном имуществѣ. Меньшинство же (Любавскій, Верещагин, Синайскій) полагает, что ст. 1140 по своему содержанію и прямой оговоркѣ в примѣчаніи к ней относится только к случаю наслѣдованія неполнородных при отсутствіи полнородных, случай же одновременнаго наслѣдованія полнородных и неполнородных братьев и сестер разрѣшается по общим правилам нашего наслѣдственнаго права, согласно которым единокровные принимают равное участіе с полнородными в наслѣдованіи родового отцовскаго и благопріобрѣтеннаго имущества, а единоутробные—в наслѣдованіи родового материнскаго имущества.

Мы считаем совершенно правильным мнѣніе меньшинства. Это мнѣніе правильно не только в силу прямого содержанія 1140 ст. и аутентическаго толкованія ея, приведеннаго в примѣчаніи, но также в силу логическаго, систематическаго и историческаго толкованія этой статьи. Из содержанія 1140 ст. путем толкованія от противнаго вытекает не один вывод (по прямой противоположности),коим пользуется большинство, а нѣсколько. Положеніе: при отсутствіи полнородных наслѣдуют неполнородные на равных правах между собою, выводы: 1) при наличіи полнородных неполнородные не наслѣдуют, 2)—наслѣдуют, но не на равных правах между собою (ср. франц. кодекс), 3)—одни из них наслѣдуют, другіе не наслѣдуют. Чтобы рѣшить, который из приведенных выводов правильнѣе, необходимо обратиться к систематическому толкованію. А систематическое толкованіе говорит слѣдующее. Порядок наслѣдованія опредѣляется у нас по линіям и в каждой линіи по близости степеней родства, при чем в боковых линіях родовое отцовское и благопріобрѣтенное имущество идет в род отца, а родовое материнское—в род матери (1121, 1122, 1138). Неполнородные и полнородные братья и сестры находятся в одной боковой линіи—первой боковой линіи, в одной и той же степени родства с умершим наслѣдодателем—во второй степени. Таким образом, они имѣли бы равное с полнородными право на наслѣдованіе, если бы не было 1138 ст. А 1138 ст. содержит правило, что родовое отцовское и благопріобрѣтенное имущество идет в род отца, родовое материнское—в род матери. Слѣдовательно, по силѣ этой статьи единокровные, как принадлежащіе к роду отца, на-ряду с полнородными наслѣдуют в родовом отцовском и благопріобрѣтенном имуществѣ, а единоутробные, как принадлежащіе к роду матери, вмѣстѣ с полнородными наслѣдуют в родовом материнском имуществѣ. Из этого правила исключеніе (1140 ст.): когда нѣт полнородных, в благопріобрѣтенном имуществѣ наслѣдуют единоутробные и единокровные на равных правах между собою, т.-е. единоутробные (из рода матери) допускаются в этом единственном случаѣ к наслѣдованію в благопріобрѣтенном имуществѣ.

Таким образом, систематическое толкованіе приводит к третьему из трех указанных выводов, который совпадает с прямым содержаніем статьи 1140 и с ея аутентическим истолкованіем (в примѣчаніи).

Историческое толкованіе, как основанное на внѣшних источниках, уступает не только аутентическому, но и логическому



и систематическому толкованіям, основанным на внутренних источниках, если бы оно находилось в противорѣчіи с послѣдними. Но и тщательно провѣренное по источникам историческое толкованіе не противорѣчит приведенному выводу, а подтверждает его*)

Сенат первоначально стоял на правильной точкѣ зрѣнія—68/25, 74/739, 76/102, но затѣм пересмотрѣл свою практику в духѣ большинства наших цивилистов (87/106 и посл.) Вновь Гр. К. Д. поставил вопрос в 1917 гг. (из отдѣленія вопрос был перенесен в департамент), но закрытіе Сената помѣшало разрѣшенію вопроса.

### *Преемство восходящих.*

Наше законодательство говорит „о порядкѣ наслѣдованія в линіи восходящей", однако, постановленій о преемствѣ восходящих вообще в соотвѣтствующих статьях под приведенным заголовком (1141—1147) не содержит: оно содержит лишь нормы о наслѣдственном преемствѣ родителей.

Ст. 1141 устанавливает, что „родители не наслѣдуют послѣ дѣтей их в пріобрѣтенном сими послѣдними имуществѣ", но при безпотомной смерти дѣтей предоставляет родителям пожизненное владѣніе в указанном имуществѣ. Но когда имущество не самими дѣтьми пріобрѣтено, говорит 1142 ст., а уступлено дѣтям родителями в видѣ дара и послѣ дѣтей не осталось нисходящих, то такое имущество, „не в видѣ наслѣдства, а яко дар" возвращаются родителю—дарителю. Стт. 1141 и 1145 устанавливают аналогичныя правила относительно капиталов, в кредитныя установленія внесенных, а ст. 1146 содержит правило, что подобные капиталы обращаются, прежде всего, на удовлетвореніе долгов умершаго, а в собственность или пожизненное пользованіе родителей обращается только то, что останется за удовлетвореніем долгов.

Таким образом, право родителей возникает только при отсутствіи у умерших дѣтей нисходящих, и право это очень ограничено: 1) право на возврат уступленнаго дѣтям имущества, 2) право на пожизненное владѣніе пріобрѣтенным самими дѣтьми имуществом. Под послѣдним, основываясь на аутентическом ис-

*) Настоящій вопрос нами подробно разсмотрѣн в двух работах: „Наслѣдованіе полнородных, единокровных и единоутробных братьев и сестер в благопріобрѣтенном имуществѣ", Ярославль, 1916 г. и „Толкованіе 1140 ст.", Ярославль, 1917 г.

толкованіи даннаго вопроса Госуд. Совѣтом по дѣлу Лубье (11 января 1877 г. № 56832), надлежит разумѣть не благопріобрѣтенное имущество вообще, а только личным трудом и промыслом умершаго нажитое.

Родители отвѣчают по долгам наслѣдодателя только в размѣрѣ полученнаго имущества, как это видно из содержанія 1146 ст., которая тѣсно связана с 1144 и 1145 стт., а эти послѣднія по своим источникам находятся во внутренней связи с 1141 и 1142 стт. (ср. 76/274 и др.).

Вызывает сомнѣнія вопрос о кругѣ преемников в линіи восходящей.

Отдѣленіе IV главы II, раздѣла II, книги III т. X, ч. I Св. Зак. Гр. носит заглавіе „О порядкѣ наслѣдованія в линіи восходящей". Это отдѣленіе содержит семь статей 1141—1147, предусматривающих преемство родителей в имуществѣ дѣтей, но ни в одной статьѣ этого отдѣленія не говорится о преемствѣ других восходящих, кромѣ родителей. На этом основаніи нѣкоторые из наших цивилистов (напр., Анненков, Гуляев) не признают за дальнѣйшими восходящими (кромѣ родителей) права на преемство в имуществѣ нисходящих. Этот взгляд не представляется нам, однако, правильным. В нашем законодательствѣ есть ряд статей, говорящих о преемствѣ восходящих вообще. Так, ст. 1111 указывает, что право наслѣдованія простирается на *всѣх* членов рода, слѣдовательно, и на восходящих. По ст. 1114 близость родства опредѣляется линіями и степенями, а согласно 1117 ст. „линіи суть нисходящія, *восходящія* и боковыя или побочныя." Ст. 1124 указывает, что „*восходящіе* родственники не имѣют права представленія". Очевидно, восходящим вообще принадлежит какое-то наслѣдственное право, но без права представленія. Наконец, ст. 1121, устанавливая порядок наслѣдованія, указывает, что, при недостаткѣ наслѣдников в линіи нисходящей, „наслѣдство обращается или в побочныя линіи или к *родителям* и *восходящим* родственникам умершаго".

Таким образом, очевидно, что закон принципіально призывает к наслѣдственному преемству не только родителей, но и восходящих родственников умершаго вообще, но не опредѣляет конкретно там, гдѣ это надлежит, степени участія послѣдних в наслѣдственном преемствѣ. Сравнивая принципіальныя положеніе нашего законодательства о преемствѣ линіи восходящей (1111, 1117, 1121) с их конкретным осуществленіем (1141—1147), мы убѣждаемся, что имѣем типичный случай пробѣла в законѣ,



каковой по силѣ 9 ст. Уст. Гр. С. должен быть восполнен на основаніи общаго смысла нашего законодательства.

Обращаясь же к толкованію закона на основаніи его общаго смысла или разума, мы должны отмѣтить, что и логическому и систематическому толкованію может оказать помощь в данном вопросѣ историческое толкованіе. Простое по аналогіи распространеніе прав преемства родителей на других восходящих не соотвѣтствует историческим данным, на коих основаны указанныя статьи Свод. Зак. Гр. В правѣ московскаго государства из имущества дѣтей давалось „на прожиток" матерям вдовам, указом 14 іюня 1823 г. пожизненное владѣніе было предоставлено обоим родителям, что и вошло в текст 1141 и 1145 стт., но дальнѣйшіе восходящіе никогда не имѣли права пожизненнаго владѣнія в имуществѣ нисходящих. Подаренное же имущество при безпотомной смерти одареннаго возвращалось не только родителям—дарителям, но и другим восходящим (и даже прочим близким родственникам). Так, в качествѣ источника 1111 ст., устанавливающей основное правило, что право наслѣдованія распространяется на всѣх членов рода, приведены новоуказанныя статьи 28 января 1681 г., которыя говорят о возвратѣ приданаго и другого уступленнаго имущества родителям, восходящим и другим родственникам. На основаніи изложеннаго и руководствуясь 9 ст. Уст. Гр. С. мы и полагаем, что восходящіе вообще имѣют право на возврат уступленнаго нисходящим имущества в случаѣ безпотомной смерти послѣдних.

При наличности родителей и пережившаго супруга право послѣдняго сильнѣе: переживший супруг в силу 1128 ст. наслѣдует и при наличности нисходящих, а родители—только при их отсутствіи. Слѣдовательно, при отсутствіи нисходящих из наслѣдственнаго имущества выдѣляется указанная доля пережившему супругу, затѣм уже родители получают в собственность уступленное имущество и в пожизненное владѣніе пріобрѣтенное самими дѣтьми. Первое получает родитель и вообще восходящій, уступивший его своему нисходящему, второе—оба родителя совмѣстно, если оба живы или один, если жив только один.

Что касается юридической природы преемства родителей, то большинство наших цивилистов (Неволин, Мейер, Побѣдоносцев, Кавелин, Оршанскій, Гуляев), основываясь на словах закона и характерѣ преемства, утверждают, что родители вообще не являются наслѣдниками своих дѣтей, меньшинство же (Кассо, Шершеневич, Яблочков) находят, что преемство родителей в подаренном имуществѣ представляет собою наслѣдованіе. Мы

с своей стороны полагаем, что в том и другом случаѣ законъ устанавливает не наслѣдованіе, а наслѣдственное преемство частнаго характера, аналогичное завѣщательному отказу, такназываемой законный легат.

Такъ, пожизненное пользованіе родителей пріобрѣтенным имуществом дѣтей не представляет собою наслѣдованія, т.-е., универсальнаго или спеціальнаго преемства, наслѣдниками являются боковые родственники, получающіе означенное имущество в собственность, но является посмертным предоставленіем имущественно-правовой выгоды из наслѣдства, т.-е. одним из видов сингулярнаго наслѣдственнаго преемства на основаніи закона—законным легатом.

Возвращеніе родителям (и другим восходящим) уступленнаго дѣтям (в видѣ дара, приданаго, выдѣла) имущества не представляет возврата дара, ибо смерть дарителя не служит по нашему законодательству основаніем для возврата дара (дар переходит к наслѣдникам), кромѣ того, даритель, получающій обратно свой дар, не отвѣчает по долгам одареннаго, а родитель отвѣчает, наконец, дар возвращается цѣликом, а родителям по выдѣлѣ указанной доли пережившему супругу умершаго сына или дочери. Возврат дара родителю—дарителю в случаѣ смерти одареннаго сына или дочери с отвѣтственностью по долгам послѣдняго на основаніи близкой родственной связи представляет случай наслѣдственнаго преемства. Однако, этот случай нельзя считать наслѣдованіем, т.-е. универсальным или спеціальным преемством. Он не является универсальным преемством, ибо не охватывает всего наслѣдственнаго имущества, и родители не могут стать универсальными преемниками, если даже нѣт боковых родствевников: наслѣдственное имущество становится выморочным и идет в казну. Данный случай не является и спеціальным преемством, ибо подаренное имущество не является в составѣ наслѣдственной массы отдѣльным самостоятельным юридическим комплексом, подобно авторскому праву, крестьянскому или родовому имуществу, не открывается в нем и особаго порядка преемства, ибо подаренное имущество возвращается родителю—дарителю, но не нисходящим послѣдняго. Возврат родителям уступленнаго имущества представляет сингулярное наслѣдственное преемство, аналогичное возврату dos profectitia римскаго права или retour successoral стараго французскаго права. В основаніи посмертнаго возврата дара лежит близкая родственная связь, что и создает исключительный случай посмертнаго преемства сингулярнаго характера (внѣ общих правил о переходѣ имущества к боковым родственникам), ближе всего подходящій к легату—законный легат *).



### *Преемство супругов.*

Своеобразный характер носит у нас преемство супругов, носящее названіе „указной доли“ (1148—1161). Своеобразіе этого института объясняется чисто исторически; сохраненіе в современном правѣ основных черт его происхожденія и создает особенности этого вида преемства. Преемство супругов распадается у нас на три вида: 1) преемство пережившаго супруга послѣ другого умершаго супруга, 2) преемство пережившаго супруга послѣ умершаго тестя или свекра, 3) преемство пережившаго супруга в имуществѣ живого тестя или свекра.

1) Переживший супруг получает из имущества умершаго (как при наличности дѣтей от брака, так и без них) в движимости одну четвертую часть и из недвижимости—одну седьмую**). Родовое имѣніе может быть завѣщано в пожизненное владѣніе (вмѣсто указной доли), но переживший супруг может отказаться от пожизненнаго владѣнія и требовать выдѣла седьмой части в собственность (1148, 1153).

2) Переживший супруг получает послѣ смерти отца умершаго супруга, т.-е. послѣ своего свекра или тестя, указную ($^1/_4$ и $^1/_7$) долю из той части наслѣдства, которая приходилась бы умершему супругу из имущества его отца (1149, 1153). Напр., у свекра было три сына, в том числѣ умершій супруг. Послѣдній получил бы $^1/_3$ часть наслѣдства послѣ своего отца. Из этой доли его вдова получает $^1/_7$ в недвижимости (т.-е. $^1/_{21}$ из недвижимаго имущества свекра) и $^1/_4$—в движимости (т.-е. $^1/_{12}$ послѣ свекра).

3) В том случаѣ, когда послѣ умершаго мужа не осталось недвижимаго имѣнія, а только движимое, послѣ умершей же жены не только не осталось недвижимаго имѣнія, но и раньше (от нея или ея родственников) муж не получал такого имѣнія ни по рядной, ни по другому акту,—переживший супруг имѣет право на полученіе седьмой части из той доли недвижимости тестя или свекра, которая бы слѣдовала умершему супругу в

*) Вопрос о преемствѣ восходящих подробно разсмотрѣн нами в монографіи «Преемство в линіи восходящей по русскому праву», Ярославль, 1916 г.

**) Первая ведет происхожденіе из римскаго права через византійское и духовный суд Московской Руси, вторая—из помѣстнаго права Московскаго государства (указная доля вдовы'.

день его смерти*) и на полученіе четвертой части из движимости умершаго супруга, из движимости же тестя или свекра переживший супруг получает выдѣл послѣ смерти послѣдних (1151, 1153 и 1154).

При жизни супругов ни один из них не может требовать выдѣла указанной доли из имущества другого, а только послѣ смерти послѣдняго, но в случаѣ новаго вступленія в брак пережившаго супруга право его на указную часть послѣ перваго не утрачивает силы (1152, 1159).

Притязаніе на указную часть пережившаго супруга не погашается давностью, как всякое другое наслѣдственное притязаніе, и не переходит на наслѣдников, если переживший супруг не просил о выдачѣ ему указной доли (1152), т.-е. сохраняет характер выдѣла на прожиток. Таким образом, если переживший супруг заявит о выдѣлѣ ему указной или вдовьей доли и по истеченіи10 лѣт со дня публикаціи об открывшемся наслѣдствѣ, он получит выдѣл, но если он умрет, хотя и до истеченія 10 лѣт, не заявив просьбы о выдѣлѣ, его наслѣдники не имѣют права на послѣдній.

Собственник имущества не стѣснен в его распоряженіи путем завѣщанія постановленіями об указной долѣ другого супруга, при чем распорядиться благопріобрѣтенным имуществом путем завѣщанія он может без ограниченій, а родовым—в предѣлах $1068^{1}$ ст. (в кругу прямых нисходящих—наслѣдников по закону).

Постановленія о выдѣлѣ указной доли относятся только к имуществу тестя или свекра, но не тещи или свекрови. Это вытекает из прямого содержанія 1149, 1151 и 1153 стт. и необходимости толковать эти постановленія, как исключеніе, ограничительно, а также и из историческаго толкованія.

Что касается юридической природы преемства супругов, то большинство наших цивилистов разсматривают послѣднее, как право наслѣдованія (Любавскій, Кавелин, Шершеневич, Анненков, Товстолѣс), меньшинство же высказывается против указаннаго взгляда, но расходится в своих конечных выводах (ср. взгляды Мейера, Азаревича, Пахмана, Тютрюмова, Лапицкаго).

Мы, с своей стороны, полагаем, что здѣсь нѣт права наслѣдованія, так как переживший супруг не является универсальным или спеціальным преемником умершаго и не может стать таковым и при отсутствіи других преемников, ибо в послѣднем

*) Сенат ограничивает этот выдѣл родовым имѣніем—97/68, 84/23, но это ограниченіе не правильно.



случаѣ наслѣдственное имущество (за выдѣлом указной части) становится выморочным, но не переходит к пережившему супругу. Нѣт здѣсь и легата (законнаго легата), ибо: 1) на выдѣл указной части не распространяется дѣйствіе общей давности, которая распространяется на легат, 2) притязаніе на такой выдѣл не переходит на наслѣдников пережившаго супруга, если послѣдній не просил о выдѣлѣ, и 3) выдѣл предоставляется не только из имущества умерших, но и живых (тестя, свекра). Преемство пережившаго супруга в имуществѣ умершаго в цѣлом представляет особый вид сингулярнаго посмертнаго преемства, сохранившій черты тѣсной связи с семейным правом (семейной алиментаціи—выдѣл на прожиток) и стоящій таким образом на грани семейнаго и наслѣдственнаго права*).

### *Преемство в выморочных имуществах.*

Наслѣдственное имущество признается выморочным, когда оно в установленный 10 лѣтній срок не принято наслѣдниками. Выморочное имущество по общему правилу поступает в государственную казну (1162, 1167).

Нѣкоторыя юридическія лица публичнаго права имѣют преимущественное перед казной право на выморочныя имущества. Так, выморочныя имущество послѣ дворян шли в пользу соотвѣтствующих дворянских обществ, горожан—в пользу городов, сельских обывателей—в пользу сельских обществ, гдѣ жили умершіе, послѣ членов университетов и чиновников учебнаго вѣдомства—в пользу учебных заведеній, гдѣ умершіе служили, и т. д. (1168 и сл.).

Если в теченіе 6 мѣс. послѣ публикаціи об открывшемся наслѣдствѣ никто из наслѣдников не явится, наслѣдственное имущество берется в опеку, а по истеченіи 10 лѣт поступает в государственную казну (или к указанным юридическим лицам), право казны на выморочное имущество возникает при этом непосредственно (ipso iure) без судебнаго опредѣленія, но если кто-либо завладѣет выморочным имуществом, то путем давностнаго владѣнія может пріобрѣсти право собственности (91/2).

Казна и прочія юридическія лица—преемники по выморочному праву отвѣчают по долгам умершаго собственника имущества (1263).

*) Подробно данный вопрос разсмотрѣн в нашей монографіи «О посмертном преемствѣ супругов по русскому праву», г. Нижній-Новгород, 1914 года.

По вопросу о юридической природѣ преемства казны, обществ и учрежденій наши ученые расходятся. Одни из них видят здѣсь оккупацію государством безхозяйных имуществ (Мейер, Шершеневич), другіе—право наслѣдованія (Анненков, Курдиновскій, Синайскій).

Наше законодательство дает основанія дѣлать противорѣчивые выводы. Так, согласно 406 ст., всѣ имущества, не принадлежащія никому в особенности, принадлежат к составу имуществ государственных, а согласно 408 ст. к составу государственных имуществ принадлежат также, за изъятіями, указанными в ст. 1167 и сл., имущества выморочныя, при чем в ст. 408 дѣлается прямая ссылка на ст. 1162, опредѣляющую понятіе выморочнаго имущества. И ст. 1167 содержит правило, что имущества выморочныя обращаются в государственную казну. С другой стороны, заглавіе статей 1162—1183 гласит „о порядкѣ наслѣдованія в имуществах выморочных", и согласно 1263 ст., казна и прочія мѣста и вѣдомства, принявшія наслѣдство в выморочных имуществах", отвѣчают по долгам и обремененіям праводателя. Таким образом, на основаніи однѣх статей закона мы имѣем оккупацію безхозяйных имуществ государством, на основаніи других—вступленіе в совокупность прав и обязательств—общее посмертное преемство.

Хотя германское гражд. уложеніе называет фиск наслѣдником (§ 1936), однако, признанію казны наслѣдником по русскому праву противорѣчат: 1) ярко выраженныя в нашем законодательствѣ начала оккупаціи в преемствѣ казны, 2) в нашем законодательствѣ наслѣдованіе по закону основано на кровном родствѣ и свойствѣ, 3) в законѣ (1162) подчеркнута та мысль, что самое преемство казны открывается лишь при отсутствіи наслѣдников. С другой стороны, в силу 1263 ст. имѣется несомнѣнное универсальное преемство в выморочных имуществах. В виду изложеннаго мы и полагаем что преемство казны в выморочных имуществах по нашему праву представляет посмертное преемство универсальнаго характера особаго рода, основанное на правѣ оккупаціи государством безхозяйных имуществ*).

### *Особые порядки наслѣдованія.*

Наше законодательство указывает пятнадцать особых порядков наслѣдованія (ср. 1184 ст. и пп. 2 и 5 этой статьи). Нѣкоторые из них представляют спеціальное преемство в особой

*) См. подробнѣе нашу работу „Выморочное право", г. Нижн.-Новгород, 1914 г.



наслѣдственной массѣ, напр., наслѣдованіе в крестьянском имуществѣ, авторском правѣ, в имуществѣ колонистов, в заповѣдных, временно заповѣдных и майоратных имѣніях, в участках, отведенных малоимущим дворянам по правилам 1848 г., наслѣдованіе послѣ ссыльных. Другіе представляют, собственно, не особые порядки наслѣдованія, а исключенія из общих правил, напр., наслѣдованіе послѣ духовных властей и монашествующих, наслѣдованіе нехристіанами икон, наслѣдованіе казенных имѣній, состоящих в арендѣ, наслѣдованіе послѣ иностранцев в безсрочных долгах, наслѣдованіе послѣ военных чинов, послѣ малороссійских казаков (1184—1220).

Наслѣдованіе в крестьянском надѣльном имуществѣ и принадлежностях послѣдняго.—Мы уже указывали, что право X тома есть собственно право высших классов населенія (дворян, духовенства, горожан), что крестьянская масса жила своим обычным правом, которое хотя постепенно и разрушалось, однако, сохранило еще много своеобразных черт до настоящаго времени. Так, крестьянское надѣльное имущество могло быть отчуждено только крестьянину, не могло быть заложено, не могло быть объектом взысканія за долги, переходило в особом порядкѣ наслѣдованія. В порядкѣ наслѣдованія крестьянам было предоставлено руководствоваться своими мѣстными обычаями (стт. 38 и 110 общ. пол.о кр.). Завѣщательныя распоряженія о крестьянском надѣльном имуществѣ не примѣнялись. Наслѣдованіе по обычаю было построено на семейном трудовом началѣ. Братья, сыновья, зятья, пріемыши, усыновленные, жена, если они жили и трудились совмѣстно, наслѣдовали на равных правах. Отдѣленные сыновья не участвовали в наслѣдствованіи. Дочери получали приданое. (Ср. Ефименко, Пахман). И с изданіем указа 9 ноября 1906 г. и закона 14 іюня 1914 г. о личной собственности домохозяев на подворные участки и укрѣпленные (выдѣленные) надѣлы примѣненіе обычнаго права к этой недвижимости не измѣнилось (Вормс),

Участок земли колониста представлял самостоятельное имущество, не сливавшееся с прочим его имуществом и переходившее в порядкѣ наслѣдованія к младшему сыну (ст. 169 и сл. Уст. о Кол.), из движимаго имущества $^1/_4$ выдѣлялась вдовѣ, $^1/_4$—всѣм дочерям в качествѣ приданаго, остальное—сыновьям (113 и сл.).

Имущество ссыльнаго, пріобрѣтенное им в ссылкѣ и на поселеніи, представляло особое имущество, переходившее в порядкѣ наслѣдованія: а) к нисходящим, пришедшим со ссыльным

из Россіи или родившимся в ссылкѣ, и в указной долѣ к женѣ, послѣдовавшей за ним в ссылку, или от брака в ссылкѣ, б) если нѣт нисходящих, жена наслѣдует все имущество ссыльнаго, в) при отсутствіи указанных преемников наслѣдуют родители одного званія со ссыльным или послѣдовавшіе за ним в ссылку (428 ст. и сл. Уст. о Ссыльн.).

Авторское право представляет самостоятельный комплекс прав и обязанностей и в порядкѣ наслѣдственнаго преемства переходит со слѣдующими особенностями против общаго порядка: 1) пережившій супругъ, если он остался единственным преемникомъ в авторском правѣ, получает послѣднее не в указной долѣ, а в полном объемѣ, 2) родители, оставшіеся единственными наслѣдниками в авторском правѣ, получают послѣднее не в пожизненное владѣніе, а в собственность, 3) когда остались супругъ и родители и нѣт других наслѣдников, то пережившій супругъ и родители наслѣдуют в авторском правѣ поровну. Авторское право за отсутствіем наслѣдников не становится выморочным и не поступает в казну, а прекращается, т.-е. становится общим достояніем (ст. 6 и 7 закона 20 марта 1911 г.)*).

*Наслѣдованіе по кодексу Р. С. Ф. С. Р.* Как указано выше, наслѣдованіе ограничено по общему правилу суммою в 10000 руб. зол., круг лиц, призываемых к наслѣдованію по закону, ограничивается прямыми нисходящими (дѣтьми, внуками и правнуками) и пережившим супругом умершаго, а также нетрудоспособными и неимущими лицами, фактически находившимися на полном иждивеніи умершаго не менѣе одного года до его смерти. Наслѣдниками могут быть только лица, находящіяся в живых к моменту смерти наслѣдодателя, а также *дѣти*, зачатыя при его жизни и родившіяся послѣ его смерти. Наслѣдственное имущество дѣлится на равныя доли между всѣми указанными наслѣдниками. Из указанных наслѣдников тѣ, кто совмѣстно проживал с умершим, получают имущество, относящееся к обычной домашней обстановкѣ и обиходу, за исключеніем предметов роскоши, без зачисленія в предѣльную сумму (10000 р.). Достояніе умершаго свыше 10000 руб. зол. поступает к государству; в таком случаѣ между государством и наслѣдниками производится раздѣл наслѣд. имущества; если раздѣл представляется хозяйственно-невыгодным или неудобным, то устанавливается совмѣстное владѣніе государства и наслѣдников или право выкупа соотвѣтственной части в пользу государства или наслѣдников.

*) Подробнѣе об особых порядках наслѣдованія см. Побѣдоносцев, Курс, II, стр. 354—362.



В случаѣ эксгередаціи (лишенія наслѣдства по завѣщанію) или отреченія наслѣдника доля лишеннаго наслѣдства или отрекшагося также переходит к государству (416—421, прим. к422, 429).

## III. Наслѣдованіе по завѣщанію.

### *Завѣщаніе.*

*Завѣщаніе есть одностороннее распоряженіе на случай смерти, совершаемое в установленной формѣ.*

Завѣщаніе (духовное завѣщаніе) есть одностороннее волеизъявленіе и, как таковое, может быть отмѣнено таким же односторонним волеизъявленіем. Это волеизъявленіе дѣлается на случай смерти (физической или гражданской) и получает силу и значеніе только послѣ смерти завѣщателя. Его нельзя смѣшивать с дареніем, которое представляет собою договор, пріобрѣтает силу немедленно и может быть отмѣнено по общему правилу только в силу соглашенія между сторонами. Завѣщаніе представляет весьма важный акт, нерѣдко содержащій исключительно отвѣтственныя распоряженія личнаго или имущественнаго характера, напр., устраненіе наслѣдника, назначеніе опекунов, душеприказчика, распоряженіе всѣм состояніем и т. п. Кромѣ того, этот акт вступает в силу только послѣ смерти завѣщателя, так-что сомнѣнія относительно его содержанія не могут быть разрѣшены автором завѣщанія. Поэтому законодательство устанавливает опредѣленныя, нерѣдко строгія формы, в которых может быть выражено завѣщательное распоряженіе.

Наше законодательство опредѣляет завѣщаніе, как законное объявленіе воли владѣльца о его имуществѣ на случай его смерти (1010). Но как необязательно указаніе в завѣщаніи наслѣдника, так необязательны и имущественныя распоряженія, напр., по нашему законодательству допустимы завѣщанія, содержащія назначеніе опекунов, душеприказчиков, распоряженіе о воспитаніи дѣтей и т. п. (ср. 227 ст. и 1084 ст.).

### *Условія дѣйствительности завѣщанія.*

Для дѣйствительности завѣщанія необходимо: 1) чтобы завѣщатель имѣл право завѣщать, 2) чтобы наслѣдник по завѣщанію имѣл право на полученіе завѣщаннаго и 3) чтобы содержаніе завѣщанія не противорѣчило закону и нравствен-

ности. Кромѣ того, необходимо, чтобы завѣщаніе было составлено в надлежащей формѣ.

1. Наше законодательство требует, чтобы завѣщатель имѣл право отчуждать свое имущество (1018 ст.). Посему недѣйствительны завѣщанія несовершеннолѣтних и лишенных по суду всѣх прав состоянія (1019) со времени объявленія о вступленіи приговора о послѣдних в законную силу (1020), низшаго монашествующаго духовенства (1025 ст., 94/96). Завѣщаніе расточителя, состоящаго под опекою за долги, дѣйствительно, если за удовлетвореніем заимодавцев останется свободное имущество (1021).

Для совершенія завѣщанія, как и всякой юридической сдѣлки, необходима непринужденная сознательная воля. Как говорит наш закон, завѣщанія должны быть составляемы «в здравом умѣ и твердой памяти» (1016). Посему недѣйствительны завѣщанія душевнобольных (безумных и сумасшедших) и самоубійц (1017). Вопрос о lucida intervalla—свѣтлых промежутках у душевнобольных не затронут нашим законодательством. Казалось бы правильным признавать дѣйствительными завѣщанія, совершонныя в свѣтлые промежутки. Что касается завѣщаній самоубійцъ, то надлежит признать, что если завѣщаніе составлено в здравом сознаніи, заблаговременно до самоубійства и послѣднее произошло в состояніи невмѣняемости, то такія завѣщанія дѣйствительны (1016, 1017 т. X, ч. 1, 1472 Ул. о нак., 1892/4).

2. Наслѣдник по завѣщанію должен обладать в момент открытія наслѣдства способностью к пріобрѣтенію прав, вытекающих из завѣщанія. Так, не могут наслѣдовать по завѣщанію монахи послѣ постриженія (1067 ст. и прим. к 1025 ст.), лишенные прав состоянія (1067), служащіе в карантинных учрежденіях послѣ лиц, умерших в карантинѣ (1067). Лица, не имѣющія права обладать извѣстным имуществом, не могут и наслѣдовать это имущество по завѣщанію, напр., иностранцы—недвижимости в нѣкоторых окраинных губерніях и областях, всѣ—запрещенныя вещи и т. д.*).

Наслѣдник по завѣщанію должен быть в живых в момент открытія наслѣдства или, по крайней мѣрѣ, зачат (1106, 1026 ст.), юридическое лицо должно существовать (иначе Сенат, который допускал завѣщанія в пользу и не зачатых и в пользу несуществующих юридических лиц (88/63).

*) Ср. вып. II стр. 39.



3. Содержаніе завѣщанія не должно противорѣчить предписаніям или запрещеніям закона. В частности, наше законодательство не знает ограниченія завѣщательных распоряженій посредством обязательной доли, но ограничивает распоряженіе родовым имуществом в завѣщаніи. Так, по общему правилу родовыя имѣнія не подлежат завѣщанію. Из сего правила установлено два исключенія. Во-первых, собственник родового имѣнія может посредством завѣщанія распредѣлить имѣніе между своими нисходящими—наслѣдниками по закону по своему усмотрѣнію или предоставить его нѣкоторым или одному из них, при чем при таком распоряженіи не ограничен постановленіями об указной части пережившаго супруга*). Во-вторых, собственник родового имѣнія, не имѣющій нисходящих, может предоставить свое родовое имѣніе или часть его мимо ближайших боковых родственников болѣе дальнему, но из того рода, из котораго досталось ему имѣніе, а если есть имѣнія, дошедшія из разных родов, то могут быть предоставлены одному родственнику от каждаго из сих родов (1068, 1068[1-2]).

Имѣнія заповѣдныя, временно заповѣдныя и майоратныя переходят по наслѣдству в порядкѣ, указанном законом (или учредительным актом).

Согласно 1026 ст. имущества завѣщаемыя и лица, коим они завѣщаны, должны быть в завѣщаніи точно означены, недѣйствительны завѣщанія, совершонныя с очевидною ошибкою в лицѣ или в завѣщаемом имуществѣ. Лицо, в пользу коего совершено завѣщаніе, должно быть настолько точно обозначено, чтобы не возникало в нем сомнѣнія. Лицо это должно быть живым или зачатым, юридическое лицо—существующим. Не допускается завѣщаніе, коим опредѣленному лицу поручается распредѣленіе имущества между наслѣдниками по своему выбору послѣдних. Неуказаніе долей наслѣдников в завѣщаніи не опорочивает завѣщанія, доли предполагаются равными.

Наши цивилисты (Мейер, Анненков, Побѣдоносцев, Шершеневич, Синайскій) единодушно признают, что наше законодательство допускает подназначеніе наслѣдника (субституція) до открытія наслѣдства, т. е. назначеніе второго наслѣдника по завѣщанію на случай смерти перваго до открытія наслѣдства (ст. 82/83) и столь же единодушно отрицают такое подназначеніе наслѣдника на случай смерти назначеннаго наслѣдника

*) Это правило относится лишь до завѣщанія родовых имуществ и не может быть распространено на выдѣл и дареніе их. См. по этому вопросу нашу статью „О силѣ и значеніи 1068[1] ст. т. X, ч. I"—„Право", 1913 г. № 10.

послѣ открытія наслѣдства или его отреченія от принятія наслѣдства. Послѣднее мнѣніе (они и Сенат 79/78) основывают на примѣчаніи к ст. 1011. Однако, означенным постановленіем запрещена только субституція наслѣдника в родовом имѣніи, каковое переходит по наслѣдству в порядкѣ, установленном законом*), но отнюдь не воспрещена субституція в благопріобрѣтенном имуществѣ и послѣднюю надлежит признать допустимой (и послѣ открытія наслѣдства).

Равным образом, не представляется правильным запрещеніе судебной практикой эксгередаціи (03/28), т.-е права завѣщателя прямо лишить своих законных наслѣдников наслѣдства, а не косвенным путем—посредством назначенія других наслѣдников. Прямое лишеніе наслѣдства устраняет наслѣдника безусловно, а косвенное—не безусловно: если назначенный в завѣщаніи наслѣдник умрет ранѣе наслѣдодателя или отречется от наслѣдства, последнее переходит к наслѣднику по закону, котораго хотел устранить наслѣдодатель. Наше законодательство не содержит запрещенія устранять наслѣдников от наслѣдованія, и, слѣдовательно, такое распоряженіе надлежит признать допустимым.

Возможны завѣщательныя распоряженія условныя: как под отлагательным условіем—что не возбуждает сомнѣнія, так даже и под отмѣнительным условіем. Напр., муж завѣщал женѣ дом с тѣм, что если она вступит во второй брак, дом переходит к наслѣдникам по закону. Сенат признал возможным такое завѣщаніе (79/27). Дѣйствительно, наше законодательство допускает поворот права собственности, напр., выкуп родового имущества и переход права собственности под отмѣнительным условіем, напр., купля-продажа движимости с разсрочкою платежа ($1527^{1-6}$ ст.) **).

Если в завѣщаніи содержатся распоряженія, противныя законам, они недѣйствительны, но другія распоряженія, законам не противныя, остаются в силѣ (1026). Напр., завѣщатель оставил благопріобрѣтенное и родовое имущество постороннему: завѣщаніе в части распоряженія родовым имѣніем признается недѣйствительным, в остальной части оно дѣйствительно. Но может случиться и так, что недѣйствительная часть завѣщанія настолько тѣсно связана со всѣм содержаніем завѣщанія, что опорачивает послѣднее цѣликом. Напр., завѣщано чужеродцу родовое имѣніе и на послѣдняго возложена обязанность давать содержаніе наслѣднику по закону. С признаніем недѣйствительности перваго распоряженія, падает и второе.

*) Наслѣдственное имѣніе=родовое.
**) См. нашу статью в „Вѣст. Пр. и Нот.» № 13, 1911 г.



Недѣйствительны безнравственныя завѣщательныя распоряженія, как и вообще безнравственныя юридическія сдѣлки.

### *Форма завѣщанія.*

Завѣщаніе есть акт формальный. Соблюденіе установленных для завѣщательнаго распоряженія форм составляет необходимое условіе для дѣйствительности послѣдняго. И современныя законодательства подробно регламентируют составленіе завѣщанія.

Так, согласно французскому гражд. кодексу, существуют три общія формы завѣщанія: 1) собственноручное или олографическое завѣщаніе—оно должно быть написано собственноручно, датировано и подписано самим завѣщателем, 2) публичное завѣщаніе—составляется при помощи 2-х нотаріусов и в присутствіи 4-х свидѣтелей*), 3) тайное завѣщаніе—завѣщаніе подписывается самим завѣщателем, в присутствіи нотаріуса и 6 свидѣтелей запечатывается в конверт, при чем содержаніе не объявляется, нотаріус и свидѣтели расписываются на конвертѣ (§§ 969—976).

Германское гражд. уложеніе устанавливает слѣдующія общія формы завѣщанія: 1) судебное—при помощи судьи и в присутствіи секретаря или двух свидѣтелей, 2) нотаріальное—при помощи нотаріуса и в присутствіи другого нотаріуса или двух свидѣтелей и 3) собственноручно написанное, датированное и подписанное завѣщаніе (2231—2248).

По швейцарскому гражданскому уложенію установлены слѣдующія три общія формы завѣщанія: 1) публичное завѣщаніе—совершается при помощи нотаріуса или равнозначущаго лица в присутствіи двух свидѣтелей, 2) олографическое завѣщаніе—собственноручно написанное, датированное и подписанное завѣщателем, и 3) устное завѣщаніе—допускается при наличности чрезвычайных обстоятельств и невозможности составленія завѣщанія в другой формѣ, совершается в присутствіи 2-х свидѣтелей, один из которых должен немедленно записать послѣднюю волю, дать подписать другому, и оба должны немедленно передать завѣщаніе в судебн. мѣсто и удостовѣрить послѣдн. волю, или же устно изложить перед судебн. властью послѣднюю

*) Иначе 2 нотар. и 2 свид. или 1 нотар. и 4 свид.

волю завѣщателя; устное завѣщаніе теряет силу через 14 дней послѣ того, как завѣщатель получит свободу совершить завѣщаніе в другой формѣ (§§ 498—508).

Наше законодательство не допускает словесных завѣщаній (1023), а знает двѣ общія формы составленія завѣщанія: 1) домашнее завѣщаніе и 2) нотаріальное завѣщаніе и нѣсколько особенных.

*Домашнее духовное завѣщаніе.* Домашнее духовное завѣщаніе составляется без участія органов власти, но в присутствіи свидѣтелей. Если домашнее завѣщаніе написано и подписано собственноручно завѣщателем, оно может быть подписано двумя свидѣтелями, в прочих случаях—тремя свидѣтелями, но если между ними есть духовный отец завѣщателя, то достаточно двух свидѣтелей.

Свидѣтели должны удостовѣрить подлинность завѣщанія, т.-е. что лицо, предъявившее им завѣщаніе, есть то самое лицо, коим совершено завѣщаніе, и что они завѣщателя лично видѣли и нашли в здравом умѣ и твердой памяти, т.-е. удостовѣряют подлинность воли завѣщателя и сознательность послѣдняго (1050). Завѣщаніе может быть написано и без свидѣтелей и затѣм дано им на подпись, но лично самим завѣщателем, чтобы у свидѣтелей была увѣренность в подлинности воли завѣщателя. Свидѣтелями не могут быть: 1) лица, в пользу коих составлено завѣщаніе, 2) родственники этих лиц до 4 ст. включительно и свойственники до 3 ст., если завѣщаніе дѣлается не в пользу прямых наслѣдников вполнѣ или частью, 3) душеприказчики и опекуны, назначенные по духовному завѣщанію, 4) тѣ, которые не имѣют права сами завѣщать, за исключеніем монашествующих, 5) тѣ, которые не допускаются в свидѣтели по дѣлам гражданским вообще (1054 ст. и прим.) По мнѣнію Сената, неграмотные не могут быть свидѣтелями при составленіи завѣщанія. Это—не правильно. Закон не запрещает неграмотным быть свидѣтелями и даже косвенно указывает на допустимость, устанавливая рукоприкладчиков за свидѣтелей (1048), да и цѣлесообразность этого запрещенія весьма сомнительна *).

Завѣщаніе должно быть подписано самим завѣщателем, если же он неграмотен или не может писать вслѣдствіе болѣзни, завѣщаніе должно быть подписано за него рукоприкладчиком (1058). В подписи достаточно фамиліи завѣщателя (1047).

*) См. по этому вопросу нашу статью: „О правѣ неграмотных быть свидѣтелями при составленіи домашн. духовнаго завѣщанія". „Вѣстн. Пр. и Нот.", 1911 г., №№ 16 и 17.



Описки, подчистки, поправки должны быть оговорены в подписи, если не оговорены—дѣйствительны, если сдѣланы рукою самого завѣщателя, а не переписчика. Если завѣщаніе написано на нѣскольких листах не самим завѣщателем, должно быть скрѣплено по листам или самим завѣщателем, или его рукоприкладчиком, или всѣми свидѣтелями (1046). Соединеніе в одном лицѣ переписчика, рукоприкладчика и свидѣтеля воспрещается, поэтому переписчик не может быть ни рукоприкладчиком, ни свидѣтелем, ни рукоприкладчиком за свидѣтеля, равно как и рукоприкладчик за завѣщателя не может быть свидѣтелем или рукоприкладчиком за свидѣтеля (1048). Переписчик должен подписать завѣщаніе (завѣщаніе переписывал такой-то), если не подпишет, в теченіе 1 года послѣ смерти завѣщателя должен явиться в суд и подтвердить (1049).

Духовное завѣщаніе может быть писано на бумагѣ всякаго формата и размѣра, не исключая и почтовой, лишь бы бумага несія состояла из двух половинок и составляла цѣлый лист; недѣйствительны завѣщанія, написанныя на клочках и обрывках (1045). Сенат требовал, чтобы завѣщаніе обязательно было согнуто пополам (10/15). Едва ли это требованіе правильно, когда нѣт сомнѣнія в том, что завѣщаніе написано цѣликом на листѣ, не имѣющем второй половины (александр. лист, конторская бумага). Закон не указывает способа написанія, поэтому завѣщаніе может быть написано чернилами, карандашом, на машинкѣ, может быть изложено на иностранном языкѣ.

При утвержденіи судом домашняго дух. завѣщанія вызываются и допрашиваются судом подписавшіе его свидѣтели.

*Нотаріальное духовное завѣщаніе.* Нотаріальное завѣщаніе носит публичный характер и совершается при участіи нотаріуса и в присутствіи 3-х свидѣтелей в конторѣ нотаріуса (вслѣдствіе болѣзни завѣщателя и др. уважительных причин и на дому). Проект завѣщанія приносится завѣщателем к нотаріусу или составляется завѣщателем при участіи нотаріуса. Затѣм проект прочитывается нотаріусом завѣщателю и послѣ выраженія послѣдним согласія вносится цѣликом в актовую книгу. Послѣ этого еще раз прочитывается завѣщателю в присутствіи свидѣтелей и, послѣ одобренія его завѣщателем, подписывается послѣдним, свидѣтелями и нотаріусом. Подлинное завѣщаніе остается в книгѣ нотаріуса (которая по истеченіи года сдается на храненіе в нотар. архив при окр. судѣ), а завѣщателю выдается выпись. Эта выпись замѣняет подлинник и послѣ смерти завѣщателя представляется в суд для утвержденія. При утвер-

жденіи нотаріальнаго завѣщанія свидѣтели не подвергаются допросу и, слѣдовательно, облегчается его утвержденіе. Подлинность нотаріальнаго завѣщанія может быть опровергнута только спором о подлогѣ. Завѣщаніе, не признанное в силѣ нотаріальнаго, может сохранить силу домашняго, если удовлетворяет формѣ послѣдняго. Нотар. завѣщаніе не может быть отмѣнено послѣдующим домашним завѣщаніем (1030, 1035[1]). Как домашнее духовн. завѣщаніе, так и нотаріальное (выпись) могут храниться завѣщателем, или отдаваться на храненіе нотаріусу.

*Особенныя завѣщанія.* Наше право знает нѣсколько особых форм составленія завѣщанія.

1. Завѣщанія военных, находящихся в походѣ за границею, могут быть совершаемы в полковых и других военно-походных канцеляріях, гдѣ они и записываются; имѣют силу нотаріальных.

2. Завѣщанія, совершенныя на военном кораблѣ или другом казенном суднѣ, могут быть отданы на храненіе начальнику корабля или его помощнику вмѣстѣ с другим офицером или чиновником; если составлены с вѣдома означеннаго начальства, имѣют силу нотаріальных.

3. Домашнія духовныя завѣщанія, составленныя на купеческом кораблѣ, могут быть отданы на храненіе корабельному писцу вмѣстѣ с капитаном корабля, шкипером или заступающим его мѣсто. Завѣщанія должны быть подписаны завѣщателем или рукоприкладчиком за него и тѣми, кому отдаются на храненіе; передаются при двух свидѣтелях (1071—1076).

4. Заграничныя завѣщанія.—Россійскій подданный за границею может совершить домашнее духовное завѣщаніе по обряду мѣста его составленія с надлежащею явкою его в россійском консульствѣ, посольствѣ или миссіи по правилам устава консульскаго, при чем такая явка замѣняет совершеніе нотаріальных духовных завѣщаній (1077—1078).

Из указанных постановленій закона можно вывести слѣдующія заключенія.

a) Русскій подданный за границею может совершить дух. завѣщаніе по законам мѣста его составленія или по русским законам. b) Совершонное по мѣстным законам домашнее завѣщаніе получает в Россіи силу домашняго, явленное в консульствѣ—силу публичнаго, совершонное по мѣстным законам публичное завѣщаніе—силу публичнаго. c) Совершонное за границей по мѣстным законам словесное завѣщаніе в силу 707 ст. должно быть признаваемо в силѣ (contra Сенат 75/749). d) Совершонное за границей по русским законам домашнее духовное завѣщаніе имѣет в Россіи силу домашняго, явленное в консульствѣ—силу нотаріальнаго. e) Обряд явки завѣщанія в консульствѣ соотвѣтствует старому обряду, существовавшему прежде для крѣпостных завѣщаній (личная явка завѣщанія завѣщателем для установленія подлинности воли, если завѣщатель лично неизвѣстен, то в присутствіи двух свидѣтелей, опрос завѣщателя в консульствѣ, надпись о явкѣ на завѣщаніи, отмѣтка в книгах консульства о явкѣ завѣщанія и выдача завѣщанія на руки завѣщателю) *).



5. Госпитальныя завѣщанія.—В военных, сухопутных, морских и других публичных госпиталях домашнія завѣщанія по желанію больных могут быть подписываемы госпитальным священником и дежурным врачом или ординатором или дежурным офицером, вмѣсто послѣдняго завѣщаніе может быть подписано завѣдывающим госпиталем; в сухопутных госпиталях вмѣсто священника может быть приглашена сестра милосердія или другое лицо; в морских—завѣщаніе должно быть подписано дежурным врачом и двумя свидѣтелями.

Можно, однако, считать, что указанная особенная форма, по своей идеѣ имѣющая цѣлью облегчить совершеніе завѣщанія, не отмѣняет общих форм, и завѣщанія в госпиталѣ могут быть совершаемы и по общим законам.

6. Домашнія духовныя завѣщанія вдов, живущих в Петербургском и Московском вдовьих домах, и дѣвиц, призрѣваемых в Петербургском домѣ призрѣнія, дѣйствительны, если подписаны священником дома, смотрителем и врачом; могут быть совершаемы и в общем порядкѣ (1082).

7. Крестьянскія завѣщанія.—Крестьянскія завѣщанія, если завѣщаемое имущество стоит не болѣе 100 руб., могут совершаться в волостном правленіи. Завѣщатель устно объявляет свою волю в присутствіи состава правленія и двух свидѣтелей. Завѣщаніе записывается в книгу сдѣлок и договоров. Завѣщаніе подписывается завѣщателем и свидѣтелями (за неграмотных рукоприкладчиками) и членами правленія (неграмотные прикладывают печати). Завѣщателю выдается выпись за подписями членов правленія (ст. IX, особ. прил. I, ст. 91, прим. 1). Имѣют силу нотаріальных завѣщаній.

*) Подробнѣе см. нашу статью „О духовных завѣщаніях, совершаемых русскими подданными за границею", „Ж. М. Ю." 1912 г., кн. 3.

*Измѣненіе и отмѣна завѣщанія.*

Завѣщаніе, как односторонняя юридическая сдѣлка, может быть измѣнено и отмѣнено завѣщателем по его волѣ. Нотаріальное завѣщаніе может быть отмѣнено или измѣнено: 1) особым нотаріальным актом (в походѣ письменным донесеніем начальству), 2) нотаріальным завѣщаніем. Домашнее завѣщаніе может быть отмѣнено: 1) нотаріальным актом, 2) нотаріальным завѣщаніем и 3) домашним завѣщаніем.

Отмѣна завѣщанія путем особаго нотаріальнаго акта может быть только явной, содержаніе акта должно быть направлено непосредственно на отмѣну завѣщанія. Отмѣна или измѣненіе завѣщанія другим завѣщаніем возможна или явно путем указанія на такую отмѣну или измѣненіе или косвенно без упоминанія об отмѣнѣ или измѣненіи прежняго завѣщанія путем новаго распоряженія тѣм же самым имуществом или объектом вообще. Если послѣдующее завѣщаніе содержит распоряженія, касающіяся другого объекта, оно не отмѣняет предыдущаго (в цѣлом или в части). Если послѣдующее завѣщаніе домашнее, оно не отмѣняет предыдущаго нотаріальнаго. Если послѣдующее нотаріальное завѣщаніе отмѣнено завѣщателем, остается в силѣ предыдущее домашнее духовное завѣщаніе.

По кодексу РСФСР завѣщаніем признается сдѣланное в письменной формѣ распоряженіе на случай смерти о предоставленіи имущества одному или нѣскольким опредѣленным лицам из числа наслѣдников по закону или о распредѣленіи его между нѣсколькими или всѣми этими лицами в ином нежели установлено законом порядкѣ. Завѣщаніе должно быть подписано завѣщателем или за неграмотнаго—рукоприкладчиком и внесено в нотаріальную актовую книгу (нотаріальная форма). Выпись из актовой книги замѣняет подлинное завѣщаніе. Позднѣйшее завѣщаніе о том же самом предметѣ отмѣняет предыдущее, отмѣна может быть произведена посредством нотаріальнаго или судебнаго заявленія, занесеннаго в актовую книгу или судебный протокол.

*Завѣщательный отказ.*

Завѣщаніе может содержать предоставленіе не только всей наслѣдственной массы опредѣленному лицу или лицам (общее преемство или наслѣдованіе по завѣщанію), но и предоставленіе отдѣльнои выгоды из наслѣдства (завѣщательный отказ или легат).



*Под именем отказа или легата разумѣется безвозмездное предоставленіе отдѣльной имущественно—правовой выгоды из наслѣдства или за счет наслѣдства, совершаемое наслѣдователем посредством завѣщанія.*

Необходимо различать два вида легата: вещный и обязательственный. Первый является непосредственным предоставленіем имущественно-правовой выгоды из наслѣдства, второй—через посредство наслѣдника, представляет обязанность наслѣдника. Напримѣр, завѣщано все имущество сыну и 1000 рублей дочери, сын—наслѣдник, дочь—легатарій, имѣющій непосредственное притязаніе к наслѣдственной массѣ—вещный легат; завѣщано все имущество сыну, при чем на сына возложена обязанность выдать дочери 1000 рублей, легатарій имѣет право требованія к наслѣднику—обязательственный легат. Непринятіе наслѣдства наслѣдником в первом случаѣ не поражает прав легатарія, во втором—поражает.

Завѣщательный отказ представляет имущественную выгоду, выгода не должна превращаться в ущерб, т.-е. в отвѣтственность легатарія по долгам наслѣдодателя и своим имуществом. По долгам наслѣдодателя отвѣчает наслѣдник—в предѣлах наслѣдственнаго имущества, если принял наслѣдство cum benefitio inventarii, также и своим имуществом, если не пользуется инвентарной льготой, легатарій же получает свой отказ послѣ удовлетворенія кредиторов, если получил его раньше удовлетворенія послѣдних, отвѣчает перед кредиторами (или наслѣдником по праву регресса) в предѣлах полученнаго, но не выше.

Как выше указывалось, сингулярное преемство на основаніи закона называют по аналогіи законным легатом.

X том, давая понятія наслѣдства и наслѣдованія (ст. 1104, 1258 и 1259) не содержит термина „отказ“ или „легат“. И наша судебная практика во главѣ с Правительствующим Сенатом долго не проводила различія между наслѣдником и легатаріем (74/596, 79/294 и 08/77).

В нашей литературѣ нѣкоторые ученые также не находят различія между наслѣдованіем и легатом по русскому праву (Кассо и др), другіе признают наличность у нас обязательственнаго отказа, называя всякое непосредственное преемство наслѣдованіем (Побѣдоносцев и другіе), наконец, третьи проводят различіе между общим преемством—наслѣдованіем и сингулярным преемством вещнаго и обязательственнаго характера—легатом или отказом (Шершеневич и другіе).

Обращаясь к анализу нашего законодательства, мы должны отмѣтить, что хотя оно и не говорит прямо об отказѣ или легатѣ, но содержит необходимые элементы для этого понятія. Так, согласно 1086 ст. завѣщатель может обязать своих наслѣдников на время жизни их денежными выдачами, в прим. к ст. 1011 это право предоставлено завѣщателю в болѣе общей формѣ: „владѣлец благопріобрѣтеннаго имѣнія... имѣет даже право силою завѣщанія обязать избраннаго им наслѣдника, на время жизни его, к исполненію нѣкоторых по имуществу распоряженій, каковы, напр., денежныя выдачи и т. п.“. О денежных выдачах наслѣдником по завѣщанію говорит и ст. 214 Уст. о Пошл. Несомнѣнно, „денежныя выдачи и т. п.“ из наслѣдственнаго имущества есть не что иное, как обязательственный легат. Ст. 533[1-13] и 1011 (а также прим. к 1148) говорят о завѣщаніи имущества в пожизненное владѣніе. Пожизненное владѣніе есть не что иное, как легат (ср. § 484 швейц. гр. ул.) и как преемство непосредственное—вещный легат. Такое же сингулярное преемство, но уже по закону мы имѣем в преемствѣ родителей пріобрѣтенным имуществом дѣтей—законный легат (вещный легат). Сюда же можно отнести и преемство родителей в подаренном ими имуществѣ дѣтей, а нѣкоторые ученые относят и указную долю пережившаго супруга. Таким образом, надлежит признать, что наше законодательство дает основанія для различія наслѣдованія и легата и это различіе необходимо дѣлать.

Кодекс РСФСР разрѣшает завѣщателю возложить на наслѣдника по завѣщанію исполненіе какого-либо обязательства в пользу одного или нѣсколькихъ наслѣдников по закону, которые получают права требованія к наслѣднику по завѣщанію (обязательственный отказ).

## IV. Принятіе наслѣдства и послѣдствія принятія.

### *Принятіе наслѣдства и отреченіе от него.*

С открытіем наслѣдства вслѣдствіе физической или гражданской смерти лица права послѣдняго не переходят непосредственно силою самаго закона на наслѣдников. Наше право не знает ни sui et necessarii heredes первоначальнаго римскаго права, ни наслѣдственной сезины древне-германскаго права. Для пріобрѣтенія наслѣдства необходимо еще принятіе послѣдняго



наслѣдником (907/80, 71/86). Наслѣдники властны принять наслѣдство или отречься от него (1255). Принятіе наслѣдства есть односторонняя юридическая сдѣлка, направленная на вступленіе наслѣдника в права и обязанности наслѣдодателя. Принятіе наслѣдства имѣет обратную силу: принявшій наслѣдство считается вступившим во всѣ права и обязанности с момента открытія наслѣдства (1254). Принятіе наслѣдства безповоротно и неотмѣняемо, безусловно. Оно должно быть направлено на наслѣдство в цѣлом: нельзя принять наслѣдство в части или отречься от части наслѣдства. Принявшій часть наслѣдства считается принявшим все наслѣдство. Как и всякое волеизъявленіе принятіе может быть оспорено принявшим наслѣдство вслѣдствіе существенной ошибки, обмана, принужденія. Для принятія наслѣдства установлен десятилѣтній давностный срок (1246), исчисляемый со времени публикаціи об открытіи наслѣдства (1244).

Особой обязательной формы для принятія наслѣдства нашим законом не установлено. Принятіе наслѣдства возможно для наслѣдников по закону путем фактических дѣйствій—посредством распоряженій в качествѣ наслѣдника (1261 ст., 75/927) или путем утвержденія в правах наслѣдства (1913/43), для наслѣдников по завѣщанію—путем утвержденія духовнаго завѣщанія (1060 ст., 905/4 и 913/43).

Под отреченіем от наслѣдства наше законодательство разумѣет, как фактическое непринятіе наслѣдства наслѣдником (1265), так и формальное заявленіе его суду о нежеланіи принять наслѣдство (1266). Отреченіе в послѣднем случаѣ есть односторонняя юридическая сдѣлка. Она безповоротна и неотмѣнима со времени принятія отреченія судом (Побѣдоносцев, Аненков, Шершеневич, contra Синайскій); Сенат допускает возможность отмѣнить до заявленія притязанія другими наслѣдниками (910/108).

Отреченіе от наслѣдства по духовному завѣщанію не лишает права наслѣдованія по закону (ср. 86/60 и § 1948 B. G. B.).

Отреченіе носит безусловный характер. Поэтому оно не может быть отреченіем в пользу кого-либо, а только отреченіем за себя, от своего права наслѣдованія. Отреченіе поражает наслѣдственное право отрекшагося, но не его наслѣдников, если послѣдніе имѣют самостоятельное право наслѣдованія послѣ наслѣдодателя. Напр., если послѣ умершаго отца остались два сына, старшій отрекся от наслѣдства, все наслѣдство идет ко второму сыну (jus accrescendi), а дѣти перваго не наслѣдуют. Если же послѣ умершаго не осталось других сыновей, а только дѣ-

ти отрекшагося сына и боковые родственники, то наслѣдуют дѣти отрекшагося сына: они принадлежат к нисходящей линіи и их самостоятельное наслѣдственное право сильнѣе наслѣдственнаго права боковых родственников.

Отреченіе возможно только от открывшагося наслѣдства, а не от имѣющагося открыться (913/90). Исключеніе составляет отреченіе при выдѣлѣ приданаго (998 и 1002 стт.), но и здѣсь мы имѣем так-называемое „предваренное наслѣдованіе", то есть полученіе наслѣдственной доли вперед, при жизни наслѣдодателя.

Отреченіе, как и принятіе, может быть сдѣлано только лицами дѣеспособными, возможно и через повѣренных.

Отреченіе, как и принятіе имѣет обратную силу и относится к моменту открытія наслѣдства.

*Утвержденіе в правах наслѣдованія по закону и завѣщанію.*

Об открывшемся наслѣдствѣ (свыше 100 рублей) производится публикація. Если в теченіе 6 мѣсяцев послѣ публикаціи отсутствующіе наслѣдники не явятся, находящіеся налицо наслѣдники имѣют право вступить во владѣніе наслѣдством. Отсутствующіе имѣют право явиться и предъявить свои права в теченіе 10 лѣт. Кто в теченіе 10 лѣт не явится, тот теряет свое право на наслѣдство (1241, 1246).

Принятіе наслѣдства совершается, как указывалось выше, или фактически, путем дѣйствій в качествѣ наслѣдника—pro herede gestio или путем обращенія к суду. При наслѣдованіи по закону такое обращеніе к суду за удостовѣреніем своих прав на открывшееся наслѣдство не обязательно, при наслѣдованіи по завѣщанію—обязательно (1060, 1261 стт. т. X, 1, 1408 Уст. Гр. Суд).

Наслѣдники по закону могут, но не обязаны, обращаться к суду за удостовѣреніем своих прав. Суд разсматривает такія прошенія в охранительном порядкѣ. Но если наличные наслѣдники по истеченіи 6 мѣс. утвердились в правах наслѣдства ко всему имуществу, позже явившемуся наслѣднику остается исковой порядок. Кромѣ опредѣленія суда об утвержденіи в правах наслѣдства для перехода недвижимости требуется еще опредѣленіе о вводѣ во владѣніе и отмѣтка старшаго нотаріуса в крѣпостном реестрѣ о вводѣ.

Наоборот, каждое духовное завѣщаніе должно быть представлено тѣми, у кого оно находится или кто обнаружит его,



в окружной суд на утвержденіе: домашнее духовное завѣщаніе—в подлинникѣ, нотаріальное—в выписи. Срок на представленіе завѣщаній 1 год со дня смерти завѣщателя и 2 года для живущих за границей (1063). По истеченіи этого срока завѣщанія не принимаются к утвержденію и теряют свою силу(1065). Этот краткій срок вызван необходимостью внести опредѣленность в положеніе наслѣдников по закону. Но если наслѣдник по завѣщанію представит доказательства, что означенный срок пропущен вслѣдствіе неизвѣстности о существованіи завѣщанія или по другим уважительным причинам, ему предоставляется отыскивать свое право в теченіе общей 10-лѣтней давности исковым порядком (1066).

Духовное завѣщаніе утверждается судом в охранительном порядкѣ, при чем суд ex officio признает недѣйствительными завѣщанія лиц, не имѣющих права завѣщать и в пользу лиц, неспособных принять завѣщанное, если это видно из самого завѣщанія; кромѣ указаннаго, суд не входит в разсмотрѣніе распоряженій завѣщателя по существу и наблюдает за соблюденіем установленных законом форм ($1066^{2-3}$).

Завѣщанія, составленныя вопреки установленным в законѣ формам, не принимаются к утвержденію ($1066^{4}$). Домашнее завѣщаніе утверждается по допросѣ подписавших завѣщаніе свидѣтелей, если послѣдніе подтвердят, что оно было предъявлено им самим завѣщателем, котораго они лично видѣли и нашли в здравом умѣ и твердой памяти ($1066^{5}$). Если на завѣщаніи подписалось больше свидѣтелей, чѣм требуется законом, то прежде всего допрашиваются наличные свидѣтели, если их недостаточно, то и отсутствующіе. Смерть одного или всѣх свидѣтелей не может служить основаніем к неутвержденію завѣщанія (1052). Нотаріальныя духовныя завѣщанія утверждаются к исполненію без допроса свидѣтелей. Суд постановляет опредѣленіе об утвержденіи или неутвержденіи завѣщанія, при чем в своем опредѣленіи прописывает сполна духовное завѣщаніе, а на самом завѣщаніи дѣлает надпись об его утвержденіи или отказѣ в утвержденіи ($1066^{6-7}$). Опредѣленіе об утвержденіи духовнаго завѣщанія публикуется в Сенатских Объявленіях ($1066^{8}$).

Предъявленіе исков против дѣйствительности утвержденнаго судом завѣщанія допускается в теченіе 2-х лѣтняго срока со дня публикаціи ($1066^{12}$).

Духовныя завѣщанія исполняются или самими наслѣдниками или назначенными завѣщателем душеприказчиками (1084). Душеприказчиком может быть назначен один из наслѣдников или

постороннее лицо, но не свидѣтель, подписавшій завѣщаніе (1054). По утвержденіи завѣщанія душеприказчик имѣетъ право вступить в управленіе наслѣдственным имуществом и исполнить волю завѣщателя. Душеприказчик платитъ и получает долги, выдает легаты и передает имущество наслѣдникам. Наслѣдники имѣют право потребовать от душеприказчика отчет в его дѣйствіях (78/263).

*Раздѣл наслѣдства.*

Если наслѣдников нѣсколько, они получают право общей собственности на наслѣдство и могут требовать раздѣла наслѣдства. Этот раздѣл может быть произведен полюбовно или в судебном порядкѣ,—судебный раздѣл. Формы для полюбовнаго раздѣла движимаго имущества не установлено. Раздѣл недвижимости производится крѣпостным порядком, составляется так-называемая раздѣльная запись с соотвѣтствующей отмѣткой в крѣпостном реестрѣ. Если полюбовнаго раздѣла достичь не удалось, каждый из сонаслѣдников может обратится с прошеніем о раздѣлѣ в окружный суд. Окружный суд назначает 2-годичный срок на полюбовный раздѣл. В этот срок раздѣл должен быть совершон под угрозой штрафа в 6% со всего имущества; штраф падает на виновных в задержкѣ раздѣла. Если и в этот срок не будет совершон раздѣл, то поручается одному из нотаріусов под надзором члена суда составить проект раздѣла, при чем производится опись и оцѣнка имущества через экспертов, наслѣдство дѣлится на части (жребіи) по числу наслѣдников одинаковой цѣнности, если наслѣдники имѣют равныя права, или в соотвѣтствіи с их наслѣдственными долями. Если имущество нераздѣльное, то старшій из наслѣдников может взять его за себя, удовлетворив остальных деньгами, если он не возьмет, это право переходит к слѣдующему. Окружный суд разсматривает представленный ему членом суда проект раздѣла и может утвердить его или измѣнить. Наслѣдники, не довольные раздѣлом, могут в теченіе 1 года заявить просьбу о передѣлѣ (ст. 1315 и сл. т. X, ч. 1 и 1411 Уст. Гр. Суд.).

*Отвѣтственность наслѣдников по обязательствам наслѣдодателя.*

Ст. 1104 опредѣляет, что «наслѣдство по закону есть совокупность имуществ, прав и обязательств, оставшихся послѣ умершаго без завѣщанія».



Ст. 1258 устанавливает, что «принявшему наслѣдство принадлежит не только наличное имущество и капиталы, но и слѣдующіе к полученію долги, заслуженное жалованье и тому подобное, по службѣ умершему законно принадлежавшее».

Ст. 1259 содержит правило «но вмѣстѣ с правами к принявшему наслѣдство переходят и обязанности: 1) платить долги умершаго соразмѣрно наслѣдственной его долѣ и отвѣтствовать, в случаѣ недостатка имѣнія, даже собственным капиталом и имуществом . . .».

Ст. 1263 гласит: «казна и прочія мѣста и вѣдомства, принявшія наслѣдство в выморочных имуществах, не изъемлются от обязанности удовлетворять долги, на тѣх имѣніях лежащіе».

Указанныя постановленія относятся собственно к наслѣдованію по закону, но наша доктрина и судебная практика измѣняет их по аналогіи и к наслѣдованію по завѣщанію. И дѣйствительно, открывшееся наслѣдство, независимо от того, послѣдует ли преемство в нем по закону или завѣщанію, все равно представляет совокупность прав и обязанностей, и преемство в этой совокупности будет общим преемством, как в правах, так и в обязанностях. И сам закон отождествляет наслѣдованіе по закону и завѣщанію, ср., напр., п. 7 прил. к ст. 1238: «лично остающіеся наслѣдники (по закону или завѣщанію) обязаны . . .».

Таким образом, наше законодательство устанавливает неограниченную отвѣтственность наслѣдников по обязательствам наслѣдодателя и без инвентарной льготы, т.-е. содержит болѣе суровыя требованія нежели римское право Юстиніановой эпохи и современныя законодательства.

Из приведеннаго общаго правила установлены три исключенія.

1. По долговым обязательствам безсрочным и выданным по смерти заемщика, наслѣдники его отвѣчают только полученным имуществом (прим. к 1259 ст.).

2. Родители-преемники в имуществѣ безпотомно умерших дѣтей отвѣчают по долгам послѣдних не свыше полученнаго от них (ст. 1146 в связи с 1141—1145).

3. Наслѣдники лица, совершившаго преступленіе и причинившаго при этом матеріальный ущерб, отвѣчают лишь полученным имуществом (61 ст. Ул. о нак.).

Кромѣ того, отвѣтственность пожизненнаго владѣльца родового имѣнія не ограничена предѣлами полученнаго (ст. $533^{9}$ т. X, ч. 1).

Таковы постановленія нашего законодательства по данному вопросу.

Сенат примѣнял неограниченную отвѣтственность ко всѣм случаям наслѣдственнаго преемства, за исключеніем трех выше приведенных случаев (ср. 79/171, 80/35 и др.).

В литературѣ вопрос об отвѣтственности наслѣдников по долгам наслѣдодателя возбуждает разногласія. По этому вопросу намѣтились три главныя теченія.

Одни цивилисты—Кассо, Остриков—утверждают, что наше право не знает различія между общими и частными преемниками и распространяют неограниченную отвѣтственность по долгам умершаго на всѣх его преемников за исключеніем точно указанных в законѣ случаев: 61 ст. Ул. Нак., прим. к 1259 ст. и 1146 ст. тома X, ч. 1. Причем Л. А. Кассо относит 1146 ст. только к капиталам, внесенным в кредитныя установленія, а не ко всему преемству родителей, и удивляется строгости и внутренней противорѣчивости нашего законодательства (в его толкованіи), которое распространяет неограниченную отвѣтственность и на прожиточную долю пережившаго супруга, и на преемство казны, и на легатаріев по завѣщаніям, неограниченная отвѣтственность каковых лиц и учрежденій противорѣчит, по его же указанію, цѣли и природѣ их преемства*).

Другіе цивилисты, и таких большинство,—Побѣдоносцев, Гольмстен, Анненков, Товстолѣс, Бѣляев, Вавин,—различают непосредственное и посредственное преемство в нашем правѣ и считают необходимым возлагать на непосредственных преемников неограниченную, на посредственных ограниченную отвѣтственность по долгам наслѣдодателя. Таким образом, по мнѣнію указанных цивилистов, обязательственные легатаріи несут по нашему праву ограниченную отвѣтственность по долгам умершаго, всѣ прочіе преемники—неограниченную.

Третьи, как Шершеневич, Бѣляцкин, различают наслѣдников (общіе преемники), несущих неограниченную отвѣтственность, и легатаріев, вообще несущих субсидіарную ограниченную отвѣтственность, т.-е. привлекаемых к отвѣтственности по долгам наслѣдодателя, если перешедшаго к наслѣдникам имущества не хватит на покрытіе долгов, и отвѣчающих в этом случаѣ в предѣлах полученнаго.

*) Ср. Л. А. Кассо—Преемство наслѣдника в обязательствах наслѣдодателя, стр. 267—269, 287.



Нам уже приходилось подробно высказываться по данному вопросу*). Здѣсь ограничимся лишь краткими соображеніями.

До изданія Свода Законов 1832 г. в нашем общем правѣ существовала ограниченная отвѣтственность преемников по долгам наслѣдодателя. Принцип неограниченной отвѣтственности впервые в видѣ общей нормы появился в Св. Зак. Гражд., в ст. 776, нынѣ 1259 тома X, ч. 1. Этот принцип представляет собою рецепцію римских правовых начал и должен имѣть слѣдующее ограниченное примѣненіе.

Ст. 1104 опредѣляет наслѣдство, как universitas в широком смыслѣ, как совокупность прав и обязанностей умершаго, ст. 1258 болѣе подробно опредѣляет содержаніе актива этой совокупности, а ст. 1259—содержаніе пассива. Эти статьи закона находятся во внутренней взаимной связи между собою и устанавливают понятіе общаго преемства. Статьи 1011, 1148 прим., $533^{1-13}$, 1141—1147 тома, X, ч. 1, дают основаніе для примѣненія у нас понятія вещнаго легата, ст. 1086 и прим. к 1011 ст. —обязательственнаго легата, статьи 1148—1161, предусматривают особые виды частнаго посмертнаго преемства. Таким образом, различіе между общим и частным преемством в нашем правѣ существует. Этого различія нельзя забывать и при отвѣтственности преемников.

Ст. 1259 устанавливает, что „к принявшему наслѣдство", т.-е. согласно 1104 ст. к принявшему совокупность прав и обязанностей, переходит и обязанность неограниченной отвѣтственности по долгам наслѣдодателя. Слѣдовательно, послѣдняя обязанность возложена на общаго преемника—наслѣдника. Приведенное толкованіе 1259 ст. подтверждается и содержаніем ст. 1146. В первое изданіе Св. Зак. Гр. 1832 г. на-ряду со ст. 776 (1259) была включена ст. 715 (1146)—единственная статья, говорившая в первых трех изданіях Свода об отвѣтственности частных преемников и носившая для них таким образом по аналогіи общій характер, а эта статья устанавливает ограниченную отвѣтственность послѣдних. Ст. $533^{-9}$, была издана в 1862 г. и представляет исключеніе из общаго положенія об отвѣтственности частных преемников, как прим. к 1259 ст. представляет исключеніе из общей отвѣтственности наслѣдников.

Изложенное толкованіе имѣет за себя еще и слѣдующія соображенія. Правило 1259 ст. о неограниченной отвѣтственно-

*) См. Монографіи: „О посмертном преемствѣ супругов", 1914 г., ч 2, гл. 2„Преемство в линіи восходящей", 1916 г., гл. V.

лиц, принявших наслѣдство, представляет нововведеніе, щее вразрѣз с общим духом нашего стараго права, поэто- постановленіе 1259 ст. должно быть истолковано в смыслѣ прямого содержанія, а не распространительно. Такое толко- ie и соотвѣтствует римскому праву, откуда оно непосред- енно или посредственно заимствовано. Приведенное толко- ie ближе отвѣчает современному правосознанію и находится соотвѣтствіи с юридической природой и соціальным назна- ніем нѣкоторых особых институтов нашего наслѣдственнаго ава (ср. указную долю дочери, преемство пережившаго супру- родителей, казны).

Отвѣтственность по долгам умершаго, согласно 1259 и 46 ст. должна быть распредѣлена слѣдующим образом.

Прежде всего взысканіе по долгам и обязательствам слѣдодателя должно быть обращено на наслѣдственную долю щаго преемника—наслѣдника до размѣров полученнаго им оказать послѣднее обязан наслѣдник). Затѣм взысканіе обра- ается на наслѣдственныя доли частных преемников до размѣ- в полученнаго ими (чѣм и исчерпывается их отвѣтственность). только по исчерпаніи актива наслѣдства (цѣнности актива) ставшіеся долги взыскиваются с наслѣдника в силу 1 п. 1259 ст. сли наслѣдник уплатит по долгам наслѣдодателя свыше своей слѣдственной доли, а доли сингулярных преемников цѣли- ом или частью сохранились от платежа долгов, наслѣдник мѣет к ним право регрессивнаго требованія о возмѣщеніи ему плаченнаго свыше размѣров полученнаго наслѣдства (конечно, олько в предѣлах их наслѣдственных долей). Наш закон дает одном случаѣ наслѣднику такое право регресса в отноше- іи легатаріев (см. 214 ст. Уст. о Пошл.—вслѣдствіе уплаченной о всего наслѣдства наслѣдственной пошлины).

По кодексу Р. С. Ф. С. Р. наслѣдник, принявшій наслѣдство, равно государство, к которому перешло выморочное имуще- тво, отвѣчают по долгам, обременяющим наслѣдство, лишь в предѣлах дѣйствительной стоимости наслѣдственнаго имуще- тва. Кредиторы наслѣдодателя обязаны заявить свои претензіи од страхом потери права требованія в теченіе 6 мѣс. со дня ринятія мѣр охраненія (434 ст. и прим.).

---

## СТАТЬИ.

Кто является собственником имущества, проданнаго с разсрочкой платежа: продавец или покупщик — Вѣстник Права, 1911 г., № 12.

О правѣ неграмотных быть свидѣтелями при составленіи завѣщанія — Нотар., 1911 г., № 15.

О духовных завѣщаніях, совершаемых русскими подданными за границею — Журнал Министерства Юстиціи, № 11.

О прим[illegible] иностранных законов в гегарантіи права — Право, 1914 г., № 5.

Основная сѣтка вопреки ст. 1521, т. X, ч. 1 — Право, 1914 г., № 5.

Обезпеченіе иска и [illegible] — Вѣстник Права, 1916 г., № 7.

Единство процесса — очерк — труды Иркутскаго Государственнаго Университета, выпуск 1, 1920 г. (есть отдѣльный оттиск).

О научной разработкѣ и кодификаціи бурятскаго обычнаго права — Голос Бурят-Монгольскаго края (Чита) 1921 года, №№ 2 и 3.

„Административная юстиція" — Юридическое Обозрѣніе (Владивосток), 1922 г., №№ 1 и 2.

„Организація суда в Совѣтской Россіи" — там же, №№ 3 и 4.

„Народный Суд Совѣтской России" — там же №№ 8 и 9.

„Обычное право монголов" — очерк — Вѣстник Азіи, № 57, 1923 г., (есть отдѣльный оттиск).

## КОММЕНТАРІИ:

На рѣшенія Гр. Кассаціоннаго Департамента в „Архивѣ Судебной практики и законодательства" за 1914, 1915 и 1916 гг.

## РЕЦЕНЗІИ:

в „Юридической библіографіи" за 1915—1917 г.г., в „Юридическом Вѣстникѣ" за 1915—1917 г.г., в „Вѣстникѣ Права" и др.