ПАМЯТИ ПРОФЕССОРА

Габріеля Феликсовича Шершеневича.

СБОРНИКЪ СТАТЕЙ ПО ГРАЖДАНСКОМУ и ТОРГОВОМУ ПРАВУ

М. М. Агаркова, С. А. Бѣляцкина, проф. **Е. В. Васьковскаго, А. Э. Вормса,** доц. **Д. М. Генкина,** проф. **Д. Д. Гримма,** прив.-доц. **В. П. Доманжо,** прив.-доц. **А. В. Завадскаго,** проф. **А. И. Каминки,** проф. **М. Я. Пергамента,** проф. **І. А. Покровскаго,** проф. бар. **А. А. Симолина,** проф. **В. И. Синайскаго,** прив.-доц. **В. И. Сливицкаго,** проф. **Л. С. Таля,** проф. **Г. Г. Тельберга,** проф. бар. **А. Л. Фрейтага-Лоринговена,** доц. **В. Н. Шретера** и проф. **Т. М. Яблочкова.**

МОСКВА.
ИЗДАНІЕ БР. БАШМАКОВЫХЪ.
1915.

ЦАБ "Автограф"
янв. 2021



Фот. П. Павлова.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Предисловіе.
Библіографическій указатель.

М. М. Агарковъ. Право на имя 71
С. А. Бѣляцкинъ. Душеприказчикъ и судъ 93
Проф. Е. В. Васьковскій. Значеніе признанія въ гражданскомъ процессѣ . . 49
А. Э. Вормсъ. Вексельные бланки 457
Доц. Д. М. Генкинъ. Къ вопросу о вліяніи на обязательство невозможности исполненія 105
Проф. Д. Д. Гриммъ. Соотношеніе между юридическими институтами и конкретными отношеніями 213
Прив.-доц. В. П. Доманжо. Вопросъ объ отвѣтственности за вредъ, причиненный при осуществленіи права, въ проектѣ нашего гражданскаго уложенія . 319
Прив.-доц. А. В. Завадскій. Дѣйствительность духовныхъ завѣщаній, писанныхъ на пишущей машинѣ 257
Проф. А. И. Каминка. Банки эмиссіонные и краткосрочнаго кредита 231
Проф. М. Я. Пергаментъ. Ученіе Лейбница о правѣ наслѣдованія 137
Проф. І. А. Покровскій. Проблема расточительства 127
Проф. бар. А. А. Симолинъ. О возмездномъ отчужденіи и пріобрѣтеніи вещей въ собственность 151
Проф. В. И. Синайскій. Договоръ предпринимательскаго союза (синдиката и треста) 1
Прив.-доц. В. И. Сливицкій. Право на честное къ себѣ отношеніе 375
Проф. Л. С. Таль. Торговый агентъ и агентурный договоръ какъ правовые типы 357
Проф. Г. Г. Тельбергъ. Замѣтка объ участіи губныхъ старостъ въ засвидѣтельствованіи служилыхъ кабалъ въ московскомъ государствѣ 341
Проф. бар. А. Л. Фрейтагъ-Лорингговенъ. Возникновеніе и прекращеніе залога по проекту Вотчиннаго Устава 15
Доц. В. Н. Шретеръ. Недобросовѣстная конкуренція 427
Проф. Т. М. Яблочковъ. Къ ученію объ основныхъ принципахъ гражданскаго процесса 275

31 августа 1912 года скончался Габріель Феликсовичъ Шершеневичъ. Имя его навсегда вписано крупными буквами на страницахъ науки русскаго гражданскаго и торговаго права. Тотъ откликъ, который нашло себѣ обращеніе ближайшихъ учениковъ покойнаго съ просьбой принять участіе въ сборникѣ, служитъ живѣйшимъ доказательствомъ значенія Г. Ф. Шершеневича и той утраты, которую понесла русская цивилистика съ его смертью. Выпуская въ свѣтъ настоящій сборникъ, мы считаемъ своимъ долгомъ принести сердечную благодарность лицамъ, приславшимъ свои статьи, и Н. Я. Башмакову, взявшему на себя издательство сборника. Чистый доходъ отъ изданія поступитъ въ фондъ имени покойнаго. Да послужитъ этотъ сборникъ памяти человѣка, посвятившаго трудъ всей своей жизни наукѣ гражданскаго и торговаго права.

Проф. бар. А. А. Симолинъ.
Прив.-доц. А. В. Завадскій.
Доц. Д. М. Генкинъ.
Доц. В. Н. Шретеръ.

Библіографическій указатель работъ Г. Ф. Шершеневича[1].

1. * Система торговыхъ дѣйствій. Критика основныхъ понятій торговаго права. Казань, 1888 г., 317 стр.

Рецензіи: 1) * Временникъ Демидовскаго Лицея (Юридическая Библіографія 1889 г., кн. 10, стр. 32—39, И. Тарасовъ); 2) * Журналъ Гражданскаго и Уголовнаго права, 1888, № 10, стр. 108—112 (Лихачевъ); 3) * Счетоводство, 1888. 4) * Судебная Газета, 1888, № 42, стр. 12.

2. * Труды г. Цитовича въ области торговаго права *(Журналъ гражд. и уголовн. права 1888, № 3, стр. 75—95).*

3. * Русское торговое право г. Башилова *(Журналъ гражд. и угол. права 1888, № 6, стр. 125—141).*

4. * О правѣ замужней женщины на производство торговли *(Журналъ гражд. и угол. права, 1888, № 7, стр. 91—110).*

5. * О текущемъ счетѣ съ юридической стороны *(Счетоводство 1889).*

6. Объ измѣненіяхъ, произведенныхъ новымъ изданіемъ (1887 г.) 1 ч. X т. и 2 ч. XI т. Св. Зак. (докладъ). *Протоколы засѣданій Казанскаго Юридическаго Общества за 1888, стр. 11—16.*

7. О паспортахъ замужнихъ женщинъ (докладъ). *Протоколы Казанскаго Юридическаго Общества 1888 г. Казань, 1889, стр. 22—23.*

8. Участіе въ преніяхъ по докладу В. Н. Варварина—О заключительной рѣчи предсѣдателя, какъ причинѣ къ невольному проявленію предсѣдателемъ мнѣнія его о винѣ или невинности подсудимаго. *Протоколы Казанскаго Юрид. Общества за 1888 годъ, стр. 26.*

9. О чекахъ *(Казанскій Биржевой Листокъ 1888 г., № 54, стр. 2—3 и № 55, стр. 1—2).*

10. * Курсъ торговаго права, т. I, Право матеріальное, въ 6 выпускахъ, часть I, 385 стр. и часть II, 380 стр. Казань, 1888—1889.

Рецензіи: 1) * Счетоводство, 1889, 2) * Временникъ Демидовскаго Лицея [Юридическая Библіографія 1889, № 10 (Тарасовъ)].

---

[1] Въ составленіи принимали участіе Л. А. Богородицкая, Е. Н. Данилова, А. В. Завадскій. Звѣздочкой отмѣчены сочиненія, внесенныя самимъ Г. Ф. Шершеневичемъ въ найденную въ его бумагахъ тетрадь. Ранѣе опубликованы указатели работъ Г. Ф. въ словарѣ Н. П. Загоскина. За сто лѣтъ. Казань, 1904, т. 2, и В. А. Краснокутскимъ въ посмертномъ изданіи Учебника Торговаго Права. М. 1914. Много, помогли, конечно, указатели Поворинскаго.

11. * Юридическая сила уставовъ акціонерныхъ компаній *(Журналъ гражд. и уголовн. права 1889, № 3, стр. 119—130).*

12. * Замѣчанія на проектъ устава о несостоятельности *(Счетоводство 1889* и отдѣльно. Казань, 1889).

13. Регистрація торговыхъ товариществъ въ Казани *(Казанскій Биржевой Листокъ 1889, № 193, 3 октября, стр. 2).*

14. * Ученіе о несостоятельности. Изслѣдованіе. Казань, 1890, IX + + 446.

Рецензіи: * 1) Журналъ гражд. и угол. права 1890, № 9, стр. 100—140 (В. Садовскій), * 2) Русская Мысль 1891, іюль, 1892, № 10, стр. 459—463.

15. Оптовая и розничная торговля *(Казанскій Биржевой Листокъ 1890, № 47, стр. 2).*

16. Университетъ и Общество [*Казанск. Вѣсти 1890—1891 г. (съ 11 декабря 1890 года), № 13, 23 декабря 1890 года, стр. 1—2*].

17. Экономическое обоснованіе авторскаго права. Казань, 1890, 26 стр.

18. Офиціальная рецензія на медальную работу М. С. Венеціанова— Объ экспропріаціи *(Годичный актъ въ ИМПЕРАТОРСКОМЪ Казанскомъ Университетѣ 5. XI. 1891 г. стр. 60).*

19. Юридическія бесѣды: 1) О совмѣстномъ сожительствѣ супруговъ *(Волжскій Вѣстникъ 1891 г., № 23, 31 января, стр. 2—3);* 2) О незаконныхъ дѣтяхъ *(тамъ же, 1891 г., № 38, стр. 2—3);* 3) О свободѣ перевода литературныхъ произведеній *(тамъ же, 1891 г., № 49, стр. 2).*

20. Жениховъ нѣтъ. Маленькій фельетонъ *(Волжскій Вѣстникъ 1891 г., № 197, 29 августа, стр. 3).*

21. Рецензія на кн. Слонимскаго: «Охрана крестьянскаго землевладѣнія и необходимыя законодательныя реформы» 1891 г. [*(Волжскій Вѣстникъ 1891 г., № 202, 5 сентября. Библіографія.* (Подписано *Г. Ш—в.*)]

22. * Авторское право на литературныя произведенія. Казань, 1891 г. III + 313 стр. и *Ученыя Записки Императорскаго Казанскаго Университета 1891 г., №№ 3, 5.*

Рецензіи: * 1) Журналъ гражд. и угол. права 1891 г., № 9 (Тютрюмовъ), * 2) Казанскій Биржевой Листокъ 1891 (Лаврскій), * 3) Сѣверный Вѣстникъ 1891, № 10, стр. 61—70 (Спасовичъ), * 4) Русская Мысль 1892, № 5, стр. 222—223 и № 6, * 5) Наблюдатель 1892, № 7, стр. 13—17, * 6) Журналъ гражд. и угол. права 1892, № 9, стр. 151—158 (К. Змирловъ).

23. Рудольфъ фонъ-Іерингъ *(Волжскій Вѣстникъ 1892 г., № 242, 25 сентября, стр. 2).*

24. * Курсъ торговаго права, 2 изд. Казань, 1892, 822 стр.

25. * Новый проектъ устава объ опекахъ и попечительствахъ *(Журналъ гражд. и угол. права 1892, № 5, стр. 21—51).*

26. * Къ вопросу о системѣ гражданскаго права [*Юридическая Лѣтопись 1892, кн. 8, стр. 85—96 (сентябрь).*]

Рецензіи: * Юридическая Газета, 1892, № —

27. * Наука гражданскаго права въ Россіи *(Учен. Записки Императ.*

Казанскаго Университета 1892, №№ 5 и 6; 1893, №№ 1, 2) и отдѣльно. Казань, 1893, 243 стр.

Рецензіи: * 1) Русскія Вѣдомости 1893, № 22 (А. Г.), 2) Вѣстникъ Европы 1893, № 7, стр. 410 — 415, * 3) Сѣверный Вѣстникъ 1893, № 10, стр. 86, * 4) Журналъ С.П.Б. Юрид. Общества 1894, № 3 стр. 241—247 (Е. В. Васьковскій), * 5) Сборникъ Правовѣдѣнія и Общественныхъ Знаній 1893, кн. 2, стр. 69 — 71 (И. А. Базановъ), * 6) Наблюдатель, 1894. № 5, стр. 26 — 28, 7) Русская Мысль 1893, кн. 7, стр. 319—320, 8) Книжный Вѣстникъ 1893, № 4, стр. 131—132 (К. К.).

28. Курсъ лекцій по Гражданскому обязательственному праву, читанный въ 1892—93 году (литографированный) Казань, 289 стр.

29. * Къ вопросу о сущности гражданскаго права *(Журн. гражд. и угол. права 1893, № 10, стр. 1—21).*

Рецензіи: Юридическая газета 1894, №№ 2, 4, 6, 8.

30. * Учебникъ русскаго гражданскаго права. Казань, 1894, 688 стр.

Рецензіи: * 1) Журналъ Спб. Юрид. Общества 1894, № 8, стр. 8—34 (А. Загоровскій), * 2) Журналъ Минист. Юст. 1894, кн. 2, стр. 179—186 (Е. В. Васьковскій), * 3) Русская Мысль 1895, № 5, стр. 239.

31. * Отвѣтъ проф. Загоровскому. Казань, 1894, 14 стр.

32. Юридическая сторона крестьянскаго землевладѣнія *(Память «Русалки». Сборникъ статей профессоровъ Казанскаго университета. Казань 1894, стр. 61—77).*

33. * Нѣсколько словъ о коммерческихъ судахъ *(Журналъ Мин. Юст. 1894—1895, № 4 февраль, стр. 40—62).*

34. Насмѣшка, какъ средство исправленія [*Казанскій Телеграфъ 1895, № 891, 22 декабря, стр. 1—2 (фельетонъ).* (Подписано *Г. Ф. Ш*].

35. * Учебникъ русскаго гражданскаго права. 2 изд. Казань, 1896, стр. 759.

Рецензіи: 1) Судебная газета 1896, № 24, стр. 14. 2) Журн. Мин. Юст. 1896, № 8 (Е. В. Васьковскій), 3) Вѣстникъ Европы, ноябрь, 1896, 4) Новое Слово 1896, № 12, стр. 68—70. 5) Русская Мысль 1896, № 12, стр. 572—573, 6) Журналъ Спб. Юрид. Общества 1897, № 1.

36. * Опредѣленіе понятія о правѣ *(Учен. Зап. Казан. Унив. 1896, №№ 4, 5, 8* и отдѣльно. Казань, 1896, стр. 83).

Рецензіи: * 1) Судебная газета 1896, № 39 (Л. Н.), * 2) Сѣверный Вѣстникъ 1896, кн. 11, стр. 197, 3) Журналъ Спб. Юрид. Общества 1897, № 1, стр.1—2, 4) Міръ Божій 1897, февраль, * 5) Журн. Мин. Юст. № 2, 324 — 329 (Е. В. Васьковскій), * 6) Юридическая газета 1896, № 91 (фельетонъ).

37. * О послѣдствіяхъ безвѣстнаго отсутствія по русскому законодательству *(Жур. Мин. Юст. 1896, № 5, стр. 20—37).*

38. Издательская фальсификація. *(Казанскій Телеграфъ 1896, № 921, 26 января, стр. 1—2).* (Подписано *Г. Ф. Ш.*)

39. Письмо въ редакцію (отвѣтъ Н. П. Загоскину на его упрекъ Юрид. Обществу въ бездѣятельности) *(Казанскій Телеграфъ 1896, № 931, 8 февраля, стр. 3).*

40. Письмо въ редакцію (ему же) *(Казанскій Телеграфъ 1896, № 936, 18 февраля, стр. 3).*

41. Письмо въ редакцію (о юридической природѣ игральныхъ картъ). *(Казанскій Телеграфъ 1896, № 1137, 31 октября, стр. 3.)*

42. Письмо въ редакцію (отвѣтъ И. И. Степанову по вопросу о юридической природѣ игральныхъ картъ) *(Казанскій Телеграфъ № 1141, 5 ноября.)*

43. Вниманію г. Степанова (то же) *(Казанскій Телеграфъ 1896, № 1144, 8 ноября, стр. 2).*

44. * О порядкѣ пріобрѣтенія ученыхъ степеней. Казань, 1897, 12⁰ стр. 33.

Рецензіи: * 1) Міровые отголоски 1897, № 46, * 2) Судебная газета 1897, № 7, * 3) Гласность 1897, № 48, * 4) Сѣверный Вѣстникъ 1897 іюль (Мякотинъ), * 5) Сѣверный Вѣстникъ 1897 октябрь (В. Сергѣевичъ).

45. * Очерки по исторіи кодификаціи гражданскаго права. *Учен. Зап. Имп. Казан. Унив. 1897, № 5—6, стр. 39—100* (отдѣльно вып. I Франція. Казань 1897, 61 стр.).

Рецензіи: * 1) Русская Мысль 1898, № 4, стр. 152, 2) Судебная Газета 1897, № 22, стр. 20, 3) Русскія Вѣдомости 1897, № 269, стр. 3.

46. Официальная рецензія на маг. диссертацію Е. В. Васьковскаго «Организація адвокатуры». *(Учен. Зап. Имп. Казан. унив. 1897, кн. 9, стр. 1—10).*

47. Послѣдствія утраты векселя по ст. 100—101 уст. о векс. изд. 1892 г. *(Журн. Спб. Юрид. Общества 1897, кн. 2, хрон. гр. суд., стр. 125—132).*

48. По поводу книги Вл. Соловьева «Оправданіе Добра» *(Вопросы философіи и психологіи, 1897, май, іюль).*

Полемика: * Юридическая газета 1897, * Новости 1897, іюль, * Русскія Вѣдомости, іюль.

49. По вопросу о профессорскомъ гонорарѣ. Казань, folio, 4 стр.

50. Вниманію благотворителей (о воспитательно-исправ. пріютѣ). *Казанскій Телеграфъ 1897, № 1274, 1 апрѣля, стр. 2—3* (Подписано *Г. Ш.*)

51. * Задачи и методы гражданскаго правовѣдѣнія *(Учен. Зап. Имп. Казан. Унив. 1898, кн. 3, стр. 131—177* и отдѣльно. Казань 1898, 46 стр.

52. * О чувствѣ законности. Публичная лекція, читанная 10 марта 1897 г. *Учен. Зап. Имп. Казан. Унив. 1898, № 1* и отдѣльно. Казань, 1897, 28 стр.

Рецензіи: * 1) Новое Время 1898, марта 6, * 2) Московскія Вѣдомости 1898, марта 7, 15, * 3) Гражданинъ 1898, марта 8, * 4) Судебная газета 1898, отъ 14 марта и 29 м., * 5) Новости № 73, 1898, мартъ, * 6) Одесскія Новости 1898, № 4254 (Законъ и справедливость, Е. В. Васьковскій).

53. Моимъ критикамъ (по поводу лекціи «о чувствѣ законности») *(Казанскій Телеграфъ 1898, № 1585, 21 марта, стр. 3).*

54. * Въ свою защиту. Казань, 1898. 12⁰, 13 стр. (по тому же поводу).

55. * Понятіе о гражданскомъ правѣ (*Учен. Зап. Имп. Казан. унив. 1898, № 3, стр. 201—232)* и отдѣльно. Казань, 31 стр.

56. * Конкурсное право, 2 изд. Казань, 1898, 499 стр.

Рецензіи: * 1) Судебная газета 1898, № 3, стр. 18, * 2) Сѣверный Вѣстникъ 1898, № 4, стр. 65, * 3) Журн. Мин. Юст. 1898, № 9 стр. 345—385 (В.Садовскій), 4) Вѣстникъ Права 1899, кн. 2, стр. 266—278 (О. Пергаментъ).

57. * Исторія кодификаціи гражданскаго права въ Россіи *(Учен. Зап. Имп. Казан. унив. 1899, кн. 1, 2, 3)* и отдѣльно. Казань, 1898, 128 стр.

Рецензіи: * Журн. Мин. Нар. Просв. 1900, № 1, стр. 167—177 (В. И. Курдиновскій).

58. * Рецензія на кн. Л. І. Петражицкаго «Bona fides въ гражданскомъ правѣ» *(Журн. Мин. Юст. 1898, № 6, стр. 278—296)*.

59. * Очерки по исторіи кодификаціи гражданскаго права, вып. 2, Германія, 1898. *Учен. Зап. Имп. Казан. унив. 1899, кн. 7, 145—184 стр.*, вып. 3, Италія. Казань, 1899, 14 стр. *(Учен. Зап. Имп. Казан. унив. 1900, № 1, стр. 1—12)*.

60. * Курсъ торговаго права. 3 изд. Казань, 1899, 889 стр.

Рецензіи: * Судебная газета 1899, № 44, стр. 13.

61. * Учебникъ торговаго права. Казань, 1899, 347 стр.

Рецензіи: * Судебная газета 1899, № 44.

62. Вопросы торговаго права въ проектѣ гражданскаго уложенія. *(Право 1899, № 41, стр. 1899—1905)*.

63. Новѣйшая кодификація гражданскаго права въ Германіи. *Годичный актъ Имп. Казан. унив. 5 ноября 1899, стр. 1—24, Учен. Зап. Имп. Казан. унив. 1899, № 12, стр. 2—26* и отдѣльно. Казань, 1899, 28 стр.

По поводу этой рѣчи Ѳ. Г. Мищенко, Открытое письмо Г. Ф. Шершеневичу (Учен. Зап. Имп. Казан. Унив. 1899, декабрь, стр. 1—26).

64. Отвѣтъ г. Мищенкѣ. Учен. Зап. Имп. Казан. унив. 1900, № 2, стр. 56—66.

65. Отвѣтственность Московско-Казанской желѣзной дороги за срочность доставки грузовъ (Докладъ, дополнительное сообщеніе къ реферату и участіе въ преніяхъ). *Протоколы Юридическаго Общества при Имп. Казан. унив. 1899 г. (стр. 12—25, 38—48, 27 сл., 31 сл., 34 сл.)*.

Отчеты: Жур. Мин. Юст. 1899, кн. 4, стр. 250—253. Право 1899, № 11, стр. 586—587, № 12, стр. 645—646, № 13, стр. 697—698.

66. Проектъ общей части обязательственнаго права (статьи 1—183) (докладъ). *(Протоколы Юридическаго Общества при Имп. Казан. унив. за 1899 г. стр. 138—161 и 195—202)*. (Разобраны статьи: 1—5, 7—12, 13, 14—15, 16, 20, 21—25, 28 и 32, 35—42, 43, 44, 45—48, 49—64, 65—73, 79—80, 81 и 85, 88 и 94, 117, 120, 122, 131, 134, 139, 141, 164, 166, 176 и 177.)

Отчеты: Журн. Мин. Юст. 1899, № 9, стр. 267, № 10, стр. 172.

67. Участіе въ преніяхъ: по реферату Н. И. Миролюбова «Тѣлесное наказаніе, присуждаемое волостнымъ судомъ по положенію 12 іюля 1889 года» *(Протоколы Юрид. Общества при Имп. Казан. унив. за 1899 годъ, стр. 7—8);* по докладу Н. В. Рейнгардта «Присвоеніе и растрата» *(тамъ же, стр. 52, 53, 56);* по реферату А. В. Завадскаго «Что даетъ суду экспертъ по воззрѣнію проф. Штейна» *(тамъ же, стр. 109);* по реферату А. И. Елистратова «О воззрѣніяхъ Людвига Гумпловича на государство и право» *(тамъ же, стр. 191—192).*

68. * О желательной постановкѣ высшаго юридическаго образованія, *(Право 1900, № 4, стр. 205—217, Россія 1900, № 272, стр. 1—2 и № 273 стр. 1—2, Труды Юридическаго Общества, состоящаго при Имп. Казан. унив., за 1900 г., стр. 3—17).*

Отчетъ въ Журн. Мин. Юст. 1900 г., № 2, стр. 230.

69. * Учебникъ русскаго гражданскаго права, 3 изд. Казань, 1901.

Рецензіи: Журн. Мин. Юст. 1901, кн. 2, стр. 248—263 (Л. Бугаевскій).

70. * Курсъ гражданскаго права, т. I, вып. 1. Казань, 1901, стр. 11 + 206.

71. Официальная рецензія на магистерскую диссертацію Н. А. Гредескула. Къ ученію объ осуществленіи права. Интеллектуальный процессъ, требующійся для осуществленія права. Соціально-юридическое изслѣдованіе. Харьковъ, 1900 г. *(Учен. Зап. Имп. Казан. унив., кн. 12, стр. 13—20).*

72. Участіе въ преніяхъ по докладу Н. Н. Галкина-Врасскаго о замѣчаніяхъ на главу проекта гражданскаго уложенія—«О незаконномъ обогащеніи». *Труды Юрид. Общества, состоящаго при Имп. Казан. унив., за 1900 годъ, II ч. Протоколы, стр. 13* (о ст. 1059, 1066, 1067), *14* (о ст. 1060), *19—20* (о ст. 1065, 1068 и 2 ч. 1071); по докладу Н. П. Тушнова «О игрѣ и пари»—ст. 1000—1003 V кн. гражданскаго уложенія *(тамъ же, стр. 38 и 39);* по докладу Н. Д. Колотинскаго—о продажѣ—ст. 186—275, V ч. проекта гражданскаго уложенія *(тамъ же, ст. 52);* въ обсужденіи статей 393—493 проекта, V ч. гражданскаго уложенія (по докладу А. В. Завадскаго) *(тамъ же, стр. 50);* въ обсужденіи ст. 705—119 проекта, касающихся товариществъ (по докладу Н. К. Моисеенка) *(тамъ же, стр. 30—40).*

Участіе въ преніяхъ по докладу Н. В. Рейнгардта на тему „Верховный кассаціонный судъ во Франціи и въ Россіи» *(Труды Юридическаго Общества, состоящаго при Имп. Казан. унив., за 1900 г., ч. II, Протоколы, стр. 35—36);* по докладу М. М. Хомякова «Къ вопросу о сельскихъ рабочихъ» *(тамъ же, стр. 45—46);* по докладу А. Г. Батя «Къ вопросу о мѣрахъ борьбы съ преступностью несовершеннолѣтнихъ» *(тамъ же, стр. 58—59);* заключительное слово по докладу В. В. Сергіевскаго «Судебный слѣдователь по судебнымъ уставамъ 20 ноября 1864 года» *(Труды Юрид. Общества, состоящаго при Имп. Казан. унив., за 1900 г., ч. II, Протоколы, стр. 65).*

73. Докладъ Г. Ф. Шершеневича отъ имени Правленія Казанскаго Юридическаго Общества о выборѣ А. Ѳ. Кони почетнымъ членомъ *(Труды Юрид. Общества при Имп. Казан. унив. за 1900 г., ч. II, Протоколы, стр. 71—74).*

74. Официальная рецензія на докторскую диссертацію Е. В. Васьковскаго. Цивилистическая методологія. Ч. I. Ученіе о толкованіи и примѣненіи гражданскихъ законовъ. Одесса, 1901 *(Учен. Зап. Имп. Казан. унив. 1901, кн. 12, стр. 6—10).*

75. Утилитарное ученіе о нравственности. Рѣчь, произнесенная на годичномъ засѣданіи 27 января Г. Ф. Шершеневичемъ *(Труды Юрид. Общества при Имп. Казан. унив. за 1901 и 1902 гг., I ч., Рѣчи и рефераты, стр. 3—27).*

76. Участіе въ преніяхъ по докладу А. А. Овчинникова: «Объ отвѣтственности за несчастные случаи съ рабочими» *(Труды Юрид. Общества при Имп. Казан. унив. за 1901—1902 г., ч. II, Протоколы, стр. 16—17);* по докладу М. М. Хомякова: «О вліяніи экономическаго фактора на крестьянскую семью (обычай примачества)» *(тамъ же, стр. 22—23);* по докладу В. В. Сергіевскаго: «Право мастеровыхъ уральскихъ казенныхъ и поссесіонныхъ горныхъ заводовъ на ихъ усадьбы» *(тамъ же, стр. 26)* и по докладу Н. И. Миролюбова на тему «Реабилитація, какъ спеціальный правовой институтъ» *(тамъ же, стр. 27—28);* по докладу М. Л. Мандельштама: «Общественные идеалы Ницше» *(тамъ же, за 1901 и 1902 гг., ч. II, Протоколы, стр. 41—42).*

77. Вниманію думы (*Казанскій Телеграфъ 1901 г., № 2482, 20 февраля, стр. 3)* (о сокращеніи пособія Маріинской женской гимназіи М. Н. П., гдѣ Г. Ф. Шершеневичъ былъ предсѣдателемъ попечительнаго совѣта).

78. Письмо въ редакцію (*Казанскій Телеграфъ 1901 г., № 2495, 7 марта, стр. 3)* (о положеніи Маріинской гимназіи).

79. Письмо въ редакцію *(Казанскій Телеграфъ 1901 года, № 2705, стр. 3—4).*

80. * Курсъ гражданскаго права, т. I, вып. 2. Казань, 1902, со стр. 207 по 466.

Рецензіи: 1) Журн. Мин. Юст. 1902, № 6, стр. 284 (И. Вольманъ), 2) Судебная Газета 1902, № 6, стр. 14.

81. * Учебникъ русскаго гражданскаго права, 4 изд. Казань, 1902, VII + 793 стр.

Рецензіи: Журн. Мин. Юст., № 9, стр. 310—319 (И. Вольманъ).

82. Участіе въ преніяхъ по докладу Г. А. Вацуро: «Народно-хозяйственныя предположенія податного устройства» *(Труды Юрид. Общества при Имп. Казан. унив. за 1901 и 1902 г. ч. II, Протоколы, стр. 7).*

83. Вниманію благотворителей *(Казанскій Телеграфъ 1903 г., № 3228, 17 октября, стр. 3)* (о помощи деньгами Маріинской гимназіи, а не посредствомъ устройства благотворительныхъ баловъ).

84. Вниманію читателей [*Казанскій Телеграфъ 1903 г., № 3243, 6 ноября, стр. 3* (о томъ же].

85. * Примѣненіе нормъ права *(Журн. Мин. Юст. 1903, № 1,* стр. 34—82).

Рецензіи: Спб. Вѣдомости 1903, № 56, стр. 3.

86. * Учебникъ торговаго права, изд. 2. Казань, 1903, V + 311 стр.

87. Участіе въ преніяхъ по докладу Н. В. Рейнгардта: Романъ «Воскресеніе» гр. Л. Н. Толстого и вопросы угол. права *(Труды Юрид. Общества при Имп. Казан. унив. за 1903 г. Часть II, Протоколы. Казань, 1904, стр. 4, 5);* по докладу А. В. Завадскаго «Несмѣняемость судьи и его независимость» *(тамъ же, 10, 11, 13);* по докладу А. И. Косича «Объ условномъ осужденіи» *(тамъ же, 20);* по докладу П. С. Кукуранова «О выборномъ судѣ» *(тамъ же, стр. 36, 38);* по докладу бар. А. А. Симолина «Опредѣленіе владѣнія по нашему проекту и по германскому уложенію» *(тамъ же, стр. 54);* по докладу комиссіи Юрид. Общества—объ организаціи юридической помощи населенію *(тамъ же, стр. 71—72).*

88. Официальная рецензія на магистерскую диссертацію И. Н. Трепицына. Переходъ права собственности на движимое имущество посредствомъ передачи и соглашенія. Казань, 1903 (*Протоколы засѣданій Совѣта за 1903 г., стр. 439—448. Учен. Зап. при Имп. Казан. Унив. 1904, № 6).*

89. * Исторія философіи права, вып. I, Казань, 1904 г., стр. 1—134.

Рецензіи: * Журн. Мин. Юст. 1904 г., № 6 (Нечаевъ).

90. Герои Максима Горькаго передъ лицомъ юриспруденціи, публичная лекція, прочитанная 20 февраля 1904 г. въ Казани. Казань, 1904, 31 стр.

91. * Исторія философіи права, в. 2, 1904 г., съ 135 по 210 стр.

92. * Официальная рецензія на медальное сочиненіе г. Моница «Положеніе женщины въ гражданскомъ правѣ» *(Годичный актъ въ Имп. Казанскомъ унив. 5. XI. 1904, стр. 261—263).*

93. * Учебникъ русскаго гражданскаго права, изд. 5, 1905.

94. Письмо въ редакцію (подписано: Предсѣдатель правленія Г. Шершеневичъ). *Казанскій Телеграфъ 1904 г.,* № 3532, 9 октября, стр. 4.

95. Участіе въ преніяхъ по докладу Н. И. Миролюбова «Институтъ неопредѣленныхъ приговоровъ» *(Труды Юрид. Общества при Имп. Казан. унив. за 1904 г. II, Протоколы, стр. 8—9 и 16).*

96. * Исторія философіи права. Казань, вып. 3, 1905 г., съ 211 по 348 стр.

Рецензіи: * Новое Время 1906, январь.

97. * Земскій соборъ. Публичная лекція, прочитанная 13 марта 1905 года, въ Казани. Казань, 1905, 47 стр.

98. * Народные представители, Казань 1905 г. изд. Казан. Юрид. Общества; изд. 1, 2, 3, 4 всѣ 1905, стр. 21; изд. Народное Право, № 23. Москва, 1904, 16⁰ 30 стр.

99. * Исторія философіи права, вып. 4, Казань 1905 г. съ 349 по 494 стр.

100. * Программа конституціонно-демократической партіи въ общедоступномъ изложеніи, Казань, 1905, 36 стр. и Москва, 1906, изд. Народное Право, № 22, 48 стр.

101. * Аграрный вопросъ, 1906.

102. * Конституціонная монархія, 1906 г.

103. Революція и гражданское уложеніе *(Право 1906 г., стр. 8—12).*

104. Отвѣтъ г. X *(Вечернее Эхо 1906 г., № 91 12 апрѣля, стр. 14)* [1].

105. Отвѣтъ г. Рождествину *(Вечернее Эхо 1906 г., № 81, 29 марта, стр. 3)* [1].

106. Письмо въ редакцію [*(Вечернее Эхо 1906 г., № 34, 30 января, стр. 3)* не знаетъ причины запрещенія его лекціи «Аграрный вопросъ съ точки зрѣнія конституціонно-демократической партіи»].

107. Отвѣтъ клеветникамъ *(Вечернее Эхо 1906 г., № 77, 24 марта, стр. 4)* [1].

108. Куда итти *(Вечернее Эхо 1906 г., № 78, 25 марта, стр. 2—3)* [1].

109. За себя *(Вечернее Эхо 1906 г., № 78, 25 марта, стр. 3)* [1].

110. Письмо депутата г. Казани *(Вечернее Эхо 1906 г., № 153, іюля 1, стр. 3)* [1].

111. Настроеніе провинціи *(Рѣчь 1906 г., № 5, 27 февраля).*

112. Творчество или критика *(Рѣчь 1906 г., № 8, 2 марта).*

113. Амнистія безъ исключеній *(Дума 1906 г. № 5, 1 мая).*

114. Министръ юстиціи и законность *(Рѣчь 1906 г., № 74, 16 мая; Реформа 1906 г., № 38, 16 мая).*

115. Свобода собраній *(Рѣчь 1906 г., № 76, 18 мая).*

116. Безплодные споры *(Рѣчь 1906 г., № 81, 24 мая; Реформа 1906 г. № 45, 24 мая).*

117. Два аграрныхъ проекта *(Рѣчь 1906 г., № 83, 26 мая; Реформа 1906 г., № 47, 26 мая).*

118. Равноправіе женщинъ *(Рѣчь 1906 г., № 94, 8 іюня).*

119. Передъ бурей *(Дума 1906 г., № 37, 10 іюня).*

120. О правѣ собраній и о проф. Ковалевскомъ *(Рѣчь 1906 г., № 107, 23 іюня; Реформа, 1906 г., № 71, 23 іюня).*

121. Законопроектъ о свободѣ собраній *(Русскія Вѣдомости 1906 г., № 162).*

122. Правительство и приказчики *(Новь 1906 г., № 1, 17 декабря).*

123. Община и основные законы *(Новь 1906 г., № 3, 20 декабря).*

124. Литературные наѣзды проф. В. И. Герье *(Новь 1906 г., № 5, 22 декабря.*

125. Крестьянское настроеніе *(Новь 1906 г., № 7, 24 декабря).*

126. Графъ Камаровскій о парламентаризмѣ *(Новь 1906 г., № 11, 31 декабря).*

127. Концентрація силъ *(Новь 1907 г., № 12, 3 января).*

---

[1] №№ 104, 105, 107—110 политическаго и полемическаго содержанія вызваны кандидатурой Г. Ф. Шершеневича въ члены Государственной Думы 1-го созыва отъ г. Казани.

128. Новые члены Государственнаго Совѣта *(Новь 1907 г., № 14, 5 января)*.

129. Расколъ среди соціалъ-демократовъ *(Новь 1907 г., № 17, 10 января)*.

130. Приказчики и политическія партіи *(Новь 1907 г., № 21, 14 января)*.

131. Первыя впечатлѣнія *(Новь 1907 г., № 24, 30 января)*.

132. Передъ Думой *(Новь 1907 г., № 28, 4 февраля)*.

133. Необоснованное требованіе *(Новь 1907 г., № 29, 6 февраля)*.

134. Передъ Думой *(Новь 1907 г., № 37, 15 февраля)*.

135. Великій день *(Новь 1907 г., № 40, 18 февраля)*.

136. Проектъ закона о нормальномъ отдыхѣ торг. служащихъ, выработанный взамѣнъ зак. 15 ноября комиссіей, организованной при центральномъ комитетѣ партіи нар. своб. подъ предсѣд. проф. Г. Ф. Шершеневича *(Новь, 1907 г., № 44, 23 февраля)*.

137. Проектъ закона о собраніяхъ *(Сборникъ «Первая Государственная Дума», вып. 2, Спб., 1907, стр. 89—100)*.

138. *Учебникъ торговаго права, 3 изд. Спб., 1907. Изд. бр. Башмаковыхъ.

139. *Исторія философіи права, 2 изд. Спб., 1907. Изд. бр. Башмаковыхъ. Стр. 588.

140. *Учебникъ русскаго гражданскаго права, 6 изд., Спб., 1907.

141. Интересъ изученія торговаго права *(сборн. «Вступительныя лекціи профессоровъ моск. университета». М., 1908/9, стр. 76—83)*.

142. *Общее ученіе о правѣ и государствѣ, 1 изд., М., 1908. Стр. 165. Изд. Сытина.

143. *Учебникъ торговаго права, 4 изд. Спб., 1908.

144. *Курсъ торговаго права, 4 изд., т. I—II, Спб., 1908. Стр. IV + 515 + IV + 624. Изд. бр. Башмаковыхъ.

Рецензіи: *Юридическая Библіографія, 1908 г., № 1 (6), стр. 13 (В. Удинцевъ), *Вѣстн. фин. пром. и торговли 1909, № 6, февраль.

145. Вексельная мѣтка *(Вѣстникъ Права и Нотаріата, 1909, № 31 (4), 30 ноября)*.

146. *Учебникъ русскаго гражданскаго права, 7 изд., Спб., 1909. Стр. VII + 818. Изд. бр. Башмаковыхъ.

147. Германскій законъ о страховомъ договорѣ 30 мая 1908 г. (перев. подъ ред. проф. Шершеневича). Спб., 1909.

148. Курсъ торговаго права, 4 изд., т. III. Спб., 1909. Стр. IV + 450.

149. Вексельное право. Лекціи. Спб., 1909. Стр. 178.

150. *Соціологія. М., 1910. Стр. 200. Изд. Сытина.

Рецензіи: *Вѣстн. Европы 1910 сентябрь, *Русск. Вѣд. 1910 іюль.

151. *Общая теорія права. Вып. I, М., 1910.

Рецензіи: 1) *Юридическая Библіографія, 1910 г., № 3 (18), стр. 99 (Т. М. Яблочковъ); 2) *Право 1911 (Михайловъ); 3) *Извѣстія СПБ. Политехн. Инст. 1911 (Н. А. Гредескулъ); 4) Юридическій Вѣстникъ, 1913 г., кн. IV, стр. 281—289 (Б. А. Кистяковскій).

152. Законы по вопросу объ обезпеченіи нормальнаго отдыха торговыхъ служащихъ (перев. подъ ред. проф. Шершеневича, М., 1910).

153. С. А. Муромцевъ *(Русскія Вѣдомости 1910 г., № 228, 5 октября).*

154. *Учебникъ русскаго гражданскаго права, 8 изд., М., 1910. Изд. бр. Башмаковыхъ.

155. *Учебникъ торговаго права, 5 изд., М., 1910. Изд. бр. Башмаковыхъ.

156. *Общее ученіе о правѣ и государствѣ, 2 изд., М., 1911. Стр. 163. Изд. Сытина.

157. *Общая теорія права. Вып. II, М., 1911. Изд. бр. Башмаковыхъ.

Рецензіи: Юридическій Вѣстникъ, 1913 г., кн. IV, стр. 281—289 (Б. А. Кистяковскій).

158. Незабвенной памяти (памяти С. А. Муромцева. *Русскія Вѣдомости 1911 г., № 227, 4 октября).*

159. *С. А. Муромцевъ, какъ ученый *(сборникъ „Сергѣй Андреевичъ Муромцевъ". М., 1911 г., стр. 80—90).*

160. Участіе въ преніяхъ по докладу П. И. Новгородцева—Объ общественномъ идеалѣ. *Протоколы общихъ собраній Московскаго Юрид. Общества за 1911—1912 г., стр. 37—39.*

161. *Учебникъ русскаго гражданскаго права, 9 изд., М., 1911. Изд. бр. Башмаковыхъ.

162. Наука права *(Русскія Вѣдомости, 1912 г., № 1, Новогодній обзоръ).*

163. Курсъ торговаго права, 4 изд., IV т. и указатель. М., 1912. Стр. IV + 596 + 63. Изд. бр. Башмаковыхъ.

Рецензіи: *Право 1912, № 6 (А. И. Каминка).

164. *Учебникъ торговаго права, 6 изд., М., 1912. Изд. бр. Башмаковыхъ.

165. *Учебникъ русскаго гражданскаго права, изд. 10. М., 1912. Изд. бр. Башмаковыхъ

166. *Общая теорія права, вып. III—IV. М., 1912. Изд. бр. Башмаковыхъ.

Рецензіи: Юридическій Вѣстникъ, 1913 г., кн. IV, стр. 281—289 (Б. А. Кистяковскій).

167. Учебникъ торговаго права, 7 изд. (1 посмертное, дополн. пр.-доц. В. А. Краснокутскимъ), М., 1914. Стр. 335. Изд. бр. Башмаковыхъ.

168. Учебникъ русскаго гражданскаго права, 11 изд. (1 посмертное печатается).

Участіе въ Государственной Думѣ 1 созыва — Государственная Дума. Стенографическіе отчеты. 1906 годъ. Сессія первая т. I и II, СПБ. 1906 г.; рѣчи—I стр. 34—35 (по вопросу объ амнистіи), II 1400—1402, 1412—1414, 1438—1440, 1452, 1460—1461, 1547—1549 (по проекту закона о собраніяхъ); выборы и отправленіе обязанностей товарища секретаря—I 19, 20, 536, 552, 560, 809, II 1747; выступленіе какъ докладчика IV отдѣла—I 281, 590, II 973, 974, 975, 1093—1095, 1341, 1451, 1504, 1507, 1520, 1521, 1522, 1555—1561, 1949; подпись подъ законодательными предположеніями — I 373, 379, 449, 554, II 888, 1447; подпись подъ запросами—I 294, 390, 629, 862, II 919, 952, 1023, 1263, 1301, 1302, 1394, 1861, 1937; избраніе его въ члены редакціонной комиссіи—II, 1196; утвержденіе выборовъ его въ члены Г. Думы—I 292.

Договоръ предпринимательскаго союза (синдиката и треста)[1].

I.

Предпринимательскіе союзы въ видѣ трестовъ и синдикатовъ, или что то же, по выраженію, принятому въ Германіи, картелей, играютъ въ современной жизни колоссальную роль. Чтобы сразу оцѣнить эту роль предпринимательскихъ союзовъ, для этого достаточно сказать, что они направлены къ измѣненію экономическаго оборота въ его первоосновѣ—свободной конкуренціи. Они дерзаютъ поставить на мѣсто регулируемой спросомъ и предложеніемъ экономической стихіи съ ея неожиданными ураганами—кризисами, волю человѣка, т.-е. договоръ предпринимателей, опредѣляющій цѣну продукта и товара. Отсюда апологеты предпринимательскихъ союзовъ уже мечтаютъ съ помощью синдикатовъ (картелей) и трестовъ, уничтожить анархію свободной конкуренціи, урегулировать спросъ и предложеніе, избавить людей отъ глубокихъ экономическихъ потрясеній, понизить цѣны производства, улучшить благосостояніе рабочаго класса. Короче, въ ихъ глазахъ уже свѣтится заря свѣтлаго будущаго человѣчества[2]. Дѣйствительно, нѣкоторые факты подтверждаютъ только что нарисованныя заманчивыя перспективы. Для краткости, мы сошлемся на весьма интересную статью, помѣщенную въ *Вѣстникѣ финансовъ, промышленности и торговли*, за 1909 г., № 43, подъ названіемъ: «Дѣятельность синдикатовъ въ освѣщеніи представителей берлинскаго купечества»[3]. Представители берлинскаго купечества недовольны германскими картелями. Тѣмъ не менѣе, и они не отрицаютъ, что, благодаря этимъ картелямъ, угнетенное состояніе промышленности не повлекло за собой: во-первыхъ, чрезмѣрнаго ухудшенія условій поставки товара и платежа, во-вторыхъ, въ организованныхъ въ картели отрасляхъ промышленности движеніе цѣнъ было болѣе ровное, чѣмъ въ прежніе годы, и не знало тѣхъ прыжковъ, которые были замѣтны въ отрасляхъ, подверженныхъ свободной конкуренціи и, въ-третьихъ,

---

[1] Въ основаніе статьи положена вступительная лекція, прочитанная 22 сентября 1911 г. въ университетѣ Св. Владиміра.

[2] См. Вл. Арандаренко. Двойственность организаціи промышленности (*Вѣст. фин., торг. и пром.*, 1909 г., № 35, стр. 539).

[3] Статья эта составлена на основаніи Берлинскаго ежегодника (*Berliner Jahrbuch* für Handel und Industrie, Jahrgang 1909).

благодаря постоянству цѣнъ, заработная плата почти не потерпѣла пониженія, подобно тому, какъ это происходило въ прежніе годы угнетенія. Несомнѣнно, что такой аттестатъ, выданный противниками промышленныхъ синдикатовъ,—торговцами, говоритъ въ пользу планомѣрной, полезной дѣятельности синдикатовъ. Что же касается недовольства представителей берлинскаго купечества синдикатами, то причина этого кроется въ высокихъ цѣнахъ на продукты производства. Дѣйствительно самой темной стороной предпринимательскихъ союзовъ является повышеніе цѣнъ на товары и продукты, какъ результатъ монополіи, устраненія свободной конкуренціи. Мы увидимъ ниже, что законодательство борется съ синдикатами и трестами, главнымъ образомъ въ виду этой темной, эгоистической дѣятельности предпринимательскихъ союзовъ. Къ темнымъ же сторонамъ предпринимательскихъ союзовъ должно отнести и то, что синдикаты, а въ особенности тресты, вылившись въ могучія экономическія организаціи, стремятся подчинить государственную власть своимъ узкимъ, эгоистическимъ интересамъ, иногда навязываютъ свою волю правительству, вовлекаютъ государство въ войны или, въ лучшемъ случаѣ, въ международныя осложненія и даже вызываютъ народныя волненія. Въ качествѣ иллюстраціи можно сослаться на время угольнаго голода въ Германіи, когда депутаты рейхстага, безъ различія партій, сочли своимъ долгомъ рѣзко протестовать противъ непатріотической дѣятельности угольнаго синдиката[1]. Наконецъ, независимо отъ возвышенія цѣнъ и иныхъ злоупотребленій предпринимательскихъ союзовъ, должно обратить вниманіе и на угрозу со стороны синдикатовъ и трестовъ искусству и вообще духовной культурѣ человѣчества. Позволимъ и здѣсь подкрѣпить свою мысль однимъ примѣромъ. Въ С.-А. Соединенныхъ Штатахъ съ 1896 г. образовался трестъ, захватившій въ свои руки театры (около 800). Стоявшее во главѣ этого треста лицо не постѣснялось однажды заявить: «Ахъ, что за драматическое искусство! Я ничего не понимаю въ этихъ вопросахъ, но знаю зато, что желаетъ видѣть на сценѣ публика». Еще откровеннѣе и проще посмотрѣли на дѣло другіе заправилы того же треста: «Вы балуете публику (упрекали они директора), вмѣсто того, чтобы итти съ нами и принуждать публику брать то, что мы считаемъ подходящимъ для нея». При такомъ отношеніи къ искусству случалось, что артисты и артистки должны были подъ рядъ нѣсколько лѣтъ выступать почти ежедневно въ однѣхъ и тѣхъ же роляхъ, тѣмъ же, кто пытался протестовать, легко грозила голодная смерть или нищенство[2]. Темныя стороны предпринимательскихъ союзовъ усиливаются еще тѣмъ, что синдикаты и тресты все болѣе и болѣе возрастаютъ въ своемъ числѣ, захватываютъ въ свои руки огромные капиталы и даже переходятъ за предѣлы своихъ государствъ въ видѣ международныхъ соглашеній. Чтобы судить о мощи предпринимательскихъ союзовъ, мы позво-

[1] Нѣчто аналогичное имѣло мѣсто у насъ въ Государственной Думѣ, по поводу высокихъ нынѣ цѣнъ на нефть.

[2] *Вѣстникъ фин., пром. и торговли.* 1906 г., № 36, стр. 149 и сл.

лимъ себѣ привести нѣкоторыя данныя. Въ началѣ 1904 г. стоимость всѣхъ цѣнностей стального треста въ Америкѣ «исчислялась послѣднимъ въ 1.584.000.000 долларовъ, т.-е. свыше 3 милліардовъ рублей, тогда какъ всѣ средства казначейства Соединенныхъ Штатовъ, включая золотой резервъ, фонды на покрытіе сертификатовъ и т. д., исчислялись всего въ 1.413.000.000 долларовъ. Иными словами, всего количества находившихся въ обращеніи Соединенныхъ Штатовъ денежныхъ средствъ не хватило бы для покупки только цѣнностей стального треста. Доходы стального треста исчислялись въ 536,6 милліоновъ долларовъ противъ 560,4 милліоновъ долларовъ дохода фиска (союзнаго правительства Соединенныхъ Штатовъ), расходы же—въ 409,3 милл. долларовъ противъ 477 милл. долларовъ, каковою суммою исчислялись тогда расходы фиска».— Такимъ образомъ, ежегодный бюджетъ стального треста въ томъ же году почти соотвѣтствовалъ бюджету громадной заокеанской республики[1]. Число картелей въ одной Германіи достигало въ 1909 г. 290, а международныхъ картелей въ томъ же году было приблизительно 35 [2]. Всѣхъ же союзовъ работодателей было въ Германіи въ 1910 г. (вторая анкета) 2613; въ этихъ союзахъ состояло 115.095 членовъ, у которыхъ работало 3.584.680 человѣкъ. Работодательскіе союзы въ свою очередь объединяются въ двѣ крупныя центральныя организаціи [3]. Изъ этихъ взятыхъ для примѣра данныхъ ясно, какую силу представляютъ собой предпринимательскіе союзы съ своими положительными и отрицательными сторонами.

Но въ основѣ этихъ могущественныхъ предпринимательскихъ союзовъ скромно лежитъ договоръ. И здѣсь мы уже вступаемъ на почву юридическую, покидаемъ сложную и трудную область экономистовъ. Мы подходимъ къ разсмотрѣнію основного для юристовъ вопроса: какія общія начала торговаго и гражданскаго права должны регулировать предпринимательскій договоръ? Въ частности, мы разсмотримъ здѣсь:

1. Во-первыхъ, что такое предпринимательскій договоръ, точнѣе договоръ предпринимательскаго союза?

2. Во-вторыхъ, слѣдуетъ ли признать законную силу за такимъ договоромъ?

3. Въ-третьихъ, если да,—то какія начала права должны его регулировать?

Вотъ три основные вопроса, на которые мы и постараемся отвѣтить теперь въ указанномъ порядкѣ.

II.

Дать одно понятіе предпринимательскаго договора, по крайней мѣрѣ въ настоящее время, едва ли возможно. Слишкомъ широкъ и сложенъ, слишкомъ неопредѣленъ и не ясенъ тотъ кругъ жизненныхъ

---

[1] *Вѣстникъ фин., пром. и торговли,* 1906, № 34, стр. 274.
[2] *Вѣстникъ фин., пром. и торговли,* 1909, № 43, стр. 161.
[3] *Вѣстникъ фин., пром. и торговли,* 1910, № 41, стр. 76 и сл.

отношеній, который захватывается предпринимательскимъ соглашеніемъ. Тѣмъ не менѣе, для общихъ цѣлей настоящей статьи мы могли бы прибѣгнуть къ слѣдующему опредѣленію интересующаго насъ договора. Подъ именемъ предпринимательскаго договора, или договора предпринимательскаго союза, слѣдуетъ разумѣть такое соглашеніе предпринимателей, которое направлено на уничтоженіе или ослабленіе дѣйствія свободной конкурренціи въ производствѣ и сбытѣ извѣстнаго рода продукта. При этомъ, если такое соглашеніе будетъ болѣе или менѣе постояннымъ, то это будутъ договоры синдиката и треста. Если, далѣе, самостоятельность хозяевъ предпріятій ограничивается, а не уничтожается, и возникаетъ, такъ сказать, хозяйственная федерація, то это будетъ синдикатъ, или картель. Если же самостоятельность хозяевъ уничтожается, и они какъ бы становятся въ положеніе акціонеровъ, слѣдовательно, вмѣсто многихъ предпріятій, возникаетъ одно новое предпріятіе, то это будетъ уже трестъ. Если, далѣе, уничтожается не только экономическая, но и юридическая самостоятельность предпріятій, то это будетъ консолидированный трестъ. Если трестъ захватываетъ въ свои руки все производство какого-либо опредѣленнаго продукта, начиная съ сырыхъ матеріаловъ для него и кончая продажей его въ розницу, то это будетъ вертикальный трестъ. Если, наконецъ, трестъ или синдикатъ преслѣдуетъ цѣли не производства и торговли, а какія-либо иныя, то это будетъ трестоподобный или синдикатоподобный союзъ. Таковы, напр., Американскій театральный трестъ, или Германскій синдикатъ по защитѣ отъ неисправныхъ должниковъ.

Что касается еще различія между синдикатомъ и трестомъ, то оно болѣе существенно въ экономическомъ отношеніи, чѣмъ въ юридическомъ. Несомнѣнно, что трестъ въ экономическомъ отношеніи представляетъ собою болѣе высокую форму организаціи, чѣмъ синдикатъ. Въ трестѣ вся дѣятельность предпріятія регулируется свободно и планомѣрно, легко вводятся техническія усовершенствованія и понижаются тѣмъ самымъ издержки производства. Между тѣмъ, какъ въ синдикатѣ планомѣрная дѣятельность предпріятій зависитъ отъ воли хозяевъ предпріятія, отсталыя предпріятія не теряютъ своей самостоятельности и повышаютъ, въ силу своей технической отсталости, издержки производства.

Менѣе же существенно различіе между договорами синдиката и треста въ юридическомъ отношеніи.

Въ юридическомъ отношеніи трестъ это — по общему правилу, юридическое лицо, выступающее обыкновенно въ видѣ акціонерной компаніи. Какъ самостоятельный субъектъ, трестъ имѣетъ свой особый органъ представительства. Наоборотъ, синдикатъ, какъ союзъ самостоятельныхъ предпринимателей, есть прежде всего простой союзъ, товарищество, а не юридическое лицо. На эту точку зрѣнія сталъ, между прочимъ, Кіевскій Окружный Судъ въ извѣстномъ рѣшеніи за 1895 г. по дѣлу сахарозаводчиковъ. Было бы,

однако, неправильно думать, что синдикатъ не можетъ имѣть юридической личности. Во-первыхъ, синдикаты возникаютъ въ жизни подъ видомъ товариществъ торговаго и гражданскаго права, и, слѣдовательно, въ извѣстныхъ случаяхъ выступаютъ въ жизни въ качествѣ юридическаго лица [1]. Во-вторыхъ, съ точки зрѣнія теоріи нѣтъ препятствій признавать въ извѣстныхъ случаяхъ за синдикатами значеніе юридической самостоятельности, разъ того потребуетъ политика права. Въ самомъ дѣлѣ, если какое-либо законодательство относится благожелательно къ синдикатамъ, то почему оно не можетъ признать за синдикатомъ значеніе юридическаго лица? Такъ, напр., итальянское правительство въ 1906 г. создаетъ въ Сициліи и даже принудительнымъ образомъ Сѣрный синдикатъ съ правами юридическаго лица. Наоборотъ, если къ синдикатамъ относиться отрицательно, то законъ, не признавая за ними юридической самостоятельности, хотя бы это было принято въ договорѣ, можетъ ставить искусственныя препятствія для дѣятельности синдикатовъ.

III.

Выяснивъ въ самыхъ общихъ чертахъ понятіе предпринимательскаго договора, перейдемъ теперь къ разсмотрѣнію второго основного вопроса: законности, или дѣйствительности предпринимательскаго договора.

Нѣкоторыя государства, какъ-то: Франція, Бельгія, Венгрія, Италія и Россія, въ опредѣленныхъ случаяхъ, помимо гражданской недѣйствительности, подводятъ предпринимательскія соглашенія подъ дѣйствіе уголовнаго закона. Судебная практика первыхъ четырехъ государствъ такъ узко толкуетъ, однако, уголовныя постановленія, что подъ ихъ дѣйствіе обыкновенно не подпадаютъ предпринимательскія соглашенія. Что же касается русской судебной практики, то она еще не имѣла случая вполнѣ опредѣленно высказаться [2]. Такимъ образомъ, уголовныя наказанія суть старое орудіе борьбы, годное въ былое время для предпринимательскихъ мѣстныхъ, случайныхъ стачекъ, но не для современ-

---

[1] Противъ этого *Г. Ф. Шершеневича* (Курсъ торговаго права, т. I, стр. 493, изд. 4-ое). Въ этомъ случаѣ уже нѣтъ, по его мнѣнію, договора синдиката «потому что союзъ самостоятельныхъ предпріятій превращается въ самостоятельное предпріятіе». При этомъ *Г. Ф. Шершеневичъ* (стр. 494) правильно замѣчаетъ, что одного «органа, направляющаго все дѣло производства и сбыта» недостаточно для признанія за синдикатомъ значенія юридическаго лица; синдикату необходимо для этого имѣть свое особое имущество. Но *Г. Ф. Шершеневичъ* едва ли правъ, когда онъ это особое имущество понимаетъ въ смыслѣ всего имущества отдѣльныхъ предпріятій. Особое имущество у синдиката можетъ быть, напр., въ видѣ общей кассы, создаваемой изъ отчисленій и штрафовъ. Поэтому болѣе правъ *Козакъ* (Lehrbuch des Handelsrechts, 6 Aufl., S. 679), который, признавая разнообразіе формъ органа синдиката, признаетъ возможность самостоятельности юридическаго существованія синдиката.

[2] См., однако, рѣшеніе Петроковскаго Окружнаго Суда.

ныхъ экономическихъ постоянныхъ организацій въ видѣ синдикатовъ и трестовъ [1].

Поэтому многія законодательства по вопросу о дѣйствительности предпринимательскихъ договоровъ стоятъ на почвѣ постановленій частнаго права. При этомъ, Австрія, Англія, Канада, Соединенные Штаты Сѣверной Америки, по общему правилу, считаютъ предпринимательскіе договоры недѣйствительными, и лишь Германія, по общему правилу, признаетъ дѣйствительными предпринимательскіе договоры. Впрочемъ, на практикѣ различіе между государствами, карающими предпринимательскіе союзы въ уголовномъ порядкѣ, и государствами, не признающими, а равно признающими дѣйствительность предпринимательскихъ договоровъ въ гражданскомъ порядкѣ, — не существенно. — Почти всюду судебная практика въ общемъ благожелательно настроена въ отношеніи предпринимательскихъ союзовъ. Нѣкоторое исключеніе составляетъ лишь Россія, [2] да пожалуй С.-А. Соединенные Штаты. Вообще же законодательство о предпринимательскихъ союзахъ находится въ самомъ неопредѣленномъ состояніи, и лишь судебная практика намѣчаетъ нѣкоторыя основы будущаго законодательства.

Эти основы слѣдующія:

1) Предпринимательскій договоръ регулируется гражданскимъ и торговымъ правомъ.

2) Признаются недѣйствительными только тѣ договоры, которые противорѣчатъ добрымъ нравамъ, общественному порядку и закону.

3) противорѣчатъ добрымъ нравамъ и общественному порядку договорныя соглашенія, направленныя: а) на непомѣрное повышеніе цѣнъ продуктовъ производства и торговли, б) на установленіе монополіи, в) на пониженіе заработной платы рабочихъ, г) на уничтоженіе отечественныхъ отраслей производства съ помощью иностранной конкуренціи и т. п.

Итакъ, судебная практика склоняется къ признанію дѣйствительности предпринимательскихъ договоровъ съ нѣкоторыми исключеніями, которыя каждый разъ должны, въ случаѣ надобности, провѣряться судомъ.

Правильно ли, однако, такое направленіе судебной практики?

Намъ думается, что занимать опредѣленную позицію по отношенію къ синдикатамъ и трестамъ еще рано. Судебная практика должна проявить большую осторожность въ вопросѣ о признаніи дѣйствительности предпринимательскихъ соглашеній. Въ самомъ дѣлѣ, соглащенія эти преслѣдуютъ самыя разнообразныя цѣли, и притомъ эти цѣли могутъ быть принимаемы положительно и отрицательно. Предпо-

---

[1] Русское новое уложеніе о наказаніяхъ въ ст. 242 значительно смягчаетъ дѣйствующія постановленія ст. 913 и 1180. Ср. также зак. 4 марта 1906 г. (у насъ ниже, V).

[2] Рѣшеніе Петроковскаго Окружнаго Суда.

ложимъ, что цѣль синдиката: «продавать товары не ниже опредѣленной цѣны». Цѣль эта можетъ клониться къ непомѣрному повышенію цѣны предметовъ производства и торговли и та же цѣль можетъ быть направлена на удержаніе цѣны продукта или товара на извѣстномъ уровнѣ и тѣмъ самымъ на предотвращеніе кризиса въ извѣстнаго рода промышленности. Въ первомъ случаѣ договоръ будетъ недѣйствителенъ, во-второмъ — дѣйствителенъ. Слѣдовательно, суду каждый разъ нужно входить въ разсмотрѣніе дѣла по существу. Поэтому, если уже признавать предпринимательскія соглашенія дѣйствительными, то во всякомъ случаѣ условно. Это значитъ, что каждый предпринимательскій договоръ можетъ быть оспоренъ при посредствѣ суда.

Къ сожалѣнію, этотъ осторожный выводъ вызываетъ справедливыя возраженія.

Именно, если повѣрка законности предпринимательскихъ договоровъ передается въ руки суда, то этимъ самымъ судъ ставится въ очень затруднительное положеніе. Представьте себѣ положеніе судьи, который долженъ разбираться въ цѣнахъ, экономическихъ конъюнктурахъ, колебаніяхъ заработной платы, хотя бы и съ помощью экспертизы. Далѣе, представьте себѣ положеніе заинтересованной стороны, или даже и прокурора, которые должны доказывать недѣйствительность предпринимательскаго договора въ самыхъ неблагопріятныхъ для нихъ условіяхъ. Извѣстно, что синдикаты и тресты держатъ свои соглашенія втайнѣ.

Поэтому, едва ли цѣлесообразно возлагать всю тяжесть отвѣтственности на судебную практику. Необходимо и закону притти ей на помощь. Необходимо въ законодательномъ порядкѣ выработать такія общія условія для дѣятельности предпринимательскихъ союзовъ, которыя бы устанавливали нѣкоторыя границы ихъ дѣятельности, по возможности точно опредѣляли ихъ юридическое положеніе и этимъ самымъ облегчили бы работу судьи. Слѣдуетъ еще добавить, что обыкновенно процессы противъ синдикатовъ и трестовъ за недоказанностью кончаются безплодно. Къ тому же процессы эти очень рѣдки, ибо синдикаты и тресты предпочитаютъ, такъ сказать, подполье, не любятъ гласности, боятся свѣта, дѣйствуютъ въ жизни подъ видомъ акціонерныхъ компаній и другихъ гражданскихъ и торговыхъ обществъ. Слѣдовательно, много потребуется времени, пока судебной практикѣ удастся выработать матеріалъ для законодательства о предпринимательскихъ союзахъ. Вотъ почему мы стоимъ за необходимость законодательнаго творчества, при чемъ это творчество, какъ мы увидимъ сейчасъ, должно быть проникнуто принципами публичнаго права. Иными словами, надлежащее законодательство о предпринимательскихъ союзахъ не можетъ быть правильно построено на основахъ только частнаго права. Публичное и частное право, лишь взятыя вмѣстѣ, какъ нѣчто цѣлое, разрѣшатъ проблему законодательства о предпринимательскихъ договорахъ.

IV.

Что же должно сдѣлать публичное право? Какіе основные принципы оно должно положить въ основу частнаго законодательства о предпринимательскихъ договорахъ?—Это третій и послѣдній выше поставленный нами основной вопросъ.

Мы упомянули раньше о томъ, что синдикаты и тресты предпочитаютъ тайное, скрытое существованіе. Пока будетъ продолжаться такое положеніе, до тѣхъ поръ гражданское и торговое право безсильно регулировать предпринимательскіе союзы, оно безсильно предохранить государство и общество отъ всевозможныхъ махинацій, особаго рода налога въ пользу предпринимателей-монополистовъ. Синдикаты и тресты могутъ несомнѣнно предохранить государство отъ анархіи производства, они способны понизить издержки производства, улучшить качество товара и т. д. Короче, въ синдикатахъ и трестахъ можно видѣть одну изъ побѣдъ человѣческаго ума надъ жизненными стихіями. Можно любоваться этой побѣдой, гордиться ею, но все же при условіи, если синдикаты и тресты будутъ вести свою работу на глазахъ общества и государственной власти, не будутъ бояться дневного свѣта. Вотъ почему первый и главный принципъ, который долженъ быть положенъ въ основу законодательства о предпринимательскихъ союзахъ, есть принципъ публичности, правительственнаго контроля и вмѣшательства. Съ этой цѣлью должно быть сдѣлано слѣдующее:

1. Необходимо или правительственное разрѣшеніе для возникновенія синдикатовъ, трестовъ и иныхъ предпринимательскихъ союзовъ или, даже (это цѣлесообразнѣе) простая, офиціальная ихъ регистрація. Поэтому всякіе тайные, скрытые подъ видомъ торговыхъ и гражданскихъ товариществъ, а равно и явно дѣйствующіе, не разрѣшенные или не внесенные въ офиціальный реестръ предпринимательскіе союзы подлежатъ немедленному прекращенію, а предприниматели — денежному штрафу, конфискаціи имущества или уголовному наказанію въ зависимости отъ непреступныхъ или преступныхъ цѣлей союза. Чтобы не стѣснить свободу возникновенія полезныхъ предпринимательскихъ союзовъ, для этого могутъ быть созданы примѣрные уставы и этимъ облегчено возникновеніе предпринимательскихъ союзовъ. Разрѣшенные союзы должны вноситься также въ особые офиціальные реестры предпринимательскихъ союзовъ.

Попытка провести такую регистрацію сдѣлана была въ Австріи и Венгріи. Согласно законопроекту 1901 г., выработанному *Юліусомъ Рейхомъ*, дѣйствительность картельнаго договора ставится въ зависимости отъ регистраціи, при чемъ такая регистрація охраняется угрозой наказанія для уклоняющихся отъ нея [1]. Въ Австріи, для

[1] Для такой регистраціи, согласно законопроекту 1897 г., требовалось предъявленіе устава.

огражденія себя отъ преслѣдованія, договоры, по которымъ, согласно закону, можно предъявлять обвиненія, могутъ представляться на разсмотрѣніе прокурора, или могутъ быть опубликованы въ правительственныхъ органахъ. Въ Венгріи, по законопроекту 1904 г., составленному *Манделемъ*, требуется для дѣйствительности картельнаго договора внесеніе его въ ведущійся при министерствѣ торговли картельный реестръ, при чемъ министерству торговли предоставляется право поручать прокуратурѣ оспаривать закономѣрность картельнаго договора. Проектъ этотъ не прибѣгаетъ къ уголовной карѣ, и на это указывали, какъ на главный его недостатокъ [1].

Мы видимъ, такимъ образомъ, что разрѣшеніе правительственной власти или даже и просто офиціальная регистрація предпринимательскихъ союзовъ уже намѣчены и отчасти осуществлены въ жизни.

2. Необходимо далѣе, чтобы, въ цѣляхъ начала публичности и государственнаго контроля, предпринимательскіе союзы были обязаны издавать ежегодные полные отчеты о своей дѣятельности, а равно правительство обязано производить ревизіи [2] и офиціальныя анкеты. Въ послѣднемъ случаѣ заслуживаетъ особаго вниманія недавно изданный въ Англіи законъ (Census of Production Act) о томъ, чтобы министерство торговли и промышленности регулярно собирало свѣдѣнія въ области статистики производства. Офиціальныя анкеты могутъ, однако, достигать своей цѣли при условіи обязательности для производителей дачи показаній и строгой отвѣтственности за отказъ въ дачѣ или ложныя показанія. То и другое предусматриваетъ вышеупомянутый англійскій законъ.

3. Необходимо, далѣе, чтобы правительство въ цѣляхъ охраны общественныхъ интересовъ назначало извѣстную часть персонала, стоящаго во главѣ управленія предпринимательскаго союза. По предложенію проф. *Шмоллера*, во главѣ акціонерныхъ обществъ должна состоять $^1/_8$ членовъ по назначенію правительства. Извѣстно, что во главѣ Сѣрнаго синдиката въ Сициліи (объ этомъ синдикатѣ мы уже упоминали) стоитъ главный директоръ и нѣсколько членовъ правленія по назначенію отъ правительства [3]. Слѣдуетъ, однако, строго обязать чиновниковъ не разглашать тайнъ предпринимательскихъ союзовъ.

4. Необходимо, далѣе, чтобы правительство могло немедленно использовать свой контроль въ интересахъ общества, разъ будутъ имъ замѣчены въ дѣятельности предпринимательскихъ союзовъ нарушенія устава и вообще злоупотребленія. Такое вмѣшательство предположено въ Австріи по § 15 законопроекта Юліуса Райха [4].

5. Не лишена смысла, далѣе, но едва ли осуществима, мѣра, предложенная *Шмоллеромъ и Майемъ*, именно, мѣра ограниченія прибылей

---

[1] *Вѣстн. финан., торг. и пром.*, 1909 г. №№ 2, 6 и 8, стр. 46, 250 и 342.
[2] Это предусмотрѣно проектомъ 1897 г. въ Австріи (Ibid. № 6, стр. 250).
[3] Ibid. № 8, стр. 341.
[4] *Вѣстн. фин., торг. и пром.*, 1909, № 11, стр. 481.
[5] *Вѣстн. фин., торг. и пром.*, 1909, № 6, стр. 251.

предпринимательскихъ союзовъ. — *Шмоллеръ* исходитъ изъ той мысли, что государственный контроль въ значительной мѣрѣ будетъ излишенъ, разъ прибыли предпринимательскихъ союзовъ будетъ положенъ предѣлъ. Самъ *Шмоллеръ* предлагаетъ слѣдующее ограниченіе для болѣе крупныхъ предпріятій: всю прибыль сверхъ 10% дѣлить пополамъ между казной и предпріятіемъ. Такая мѣра, однако, едва ли цѣлесообразна: во-1-хъ, ею не уничтожается вовсе стремленіе къ большей прибыли, во-2-хъ, союзы могутъ перенести свою дѣятельность за границу и въ-3-хъ, она задержитъ развитіе крупныхъ предпріятій.

6. Но зато безусловно необходима еще одна мѣра, весьма полезная для судопроизводства. Мы имѣемъ въ виду обязательную дачу показаній на судѣ лицъ, заинтересованныхъ въ сокрытіи свѣдѣній и непредъявленіи документовъ. Въ этомъ отношеніи весьма интересенъ американскій законъ 1893 г., относящійся къ свидѣтельскимъ показаніямъ (An Act in Relation to Testimony). Онъ постановляетъ, что никто не можетъ быть свободенъ отъ дачи показаній или предъявленія дѣловыхъ бумагъ и т. п. только потому, что это можетъ навлечь на него уголовное преслѣдованіе. Болѣе того, законъ весьма цѣлесообразно, въ интересахъ общаго блага, постановляетъ, что никто не можетъ быть привлеченъ къ уголовной отвѣтственности на основаніи данныхъ имъ показаній, если только онъ не повиненъ въ ложной присягѣ. Нарушеніе этого карается закономъ весьма строго— большимъ штрафомъ или тюремнымъ заключеніемъ [1].

Другой принципъ, регулирующій законодательство о предпринимательскихъ союзахъ, — это возможность уголовнаго преслѣдованія.

Тамъ, гдѣ могутъ страдать интересы широкихъ массъ народонаселенія, вслѣдствіе злоупотребленій предпринимательскихъ союзовъ, тамъ, гдѣ затрагиваются, слѣдовательно, интересы самаго государства,—тамъ долженъ въ охрану ихъ дѣйствовать уголовный законъ. При этомъ, система денежныхъ штрафовъ, цѣлесообразная въ отношеніи частныхъ лицъ и мелкихъ предпріятій, очевидно не будетъ достигать своей цѣли въ отношеніи могущественныхъ синдикатовъ и трестовъ. Огромные капиталы этихъ предпріятій выдержатъ систему штрафовъ. Помимо этого возможны предпріятія по страхованію на случай денежныхъ штрафовъ, и, пожалуй, такое предпріятіе въ свою очередь вырастетъ въ какой-либо синдикатъ или трестъ.

Такимъ образомъ, принципъ публичности, государственнаго контроля и принципъ уголовнаго возмездія должны быть приняты въ общее единое гражданско-торговое законодательство о предпринимательскихъ союзахъ.

---

[1] *Вѣстн. фин., торг. и пром.,* 1909, № 25, стр. 540. Ср. законъ 1908 г. въ Австраліи (1.с. № 2, стр. 47].

V.

Къ сожалѣнію, такое общее законодательство въ настоящее время едва ли можетъ быть надлежащимъ образомъ выработано. Мы уже указывали выше, что причины тому кроются въ слишкомъ широкомъ и сложномъ кругѣ явленій, охватываемомъ предпринимательскимъ договоромъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ мы отмѣтили также видную, творческую роль судебной практики въ данномъ дѣлѣ. Правъ, поэтому, проф. *Губеръ*, который стоитъ также на точкѣ зрѣнія невозможности созданія общаго законодательства о предпринимательскихъ договорахъ. Не выработано еще понятіе о синдикатѣ, трестѣ, нелегко также опредѣлить понятіе «злоупотребленія» предпринимательскихъ союзовъ. Трудно учесть безчисленныя формы предпринимательскихъ соглашеній и примѣняемыхъ для осуществленія ихъ средствъ. Такое положеніе дѣла сознаетъ и правительство. Такъ напримѣръ, въ Австріи, несмотря на многочисленныя резолюціи палаты депутатовъ, настаивавшихъ на принятіи мѣръ противъ злоупотребленій картелей, правительство продолжаетъ указывать на трудность въ достаточно полной степени охватить все безконечное разнообразіе формъ картельныхъ соглашеній общими абстрактными юридическими нормами, что до чрезвычайности затрудняетъ плодотворную юридическую разработку вопроса о картеляхъ [1]. Точно также наше молодое представительство въ лицѣ депутатовъ Государственной Думы, повидимому, еще не вполнѣ учло всю трудность общаго законодательства о предпринимательскихъ союзахъ. Такъ можно думать потому, что въ 1908 г., подъ вліяніемъ слуховъ объ образованіи у насъ металлургическаго треста, большая часть наличнаго состава Думы подписалась подъ любопытнымъ заявленіемъ, переданнымъ правительству.

Въ этомъ заявленіи прежде всего указывалось, что русское уложеніе о наказаніяхъ и объясненія Государственнаго Совѣта къ закону 4 марта 1906 г. о союзахъ и обществахъ воспрещаютъ всякія синдикатныя соглашенія и родственные имъ союзы; затѣмъ подчеркивалась вредная сторона въ дѣятельности промышленныхъ и торговыхъ союзовъ и отсталость существующихъ законовъ, открывающихъ широкій просторъ для всякихъ злоупотребленій этихъ союзовъ, и предлагалось поставить на ближайшую очередь реформу нашего акціонернаго законодательства [2] и создать новыя нормы относительно промышленныхъ комбинацій, такъ какъ де: «въ настоящее время не представляется затрудненій (?) въ составленіи законопроекта, пол-

---

[1] *Вѣст. фин., пром. и торг.* 1909 г. № 6, стр. 251. Ср. также Ibid. § 2, стр. 45 (законодательство Австраліи).

[2] Въ законопроектѣ объ обязательственномъ правѣ имѣется особый отдѣлъ, посвященный акціонерному законодательству. Противъ этого Мин. торг. и пром., усматривая вмѣшательство Мин. юстиц. въ сферу своего вѣдомства и заявляя о выработанномъ спеціальномъ законопроектѣ объ акціонерномъ законодательствѣ (см. Право 1913 г. № 32, стр. 1882).

ностью (!) и надлежащимъ образомъ (!) обнимающаго новыя проявленія экономической жизни». Вмѣстѣ съ тѣмъ подписавшіе заявленіе считали «необходимымъ, чтобы отдѣльныя Министерства откладывали санкціонированіе могущихъ поступить ходатайствъ о признаніи законодѣйствующими предпринимательскихъ союзовъ и соглашеній до разсмотрѣнія вышеуказаннаго законопроекта въ законодательныхъ учрежденіяхъ» [1]. Впрочемъ, жизнь не ждетъ законодательства. Извѣстно, что съ 1902 г. по 1908 г. появилось въ Россіи 14 синдикатовъ высшаго порядка, и что синдикатное движеніе съ 1908 г. сдѣлало уже дальнѣйшіе крупные шаги впередъ [2].

Еще совсѣмъ недавно шла, напр., рѣчь о созданіи монополіи бакинскихъ нефтепромышленниковъ [3]. Хотя Сенатъ и не утвердилъ торговъ по сдачѣ въ арендное содержаніе, изъ долевого отчисленія въ пользу казны, свободныхъ нефтеносныхъ государственныхъ земель, тѣмъ не менѣе нефтяные короли бакинскаго района попытались осуществить свою монополію путемъ образованія «Общества бакинскихъ нефтепромышленниковъ». Это общество, за которымъ скрыты бакинскіе короли, хотѣло получить въ свое распоряженіе всѣ свободные участки нефтеносной казенной земли въ Бакинскомъ районѣ. Я не могу въ узкихъ рамкахъ настоящей статьи подробно коснуться устава этого «общества на паяхъ» и показать, какъ онъ искусно составленъ [4], но отмѣчу, что междувѣдсмственная комиссія, къ сожалѣнію, уже признала въ принципѣ пріемлемость устава вновь возникшаго общества.

VI.

Все сказанное приводитъ къ выводу о необходимости нѣсколько поторопиться съ изданіемъ отдѣльныхъ законовъ, проникнутыхъ новымъ духомъ времени, и отложить пока мечты о созданіи общаго законодательства о предпринимательскомъ договорѣ.

Среди отдѣльныхъ же законовъ слѣдуетъ желать скораго появленія закона объ обязательной регистраціи предпринимательскихъ союзовъ подъ угрозой, въ противномъ случаѣ, недѣйствительности предпринимательскаго договора. Изданіе этого закона желательно не только въ интересахъ общества и самихъ предпринимателей, но и въ интересахъ лучшей разработки въ будущемъ предпринимательскаго договора. Въ самомъ дѣлѣ, цѣлый рядъ вопросовъ, какъ напр., объ отвѣтственности синдикатовъ и трестовъ

---

[1] *Вѣстн. финан., пром. и торг.*, 1909 г., № 42, стр. 189.

[2] *І. Гольдштейнъ*, Благопріятна ли русская дѣйствительность для развитія синдикатовъ и трестовъ (Ibid. № 31, стр. 165). Борьба съ сандикатами нынѣ—злоба дня.

[3] Результаты этой монополіи нынѣ налицо. Правительство было вынуждено въ 1913 г. разрѣшить въ видѣ временной мѣры безпошлинный ввозъ изъ- за-границы нефти и угля.

[4] См. объ этомъ *Русское Слово*, 1911 г., №

передъ третьими лицами [1], о переходѣ обязательствъ по наслѣдству при уступкѣ права на участіе въ предпринимательскомъ союзѣ [2] и многіе другіе получатъ тогда свое надлежащее разрѣшеніе. Интересы третьихъ лицъ будутъ обезпечены; интересы предпринимательскихъ союзовъ будутъ избавлены отъ случайностей и пріобрѣтутъ прочную защиту права. Право есть великая культурная сила въ государствѣ. Эта сила нужна всѣмъ и каждому и прежде всего— въ интересахъ нашего же личнаго блага [3].

Проф. В. И. Синайскій.

---

[1] Ср. рѣшеніе имперскаго суда отъ 5 іюля 1890 г. *Вѣстникъ финансовъ, промышл. и торг.*, 1909 г, № 51. стр. 609.

[2] Такъ, имперскій судъ въ Германіи призналъ, что обязательства угольнаго синдиката переходятъ на другое лицо, перенявшее данное предпріятіе. Ibid № 48. стр. 456.

[3]. *Литература:*

S. Tschierschky, Kartell und Trust. Leipzig 1911.

Rob. Liefmann, Kartelle und Trust. Stuttgart 1910.

S. Rundstein, Das Recht der Kartelle. Berlin 1904.

I. Grunzel, Ueber Kartelle. Leipzig 1902.

St. Kempner, Nowe prady w organizacyi przedsiebiorczi. Warszawa 1900.

А. Гурьевъ. Промышленные синдикаты. Петербургъ. Вып. I 1898 вып. II 1899.

H. Niklisch, Kartell—Betrieb. Leipzig 1909.

I. M. Гольдштейнъ, Синдикаты и тресты и современная экономическая политика. Т. I М. 1907 (у него же литература, стр. 517 и сл.).

Е. С. Лурье, Предпринимательскіе союзы по русскому праву. СПБ. 1904.

Возникновеніе и прекращеніе залога по проекту Вотчиннаго Устава [1].

I. Принципъ внесенія и залоговое право.

Казалось бы, что вопросъ о возникновеніи и прекращеніи залогового права долженъ, при господствѣ вотчинной системы, рѣшаться въ высокой степени просто. Стоитъ лишь установить, какого отношенія къ принципу внесенія придерживается данное положительное право и никакихъ затрудненій быть не можетъ.

На дѣлѣ, однако, оказывается, что такое предположеніе не вполнѣ правильно. Правда, вопросъ о возникновеніи залога, при послѣдовательномъ къ нему отношеніи законодательства, не можетъ представлять серьезныхъ затрудненій. Необходимо лишь провести грань между возникновеніемъ или первоначальнымъ установленіемъ залога, съ одной стороны, и пріобрѣтеніемъ уже возникшаго въ пользу одного лица залогового права третьимъ лицомъ, съ другой. Именно, такой переходъ существующаго уже залогового права къ новому управомоченному стоитъ совершенно особнякомъ. По всѣмъ современнымъ кодексамъ [2], а также по нашему проекту ВУ. [3], онъ находится подъ дѣйствіемъ особыхъ нормъ. Это иначе и быть не можетъ, такъ какъ въ противномъ случаѣ залогъ не могъ бы быть тѣмъ орудіемъ кредитнаго оборота, какимъ онъ долженъ служить въ народнохозяйственныхъ цѣляхъ.

Но если имѣть, такимъ образомъ, въ виду лишь возникновеніе залога въ точномъ смыслѣ слова, то можно сказать, что, при принятомъ новѣйшими уложеніями и нашимъ проектомъ принципѣ относительной силы внесенія [4], для залога создается менѣе сложное положеніе, чѣмъ для прочихъ вотчинныхъ правъ. Послѣднія, какъ извѣстно, возни-

---

[1]) Настоящее изслѣдованіе представляетъ собой одну изъ главъ второго тома готовящейся къ печати книги подъ заглавіемъ «Матеріальное право проекта Вотчиннаго Устава».

[2] Ср. BGB. 1153 flg., ZGB. 835, 869.

[3] Ст. 85 сл. Ср. мою статью «Проектъ ВУ. и мобилизація недвижимости», *Ж. М. Ю.* 1911, 6, стр. 57 сл.

[4] Ср. мою статью «Основныя начала вотчинной системы по проекту ВУ.» *Ж. М. Ю.* 1913, 3, стр. 61 сл.

каютъ или путемъ внесенія соотвѣтствующей статьи въ вотчинную книгу на основаніи опредѣленныхъ юридическихъ сдѣлокъ или же независимо отъ внесенія въ силу опредѣленныхъ юридическихъ фактовъ [1]. Что же касается залога, то, благодаря принципіальному отказу современныхъ законодательствъ отъ легальной ипотеки [2], по отношенію къ нему принципъ внесенія можетъ и долженъ проявляться съ абсолютной силой.

Съ другой стороны, слѣдуетъ замѣтить, что ученіе о возникновеніи залога, по сравненію съ ученіемъ о возникновеніи другихъ вотчинныхъ правъ, не осложняется и тѣмъ обстоятельствомъ, что современный залогъ въ главномъ своемъ видѣ, а по проекту ВУ. вообще, является въ моментъ установленія правомъ безусловно акцессорнымъ [3]. Ибо если для дѣйствительности залога требуется дѣйствительность не только правоосновавія, въ частности вотчиннаго договора объ установленіи залога, но также и дѣйствительность обезпечиваемаго обязательственнаго требованія, то въ области другихъ вотчинныхъ правъ имѣется къ этому полная аналогія въ тѣхъ законодательствахъ, которыя приняли систему матеріальнаго договора [4].

Въ протиположность этому, вопросъ о прекращеніи залога является довольно сложнымъ. Правда, и тутъ законодательство, покоящееся на современныхъ принципахъ, не должно бы отказываться отъ принципа внесенія, согласно которому вотчинное право прекращается не иначе, какъ посредствомъ погашенія въ вотчинной книгѣ записи о немъ. Но здѣсь все же имѣется рядъ особенностей.

Для выясненія ихъ необходимо установить, что право залога, какъ таковое, независимо отъ вотчинной системы, можетъ прекратиться по поводамъ двоякаго рода, а именно, во-первыхъ, по такимъ, которые касаются обязательственнаго требованія и, во-вторыхъ, по такимъ, которые затрагиваютъ самое право залога, оставляя въ силѣ обязательственное требованіе. Что касается случаевъ второй категоріи, то здѣсь имѣется на лицо полная аналогія къ прекращенію прочихъ вотчинныхъ правъ. Напротивъ, въ случаяхъ первой категоріи проявляется акцессорная природа залога. Но какъ тутъ, такъ и тамъ необходимо имѣть въ виду, что прекращеніе залога имѣетъ, при извѣстномъ прицинпіальномъ взглядѣ на сущность его [5], нѣкоторыя послѣдствія, которыя являются въ высокой степени нежелательными и поэтому должны быть устранены. А именно, если считать залогъ, по примѣру и редакторовъ германскаго уложенія и составителей нашего проекта ВУ., правомъ вещнымъ,

---

[1] Ср. мою статью «Право собственности и права въ чужомъ имѣніи въ проектѣ ВУ.», Вопросы Права 1912, 4.

[2] О нѣкоторыхъ исключеніяхъ, допускаемыхъ современными уложеніями, см. ниже.

[3] Ср. мою статью «Понятіе залогового права въ проектѣ ВУ.,» Вѣстн. гражд. пр. 1913, 6.

[4] Ср. мою статью «Основныя начала вотчинной системы по проекту ВУ.» Ж. М. Ю. 1913, 3, стр. 77 сл.

[5] Ср. статью «Понятіе залогового права въ проектѣ ВУ.»

59485 к-ръ · пр

охватывающимъ самую вещь и цѣлую вещь, то отпаденіе старшаго залогового права должно привести къ движенію послѣдующихъ ипотекъ, другими словами, къ причиненію собственнику ничѣмъ неоправдываемаго ущерба и къ необоснованному улучшенію позиціи младшихъ кредиторовъ. Правда, такой результатъ появляется лишь благодаря неправильному пониманію залога и швейцарское уложеніе, какъ извѣстно, избѣгаетъ его [1]. Но съ нимъ все-таки слѣдуетъ считаться и нельзя не принимать мѣръ къ устраненію его.

Что касается, затѣмъ въ частности, значенія прекращенія требованія, то, для достиженія удовлетворительныхъ результатовъ, необходимо отказаться отъ устарѣлыхъ взлядовъ на сущность залога и исходить изъ положенія, что залогъ есть ничто иное, какъ право на опредѣленную долю цѣнности участка [2]. При томъ это право, само по себѣ, можетъ быть какъ самостоятельнымъ, такъ и поставленнымъ въ зависимость отъ обязательственнаго требованія. Степень же зависимости можетъ быть различная. Она можетъ быть абсолютной—тогда возникаетъ ипотека акцессорная или обезпечительная. Но она можетъ быть и относительной въ томъ смыслѣ, что она подчиняется принципу публичной вѣры вотчинной книгѣ. Въ такомъ случаѣ, при столкновеніи между принципами акцессорности и публичной вѣры, уступаетъ первый изъ нихъ. Тогда имѣется на лицо ипотека оборотная.

При обоихъ видахъ ипотеки прекращеніе требованія имѣетъ одно лишь непосредственное послѣдствіе: право на долю цѣнности освобождается отъ первоначальной зависимости и становится самостоятельнымъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ, однако, прерывается связь между правомъ и тѣмъ лицомъ, которое обладало имъ, такъ какъ эта связь устанавливалась, именно, обязательственнымъ требованіемъ. А благодаря этому, право на долю цѣнности становится безсубъектнымъ.

Создавшееся такимъ образомъ положеніе можетъ быть разрѣшено двоякимъ путемъ. Мыслимо, во-первыхъ, чтобы прекращеніе связи между правомъ и субъектомъ приводило къ непосредственному прекращенію самаго права. Слѣдуетъ признать, что по общимъ принципамъ гражданскаго права такое рѣшеніе даже единственно правильное. Но, съ другой стороны, оно противорѣчило бы принципамъ вотчинной системы. А именно, принципъ внесенія требуетъ, чтобы внесенное въ вотчинную книгу право прекращалось только путемъ внесенія записи о погашеніи. Принципъ же публичной вѣры требуетъ, чтобы за внесеннымъ въ книгу управомоченнымъ лицомъ, въ интересахъ добросовѣстнаго оборота, сохранилось право распоряженія даннымъ правомъ.

При такихъ условіяхъ, на первый планъ выдвигается второе изъ возможныхъ рѣшеній. Оно заключается въ томъ, что прекращеніе требованія признается лишь основаніемъ прекращенія залога и что послѣднее происходитъ ислючительно путемъ погашенія записи о залогѣ. А въ ви-

[1] Ср. ZGB. 813, 814.

[2] Ср. статью «Понятіе залогового права въ проектѣ ВУ.»

ду этого, лишившееся субъекта право на долю цѣнности связывается съ лицомъ собственника недвижимости, какъ бы возвращаясь къ нему послѣ отпаденія того субъекта, которому оно было уступлено. Вмѣстѣ съ тѣмъ, однако, за прежнимъ управомоченнымъ сохраняется, въ силу принципа публичной вѣры, легитимація къ распоряженію даннымъ правомъ, но лишь настолько, насколько рѣчь идетъ объ ипотекѣ оборотной. По отношенію же къ ипотекѣ обезпечительной принципъ публичной вѣры уступаетъ передъ принципомъ акцессорности: зависимость ея отъ обязательственнаго требованія проводится столь строго, что уступка его безъ требованія признается невозможнымъ.

Итакъ, прекращеніе требованія, при послѣдовательномъ проведеніи принциповъ вотчинной системы, приводитъ не къ прекращенію залога, а къ превращенію его въ такъ наз. ипотеку собственника или, точнѣе, вотчинный долгъ собственника. Ясно, что такой результатъ является, съ юридической точки зрѣнія, единственно удовлетворительнымъ, тѣмъ болѣе, что ипотека собственника, при правильномъ вгзлядѣ на сущность залогового права, не представляетъ, вопреки утвержденію нашей редакціонной комиссіи, конструктивныхъ затрудненій [1]. Ибо нѣтъ причинъ, по которымъ нельзя было бы признавать за собственникомъ особое, помимо собственности въ самой недвижимости, право на опредѣленную долю ея цѣнности, изъятую, такимъ образомъ, изъ сферы правъ его вѣрителей.

Этотъ результатъ, кромѣ того, вполнѣ удовлетворителенъ и съ точки зрѣнія экономической. Благодаря ему становится невозможнымъ пріобрѣтеніе младшими кредиторами лучшаго старшинства помимо воли собственника. Правда, если признавать залоговое право правомъ на долю цѣнности, разъ навсегда опредѣленную, если, другими словами, прикрѣплять залогъ къ первоначальному его старшинству, то съ точки зрѣнія интересовъ собственника проявляется лишь весьма незначительное различіе между результатами обоихъ только что разсмотрѣнныхъ рѣшеній. Въ обоихъ случаяхъ данная доля цѣнности остается въ его распоряженіи. Преимущество второго рѣшенія заключается лишь въ томъ, что собственникъ сохраняетъ за собой непосредственную возможность распоряжаться ею, такъ какъ ипотека продолжаетъ существовать. Въ противномъ же случаѣ ипотека должна быть погашена и использованіе соотвѣтствующей доли цѣнности возможно только путемъ внесенія новой ипотеки. По этому поводу, правда, нельзя не замѣтить тотчасъ же, что признаніе непосредственнаго прекращенія залога вслѣдствіе прекращенія требованія, съ одной стороны, и прикрѣпленіе залога къ опредѣленному старшинству — съ другой, представляютъ собой явленія, характерныя для весьма далекихъ другъ отъ друга стадій развитія залогового права. Поэтому, они едва ли найдутъ мѣсто въ одномъ и томъ же законодательствѣ.

Если такъ рѣшается вопросъ о значеніи прекращенія обязательственнаго требованія, то по отношенію къ юридическимъ фактамъ, ка-

---

[1] См. предыдущее примѣчаніе.

сающимся непосредственно залогового права, также существуетъ полная возможность къ соблюденію принципа внесенія. Одно лишь исключеніе является неизбѣжнымъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ и безвреднымъ. Это — случай гибели обремененной недвижимости. Тутъ перестаетъ существовать самый объектъ права, благодаря чему не можетъ не прекратиться и самое право. Разумѣется, что этотъ случай не представляетъ особаго практическаго интереса. Но онъ все же долженъ быть упомянутъ ради полноты изложенія.

Напротивъ, другіе, относящіеся сюда случаи могутъ быть согласованы безъ затрудненій съ принципомъ внесенія. Въ частности, нѣтъ причинъ, по которымъ публичная продажа недвижимости или вообще удовлетвореніе вѣрителя путемъ продажи такихъ предметовъ, на которые простираетъ свою силу залогъ, должна была бы вызвать непосредственное прекращеніе залога. Напротивъ, и тутъ внесеніе статьи о погашеніи должно играть рѣшающую роль. Что же касается случаевъ совпаденія залога и права собственности въ одномъ лицѣ, а также отказа вѣрителя отъ права залога безъ отказа отъ требованія, то они представляютъ, очевидно, нѣкоторую аналогію къ случаямъ, въ которыхъ прекращается обязательственное требованіе. И тутъ равно въ уваженіе принципа внесенія, какъ для избѣжанія нежелательныхъ экономическихъ послѣдствій, необходимо признавать прекращеніе залога лишь послѣдствіемъ погашенія о немъ записи, между тѣмъ какъ совпаденіе и отказъ могутъ имѣть значеніе только правооснованія погашенія.

Нѣсколько особое положеніе слѣдуетъ признать за залогомъ, установленнымъ на срокъ. Тутъ приходится признать прекращеніе залога въ моментъ наступленія срока, такъ какъ срокъ внесенъ въ книгу и прекращеніе, слѣдовательно, происходитъ по самой книгѣ. Запись о внесеніи тутъ исполняетъ одновременно функціи записи о погашеніи. Особое же внесеніе статьи о погашеніи является желательнымъ лишь въ видахъ порядка и для избѣжанія возможныхъ недоразумѣній.

Въ результатѣ оказывается, такимъ образомъ, что принципъ внесенія можетъ быть проведенъ безъ сколько-нибудь серьезныхъ затрудненій также и по вопросу о прекращеніи залога. Остается лишь указать на то, что во всѣхъ случаяхъ прекращенія залога одинъ формальный актъ погашенія приводитъ къ достиженію цѣли только при господствѣ въ данномъ законодательствѣ принципа формальной силы внесенія. Напротивъ, по законодательствамъ, требующимъ каузальности внесенія, прекращеніе залога наступаетъ лишь тогда, когда погашеніе опирается на дѣйствительное правооснованіе. Вмѣстѣ съ тѣмъ, само собой разумѣется, что и статья о погашеніи, внесенная безъ правооснованія и вслѣдствіе этого недѣйствительная, находится подъ защитой публичной вѣры вотчинной книги и оказываетъ поэтому свое дѣйствіе въ пользу добросовѣстныхъ третьихъ лицъ.

Какъ же относятся къ проблемѣ возникновенія и прекращенія залога новѣйшіе западно-европейскіе кодексы?

Можно сказать, что она рѣшается, какъ швейцарскимъ, такъ и

германскимъ уложеніемъ вполнѣ удовлетворительно, благодаря послѣдовательному проведенію принципа внесенія. Правда, что касается перваго изъ нихъ, то нельзя не отмѣтить, что оно допускаетъ въ нѣкоторыхъ исключительныхъ случаяхъ возникновеніе легальной ипотеки, вовсе не подлежащей внесенію въ вотчинную книгу [1]. Но если оставить въ сторонѣ эти единичные отступленія отъ принципа, то слѣдуетъ установить, что возникновеніе залога ставится принципіально въ зависимость отъ внесенія [2]. Что же касается его прекращенія, то ZGB. высказываетъ категорично, что таковое происходитъ лишь вслѣдствіе погашенія или полной гибели участка [3]. Одно же прекращеніе требованія никакой роли не играетъ. Оно является только основаніемъ къ погашенію [4]. Но собственникъ при томъ отнюдь не обязанъ требовать такового, онъ, напротивъ, можетъ оставить запись о залогѣ и уступить ипотеку другому лицу [5]. Другими словами, залоговое право остается въ силѣ и пріобрѣтается собственникомъ. Правда, экономической необходимости въ этомъ нѣтъ, такъ какъ движенія послѣдующихъ ипотекъ и въ случаѣ погашенія не происходитъ, благодаря принятому швейцарскимъ уложеніемъ прикрѣпленію залогового права къ опредѣленному старшинству [6].

То же самое значеніе, какое имѣетъ прекращеніе требованія, признается за юридическими фактами, затрогивающими непосредственно залоговое право [7].

Само собой разумѣется при этомъ, что, какъ въ томъ, такъ и въ другомъ случаѣ принципъ публичной вѣры вотчинной книги остается въ полной силѣ [8].

Система германскаго уложенія приводитъ, въ общемъ, къ тѣмъ же самымъ результатамъ. А именно, для возникновенія ипотеки необходимо внесеніе соотвѣтствующей статьи въ вотчинную книгу [9], для прекращенія—ея погашеніе [10]. Прекращеніе же требованія, совпаденіе въ одномъ лицѣ вѣрителя и собственника, отказъ вѣрителя отъ ипотеки создаютъ

---

[1] Ср. ZGB. 808, 810, 836. Напротивъ, сюда не относится ст. 819, такъ какъ ею лишь признается за требованіемъ ипотечнаго кредитора о возмѣщеніи уплоченныхъ имъ страховыхъ премій то же старшинство, которое имѣетъ само обезпеченное залогомъ требованіе. Другими словами, первое объявляется придаточнымъ ко второму. Равно сюда не относятся ипотеки изъ ст. 837. Онѣ не могутъ считаться ипотеками легальными, такъ какъ законъ является лишь правоосновааніемъ внесенія. То же самое слѣдуетъ сказать, кстати, и объ ипотекѣ изъ ст. 648 германскаго уложенія. Но см. BGB. 1287.

[2] ZGB. 799.

[3] ZGB. 801.

[4] ZGB. 863, 1.—Wieland, Sachenrecht ad 863 P. 4 утверждаетъ, не приводя, однако, никакихъ доказательствъ, что залоговое право прекращается уже вслѣдствіе прекращенія требованія.

[5] ZGB. 863, 2.

[6] ZGB. 813, 814.

[7] ZGB. 863, 2.

[8] ZGB. 865, 872.

[9] BGB. 873.

[10] BGB. 875 ср. 1183.

лишь основаніе къ превращенію залога въ ипотеку или вотчинный долгъ собственника [1]. Это относится равно къ ипотекѣ оборотной, какъ къ ипотекѣ обезпечительной съ тою лишь разницей, что въ случаѣ уступки послѣ прекращенія требованія только первая изъ нихъ пріобрѣтается подъ защитой публичной вѣры вотчинной книги, между тѣмъ какъ вторая къ пріобрѣтателю не переходитъ, а остается ипотекой собственника [2].

По вопросу же о послѣдствіяхъ погашенія замѣчается расхожденіе между германскимъ уложеніемъ и швейцарскимъ: первое изъ нихъ исходитъ изъ воззрѣнія на залогъ, какъ на право вещное, простирающее свою силу на самую вещь и при томъ на всю вещь [3]. Благодаря этому, погашеніе приводитъ къ движенію послѣдующихъ ипотекъ.

Такимъ образомъ, можно сказать, что въ обоихъ новѣйшихъ уложеніяхъ принципіально признается начало внесенія, хотя и допускаются незначительныя отъ него отступленія.

II. Возникновеніе залога по проекту ВУ.

I. Внесеніе статьи о залогѣ.

Вопросу о возникновеніи залога посвящена, прежде всего ст. 47, гласящая, что «залогъ пріобрѣтается со времени внесенія обезпечиваемаго имѣніемъ требованія въ вотчинную книгу на основаніи договора или завѣщанія, или же на основаніи судебнаго рѣшенія или распоряженія правительственнаго установленія, либо земскаго, городского или общественнаго учрежденія».

Къ сожалѣнію, необходимо замѣтить въ первую голову, что редакція этой статьи является неудачной въ троякомъ отношеніи.

Здѣсь, во-первыхъ, упоминается о внесеніи въ вотчинную книгу требованія. Уже по поводу проекта 1893 г., пользовавшагося тѣмъ же самымъ оборотомъ, было замѣчено [4], что вносится не обязательственное требованіе, а право залога. Это замѣчаніе сохраняетъ свое значеніе, разумѣется, и въ настоящее время. Ибо если въ статьѣ о залогѣ и указывается подробно обязательственное требованіе [5], то все же вносится не оно, а, напротивъ, возникающее въ обезпеченіе его вотчинное право. Требованіе же сохраняетъ свой чисто обязательственный характеръ и

---

[1] BGB. 1163. Ср. Gierke, Privatrecht II, S. 921 flg, Dernburg, Sachenrecht, S. 724 flg., Wolff, Sachenrecht, S. 513 flg. Kober, Sachenrecht ad 1163 flg. Тутъ же имѣется перечень спеціальной литературы по вопросу объ ипотекѣ собственника. Ср., впрочемъ, также Hachenburg, Vorträge, S. 510 flg.

[2] Ср. кромѣ указанной въ предыдущемъ примѣчаніи литературы въ особенности Wolff, l. c. S. 543 flg.

[3] Ср. мою статью «Понятіе залогового права въ проектѣ ВУ.»

[4] Кассо, Понятіе о залогѣ, стр. 409. Тутъ же имѣется довольно правдоподобное указаніе на ходъ мыслей, благодаря которому комиссія приняла именно такую терминологію.

[5] Ср. ВУ. 195.

уже по одному этому не можетъ, въ силу ст. I ВУ., подлежать внесенію въ книгу.

Второе возраженіе должно касаться термина «пріобрѣтается». Нельзя сказать, чтобы онъ былъ неправильнымъ. Но онъ недостаточно точенъ, именно, въ данномъ случаѣ. Дѣло въ томъ, что рѣчь идетъ не о пріобрѣтеніи вообще, а лишь о пріобрѣтеніи залога первымъ управомоченнымъ, о возникновеніи или установленіи его. Провозглашаемый же ст. 47 принципъ внесенія имѣетъ обязательную силу для залога лишь при возникновеніи его, между тѣмъ, какъ онъ можетъ быть пріобрѣтаемъ цессіонаріями перваго вѣрителя также внѣ книги, посредствомъ актовой цессіи, другими словами, внѣ зависимости отъ принципа внесенія. Въ виду этого, безспорно желательно провести грань между этими двумя понятіями и выяснить точнѣе, что ст. 47 имѣетъ въ виду лишь случай первоначальнаго установленія залогового права.

Правда, можно предполагать, что формулировка, избранная ст. 47, не вызоветъ на практикѣ никакихъ недоразумѣній. Но въ видахъ научнаго достоинства проекта было бы все же желательно пользоваться болѣе точнымъ терминомъ.

Наконецъ, нельзя не указать на то, что проектъ оставляетъ недоговореннымъ, въ силу какого юридическаго факта собственно возникаетъ залогъ. Онъ говоритъ, что залогъ пріобрѣтается «со времени внесенія», послѣдовавшаго на опредѣленномъ основаніи. Было бы, несомнѣнно, правильнѣе утверждать, что это происходитъ «въ силу» или «вслѣдствіе» внесенія. И тутъ не приходится опасаться практическихъ недоразумѣній. Но и тутъ очевидно не соблюдены требованія elegantiae juris. А кромѣ того, предлагаемая формулировка явно способствуетъ воззрѣнію, противъ котораго сама редакціонная комиссія протестуетъ довольно энергично, говоря [1], что «подъ внесеніемъ залога слѣдуетъ понимать не простое лишь оглашеніе права, уже возникшаго ранѣе, не укрѣпленіе права», а именно «необходимое условіе его возникновенія».

Но несмотря на всѣ эти недочеты, можно все же констатировать, что проектъ въ ст. 47 провозглашаетъ принципъ внесенія и при томъ въ абсолютной формѣ. Ни здѣсь, ни въ другихъ своихъ постановленіяхъ, онъ не допускаетъ никакихъ исключеній. Тѣмъ самымъ устраняется возможность возникновенія залога внѣ книги.

Вмѣстѣ съ тѣмъ, однако, уже изъ той же ст. 47 явствуетъ, что внесеніе само по себѣ, какъ формальный актъ, безсильно создать залоговое право. Для достиженія своей цѣли оно должно происходить, во-первыхъ, на опредѣленномъ правоосновании, а во-вторыхъ, служить обезпеченію обязательственнаго требованія. Проектъ, слѣдовательно, отвергаетъ также и въ области залога принципъ формальной силы внесенія [2].

---

[1] Объясненія 1893 г. I, стр. 277, 1896 г. I, стр. 294.

[2] Ср. мою статью «Основныя начала вотчиной системы по проекту ВУ.», Ж. М. Ю. 1913, 3, стр. 77 сл.

Но прежде чѣмъ перейти къ разсмотрѣнію значенія для возникновенія залога правооснованія и обязательственнаго требованія, необходимо указать вкратцѣ на то, что внесеніе должно совершаться въ согласіи съ принципомъ спеціальности. Правда, этотъ принципъ имѣетъ значеніе также и для другихъ вотчинныхъ правъ, вслѣдствіе чего его нормировка должна бы быть отнесена къ общей части проекта, носящей названіе «Введенія» [1]. Но съ другой стороны, онъ важенъ въ особенности для залогового права и можно даже сказать, что онъ, какъ въ силу самой своей природы, такъ и по историческому своему развитію разсчитанъ прежде всего на него. А въ виду этого вполнѣ понятно, если проектъ ВУ. особо предписываетъ его соблюденіе, именно, по отношенію къ залогу.

Ст. 48 гласитъ, что «залогъ можетъ быть установленъ только въ опредѣленной суммѣ и лишь на всемъ недвижимомъ имѣніи, въ томъ его составѣ, въ какомъ оно значится по вотчинной книгѣ, или на всей долѣ въ имѣніи, если имѣніе принадлежитъ нѣсколькимъ лицамъ на правѣ общей собственности». Такимъ образомъ, здѣсь выставляется начало спеціальности въ томъ двоякомъ смыслѣ, въ каковомъ оно признается современнымъ вотчиннымъ правомъ: каждое вотчинное право должно имѣть опредѣленное содержаніе и опредѣленный объемъ и каждое право должно относиться къ одной опредѣленной недвижимости.

По отношенію къ залогу интересъ представляетъ, прежде всего, вопросъ объ объемѣ его, въ виду чего проектъ и требуетъ установленія его «только въ опредѣленной суммѣ». О необходимости подобной нормы говорить не приходится—она ясна сама собой. И столь же ясно, что несоблюденіе ея приводитъ къ недѣйствительности внесенной статьи: залога не въ опредѣленной суммѣ быть не можетъ и запись о немъ должна считаться pro non scripta. Она подлежитъ, поэтому, уничтоженію по распоряженію начальника вотчиннаго установленія по собственной его иниціативѣ, независимо отъ требованія собственника или какихъ-либо другихъ заинтересованныхъ лицъ [2].

Однако, современный оборотъ признаетъ, какъ извѣстно, особую форму ипотеки, ипотеку кредитную, сущность которой сводится къ тому, что при внесеніи залога устанавливается сумма, въ предѣлахъ коей отвѣчаетъ недвижимость, между тѣмъ какъ объемъ дѣйствительной обремененности участка въ каждый данный моментъ находится въ зависимости отъ перемѣнной величины обязательственнаго требованія. На первый взглядъ можетъ показаться, будто этимъ нарушается принципъ спеціальности [3]. Если же принять во вниманіе цѣль, ради которой выставляется начало спеціальности, то становится яснымъ, что въ кредитномъ

---

[1] Ср. статью «Основныя начала вотчиной системы по проекту ВУ.», Ж. М. Ю. 1913, 4, стр. 93 сл.

[2] Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 288 сл., 1896 г. I, стр. 306 сл.

[3] Ср. ВУ. ст. 138. См. о неудовлетворительной нормировкѣ вопроса объ исправленіи вотчинной книги указанную въ предыдущемъ примѣчаніи статью Ж. М. Ю. 1913, 3, стр. 99 сл.

залогѣ не заключается никакого отступленія отъ него. Вѣдь оно признается не по бухгалтерскимъ соображеніямъ съ тѣмъ, чтобы въ каждое время можно было установить сумму обремененій, лежащихъ на недвижимости, а для того, чтобы обезпеченность младшихъ по отношенію къ данной ипотекѣ правъ не пострадала отъ могущихъ произойти увеличеній ея, другими словами, чтобы максимальная цѣнность предыдущихъ ипотекъ была величиной постоянной. А это вполнѣ достигается установленіемъ предѣльной суммы. Напротивъ, возможность, что дѣйствительная сумма требованія будетъ ниже предѣльной, не нарушаетъ ничьихъ интересовъ, оставляетъ совершенно незатронутыми тѣ цѣли, ради которыхъ провозглашается принципъ спеціальности.

Не больше затрудненій представляетъ это начало въ примѣненіи къ недвижимости. Наиболѣе послѣдовательнымъ было бы, разумѣется, допущеніе установленія залога лишь на опредѣленномъ имѣніи и при томъ на всемъ имѣніи. Однако, практическія соображенія требуютъ смягченія принципа въ одномъ отношеніи: если недвижимость состоитъ въ сособственности нѣсколькихъ лицъ, то допускается установленіе залога также и въ идеальныхъ доляхъ каждаго сособственника. На эту точку зрѣнія сталъ и нашъ проектъ въ виду того, что противоположнымъ правиломъ чрезмѣрно суживались бы права сособственниковъ [2]. И такъ какъ при внесеніи права сособственности доли отдѣльныхъ сособственниковъ должны быть точно обозначены [3], то, съ одной стороны, вполнѣ соблюдается и при такомъ порядкѣ требованіе опредѣленности объекта, а съ другой, не слишкомъ страдаютъ ясность и наглядность вотчинной книги.

Напротивъ, реальныя части имѣнія не могутъ быть объектомъ особыхъ правъ, а въ частности, ипотеки [4]). Если появляется экономическая потребность въ этомъ, то она можетъ быть удовлетворена путемъ выдѣленія даннаго участка съ заведеніемъ для него особой вотчинной книги. Подобное ограниченіе вызывается, какъ трудностью точнаго опредѣленія въ книгѣ данной реальной части—пришлось бы завести для нея въ предѣлахъ четвертаго отдѣла какъ бы особый первый отдѣлъ вотчинной книги [5], такъ и въ интересахъ наглядности книги.

Итакъ, примѣненіе принципа спеціальности къ залогу въ проектѣ ВУ. не вызываетъ никакихъ затрудненій. Остается только замѣтить, что таковыя не вызываются и по вопросу о допустимости совокупной ипотеки, обременяющей нѣсколько недвижимостей по началамъ солидарной отвѣтственности. Начало спеціальности затрогивается тутъ въ обоихъ проявленіяхъ, но оно ничуть не нарушается. А именно, объекты

---

[1] Такое мнѣніе высказывается въ отзывѣ министра внутреннихъ дѣлъ, стр. 17. Противъ него возражаетъ особая комиссія—см. Ж. О. К., стр. 141.

[2] Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 291 сл., 1896 г. I, стр. 309 сл.

[3] ВУ. ст. 131, 195, 6.

[4] ВУ. этого правила прямо не высказываетъ, такъ какъ оно слѣдуетъ непосредственно изъ ст. 48. Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 291, 1896 г. I, стр. 308 сл.

[5] Ср. ВУ. ст. 118.

права обладаютъ, несмотря на множественность, полною опредѣленностью, а объемъ обезпечиваемаго требованія точно установленъ, при чемъ, съ практической точки зрѣнія, наблюдается извѣстное сходство между совокупной ипотекой, лежащей на каждой изъ обремененныхъ недвижимостей, и кредитнымъ залогомъ. Если же совокупный залогъ признается, тѣмъ не менѣе, проектомъ ВУ. только въ виду исключенія [1], то причиной тому являются уже соображенія цивильно-политическія. На нихъ же покоится и ст. 58, согласно которой «кредиторъ можетъ обезпечить свое требованіе на нѣсколькихъ имѣніяхъ должника, раздѣливъ сумму требованія на нѣсколько частей по числу имѣній, на коихъ устанавливается понудительный залогъ» [2]. Къ принципу же спеціальности это постановленіе не имѣетъ прямого отношенія, хотя на первый взглядъ и можетъ получиться именно такое впечатлѣніе.

2. Правооснованіе внесенія.

Проектъ признаетъ не менѣе четырехъ правооснованій внесенія статьи о залогѣ, а именно: договоръ, завѣщаніе, судебное рѣшеніе и распоряженіе правительственнаго, земскаго, городского или общественнаго учрежденія. На основаніи первыхъ двухъ возникаетъ залогъ добровольный, между тѣмъ какъ въ остальныхъ случаяхъ устанавливается принудительный залогъ. Напротивъ, законъ, какъ таковой, не только не приводитъ, въ нарушеніе принципа внесенія, къ непосредственному возникновенію залога, но и не служитъ правооснованіемъ внесенія — въ противоположность другимъ современнымъ кодексамъ [3]. Составители проекта были, очевидно, того мнѣнія, что господствующія у насъ условія не вызываютъ необходимости въ предоставленіи опредѣленнымъ требованіямъ подобнаго льготнаго положенія. Насколько такой взглядъ правиленъ, это можетъ быть выяснено, разумѣется, только со временемъ, на основаніи практическаго опыта.

Что касается договора, то почти излишне говорить, что рѣчь идетъ здѣсь о вотчинномъ договорѣ, заключенномъ между сторонами въ вотчинномъ установленіи или у нотаріуса и содержащемъ въ себѣ соглашеніе объ установленіи залога въ недвижимости одной изъ сторонъ съ цѣлью обезпеченія обязательственнаго требованія другой стороны [4]. Само

---

[1] Ср. статью «Отвѣтственность заложеннаго имѣнія по проекту ВУ.», Юрид. Записки 1913 г., I, стр. 176 сл.

[2] Ср. Объясненія 1893 г. I, стр., 337 сл., 1896 г. I, стр. 342. сл.

[3] Ср. BGB. 648, Gesetz v. 1. 6. 1909 über die Sicherung der Bauforderungen, bes. 9 flg., ZGB. 820, 837 flg.

[4] ВУ. 4, 248 сл., 282, 292 сл. — Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 281 сл., 1896 г. I, стр. 298 сл. Если, впрочемъ, Объясненія называютъ договоръ о залогѣ соглашеніемъ, «въ силу коего должникъ установляетъ на своемъ имѣніи залогъ въ пользу кредитора, обезпечивающій извѣстное требованіе сего послѣдняго», то это довольно неточно и можетъ даже вызвать впечатлѣніе, будто за внесеніемъ признается лишь значеніе укрѣпленія или оглашенія уже возникшаго на основаніи договора залогового права.

собой разумѣется и то, что договоръ этотъ является, съ матеріальной точки зрѣнія, чѣмъ то самостоятельнымъ, отдѣльно существующимъ отъ могущаго быть заключеннымъ между сторонами договора объ обезпечиваемомъ обязательствѣ [1]. Въ этомъ отношеніи договоръ о залогѣ нисколько не отличается отъ договоровъ объ установленіи какихъ-либо другихъ вотчинныхъ правъ. А въ частности слѣдуетъ отмѣтить, что и этотъ договоръ долженъ имѣть каузальный характеръ въ силу самой своей природы. Если же редакціонная комиссія указываетъ, кромѣ того, еще и на то [2], что правооснованіемъ для внесенія долженъ служить именно договоръ, а не одностороннее согласіе на внесеніе собственника, то это вытекаетъ уже какъ изъ дословнаго смысла ст. 47, такъ и вообще изъ всей системы проекта ВУ.

Никакихъ сомнѣній по своей сущности не вызываетъ и завѣщаніе въ качествѣ правооснованія для внесенія залога. Съ одной стороны, какъ замѣчаютъ и Объясненія [3], нельзя сомнѣваться въ правѣ наслѣдодателя распоряжаться своимъ имуществомъ на случай смерти также и въ этой формѣ, а съ другой—ясно, что подобное распоряженіе можетъ играть, при господствѣ вотчинной системы, роль только правооснованія, а не факта, созидающаго непосредственно данное право. Мимоходомъ слѣдуетъ отмѣтить развѣ еще то, что въ практической необходимости завѣщательнаго залога въ обезпеченіе отказанныхъ въ завѣщаніи суммъ [4] не можетъ быть сомнѣнія въ особенности тогда, когда недвижимость, во избѣжаніе ея дробленія, предоставляется лишь одному изъ сонаслѣдниковъ. Напротивъ, меньшую и пожалуй даже довольно незначительную роль сыграетъ на практикѣ завѣщательный залогъ въ обезпеченіе существующаго уже требованія [5].

Можно, впрочемъ, упомянуть о томъ, что вопросъ о допустимости этого второго вида завѣщательнаго залога возбудилъ споры въ средѣ редакціонной комиссіи при составленіи проекта 1893 г. и былъ тогда рѣшенъ въ отрицательномъ смыслѣ [6]. Затѣмъ, однако, комиссія измѣнила

---

[1] Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 281, 1896 г. I, стр. 298.

[2] Объясненія 1893 г. I, стр. 282, 1896 г. I, стр. 299.

[3] 1893 г. I, стр. 282 сл., 1896 г. I, стр. 299 сл.

[4] ВУ. 52,2 говоритъ прямо объ отказахъ. Это не вполнѣ точно, такъ какъ дѣло можетъ итти также о наслѣдственныхъ доляхъ, въ противоположность отказамъ въ техническомъ смыслѣ слова. Мимоходомъ стоитъ, впрочемъ, отмѣтить какъ черту, характерную для несогласованности нашихъ гражданско-правовыхъ законопроектовъ, что ВУ. 52 упоминаетъ объ отказахъ и проектъ ГУ. 1046 объ «отказанныхъ по завѣщанію суммахъ», между тѣмъ какъ тотъ же проектъ ГУ. въ отдѣлѣ наслѣдственнаго права рѣшительно отклоняетъ институтъ отказовъ—ср. объ этомъ рецензіи автора о книгѣ Зелера: Der Entwurf des russischen Zivilgesetzbuches въ Ж. М. Ю. 1912, 4, стр. 352 сл., и Kritische Vierteljahrsschrift 1912, 3, S. 386 flg.

[5] Казалось бы, что онъ можетъ пріобрѣсти значеніе лишь въ такихъ случаяхъ, когда между вѣрителемъ и завѣщателемъ существовали такія особыя личныя отношенія, которыя не переходятъ на наслѣдниковъ послѣдняго. Но такіе случаи едва ли будутъ встрѣчаться очень часто.

[6] Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 301 сл.

свое мнѣніе и въ проектъ 1896 г. вошла уже ст. 52 съ нынѣшнимъ своимъ содержаніемъ, при чемъ, однако, не указывается въ Объясненіяхъ, на основаніи какихъ соображеній мнѣніе прежняго меньшинства было признано правильнымъ всею комиссіей [1].

Но какъ бы то ни было, во всякомъ случаѣ нѣтъ причины возражать противъ окончательнаго рѣшенія комиссіи. Въ правѣ завѣщателя распоряжаться объ установленіи залога нельзя сомнѣваться, а тѣ злоупотребленія, которыхъ опасалось большинство комиссіи въ 1893 г., едва ли имѣютъ реальное значеніе.

Напротивъ, не малыя сомнѣнія должно вызвать третье изъ предусмотрѣнныхъ проектомъ правооснованій залога, а именно судебное рѣшеніе. Здѣсь не мѣсто входить ни въ конструктивную, ни въ цивильно-политическую оцѣнку принудительнаго залога, вносимаго на основаніи судебнаго рѣшенія [2]. Но нельзя не указать и здѣсь на то обстоятельство, что при признаніи вообще принудительнаго залога, непослѣдовательно и даже неправильно проводить грань между вступившимъ въ законную силу рѣшеніемъ съ одной стороны и не вступившимъ въ законную силу или неокончательнымъ рѣшеніемъ и постановленіемъ суда объ обезпеченіи иска, съ другой, въ томъ смыслѣ, что лишь по первому вносится запись о залогѣ, между тѣмъ, какъ по вторымъ вносится лишь отмѣтка [3]). Это слѣдуетъ сказать при томъ, не только въ видахъ сохраненія чистоты понятія отмѣтки [4], но также и съ чисто практической точки зрѣнія. Дѣло въ томъ, что въ случаѣ публичной продажи недвижимости, отмѣтка о принудительномъ залогѣ обладаетъ совершенно тою же самой силой, какъ запись о немъ и удовлетворяется въ томъ же порядкѣ и въ томъ же размѣрѣ [5]. Къ тому же можно отмѣтить лишній разъ, что въ признаніи такой отмѣтки ипотекой не крылось бы ни неосторожности ни жестокости по отношеніи къ должнику, такъ какъ принудительный залогъ является строго акцессорнымъ.

Никакого интереса съ цивилистической точки зрѣнія не представляетъ второй, предусмотрѣнный проектомъ видъ принудительнаго залога—залогъ, вносимый на основаніи распоряженія правительственныхъ и другихъ публично-правовыхъ установленій. Тутъ рѣшающую роль сыграли

---

[1] Въ Объясненіяхъ 1896 г. I, стр. 317 сл. передаются лишь соображенія прежняго меньшинства. Ср., кромѣ того, Св. Зам. № 152, гдѣ излагаются Ревельскимъ Окружнымъ Судомъ доводы противъ нормировки, принятой проектомъ 1893 г. Довольно своеобразная мысль высказывается, впрочемъ, въ Св. Зам. № 153. Тутъ предлагается отнести завѣщательный залогъ къ залогу принудительному—«такъ какъ онъ устанавливается безъ согласія наслѣдника должника и безъ согласія кредитора». Тотъ же критикъ желаетъ связать завѣщательный залогъ «съ ограниченіемъ права отчужденія и залога»—Св. Зам., № 163.

[2] Ср. мою статью «Система залоговыхъ правъ по проекту ВУ.», Юрид. Зап. 1911, I, стр. 77 сл.

[3] ВУ. 55, 149, 151.

[4] Ср. статью «Основныя начала вотчиной системы по проекту ВУ.» Ж. М. Ю. 1913, 4, стр. 81 сл.

[5] Проектъ ППВ. 173,3, 200, 203.

исключительно фискальныя соображенія [1]. И остается только высказать сомнѣніе, съ одной стороны, въ необходимости этого новаго института, такъ какъ интересы фиска и безъ того достаточно обезпечены проектами ВУ. и ППВ. [2], а съ другой — въ обоснованности приравненія распоряженій этихъ мѣстъ къ вошедшимъ въ законную силу судебнымъ рѣшеніямъ. Что касается этого, то, по системѣ проекта, слѣдовало допускать внесеніе не записи, а лишь отмѣтки, пока за собственникомъ-должникомъ остается право обжалованія данныхъ распоряженій.

Редакціонная комиссія, впрочемъ, излагая ученіе о правооснованіи залога, высказываетъ мнѣніе [3], что подъ правооснованіемъ слѣдуетъ понимать «отдѣльное отъ самого требованія право домогаться особаго для этого требованія обезпеченія въ видѣ установленія залога». Это, конечно, неправильно. Правооснованіе никоимъ образомъ не есть право, а есть лишь юридическій фактъ или совокупность юридическихъ фактовъ, при наличности которыхъ внесеніе въ книгу приводитъ къ возникновенію залога. Но, разумѣется, изъ правооснованія можетъ вытекать упоминаемое Объясненіями право требовать внесенія залога. При этомъ, договоръ о залогѣ, по конструкціи проекта ВУ., самъ по себѣ заключаетъ въ себѣ обращенное къ вотчинному установленію требованіе внесенія [4], между тѣмъ какъ по завѣщанію должно быть подано особое прошеніе, за исключеніемъ одного, предусмотрѣннаго въ проектѣ случая, когда распоряженіе завѣщателя объ установленіи залога принимается въ соображеніе вотчиннымъ установленіемъ ex officio [5]. Напротивъ, судебное рѣшеніе, какъ таковое, не имѣетъ никакого отношенія къ залогу. Оно пріобрѣтаетъ его только вслѣдствіе предпринятія взыскателемъ опредѣленныхъ шаговъ [1]. Наконецъ, распоряженіе правительственнаго или другого присутствія можетъ быть приравнено скорѣе всего къ договору о залогѣ, такъ какъ въ немъ сливаются въ одно и правооснованіе въ тѣсномъ смыслѣ слова, т.-е. установленіе наличности недоимки и обращенное къ вотчинному установленію требованіе внесенія залога.

По этому поводу редакціонною комиссіей выдвигается вопросъ [6], подлежитъ ли право на внесеніе залога, вытекающее изъ правооснованія, уступкѣ.

Подобное право является, безспорно, правомъ личнымъ, не имѣющимъ силы противъ третьихъ лицъ, въ частности, противъ сингулярныхъ правопреемниковъ должника. Вмѣстѣ съ тѣмъ, нельзя не считать его

---

[1] Объясненія 1893 г. I, стр. 334 сл., 1896 г. I, стр. 340 сл.

[2] Ср. ВУ. 11,2 и 12,2. ППВ. 197,2 и 200,3.

[3] Объясненія 1893 г. I, стр. 279, 1896 г. I, стр. 296.

[4] ВУ. 274 сл. Ср. статью «Основныя начала вотчинной системы по проекту ВУ.», Ж. М. Ю. 1913, 3, стр. 82 сл.

[5] ВУ. 145 сл., 148.

[6] ВУ. 149 сл. Въ этихъ статьяхъ упоминается, впрочемъ, только о представленіи въ вотчинное установленіе исполнительнаго листа. Но совершенно ясно, что такое представленіе должно быть сопровождено просьбой о внесеніи статьи, на каковую и указывается мимоходомъ въ ст. 132, I.

[7] Объясненія 1893 г. I, стр. 279 сл., 1896 г. I, стр. 296 сл.

правомъ акцессорнымъ, существующимъ ради опредѣленнаго или опредѣлимаго обязательственнаго требованія и находящимся въ строгой отъ него зависимости. Въ силу самой сущности дѣла немыслимо, чтобы за извѣстнымъ лицомъ признавалось право на внесеніе залога внѣ подобной зависимости. А поэтому и не можетъ быть рѣчи о самостоятельной уступкѣ права на внесеніе, не говоря уже объ уступкѣ самаго правоосновавія.

Другой вопросъ, разумѣется,—переходитъ ли право на внесеніе залога къ лицу, пріобрѣвшему обязательственное требованіе. На этотъ вопросъ слѣдуетъ отвѣтить, очевидно, утвердительно, если только между сторонами не оговорено противное. Въ правѣ на внесеніе отсутствуетъ элементъ личный, который могъ бы воспрепятствовать переходу его къ третьему лицу и, какъ акцессорное, оно должно раздѣлять судьбу права главнаго. Къ тому же слѣдуетъ имѣть въ виду, что цѣнность самаго обязательственнаго требованія, а, слѣдовательно, и его оборотоспособность зависитъ въ значительной степени отъ обезпеченности его. И при молчаніи по этому вопросу проекта ВУ. кажется вполнѣ допустимымъ примѣнять къ нему по аналогіи ст. 85, признающую за ипотечнымъ кредиторомъ право уступать обезпеченное залогомъ требованіе и тѣмъ самымъ признающую переходъ вмѣстѣ съ требованіемъ обезпечивающаго его залогового права.

По мнѣнію редакціонной комиссіи этотъ вопросъ имѣетъ, впрочемъ, значеніе только по отношенію къ завѣщательному и принудительному залогу, не касаясь вовсе залога договорнаго, такъ какъ договоры о залогѣ, заключаемые по проектамъ 1893 и 1896 гг. исключительно въ вотчинномъ установленіи, считаются окончательными. Благодаря этому, дальнѣйшее производство по внесенію имѣетъ мѣсто ex officio, помимо всякаго участія сторонъ.

Для предварительныхъ двухъ проектовъ это утвержденіе безспорно правильно, хотя и можно замѣтить, что невозможность уступки вытекаетъ не изъ самаго существа договора о залогѣ, а лишь изъ положительныхъ нормъ, выставленныхъ проектомъ по чисто практическимъ соображеніямъ. Только благодаря имъ создается единство договора и внесенія, приводящее къ тому, что правооснованіе, возникая и исполняя свои функціи, одновременно и лишается всякаго самостоятельнаго значенія. Но съ точки зрѣнія отвлеченной теоріи все же создается право на внесеніе, которое и можетъ быть уступлено, хотя бы это практически и оказалось невозможнымъ.

Однако, проектъ ВУ. 1907 г. допускаетъ заключеніе вотчинныхъ договоровъ не только въ вотчинномъ установленіи, но также и у нотаріуса [1]. И если соображенія редакціонной комиссіи сохраняютъ свое значеніе для договоровъ первой категоріи, то они не могутъ быть примѣнены столь же безусловно къ вотчиннымъ договорамъ нотаріальнымъ. Здѣсь, именно, составителямъ проекта не удалось создать то единство акта и внесенія, къ которому они стремились—принятыя ими для этой

[1] ВУ. 4, ср. Ж. О. К., стр. 49 сл.

цѣли практическія мѣры оказываются недостаточными [1]. Въ частности мыслимо совершеніе собственникомъ въ промежутокъ времени между заключеніемъ договора и полученіемъ его въ вотчинномъ установленіи такихъ актовъ распоряженія, вслѣдствіе которыхъ начальникъ установленія пріостановитъ, въ силу ст. 276,2, внесеніе соотвѣтствующей статьи. Тогда, безспорно, право на внесеніе принимаетъ актуальный и, въ извѣстномъ смыслѣ, самостоятельный характеръ. И тогда же, очевидно, становится возможнымъ его уступка третьему лицу, вмѣстѣ съ уступкой обязательственнаго требованія.

Гораздо проще обстоитъ дѣло съ залогомъ завѣщательнымъ. Изъ завѣщательнаго распоряженія вытекаетъ личное право на внесеніе. И едва ли можетъ быть сомнѣніе въ томъ, что это право свободно можетъ быть уступаемо вмѣстѣ съ подлежащимъ обезпеченію требованіемъ.

Что же касается роли судебнаго рѣшенія или въ частности, исполнительнаго листа, то уже выше было указано на то, что исполнительный листъ, какъ таковой, никакого отношенія къ залогу не имѣетъ до подачи взыскателемъ соотвѣтствующаго прошенія въ вотчинное установленіе. До этого момента нельзя считать исполнительный листъ правоосновaніемъ для залога. Онъ обладаетъ вполнѣ самостоятельнымъ характеромъ и можетъ быть, какъ извѣстно, свободно уступаемъ третьему лицу. При этомъ, само собой разумѣется, что пріобрѣтатель правъ по исполнительному листу можетъ, со своей стороны, принять мѣры ко внесенію принудительнаго залога.

Другой вопросъ, возможна ли уступка правъ на внесеніе послѣ установленія связи между исполнительнымъ листомъ и залогомъ, т.-е. послѣ подачи соотвѣтствующаго прошенія съ представленіемъ исполнительнаго листа въ вотчинное установленіе. Прямого отвѣта съ указаніемъ формъ, въ которыхъ должна была бы совершаться уступка, проектъ не даетъ. А съ другой стороны, формы, предусмотрѣнныя для уступки залогового права, тутъ непримѣнимы. Въ виду этого, необходимо притти къ выводу, что послѣ указаннаго момента уступка права на внесеніе не допустима и это тѣмъ болѣе, что такой результатъ вполнѣ цѣлесообразенъ, такъ какъ въ противномъ случаѣ могли бы пострадать ясность и наглядность книги. Слѣдовательно, поступающее въ вотчинное установленіе извѣщеніе о совершившейся цессіи съ просьбой о внесеніи залога уже въ пользу цессіонарія должно игнорироваться. Если при томъ уже были приняты мѣры къ исполненію просьбы о внесеніи, въ частности, если она уже была внесена въ реестръ, то кромѣ того, и принципъ единства акта внесенія [2] не позволяетъ считаться съ цессіей. Если же просьба о внесеніи еще не получила движенія, то за просителемъ должно быть признано право взять ее обратно [3], съ тѣмъ, чтобы она была возобновлена уже цессіонаріемъ.

---

[1] Ср. статью« Основныя начала вотчинной системы по проекту ВУ.», Ж. М. Ю 1913, 3, стр. 91 сл.

[2] Ср. ВУ. 224 сл., въ особ. 240, 274 сл.

[3] По аналогіи со ст. 276, 1.

Кажется, что этотъ вопросъ долженъ быть рѣшенъ по постановленіямъ проекта, именно, такъ—вопреки утвержденію Объясненій, не вполнѣ, впрочемъ, ясному. Можно прибавить, что и съ точки зрѣнія потребностей оборота другое рѣшеніе едва ли является необходимымъ или хотя бы желательнымъ. Къ тому же трудно предполагать, чтобы поставленный редакціонною комиссіей вопросъ вообще имѣлъ сколько-нибудь серьезное практическое значеніе. Едва ли проявится особенно сильная потребность въ уступкѣ права на внесеніе залога, именно, въ промежутокъ времени между подачей просьбы о внесеніи и совершеніемъ внесенія. И это приходится предполагать тѣмъ болѣе, что цессія можетъ быть совершена безпрепятственно тотчасъ же послѣ завершенія этого обряда.

3. Обезпечиваемое требованіе.

Залогъ признается проектомъ, какъ извѣстно, правомъ акцессорнымъ, абстрактное же обремененіе недвижимости въ формѣ вотчиннаго долга не допускается. Вслѣдствіе этого, для возникновенія залога существенно, наряду со внесеніемъ, происходящимъ въ силу опредѣленнаго правоосновапія, еще наличность обязательственнаго требованія, ради котораго и существуетъ самый залогъ. Происхожденіе требованія, при этомъ, вполнѣ безразлично. Оно можетъ быть, какъ договорнымъ, такъ и внѣдоговорнымъ, въ частности деликтнымъ. Это, впрочемъ, разумѣется, въ сущности, самой собой. Но проектъ все же считаетъ нужнымъ указать на это особо, пользуясь, при этомъ, неудачнымъ пріемомъ перечисленія нѣкоторыхъ примѣровъ, вмѣсто указанія общаго начала [1].

Объясненія указываютъ [2], однако, по этому поводу вполнѣ основательно еще и на то, что вотчинное установленіе не должно входить при внесеніи залога въ разсмотрѣніе вопроса о дѣйствительности требованія съ матеріальной точки зрѣнія. Напротивъ, оно обязано лишь удостовѣриться въ томъ, существуетъ ли, съ формальной точки зрѣнія, обязательственное требованіе. И если это условіе соблюдено, то внесеніе должно послѣдовать безпрепятственно.

Съ этимъ замѣчаніемъ нельзя не согласиться, такъ какъ оно непосредственно вытекаетъ изъ современнаго принципа формальной легальности, возлагающаго на вотчинныя установленія лишь обязанность наблюдать за закономѣрностью сдѣлки съ формальной точки зрѣнія, между тѣмъ, какъ господствовавшее въ прежнія времена начало матеріальной легальности обязывало его провѣрять не только формальную сторону вопроса, но также внутреннюю законность и дѣйствительность сдѣлки, служащей основаніемъ для внесенія. А благодаря этому, обсужденію подлежалъ и вопросъ о дѣйствительности обязательственнаго требованія [3].

---

[1] Ст. 52. Тотъ же пріемъ примѣняется, впрочемъ, редакціонною комиссіей еще и въ другихъ статьяхъ, ср. напр., ст. 20, 21.

[2] Объясненія 1893 г. I, стр. 277 сл. 1896 г., I, стр. 295 сл.

[3] Ср. Stobbe-Lehmann, Handbuch II, 1, S. 391, II, 2, S. 178, Gierke, Privatrecht II, S. 299 flg., Turnau-Foerster, Liegenschaftsrecht II, S. 215 flg., Oberneck, Reichs-

Однако, при установленіи этого обстоятельства, возникаетъ вопросъ о томъ, какое значеніе имѣетъ и какія послѣдствія влечетъ за собой внесеніе въ вотчинную книгу залога, если оно послѣдовало несмотря на то, что подлежащаго обезпеченію требованія не существовало. Возникаетъ ли въ такомъ случаѣ залоговое право и какое, при отрицательномъ отвѣтѣ, должно быть признано значеніе за внесенной въ вотчинную книгу статьей?

На эти вопросы ни самъ проектъ, ни матеріалы не даютъ прямого отвѣта. Между тѣмъ, ихъ рѣшеніе является необходимымъ.

При выясненіи этой проблемы слѣдуетъ провести грань между случаями двоякаго рода. Мыслимо, во-первыхъ, что обязательственное требованіе недѣйствительно, и во-вторыхъ, что оно еще не существуетъ, но что его возникновеніе въ будущемъ предполагается. Въ этомъ второмъ случаѣ будетъ на лицо залогъ кредитный въ обезпеченіе обязательства, могущаго возникнуть лишь въ будущемъ или могущаго лишь въ будущемъ достигнуть извѣстной предѣльной суммы [1].

Обращаясь сначала къ второму изъ этихъ двухъ случаевъ, можно сказать, что онъ возбудилъ интересъ также и въ средѣ редакціонной комиссіи. По поводу его Объясненія замѣчаютъ [2], что «установленіе кредитнаго залога само по себѣ не порождаетъ этого права въ пользу кредитора». Залогъ въ пользу кредитора возникаетъ лишь съ возникновеніемъ требованія и лишь въ предѣлахъ послѣдняго. А при установленіи требуется только наличность такого конкретнаго правоотношенія, изъ коего данное требованіе можетъ возникнуть. Но само собой разумѣется, что возникшій впослѣдствіи залогъ пользуется старшинствомъ по времени внесенія.

---

grundbuchrecht I, S. 192 flg., ZGB. 965, Wieland, Sachenrecht ad 965, Ostertag, Sachenrecht ad 965. Въ русской литературѣ ср. Ельяшевичъ, Очеркъ развитія, стр. 46 сл.

[1] Въ связи съ этимъ слѣдуетъ указать на утвержденіе Объясненій 1893 г. I, стр. 308, 1896 г. I, стр. 322, согласно которому внесеніе записи о кредитномъ залогѣ «предполагаетъ непремѣннымъ условіемъ существованіе, во время установленія залога, по крайней мѣрѣ того извѣстнаго, конкретнаго правоотношенія, изъ коего данное требованіе можетъ возникнуть». Съ точки зрѣнія проекта ВУ., съ этимъ необходимо согласиться, но лишь потому, что ст. 195 требуетъ, чтобы въ вотчинной книгѣ означалось «происхожденіе требованія, а именно, проистекаетъ ли оно изъ займа, или купли-продажи, поставки, подряда и т. п.» Но изъ самой сущности кредитнаго залога это правило нисколько не вытекаетъ—вопреки утвержденію Объясненій. Вполнѣ мыслимо, напротивъ, и обезпеченіе имъ всѣхъ вообще требованій, могущихъ возникнуть въ будущемъ въ пользу даннаго кредитора. Это и признается по отношенію къ германскому уложенію мнѣніемъ, господствующимъ въ литературѣ, хотя имѣются и противники его. Ср. Gierke, Privatrecht II, S. 907 Anm. 44, Dernburg, Sachenrecht, S. 808, Kober ad 1190, P. 2 a. То же воззрѣніе защищаетъ, по отношенію къ швейцарскому уложенію, Wieland, Sachenrecht ad 824, 825, P. 5 a. И въ самомъ дѣлѣ, ни въ одномъ изъ обоихъ уложеній нѣтъ постановленій, опровергающихъ правильность такого взгляда, въ частности нѣтъ предписаній, аналогичныхъ ст. 195 проекта ВУ.—ср. BGB. 1115, ZGB. 794 flg., 824 flg.

[2] Объясненія 1893 г. I, стр. 307 сл., 1896 г. I, стр. 321 сл.

Нельзя сказать, чтобы формулировка выставляемыхъ тутъ въ Объясненіяхъ тезисовъ была особенно удачна. Ясно, что нельзя утверждать, къ тому же въ одной и той же фразѣ, что залогъ установленъ и что, тѣмъ не менѣе, не возникло въ пользу кредитора залогового права. По системѣ нашего проекта, не признающаго ипотеки собственника, это является непримиримымъ противорѣчіемъ, такъ какъ залогъ можетъ возникнуть только въ пользу другого, кромѣ собственника, лица, а, слѣдовательно, въ каждомъ данномъ случаѣ, только въ пользу кредитора. Если же этого нѣтъ, то не можетъ быть и залога.

Несмотря на это, слѣдуетъ, однако, признать, что Объясненія, въ сущности, пользуются лишь неточной терминологіей, но имѣютъ въ виду, хотя и безсознательно, нѣчто вполнѣ правильное. А именно, нельзя не согласиться, что при данныхъ условіяхъ внесеніе записи о залогѣ не порождаетъ въ пользу кредитора залогового права. Но въ такомъ случаѣ не приходится и говорить объ установленіи залога. На лицо имѣется лишь фактъ, что въ книгу внесена запись о залогѣ. Однако, до возникновенія требованія и пріобрѣтенія залогового права кредиторомъ, запись эта исполняетъ, какъ сознаютъ и авторы Объясненій только одну функцію: она сохраняетъ старшинство для имѣющаго возникнуть залога. Другими словами, она исполняетъ функціи отмѣтки о старшинствѣ, отличаясь отъ предусмотрѣнной въ проектѣ отмѣтки о старшинствѣ [1] лишь въ одномъ отношеніи—она уже не нуждается ни въ какихъ дополненіяхъ и пріобрѣтаетъ полную силу записи, лишь только появляются матеріальныя для этого условія.

Въ виду этого остается признать, что и самый проектъ и Объясненія выражаются неточно, говоря, что залогъ вносится въ обезпеченіе будущаго требованія. На самомъ дѣлѣ, въ формѣ записи о залогѣ въ вотчинную книгу вносится ничто иное, какъ отмѣтка о будущемъ залогѣ, обладающая нѣсколько особымъ характеромъ, но все же представляющая полную аналогію къ отмѣткѣ о сохраненіи старшинства. И нельзя не замѣтить по этому поводу, что такой неудовлетворительный, съ конструктивной точки зрѣнія, результатъ является неминуемымъ по слѣдствіемъ того, что проектъ ВУ. стремится къ достиженію цѣлей, отвѣчающихъ современнымъ функціямъ залога, относясь при томъ отрицательно къ техникѣ современнаго вотчиннаго права, а въ частности, не признавая ипотеки собственника. Ибо при помощи ея желанная цѣль достигалась бы безъ всякихъ затрудненій [2].

Аналогичное съ этимъ рѣшеніе долженъ получить вопросъ, какое создается положеніе тогда, когда уже возникшее по кредитному залогу требованіе не достигаетъ предѣльнаго размѣра. Залоговое право можетъ,

---

[1] ВУ. 68 сл.

[2] См. BGB. 1163, ср. Gierke, Privatrecht II, S. 902, Wolff, Sachenrecht S. 543 flg., Kober ad 1168, P. II, 1 a. Швейцарское уложеніе соотвѣтствующаго постановленія прямо не высказываетъ. Но если сопоставить ст. 824, 813, 814, 863, то нельзя сомнѣваться въ томъ, что оно рѣшаетъ этотъ вопросъ такъ же, какъ уложеніе германское.

очевидно, существовать только въ размѣрѣ возникшаго требованія. По отношенію же къ излишку запись о залогѣ продолжаетъ играть роль отмѣтки для сохраненія старшинства. Благодаря этому получается результатъ, что при перемѣнномъ составѣ требованія соотвѣтственно мѣняется и характеръ внесенной въ вотчинную книгу статьи. Это результатъ, разумѣется, не особенно удачный съ конструктивной точки зрѣнія. Но онъ неизбѣженъ при тѣхъ особенностяхъ, которыми обладаетъ нашъ проектъ. Впрочемъ, можно добавить, что подобный же, хотя и болѣе удовлетворительный перемѣнный характеръ свойственъ записи о кредитномъ залогѣ также и по германскому праву. Здѣсь, однако, колебанія происходятъ между ипотекой въ пользу кредитора и ипотекой собственника [1] и внесенная въ вотчинную книгу статья все же неизмѣнно сохраняетъ характеръ записи о залогѣ.

Если обратиться, затѣмъ, къ вопросу о томъ, какое значеніе и какія послѣдствія имѣетъ статья, внесенная въ обезпеченіе недѣйствительнаго требованія, то необходимо признать прежде всего, что недѣйствительность требованія должна повлечь за собой недѣйствительность и записи. Собственникъ имѣетъ, слѣдовательно, право требовать ея погашенія, если только недѣйствительность не была покрыта публичною вѣрой книги, до внесенія въ нее отмѣтки о предъявленіи собственникомъ соотвѣтствующаго иска.

Это, очевидно, и отвѣчаетъ воззрѣніямъ составителей проекта, не нашедшимъ, правда, въ самомъ проектѣ выраженія [2]. Напротивъ, невозможно согласиться съ мнѣніемъ ихъ, насколько оно касается послѣдствій погашенія, послѣдовавшаго въ виду недѣйствительности требованія. Это мнѣніе сводится къ тому, что погашенная запись признается несуществующей и не существовавшей. Это вытекаетъ съ полною ясностью изъ сказаннаго въ Объясненіяхъ [3] по поводу статьи о залогѣ, погашенной вслѣдствіе прекращенія залогового права. Такая статья пріобрѣтаетъ, въ силу ст. 108, значеніе отмѣтки о предстоящемъ залогѣ. Что же касается статьи, погашенной въ виду недѣйствительности требованія, то редакціонная комиссія прямо заявляетъ, что тутъ «не можетъ быть и рѣчи о сохраненіи старшинства».

Мотивировки столь рѣшительно высказываемаго мнѣнія не дается. Между тѣмъ, стоитъ представить себѣ послѣдствія такого рѣшенія, чтобы понять его неправильность. Они еще сносны, если данный залогъ былъ единственнымъ, тяготѣвшимъ на имѣніи или если онъ былъ послѣднимъ. Тогда погашеніе его не производитъ измѣненія въ правовомъ положеніи. Но если въ вотчинную книгу были внесены еще послѣдующіе залоги, то погашеніе приводитъ, разумѣется, къ повышенію ихъ. А благодаря этому, кредиторы пріобрѣтаютъ ничѣмъ не оправдываемую выгоду, собственникъ же терпитъ столь же необоснованный ущербъ. И

---

[1] Ср. Gierke, Privatrecht II, S. 908, Wolff, Sachenrecht S. 553 flg., Kober ad 1190, 5.
[2] Объясненія 1893 г. I, стр. 277 сл., 509, 1896 г. I, стр. 295 сл., 512.
[3] 1893 г. I, стр. 509, 1896 г. I, стр. 512.

при томъ, за кредиторами нельзя будетъ не признавать, въ случаѣ абсолютной ничтожности требованія, права предъявлять со своей стороны искъ о признаніи статьи о залогѣ недѣйствительною. Такимъ образомъ, погашеніе можетъ послѣдовать даже помимо воли собственника.

Можно, однако, констатировать, что воззрѣніе комиссіи о непримѣнимости въ разсматриваемомъ случаѣ ст. 108 въ самомъ проектѣ не нашло выраженія. Правда, она говоритъ, что «по прекращеніи залогового права, статья о залогѣ погашается въ вотчинной книгѣ по просьбѣ собственника. Съ погашеніемъ залога по вотчинной книгѣ, статья объ этомъ залогѣ пріобрѣтаетъ значеніе отмѣтки о предстоящемъ залогѣ». По дословному своему смыслу она, слѣдовательно, имѣетъ отношеніе только къ прекращенію залогового права, дѣйствительнаго при своемъ внесеніи. Напротивъ, прямого отношенія къ разсматриваемому случаю, въ которомъ залоговое право не могло прекратиться, такъ какъ оно никогда не существовало, ст. 108 не имѣетъ.

Съ другой стороны, вполнѣ ясно и неоспоримо, что соображенія, на которыхъ покоится она, имѣютъ общее значеніе: превращеніе статьи о погашенномъ залогѣ въ отмѣтку о старшинствѣ должно воспрепятствовать движенію послѣдующихъ ипотекъ съ цѣлью предохранить отъ ущерба собственника недвижимости. И нѣтъ причинъ, по которымъ этой цѣли не слѣдовало бы имѣть въ виду при погашеніи недѣйствительнаго залога. Положеніе дѣлъ совершенно одинаковое въ обоихъ случаяхъ. А изъ сущности погашенной статьи нельзя вывести ни одного аргумента въ пользу противоположнаго мнѣнія. Въ самомъ дѣлѣ, отчего собственникъ долженъ бы понести ущербъ, а кредиторы должны бы пріобрѣсти выгоду тогда, когда ипотека погашается изъ-за недѣйствительности требованія, между тѣмъ какъ этого не должно быть, когда погашеніе происходитъ по другимъ причинамъ, напр., вслѣдствіе уплаты по требованію?

Въ виду всего этого, нельзя не признать, что ст. 108 должна быть примѣнена также и къ залогу, недѣйствительному вслѣдствіе недѣйствительности обязательственнаго требованія, другими словами, что погашеніе недѣйствительнаго залога происходитъ только по просьбѣ собственника и что статья о погашенномъ залогѣ пріобрѣтаетъ значеніе отмѣтки о сохраненіи старшинства. А вмѣстѣ съ тѣмъ, приходится сказать, что статья о недѣйствительномъ залогѣ такъ же, какъ статья о будущемъ залогѣ, съ самаго начала имѣетъ значеніе отмѣтки о старшинствѣ [1]. Правда, съ формальной точки зрѣнія необходимо, чтобы послѣдовало погашеніе съ указаніемъ въ записи о погашеніи на новое значеніе статьи. Но такъ какъ недѣйствительная статья подлежитъ погашенію съ момента ея внесенія и такъ какъ погашеніе нисколько не измѣняетъ правоположенія, а лишь констатируетъ существовавшую съ самаго начала недѣйствительность, то съ матеріальной точки зрѣнія позволительно утверждать, что статья о недѣйствительномъ залогѣ, имѣетъ съ самаго начала значеніе отмѣтки о сохраненіи старшинства для предстоящаго залога.

[1] Ср. объ этомъ ниже.

Но нельзя, разумѣется, не высказать пожеланія, чтобы ст. 108 получила, при окончательной редакціи проекта, соотвѣтствующую, достаточно широкую формулировку.

Въ результатѣ приходится, такимъ образомъ, сказать, что залогъ возникаетъ лишь при наличности дѣйствительнаго требованія и при томъ только тогда, когда требованіе существуетъ уже въ моментъ внесенія статьи о залогѣ. Въ противномъ случаѣ, внесенная уже статья имѣетъ только значеніе отмѣтки о старшинствѣ, отличающейся при кредитномъ залогѣ нѣсколько особымъ характеромъ. И съ чисто практической точки зрѣнія противъ такой нормировки вопроса возражать особенно рѣшительно не приходится. Съ конструктивной точки зрѣнія, напротивъ, ее слѣдуетъ признать далеко не удовлетворительной. Было бы, безспорно, гораздо правильнѣе признать выдвинутую швейцарскимъ уложеніемъ систему опредѣленныхъ мѣстъ, опирающуюся, къ тому же, на единственно правильное пониманіе сущности залога и комбинировать ее, уже въ цѣляхъ практическихъ, съ ипотекой собственника, благодаря которой отпали бы ненужныя и дорого стоющія формальности, необходимыя по нашему проекту для того, чтобы собственникъ получилъ возможность распоряжаться свободными долями цѣнности своего имѣнія. Тогда и получилась бы согласованность между цѣлями, къ которымъ стремится проектъ ВУ. и техникой, которою онъ пользуется. Въ настоящее время же онъ, какъ было отмѣчено мимоходомъ уже выше, стремится къ достиженію цѣлей вполнѣ современныхъ, но не желаетъ примѣнять современной техники.

III. Прекращеніе залогового права.

I. Ст. 108—111 проекта ВУ.

Первая часть ст. 108 гласитъ: «По прекращеніи залогового права, статья о залогѣ погашается въ вотчинной книгѣ по просьбѣ собственника».

Это постановленіе основывается, какъ видно на первый взглядъ, на воззрѣніи, что понятія прекращенія залога и погашенія статьи о немъ не совпадаютъ, что, напротивъ, прекращеніе есть явленіе самостоятельное и притомъ по времени предшествующее погашенію и служащее правооснованіемъ послѣдняго. Между тѣмъ, такая нормировка находится, очевидно, въ противорѣчіи съ признаваемымъ въ проектѣ принципомъ внесенія.

Изъ матеріаловъ къ проекту явствуетъ, что редакціонная комиссія стала на такую точку зрѣнія вполнѣ сознательно. Она исходитъ [1] изъ безспорно правильнаго утвержденія, что «институтъ гласныхъ вотчинныхъ книгъ только тогда въ состояніи отвѣчать вполнѣ своему назначенію служить дѣйствительнымъ основаніемъ вотчиннаго

[1] Объясненія 1893 г. I, стр. 505 сл., 1896 г. I, стр. 507 сл.

оборота, когда не одно лишь установленіе вотчинныхъ правъ, но и прекращеніе ихъ соединено съ производствомъ по книгѣ подлежащей записи» — другими словами, принципъ внесенія долженъ найти примѣненіе также и къ прекращенію залогового права. Но уже въ слѣдующемъ затѣмъ абзацѣ Объясненія допускаютъ отступленіе отъ только что высказанной вполнѣ правильной мысли. А именно, тутъ запись о погашеніи сразу признается ничѣмъ инымъ, какъ «средствомъ оглашенія прекращенія залогового права», т. е., погашеніе объявляется не факторомъ правоуничтожающимъ или имѣющимъ вообще матеріальное значеніе, а лишь средствомъ оглашенія того событія, которое произошло внѣ книги. И это, очевидно, равносильно отказу отъ принципа внесенія.

Въ самомъ дѣлѣ, такой отказъ далѣе высказывается уже съ полною откровенностью. Выставляется утвержденіе, что существуетъ принципіальное различіе между условіями возникновенія залога и прекращенія его. По отношенію къ первому, именно, внесеніе играетъ роль необходимаго условія. Погашеніе, напротивъ, по мнѣнію редакціонной комиссіи, «не составляетъ необходимаго условія прекращенія залогового права». А благодаря этому, «залогъ почитается непосредственнно прекратившимся при наступленіи извѣстнаго событія, имѣющаго правопрекращающее дѣйствіе, хотя бы залогъ не былъ погашенъ по вотчинной книгѣ». Запись же о прекращеніи имѣетъ лишь весьма ограниченное значеніе: она устраняетъ дѣйствіе принципа публичной вѣры вотчинной книги или, по терминологіи Объясненій ,принципа безповоротности.

Такимъ образомъ, устраненіе начала внесенія по отношенію къ прекращенію залога вполнѣ отвѣчаетъ намѣреніямъ редакціонной комиссіи. Совершенно неяснымъ остается только вопросъ о томъ, на какомъ основаніи признается упоминаемое въ Объясненіяхъ принципіальное различіе между возникновеніемъ и прекращеніемъ залога. Констатируется лишь фактъ, имѣющійся на лицо по мнѣнію комиссіи.

Но какъ бы то ни было, на изложенной только что мысли дѣйствительно построено ученіе проекта ВУ. о прекращеніи залогового права На ней покоится, прежде всего, ст. 108, выражающая основное по всему этому вопросу правило. Ей не противорѣчатъ и остальныя статьи.

При этомъ ст. 110 имѣетъ назначеніе согласовать съ принципомъ публичной вѣры постановленіе ст. 108—необходимость принимать въ этомъ отношеніи особыя мѣры появляется, очевидно, вслѣдствіе того, что ст. 108 допускаетъ, благодаря устраненію принципа внесенія, разладъ между книжнымъ и матеріальнымъ правомъ [1]. А именно, ст. 110 постановля-

[1] Это сознавала, впрочемъ, и сама редакціонная комиссія. Давая, въ общемъ, лишь перефразировку ст. 110, она замѣчаетъ (Объясненія 1893 г. I, стр. 513 сл., 1896 г. I. стр. 515 сл.) предварительно: «Такъ какъ понятія прекращенія и погашенія залоговыхъ правъ не совпадаютъ другъ съ другомъ, то содержаніе вотчинной книги по вопросу о томъ, продолжаетъ ли существовать или уничтожилось то или другое изъ внесенныхъ въ нее залоговыхъ правъ, можетъ оказаться несоотвѣтствующимъ дѣйствительности. Поэтому и здѣсь, какъ при установленіи залога, необходимо вмѣшательство закона». Редакціонная комиссія относитъ, впрочемъ, это замѣчаніе также и къ ст. 111.

етъ, что собственникъ, не принявшій мѣръ къ погашенію прекратившагося залогового права, не можетъ выставлять противъ третьяго добросовѣстнаго и возмезднаго пріобрѣтателя возраженій, основывающихся на фактѣ прекращенія.

Ясно, что статья эта была бы совершенно излишня, если бы начало внесенія было соблюдено. Но нельзя не прибавить, что она, въ сущности, излишня и при имѣющихся въ проектѣ постановленіяхъ, такъ какъ общій принципъ публичной вѣры вотчинной книги остается въ силѣ, несмотря на ст. 108. Съ другой стороны, правда, слѣдуетъ считаться съ тѣмъ, что ст. 108 вноситъ въ этотъ вопросъ немало неясности и можетъ ввести въ заблужденіе практику. А поэтому, придется согласиться съ оставленіемъ въ составѣ проекта ст. 110, если останется ст. 108.

Въ противоположность этому, въ 111 нѣтъ необходимости даже при нынѣшнемъ положеніи дѣлъ. Она именно предусматриваетъ случай неправильнаго погашенія залога. Если онъ будетъ возстановленъ по судебному рѣшенію, то этимъ не могутъ быть нарушены права, пріобрѣтенныя добросовѣстно и возмездно третьими лицами.

Ясно, что эта норма вытекаетъ также изъ принципа публичной вѣры: залогъ былъ погашенъ, третьи лица могли полагаться на соотвѣтствующую запись и если она была признана впослѣдствіи неправильной, то это никакого вліянія на ихъ права имѣть не можетъ. Слѣдуетъ даже добавить, что ст. 111 въ состояніи вызвать недоразумѣнія вслѣдствіе того, что она разсчитана только на одинъ частный случай. Она именно говоритъ, что третьи лица «не теряютъ пріобрѣтеннаго ими старшинства». Составители проекта, повидимому, имѣли въ виду только права въ чужой недвижимости, въ частности, право залога [2]. Между тѣмъ, та же самая норма должна примѣняться и къ случаю пріобрѣтенія третьими лицами права собственности. Другими словами, залогъ, неправильно погашенный, не только не можетъ пріобрѣсти прежняго старшинства, но вовсе не можетъ быть возстановленъ, если, въ промежутокъ времени между погашеніемъ и признаніемъ погашенія неправильнымъ, данная недвижимость была пріобрѣтена третьимъ добросовѣстнымъ лицомъ.

Эта норма, очевидно, нисколько не касается вопроса о соотношеніи между прекращеніемъ залога и погашеніемъ статьи о немъ. Она сохраняла бы свое значеніе также при полномъ соблюденіи начала внесенія, но, разумѣется, вытекала бы и при этомъ условіи непосредственно изъ принципа публичной вѣры.

Мало удовлетворительною является и ст. 109, разсчитанная на одинъ частный случай. А именно, запись о срочномъ поручительномъ залогѣ погашается только по истеченіи двухъ мѣсяцевъ со времени наступле-

---

[2] Если судить по ст. 11,1 то допустимо, однако, и предположеніе, что комиссія имѣла въ виду также и право собственности, такъ какъ указанная статья желаетъ подчинить дѣйствію принципа старшинства и его—ср. «Основныя начала вотчинной системы по проекту ВУ.», Ж. М. Ю. 1913, 4, стр. 96 сл.

нія срока, если притомъ не была внесена статья по иску кредитора къ собственнику и къ должнику или статья по объявленію должника несостоятельнымъ.

Это постановленіе, въ сущности, также не имѣетъ отношенія къ принципіальному вопросу о прекращеніи залога. Оно сводится къ тому, что срочный поручительный залогъ прекращается не въ моментъ истеченія срока, а на два мѣсяца позднѣе. Вслѣдствіе этого и погашеніе не можетъ послѣдовать раньше. А при наличности извѣстныхъ условій, въ частности, въ случаѣ принятія кредиторомъ опредѣленныхъ мѣръ, залогъ сохраняетъ свое значеніе и дальше.

Рѣчь идетъ, такимъ образомъ, только объ отсрочкѣ прекращенія и проектъ совершенно напрасно выдвигаетъ на первый планъ погашеніе, которое и тутъ остается лишь средствомъ оглашенія юридическаго факта, совершившагося внѣ вотчинной книги. Въ самомъ дѣлѣ, и сама редакціонная комиссія [1] приписываетъ ст. 109 чисто практическое значеніе и оправдываетъ ее лишь практическими соображеніями, сводящимися къ тому, что безъ признанія льготнаго срока вѣритель былъ бы лишенъ возможности осуществить свои права по залогу, въ особенности тогда, когда совпадаетъ срокъ истеченія залога и срокъ возникновенія права на искъ по обязательственному требованію къ главному должнику.

Съ этимъ едва ли можно согласиться. Стороны, очевидно, должны при установленіи залога и опредѣленіи срока разсчитать послѣдній такъ, чтобы залогъ не оказался безполезнымъ. А законъ, кажется, не имѣетъ причинъ устанавливать льготный срокъ для вѣрителя, не сумѣвшаго позаботиться о своихъ собственныхъ интересахъ. Можно, впрочемъ, прибавить, что редакціонная комиссія, вѣроятно, права, если она утверждаетъ, что введенный въ ст. 109 двухмѣсячный срокъ не нарушаетъ ничьихъ интересовъ. Но это окажется правильнымъ не въ виду его справедливости и краткости, какъ полагаетъ комиссія, а потому, что стороны будутъ учитывать его. Другими словами, ст. 109 приведетъ къ тому, что срочный поручительный залогъ будетъ устанавливаться на срокъ, двумя мѣсяцами менѣе продолжительный, чѣмъ то было бы при молчаніи объ этомъ вопросѣ закона. Излишне говорить, что въ виду этого данная статья является совершенно излишнею и свободно можетъ быть исключена [2] [3].

---

[1] Объясненія 1893 г. I, стр. 509 сл., 1896 г. I, стр. 512 сл.

[2] Ср., по этому вопросу, особое мнѣніе двухъ членовъ редакціонной комиссіи въ Объясненіяхъ 1893 г. I, стр. 511 сл. и Св. Зам. № 241.

[3] Нельзя не отмѣтить, что Объясненія къ ст. 109 заканчиваются утвержденіемъ, что „срочный залогъ почитается, согласно ст. 108 (109 проекта 1907 г.) проекта, прекратившимся, по отношенію къ упомянутымъ (т. е. добросовѣстнымъ и возмезднымъ) пріобрѣтателямъ, не со времени наступленія срока, а со времени его погашенія по книгѣ». Это мотивируется указаніемъ на то, что положеніе добросовѣстныхъ и возмездныхъ пріобрѣтателей должно быть однимъ и тѣмъ же по отношенію къ срочному залогу и къ прочимъ видамъ залога. Между тѣмъ, такое воззрѣніе очевидно неправильно. Добросовѣстности въ смыслѣ вотчинной системы, т. е. незнанія о прекращеніи залога вслѣдствіе истеченія срока быть не можетъ, такъ какъ срокъ указанъ въ записи о залогѣ. См. о значеніи срока для прекращенія залога ниже въ текстѣ.

Итакъ, оказывается, какъ было замѣчено уже выше, что основная мысль ст. 108 остается неприкосновенной и что прочія нормы отдѣленія 10 главы IV проекта не вносятъ въ нее никакой поправки: залогъ прекращается самостоятельно, внѣ зависимости отъ вотчинной книги. Коррективъ вводится только въ силу начала публичной вѣры, благодаря которому непогашенный, хотя бы и прекратившійся залогъ признается въ силѣ въ пользу добросовѣстныхъ и возмездныхъ пріобрѣтателей.

Самъ проектъ не указываетъ тѣхъ основаній, по которымъ прекращается залоговое право. Лишь мимоходомъ упоминается, въ ст. 110, о прекращеніи «въ силу платежа или иного основанія». Въ Объясненіяхъ [1], напротивъ, говорится, что прекращеніе залога можетъ быть послѣдствіемъ, во-первыхъ, событій, касающихся требованія, а во-вторыхъ, событій, касающихся непосредственно залога и уничтожающихъ его, не затрогивая, однако, обязательственнаго требованія.

Къ событіямъ первой категоріи относятся, по мнѣнію Объясненій, факты, дѣлающіе требованіе недѣйствительнымъ съ самаго начала и факты, уничтожающіе дальнѣйшее его существованіе, т. е. «платежъ, совпаденіе въ одномъ лицѣ кредитора и должника, зачетъ, отказъ отъ требованія, обновленіе послѣдняго и т. п., однимъ словомъ, всѣ способы прекращенія требованій, извѣстные общимъ началамъ обязательственнаго права, за исключеніемъ, впрочемъ, давности, такъ какъ послѣдняя, по силѣ ст. 7 проекта [2], не распространяется на требованія, обезпеченныя залогомъ». Во всѣхъ случаяхъ этой категоріи прекращеніе залога является неминуемымъ въ силу акцессорнаго характера залога.

Далѣе, Объясненія занимаются вопросомъ о непосредственномъ прекращеніи залога, поводами котораго могутъ являться гибель обремененной недвижимости, совпаденіе права на залогъ съ правомъ собственности, публичная продажа имѣнія, отказъ отъ залога и наступленіе срока, на который залогъ былъ установленъ. При этомъ, болѣе близкаго разсмотрѣнія удостоиваются лишь нѣкоторые изъ этихъ поводовъ. Въ частности указывается, по вопросу о совпаденіи, на то, что «право собственности, какъ большее по своему объему, поглощаетъ, въ силу необходимой логики вещей, меньшее право». Прибѣгать же къ признанному другими законодательствами институту ипотеки собственника редакціонная комиссія не желала въ виду соображеній какъ конструктивныхъ, такъ и цивильно-политическихъ [3]. Однако, съ другой стороны, она сочла необходимымъ предоставить собственнику право распоряжаться старшинствомъ погашенной ипотеки. Для этой цѣли и вводится предусмотрѣнное въ ст. 108,2 превращеніе статьи о погашенномъ залогѣ въ отмѣтку о старшинствѣ.

Затѣмъ указывается лишній разъ на то, что отказъ отъ залога не

---

[1] Объясненія 1896 г. I, стр. 509 сл.. Объясненія 1893 г. молчатъ объ этомъ вопросѣ.

[2] Ст. 8 проекта 1907 г.

[3] Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 365 сл.. 1896 г. I, стр. 376 сл., а также статью Проектъ ВУ. и мобилизація недвижимости», *Ж. М. Ю.* 1911, 5, стр. 128 сл.

затрогиваетъ обязательственнаго требованія. По вопросу же о дѣйствіи срока даются только соображенія, относящіяся къ срочному залогу поручительному. Наконецъ, имѣется еще указаніе на то, что вопросъ о дѣйствіи публичной продажи рѣшается не проектомъ ВУ., а проектомъ ППВ.

Вотъ къ чему сводятся соображенія редакціонной комиссіи, обосновывающія и развивающія ея теорію о прекращеніи залогового права. Для оцѣнки ея слѣдуетъ, однако, указать предварительно на одно очевидное недоразумѣніе. Оно заключается въ томъ, что комиссія считаетъ первоначальную недѣйствительность требованія поводомъ къ прекращенію залога. Это, разумѣется, неправильно. При недѣйствительности требованія залога вовсе не возникаетъ и запись о немъ недѣйствительна съ самаго начала и подлежитъ погашенію. Иной результатъ могъ бы получиться только при признаніи формальной силы внесенія.

Такимъ образомъ, изъ поводовъ прекращенія залога остаются только, во-первыхъ, тѣ, которые покоятся на прекращеніи требованія, во-вторыхъ, тѣ, которые касаются непосредственно самаго залога.

Если разсматривать сначала послѣдніе, то можно сказать, что никакихъ сомнѣній не возбуждаетъ гибель недвижимости — уничтоженіе объекта права однозначуще съ прекращеніемъ самаго права. И такъ какъ, кромѣ того, неминуемымъ послѣдствіемъ гибели недвижимости является закрытіе вотчинной книги, то тутъ и не грозитъ противорѣчіе между книжнымъ правомъ и матеріальнымъ.

Болѣе сложное положеніе создается при публичной продажѣ. При принятой проектомъ ППВ. системѣ наименьшаго предложенія [1], приходится, съ точки зрѣнія судьбы ипотекъ, дѣлить ихъ на двѣ категоріи: на тѣ, которыя покрываются вырученной цѣной и на тѣ, которыя остаются неудовлетворенными. Послѣднія погашаются при утвержденіи имѣнія за покупщикомъ, между тѣмъ какъ изъ первыхъ погашаются лишь тѣ, которыя не остаются на имѣніи [2]. Оставаясь вполнѣ на точкѣ зрѣнія, занимаемой составителями проекта, слѣдуетъ сказать, тѣмъ не менѣе, что прекращеніе залога можетъ происходить только въ моментъ погашенія, такъ какъ лишь къ этому моменту окончательно выясняется, которыя изъ ипотекъ подлежатъ погашенію и которыя остаются на имѣніи. Самый же актъ продажи не можетъ имѣть въ этомъ отношеніи рѣшающаго значенія, уже въ виду того, что покупщику и кредитору предоставляется заключить условіе объ оставленіи на имѣніи долга даже тогда, когда послѣднимъ было заявлено требованіе объ удовлетвореніи изъ вырученной суммы [3]. Считать же подобное соглашеніе возстановленіемъ уже прекратившагося залога нѣтъ никакого

---

[1] Ср. статью «Проектъ ВУ. и мобилизація недвижимости», *Ж. М. Ю.* 1911, 5, стр. 117 сл.

[2] ППВ. ст. 173 сл.

[3] Ср. проектъ ППВ. 174,3. Изъ самаго смысла этого постановленія явствуетъ, что подобное соглашеніе можетъ быть заключено и послѣ публичной продажи. На это указывается также и въ Объясненіяхъ къ проекту ППВ. 1893 г., стр. 216 сл., 1896 г., стр. 237.

основанія. А съ другой стороны, нѣтъ основанія и къ проведенію грани между покрытыми покупной цѣной ипотеками и непокрытыми въ томъ смыслѣ, чтобы лишь послѣднія считались прекратившимися вслѣдствіе самой публичной продажи.

Въ виду всего этого можно признать, что по вопросу о прекращеніи залога вслѣдствіе публичной продажи принципъ внесенія проводится съ полною послѣдовательностью.

То же самое можно сказать и относительно отреченія вѣрителя отъ залога и наступленія срока. При полномъ о нихъ молчаніи проекта, нельзя не считаться съ тѣмъ, что срокъ залога внесенъ въ вотчинную книгу, благодаря чему въ моментъ наступленія срока изъ статьи о залогѣ явствуетъ фактъ его прекращенія. Слѣдовательно, принципъ внесенія вполнѣ соблюденъ и если, тѣмъ не менѣе, вносится еще особая статья о погашеніи, то это дѣлается только ради порядка и для избѣжанія недоразумѣній. Что же касается отказа отъ залога, то тутъ, очевидно, не можетъ быть рѣчи о непосредственномъ прекращеніи его. Отреченіе есть ни что иное, какъ частное волеизъявленіе [1] и за нимъ никоимъ не можетъ быть признана большая сила, чѣмъ за договоромъ. Договоръ же, какъ извѣстно, не оказываетъ, по системѣ проекта, непосредственнаго вліянія на вотчинныя права. Необходимо, напротивъ, чтобы онъ прошелъ черезъ медіумъ внесенія. А поэтому слѣдуетъ, въ силу элементарной логики, признавать за отказомъ отъ залога значеніе лишь правооснованія для внесенія статьи о погашеніи. Прекращеніе же залога можетъ произойти лишь вслѣдствіе послѣдняго.

Напротивъ, затрудненія вызываетъ вопросъ о совпаденіи въ одномъ лицѣ собственности и залогового права. Самъ проектъ хранитъ молчаніе и о немъ, не давая даже косвенныхъ указаній на то или иное рѣшеніе. Въ виду этого можно было бы сдѣлать изъ общихъ принциповъ вотчинной системы, а въ частности изъ начала внесенія, выводъ, что залогъ остается, въ случаѣ совпаденія, въ силѣ и что послѣднее есть ничто иное, какъ основаніе для погашенія. Но по системѣ проекта ВУ. появилось бы серьезное затрудненіе въ виду того, что пришлось бы констатировать, при такихъ условіяхъ, наличность ипотеки собственника, которую, какъ извѣстно, проектъ отрицаетъ съ полною послѣдовательностью. А благодаря этому, получается необходимость отождествлять волю проекта съ волей составителей его и установить, что въ силу совпаденія залоговое право прекращается, независимо отъ погашенія [2].

Слѣдовательно, не приходится отрицать, что тутъ имѣется на лицо отступленіе отъ принципа внесенія.

Такое же отступленіе имѣется, какъ было отмѣчено уже выше, въ случаѣ прекращенія требованія. И тутъ приходится опираться уже не только на отрицательное отношеніе къ ипотекѣ собственника со стороны

---

[1] Ср. о сущности отреченія статью бар. Нольде въ Вѣстн. гр. пр. 1913, 3, стр. 121 сл.

[2] Ср. Объясненія 1896 г. I, стр. 510 сл., *Ж. О. К.*, стр. 207 сл.

проекта и на воззрѣнія редакціонной и особой комиссій. Напротивъ, самый текстъ ст. 108 сл. не допускаетъ другого вывода.

Каковы же послѣдствія этихъ отступленій отъ одного изъ основныхъ принциповъ вотчинной системы?

Залогъ считается прекратившимся и запись о немъ подлежитъ погашенію. Въ силу же вещнаго характера залогового права послѣдствіемъ прекращенія должно быть движеніе послѣдующихъ ипотекъ. Такой результатъ, однако, причинялъ бы ущербъ собственнику и улучшалъ бы, безъ основанія, положеніе младшихъ кредиторовъ. Для избѣжанія заключающейся въ этомъ явной несправедливости, проектъ устанавливаетъ, въ ст. 108, 2, что «съ погашеніемъ залога по вотчинной книгѣ, статья объ этомъ залогѣ пріобрѣтаетъ значеніе отмѣтки о предстоящемъ залогѣ, о чемъ означается въ самой записи о погашеніи».

Изъ словъ проекта явствуетъ, что превращеніе записи о залогѣ въ отмѣтку о старшинствѣ происходитъ автоматически, безъ особой о томъ просьбы собственника, лишь только заявлена просьба о погашеніи. А изъ смысла этого института вытекаетъ само собой, что согласія младшихъ кредиторовъ для этого не требуется [1]. Въ виду этого слѣдуетъ сказать, что статья о залогѣ пріобрѣтаетъ значеніе отмѣтки о старшинствѣ съ самаго момента внѣкнижнаго прекращенія залога, внесеніе же въ книгу соотвѣтствующей статьи имѣетъ лишь формальное значеніе. Такой выводъ, впрочемъ, подтверждается еще тѣмъ, что подобное внесеніе совершается лишь по просьбѣ собственника. Ясно, что незаявленіе такой просьбы не можетъ придать подлежащей погашенію статьѣ иного значенія. Въ частности, оно не можетъ сохранить за статьей значеніе записи о залогѣ и собственникъ,—что́ и высказывается особо въ матеріалахъ къ проекту [2],—не можетъ распоряжаться несуществующимъ уже залоговымъ правомъ. Если же онъ желаетъ использовать признанныя за нимъ въ этомъ отношеніи права, то онъ долженъ предпринять необходимые шаги для формальнаго превращенія статьи о залогѣ въ отмѣтку о старшинствѣ. Лишь послѣ этого онъ можетъ утилизировать освободившуюся долю цѣнности своего имѣнія. А до тѣхъ поръ данная статья выполняетъ по отношенію къ нему только отрицательныя функціи: она препятствуетъ движенію младшихъ ипотекъ. Положительныхъ же своихъ функцій, которыя заключаются по отношенію къ собственнику въ предоставленіи ему правъ распоряженія этою долей цѣнности, она выполнять не можетъ.

Но именно до формальнаго превращенія въ отмѣтку о старшинствѣ запись о залогѣ имѣетъ весьма важное значеніе для третьихъ лицъ: третье лицо, добросовѣстно и возмездно заключившее сдѣлку о пріобрѣтеніи прекратившагося залоговаго права, признается пріобрѣвшимъ

---

[1] Ср. также Объясненія 1893 г. I, стр. 507 сл., 1896 г. I, стр. 511 сл. — Противъ такого рѣшенія полемизируетъ въ интересахъ младшихъ кредиторовъ, опираясь, при этомъ, на право римское и французское, г. Андрущенко въ Св. Зам. № 141, стр. 177.

[2] См., въ особенности, *Ж. О. К.*, стр. 207.

его и пользуется всѣми правами кредитора по залогу [1]. Другими словами принципъ публичной вѣры вотчинной книгѣ сохраняетъ полную силу по отношенію къ записи о залогѣ, несмотря на внѣкнижное прекращеніе внесеннаго права.

2. Оцѣнка постановленій проекта.

Приступая къ оцѣнкѣ рѣшенія принятаго проектомъ по вопросу о прекращеніи залогового права, необходимо сказать, что оно неудовлетворительно, какъ съ практической, такъ и съ научной точки зрѣнія.

Что касается первой изъ нихъ, то слѣдуетъ, правда, признать, что проектъ стремится къ достиженію тѣхъ же результатовъ, которые получаются по современнымъ кодексамъ. И въ самомъ дѣлѣ, принципъ публичной вѣры вотчинной книги соблюдается, несмотря на нарушеніе принципа внесенія, и подъ дѣйствіемъ его прекратившееся внѣ книги залоговое право возрождается, лишь только этого требуютъ интересы добросовѣстнаго оборота. А съ другой стороны, превращеніе записи о прекратившемся залогѣ въ отмѣтку о старшинствѣ предохраняетъ собственника отъ движенія младшихъ ипотекъ, несмотря на то, что залогъ признается проектомъ правомъ вещнымъ, охватывающимъ всю недвижимость, какъ одно цѣлое. Но вмѣстѣ съ тѣмъ, нельзя не отмѣтить, что избраніе проектомъ такого обходнаго пути для достиженія желанной цѣли вызываетъ значительныя неудобства именно съ практической точки зрѣнія: чтобы получить возможность распоряжаться освободившеюся долею цѣнности своего имѣнія, собственникъ долженъ преодолѣть рядъ формальныхъ затрудненій. Онъ долженъ просить, во-первыхъ, о погашеніи статьи о залогѣ, и онъ долженъ, во-вторыхъ, исполнить всѣ формальности, необходимыя для установленія новаго залога. И само собой разумѣется, что онъ долженъ нести всѣ связанные съ этимъ расходы.

Ясно, что такое положеніе дѣлъ будетъ отзываться очень сильно въ дѣловомъ оборотѣ. И нельзя не предположить, что весьма скоро войдетъ въ обычай обходъ постановленій проекта: собственники откажутся, для избѣжанія расходовъ и хлопотъ, отъ погашенія прекратившихся залоговъ и оставятъ въ силѣ запись о нихъ, съ тѣмъ, чтобы уступить залоговое право въ случаѣ надобности третьему лицу. Практическое же осуществленіе такого способа обходить законъ не будетъ представлять никакихъ серьезныхъ затрудненій [2].

---

[1] Ст. 110.

[2] Наиболѣе простымъ путемъ будетъ, повидимому, уступка прекратившейся ипотеки подставному лицу, находящемуся, такъ или иначе, въ близкихъ отношеніяхъ къ собственнику, Это лицо учинитъ, со своей стороны, цессію новому пріобрѣтателю. При книжномъ залогѣ съ такою процедурой связанъ нѣкоторый рискъ, который можетъ быть устраненъ лишь внесеніемъ въ вотчинную книгу предусмотрѣнной въ ст. 85 проекта ВУ. оговорки объ ограниченіи кредитора въ правѣ

На подобную возможность было указано въ свое время уже въ отзывѣ министра внутреннихъ дѣлъ [1]. Особая же комиссія пренебрегла этимъ предостереженіемъ и высказала мнѣніе, что, съ одной стороны, не имѣется для собственниковъ достаточныхъ побужденій для совершенія подобныхъ поступковъ, и что, съ другой,—заинтересованными лицами можетъ быть предъявленъ споръ противъ такихъ незаконныхъ сдѣлокъ [2].

Кажется, что опытъ поземельнаго оборота въ Россіи доказалъ въ достаточной мѣрѣ, что желаніе избѣжать расходовъ и хлопотъ является весьма сильнымъ стимуломъ для совершенія обхода закона [3]. И трудно сомнѣваться въ томъ, что оно въ будущемъ сыграетъ ту же самую роль, какъ въ прошедшемъ и настоящемъ. Что же касается возможности спора противъ дальнѣйшей уступки прекратившагося залога, то она не можетъ дѣйствовать сдерживающе на собственника по той простой причинѣ, что такой споръ можетъ быть предъявленъ исключительно самимъ собственникомъ или его правопреемниками. Только одни они заинтересованы въ признаніи даннаго залогового права прекратившимся, между тѣмъ, какъ интересъ младшихъ кредиторовъ этимъ вовсе не затрогивается. Это признается, впрочемъ, самимъ проектомъ ВУ. въ ст. 108, постановляющей, что запись о прекратившемся залогѣ погашается по просьбѣ собственника, а не другихъ какихъ-либо лицъ. А искъ о признаніи подобнаго залога прекратившимся долженъ имѣть, очевидно, конечною цѣлью погашеніе статьи о немъ. Превращеніе же записи о залогѣ въ отмѣтку о старшинствѣ оставляетъ неизмѣненной позицію младшихъ кредиторовъ.

Если же дѣло обстоитъ такъ, то ясно, что постановленія проекта создаютъ только почву для злоупотребленій со стороны собственниковъ. Благодаря этому, оборотъ ипотеками дѣйствительно будетъ находиться въ шаткомъ положеніи, насколько не удастся создать для каждаго отдѣльнаго случая фиктивнымъ путемъ, въ частности посредствомъ цессіи въ пользу подставныхъ лицъ, формальную добросовѣстность пріобрѣтателей—въ огражденіе ихъ отъ исковъ собственника. А такъ какъ въ достижимости этой цѣли сомнѣваться не приходится, то можно смѣло предсказать, что сама жизнь устранитъ постановленія проекта о внѣ-

---

распоряженія ипотекой. Вслѣдствіе этого, пришлось бы вносить до использованія ипотеки статью о погашеніи этого ограниченія. Другими словами, при книжной ипотекѣ пришлось бы исполнить довольно тягостныя формальности. Напротивъ, ипотека актовая представляетъ большія удобства и въ этомъ отношеніи, такъ какъ оставленіе акта въ рукахъ собственника дѣлаетъ невозможнымъ злоупотребленія со стороны фиктивнаго цессіонарія.—Можно прибавить, что въ Прибалтійскомъ краѣ, мѣстное право котораго также не признаетъ ипотеки собственника, та же цѣль достигается посредствомъ бланковой цессіи обезпеченнаго залогомъ требованія, на основаніи ст. 3473 Св. гражд. уз. губ. Прибалт. Ср. К. Р. 1912, 120.

[1] Стр. 20 сл.

[2] Ж. О. К., стр. 207 сл.

[3] На это указываютъ, какъ Объясненія 1893 г. I, стр. 24 сл., 1896 г. I, стр. 24 сл., такъ и самъ Ж. О. К., стр. 10, столь рѣшительно отрицающій по вопросу о прекращеніи залога пагубное вліяніе излишнихъ формальностей.

книжномъ прекращеніи залогового права и создастъ, такимъ образомъ, столь рѣшительно отвергаемую и редакціонною и особою комиссіями ипотеку собственника. Но само собою разумѣется, что съ этимъ будутъ связаны въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ значительныя формальныя неудобства и нѣкоторые расходы, не говоря уже о томъ, что по отношенію къ мало опытнымъ и довѣрчивымъ пріобрѣтателямъ правъ по залогу все еще останется возможность злоупотребленій. Съ другой же стороны—и это безспорно еще важнѣе—авторитетъ закона не можетъ не страдать отъ подобнаго систематическаго обхода его, вызваннаго его же недостатками. А какое вліяніе на правосознаніе населенія окажетъ подобное положеніе дѣлъ, объ этомъ излишне и распространяться.

Таковы недостатки принятаго проектомъ рѣшенія съ практической точки зрѣнія. Съ теоретической же точки зрѣнія необходимо обратить вниманіе, прежде всего, на ничѣмъ не оправдываемое отступленіе проекта отъ принципа внесенія. Правда, Объясненія утверждаютъ, что иного рѣшенія быть не можетъ въ силу необходимой логики вещей, такъ какъ залогъ есть право акцессорное, благодаря чему онъ долженъ прекращаться вслѣдствіе прекращенія требованія и, такъ какъ, съ другой стороны, право собственности въ случаѣ совпаденія не можетъ не поглощать залогового права. Однако, если стать на почву подобной абстрактной логики, то пришлось бы отрицать всю вотчинную систему. Пришлось бы отрицать, прежде всего, предусматриваемую самимъ проектомъ возможность возстановленія въ пользу добросовѣстнаго пріобрѣтателя залога, прекратившагося вслѣдствіе совпаденія или прекращенія требованія. Если же признавать, что это есть необходимое послѣдствіе принципа публичной вѣры, то въ такомъ признаніи заключается и признаніе болѣе общаго положенія, что вотчинная система находится подъ дѣйствіемъ особыхъ законовъ и что для поддержанія ея требуется, въ рядѣ случаевъ, отступленіе отъ матеріальной правды въ пользу правды формальной. Въ частности же, къ ней не можетъ примѣняться отвлеченная логика, игнорирующая основы ея существованія. Напротивъ, всякая касающаяся вотчинной системы аргументація должна исходить изъ того, что эта система покоится на двухъ принципахъ, на принципѣ внесенія и на принципѣ публичной вѣры. А оба эти принципа находятся въ тѣсной другъ съ другомъ связи и въ взаимной зависимости.

Если же это такъ, то остается непонятнымъ, отчего въ данномъ случаѣ долженъ соблюдаться одинъ изъ нихъ, между тѣмъ, какъ другой можетъ нарушаться. И нельзя, очевидно, считать даже просто логичною нормировку, согласно которой залогъ прекращается независимо отъ погашенія, но оживаетъ снова, если онъ уступается добросовѣстному третьему лицу по возмездной сдѣлкѣ. Не проще ли принять положеніе западныхъ кодексовъ, согласно которому залогъ продолжаетъ считаться дѣйствительнымъ, пока онъ не погашенъ по книгѣ, при чемъ противъ пріобѣтателя, знавшаго о недостаткахъ пріобрѣтеннаго права, допускаются соотвѣтствующія возраженія, такъ какъ защитой долженъ пользоваться только оборотъ добросовѣстный?

Кажется, что такое рѣшеніе болѣе удовлетворительно именно съ логической точки зрѣнія, чѣмъ то, которое принято проектомъ «въ силу необходимой логики вещей».

Это одно. А кромѣ того, не поражаетъ ли своею искусственностью принятый проектомъ институтъ статьи о погашенномъ залогѣ? Вѣдь на дѣлѣ тутъ имѣется ничто иное, какъ недоразвитая форма ипотеки собственника, столь рѣшительно отрицаемой составителями проекта. А съ другой стороны, бросается въ глаза заключающееся въ ней рѣзкое отступленіе отъ основного взгляда комиссій на сущность залога. Разъ онъ является правомъ вещнымъ, охватывающимъ всю вещь какъ цѣлое, то единственно логическимъ послѣдствіемъ прекращенія предыдущаго залога является движеніе послѣдующихъ залоговъ. Если же составители проекта не желали допустить такого результата, съ чѣмъ, разумѣется, нельзя не согласиться, то имъ оставалось только отказаться отъ выставленнаго ими понятія залога.

Однако, они этого не сдѣлали. Они сохранили свое принципіальное воззрѣніе, но допустили отступленіе отъ него именно по тому вопросу, по которому оно должно было проявляться прежде всего. И если такой методъ уже самъ по себѣ обезцѣниваетъ конструктивный базисъ проекта, то онъ, кромѣ того, окончательно лишаетъ всякой убѣдительности указанія проекта на то, что такія-то нормы должны быть приняты «въ силу необходимой логики вещей». Въ самомъ дѣлѣ, отчего можно было бы отказаться отъ логическихъ выводовъ изъ вещнаго характера залогового права, между тѣмъ, какъ акцессорность должна быть проведена съ полною послѣдовательностью? И этотъ вопросъ имѣетъ тѣмъ больше вѣса, съ выдвигаемой Объясненіями и Журналомъ Особой Комиссіи чисто логической точки зрѣнія, что въ первомъ случаѣ нарушались бы только практическіе интересы, между тѣмъ, какъ во-второмъ происходитъ столкновеніе между принципомъ акцессорности и принципомъ внесенія.

Однимъ словомъ, необходимость прекращенія залога внѣ книги никоимъ образомъ не можетъ быть доказана при помощи тѣхъ отвлеченно-логическихъ доводовъ, которыми оперируютъ, по этому поводу, составители проекта. Напротивъ, и съ этой точки зрѣнія остается лишь констатировать, что та непослѣдовательность, съ которою авторы проекта вообще относятся къ конструктивнымъ вопросамъ, проявляется здѣсь съ особою яркостью—хотѣлось бы сказать, проводится съ особою послѣдовательностью.

При такомъ положеніи дѣлъ остается только высказать пожеланіе, чтобы ученіе проекта о прекращеніи залога было тщательно переработано и поставлено на болѣе твердую почву. Путемъ проведенія принципа внесенія и признанія ипотеки собственника такой результатъ могъ бы быть достигнутъ даже при сохраненіи основныхъ воззрѣній проекта на сущность залога—если уже проекту не суждено усвоить дѣйствительно правильное и современное воззрѣніе на залогъ.

Бар. А. Л. Фрейтагъ-Лорингговенъ.

Значеніе признанія въ гражданскомъ процессѣ.

Ученіе о признаніи принадлежитъ къ числу наиболѣе спорныхъ отдѣловъ науки гражданскаго процесса. Что такое по своему существу признаніе; какова его сила, и на чемъ она основана; какая разница между признаніемъ отдѣльныхъ фактическихъ обстоятельствъ дѣла и признаніемъ всего искового требованія или юридическаго отношенія; можно ли опровергать свое признаніе и при какихъ условіяхъ; каково значеніе внѣсудебнаго признанія,— вотъ важнѣйшіе вопросы, которые возбуждаются въ ученіи о признаніи и весьма различнымъ образомъ разрѣшаются въ литературѣ [1] и положительныхъ законодательствахъ. Среди этихъ вопросовъ основнымъ является первый — о сущности, или

[1] Ученіе о признаніи разрабатывалось теоретически почти исключительно германскими и австрійскими процессуалистами. Вотъ важнѣйшія монографіи: *Bethmann-Holweg*, Versuche über die einzelnen Theile der Theorie des Civilprocesses, 1827, IV. *Canstein*, Anerkennung und Geständniss, 1879. Demelius, Die Confessio in römischen Civilprocess und das gerichtliche Geständniss der neueren Processgesetzgebung, 1880. *Wach*, Das Geständniss (Archiv für die civil. Praxis, 64 B.). *Hoffmann*, Historische und dogmatische Darstellung des Anerkenntnisses im Civilprocess, 1872. *Pollak*, Das gerichtliche Geständniss im Civilprocess. 1893. *Demmler*, Das gerichtliche Geständniss von Rechtsverhältnissen, 1895. *Wittmaack*, Das gerichtliche Geständniss (Arch. für die civil. Pr., 88 B.). *Bülow*, Das Geständnissrecht, 1899. *Hoelder*, Die Natur des gerichtlichen Geständnisses (Zeitschr. für deut. Civilpr., 28 B.). *Hoelder*, Ueber Geständisswiderruf (ib. 29 B.). *Hegler*, Beiträge zur Lehre vom processualen Anerkenntniss und Verzicht, 1903. *Degenkolb*, Das Anerkenntnissurtheil (Beiträge zum Civilprocess, 1905). *Müller*, Wesen und Wirkung des Anerkenntnisses im Civilprocess, 1911. Заслуживаетъ вниманія обработка ученія о признаніи въ нѣкоторыхъ общихъ курсахъ процесса и права. *Savigny*, System des heut. röm. Bechts, VII, §§ 303—308. *Bayer*, Vorträge über den gemeinen ordentl.Civilprocess, 1856, §§ 220—224. *Renaud*, Lehrbuch des gem. deut. Cvilprocessrechts, 1873, §§ 104, 108. *Wetzell*, System des ordentl. Civilprocesses, 1878, § 19. *Schmidt*, Lehrbuch des deut. Civilprocessrechts, 1906, §§ 80, 88. *Hellwig*, System des deut. Civilprocessrechts, 1912, §§ 148—149. *Kleinfeller*, Lehrbuch d. deut. Cpr., 1910, § 87. *Weismann*, Lehrbuch des deut. Cpr. I, 1903, § 35. На русскомъ языкѣ существуетъ одна лишь небольшая монографія проф. Малинина. (Судебное признаніе въ гражданскихъ дѣлахъ, 2 изд., 1878 г.), отличающаяся столько же неясностью мысли, сколько и сбивчивостью изложенія.

иначе, юридической природѣ признанія. Онъ является ключомъ къ разрѣшенію всѣхъ прочихъ вопросовъ. Отыскать этотъ ключъ и показать, какъ съ нимъ слѣдуетъ обращаться—задача настоящей статьи.

I.

Предметомъ признанія могутъ быть: 1) отдѣльныя фактическія обстоятельства дѣла, 2) иски и 3) юридическія отношенія, подвергаемыя изслѣдованію въ процессѣ. Чаще всего встрѣчается на практикѣ первый видъ признанія, и примѣнительно къ нему обыкновенно дается въ литературѣ опредѣленіе понятія признанія и дѣлается юридическая конструкція его. Съ этого вида признанія и слѣдуетъ начать.

Ивановъ предъявилъ къ Павлову искъ о взысканіи съ него 100 руб., которые тотъ у него занялъ. Хотя никакихъ доказательствъ въ подтвержденіе своего требованія Ивановъ не представилъ, но Павловъ въ засѣданіи суда признаетъ, что дѣйствительно занялъ указанную сумму у истца, добавляя, что въ настоящее время не имѣетъ возможности возвратить ее. Что могло побудить Павлова къ признанію обстоятельства, невыгоднаго для него самого и не доказаннаго истцомъ? Вѣдь онъ имѣлъ право отрицать фактъ займа и требовать, чтобы истецъ доказалъ его. Почему же онъ счелъ нужнымъ признать этотъ фактъ? Тутъ возможно предположить одну изъ двухъ причинъ: или Павловъ сознаетъ справедливость заявленія Иванова и не находитъ возможнымъ отрицать фактъ займа, имѣвшій мѣсто въ дѣйствительности, или же Павловъ просто не желаетъ, чтобы Ивановъ представлялъ доказательства въ подтвержденіе этого факта, и чтобы судъ входилъ въ разсмотрѣніе ихъ.

Въ первомъ случаѣ Павловымъ руководятъ мотивы нравственнаго или религіознаго характера: онъ не хочетъ лгать, считая безнравственностью или грѣхомъ скрывать истину. Возможно также, что онъ слѣдуетъ менѣе благороднымъ побужденіямъ, какъ, напр., боится, что Ивановъ имѣетъ доказательства займа, или что о займѣ, хотя и не облеченномъ въ законную письменную форму, извѣстно другимъ лицамъ, уваженіемъ которыхъ дорожитъ Павловъ. Такъ или иначе, но во всякомъ случаѣ, разъ Павловъ признаетъ фактъ займа потому, что онъ произошелъ въ дѣйствительности, то его признаніе является засвидѣтельствованіемъ истины (Wahrheitserklärung), сообщеніемъ суду того, что онъ знаетъ объ обстоятельствахъ дѣла (Wissenserklärung), т.-е., говоря короче, показаніемъ (Zeugniss) въ пользу противника, аналогичнымъ показанію свидѣтеля. Конечно, если бы показаніе Павлова клонилось къ его собственной выгодѣ, то судъ не придалъ бы ему никакого значенія, ибо Павловъ — заинтересованное лицо. Но въ данномъ случаѣ Павловъ даетъ показаніе въ пользу противника, а такъ какъ никто не станетъ говорить неправды въ ущербъ собственнымъ интересамъ, то слѣдуетъ заключить, что признаніе имъ невыгоднаго для себя факта должно быть разсматриваемо, какъ достовѣрное доказательство истинности этого

факта. На этомъ и основана въ данномъ случаѣ доказательная сила признанія.

Но Павловъ могъ признать фактъ не потому, что онъ имѣлъ мѣсто въ дѣйствительности, а потому, что не желалъ сдѣлать его предметомъ судебнаго изслѣдованія, которое по какой-либо причинѣ было бы для него неудобно. Такъ, напр., Павловъ опасался, что Ивановъ, стараясь доказать фактъ займа, представитъ въ судъ переписку съ нимъ, заключающую въ себѣ компрометирующія Павлова или близкихъ ему лицъ свѣдѣнія. Хотя бы эта переписка вовсе не подтверждала займа, хотя бы даже изъ нея видно было, что заемъ не состоялся, или что занятыя деньги были возвращены, но оглашеніе ея столь непріятно Павлову, что онъ предпочитаетъ проиграть дѣло и уплатить Иванову сто рублей, лишь бы тотъ не представилъ его писемъ въ судъ. Въ такомъ случаѣ признаніе дѣлается Павловымъ независимо отъ убѣжденія его въ правотѣ противника и является не засвидѣтельствованіемъ истины, не показаніемъ въ пользу противника, а выраженіемъ желанія сдѣлать данное обстоятельство безспорнымъ и не нуждающимся въ доказательствахъ, избавивъ противника отъ бремени доказыванія. Другими словами, въ этомъ случаѣ признаніе представляетъ собою волеизъявленіе, актъ распоряженія (Willenserklärung, Dispositionsakt). Въ силу господствующаго въ гражданскомъ процессѣ принципа диспозитивности, тяжущіеся вольны распоряжаться по своему усмотрѣнію какъ объектомъ процесса, такъ и процессуальными средствами защиты. Такъ, истецъ можетъ предъявить искъ или не предъявлять его, а предъявивъ, взять его назадъ или покончить дѣло мировой сдѣлкой. Отвѣтчикъ же имѣетъ право возражать противъ иска или не представлять никакихъ возраженій, а представивъ, затѣмъ отказаться отъ нихъ. Равнымъ образомъ каждый изъ тяжущихся можетъ приводить доказательства въ пользу своихъ требованій и заявленій и отказываться отъ нихъ, можетъ подавать жалобы на постановленія суда и затѣмъ просить объ оставленіи этихъ жалобъ безъ разсмотрѣнія и т. д. На этомъ-то принципѣ диспозитивности покоится сила признанія въ томъ случаѣ, когда оно имѣетъ значеніе волеизъявленія. Разъ тяжущійся имѣетъ право удовлетворить требованіе противника до предъявленія иска, хотя бы оно было неосновательно, то онъ воленъ сдѣлать это и послѣ предъявленія иска, во время процесса. А если такъ, то нѣтъ причины воспрещать ему такія процессуальныя дѣйствія, которыя ведутъ къ удовлетворенію искового требованія, и къ числу которыхъ принадлежитъ признаніе фактическихъ обстоятельствъ, служащихъ основаніемъ иска. То же самое относится и къ истцу. Если отъ него зависитъ предъявить искъ и, предъявивъ, отказаться отъ него, то нельзя лишить его права признавать на судѣ правильность возраженій отвѣтчика и дѣйствительность тѣхъ обстоятельствъ, на которыя эти возраженія опираются. Въ этихъ случаяхъ признаніе тяжущагося должно быть обязательно для суда въ томъ смыслѣ, что факты, служащіе въ пользу одной стороны и признанные другою, являются стоящими внѣ спора и потому не нуждающимися въ судейской провѣркѣ и даже

не допускающими ея. Судъ, въ качествѣ органа государственной власти и представителя обще-государственныхъ интересовъ, не имѣетъ никакого основанія вдаваться въ изслѣдованіе фактическихъ обстоятельствъ, не возбуждающихъ спора между тяжущимися: разъ никто изъ тяжущихся не настаиваетъ на провѣркѣ какого-либо факта, суду незачѣмъ предпринимать ее.

Итакъ, изъ сказаннаго видно, что признаніе, смотря потому, по какой причинѣ или съ какой цѣлью дѣлается, можетъ имѣть двоякое значеніе: 1) засвидѣтельствованія истины, показанія въ пользу противника и 2) волеизъявленія, акта распоряженія, направленнаго на установленіе безспорности обстоятельства, выгоднаго для противника. Вотъ два основныхъ типа, или вида признанія. Возможно, конечно, и сочетаніе ихъ между собою, именно, въ томъ случаѣ, когда признаніе дѣлается тяжущимся столько же по убѣжденію въ дѣйствительности признаваемаго обстоятельства, сколько и изъ желанія предотвратить изслѣдованіе этого обстоятельства судомъ. Но этотъ третій, смѣшанный типъ признанія не заключаетъ въ себѣ ничего самостоятельнаго, совмѣщая признаки обоихъ основныхъ видовъ.

Посмотримъ теперь, исходя изъ существа обоихъ видовъ признанія, каковы должны быть условія дѣйствительности и юридическія послѣдствія каждаго.

Прежде всего нужно замѣтить, что оба вида признанія имѣютъ одну общую черту: какъ признаніе въ смыслѣ показанія въ пользу противника, такъ и признаніе въ смыслѣ акта распоряженія, представляютъ собою процессуальныя дѣйствія стороны. Отсюда слѣдуетъ, что для дѣйствительности обоихъ требуется, чтобы сдѣлавшее признаніе лицо имѣло право совершать процессуальныя дѣйствія отъ своего имени, въ качествѣ субъекта процесса, т.-е., чтобы оно обладало процессуальной дѣеспособностью. Это условіе является достаточнымъ для дѣйствительности признанія, какъ показанія, потому что оно представляетъ собою просто сообщеніе стороной суду того или иного фактическаго обстоятельства и больше ничего. Иначе обстоитъ вопросъ въ примѣненіи къ второму виду признанія. Когда признаніе является актомъ распоряженія, изъявленіемъ воли стороны, направленной прямо или косвенно на опредѣленіе судьбы объекта процесса, то для дѣйствительности такого признанія необходимо, сверхъ общей процессуальной дѣеспособности, еще и право распоряженія объектомъ процесса. Но и это не все. Представляя собою волеизъявленіе, второй видъ признанія для того, чтобы обладать юридической силой, долженъ выражать дѣйствительную волю тяжущагося, проявленную свободно, сознательно и серьезно.

Еще значительнѣе разница въ послѣдствіяхъ обоихъ видовъ признанія.

Признаніе, въ качествѣ показанія, или засвидѣтельствованія истинности какого-либо обстоятельства, можетъ имѣть доказательную силу лишь постольку, поскольку является соотвѣтствующимъ истинѣ. Отсюда слѣдуетъ, во-1, что тяжущійся, сдѣлавшій признаніе, въ правѣ опровер-

гать его, ссылаясь на то, что оно несогласно съ дѣйствительностью, и, во-2, что судъ можетъ придать доказательную силу признанію только въ томъ случаѣ, если оно не противорѣчитъ установленнымъ обстоятельствамъ дѣла, и долженъ отвергнуть его въ случаѣ несоотвѣтствія этимъ обстоятельствамъ, т.-е., другими словами, первый видъ признанія долженъ подлежать, наравнѣ съ прочими доказательствами (кромѣ формальныхъ), свободной оцѣнкѣ суда.

Напротивъ, признаніе, въ качествѣ акта распоряженія, представляетъ собою волеизъявленіе, одностороннюю процессуальную сдѣлку, сводящуюся, въ сущности, къ тому, чтобы сдѣлать опредѣленное фактическое обстоятельство безспорнымъ и потому не подлежащимъ судейскому изслѣдованію. Судъ обязанъ подчиниться этому волеизъявленію, и считать признанное обстоятельство установленнымъ и не требующимъ дальнѣйшихъ доказательствъ. Судъ не имѣетъ права провѣрять признаніе стороны и входить въ изслѣдованіе признаннаго обстоятельства, не въ правѣ оцѣнивать его дѣйствительность посредствомъ сопоставленія съ другими обстоятельствами дѣла. Да и самъ тяжущійся, сдѣлавшій признаніе, не можетъ опровергать его указаніемъ на то, что признанное обстоятельство не соотвѣтствуетъ дѣйствительности, потому что, заявляя желаніе, чтобы судъ считалъ данное обстоятельство установленнымъ, тяжущійся стремился просто не допустить судейскаго изслѣдованія этого обстоятельства независимо отъ его истинности. Но тяжущійся зато имѣетъ право оспаривать дѣйствительность своего признанія, ссылаясь на то, что его волеизъявленіе страдало пороками, лишающими его юридической силы, а именно, что оно было сдѣлано подъ вліяніемъ принужденія, обмана, ошибки (не въ истинности признаннаго факта, а въ другихъ обстоятельствахъ) и т. д.

Таковы основныя [1] и практически весьма важныя различія между обоими видами признанія, вытекающія изъ самого ихъ существа.

Но, спрашивается, какъ же можетъ узнать судъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, съ которымъ изъ двухъ видовъ признанія онъ имѣетъ дѣло? Непосредственно изъ обстоятельствъ дѣла это бываетъ видно въ крайне рѣдкихъ случаяхъ. Вѣдь тяжущіеся, признавая тѣ или другія обстоятельства, не указываютъ мотивовъ, побуждающихъ ихъ къ этому, не заявляютъ прямо: «я признаю это обстоятельство, такъ какъ считаю его истиннымъ», или: «я не оспариваю утвержденія противника, хотя оно и ложно, потому что не желаю, чтобы судъ провѣрялъ его». Такого рода откровенныя заявленія врядъ ли когда встрѣчаются на практикѣ. Обыкновенно же голая формула признанія: «это я признаю», «противъ этого я не спорю» не даетъ возможности судить о побужденіяхъ, вызвавшихъ признаніе.

Какъ же быть? Предоставить суду право предлагать тяжущимся вопросы съ цѣлью выяснить характеръ признанія? Но, во-1, это значило бы идти черезчуръ далеко. Законъ даетъ суду право «требовать по-

---

[1] На менѣе важныхъ и сколько-нибудь сомнительныхъ для нашей цѣли нѣтъ надобности останавливаться. О нихъ см. у *Канштейна* (стр. 20 и сл.).

ложительныхъ объясненій отъ стороны... когда изъ словъ ея не видно, признаетъ ли она или отвергаетъ обстоятельства или документы, на коихъ основано требованіе или возраженіе противной стороны» (ст. 335 уст. гражд. суд.). Но разъ сторона положительно заявила, что признаетъ данныя обстоятельства или документы, то дальнѣйшіе разспросы суда о мотивахъ признанія были бы уже залѣзаніемъ въ чужую душу. Во-2, такіе разспросы не всегда достигали бы цѣли. Вѣдь тяжущіеся вольны не отвѣчать на вопросы суда, а заставить ихъ отвѣчать нельзя.

Необходимо, слѣдовательно, принять какія-либо другія мѣры. Мыслимы, собственно говоря, двѣ мѣры. Первая состоитъ въ томъ, чтобы предоставить опредѣленіе характера признанія свободному усмотрѣнію суда. Но это значило бы открыть неограниченный просторъ судейскому произволу. Въ самомъ дѣлѣ, рѣчь идетъ въ настоящее время о томъ случаѣ, когда обстоятельства дѣла не даютъ ключа къ уразумѣнію характера признанія одной изъ сторонъ. Слѣдовательно, при опредѣленіи этого характера суду не поможетъ сопоставленіе признанія съ обстоятельствами дѣла, и ему не останется ничего иного, какъ поступить «на авось», по внушенію своего интуитивнаго чутья, не допускающаго ни логическаго обоснованія, ни провѣрки высшей инстанціей. При такихъ условіяхъ тяжущіеся не были бы обезпечены отъ проявленія судейскаго произвола.

Остается другая мѣра: установленіе въ законѣ обязательнаго для суда предположенія, которымъ онъ долженъ былъ бы руководствоваться въ сомнительныхъ случаяхъ, когда обстоятельства дѣла не проливаютъ свѣта на характеръ признанія. По содержанію своему это предположеніе могло бы быть двоякаго рода. Именно, законъ могъ бы предписать, чтобы судъ при сомнѣніи въ характерѣ признанія считалъ признаніе простымъ показаніемъ или же, наоборотъ, придавалъ ему значеніе акта распоряженія. Иначе говоря, законъ могъ бы установить презумпцію либо въ пользу перваго вида признанія, либо въ пользу второго вида. Изъ этихъ двухъ презумпцій предпочтенія заслуживаетъ первая по слѣдующимъ основаніямъ.

Прежде всего, первый видъ признанія является нормальнымъ, наичаще встрѣчающимся. Въ преобладающемъ числѣ случаевъ признанія дѣлаются тяжущимися потому, что они убѣждены въ дѣйствительности признаваемыхъ обстоятельствъ или, по меньшей мѣрѣ, считаютъ ихъ имѣвшими мѣсто на самомъ дѣлѣ. Только изрѣдка, въ видѣ исключенія, случается, что тяжущіеся дѣлаютъ признанія по какимъ-либо инымъ, постороннимъ соображеніямъ: изъ желанія предупредить судебное изслѣдованіе данныхъ фактовъ, ускорить разрѣшеніе дѣла и проч. Вотъ почему съ точки зрѣнія вѣроятности преимущество на сторонѣ презумпціи въ пользу перваго вида признанія, какъ нормальнаго и болѣе частаго.

Во-вторыхъ, верховный принципъ или, точнѣе, постулатъ гражданскаго процесса—постулатъ матеріальной правды—требуетъ, чтобы судебныя рѣшенія соотвѣтствовали по возможности дѣйствительнымъ обстоятельствамъ разбираемыхъ дѣлъ. Первый видъ признанія не ставитъ суду

преградъ въ достиженіи матеріальной правды, ибо судъ не обязанъ принимать признанія тяжущихся (въ смыслѣ показаній о фактическихъ обстоятельствахъ) на вѣру, а имѣетъ право и обязанъ оцѣнивать ихъ доказательную силу въ связи съ прочими доказательствами и обстоятельствами дѣлъ. Напротивъ, второй видъ признанія, являясь въ качествѣ акта распоряженія тяжущагося, безусловно обязательнымъ для суда въ силу принципа диспозитивности, ограничиваетъ предѣлы изслѣдованія фактическаго матеріала въ процессѣ и препятствуетъ раскрытію истины. Такимъ образомъ первому виду признанія должно быть отдано предпочтеніе и съ точки зрѣнія постулата матеріальной правды.

Въ-3, наконецъ, первый видъ признанія связанъ для сдѣлавшей его стороны съ менѣе тяжелыми послѣдствіями, чѣмъ второй. Именно, если признаніе тяжущагося имѣетъ харатеръ показанія въ пользу противника, то сила его зависитъ отъ степени его соотвѣтствія дѣйствительности, такъ что тяжущійся имѣетъ возможность парализовать вредныя послѣдствія признанія, доказавъ, что оно не соотвѣтствуетъ дѣйствительности. Напротивъ, второй видъ признанія, представляя собой волеизъявленіе тяжущагося, совершенно независимое отъ дѣйствительности или недѣйствительности признаваемаго обстоятельства, не можетъ быть опровергаемо простымъ доказательствомъ несоотвѣтствія признанія объективной истинѣ. Для того, чтобы обезсилить свое признаніе и избѣгнуть невыгодныхъ послѣдствій его, тяжущійся долженъ установить наличность одной изъ причинъ, обусловливающихъ недѣйствительность волеизъявленій, т.-е., наличность ошибки, обмана, принужденія или симуляціи.

II.

Сдѣланный только что анализъ встрѣчающихся въ дѣйствительности случаевъ признанія фактическихъ обстоятельствъ привелъ къ двумъ положеніямъ.

I. Единаго понятія признанія нѣтъ, а подъ общимъ именемъ «признанія» скрываются два различныхъ по существу, условіямъ дѣйствительности и послѣдствіямъ явленія: 1) показаніе одной стороны въ пользу другой и 2) актъ распоряженія, направленный на то, чтобы обстоятельство, выгодное для противника, считалось установленнымъ.

II. Если изъ обстоятельствъ даннаго дѣла нельзя усмотрѣть съ достовѣрностью, какой изъ двухъ видовъ признанія имѣется на лицо, то слѣдуетъ предполагать, что имѣется простое показаніе стороны въ пользу противника.

Посмотримъ теперь, въ какой мѣрѣ эти два положенія признаны въ литературѣ и законодательствахъ.

А. Отправнымъ пунктомъ въ ученіи о признаніи, какъ и во многихъ другихъ вопросахъ гражданскаго процесса, послужили для процессуалистовъ источники римскаго права. Необходимо поэтому обрисовать вкратцѣ постановку признанія въ римскомъ процессѣ [1]. Въ классиче-

[1] *Demelius* 9 ff. (лучшее и наиболѣе подробное изслѣдованіе по этому вопросу).

скомъ періодѣ римскаго процесса различались три вида признанія. Первымъ было признаніе отвѣтчикомъ иска въ предварительномъ производствѣ предъ магистратомъ (in jure). Такое признаніе вело къ прекращенію производства и возникновенію у истца права на немедленное принудительное осуществленіе своего требованія: признавшій искъ отвѣтчикъ считался осужденнымъ (confessus pro judicato habetur), рѣшеніе судомъ не постановлялось, а истецъ могъ прямо приступить къ исполнительнымъ мѣрамъ. Признаніе иска замѣняло такимъ образомъ присужденіе его и было, какъ выражаются, суррогатомъ судебнаго рѣшенія.

Второй видъ признанія содержался въ отвѣтахъ, которые долженъ былъ давать отвѣтчикъ тоже въ предварительномъ производствѣ у магистрата на вопросы, формально обращенные къ нему истцомъ или по просьбѣ истца магистратомъ касательно пассивной легитимаціи къ дѣлу, т.-е. обстоятельствъ, обусловливающихъ отношеніе отвѣтчика къ исковому требованію. Отвѣтчикъ обязанъ былъ говорить правду, и его запирательство или ложное сообщеніе разсматривались, какъ кляуза (calumnia), влекшая за собой невыгодныя послѣдствія въ формѣ штрафовъ. Вопросъ объ области примѣненія этихъ разспросовъ сторонъ споренъ [1]. По мнѣнію однихъ ученыхъ, они практиковались лишь въ нѣсколькихъ, точно опредѣленныхъ случаяхъ; по мнѣнію другихъ, магистратъ могъ прибѣгать къ нимъ всегда, когда находилъ справедливымъ и цѣлесообразнымъ [2].

Наконецъ, третьимъ видомъ признанія было признаніе дѣйствительности какихъ-либо обстоятельствъ, служащихъ въ пользу противной стороны, во второй стадіи процесса, при разсмотрѣніи дѣла судьей (in judicio). Относительно значенія этого вида признанія въ источникахъ нѣтъ никакихъ сколько-нибудь ясныхъ указаній, но, имѣя въ виду общій характеръ производства in judicio и, въ частности, господство въ немъ принципа свободной оцѣнки доказательствъ, слѣдуетъ думать, что признаніе въ этой стадіи процесса считалось обыкновеннымъ доказательствомъ и подлежало свободной оцѣнкѣ суда.

Эти три вида признанія сохранили свои характерныя особенности и въ юстиніановомъ правѣ. Но съ отмѣной дѣленія процесса на двѣ стадіи (jus и judicium) уничтожился внѣшній критерій, отличавшій первые два вида признанія отъ третьяго. Это обстоятельство послужило главной причиной [3] смѣшенія ихъ глоссаторами, комментаторами и ка-

---

[1] *Demelius,* 30, 245 ff., 345.

[2] Напр., кредиторы наслѣдодателя могли предлагать наслѣднику, къ которому предъявляли искъ, вопросы о томъ, признаетъ ли онъ себя наслѣдникомъ, и если признаетъ, то въ какой именно части (interrogatio an heres sit vel quota ex parte). Въ источникахъ упоминаются еще: interrogatio при предъявленіи actio noxalis и de pauperie, при требованіи cautio damni infecti, interrogatio an et quatenus possideat при виндикаціи (по мнѣнію Демеліуса при actio aquae pluviae arcendae и подобныхъ ему искахъ). Эти и другіе (сомнительные) случаи примѣненія interrogatio разобраны въ монографіи Демеліуса.

[3] Другими причинами были: отсутствіе въ древне-германскомъ процессѣ, который еще сохранялъ силу въ значительной степени въ эпоху глоссаторовъ, раз-

нонистами, а затѣмъ и послѣдующей литературой. То рѣшительное, безусловно обязательное и безповоротное значеніе, какое имѣлъ въ римскомъ процессѣ первый видъ признанія (признаніе правильности искового требованія въ предварительномъ производствѣ), было приписано всякому вообще признанію и понятіе признанія обобщено. Вслѣдствіе этого въ литературѣ утвердился взглядъ на признаніе, какъ актъ распоряженія тяжущагося. При ближайшемъ опредѣленіи юридической природы его мнѣнія, однако, разошлись. Одни ограничивались заявленіемъ, что признаніе представляетъ собою косвенное распоряженіе объектомъ процесса [1], другіе усматривали сущность признанія въ отказѣ тяжущагося отъ его права требовать, чтобы противная сторона доказала дѣйствительность даннаго обстоятельства (Verzichtstheorie) [2]; третьи полагали, что тяжущійся, признавая какое-либо фактическое обстоятельство, выгодное для противной стороны, тѣмъ самымъ вступаетъ съ нею въ договорное соглашеніе о томъ, чтобы считать это обстоятельство доказаннымъ, такъ что признаніе является договорнымъ соглашеніемъ между тяжущимися (Vertragstheorie) [3].

Въ противовѣсъ воззрѣнію на признаніе, какъ на актъ распоряженія, зародилась въ концѣ XVIII вѣка другая теорія, которая, стремясь освободиться отъ авторитета римскаго права и вывести понятіе признанія изъ явленій дѣйствительности («изъ природы вещей»), пришла къ заключенію, что всякое признаніе представляетъ собою просто показаніе во вредъ себѣ и въ пользу противника. Ударившись такимъ образомъ въ противоположную крайность, ученые этого направленія [4] не проводили, впрочемъ, новаго воззрѣнія съ полною послѣдовательностью. Но это направленіе вскорѣ и на долгое время заглохло, будучи вытѣснено традиціоннымъ воззрѣніемъ на признаніе, какъ на актъ распоряженія, и возродилось только въ послѣдней четверти XIX вѣка.

Глава исторической школы—*Савиньи* стоялъ на точкѣ зрѣнія тра-

---

личія между признаніемъ иска и признаніемъ фактическихъ обстоятельствъ, а также господство строгой состязательности и формальной теоріи доказательствъ. *Demelius*, 14 ff.

[1] *Bayer*: «косвенное и при томъ вредное для признавшаго распоряженіе спорнымъ правоотношеніемъ» (§ 223).

[2] Главнымъ представителемъ этой теоріи былъ Ветцель, по словамъ котораго, признаніе есть распоряженіе спорнымъ правомъ посредствомъ отказа отъ доказыванія (System, 171). Этой же теоріи держались Гённеръ, Гефтеръ, Планкъ, Цахаріэ и др., а въ послѣднее время—Hölder (Zt., 28 B., 397). Подробная критика ея сдѣлана *Демеліусомъ* (стр. 370 и сл.), *Бюловымъ* (стр. 25 и сл.) и *Витмаакомъ* (стр. 18 и сл.).

[3] По словамъ *Рено*, сила судебнаго признанія «покоится на томъ, что имъ создается процессуальное соглашеніе между сторонами, дѣлающее признанное обстоятельство или правоотношеніе безспорнымъ и изъемлющее его отъ судейскаго изслѣдованія» (стр. 272). Другіе приверженцы этой теоріи: Бракенгефтъ, Лангебекъ, отчасти Бетманъ-Гольвегъ и Канштейнъ (16) и др., а у насъ *Малининъ* (стр. 2 и сл.) Критическій разборъ ея сдѣланъ *Демеліусомъ* (стр. 378 и сл.), *Вахомъ* (стр. 218 и сл.) и *Бюловымъ* (стр. 214 и сл.).

[4] Веберъ, Данцъ, Мартинъ, Генслеръ и др. Указанія см. у *Бетмана-Гольвега* (стр. 299—300).

диціоннаго воззрѣнія. Судебное признаніе, по его словамъ, имѣетъ силу потому, что дѣлаетъ спорное обстоятельство процесса безспорнымъ, а такъ какъ судъ призванъ только къ тому, чтобы разрѣшать споры между сторонами, то каждое признаніе стороны ограничиваетъ объемъ задачи суда. Оно представляетъ собою такимъ образомъ не мотивъ, побуждающій судъ вынести то или иное рѣшеніе (какъ всякое настоящее доказательство), а установленіе обстоятельства, относительно котораго судъ долженъ воздерживаться отъ собственнаго мнѣнія, такъ какъ оно не принадлежитъ къ числу спорныхъ. Такая конструкція соотвѣтствуетъ, по словамъ Савиньи, не только источникамъ римскаго права, но и самому существу признанія (стр. 42).

Такъ же приблизительно разсуждаетъ и *Бетманъ-Голльвегъ*, монографія котораго оказала рѣшительное вліяніе на послѣдующую литературу. Судебное признаніе, по его мнѣнію, формальное доказательство, не подлежащее оцѣнкѣ суда. Въ силу принципа состязательности судъ направляетъ свое изслѣдованіе только на тѣ пункты, которые спорны между сторонами. Но если одна сторона что-либо утверждаетъ, а другая это признаетъ, то судъ не требуетъ доказыванія признанныхъ фактовъ, а считаетъ ихъ дѣйствительными независимо отъ своего убѣжденія въ ихъ истинности (стр. 258, 302—303).

Второй видъ признанія—признаніе, какъ простое засвидѣтельствованіе истины, или показаніе въ пользу противника—игнорировался, какъ Савиньи и Бетманомъ-Голльвегомъ, такъ и послѣдующими изслѣдователями. На него обратилъ вниманіе впервые Канштейнъ. Собственно говоря, онъ различаетъ даже три вида признанія: 1) формальное, или диспозитивное, направленное на освобожденіе противной стороны отъ бремени доказыванія; 2) матеріальное, или показательное, представляющее собой свидѣтельство тяжущагося въ пользу противника и 3) простое, создающее лишь предположеніе въ пользу вѣроятности признаннаго обстоятельства (стр. 15 сл.). При этомъ, однако, самъ Канштейнъ оговаривается, что подъ господствомъ принципа свободной оцѣнки доказательствъ разница между двумя послѣдними видами признанія стушевывается, и объединяетъ ихъ подъ именемъ «доказательнаго признанія», противопоставляя его «диспозитивному признанію» (стр. 19). Но Канштейнъ не указываетъ, чѣмъ слѣдуетъ руководствоваться, чтобы опредѣлить, какой изъ видовъ признанія имѣется налицо въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ.

Демеліусъ тоже замѣчаетъ, что признаніе можетъ быть разсматриваемо съ двухъ точекъ зрѣнія: съ одной стороны,—какъ актъ распоряженія, направленный на отказъ отъ требованія доказательствъ признаннаго факта; съ другой стороны,—какъ сообщеніе тяжущагося относительно извѣстнаго ему и выгоднаго для противной стороны факта. Въ этихъ двухъ случаяхъ признаніе выполняетъ разныя функціи. Въ первомъ—исключаетъ судейское изслѣдованіе истинности даннаго обстоятельства, во второмъ—служитъ однимъ изъ средствъ убѣжденія суда въ его истинности. Объ эти функціи несовмѣстимы, и признаніе вы-

полняетъ вторую функцію только тогда, когда отсутствуетъ первая функція (стр. 392—393). Въ римскомъ процессѣ, а также и въ современномъ германскомъ признаніе имѣетъ значеніе акта распоряженія (стр. 394). Противоположный характеръ признаніе получило въ австрійскомъ процессѣ (стр. 393).

Вахъ, констатируя двоякое значеніе признанія, какъ доказательства и какъ акта распоряженія, опредѣляетъ отношеніе между ними въ одномъ мѣстѣ такъ: «признаніе фактическаго обстоятельства представляетъ собою доказательство и лишь тогда является актомъ распоряженія, когда выражаетъ волю распорядиться, а не волю признать» (стр. 216, 227); въ другомъ же мѣстѣ Вахъ замѣчаетъ, что «признаніе представляетъ собою, по общему правилу, процессуальную сдѣлку, но можетъ быть и доказательствомъ» (стр. 238). «Значеніе признанія, какъ доказательства, обнаруживается, если признаніе относится къ обстоятельству, подлежащему установленію судомъ по собственной иниціативѣ, или когда тяжущійся докажетъ, что у него не было желанія установить данное обстоятельство, или когда отсутствіе этой воли явствуетъ изъ самого признанія и сопровождающихъ его обстоятельствъ» (стр. 252). Признаніе въ качествѣ акта распоряженія представляетъ собою процессуальную сдѣлку, т.-е., «волеизъявленіе, измѣняющее данное процессуальное положеніе правъ или обязанностей сторонъ» (стр. 242).

Поллякъ, поставивъ вопросъ о юридической природѣ признанія, замѣчаетъ, что возможны два отвѣта: признаніе либо доказательство, либо актъ распоряженія. Противъ первой конструкціи говоритъ то обстоятельство, что и ложное признаніе имѣетъ силу, устанавливая признанный фактъ, а противъ второй,—что правдивое признаніе не актъ распоряженія, а засвидѣтельствованіе истины (стр. 108). Изъ этой дилеммы Поллякъ находитъ слѣдующій выходъ. Признаніе представляетъ собою, по общему правилу, показаніе, свидѣтельство стороны, и въ преобладающемъ большинствѣ случаевъ признанное обстоятельство соотвѣтствуетъ дѣйствительности, такъ какъ обыкновенно они вредны для того, кто ихъ признаетъ, а безъ особо важныхъ побудительныхъ причинъ никто не станетъ лгать въ ущербъ своимъ интересамъ (стр. 112). Только по исключенію, въ рѣдкихъ случаяхъ, признаніе бываетъ завѣдомо ложнымъ. И если оно сохраняетъ свое юридическое значеніе и въ этихъ случаяхъ, то это обусловливается принципами состязательности и процессуальной экономіи: «общее правило таково, что судебное признаніе истинно, изъятія же изъ этого правила покрываются въ большей своей части отвѣтственностью сторонъ (за собственныя процессуальныя дѣйствія), а въ остальной части, гдѣ провѣрка могла бы имѣетъ значеніе, процессуальной экономіей» (стр. 114).

Витмаакъ разсматриваетъ вопросъ о значеніи признанія съ точки зрѣнія общихъ требованій справедливости (стр. 10) и тоже констатируетъ двоякое значеніе судебнаго признанія, указывая, что тяжущійся можетъ признать дѣйствительность выгоднаго для противной стороны обстоятельства либо потому, что считаетъ это правдой, либо по какимъ-

либо инымъ соображеніямъ. Въ первомъ случаѣ тяжущійся сообщаетъ суду то, что знаетъ о какомъ-либо обстоятельствѣ дѣла, во второмъ случаѣ—онъ выражаетъ желаніе, чтобы судъ разрѣшилъ дѣло такъ, какъ если бы признанное обстоятельство было доказано (стр. 5). Въ первомъ случаѣ сила признанія опирается на предположеніе о его правдивости, ибо «тяжущійся, по общему правилу, не станетъ облегчать веденіе дѣла своему противнику». Во второмъ случаѣ сила признанія покоится на принципѣ состязательности, согласно которому «сторона должна пенять на самое себя, если она сдѣлала завѣдомо ложно вредное для себя заявленіе и тѣмъ вызвала проигрышъ дѣла» (стр. 6). Нормальнымъ, чаще встрѣчающимся является первый видъ признанія (стр. 5). Прійдя къ такому выводу, Витмаакъ, однако, не указываетъ, какъ можетъ опредѣлить судъ въ отдѣльныхъ случаяхъ, съ какимъ видомъ признанія онъ имѣетъ дѣло [1].

Бюловъ, имѣя намѣреніе, по его собственному заявленію, оставаться на почвѣ дѣйствующаго германскаго процессуальнаго права (стр. 3, прим.), на самомъ дѣлѣ выходитъ за его предѣлы и разсматриваетъ вопросъ о юридической природѣ признанія по существу. Результатъ его изслѣдованія сводится къ слѣдующему. Указавъ, что признаніе дѣлается въ большинствѣ случаевъ по убѣжденію въ истинности признаваемаго обстоятельства (стр. 30 и сл.) и только иногда по другимъ мотивамъ (стр. 34—36), Бюловъ въ то же время находитъ, что эти два вида признанія нельзя противопоставлять другъ другу. «Кто дѣлаетъ признаніе, тотъ заявляетъ, что нѣчто истинно. О причинѣ, по которой дѣлается признаніе, въ немъ ничего не говорится. Поэтому всякое признаніе есть засвидѣтельствованіе истины, а такъ какъ оно является результатомъ воли тяжущагося, то оно—основанное на волѣ засвидѣтельствованіе истины» (стр. 185—186). Нельзя не замѣтить, что Бюловъ придаетъ рѣшающее значеніе внѣшней формѣ, въ какой обыкновенно выражается признаніе. Конечно, когда тяжущійся заявляетъ суду: «это обстоятельство я признаю» или: «противъ этого заявленія противника я не спорю», то его признаніе дѣйствительно представляетъ собою съ внѣшней стороны засвидѣтельствованіе истинности даннаго обстоятельства, вызванное желаніемъ сдѣлать его въ глазахъ суда не требующимъ доказыванія. Но это только съ внѣшней стороны. Подъ голой формулой признанія можетъ скрываться иногда просто желаніе предотвратить судей-

[1] *Витмаакъ* даже полагаетъ, что было бы, быть можетъ, лучше не вносить въ законъ никакихъ постановленій о судебномъ признаніи, ибо «само собою понятно, что неоспариваемыя утвержденія не нуждаются въ доказываніи» (стр. 86). Но если бы даже это положеніе было само собою понятно, то и въ такомъ случаѣ законъ долженъ былъ бы опредѣлить условія дѣйствительности и основанія опровержимости признанія. Однако, выставленное Витмаакомъ положеніе вовсе не такъ очевидно, какъ онъ думаетъ. Въ тѣхъ процессуальныхъ системахъ, гдѣ отвѣтчикъ не обязанъ вступать въ дѣло, и гдѣ при бездѣйствіи и неявкѣ его истецъ все-таки долженъ доказывать свои исковыя требованія (какъ это принято у насъ: ст. 722 уст. граж. суд.), неоспоренныя утвержденія все-таки нуждаются въ доказываніи.

ское изслѣдованіе даннаго обстоятельства, независимо отъ его истинности и даже несмотря на его завѣдомую мнимость. Несомнѣнно, что въ такихъ случаяхъ признаніе представляетъ въ сущности не засвидѣтельствованіе истины, а волеизъявленіе, диспозитивный актъ. Помимо того, направленіе воли лица, дѣлающаго признаніе, не одинаково въ обоихъ видахъ признанія: въ первомъ случаѣ тяжущійся желаетъ засвидѣтельствовать истинность факта, во второмъ—ограничить предѣлы изслѣдованія фактовъ. Вслѣдствіе этого второй видъ признанія долженъ имѣть для суда безусловно обязательное значеніе, подобно, напр., отказу истца отъ иска или мировой сдѣлкѣ, а первый видъ можетъ быть принимаемъ судомъ въ соображеніе при разрѣшеніи дѣла лишь постольку, поскольку признанное обстоятельство соотвѣтствуетъ дѣйствительности.

Изъ авторовъ общихъ курсовъ *Клейнфеллера* (стр. 333) и *Шмидта* (стр. 497) отмѣчаютъ двойственный характеръ признанія, не высказываясь, какъ слѣдуетъ устанавливать тотъ или иной характеръ въ отдѣльныхъ случаяхъ; *Гельвицъ* считаетъ судебное признаніе, съ точки зрѣнія германскаго устава, показаніемъ тяжущагося (стр. 437—439), а *Вайсманъ* выражается недостаточно опредѣленно: «признаніе—не распоряженіе (ибо нельзя распоряжаться фактами) и, въ особенности, не отказъ отъ оспариванія (не существуетъ права оспариванія), но оно и не простое засвидѣтельствованіе истины, а дѣйствіе, имѣющее процессуальныя послѣдствія, именно, устанавливающее фактъ обязательнымъ для разрѣшенія дѣла образомъ» (стр. 110—111).

Наконецъ, проф. Малининъ, тоже смутно чувствовавшій разницу между двумя видами признанія, не уяснилъ ея себѣ вполнѣ и формулировалъ неправильно. Онъ различаетъ «единоличное признаніе» одной изъ тяжущихся сторонъ и «согласное признаніе обѣихъ сторонъ». Первое, по его мнѣнію, представляетъ собой —«заявленіе о прошломъ или настоящемъ спорнаго правоотношенія», а второе имѣетъ характеръ договора, т.-е. значитъ акта распоряженія. Однако, тутъ же самъ авторъ подрываетъ это разграниченіе двухъ видовъ признанія, замѣчая, что «единоличныя заявленія сохраняютъ силу даже тогда, когда не соотвѣтствуютъ дѣйствительнымъ обстоятельствамъ дѣла», а согласное признаніе обѣихъ сторонъ можетъ имѣть «внутренней подкладкой намѣреніе признать дѣйствительные факты» (стр. 2 и сл.). Эта оговорка вѣрна, но она обнаруживаетъ, что проф. Малининъ основалъ свое дѣленіе признанія на несущественномъ признакѣ, такъ какъ свидѣтельскій или диспозитивный характеръ признанія вовсе не зависитъ отъ односторонности заявленія тяжущагося и отъ наличности согласнаго утвержденія противника.

Б. Обращаясь послѣ обзора литературы къ обзору законодательствъ, можно убѣдиться, что и въ нихъ вопросъ о признаніи фактическихъ обстоятельствъ не получилъ вполнѣ правильнаго разрѣшенія.

О римскомъ процессѣ была уже рѣчь выше. Въ германскомъ общемъ процессѣ признаніе трактовалось, какъ актъ распоряженія. Напротивъ, прусскій и австрійскій судебные уставы конца XVIII вѣка придавали признанію характеръ показанія стороны. Современныя законо-

дательства смѣшиваютъ въ большей или меньшей степени объ эти точки зрѣнія.

Французское законодательство касается признанія фактическихъ обстоятельствъ въ главѣ Наполеонова кодекса, посвященной доказательствамъ обязательственныхъ отношеній. Раздѣляя признаніе на судебное и внѣсудебное (ст. 1355), кодексъ постановляетъ, что судебное признаніе, т.-е. заявленіе, дѣлаемое на судѣ стороной или ея повѣреннымъ, спеціально на это уполномоченнымъ, имѣетъ силу доказательства противъ этой стороны, но не должно быть дѣлимо во вредъ ей и можетъ быть взято ею назадъ только въ случаѣ, если основано на фактической ошибкѣ; ошибка же въ правѣ не принимается въ оправданіе (ст. 1356). Эти правила не отличаются послѣдовательностью. Изъ того, что признаніе помѣщено въ числѣ доказательствъ, и что оно можетъ быть опровергаемо только въ случаѣ фактической ошибки, можно заключить, что оно—показаніе тяжущагося въ пользу противника. Но, съ другой стороны, то обстоятельство, что признаніе имѣетъ безусловно обязательную силу и не подлежитъ свободной оцѣнкѣ суда, указываетъ на диспозитивный характеръ его [1].

Составители германскаго устава желали, какъ видно изъ ихъ собственнаго заявленія въ мотивахъ къ нему, оставаться въ вопросѣ о признаніи на почвѣ германскаго общаго процесса, а въ немъ признаніе разсматривалось, какъ диспозитивный актъ, вслѣдствіе чего для дѣйствительности его требовалось обладаніе правомъ распоряженія спорнымъ объектомъ и наличность сознательной и свободной воли у дѣлающаго признаніе. Но въ дѣйствительности составители устава уклонились отъ выполненія своего намѣренія. Постановивъ именно, что признаніе одною изъ сторонъ какого-либо обстоятельства, приведеннаго другою стороной, дѣлаетъ излишнимъ доказываніе его (§ 288), и что для дѣйствительности признанія не требуется принятія его противникомъ (§ 289), германскій уставъ допустилъ опроверженіе признанія при наличности двухъ условій: если оно было основано на ошибкѣ и если, притомъ, признанное обстоятельство не соотвѣтствуетъ дѣйствительности (§ 290). Второе условіе, отсутствовавшее въ германскомъ общемъ процессѣ и внесенное составителями устава по неизвѣстной причинѣ [2], не согласуется съ воззрѣніемъ на признаніе, какъ на диспозитивный актъ, для дѣйствительности котораго

---

[1] Въ литературѣ постановленія Наполеонова кодекса обыкновенно истолковываются въ томъ смыслѣ, что признаніе имѣетъ диспозитивный характеръ, являясь «косвеннымъ распоряженіемъ, спорнымъ объектомъ» *(Laurent,* Cours élem. de droit civil, III, 1887, 178), «отказомъ отъ права требовать доказательствъ отъ противной стороны», *(Zachariae,* Le droit civil français, III, 1857, § 36), «соглашеніемъ между сторонами» (*Toullier,* Le droit civil français, X, 1830, 376), подобіемъ даренія или платежа по обязательству *(Bonnier,* Traité des preuves, I, 1873, 442, 444). На этомъ основаніи французскіе юристы требуютъ для дѣйствительности признанія обладанія правомъ распоряженія спорнымъ объектомъ и допускаютъ опроверженіе признанія не только въ случаѣ фактической ошибки, но и въ виду пороковъ волеизъявленія (ошибки, обмана, принужденія, симуляціи).

[2] Возможно, что это просто редакціонный недосмотръ. *Canstein,* 82, Anm. 117.

требуется свобода и сознательность волеизъявленія, но вовсе не соотвѣтствіе признаннаго обстоятельства дѣйствительности: вѣдь признаніе въ качествѣ диспозитивнаго акта имѣетъ обязательную для суда силу потому, что въ немъ проявляется принадлежащее сторонѣ право распоряженія объектомъ процесса и средствами защиты, совершенно независимо отъ истинности или мнимости признаваемаго обстоятельства. Соотвѣтствіе или несоотвѣтствіе этого обстоятельства дѣйствительности представляетъ значеніе для признанія, какъ показанія стороны, которое утрачиваетъ доказательную силу, разъ только не согласуется съ истиной. Поэтому признаніе по германскому уставу носитъ двойственный характеръ: оно и актъ распоряженія и вмѣстѣ съ тѣмъ показаніе стороны [1].

Австрійскій уставъ выставляетъ, подобно германскому, общее положеніе, что «не требуется представленія доказательствъ въ подтвержденіе тѣхъ заявленныхъ стороною обстоятельствъ, которыя положительно признаются противной стороною въ состязательной бумагѣ или въ засѣданіи, или же во время подготовительнаго, либо повѣрочнаго производства» (ст. 266). Но вслѣдъ затѣмъ уставъ добавляетъ: «насколько дѣйствіе такого признанія устраняется или умаляется вслѣдствіе добавленія къ нему дополненій и ограниченій или вслѣдствіе послѣдующаго отказа отъ признанія, опредѣляетъ судъ по усмотрѣнію, основанному на тщательномъ соображеніи всѣхъ обстоятельствъ дѣла» (ст. 266). Въ первой части этой статьи признанію приданъ характеръ диспозитивнаго акта, потому что оно не подлежитъ свободной оцѣнкѣ суда въ связи съ прочими доказательствами и обстоятельствами дѣла и устраняетъ всѣ другія доказательства; во второй же части признаніе фигурируетъ уже въ качествѣ обыкновеннаго доказательства. Венгерскій уставъ воспроизводитъ правила австрійскаго (§§ 263—265).

Нашъ уставъ по вопросу о значеніи признанія ближе всего подходитъ къ германскому. Значеніе признанія опредѣляется имъ аналогичнымъ образомъ: «когда одна изъ сторонъ сама признаетъ дѣйствительность такого обстоятельства, которое служитъ къ утвержденію правъ ея противника, то оно считается нетребующимъ доказательствъ» (ст. 480). Равнымъ образомъ, опроверженіе признанія допускается только въ случаѣ фактической ошибки, (ст. 481), но не всякой ошибки, а только такой, которая касалась «не личныхъ дѣйствій» сдѣлавшей признаніе стороны и была обусловлена «невѣдѣніемъ такого обстоятельства, которое открылось лишь впослѣдствіи» (ст. 481). Это ограниченіе не встрѣчается ни въ одномъ законодательствѣ, и такъ какъ въ изданіи Судебныхъ Уставовъ, снабженныхъ разсужденіями, на коихъ они основаны, никакихъ объясненій подъ 481 ст. уст. гражд. суд. не помѣщено, то остается неизвѣстнымъ, чѣмъ руководствовались составители уставовъ, дѣлая указанное добавленіе. Можно лишь предположить, что они желали ограничить опроверженіе признанія случаями извинительной ошибки и считали вмѣстѣ съ тѣмъ

---

[1] *Canstein*, 82; *Pollak*, 109; *Schmidt*, 495.

ошибку въ собственныхъ дѣйствіяхъ неизвинительной. Но если они дѣйствительно преслѣдовали эту цѣль, то нельзя не замѣтить, что выбрали для достиженія ея неподходящее средство, такъ какъ, съ одной стороны, можетъ быть неизвинительнымъ иной разъ и заблужденіе въ другихъ фактахъ, какъ, напр., въ дѣйствіяхъ близкихъ родныхъ, а съ другой стороны, наоборотъ, возможно извинительное заблужденіе и въ собственныхъ дѣйствіяхъ, совершенныхъ, напр., очень давно или въ состояніи неполной вмѣняемости. Во всякомъ случаѣ постановленія нашего устава соотвѣтствуютъ взгляду на признаніе, какъ на актъ распоряженія, такъ какъ допускаютъ опроверженіе признанія не тогда, когда признанный фактъ ложенъ, а тогда, когда признаніе вызвано незнаніемъ другихъ фактовъ, «открывшихся впослѣдствіи». Такъ понялъ постановленія нашего устава и Сенатъ. Указавъ въ рѣшеніи 1878 г. № 112, что обязательная сила признанія для суда основывается на томъ, что признанное обстоятельство дѣлается безспорнымъ и потому «не требуетъ дальнѣйшей провѣрки со стороны суда», Сенатъ въ рѣшеніи 1886 г. № 51 подробно разъяснилъ диспозитивную природу признанія и привелъ вытекающія изъ нея послѣдствія. «Такъ какъ въ признаніи заключается актъ распоряженія имущественнымъ правомъ, то для дѣйствительности онаго, какъ судебнаго доказательства, безусловно необходимо, чтобы оно было сдѣлано лицомъ полноправнымъ и по закону способнымъ распоряжаться своимъ имуществомъ. Поэтому недѣйствительно признаніе состоящаго подъ опекой по малолѣтству или болѣзни, или объявленнаго несостоятельнымъ должникомъ. Недѣйствительно и признаніе, сдѣланное въ прошеніи лицомъ, не достигшимъ 17 лѣтъ, хотя бы и съ согласія попечителя, ибо только по достиженію этого возраста несовершеннолѣтніе пріобрѣтаютъ право распоряжаться своимъ имуществомъ съ согласія попечителей... Существуетъ еще другое, не менѣе необходимое условіе, это то, чтобы признаніе было результатомъ доброй и сознательной воли».

III.

Отъ признанія фактическихъ обстоятельствъ перейдемъ къ признанію иска.

Несомнѣнно, что признаніе отвѣтчикомъ правильности искового требованія можетъ иногда обусловливаться убѣжденіемъ отвѣтчика въ правотѣ истца, а иногда желаніемъ предотвратить судейское изслѣдованіе лежащихъ въ основаніи иска фактическихъ обстоятельствъ. Въ виду этого, съ перваго взгляда кажется, что признаніе искового требованія, подобно признанію отдѣльныхъ фактическихъ обстоятельствъ, въ нѣкоторыхъ случаяхъ имѣетъ значеніе показанія отвѣтчика въ пользу

---

[1] Таково господствующее въ нашей литературѣ мнѣніе. *Малышевъ*, Курсъ, I, § 64. *Нефедьевъ*, Учебн. 1, § 84. *Яблочковъ*, Учебн., 97. *Анненковъ*, Опытъ Комментарія, II, 335. *Исаченко*, Коммент., II, 682—683. Проектъ новой редакціи устава гражд. суд. оставляетъ правило 481 ст. безъ измѣненія (ст. 378).

истца, а въ другихъ случаяхъ—значеніе акта распоряженія. Но при ближайшемъ разсмотрѣніи не трудно замѣтить существенную разницу между этими двумя видами признанія. Дѣло въ томъ, что, съ одной стороны, отвѣтчикъ не обязанъ принимать участія въ производствѣ дѣла и воленъ не выражать своего отношенія къ предъявленному иску, держась совершенно пассивно и предоставивъ истцу доказывать закономѣрность и основательность своего требованія. Съ другой стороны, каждый отвѣтчикъ, хотя бы онъ не былъ юристомъ и не обладалъ никакими свѣдѣніями въ законахъ, все-таки не можетъ не понимать, что если онъ признаетъ искъ, то неминуемо проиграетъ дѣло, такъ какъ за отсутствіемъ спора противъ искового требованія, судъ не станетъ входить въ разсмотрѣніе дѣла, а немедленно постановитъ рѣшеніе объ удовлетвореніи иска. Отсюда слѣдуетъ, что отвѣтчикъ, который, имѣя право не выражать своего отношенія къ иску безъ всякаго ущерба для своихъ интересовъ, прямо признаетъ правильность требованія истца, проявляетъ тѣмъ самымъ желаніе, чтобы судъ удовлетворилъ искъ [1]. А если такъ, то, значитъ, признаніе иска всегда представляетъ собой волеизъявленіе, актъ распоряженія, т.-е., что оно принадлежитъ ко второму виду признанія.

Естественнымъ послѣдствіемъ этого вывода является то положеніе, что условія дѣйствительности и причины опровержимости должны въ данномъ случаѣ опредѣляться правилами имѣющими силу для второго вида признанія.

Таково и господствующее въ литературѣ воззрѣніе: большинствомъ изслѣдователей этого вопроса признаніе иска считается актомъ распоряженія [2]. На такой же точкѣ зрѣнія стоятъ и положительныя законо-

---

[1] *Müller*, 28: «Отвѣтчикъ знаетъ, что для него существуютъ только двѣ возможности: либо побѣдить, либо быть побѣжденнымъ. Противникъ предпринялъ нападеніе на его юридическую позицію; его задача отразить нападеніе. Если теперь отвѣтчикъ вмѣсто того, чтобы возражать, спорить или, по меньшей мѣрѣ, молчать, прямо признаетъ требованіе истца, то въ этомъ признаніи заключается нѣчто большее, чѣмъ простое засвидѣтельствованіе истины. Интересъ отвѣтчика требуетъ противоположнаго, а онъ совершаетъ нѣчто положительное, зависящее отъ его произвола, противорѣчащее его чувству самосохраненія. Развѣ тутъ не проявляется воля? Развѣ отвѣтчикъ не знаетъ, что его заявленіе будетъ и должно быть для него вредно? Развѣ онъ можетъ думать, что, несмотря на его признаніе, судъ станетъ провѣрять исковое требованіе? Не представляется ли, наоборотъ, вполнѣ естественнымъ, что въ томъ случаѣ, когда сторона сама признала себя виновной, судъ лучше всего разрѣшитъ дѣло, поставивъ въ основаніе своего рѣшенія это признаніе? Развѣ выражалъ когда-либо хоть одинъ отвѣтчикъ удивленіе, что послѣ признанія искового требованія судъ удовлетворилъ искъ? И тѣмъ не менѣе Hegler (стр. 155) думаетъ, что предполагать, будто сторона сознаетъ процессуальныя послѣдствія своего признанія, значило бы приписывать ей близкое знакомство съ законами. Но не испоконъ ли вѣковъ у всѣхъ культурныхъ народовъ признаніе иска ведетъ по меньшей мѣрѣ къ тому послѣдствію, что признанное требованіе, поскольку оно вообще подлежитъ распоряженію сторонъ, кладется безъ всякой провѣрки въ основу рѣшенія, и не имѣетъ ли этотъ фактъ, въ концѣ-концовъ, корня въ одинаковомъ повсюду народномъ сознаніи?»

[2] Противоположнаго мнѣнія держатся весьма немногіе: Hegler, Degenkolb, Hellwig (System, I, § 149, S. 445). Указанія см. въ монографіи *Мюллера* (стр. 23 и

дательства. Уже въ римскомъ процессѣ признаніе иска, какъ указано выше, было подобно мировой сдѣлкѣ, суррогатомъ судебнаго рѣшенія и имѣло исполнительную силу. Въ германскомъ общемъ процессѣ судъ въ случаѣ признанія иска отвѣтчикомъ немедленно постановлялъ рѣшеніе объ удовлетвореніи иска. Такъ регулируютъ этотъ вопросъ и современные процессульные кодексы. По германскому уставу, когда одна сторона признаетъ во время засѣданія вполнѣ или отчасти заявленное противъ нея требованіе, то по просьбѣ другой стороны судъ постановляетъ рѣшеніе согласно сдѣланному признанію (§ 307). Это рѣшеніе подлежитъ предварительному исполненію (§ 708, п. I). Тождественныя правила имѣются въ австрійскомъ (§ 395) и венгерскомъ (§§ 390, 415). уставахъ. Въ нашемъ уставѣ, какъ и французскомъ, спеціальныхъ правилъ о признаніи иска нѣтъ; но Сенатъ разъяснилъ, что въ тѣхъ случаяхъ, «когда отвѣтчикъ признаетъ искъ, судъ прямо, въ силу признанія, присуждаетъ истцу его требованіе» (рѣш. 1874 № 721). Объ условіяхъ дѣйствительности и основаніяхъ, по которымъ признаніе иска можетъ быть опровергаемо сдѣлавшею его стороной, ни одинъ изъ уставовъ не упоминаетъ. Не возбуждался этотъ вопросъ и въ нашей судебной практикѣ [1].

IV.

Предметомъ признанія можетъ быть также юридическое отношеніе или часть его, т.-е., право или обязанность, соотвѣтствіе которыхъ образуетъ юридическое отношеніе. Такъ, напр., истецъ требуетъ уплаты денегъ по обязательству, въ качествѣ наслѣдника или цессіонарія первоначальнаго кредитора, а отвѣтчикъ признаетъ, что истецъ дѣй-

---

сл.), тоже защищающаго господствующій взглядъ. Но по отдѣльнымъ вопросамъ существуютъ разногласія и между сторонниками господствующаго мнѣнія. Такъ, одни считаютъ предметомъ признанія иска *матеріально-первое* требованіе, другіе—матеріальное право, лежащее въ основаніи иска, третьи — юридическое отношеніе, относительно котораго требуется постановленіе рѣшенія, иные—абстрактное исковое требованіе, независимо отъ лежащаго въ его основаніи матеріальнаго права (*Hegler*, 5 ff.; *Müller*, 11 ff.). По мнѣнію *Мюллера*, предметомъ признанія иска является въ сущности матеріальное правоотношеніе, лежащее въ основаніи искового требованія и облеченное въ опредѣленную процессуальную форму (стр. 18 и сл.). Этимъ Мюллеръ хочетъ, очевидно, выразить, что признаніе относится не къ абстрактному требованію, а къ конкретному, характеризуемому опредѣленнымъ основаніемъ. Но такъ какъ, при правильномъ взглядѣ на искъ (см. мой Курсъ гражд. процесса, I, 1913, стр. 593 и сл.), основаніе—одинъ изъ существенныхъ элементовъ иска, то предметомъ признанія нужно считать искъ въ процессуальномъ смыслѣ слова (см. мой Курсъ, стр. 603 и сл.).

[1] По господствующему въ нѣмецкой литературѣ мнѣнію, признаніе иска, будучи юридической сдѣлкой, можетъ быть оспариваемо по всѣмъ тѣмъ причинамъ, по которымъ оспариваются сдѣлки матеріальнаго гражданскаго права (Müller, 58ff.). Но это не вѣрно. Признаніе—процессуальная сдѣлка, а потому оно можетъ быть оспариваемо по правиламъ оспариванія процессуальныхъ дѣйствій, а не матеріально-правовыхъ сдѣлокъ. См. мой Курсъ гражд. процесса, I, стр. 662 и сл.. Такого же мнѣнія и *Мюллеръ* (стр. 60 и сл., 74 и сл.).

ствительно законный наслѣдникъ или цессіонарій кредитора: въ этомъ случаѣ предметомъ признанія является наличность юридическаго отношенія между истцомъ и третьимъ лицомъ — первоначальнымъ кредиторомъ. Равнымъ образомъ, тяжущійся можетъ признать, что онъ обязанъ исполнить договоръ, заключенный съ противной стороной о ремонтѣ дома, или что противной сторонѣ принадлежитъ право собственности или залоговое право на спорное имущество.

Анализируя такіе случаи, можно убѣдиться, что они представляютъ близкое сходство со случаями признанія искового требованія. Въ самомъ дѣлѣ, признать искъ значитъ въ сущности признать его составные элементы, въ число которыхъ входитъ основаніе иска. Основаніемъ же большинства исковъ служитъ субъективное право истца или, все равно, правоотношеніе между истцомъ и отвѣтчикомъ. Слѣдовательно, въ признаніи искового требованія заключается признаніе того права или правоотношенія, изъ котораго вытекаетъ требованіе. Однако, изъ этого положенія обнаруживается и существенная разница между признаніемъ искового требованія и признаніемъ юридическаго отношенія.

Во-1, не у всѣхъ исковъ основаніемъ являются юридическія отношенія или права, а только у части, именно у исковъ исполнительныхъ, или о присужденіи. У исковъ же установительныхъ (о признаніи) и у преобразовательныхъ юридическія отношенія и права служатъ предметомъ, а не основаніемъ. Кто требуетъ признанія за собою права собственности или права наслѣдованія, тотъ опирается не на свое право собственности и не на право наслѣдованія, а на правопроизводящіе факты, напр., на истеченіе срока давностнаго владѣнія, рожденіе отъ законнаго брака наслѣдодателя. Точно также въ искѣ объ установленіи права проѣзда черезъ землю сосѣда это право служитъ предметомъ, а не основаніемъ требованія.

Во-2, хотя въ признаніи искового требованія заключается признаніе основанія иска, но изъ этого не слѣдуетъ, что и, наоборотъ, признаніе основанія иска содержитъ въ себѣ вмѣстѣ съ тѣмъ признаніе самого искового требованія. Вѣдь, признавая основаніе иска, отвѣтчикъ можетъ снабдить его такими оговорками, которыми будетъ вполнѣ или отчасти парализовано самое исковое требованіе. Представимъ себѣ, напр., что отвѣтчикъ-должникъ по поводу иска кредитора о возвратѣ долга заявляетъ: «дѣйствительно я занялъ у истца деньги, и между нами имѣются долговыя отношенія, но срокъ платежа еще не наступилъ.» Точно также владѣлецъ чужого имущества можетъ заявить противъ виндикаціоннаго иска, что не отрицаетъ права собственности истца, но находитъ искъ преждевременнымъ, такъ какъ по договору съ наслѣдодателемъ истца имѣетъ право владѣть этимъ имуществомъ еще три года. Въ такихъ случаяхъ отвѣтчикъ признаетъ активное основаніе иска, но либо отрицаетъ пассивное основаніе (поводъ къ предъявленію иска), либо выставляетъ возраженія противъ искового требованія.

Итакъ, признаніе юридическихъ отношеній не тождественно съ признаніемъ искового требованія и можетъ вести къ одинаковымъ съ нимъ

послѣдствіямъ только въ тѣхъ случаяхъ, когда сопровождается еще признаніемъ пассивнаго основанія иска и не ограничивается оговорками. Въ этихъ только случаяхъ, имѣя своимъ непремѣннымъ результатомъ удовлетвореніе иска, оно должно быть разсматриваемо, какъ волеизъявленіе, какъ актъ распоряженія, аналогичный признанію искового требованія. Внѣ же этихъ условій признаніе юридическаго отношенія можетъ, смотря по обстоятельствамъ, имѣть значеніе, какъ показанія въ пользу противника, такъ и акта распоряженія и, слѣдовательно, стоитъ на одной линіи съ признаніемъ фактическихъ обстоятельствъ.

Въ литературѣ германскаго общаго процесса признаніе правоотношенія приравнивалось къ признанію фактическихъ обстоятельствъ [1]. Таково же и господствующее въ современной германской литературѣ мнѣніе [2]. Положительныя законодательства не содержатъ постановленій объ этомъ видѣ признанія.

V.

До сихъ поръ, выясняя условія дѣйствительности и послѣдствія разныхъ видовъ признанія, мы понимали подъ «признаніемъ» только признаніе судебное, дѣлаемое тяжущимися либо въ засѣданіи суда по данному дѣлу, либо при совершеніи отдѣльными судьями повѣрочныхъ дѣйствій, либо въ состязательныхъ бумагахъ. Но тяжущіеся могутъ дѣлать признанія и внѣ этихъ условій — въ частной перепискѣ, въ бесѣдахъ съ посторонними лицами, во время производства другихъ дѣлъ, судебныхъ или административныхъ и т. п. Каково же отношеніе этого ВНѢСУДЕБНАГО признанія къ судебному? Могутъ ли быть распространены на него тѣ правила, которыя имѣютъ силу для судебнаго признанія или же между ними существуетъ принципіальная разница, не допускающая одинаковаго нормированія ихъ обоихъ? Этотъ вопросъ тоже очень споренъ въ литературѣ.

По одному мнѣнію, внѣсудебное признаніе представляетъ собой показаніе стороны, имѣющее значеніе доказательства потому, что дѣлается въ ущербъ себѣ, и оцѣниваемое судомъ по соображеніи съ прочими доказательствами, тогда какъ судебное признаніе—всегда актъ распоряженія, формально обязательный какъ для сдѣлавшей его стороны, такъ и для суда [3]. Въ противность этому мнѣнію, другое не усматриваетъ принципіальнаго различія между судебнымъ и внѣсудебнымъ признаніемъ, а считаетъ ихъ по существу тождественными, находя, что и внѣсудебное признаніе бываетъ, смотря по направленію воли дѣлающей его стороны, то простымъ показаніемъ въ пользу противника, то актомъ распоряженія [4].

---

[1] *Wetzell,* 172. *Osterloh,* Lehrbuch des gem. deut Cpr. I, 1856, § 134. *Renaud,* § 104.

[2] Указанія см. въ монографіяхъ Деммлера и Мюллера.

[3] Этого мнѣнія держатся *Bethmann-Hollweg,* 302 ff; *Savigny,* 45; *Bayer* (§ 224) и др. См. цитаты у *Канштейна* (12—13).

[4] *Endemann,* Die Beweislehre, 1860, 151 ff. Присоединяясь къ нему Канштейнъ сдѣлалъ оговорку, что доказательная сила всякаго признанія обусловливается ле-

Второе мнѣніе является болѣе правильнымъ. Дѣлаетъ ли тяжущійся признаніе при производствѣ дѣла или внѣ его, отъ этого сущность признанія не измѣняется. Въ обоихъ случаяхъ признаніе представляетъ собою подтвержденіе факта, выгоднаго для противника. Точно также въ обоихъ случаяхъ признаніе можетъ быть вызвано либо убѣжденіемъ тяжущагося въ истинности этого факта, либо желаніемъ устранить доказываніе и провѣрку его. Слѣдовательно, какъ судебное, такъ и внѣсудебное признаніе могутъ быть, смотря по обстоятельствамъ, либо показаніемъ въ пользу противника, либо актомъ распоряженія.

Однако, изъ тождества обоихъ видовъ признанія по содержанію еще не слѣдуетъ, чтобы они имѣли вполнѣ одинаковое юридическое значеніе. Дѣло въ томъ, что они различаются въ одномъ отношеніи, чрезвычайно важномъ съ процессуальной точки зрѣнія, а именно въ томъ, что судебное признаніе—процессуальное дѣйствіе, а внѣсудебное—дѣйствіе внѣпроцессуальное. Въ то время, какъ судебное признаніе представляетъ собою заявленіе, дѣлаемое тяжущимся суду устно въ засѣданіи или письменно въ состязательной бумагѣ и воспринимаемое судомъ непосредственно, внѣсудебное признаніе либо доходитъ до суда въ формѣ документа, не предназначавшагося для него (напр., въ формѣ частнаго письма, бумаги, поданной въ другое учрежденіе), либо устанавливается въ засѣданіи суда показаніями свидѣтелей. Поэтому съ процессуальной точки зрѣнія внѣсудебное признаніе не имѣетъ значенія самостоятельнаго доказательства, а представляетъ собою либо письменное доказательство, либо свидѣтельское показаніе. Отсюда далѣе слѣдуетъ, что къ внѣсудебному признанію, заключающемуся въ документахъ, должны быть примѣняемы правила, которыми судъ руководствуется при опредѣленіи подлинности и при оцѣнкѣ доказательной силы документовъ, а къ внѣсудебному признанію, устанавливаемому свидѣтельскими показаніями,— правила о допустимости и порядкѣ допроса свидѣтелей. Между тѣмъ судебное признаніе, какъ непосредственное заявленіе тяжущагося суду, является самостоятельнымъ доказательствомъ наравнѣ съ документами и свидѣтельскими показаніями и нормируется спеціальными постановленіями, опредѣляющими условія его дѣйствительности и опровержимости.

По отношенію къ внѣсудебному признанію возникаетъ такой же вопросъ, какъ и по отношенію къ судебному: какъ установить въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, является ли внѣсудебное признаніе актомъ распоряженія или же показаніемъ стороны въ пользу противника? Тотъ или иной характеръ признанія можетъ, конечно, явствовать изъ обстоятельствъ дѣла. Но если этого не видно изъ нихъ, то слѣдуетъ руководствоваться тѣмъ же предположеніемъ, которое имѣетъ силу для судебнаго признанія: именно, пока не доказано обратное, нужно предполагать, что имѣется фактическое показаніе въ пользу противника, и

жащей на сторонахъ обязанностью говорить правду, и что воля тяжущагося только возводитъ признаніе на степень акта распоряженія (стр. 14). *Demelius* 35 — 36; *Wach,* 216; *Bülow,* 45, 47—48.

противнику предоставляется опровергать это предположеніе, если онъ настаиваетъ на диспозитивномъ характерѣ признанія [1].

Положительныя законодательства заключаютъ въ себѣ крайне скудныя постановленія относительно внѣсудебнаго признанія. Германскій уставъ совершенно обходитъ его молчаніемъ. Наполеоновъ кодексъ постановляетъ только, что ссылкой на словесное внѣсудебное признаніе не могутъ быть подтверждаемы обстоятельства, которыя требуютъ, по закону, удостовѣренія письменными доказательствами (ст. 1355). Австрійскій (§ 266) и венгерскій (§ 203) уставы предоставляютъ суду опредѣлять доказательную силу внѣсудебнаго признанія по соображеніи его со всѣми обстоятельствами дѣла. Въ нашемъ уставѣ никакихъ постановленій по этому предмету нѣтъ [2]. Сенатъ вначалѣ не проводилъ разницы между судебнымъ признаніемъ и сдѣланнымъ въ письменной формѣ внѣсудебнымъ признаніемъ, находя, будто и провести ее невозможно «въ виду существованія закона, предоставляющаго внутреннему совѣстливому убѣжденію суда опредѣлять юридическое значеніе домашнихъ актовъ и доказательную силу изложенныхъ въ нихъ событій и обстоятельствъ» (рѣш. 1868 № 78, 1870 № 1193), но впослѣдствіи правильно разъяснилъ, что «оцѣнка доказательной силы и значенія внѣсудебнаго признанія въ ряду представленныхъ доказательствъ зависитъ отъ суда» [3], который можетъ «отдать предпочтеніе показаніямъ свидѣтеля предъ объясненіемъ стороны, изложеннымъ, напр., въ бумагѣ на имя полицейскаго управленія» (1877 № 338), чего судъ не въ правѣ былъ бы сдѣлать, будь признаніе судебнымъ, содержащимся въ состязательныхъ бумагахъ или сдѣланнымъ устно въ засѣданіи. Точно также вполнѣ основательно Сенатъ преподалъ въ руководство судамъ правило, аналогичное постановленію ст. 1355 Наполеонова кодекса, о томъ, что «въ доказательство существованія внѣсудебнаго признанія могутъ быть допущены свидѣтельскія показанія лишь въ томъ случаѣ, когда событіе, удостовѣряемое признаніемъ противной стороны, не требуетъ по закону письменнаго доказательства» [4] (1877 № 70, 1878 № 139, 1885 № 99 и др.).

Е. В. Васьковскій.

---

[1] *Wach,* 228.

[2] Они имѣются въ Уставѣ судопр. торговаго (ст. 206—208).

[3] Это положеніе признается и нашими процессуалистами. *Малышевъ,* Курсъ I, 301. *Энгельманъ,* Курсъ, 297—298. *Нефедьевъ,* Учебникъ, 214—215. *Яблочковъ,* Учебникъ, 96 — 97. *Анненковъ,* Опытъ комментарія, II, 352 и сл. *Исаченко,* Коммент. II, 691 и сл.

[4] Ст. 206 уст. суд. торг.

Право на имя [1].

Впервые со времени изданія германскаго гражданскаго уложенія право на имя стало объектомъ законодательной нормировки въ качествѣ цѣльнаго частно-правового института. § 12 B. G. B. гласитъ: Wird das Recht zum Gebrauch eines Namens dem Berechtigten von einem anderen bestritten, oder wird das Interesse des Berechtigten dadurch verletzt, dass ein anderer unbefugt den gleichen Namen gebraucht, so kann der Berechtigte von dem anderen Bezeitigung der Beintrachtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigung zu besorgen, so kann er auf Unterlassung klagen». Возможныя нарушенія сводятся этой статьей къ двумъ группамъ,—къ оспариванію имени и къ неправомѣрному употребленію его другимъ лицомъ. Такое же подраздѣленіе проведено и въ § 29 Швейцарскаго гражданскаго уложенія. Французское законодательство не содержитъ въ себѣ прямого признанія права на имя. Но нѣкоторое косвенное указаніе на его существованіе можно видѣть въ административномъ законѣ 11 жерминаля IX года республики, дающемъ третьимъ лицамъ, чьи интересы могутъ быть нарушены декретомъ о перемѣнѣ имени, право протеста. Code civil совершенно умалчиваетъ о самостоятельномъ правѣ на имя. Во Франціи этотъ институтъ является плодомъ судебнаго творчества. Однако, въ позднѣйшихъ законодательныхъ измѣненіяхъ и дополненіяхъ первоначальнаго текста можно усмотрѣть признаніе той защиты, которая уже долгое время помимо закона давалась судами. Такъ, 1 ч. 311 ст. (законъ 6 февраля 1893 года): «Le jugement qui prononce la séparation de corps ou un jugement postérieur peut interdire à la femme de porter la nom de son mari ou l'autoriser à ne pas le porter. Dans le cas où le mari aurait joint à son nom le nom de sa femme, celle ci pourra également demander qu'il soit interdit au mari de le porter». Эта статья содержитъ въ себѣ относительно частнаго случая признаніе защиты имени. Интересно отмѣтить, что она признаетъ употребленіе также и другого имени, кромѣ

[1] Мы употребляемъ терминъ «имя» въ широкомъ смыслѣ, обнимающемъ имя, отчество и фамилію, которыя служатъ для обозначенія личности въ Россіи (ср. ст. 72 Нот. полож.). На Западѣ оно состоитъ изъ двухъ частей (prénom и nom). Редакціонная комиссія говоритъ объ имени, полученномъ при рожденіи. Мы предпочитаемъ говорить «личное имя», противопоставляя его семейному (фамиліи), такъ какъ послѣднее пріобрѣтается также при рожденіи.

офиціально-принадлежащаго лицу, какъ въ отношеніи мужа, присоединившаго къ своему имени имя жены, такъ и въ отношеніи жены, носящей имя мужа. Дѣло въ томъ, что по французскому праву бракъ не мѣняетъ имени жены, и офиціально она продолжаетъ именоваться своимъ дѣвичьимъ именемъ.

Blondel [1] указываетъ еще на ст. 99, 299 и 347 С. с. Но ст. 99, говорящая объ исправленіи актовъ гражданскаго состоянія, совершенно умалчиваетъ о правѣ на имя. Правда, она предписываетъ привлеченіе въ процессъ заинтересованныхъ лицъ и, такимъ образомъ, при исправленіи ошибки въ имени возникаетъ вопросъ,—кого слѣдуетъ привлекать. Этотъ вопросъ можетъ быть разрѣшенъ только въ зависимости отъ признанія или непризнанія права на имя. Поэтому эта статья совершенно не можетъ разсматриваться, какъ содержащая въ себѣ указаніе на его существованіе. Статьи же 299 и 347 говорятъ лишь о пріобрѣтеніи или потерѣ имени, что еще не даетъ возможности заключать о признаніи права на имя, т.-е. о защитѣ его закономъ. При отсутствіи признанія его не можетъ быть и защиты на основаніи 1382 ст. С. с., такъ какъ для ея признанія необходима наличность правонарушенія. На этой точкѣ зрѣнія сходятся французскіе авторы [2]. Такая защита, кромѣ того, была бы слишкомъ узкой, такъ какъ требовалась бы вина нарушителя. Несмотря на этотъ пробѣлъ французскаго законодательства, судебная практика, какъ и въ рядѣ другихъ случаевъ, нашла возможнымъ средствами гражданскаго процесса защищать нарушенные интересы частныхъ лицъ. При этомъ она основывалась на томъ, что право на имя является видомъ собственности [3]. Эта теорія, однако, является для французскихъ судовъ только паспортомъ для проведенія въ дѣйствующее право нигдѣ прямо закономъ не признаннаго института. На послѣдній, при этомъ, судебныя рѣшенія нисколько не распространяютъ свойствъ права собственности. Напротивъ, право на имя регламентируется совершенно особо и согласно съ его специфической природой. Такая непослѣдовательность мотивируется тѣмъ, что оно является собственностью sui generis [4]. Эта ничего не значущая, лишенная юридическаго содержанія, оговорка позволяетъ, тѣмъ не менѣе, создать стройную систему, обнимающую самыя разнообразныя проявленія этого института и регламентирующую ихъ вполнѣ соотвѣтственно его истинной природѣ. Поэтому, несмотря на теоретически неправильный взглядъ на право на имя, рѣшенія французскихъ судовъ представляютъ цѣнный матеріалъ, какъ съ точки зрѣнія догмы, такъ и политики права.

Дѣйствующее русское законодательство, хотя и упоминаетъ весьма часто объ имени, какъ способѣ обозначенія личности, не содержитъ въ

---

[1] Blondel. Etude juridique sur le nom patrominique 1905, p. 28.

[2] Saleilles. Le droit au nom individuel dans le code civil pour l'empire d'Allemagne. Revue critique de la législation, 1900. Reibel. Du nom commercial, artistique et litteraire. 1905, p. 42.

[3] Dalloz. Repertoire. t. 32. 10.

[4] Dalloz. Supplément. t. 11. 16.

себѣ признанія его, какъ особаго гражданскаго права, пользующагося судебной защитой [1]. Редакціонная комиссія по составленію гражданскаго уложенія ввела его въ проектъ въ ст. 4, гласящей: «каждое лицо охраняется закономъ отъ насилій, обидъ и всякихъ иныхъ противозаконныхъ посягательствъ на личную его неприкосновенность, честь, свободу, имя или имущество». Комиссія не сочла нужнымъ послѣдовать примѣру германскаго гражданскаго уложенія и детальнѣе коснуться этого института, указавъ на способы его защиты, такъ какъ полагаетъ, что они «сами собой безъ спеціальнаго постановленія вытекаютъ изъ признанія имени гражданскимъ правомъ личности, подлежащимъ охранѣ закона наравнѣ съ другими правами» [2].

Право на имя долгое время игнорировалось не только законодательствомъ, но и наукой, въ чемъ оно раздѣляло отчасти судьбу такъ называемыхъ личныхъ правъ. Несмотря на основное ихъ значеніе и на важность юридической защиты не только публичнымъ, но и частнымъ правомъ такихъ благъ, какъ честь, здоровье, свобода, они еще до сихъ поръ не введены въ рамки правовой системы. Правда, имъ дается энергичная уголовная защита. Послѣдняя, однако, не можетъ лишать ихъ свойства частныхъ правъ. Не менѣе энергичная защита дается уголовнымъ правомъ институту собственности, что, безспорно, не лишаетъ послѣдняго его мѣста въ системѣ гражданскаго права.

Хотя въ настоящее время категорія личныхъ правъ признается цѣлымъ рядомъ авторитетныхъ юристовъ (Регельсбергеръ, Дернбургъ, Гирке, Листъ, Колеръ, Saleilles, Perreau, Capitant), однако, остается спорнымъ самый объемъ этого понятія. Gierke, напр., относитъ къ личнымъ правамъ и авторское право и право на промышленное изобрѣтеніе и право на имя [3]. Колеръ же отличаетъ личныя права отъ правъ на блага, лежащія внѣ человѣческой личности, къ каковымъ относятся и авторское право и право на промышленныя изобрѣтенія [4].

Неразработанность ученія о личныхъ правахъ еще болѣе способствуетъ скептическому къ нимъ отношенію. Они нарушали традиціонно сложившіяся рамки частно-правовой системы. Всѣ права чисто личнаго характера исключались и граница гражданскаго права проводилась тамъ, гдѣ кончался имущественный интересъ. Эта мысль проводилась не всегда такъ послѣдовательно, какъ Мейеромъ и Кавелинымъ, но она несомнѣнно доминировала въ цивилистикѣ. Традиція заставляла включать въ область гражданскаго права еще семейныя отношенія. Все же остальное изгонялось и игнорировалось. Правда, послѣ изданія В. G. В. признаніе права на имя въ качествѣ особаго личнаго права было обезпечено, такъ какъ оно явилось во всеоружіи, снабженное надлежащей частно-правовой защитой—исками. § 12 В. G. В. твердо и безспорно устанавливаетъ его

---

[1] Возможность такой защиты признается А. Э. Вормсомъ. См. законы гражданскіе. Практ. и теорет. комментарій вып. 1, ст. 101.

[2] Мотивы къ 4 ст. кн. I. Положенія общія. Изд. 1903 г.

[3] Gierke. Deutsches Privatrecht. B. I.

[4] Kohler. Die Idee des geistigen Eigentums. Arch. f. civ. Praxis. B. 82.

существованіе, несмотря на спорность другихъ личныхъ правъ, которыхъ перечисленіе § 823 снабдило только деликтной защитой. Такая неполная защита, а также ссылки на мотивы и редакцію статьи побудили нѣкоторыхъ авторовъ отрицать существованіе личныхъ правъ на жизнь, свободу и т. д. [1].

Однако, и право на имя не сразу заняло своего мѣста въ германскомъ гражданскомъ уложеніи. Первый проектъ совершенно его не касался по мотивамъ, встрѣтившимъ мало сочувствія у критики [2]. Въ оправданіе своего отрицательнаго отношенія редакторы ссылаются на то, что этимъ вопросомъ, какъ теорія, такъ и практика занялись только въ послѣднее время и не пришли еще къ опредѣленному выводу, а также на ограниченность практическаго значенія этого института и на рѣдкость могущихъ имѣть мѣсто случаевъ судебнаго спора. Послѣднее, однако, опровергается многочисленностью рѣшеній французскихъ судовъ по вопросамъ права на имя. Кромѣ того, законодатель долженъ нормировать отношенія, хотя бы практически и не очень существенныя, разъ онъ видитъ ихъ существованіе и потребность регламентаціи. Что же касается неразработанности вопроса въ литературѣ и вытекающей изъ этого безпомощности законодателя, то эти опасенія оказались излишними, такъ какъ второй проектъ, вставши на противоположную точку зрѣнія, призналъ право на имя и далъ ему надлежащую нормировку. Несомнѣнно препятствовало признанію частно-правового характера права на имя сильная заинтересованность государства въ административной нормировкѣ имени. Съ нею связано практическое существованіе тѣхъ мѣръ, которыми публичная власть вторгается въ жизнь отдѣльныхъ гражданъ, налагаетъ на нихъ обязанности, или охраняетъ ихъ права. Въ числѣ признаковъ, которые служатъ офиціальнымъ средствомъ индивидуализаціи гражданъ (профессія, мѣстожительство и т. д.), имя, несомнѣнно, занимаетъ первое мѣсто. Оно сильнѣе всего связано съ личностью и перемѣна его, возможная только при наличности особо важныхъ мотивовъ, не зависитъ отъ произвола его носителя, а должна производиться въ особо закономъ предусмотрѣнномъ порядкѣ. Вопросъ о важности и значеніи такой публично-правовой регламентаціи представляется настолько яснымъ, что никто не думаетъ оспаривать ея необходимость. Но интересъ государства можетъ заслонять собой интересы частнаго лица. Остаются на виду только возникающія по этому поводу обязанности гражданина къ государству и ускользаютъ отъ вниманія права личности, требующія защиты. Planiol, напр., отрицаетъ существованіе права на имя и видитъ въ немъ только «une institution de police civil», являющуюся принудительнымъ способомъ обозначенія личности [3]. Такое одностороннее отрицаніе страдаетъ прежде всего тѣмъ недостат-

---

[1] См. Enneccerus. Das bürg. Recht. B. I. § 359.

[2] Особенно рѣзкая критика у O. Gierke. Der Entwurf eines B. G. B., полагающаго, что частно правовая система должна включать и личныя права и что игнорированіе ихъ является существеннымъ недостаткомъ. S. 83.

[3] Planiol. Traité élémentaire de droit civil. t. I, p. 152.

комъ, противъ котораго оно направлено,—неопредѣленностью. Понятіе police civil является въ аргументаціи Planiol скорѣе, какъ образное выраженіе, чѣмъ, какъ точный юридическій терминъ. Soudre [1] по поводу этой теоріи замѣчаетъ, что она указываетъ только на соціальную пользу института и игнорируетъ его значеніе для личности. Но она даже слишкомъ суживаетъ общественную функцію имени, такъ какъ послѣднее, какъ способъ обозначенія, служитъ не только для облегченія отысканія субъекта и опредѣленія его принадлежности къ той или иной семьѣ въ виду разрѣшенія гражданскихъ споровъ (семейныхъ, наслѣдственныхъ и др.), но и для цѣлей административныхъ и уголовныхъ.

Игнорируя имя, какъ частное право, Planiol вынужденъ оставить безъ обоснованія практику французскихъ судовъ. Онъ противопоставляетъ свою теорію теоріи собственности, которой придерживается послѣдняя. Однако, при всей своей теоретической неправильности теорія собственности имѣетъ то преимущество, что позволяетъ предоставить частно-правовую защиту заинтересованнымъ лицамъ, хотя эта защита, какъ мы указывали выше, и строится совершенно независимо отъ юридической природы собственности.

Какъ въ отрицаніи частно-правового характера права на имя, такъ и въ теоріи собственности нельзя не видѣть проявленія присущаго юридической мысли консерватизма. Прежде чѣмъ создать новую категорію, юриспруденція стремится вмѣстить новое явленіе въ уже установленныя рамки. Эта сама по себѣ совершенно законная, связанная съ принципомъ экономіи мышленія, тенденція можетъ привести къ извращенію истинной природы института, если при конструированіи не считаться съ его соціальной функціей и назначеніемъ.

Проявленіемъ этой же тенденціи надо считать отрицаніе самостоятельнаго существованія права на имя и обоснованіе его защиты путемъ ссылки на другія частныя права. Вопросъ сводится такимъ образомъ, къ ислѣдованію того,—нужно ли для того достиженія опредѣленныхъ цѣлей создавать особое юридическое понятіе или же ихъ можно достигнуть помощью уже существующихъ.

Относительно права на имя Ihering [2] приходитъ къ послѣднему выводу. Онъ полагаетъ, что конструированіе особаго права на имя, какъ права исключительнаго, приводитъ все построеніе ad absurdum. Какой-нибудь Шульцъ или Мейеръ не могутъ протестовать, если кому-либо вздумается именовать себя той же фамиліей. Если же присвоившій себѣ чужое имя выдаетъ себя за управомоченнаго носителя его, то для разрѣшенія возникшаго спора имѣетъ значеніе не принадлежность имени тому или другому лицу, а ихъ репутація (напр., пѣвица съ подмостковъ присвоила себѣ имя знаменитой артистки). Въ такомъ случаѣ можетъ оказаться лишь основаніе для предъявленія actio injuriarum. Другое затрудненіе Ihering видитъ въ томъ, что присвоеніе себѣ чужого псевдо-

---

[1] Soudre. Le droit au nom. p. 98.
[2] Ihering. Actio injuriarum.

нима съ цѣлью выдать себя за его первоначальнаго носителя оказывается правомѣрнымъ, такъ какъ право на имя возникаетъ только при рожденіи и крещеніи. Основываясь на этихъ соображеніяхъ, онъ считаетъ болѣе цѣлесообразной и вполнѣ достаточной ту защиту, которую можетъ дать actio injuriarum и искъ о признаніи. Однако, затрудненія, которыя видитъ Ihering являются мнимыми. Нѣтъ надобности понимать право на имя, какъ исключительное въ томъ смыслѣ, что оно даетъ возможность запретить пользованіе опредѣленнымъ именемъ даже лицу, имѣющему на то законное право. Правда, повсемѣстное существованіе весьма распространенныхъ омонимовъ (Шульцъ, Мейеръ, Ивановъ, Семеновъ и т. д.) создаетъ рядъ практическихъ затрудненій и право должно разрѣшить задачу разграниченія сталкивающихся въ этомъ случаѣ интересовъ. Но подобныя же затрудненія возникаютъ и относительно другого института торговой фирмы, что, однако, не мѣшаетъ Iering'у признавать его даже за право собственности, т.-е. за право наиболѣе абсолютное и исключительное и, какъ таковое, являющееся прототипомъ другихъ исключительныхъ правъ.

Остается еще препятствіе, заключающееся въ томъ, что право на имя возникаетъ только при рожденіи и крещеніи. Но оно устраняется, если откинуть это положеніе, какъ ни на чемъ не основанное и прямо противорѣчащее дѣйствительности. Кромѣ рожденія и крещенія, имя можетъ пріобрѣтаться черезъ бракъ, усыновленіе и т. п. Если же признать псевдонимъ за имя въ юридическомъ смыслѣ, то надо будетъ выяснить условія его пріобрѣтенія, которое, впрочемъ, и не можетъ быть инымъ, какъ зависящимъ отъ произвола его носителя болѣе или менѣе продолжительнымъ употребленіемъ. Вопросъ о псевдонимѣ чаще всего бываетъ casus belli въ области судебныхъ споровъ объ имени. Поэтому онъ заслуживаетъ особаго разсмотрѣнія.

Такимъ образомъ затрудненія, которыя находитъ Іерингъ, могутъ быть устранены. Съ другой стороны, защита имени на основаніи римскаго понятія injuria является недостаточной, даже при томъ широкомъ его пониманіи, котораго поддерживается знаменитый романистъ. Не говоря уже о специфически римской природѣ этого понятія, защита имени преслѣдуетъ въ современномъ обществѣ другую, болѣе обширную задачу. Защита имени есть защита индивидуальности, такъ какъ оно является средствомъ индивидуализированія личности въ обществѣ. Индивидуализированіе достигается наименованіемъ при помощи личнаго имени (prenom) и имени фамиліи (nom въ узкомъ смыслѣ) [1]). Послѣдняя часть является общимъ для членовъ одной и той же семьи и поэтому служитъ въ глазахъ общества еще указаніемъ на родственную связь.

Нельзя сказать, чтобы эти цѣли достигались всегда надлежащимъ образомъ. Этому препятствуетъ существованіе ряда распространяемыхъ фамилій общихъ лицамъ, ни въ какомъ родствѣ другъ съ другомъ не состоящихъ. Кромѣ того, ношеніе различныхъ фамилій, конечно, не служитъ доказательствомъ отсутствія родственныхъ отношеній.

---

[1] У насъ еще при помощи т. н. отчества.

Принятый въ современныхъ культурныхъ странахъ способъ наименованія развился исторически, путемъ долгой безсознательной эволюціи и право должно отнестись къ нему, какъ къ прочно укоренившейся въ народной психологіи привычкѣ. Въ случаѣ надобности оно имѣетъ въ своемъ распоряженіи другіе способы индивидуализированія, совокупностью которыхъ достигается желанная точность и достовѣрность. Но помимо ихъ, оно должно озаботиться надлежащей регламентаціей имени, съ которымъ въ глазахъ общества связывается всегда представленіе объ отдѣльныхъ личностяхъ.

Честь можетъ быть самымъ дорогимъ достояніемъ личности. Но прежде всего ей должно быть обезпечено независимое отъ другихъ существованіе въ мнѣніи согражданъ. Можно предположить, что присвоившій себѣ чужое имя не только не треплетъ этимъ недостойнымъ образомъ репутацію его законнаго носителя, но даже придаетъ ему блескъ славы, связываетъ его съ замѣчательнымъ произведеніемъ или геройскимъ поступкомъ. Однако, и въ этомъ случаѣ нельзя отказать законному носителю въ защитѣ. По современному правосознанію достоинство скорѣе замѣчается въ томъ, чтобы быть самимъ собою, чѣмъ отраженнымъ отблескомъ чужой славы.

Каждый самъ выбираетъ свой жребій и не всякій примкнетъ къ выбору Ахиллеса. Быть въ глазахъ общества самимъ собой, не смѣшиваться и не сливаться въ мнѣніи согражданъ съ другими, — не значитъ ли это существовать, какъ самостоятельная часть соціальнаго цѣлаго.

Соціальное бытіе личности достигается только путемъ обособленія ея отъ другихъ. Иначе она растворилась бы въ общественной средѣ. «L'home vivant en société a le droit d'exister socialement: le nom est le signe de cette existance sociale [2]. Поэтому-то личное благо, выраженіемъ котораго служитъ имя, — соціальное обособленіе индивидуальности, является основаніемъ, на которомъ покоится все то, что принято обозначать, какъ моральное достояніе человѣка. Если въ нѣкоторыхъ случаяхъ и возможно подведеніе защиты имени подъ другія, болѣе установившіяся юридическія понятія, то въ цѣломъ такая защита была бы недостаточной. Каждый институтъ имѣетъ свою опредѣленную функцію и его ограниченную область примѣненія. Возможная иногда рефлекторная защита (напр., защитой владѣнія можетъ ограждаться право собственности) не можетъ служить надлежащимъ средствомъ для достиженія поставленной цѣли во всемъ ея объемѣ. Поэтому юридическая техника требуетъ обособленія защиты чести, при которой всегда примѣняется мѣрка in concreto отъ защиты имени, ограждающей индивидуальность какъ таковую.

Тѣмъ не менѣе нельзя отрицать близость этихъ двухъ институтовъ, такъ какъ и тотъ и другой стремятся оградить личность и ея достоинство. Но относительно родственныхъ явленій опасность смѣшенія больше, она скорѣе можетъ привести къ практически невѣрнымъ выводамъ черезъ распространеніе на одинъ случай положенія, относящагося только

---

[2] P. Blondel. Op. p. 178.

къ другому. Такое смѣшеніе проявлялось въ рѣшеніяхъ французскихъ судовъ первой половины прошлаго столѣтія [1]. На немъ же основана теорія, развиваемая Surde, обосновывающаго право на имя ссылкѣ на семейную честь [2].

Потребность въ защитѣ имени должна проявляться въ современномъ обществѣ гораздо настоятельнѣе, чѣмъ прежде. Болѣе развитая общественность, гласность дѣлаетъ болѣе опаснымъ для отдѣльной личности смѣшенія ея съ другимъ; у каждаго сильнѣе развивается стремленіе быть въ глазахъ согражданъ самимъ собой, нести отвѣтственность за свои поступки и только за свои.

Интересъ темы лежитъ тѣмъ не менѣе не въ соціальномъ обоснованіи этого института, сколько въ тѣхъ юридическихъ вопросахъ, которые возникаютъ по его поводу. Значеніе этого института не настолько велико, чтобы возбудить споры подобные тѣмъ, которые разгораются въ другихъ областяхъ гражданскаго права по поводу великихъ проблемъ современности. Но возникающія по его поводу техническія затрудненія могутъ возбуждать сомнѣнія и не сразу находить себѣ яснаго разрѣшенія. Вопросъ же о гражданско-правовой защитѣ имени, какъ и другихъ личныхъ правъ, является именно вопросомъ юридической и законодательной техники. «Le problème posé aujord'hui à leur égard (о личныхъ правахъ) est donc, avant tout un problème de technique; il s'agit de savoir quelles catégories on peut proposer pour réunir, sous une enveloppe commune et apte à leur devélopement, des élémets jusq'ici trop dispersés sous le vague et le flottement des seules inspirations de la justice naturelle» [3].

II.

Если имя имѣетъ цѣлью индивидуализировать личность, то вопросъ о природѣ разбираемаго института сводится къ тому, — какимъ юридическимъ понятіемъ охарактеризовать его такъ, чтобы изъ него вытекали границы предоставляемой защиты. Долгое время держался въ литературѣ, а во французской судебной практикѣ держится и до сихъ поръ, взглядъ на право на имя, какъ на видъ собственности. Въ настоящее время тенденція подводить подъ это понятіе всѣ абсолютныя права уже отжила свой вѣкъ. Этикетка собственности не мѣшала, кромѣ того, французской судебной практикѣ конструировать весь институтъ сообразно его истинной природѣ. Поэтому подробное опроверженіе этой теоріи было бы, какъ правильно указываетъ Perreau [4], только споромъ о словахъ, тѣмъ болѣе безплоднымъ, что право собственности и право на имя не имѣютъ ничего общаго, кромѣ представляемой и въ томъ и другомъ случаѣ управомоченнымъ лицамъ защиты противъ всѣхъ и каждаго.

---

[1] Parreau. Le droit au nom. 1910 p. 25.

[2] Surde le droit au nom p. 181—189.

[3] Gény. Procédés d'elaboration du droit civil. Сборникъ Les methodes juridiques. 1911 p. 192.

[4] Perreau. Op. cit. p. 27.

Примѣненіе понятія собственности къ институту права на имя привело къ нѣкоторымъ теоріямъ, которыя отпадаютъ вмѣстѣ со своимъ исходнымъ пунктомъ. Таковы теорія семейной собственности [1] и теорія ограниченной собственности [2]. Вопросъ объ отношеніи между семьей и правомъ на имя встаетъ и независимо отъ теоріи собственности и заслуживаетъ особаго упоминанія.

Правильное пониманіе вопроса объ юридической природѣ права на имя получится, конечно, не путемъ уродованія понятія собственности, а изъ разсмотрѣнія свойствъ этого института. Въ настоящее время господствующей является теорія, которая относитъ право на имя къ такъ называемымъ личнымъ правамъ. На этой точкѣ зрѣнія стоятъ во Франціи Saleilles, Capitant, Perreau, Reibel, P. Blondel, въ Германіи Gierke, Kohler, Opet, Planck, Endemann, Cosack и др. Объемъ понятія личныхъ правъ, т.-е субъективныхъ притязаній и соотвѣтствующихъ обязанностей пассивныхъ субъектовъ, направленныхъ на сохраненіе неприкосновенности благъ, лежащихъ въ индивидуальной сферѣ управомоченнаго лица [3], нельзя считать установленнымъ.

Теоретическое выясненіе ихъ свойствъ не позволяетъ еще выдѣлить прочно установленныя общія положенія. Поэтому при разсмотрѣніи отдѣльнаго института, входящаго въ эту категорію, лучше исходить изъ его специфическихъ проявленій, чѣмъ опредѣляетъ его особенности путемъ примѣненія къ нему, какъ къ частному случаю, общихъ положеній.

Нѣкоторыя обобщенія свойствъ личныхъ правъ, напр., ихъ неотчуждаемость зависитъ отъ того, относить ли къ ихъ числу такіе институты, какъ авторское право, право на фирму и др. Поэтому чистая дедукція изъ общихъ принциповъ не давала бы гарантіи своего соотвѣтствія природѣ института и рисковала бы остаться въ сферѣ безплодной юриспруденціи понятій.

На точкѣ зрѣнія теоріи личныхъ правъ стоятъ какъ Германское, такъ и Швейцарское гражданское уложеніе.

а) Право на имя, какъ и другія личныя права, имѣетъ абсолютный характеръ, т.-е. даетъ защиту противъ всѣхъ и каждаго. Это свойство является характернымъ и относитъ разбираемый институтъ въ одну изъ двухъ категорій, между коими распредѣляются всѣ частныя права. Абсолютный характеръ зависитъ отъ того, что всякій и каждый являются пассивными субъектами, обязанными въ отношеніи управомоченнаго лица, къ воздержанію отъ опредѣленныхъ дѣйствій.

Поэтому является неточнымъ мнѣніе Perreau [4], который видитъ одно

---

[1] Tournade. Etude sur le nom de famille. 1882, а также Dalloz. Report. t. 32, 10 и Supplement t. II, 16.

[2] Salveton. Le nom.

[3] «Persönlichkeitsrechte neunen wir Rechte, die ihrem Subjekte die Herrschaft über einen Bestandteil der eignen Persön lichkeitssphäre gewährleisten». Priv. E. I. S. 702. Опредѣлять личныя права черезъ господство надъ самимъ собой можно еще меньше, чѣмъ вещныя права черезъ господство надъ вещью.

[4] Perreau. Op. cit. § III.

изъ отличій права собственности отъ права на имя въ томъ, что первое даетъ возможность покинуть, уничтожить вещь и такимъ образомъ является абсолютнымъ правомъ, тогда какъ второе лишено этого свойства. Терминомъ абсолютный онъ обозначаетъ не защиту противъ всѣхъ, а объемъ власти надъ объектомъ. Послѣднее, однако, будучи чисто фактическимъ отношеніемъ, не является юридически характернымъ. Власть надъ объектомъ можетъ зависѣть не только отъ содержанія притязанія, направленнаго къ пассивнымъ субъектамъ, но и отъ ряда обстоятельствъ, совершенно не имѣющихъ правовыхъ свойствъ.

в) Право на имя не является монополіей частнаго права. Современное гражданское право знаетъ цѣлый рядъ абсолютныхъ правъ, сущность коихъ заключается въ томъ, что они, запрещая всѣмъ, кромѣ управомоченнаго, совершеніе опредѣленныхъ дѣйствій, тѣмъ самымъ предоставляютъ послѣднему извѣстную монополію (напр.: авторское право, на промышленное изобрѣтеніе, на товарный знакъ и др.).

Право на имя разлагается на двоякаго рода полномочія: 1) право носить опредѣленное имя и требовать отъ всѣхъ и каждаго его признанія; 2) право воспрещенія другимъ пользоваться тѣмъ же именемъ.

Соотвѣтственно этому и нарушенія права на имя могутъ быть сведены къ двумъ группамъ: непризнаніе имени и неправомѣрное его употребленіе. Чтобы доказать наличность перваго, нѣтъ надобности доказывать нарушенія интереса. Всякое препятствіе со стороны третьяго лица свободному ношенію имени тѣмъ самымъ является посягательствомъ на индивидуальность управомоченнаго, отрицаніемъ за нимъ права быть самимъ собой. Не требуетъ доказыванія интереса § 12 B. G. B. Та же точка зрѣнія приведена въ мотивахъ E. Huber къ проекту швейцарскаго уложенія [1]. Въ этомъ случаѣ субъекту права на имя предоставляется самая широкая защита. Кругъ пассивныхъ субъектовъ ничѣмъ ни ограниченъ. Всякій, препятствующій управомоченному лицу носить его имя, является нарушителемъ. Но тѣ дѣйствія, которыя дозволяются субъекту права, не являются тѣми, которыя зацрещены всѣмъ остальнымъ. Поэтому въ данномъ случаѣ нельзя говорить о монополіи.

Второе положеніе, предоставляемое правомъ на имя, способно вызвать на этотъ счетъ гораздо большія сомнѣнія. Roguin [2] полагаетъ, что оно является монополіей. Однако, къ этому можно найти серьезныя препятствія. Совершенно ясно, что нельзя запретить пользованіе опредѣленнымъ именемъ лицу, со своей стороны управомоченному на его ношеніе. Правда, въ случаѣ шиканозныхъ дѣйствій возможна защита на основаніи § 226 B. G. B. и квалификація ихъ, какъ злоупотребленія правомъ [3]. Но и при наличности таковыхъ нельзя требовать отъ отвѣтчика прекращенія законно принадлежащаго ему имени.

Помимо этого одно то, что кто-либо пользуется именемъ управо-

---

[1] E. Huber. Exposé des motifs de l'avant-projet etc. мотивы къ § 27, которой соотвѣтствуетъ § 29 Улож.

[2] Roguin. La règle de droit. p. 254.

[3] Reibel. Le droit au nom commercial, littèraire et artistique 1905. p. 99—106.

моченнаго лица, не даетъ еще послѣднему права воспрещенія. Необходимо, чтобы имѣло мѣсто нарушеніе интереса, причиненіе ущерба, безразлично-моральнаго или матеріальнаго. Охрана имени должна имѣть мѣсто лишь постольку, поскольку оно является средствомъ индивидуализированія.

Воспрещеніе всякому и каждому пользоваться тѣмъ же именемъ, даже въ томъ случаѣ, если этимъ не наносится никакого ущерба его законному носителю и не представляется никакой опасности смѣшенія въ глазахъ общества различныхъ индивидуальностей, являлось бы ничѣмъ не оправдываемымъ ограниченіемъ свободы личности. Поэтому вполнѣ правильной является точка зрѣнія германскаго гражданскаго уложенія, который требуетъ для обоснованія иска, въ случаѣ неправильнаго пользованія чужимъ именемъ, наличности нарушенія интереса. Ту же точку зрѣнія находимъ у Evg. Huber'a [1].

Нельзя, основываясь на томъ, что право на имя является правомъ абсолютнымъ, отрицать необходимости этого условія для наличности нарушенія права [2]. Такого вывода сдѣлать нельзя, если не понимать подъ терминомъ абсолютный что-либо иное, кромѣ защиты противъ каждаго нарушающаго. Требованіе наличности ущерба является въ данномъ случаѣ только границей, которой объективное право опредѣляетъ область своего вмѣшательства. Управомоченное лицо можетъ требовать, чтобы никто не нарушалъ его интересовъ путемъ узурпаціи его имени.

Такимъ образомъ право на имя не даетъ управомоченному лицу права исключительнаго пользованія своимъ именемъ. Другія лица также могутъ имъ пользоваться вполнѣ правомѣрно, во-1, тогда, когда они сами обладаютъ тѣмъ же именемъ, во-2, тогда, когда они не причиняютъ этимъ ущерба.

При наличности же такихъ ограниченій отнесеніе права на имя къ числу частно-правовыхъ монополій является неправильнымъ. Если кто-либо другой можетъ совершать тѣ же дѣйствія, помимо воли управомоченнаго, то о монополіи не можетъ быть и рѣчи.

Нельзя конструировать юридическаго понятія «монополіи быть самимъ собой». Субъекту права на имя дается возможность пользоваться именемъ для обозначенія своей личности. Третьимъ лицамъ воспрещается не пользованіе этимъ же именемъ, такъ какъ не въ немъ лежитъ цѣль и смыслъ защиты, а причиненіе ущерба управомоченному лицу путемъ пользованія его именемъ, могущимъ создать о немъ неправильное представленіе въ глазахъ общества. Тогда какъ въ частно-правовыхъ монополіяхъ (напр., право на промышленное изобрѣтеніе) совершеніе кѣмъ-либо запрещеннаго дѣйствія и составляетъ ту опасность, отъ которой правопорядокъ ограждаетъ управомоченнаго лица, въ правѣ на имя эта опасность заключается не въ самомъ пользованіи именемъ, а въ могущемъ произойти посягательствѣ на индивидуальность его носителя.

---

[1] E. Huber Op. cit. къ § 27.

[2] см. O. Gierke. Deutsch. Privatrecht. B. I. S. 722.

Можетъ возникнуть вопросъ,—не противорѣчитъ ли отрицаніе монопольнаго характера разбираемаго института его принадлежности къ абсолютнымъ правамъ. Такой выводъ былъ бы неправильнымъ, такъ какъ отличіе абсолютныхъ правъ отъ относительныхъ заключается въ томъ, что у нихъ не индивидуализированъ пассивный субъектъ. Имъ можетъ быть всякій, если нѣтъ какихъ-либо юридическихъ основаній для его психологіи. Въ относительныхъ же правахъ пассивнымъ субъектомъ является тѣмъ или инымъ способомъ индивидуализированное лицо. Право на имя обращаетъ свое оружіе противъ всякаго посягающаго на его нарушеніе. Поэтому оно является правомъ абсолютнымъ. Но не всякій пользующійся именемъ, принадлежащимъ другому лицу, является нарушителемъ. Поэтому право на имя не есть монополія. Нѣтъ монополіи на имя и не можетъ быть монополіи въ томъ, чтобы быть самимъ собой.

c) Право на имя является правомъ неимущественнымъ. Оно не входитъ въ составъ актива управомоченнаго лица. Однако, это не значитъ, что въ случаѣ его нарушенія не можетъ быть присуждено денежнаго вознагражденія, такъ какъ ущербъ можетъ (правда, въ сравнительно рѣдкихъ случаяхъ) носить матеріальный характеръ и, кромѣ того, можетъ имѣть мѣсто денежное возмѣщеніе моральнаго ущерба, если послѣднее допускается положительнымъ правомъ.

Какъ слѣдствіе неимущественнаго характера является непередаваемость имени по наслѣдству, исключеніе дѣйствія давности и неотчуждаемость.

1) Не будучи имущественнымъ правомъ, имя не входитъ въ составъ наслѣдственной массы. Переходъ фамиліи родителей къ дѣтямъ не можетъ быть разсматриваемъ какъ наслѣдованіе уже по одному тому, что дѣти пріобрѣтаютъ ее не послѣ смерти родителей, а со своего рожденія.

Въ Англіи, однако, имѣетъ мѣсто переходъ титула и имени къ старшему сыну послѣ смерти отца. Этотъ институтъ является совершенно чуждымъ современнымъ правовымъ воззрѣніямъ и представляетъ собой феодальный пережитокъ наслѣдованія въ земляхъ и владѣтельныхъ правахъ, выраженіемъ коихъ и является титулъ и имя.

Возложеніе на наслѣдника по завѣщанію обязанности принять имя завѣщателя,—условіе попадающееся иногда въ завѣщаніяхъ, не является передачей имени. Если наслѣдникъ перемѣнитъ имя, то титуломъ пріобрѣтенія новаго будетъ не завѣщаніе, а административный актъ о перемѣнѣ имени.

2) Право на имя является неотчуждаемымъ [1]. Будучи тѣсно связано съ личностью субъекта, оно не можетъ быть отдѣлено отъ нея и передано другому. Но это не значитъ, что всякія сдѣлки являются недопустимыми. Французская судебная практика допускаетъ относительно личныхъ правъ вообще и относительно права на имя въ частности цѣлый рядъ сдѣлокъ [2].

---

[1] Dalloz. Suppl. II, 17.

[2] См. Perreau. Les droits de la personnalité Revue trimest. de droit civil 1909.

Для разрѣшенія вопроса объ ихъ допустимости и силы ихъ дѣйствія необходимо нѣсколько вернуться къ общимъ принципамъ. Мы имѣли уже случай указать на двойственный характеръ разбираемаго института. Имя защищается постольку, поскольку оно является способомъ обозначенія опредѣленной индивидуальности. Личность, какъ таковая, защищается этимъ институтомъ, слѣдовательно, постольку, поскольку средствомъ ея идентификаціи является имя.

Логически возможно построеніе болѣе широкаго понятія «права быть самимъ собой», въ которое право на имя входило бы, какъ составная часть. Изъ этихъ двухъ элементовъ строго личный характеръ имѣетъ «тождество индивидуальностей съ самой собой». Имя, будучи чисто внѣшнимъ способомъ ея выраженія, если разсматривать его независимо отъ перваго элемента, способно къ передачѣ и отчужденію. Тогда, когда оно служитъ другой цѣли, напр., какъ средство обозначенія торговой фирмы, такая сдѣлка является вполнѣ допустимой. Гражданское же имя лишается этого свойства черезъ вмѣшательство государственной власти, которая въ интересахъ общественнаго порядка придаетъ ему функцію офиціальнаго способа обозначенія личности и тѣмъ самымъ тѣсно связываетъ его съ нею. Поэтому, если говорить объ отчужденіи права быть самимъ собой является логическимъ абсурдомъ, то передача гражданскаго имени является невозможной только потому, что противорѣчитъ публичному праву. Когда же это препятствіе устраняется, то такая сдѣлка логически возможна, такой сдѣлкой будетъ передача псевдонима, вполнѣ мыслимая, такъ какъ она не затрагиваетъ общественнаго порядка. При этомъ мы подразумѣваемъ такую сдѣлку, когда управомоченное лицо не просто разрѣшаетъ другому пользоваться принадлежащимъ ему псевдонимомъ, но и само отказывается отъ дальнѣйшаго его употребленія. Такая сдѣлка еще не значитъ, что контрагенты желаютъ смѣшенія ихъ личностей въ глазахъ общества, такъ какъ есть другіе способы ихъ дифференціаціи.

Другой мѣркой допустимости сдѣлокъ съ именемъ является примѣненіе къ нимъ общаго принципа, требующаго, чтобы онѣ не противорѣчили добрымъ нравамъ. Поэтому недопустима, напр., сдѣлка, которой А предоставляетъ В пользоваться его именемъ, чтобы конкурировать съ однофамильцемъ А.

Такимъ образомъ недопустимы: 1, цессія имени (офиціальнаго), такъ какъ право на него имѣетъ въ качествѣ коррелатива публично-правовую обязанность, 2, сдѣлки, противорѣчащія добрымъ нравамъ и 3, передача права иска [1], защищающаго имя, какъ ограждающаго всегда при этомъ и индивидуальность субъекта. Но въ этихъ границахъ надо считать допустимыми сдѣлки, направленныя на разрѣшеніе другому лицу пользоваться именемъ субъекта права.

Контрагентъ можетъ въ зависимости отъ содержанія сдѣлки пользоваться имъ для обозначенія самого себя или же для другой цѣли, напр., для наименованія героя романа, драмы и т. д.

[1] Perreau Op. cit. p. 143.

Нѣкоторыя сдѣлки съ правомъ на имя регулируются офиціальнымъ правомъ. Такой случай, предусмотрѣнный Saz. 3 Abs, 2 § 1706 B.G.B. Но и помимо подобныхъ случаевъ сдѣлки, путемъ которыхъ управомоченное лицо разрѣшаетъ другому пользоваться его именемъ, должны считаться допустимыми. Имя этимъ не отчуждается и управомоченное лицо не переходитъ границы предоставленнаго ему дискреціоннаго права. Въ соотвѣтствіи съ этимъ построена самая защита права на имя при посредствѣ гражданскаго иска. Если управомоченное лицо можетъ не предъявлять его, т.-е. тѣмъ самымъ допускать такія дѣйствія третьяго лица, которыя онъ въ правѣ запретить, то нѣтъ основаній для отрицанія за нимъ права прямо разрѣшить ихъ, вступивъ съ нимъ въ соглашеніе. Если такое соглашеніе не затронетъ интересовъ публичнаго права и не окажется противнымъ добрымъ нравамъ, то его надо признать дѣйствительнымъ, т.-е. имѣющимъ силу юридической сдѣлки, какъ устанавливающее права и обязанности. Къ области допустимыхъ сдѣлокъ по поводу права на имя надо отнести также соглашеніе, коимъ одно лицо обязывается наименовать опредѣленнымъ образомъ (и въ извѣстныхъ случаяхъ) другого [1].

Слишкомъ неопредѣленной и противорѣчивой является взглядъ на сдѣлки съ именемъ Perreau, который видитъ въ нихъ только пользованіе правомъ и не считаетъ ихъ за юридическія сдѣлки, такъ какъ договоры могутъ касаться только благъ in commercio. «S'ils n'ont pas de valeur comme actes juridiques, les contrats ne pouvant porter que sur des biens dans le commerce, rien n'empêche toute fois de les considerer comme simples faits matériels d'exercice de leur droit par les interessés, faits sur lesquels la bonne foi leur interdit de revenir sans raison grave, quand ils servent de base à la conduite d'autrui [2]. Но если эти соглашенія не являются юридическими сдѣлками, то непонятно, какъ могутъ они создавать обязанности для управомоченнаго лица и давать въ случаѣ его иска exceptio контрагенту. Самое противопоставленіе, сдѣланное Perreau, пользованія правомъ и юридической сдѣлки является неправильнымъ, такъ какъ заключеніе сдѣлокъ является видомъ пользованія правомъ. Если же заключеніе разсматриваемыхъ соглашеній не является юридическимъ дѣйствіемъ, то оно неспособно къ измѣненію правъ и обязанностей. Поэтому ихъ надо разсматривать, какъ договоры, имѣющіе юридическую силу.

Если въ такомъ соглашеніи вполнѣ примѣнимо правило, что оно ius facit inter partes, то толкованіе воли сторонъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ представляется несомнѣнно весьма трудной задачей. Предоставленіе другому пользованія своимъ именемъ является нѣсколько рискованнымъ. Поэтому вполнѣ соотвѣтствующей природѣ отношенія

---

[1] Такое соглашеніе признается имѣющимъ силу закономъ 20 марта 1911 г. объ авторскомъ правѣ на литературныя, художественныя и музыкальныя произведенія въ ст. 70: «Издатель не въ правѣ, безъ согласія автора или его наслѣдниковъ, вносить какія либо дополненія, сокращенія и вообще измѣненія ни въ самое произведеніе, ни въ заглавіе его, ни въ обозначеніе на немъ автора и т. д.

[2] Perreau. Op. cit. p. 144.

будетъ презумпція дѣйствительности договора только въ тѣхъ условіяхъ и обстоятельствахъ, при которыхъ онъ былъ заключенъ (clausulla rebus sic stantibus) [1]. Если, напр., въ силу послѣдовавшаго соглашенія А пользуется именемъ В, какъ газетнымъ псевдонимомъ, то переходъ въ другую газету, или же рѣзкая перемѣна направленія, могутъ служить достаточнымъ основаніемъ для расторженія договора [2]. Французская судебная практика признаетъ относительно всѣхъ соглашеній по поводу личныхъ правъ, что они могутъ быть прекращены одностороннимъ заявленіемъ, если будутъ указаны достаточныя основанія этого [3]. Подобныя соглашенія имѣютъ строго личный характеръ. Они не затрагиваютъ правъ третьихъ лицъ. Поэтому, если А предоставилъ В пользоваться своей фамиліей, то родственникъ перваго, носящій ту же фамилію, или просто однофамилецъ могутъ воспользоваться своимъ правомъ противъ В. Права ихъ являются независимыми другъ отъ друга и поэтому соглашеніе, въ которое вступилъ одинъ изъ нихъ, не имѣетъ никакого дѣйствія въ отношеніи другихъ, въ немъ не участвовавшихъ.

Равнымъ образомъ обязательства и права, возникшія изъ такого договора не переходятъ на наслѣдниковъ.

Личный характеръ права на имя и заключенныхъ по его поводу соглашеній дѣлаетъ послѣднія чрезвычайно неустойчивыми, что, конечно, не можетъ представлять какихъ-либо практическихъ неудобствъ въ виду ихъ чрезвычайно ограниченнаго практическаго значенія. Главный смыслъ всего института несомнѣнно заключается въ той защитѣ, которая предоставляется суъекту права на имя.

На практикѣ такія соглашенія могутъ имѣть смыслъ главнымъ образомъ, какъ средство урегулированія столкновеній, возникающихъ на почвѣ литературной работы или же вслѣдствіе распространенія нѣкоторыхъ именъ.

Большое значеніе и большой матеріалъ для своего разрѣшенія вопросъ о сдѣлкахъ съ именемъ можетъ пріобрѣсти, если встать на точку зрѣнія тождества гражданскаго имени и торговой фирмы [4]. Но, несмотря на общее въ природѣ этихъ двухъ институтовъ, вопросы, касающіеся фирменнаго права, пріобрѣтаютъ специфическій характеръ въ зависимости отъ интересовъ торговаго оборота, опредѣляющаго его характеръ. Институтъ же права на имя находится въ сторонѣ отъ этой области. Поэтому ихъ смѣшеніе можетъ привести къ практически невѣрнымъ выводамъ, хотя, несомнѣнно, ихъ сопоставленіе интересно съ точки зрѣнія юридическаго синтеза.

3) Давность не оказываетъ вліянія въ отношеніи права на имя въ силу принципа, выраженнаго въ art. 2226 C. c.: «On ne peut prescrire

---

[1] Kohler. Das Namenrecht als Individualrecht. Arch. f. bürg Recht B.V S. 92.

[2] Perreau Op. cit. p 149. Opet. Das Namenrecht des B.C.B. Arch. f. civ. Praxis B. 87.

[3] Perreau. Les droits de la personnalité p. 507.

[4] Reibel. Op. cit. p. 47; Olshansen. Das Verhältniss des Namenrechts zum Firmenrecht. 1900. S. 8.

le domaine des choses quine sont point dans le commerce». § 937 B. G. B. указываетъ на давность владѣнія только какъ на способъ пріобрѣтенія права собственности на движимыя вещи.

Погасительная давность противорѣчила бы сущности права на имя. Поэтому никогда не поздно заявить искъ въ защиту имени. § 194 B. G. B. такимъ образомъ не можетъ имѣть примѣненія. Какъ бы долго ни пользоваться чужимъ именемъ, этимъ нельзя пріобрѣсти exceptio противъ управомоченнаго лица.

Французская судебная практика строго придерживается принципа, что давность не имѣетъ вліянія на имя. Но не признавая ее за титулъ пріобрѣтенія права на имя, французская практика допускаетъ ее въ качествѣ доказательства существованія права. Часто такое доказательство представляетъ непреодолимыя затрудненія. Имя фамиліи передается черезъ рожденіе. Но запись фамиліи родителя въ acte de naissance не является доказательствомъ законной принадлежности этой фамиліи родителямъ. Затрудненіе прекращается, если въ одномъ изъ поколѣній можно будетъ найти законный титулъ пріобрѣтенія имени. Но послѣднее бываетъ рѣдко. Чтобы выйти изъ этого положенія, практика допускаетъ, что продолжительное пользованіе опредѣленнымъ именемъ одной и той же семьей создаетъ презумпцію законной принадлежности ей этого имени. Для установленія ея практика требуетъ ненарушимое и гласное употребленіе имени въ теченіе долгаго періода времени. Тридцати лѣтъ во всякомъ случаѣ недостаточно. Точно практика не опредѣляетъ необходимаго періода времени, но приближается къ требованію незапамятной давности. Имя должно быть признаваемо за его носителями ихъ согражданами. При наличности этихъ условій создается предположеніе о принадлежности имени, каковымъ французскіе суды и удовлетворяются [1].

III.

Защита права на имя возбуждаетъ нѣкоторые вопросы объ ея границахъ. Таковыми являются вопросы о защитѣ: 1) псевдонима, 2) имени союзовъ и обществъ и 3) о правѣ члена семьи на предъявленіе иска.

1. Псевдонимъ имѣетъ по большей части цѣлью скрыть настоящее имя. Поэтому при опредѣленіи границъ его допустимости надо прежде всего исключить всю область публично-правовыхъ отношеній, въ коей его употребленіе является безусловно недопустимымъ [2]. Kohler [3] идетъ еще дальше и исключаетъ всю область гражданскихъ сдѣлокъ (Geschafts eben), такъ какъ «das reale Leben sträubt sich gegen die Phantastik des Verkleidens». Съ его точки зрѣнія псевдонимъ допустимъ только относительно произведеній литературы и искусства. Въ настоящее

[1] Dalloz. Sup. t. II. 49.

[2] Opet, Das Namenrecht des B. G. B. Arch. f. civ. Praxis. B. 87. S. 324.

[3] Kohler. Das Namenrecht als Individualrecht. S. 73.

время [1] вопросъ на практикѣ только въ этой области и встаетъ. Но способъ перечисленія не даетъ юридически опредѣленнаго отвѣта на вопросъ. Для этого надо отдѣлить псевдонимъ отъ ложнаго имени, принимаемаго съ цѣлью скрыть свою личность во всѣхъ ея соціальныхъ проявленіяхъ. Ложное имя должно воспрепятствовать тому, чтобы кто-либо узналъ его носителя, оно должно создать ему совершенно новую въ глазахъ общества индивидуальность, рѣзко отличную отъ прежней. Однимъ словомъ, ложное имя встаетъ на мѣсто истиннаго гражданскаго имени. Псевдонимъ же существуетъ рядомъ съ нимъ, такъ какъ служитъ исключительно въ опредѣленной области. Онъ долженъ отдѣлить извѣстную категорію общественныхъ проявленій личности отъ ея обычной житейской сферы.

Неправильнымъ, однако, является мнѣніе, что пользованіе псевдонимомъ не есть принятіе новаго имени, а просто способъ сохраненія анонима [2]. Псевдонимъ не имѣетъ единственной цѣлью сохраненіе инкогнито. Для этого было бы достаточно не помѣщать своего имени на обложкѣ, на картинѣ, въ афишѣ и т. п. Прикрываясь какимъ-либо псевдонимомъ, авторъ стремится создать себѣ литературную индивидуальность, хотя и желаетъ при этомъ отдѣлить ее отъ своей частной жизни и скрыть послѣднюю вмѣстѣ съ настоящимъ своимъ именемъ отъ публики. Одинъ и тотъ же псевдонимъ объединяетъ различныя произведенія, и читатели, не зная автора, тѣмъ не менѣе связываютъ полученныя впечатлѣнія въ одну цѣлую характеристику и представленіе объ единомъ лицѣ. Путемъ псевдонима его носитель создаетъ себѣ особую литературную, художественную или артистическую индивидуальность. Назначеніе его, такимъ образомъ, то же самое, что и гражданскаго имени. Различіе лишь въ болѣе ограниченномъ полѣ примѣненія. Гражданское имя индивидуализируетъ личность, какъ гражданина и какъ члена общества; оно должно употребляться въ той сферѣ (государственной и частной) жизни, которая неизбѣжно составляетъ достояніе каждаго. Псевдонимомъ же пользуется въ такихъ проявленіяхъ соціальнаго существованія, безъ которыхъ легко можно представить себѣ любого человѣка и которыя поэтому могутъ легко обособляться въ общественномъ сознаніи. Если защита псевдонима имѣетъ тѣ же основанія, что и защита имени вообще, то предѣлы ея являются болѣе узкими, соотвѣтственно его болѣе ограниченному значенію.

Опредѣленная личность можетъ имѣть только одно гражданское имя, но нѣсколько псевдонимовъ, сообразно съ тѣмъ, сколько у нея особыхъ сферъ дѣятельности (personnalités particulièrè, какъ говоритъ Perreau), охарактеризованныхъ выше. Впрочемъ и въ одной и той же области можно имѣть нѣсколько псевдонимовъ, что очень часто встрѣчается въ области газетной и журнальной работы.

По поводу права на псевдонимъ поднимается рядъ вопросовъ, не

---

[1] Въ прежнее время были въ ходу военные псевдонимы, такъ наз. noms d'armes.

[2] Reibel. Op. cit. p. 15.

возникающихъ относительно гражданскаго имени. Таковы вопросы связанные съ пріобрѣтеніемъ псевдонима. Пріобрѣтеніе гражданскаго имени обычно детально нормируется въ кодексахъ. Этотъ вопросъ прежде всего интересуетъ законодателя, такъ какъ съ нимъ связаны не только частноправовыя, но и публично-правовыя послѣдствія. Даже тѣ законодательства, которыя умалчиваютъ объ особомъ правѣ на имя, обычно детально регламентируютъ его пріобрѣтеніе. Псевдонимъ же остается внѣ законодательной нормировки, да и трудно поддается послѣдней, такъ какъ по самой своей природѣ слишкомъ связанъ съ произволомъ его носителя.

Право на псевдонимъ можетъ пріобрѣтаться только его употребленіемъ. Но достаточно ли одного раза, одного произведенія, подписаннаго авторомъ, или нѣтъ. Opet [1], стоящій на этой точкѣ зрѣнія, указываетъ на законный интересъ въ полученіи защиты лица, написавшаго хотя бы одну только вещь. Противоположнаго взгляда придерживается французская судебная практика [2]. Право на псевдонимъ можно пріобрѣсти только путемъ неоднократнаго употребленія, которое создало бы автору литературную, артистическую или др. индивидуальность. Къ этому пониманію примыкаютъ Perreau [3] и Kohler [4]. Эта теорія болѣе соотвѣтствуетъ истинной природѣ псевдонима, который служитъ для фиксаціи въ опредѣленной области индивидуальности автора. Естественно, что защита можетъ быть предоставлена только тогда, когда писатель или художникъ создали себѣ опредѣленный художественный или литературный обликъ. Иначе защита была бы лишена своего основанія. Кромѣ того, не слѣдуетъ забывать, что выводомъ изъ признанія права на псевдонимъ является защита его носителя противъ притязаній даже законнаго обладателя того-же имени. Пріобрѣтенный псевдонимъ даетъ автору exceptio, которой онъ можетъ съ успѣхомъ отразить нападеніе. Передъ этимъ выводомъ не останавливается французская практика [5].

Если же встать на точку зрѣнія Opet, то защита псевдонима могла бы превратиться въ вопіющее нарушеніе права третьихъ лицъ. Дѣйствительно достаточно было бы подписать газетную замѣтку, стихотвореніе и т. п. чужимъ именемъ, чтобы и впредь имѣть возможность безнаказанно нарушать чужое право.

§ 12 B. G. B. говоритъ объ имени вообще. Среди нѣмецкихъ юристовъ вопросъ о томъ, можно ли подвести подъ эту статью и защиту псевдонима, вызываетъ разногласія. Въ отрицательномъ смыслѣ высказывается Planck [6], который указываетъ на отсутствіе въ законѣ правилъ, нормирующихъ пріобрѣтеніе псевдонима. Поэтому въ пользованіи имъ онъ видитъ только проявленіе allgeimener Freiheit. Доводомъ въ пользу этого мнѣнія является отрицательная точка зрѣнія на защиту псевдонима

---

[1] Opet. Op. cit. S. 353.
[2] Surey. Recueil des lois et arrêts 1906 II p. 217.
[3] Perreau. Op. cit. p. 457.
[4] Kohler. Op. cit. S. 79—80.
[5] Dalloz. Suppl. t. II. 126, а также Sireg 1906 II p. 217.
[6] Planck. Cand I § 12, № 5.

редакторовъ германскаго гражданскаго уложенія [1]. Однако, оно вызываетъ возраженія. Такъ Opet [2] указываетъ на то, что въ законѣ употребленъ терминъ (Name), обнимающій собой и псевдонимъ. Въ виду же его ясности и опредѣленности нѣтъ надобности по правиламъ толкованія обращаться къ мотивамъ.

Редакціонная комиссія по составленію нашего гражданскаго уложенія совершенно не говоритъ о псевдонимѣ. Законъ 20 марта 1911 г. объ авторскомъ правѣ на литературныя, музыкальныя, художественныя и фотографическія произведенія упоминаетъ о немъ также въ ст. 17, коей автору произведенія, анонимнаго или подписаннаго псевдонимомъ, предоставляется авторское право [3].

2. Субъектомъ права на имя является каждый законный носитель опредѣленнаго имени. Въ отношеніи физическихъ лицъ это положеніе не вызываетъ затрудненій. Вопросъ возникаетъ относительно юридическихъ лицъ. Практика французскихъ судовъ послѣдовательно приходитъ къ защитѣ имени юридическихъ лицъ [4]. Такъ какъ имя имѣетъ цѣлью индивидуализированіе, то всякій правоспособный субъектъ, выступающій въ оборотѣ, какъ опредѣленная юридическая индивидуальность, имѣетъ право на защиту своего имени.

Распространеніе на юридическихъ лицъ § 12 B. G. B. представляется спорнымъ. Рядъ авторовъ [5] отвѣчаетъ на него утвердительно. То обстоятельство, что § 12 помѣщенъ въ отдѣлѣ о физическихъ лицахъ, не служитъ для этого препятствіемъ, такъ какъ положеніе этого Titel вполнѣ примѣнимы и къ юридическимъ лицамъ, поскольку они не противорѣчатъ природѣ послѣднихъ. Это явствуетъ изъ того, что B. G. B. не содержитъ положеній о субъектахъ права вообще. Поэтому едва ли правильнымъ является мнѣніе Opet [6], который встаетъ на противоположную точку зрѣнія; de lege ferenda, однако, онъ считаетъ защиту имени юридическихъ лицъ желательной, указывая на то, что, если для торговыхъ юридическихъ лицъ достаточно защиты фирменнаго права и регистраціи, то для обществъ, не внесенныхъ въ реестръ, нѣтъ надлежащихъ гарантій.

3. И фамилія и личное имя имѣютъ цѣлью индивидуализировать опредѣленную личность. Но фамилія, кромѣ того, указываетъ еще на принадлежность къ опредѣленной семьѣ. Право иска принадлежитъ каждому носителю опредѣленнаго имени. Но возникаетъ вопросъ,—не принадлежитъ ли оно также членамъ семьи, носящимъ другое имя (напр., дочери, вышедшей замужъ), или же хотя и носящимъ то же имя, но которымъ лично не угрожаетъ смѣшеніе ихъ личности съ третьимъ лицомъ.

---

[1] Protokolle der Komission für die zweite Lesung des Entwurfs des B. G. B. bearbeitet von D-r. Achilles, B. I S. 45.

[2] Opet. Op. cit. S. 328 Того же взгляда придерживается Endemann, Lehrbuch B. I S. 186 и Ennecerus B. I S. 229.

[3] Исторія этой ст. см. у Канторовича. Авторское право. 20 марта 1911 г. изд. 1911 г. стр. 186 и pass.

[4] Sirey. 1905 II p.

[5] Endemann. B. I S. 186, Enneccerus. B. I S. 229 прим., Planck B. I § 12. 6.

[6] Opet. Op. cit. S. 374.

Напр., послѣ смерти дочери, могутъ ли родители предъявить искъ къ лицу, пользующемуся именемъ покойной такъ, что при жизни она могла бы предъявить искъ. Французская судебная практика рѣшаетъ вопросъ въ утвердительномъ смыслѣ [1]. Неопредѣленнымъ только за отсутствіемъ твердыхъ основаній является вопросъ о томъ, до какой степени родства слѣдуетъ его предоставить боковымъ родственникамъ. Pereau [2] предлагаетъ остановиться на 12-ой степени родства, опредѣленной закономъ для права наслѣдованія, хотя и признаетъ при этомъ, что какой-либо аналогіи въ пользу такого рѣшенія провести нельзя. Доводомъ можетъ служить только то, что по закону за 12-ой степенью родственныя отношенія не влекутъ никакихъ юридическихъ послѣдствій [3]. Но это правило въ ощей формѣ въ законѣ не содержится и поэтому примѣненіе его къ данному случаю не можетъ быть обосновано строго-юридически. Несмотря на это затрудненіе, самую защиту правъ членовъ семьи нельзя не признать правильной. Принадлежность къ опредѣленной семьѣ несомнѣнно индивидуализируетъ извѣстнымъ образомъ въ глазахъ общества лицъ, въ нее входящихъ. Поэтому узурпаторъ имени, являющагося достояніемъ членовъ опредѣленной семьи, тѣмъ самымъ какъ бы встаетъ въ ихъ ряды, вызываетъ у третьихъ лицъ мысль о несуществующихъ родственныхъ отношеніяхъ. Въ этомъ случаѣ, по выраженію Kohler «die Konfundirende Wirkund begeht sich hier nicht auf das Ich-Sein, auf die Individualitat als solche, aber sie begeht sich auf die Familienzugehörigkeit der Person» [4]. Интересъ истца въ такихъ случаяхъ затронутъ не непосредственно, а благодаря его семейнымъ отношеніямъ. Однако, тутъ нельзя видѣть посягательства на его семейныя права. Въ данномъ случаѣ послѣднія фигурируютъ не въ качествѣ того права, которое нарушено, а только какъ свойство опредѣленной личности, принадлежность коихъ индивидуализируетъ послѣднюю. Нарушеннымъ все же является право на имя [5].

IV.

Защита имени, соотвѣтственно двоякаго рода правомочіямъ, предоставленныхъ субъекту права, представляетъ два возможныхъ случая: a) искъ въ случаѣ оспариванія кѣмъ-либо принадлежащаго управомоченному лицу имени; b) искъ въ случаѣ неправомѣрнаго пользованія кѣмъ-либо имени управомоченнаго лица. Разсмотримъ оба случая въ отдѣльности.

A. Въ первомъ случаѣ искъ будетъ направленъ на требованіе отъ отвѣчика признанія за истцомъ принадлежащаго послѣднему имени. Этотъ искъ направленъ или на требованіе отъ отвѣчика опредѣленныхъ дѣйствій (употребленія въ подлежащихъ случаяхъ истиннаго имени истца),

---

[1] Рѣшеніе судовъ см. у Perreau, Op. cit. p. 322 и pass., а также Sirey, 1890 II p. 119.

[2] Perreau, op. cit. p. 325.

[3] Planiol, Traité t. I nº 651.

[4] Kohler. Das Namenrecht als Individualrecht, S. 92.

[5] Protokolle des Komission für die zweite Lesund des Entn. des B.G.B. bearb. von D-r Achilles 1897 Berlin. B. I. S. 45.

или воздержанія отъ дѣйствій. Поэтому его надо отличать отъ иска о признаніи, направленнаго лишь на констатированіе принадлежности истцу опредѣленнаго имени.

Предпосылками разсматриваемаго иска являются: 1) Принадлежность спорнаго имени истцу. Если дѣло идетъ объ офиціальномъ имени, то доказательствомъ являются акты гражданскаго состоянія, а также документы, удостовѣряющіе законный титулъ пріобрѣтенія имени. Выше мы указывали на роль давности въ доказательствѣ принадлежности имени по практикѣ французскихъ судовъ. Если же споръ касается псевдонима, то истецъ долженъ доказать, что онъ создалъ себѣ въ соотвѣтствующей области (литературной, художественной, артистической и т. п.) опредѣленную индивидуальность, выступая подъ прикрытіемъ даннаго псевдонима. 2) Отказъ со стороны отвѣтчика называть истца принадлежащимъ ему именемъ.

Не требуется доказательствъ нарушенія интереса истца. Каждый имѣетъ право требовать, чтобы за нимъ признавали принадлежащее ему имя, и требованіе доказывать въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ нарушеніе интереса извращало бы природу института. Perreau [1] держится по этому вопросу нѣсколько противоположной точки зрѣнія: la réclamation de nome ne suppose ni dommage éprouvé ni faute commite, но тѣмъ не менѣе онъ требуетъ наличности интереса. Если указаніе на интересъ имѣетъ значеніе только, какъ обоснованіе всѣхъ вообще гражданскихъ правъ, то онъ является излишнимъ при опредѣленіи предпосылокъ даннаго иска. Кромѣ того, оно зависитъ отъ опредѣленной философско-правовой теоріи, не пользующейся всеобщимъ признаніемъ.

Если нарушенъ интересъ, то значитъ понесенъ матеріальный или моральный ущербъ. Если послѣднее отсутствуетъ, то нельзя говорить объ интересѣ къ предъявленію иска и требовать доказательствъ его. Никто не можетъ препятствовать управомоченному лицу носить принадлежащее ему имя точно такъ же, какъ собственнику распоряжаться вещью, независимо отъ того, представляетъ ли она для него какую-либо цѣнность или нѣтъ.

Мотивы редакціонной комиссіи по составленію гражданскаго уложенія, не останавливаясь болѣе подробно на этомъ вопросѣ, мимоходомъ упоминаютъ о необходимости интереса [2]. Это умолчаніе способно вызвать практическія недоразумѣнія, хотя бы въ виду того, что редакторы ссылаются на германское гражданское уложеніе, не требующее для этого иска нарушенія интереса, и въ то же время встаютъ на противоположную точку зрѣнія.

Для представленія разсматриваемаго иска нѣтъ надобности въ mala fides отвѣтчика, такъ какъ дѣло идетъ о защитѣ абсолютнаго права, направленной противъ всякаго посягательства, а не о деликтномъ искѣ [3].

---

[1] Perreau, op. cit. p. 50.

[2] Проектъ редакціонной комиссіи по составленію гражданскаго уложенія. С. П. Б. 1903 г. кн. I Положенія общія.

[3] Perreau. op. cit. p. 43. На противоположной точкѣ зрѣнія Opet. op. cit. S. 381.

B. Если кто-либо неправомѣрно пользуется именемъ субъекта права, то послѣдній можетъ въ защиту предъявить искъ, который имѣетъ цѣлью требованіе воздержанія отъ употребленія имени истца.

Предпосылками иска являются:

1) Принадлежность имени истцу. Доказательства тѣ же, что и въ предыдущемъ случаѣ.

2) Неправомѣрное употребленіе его отвѣтчикомъ.

3) Нарушеніе интересовъ истца причиненіемъ ему матеріальнаго или моральнаго ущерба [1].

Неправомѣрное пользованіе именемъ истца можетъ выразиться въ разнообразныхъ формахъ, начиная съ присвоенія его въ качествѣ наименованія собственной личности и кончая обозначенія имъ дѣйствующаго лица въ литературномъ произведеніи или даже какого-нибудь предмета, напр. товара. Достаточно того, чтобы отвѣтчики употребляли его такъ, что третьи лица могли бы связать полученное представленіе съ личностью истца. Нѣтъ надобности доказывать, что кто-либо уже сдѣлалъ нежелательные для субъекта права выгоды. Нужно только, чтобы они были возможны.

Примѣромъ этого иска можетъ служить процессъ Duverdy Zola [2]. E. Zola въ своемъ извѣстномъ романѣ Pot bouille надѣлилъ именемъ Duverdy одного изъ дѣйствующихъ лицъ,—совѣтника сенскаго апелляціоннаго суда. Адвокатъ при Сенскомъ судѣ, Duverdy предъявилъ къ Zola искъ, требуя измѣненія фамиліи дѣйствующаго лица. Судъ призналъ претензію истца обоснованной и рѣшилъ дѣло противъ отвѣтчиковъ къ (Zola и его издателя).

Этотъ искъ отличается отъ предыдущаго требованіемъ наличности нарушенія интереса. Отъ деликтнаго иска онъ отличается тѣмъ, что можетъ и не быть вины со стороны отвѣтчика. Въ случаѣ же вины возможенъ, конечно, и деликтный искъ, направленный на требованіе возмѣщенія ущерба. Матеріальный ущербъ возможенъ, конечно, только въ очень рѣдкихъ случаяхъ. Остается возмѣщеніе моральнаго ущерба, если послѣднее допускается даннымъ законодательствомъ [3].

Кромѣ требованія о прекращеніи неправомѣрнаго употребленія имени § 12 B.G.B, даетъ возможность предупрежденія будущихъ нарушеній «Sind weitere Beeintrachigung zu besorgen, so kann er auf Unterlassing klagen» § 12 Satz 2.

Такое же требованіе возможно по проекту редакціонной комиссіи по составленію гражданскаго уложенія [4].

М. М. Агарковъ.

---

[1] Dalloz. Zuppl. t. II. 18.

[2] Sirey 1906 217.

[3] § 29 Швейцарскаго гражданскаго уложенія допускаетъ въ этомъ случаѣ возмѣщеніе моральнаго ущерба. Германское уложеніе стоитъ на противоположной точкѣ зрѣнія, т. к. § 847 не содержитъ въ своемъ перечисленіи указанія на имя.

[4] Проектъ редакціонной комиссіи по составленію гражданскаго уложенія Кн. I. Пол. Общ. 1903 г.

Душеприказчикъ и судъ.

За послѣднее время появилось много весьма знаменательныхъ и важныхъ рѣшеній Гражданскаго Кассаціоннаго Департамента Сената: въ нихъ сказывается поворотъ нашей судебной приктики, обусловленный въ значительной мѣрѣ несомнѣннымъ вліяніемъ юридическихъ началъ, обильно разсыпанныхъ въ новыхъ гражданскихъ кодексахъ и проектахъ Западной Европы. Вмѣстѣ съ тѣмъ чувствуется сильное отраженіе отъ будущаго нашего гражданскаго уложенія, существующаго пока въ образѣ выработаннаго проекта, чуется дыханіе обновленнаго права, какъ ощущается приближеніе большого свѣтила, котораго еще не видно...

Среди этихъ рѣшеній занимаетъ видное мѣсто разъясненіе по дѣлу Коченовскаго, 1912 г. № 28, которое фиксируетъ право суда устранить душеприказчика, не удовлетворящаго своему назначенію.

Рѣшеніе это должно быть отмѣчено, какъ преюдикатъ, съ одной стороны, расширяющій право справедливаго судейскаго усмотрѣнія тамъ, гдѣ раньше господствовало строго-формальное начало толкованія буквы и смысла закона, и съ другой—устанавливающій новый видъ судебнаго контроля въ спеціальной области отношеній по исполненію завѣщанія.

Здѣсь не мѣсто подробно останавливаться на значеніи самого расширенія компетенціи суда при разрѣшеніи гражданскихъ споровъ Можно лишь попутно отмѣтить, что рѣшеніе по дѣлу Коченовскаго даетъ еще одну иллюстрацію необходимости «раскрѣпощенія» гражданскаго судьи отъ все еще не умирающихъ у насъ схоластическихъ пріемовъ примѣненія гражданскихъ законовъ. Если «свободное правотворчество» судьи идетъ не по ложному и гибельному пути жертвованія прямымъ смысломъ закона въ угоду постороннимъ праву тенденціямъ и «видамъ», если это правотворчество клонится къ углубленію сферы судейскаго изслѣдованія сообразно растущей многосложности отношеній и дѣйствительнымъ потребностямъ общественной жизни,—мы имѣемъ залогъ того, что юриспруденція не замираетъ, а живетъ и работаетъ, что въ ней происходитъ процессъ обновленія, замѣна гнилого и ветхаго здоровымъ и свѣжимъ. Такія разъясненія, какъ рѣшеніе по дѣлу Коченовскаго, подбодряютъ юриста-практика въ его дѣятельности, въ отстаиваніи права. Возлагая громадную отвѣтственность на судъ, они призываютъ его къ энергіи, работѣ и размышленію.

Въ то время, какъ ранѣе на всѣ попытки заинтересованныхъ лицъ прибѣгнуть къ содѣйствію суда для удаленія душеприказчика, обманувшаго довѣріе, превратившагося изъ исполнителя послѣдней воли завѣщателя въ истребителя наслѣдства и наслѣдственныхъ правъ, судъ неизмѣнно отвѣчалъ... молчаніемъ и невмѣшательствомъ («моя хата съ краю»), нынче судъ обязывается входить въ обсужденіе дѣятельности такого душеприказчика и произнести свое рѣшающее слово. Можно сказать: иго свергнуто. Не новое «право» судъ получилъ, а скорѣе воспріялъ новыя тяготы, если вообще допустимо разграниченіе права и обязанности при осуществленіи суда. Въ общемъ хорѣ голосовъ за упроченіе вліянія гражданскаго суда на общественную жизнь и общественныя взаимоотношенія рѣшеніе Сената по д. Коченовскаго прозвучитъ сильнымъ и, нужно думать, благотворнымъ аккордомъ.

Но главное значеніе рѣшенія 1912 года № 28, конечно, въ тѣхъ непосредственныхъ, прямыхъ и рѣшительныхъ, выводахъ, какіе дѣлаетъ оно въ затронутомъ имъ вопросѣ завѣщательно-наслѣдственнаго права: объ этомъ только и будетъ рѣчь въ дальнѣйшемъ. Если бы Сенатъ, установивъ право заинтересованныхъ лишь обратиться въ судъ съ искомъ объ устраненіи назначеннаго завѣщателемъ душеприказчика, основалъ свое заключеніе на прочныхъ устояхъ такъ, чтобы оно не могло быть подвержено дѣйствію критическаго натиска, можно было бы даже ограничиться констатированіемъ факта появленія этого рѣшенія, привѣтствовать его—и только. Къ сожалѣнію, однако, соображенія Сената не столь опредѣленны и вѣски, какъ самый выводъ. Нѣкоторая необоснованность коренныхъ положеній, шатаніе юридическихъ и логическихъ построеній—это тотъ нежелательный «привкусъ», который способенъ значительно умалить достоинства рѣшенія. Необходимо точнѣе разобраться въ вопросѣ, освѣтить его болѣе принципіально, чѣмъ то дѣлаетъ Сенатъ, иначе онъ можетъ остаться висѣть въ воздухѣ, несмотря на авторитетные труды Верховнаго Судилища.

Въ стремленіи обосновать свой тезисъ о правѣ суда устранить душеприказчика, Сенатъ ссылается на ходъ развитія своего собственнаго ученія о правахъ и обязанностяхъ душеприказчика. Сенатъ напоминаетъ, что еще раньше разъяснено было, что душеприказчикъ въ состояніи вступить въ управленіе ввѣреннымъ ему имуществомъ, что душеприказчикъ безусловно обязанъ отчетностью передъ наслѣдниками, которые вправѣ взыскивать съ него за всякое упущеніе. Но какимъ образомъ отсюда можно прійти къ праву устраненія душеприказчика? «Приведенныя рѣшенія—заявляютъ мотивы—свидѣтельствуютъ, что Правительствующій Сенатъ въ вопросѣ объ исполненіи душеприказчиками завѣщательныхъ распоряженій останавливается на соотвѣтствіи исполненія смыслу и свойству послѣднихъ, самого же душеприказчика ставитъ въ положеніе лишь отвѣтственнаго уполномоченнаго, обязаннаго отчетностью передъ заинтересованными лицами». Но мы въ правѣ спросить: если все

дѣло въ данномъ завѣщателемъ порученіи исполнить, то можетъ ли кто-либо уничтожить это порученіе послѣ смерти уполномочившаго? Вѣдь, порученіе отмѣняется только поручившимъ и никѣмъ инымъ! Сколько бы Сенатъ ни говорилъ о «зломъ умыслѣ» душеприказчика, злоупотребляющаго наслѣдственнымъ имуществомъ, объ «осуществленіи имъ личныхъ цѣлей», какими бы эпитетами ни надѣлялся обманувшій довѣріе душеприказчикъ, до тѣхъ поръ, пока мы считаемъ его уполномоченнымъ лицомъ, отставить его, казалось бы, никто не можетъ. Не въ правѣ просить объ этомъ наслѣдникъ, ибо не онъ «уполномочилъ», не ему судить о соотвѣтствіи или несоотвѣтствіи мандатарія. Едва ли поэтому удачны попытки Сената построиться на понятіи «отвѣтственнаго уполномоченнаго». Нѣтъ, здѣсь требовалось нѣчто иное, нужно было «перейти Рубиконъ», повернуть въ совершенно иную сторону, а между тѣмъ слѣдовъ новаго направленія въ вопросѣ о душеприказчикахъ Сенатъ почти вовсе не оставилъ... Какъ ultima ratio, заключается въ сенатскомъ рѣшеніи указаніе на примѣръ иной гражданско-правовой системы, чѣмъ наша. Сенатъ не говоритъ объ иностранныхъ законодательствахъ, а приводитъ на справку сводъ Узак. Губ. Прибалтійскихъ (ст. 2468), въ подтвержденіе того, что «соображенія о возможности устраненія душеприказчика согласуются съ требованіями жизни». Ссылки на «требованія жизни» сами по себѣ, конечно, очень почтенны, не менѣе почтенно обращеніе къ другому кодексу за примѣромъ. Сенатъ могъ бы, кромѣ прибалтійскихъ законовъ, привести судебную практику Германіи, Франціи, Англіи и т. д. Почти во всѣхъ странахъ Европы возможно судебное устраненіе душеприказчика. Но если не довольствоваться простымъ сравненіемъ, если важенъ принципъ, заложенный въ основаніе законодательнаго постановленія, если проникать въ предпосылки, изъ которыхъ исходитъ судебная практика той или иной страны, то и скажется все различіе положеній между судами иностранными и русскимъ въ данномъ случаѣ. Во многихъ европейскихъ странахъ самое устраненіе душеприказчика и условія устраненія предусмотрѣны въ законѣ. Устраненіе является здѣсь результатомъ стремленія законодателя примирить различные интересы путемъ спеціальныхъ нормъ. По смыслу германскаго закона, по просьбѣ одного изъ заинтересованныхъ лицъ, судъ, вѣдающій наслѣдство, можетъ уволить душеприказчика, если есть уважительныя къ тому основанія, при чемъ, по возможности, душеприказчикъ долженъ быть выслушанъ до его увольненія [1]. То же по проекту Венгерскаго Гражданскаго Уложенія [2]. Постановленія эти—слѣдствіе цѣлаго ряда силлогизмовъ, и выраженный въ нихъ порядокъ находитъ себѣ оправданіе въ прямой волѣ законодателя, вполнѣ конкретной и индивидуализированной. Иначе обстоитъ дѣло тамъ, гдѣ, какъ во Франціи, подобной регламентаціи законъ не содержитъ. Здѣсь, казалось бы, право устраненія душеприказчика, назначеннаго завѣщателемъ, если признавать за судомъ это право, можно было бы

---

[1] B. G. B., § 227.

[2] Entwurf eines Ungarischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, § 1930.

выводить исключительно изъ какого-либо общаго правового начала, основного принципа гражданскаго права. Между тѣмъ руководящая идея французскихъ судовъ,—также чисто практическая, не способная дать опору пытливому уму юриста, который ищетъ, кромѣ соображеній цѣлесообразности, еще и юридическое обоснованіе. Конечно, дѣло не въ конструкціяхъ и раціоналистическихъ построеніяхъ: конструкціи и построенія должны быть на послѣднемъ мѣстѣ. Но если предъявляется требованіе объ удаленіи душеприказчика, то судъ, разбирающій дѣла на основаніи законовъ, въ правѣ спросить: quid juris, на какомъ правѣ или правоотношеніи зиждется такое притязаніе? Французскіе юристы, и теоретики и практики, отвѣчаютъ: такъ нужно потому, что такъ удобно и полезно. Они не даютъ себѣ большого труда подкрѣпить чѣмъ-либо это право «отставленія» (demission), если не считать легковѣсной ссылки на 444 art. Code civil, предоставляющій суду устранять неспособныхъ опекуновъ, т.-е. лицъ, назначенныхъ властями и судомъ, да еще того довода, что душеприказчикъ-мандатарій, полномочія котораго, какъ таковыя, могутъ быть во всякое время отмѣняемы (мандантомъ?). Съ такой постановкой вопроса трудно согласиться, и даже во Франціи она встрѣчаетъ серьезныя возраженія. «Могутъ ли наслѣдники ходатайствовать объ устраненіи душеприказчика, оказавшагося неспособнымъ или недобросовѣстнымъ?»—спрашиваетъ Laureut—и отвѣтчаетъ самъ отрицательно безъ колебаній. Отвергая аналогію съ мандатомъ, Laureut между прочимъ замѣчаетъ: «Il y a une différence capitale entre la révocation du mandataire, qui se fait par la volonté seul du mandant sans instance judiciaire et la revocation de l'éxecuteur testemntaire qui ne peut se faire que par un jugement. Or, pour un jugement qui prononce une destitution, il faut une loi, qui détermine les causes de destitution [1].

Само собою разумѣется, что этотъ крайній взглядъ подвергся критикѣ со стороны другихъ юристовъ. Послушаемъ, однако, какъ они разсуждаютъ. «Лоранъ недоумѣваетъ, почему можно отставлять душеприказчика при отсутствіи закона, дающаго на это право»—иронизируетъ комментаторъ Huc—«вотъ вамъ душеприказчикъ, объявленный не смѣняемымъ ни при какихъ условіяхъ, даже при наличности явныхъ съ его стороны нарушеній...» А затѣмъ Huc добавляетъ безъ мотивировки: «Суды, конечно, могутъ устранить душеприказчика-нарушителя» [2]. Отъ подобныхъ разсужденій, свидѣтельствующихъ больше о бойкой діалектикѣ, чѣмъ вдумчивой юридической мысли, не очень много можно позаимствовать. Вообще, если бы мы пожелали перенести что-либо по данному предмету на почву дѣйствующаго права изъ иностранной судебной практики, то пріобрѣтенное достояніе оказалось бы менѣе цѣннымъ, чѣмъ можно было бы ожидать: въ однѣхъ странахъ самъ законъ expressis verbis разрѣшаетъ проблему, въ другихъ отсутствіе закона замѣняется соображеніями чистой цѣлесообразности. Въ такой странѣ

---

[1] Laurent. Principes de droit civil, t. XIV, 1893, p. 419.
[2] Huc, Commentaire théoretique et pratique du code civil, VI, 1894, p. 465.

какъ Франція, гдѣ рамки суда, по общему правилу, раздвигаются до крайнихъ предѣловъ приспособленія къ практическимъ нуждамъ, вопросъ, въ концѣ-концовъ, большихъ трудностей не вызываетъ: что выгодно и полезно, то пріемлемо и допустимо. Не то по русскому праву. Мало ли чего «требуетъ» жизнь: развѣ русскій гражданскій судъ согласится безропотно пойти навстрѣчу этимъ «требованіямъ», если ему не укажутъ надежнаго пути, обезпечивающаго законность?

Вполнѣ очевидно, что все дѣло въ исходной точкѣ зрѣнія, въ правовомъ базисѣ. И этотъ базисъ можетъ быть найденъ лишь при условіи, если правильно установить самую сущность душеприказчичества, его юридическую природу. Этой сторонѣ дѣла удѣляется мало вниманія во Франціи, въ этомъ же отношеніи не въ состояніи удовлетворить и рѣшеніе Сената по дѣлу Коченовскаго. Такое обстоятельство тѣмъ болѣе печально, что институтъ душеприказчичества подвергся обстоятельному изслѣдованію на Западѣ и у насъ, и многія темныя мѣста въ немъ могутъ быть достаточно освѣщены.

Мы видѣли, что душеприказчикъ ставится Сенатомъ въ положеніе «отвѣтственнаго уполномоченнаго». Такъ было раньше, такъ обстоитъ дѣло и теперь; «уполномоченнымъ» считался душеприказчикъ въ 1868 г., таковымъ онъ остался въ практикѣ Сената черезъ 50 слишкомъ лѣтъ. Устойчива наша практика въ вопросѣ, въ которомъ доктрина успѣла совершить столько эволюціи. Такой устойчивый взглядъ практики могъ бы казаться достойнымъ преклоненія, если бы онъ... не противорѣчилъ самому содержанію института. Въ самомъ дѣлѣ: уполномоченный... но чей? Наслѣдниковъ? О, конечно, если душеприказчикъ уполномоченный наслѣдниковъ, они могутъ его удалить при желаніи. Нѣтъ даже надобности ссылаться на судѣ на особыя злоупотребленія и небрежность душеприказчика.—Замѣнить одного уполномоченнаго другимъ мандантъ всегда властенъ. Но, спрашивается, какимъ образомъ можно допустить, что душеприказчикъ - мандатарій наслѣдниковъ, если онъ дѣйствуетъ не по ихъ порученію или согласію, а даже противъ ихъ желанія и интересовъ. Наслѣдники всѣ взрослые, въ опекѣ не нуждаются (душеприказчикъ и не опекунъ), завѣщатель поручилъ душеприказчику раздѣлить между ними имущество, совершить цѣлый рядъ дѣйствій для памяти и «души» покойнаго, — какой онъ вообще представитель наслѣдниковъ [1]? Уполномоченный завѣщателя? Но не говоря уже о томъ, что страннымъ образомъ здѣсь смерть уполномочившаго служила бы началомъ осуществленія порученія (въ то время, какъ она обыкновенно полномочія прекращаетъ), душеприказчикъ въ этомъ случаѣ долженъ былъ бы считаться уполномоченнымъ несуществующаго лица. «Завѣщатель — замѣтилъ покойный Г. Ф. Шершеневичъ,—какъ лицо, выбывшее изъ міра юридическихъ

[1] По справедливому замѣчанію Hartman'a (Gutachten in Verhandlungen d. XXI deutschen Juristentages § 6) если обычно говорятъ, что душеприказчикъ—законный представитель наслѣдниковъ, то нужно помнить, что ни одно изъ этихъ трехъ понятій не подходитъ къ функціямъ душеприказчика.

отношеній, въ представительствѣ не нуждается» [1]. Съ точки зрѣнія идеи продолженія лица умершаго душеприказчикъ такой же представитель, какъ и наслѣдникъ: и тотъ и другой въ нѣкоторомъ родѣ носители продолженной личности умершаго наслѣдодателя. Настаивая на «полномочіи» душеприказчика, Сенатъ въ рѣшеніи 1912 г. № 28 умалчиваетъ о томъ, чьимъ именно уполномоченнымъ является душеприказчикъ, предоставляя разобраться въ этомъ догадливымъ умамъ [2]...

Между тѣмъ Сенатъ имѣлъ какъ нельзя болѣе удобный случай отказаться отъ своего стараго взгляда на душеприказчика, вернуть институту то, чего онъ былъ до сихъ поръ лишенъ нашей теоріей и практикой,—черты самобытности. Душеприказчикъ—это лицо, надѣленное правами и несущее обязанности. Не свойство мандатарія или чего-либо подобнаго (представителя, органа и т. д.), а правопреемство отъ завѣшателя знаменуетъ собою наиболѣе выпуклую сторону душеприказчичества. Пусть права душеприказчика своеобразнаго характера, но нельзя въ нихъ игнорировать элемента самостоятельности. Отличительныя особенности юридической дѣятельности душеприказчика коренятся не въ

---

[1] Русское Гражданское Право, 1907 года, стр. 778. Уполномоченнымъ завѣщателя считаетъ душеприказчика А. Гордонъ (Представительство въ Гражданскомъ правѣ, 1879 г. стр. 243), «законнымъ представителемъ завѣщателя»——проф. Гольмстенъ («Юридическія изслѣдованія и статьи», 1894 г., стр. 130).

[2] Нѣкоторые утверждаютъ: душеприказчикъ есть представитель наслѣдственной массы (Шершеневичъ, ibid, Дернбургъ, Пандекты, т. 3, стр. 328). Это утвержденіе мало способствуетъ разъясненію проблемы, т. к. «представительство» рождаетъ вопросъ о «полномочіи» и такимъ образомъ все остается на прежнемъ мѣстѣ. Наслѣдственная масса, по этому ученію, является самостоятельнымъ юридическимъ лицомъ, что также не находитъ себѣ достаточной опоры въ русскомъ законѣ. Связанные съ наслѣдственной массой имущественные интересы охраняются и представляются опекуномъ, назначаемымъ и смѣщаемымъ опекунскими установленіями по своему усмотрѣнію. Неудовлеворительность теоріи «полномочія» привела на западѣ къ появленію новой доктрины, по которой душеприказчикъ — это органъ исполненія завѣщанія, такой же органъ, какъ, напримѣръ, Конкурсное Управленіе, ликвидирующее имущество несостоятельнаго должника. «Da... von einer Vollmacht, Kraft deren jemand für einen auderen handelt, bei Testament-Vollstreckung nicht die Rede sein Kann, so ergitbt sich daraus die Selbstsbändlgkeit, die dem T. V. als Organ des erblasserischen Interesse innerwohnt». (Sect, Beitrag zur Lehre von der Testamentvollstreckung. S. 40). Къ теоріи «органа» отчасти примкнуло Германское Гражданское Уложеніе, считающее душеприказчика даже въ нѣкоторомъ родѣ должностнымъ лицомъ (Amt), хотя и не снабженнымъ публично-правовыми полномочіями. Ср. Sect, ib. S. 40. Точка зрѣнія B. G. B. явилась консенквенціей долгой исторической работы. Извѣстно, что по старому Германскому праву душеприказчикъ былъ тѣмъ лицомъ, которому завѣщатель передавалъ по договору все свое имущество для поступленія согласно указаніямъ умирающаго. Постепенно этотъ своеобразный контрагентъ-довѣренный (Treuhänder, Salmann) превращался въ субъекта, дѣйствующаго на основаніи односторонняго завѣщательнаго распоряженія. Преобразуясь въ простого исполнителя завѣщанія, не болѣе, онъ принималъ вмѣстѣ съ тѣмъ официальную окраску и подпалъ подъ контроль суда, къ которому становился въ нѣкоторое подчиненное отношеніе. Такое положеніе душеприказчика упростило вопросъ объ его «отставкѣ»: право суда на устраненіе подчиненнаго лица отъ управленія чужимъ имуществомъ естественно и не нуждается въ особомъ оправданіи. По новому Гражданскому Уложенію Швейцаріи душеприказчикъ также,

«полномочіи» и не въ зависимости. Душеприказчикъ, по русскому праву, въ значительной мѣрѣ представитель своихъ собственныхъ правъ и интересовъ: онъ не столько «уполномоченный», сколько «назначенный».

Права душеприказчика образуются изъ отношеній моральныхъ и имущественныхъ. Подобно тому, какъ наслѣдникъ-продолжатель имущественно-правовой личности наслѣдодателя, душеприказчикъ прежде всего— носитель идеальныхъ интересовъ покойнаго. Наслѣднику вручается имущество, душеприказчику— «душа». Распредѣляя имущество, душеприказчикъ исполняетъ «завѣтъ» умершаго. Всѣ нравственные интересы завѣщателя о томъ, чтобы имущество раздѣлено было въ извѣстномъ порядкѣ, пошло на извѣстныя цѣли и надобности, чтобы воздавалось должное памяти и имени покойнаго и пр. и пр., отражаются цѣликомъ въ лицѣ душеприказчика, и эти отраженные интересы въ синтезѣ образуютъ право душеприказчика, пусть даже не имущественнаго свойства. Недаромъ говорятъ о довѣріи особомъ, близкомъ, которое соединяетъ душеприказчика съ лицомъ умершимъ: этой близостью создается связь, лежащая въ основѣ правопритязаній душеприказчика. Кто съ пренебреженіемъ относится къ этимъ чертамъ душеприказчичества, тотъ видитъ только часть предмета, а не весь предметъ.

Но въ правѣ душеприказчика заключается не только идеальный субстратъ. Можно представить себѣ завѣщаніе, въ которомъ душеприказчику совершенно не предоставлена власть имущественныхъ распоряженій. Поскольку, однако, такая власть дана въ завѣщаніи, душеприказчикъ долженъ считаться надѣленнымъ и имущественными правами. Назначеніе душеприказчика есть ограниченіе правъ наслѣдника, а стало быть извѣстный «вычетъ» изъ наслѣдства, delibatio hereditatis. Все то,

---

въ извѣстномъ смыслѣ, должностное лицо, право устраненія котораго выводится, при отсутствіи прямого закона изъ спеціальныхъ контрольныхъ функцій государства по исполненію завѣщанія. См. Escher, Das Erbrecht des Schweiz B. G. B., 1912, S. 112. По поводу ученія объ «органѣ» можно замѣтить, что въ концѣ-концовъ и «органъ» предполагаетъ представляемое лицо. Послѣднее можетъ быть менѣе или болѣе опредѣленнымъ, но оно должно существовать. Что же касается офиціальнаго элемента, то онъ отнюдь не является характернымъ въ частно-правовомъ институтѣ душеприказчичества. Если принять во вниманіе исключительно приватный характеръ душеприказчичества по русскому праву, то станетъ понятнымъ, насколько нелегка пересадка къ намъ германской теоріи. То, что къ этой теоріи примыкаетъ проектъ нашего Гражданскаго Уложенія, есть, несомнѣнно, новизна, смыслъ которой выясняется въ связи съ общей постановкой вопроса объ исполненіи завѣщанія въ проектѣ. Для нашей цѣли приведенная теорія сама по себѣ оказывается недостаточно пригодной—потому что и «органъ» можетъ быть устраненъ лишь въ законно-установленномъ порядкѣ. И въ Герм. Гражд. Улож. и въ нашемъ пр. Гражд. Улож. этотъ порядокъ точно фиксированъ (жалоба заинтересованныхъ лицъ или собственное усмотрѣніе суда, надлежащій судъ, форма разбирательства). Ничего подобнаго нѣтъ, разумѣется, въ дѣйствующемъ русскомъ законѣ. О верховномъ контролѣ надъ дѣятельностью душеприказчика со стороны государства, которое «замѣнитъ собою въ случаѣ надобности лицо отсутствующаго представляемаго», о томъ, чтобы судъ былъ «верховнымъ душеприказчикомъ», у насъ въ свое время мечтали. См. Гордонъ, Представительство въ гражданскомъ процессѣ, 1879 г., стр. 274 и 275.

что изъемлется изъ суммы правъ наслѣдника, какъ владѣніе и пр., и передается душеприказчику, составляетъ право послѣдняго. Изъ самой сущности посмертнаго распоряженія, какъ акта свободнаго волеизъявленія относительно принадлежащихъ завѣщателю гражданскихъ правъ, вытекаетъ возможность разнообразныхъ положеній субъектовъ правъ по завѣщанію. Въ одномъ случаѣ завѣщаніемъ создается универсальный носитель правъ и обязанностей — наслѣдникъ; въ другомъ—сингулярный преемникъ въ опредѣленномъ правѣ—легатарій; въ третьемъ—субъектъ особыхъ правомочій и особыхъ обязанностей—(для достиженія спеціальныхъ цѣлей)—душеприказчикъ. Указаніе на то, что преслѣдуемыя завѣщателемъ при назначеніи душеприказчика цѣли лежатъ внѣ сферы личныхъ интересовъ самого душеприказчика, не колеблетъ сказаннаго. Конечный критерій правъ душеприказчика слѣдуетъ искать не столько въ самомъ волеизъявленіи завѣщателя, сколько въ тѣхъ объективныхъ результатахъ, которыхъ это волеизъявленіе должно достигнуть по смерти завѣщателя и которые приводятъ къ тому, что душеприказчикъ неизбѣжно становится въ независимыя правоотношенія.

Насколько въ душеприказчичествѣ заложены правомочія неимущественнаго характера, послѣднія сливаются въ личности назначеннаго такъ, что нѣтъ почти никакой возможности провести грань между собственными и несобственными интересами душеприказчика. Но даже въ отношеніи чисто имущественныхъ актовъ вполнѣ допустимо проникновеніе душеприказчика чужимъ интересомъ и превращеніе такового въ собственный интересъ и право, при чемъ вопросъ о личной выгодѣ долженъ отойти на задній планъ.

Разительный примѣръ въ этомъ смыслѣ даетъ намъ Англія, въ которой исполнитель завѣщанія (executor) настолько самостоятеленъ въ своихъ правахъ, настолько тѣсно связанъ съ наслѣдственнымъ имуществомъ, что можетъ даже передавать свои душеприказчичьи права путемъ духовнаго завѣщанія. Мало того, если въ завѣщаніи указаны одни только легатаріи и отсутствуетъ въ немъ универсальный правопреемникъ, то по выдачѣ легатовъ остатокъ поступаетъ къ executer'у, по крайней мѣрѣ, согласно практикѣ недавнихъ временъ. Это давало даже основаніе утверждать, что права executer'а равны правамъ свбственника имущества [1].

Сколь бы ни казались незначительными правомочія того или иного душеприказчика, въ нихъ всегда есть элелентъ самостоятельности. Часто же права душеприказчика по размѣрамъ таковы, что не представляется даже возможности разграничить, гдѣ кончается наслѣдникъ

---

[1] Strahan, The Law of Wills, 1908. p. 98: At. law the will of the testator made his executor owner of all his personalty from the moment of the testators death, vide p. 107. — Италіанскій законъ счелъ нужнымъ ввести прямое постановленіе о томъ, что права душеприказчика не переходятъ на наслѣдниковъ (Codice civile, art. 909) въ виду личнаго характера этихъ правъ. Les attribuzioni del'executore testamentario, perche strettamente personali, non passono ai suoi credi, Lomanaco, Nozioni di diritto civile Italiano, 1903, p. 473.

и гдѣ начинается душеприказчикъ. Нерѣдко душеприказчику предоставляется право распоряженія суммами или имуществомъ «въ память» покойнаго настолько широкое, что душеприказчикъ фигурируетъ собственно въ роли квази-наслѣдника, на котораго возложена обязанность использовать имущество согласно опредѣленному плану. Что стоитъ, напримѣръ, завѣщательное распоряженіе о томъ, чтобы душеприказчикъ на оставленныя ему деньги содержалъ принадлежащихъ завѣщателю животныхъ! Какъ здѣсь провести демаркаціонную линію между душеприказчикомъ и наслѣдникомъ? Приведенный типъ душеприказчика съ обширными правами хорошо извѣстенъ русской судебной практикѣ. «У насъ широкое душеприказчичество вполнѣ понятно — замѣчаютъ редакторы проекта Гражд. Улож.: «Нашъ законъ, принимая въ весьма малой мѣрѣ систему универсальнаго преемства, восполняетъ ее, допуская душеприказчичество съ обширными полномочіями» [1].

Именно тѣмъ обстоятельствомъ, что душеприказчикъ, какъ назначенное въ завѣщаніи лицо, ставится наряду съ наслѣдникомъ и легатаріемъ, и можно объяснить скудость постановленій нашего закона о душеприказчикахъ. Законъ исходитъ, очевидно, изъ того положенія, что права душеприказчиковъ, какъ и права наслѣдниковъ, будутъ опредѣляться въ самомъ завѣщаніи, почему счелъ возможнымъ ограничиться однимъ указаніемъ на то, что завѣщаніе исполняется душеприказчикомъ (См. 1084 т. X ч. I), и лишь въ Уст. Гр. Суд. установлено процессуальное право душеприказчика искать и отвѣчать на судѣ по предметамъ, касающимся завѣщанія (См. 24 и 25). Такое пониманіе идеи душеприказчичества соотвѣтствуетъ исторической перспективѣ, въ которой душеприказчикъ рисуется, какъ лицо завѣщателю интимно-близкое, которому завѣщатель приказывалъ свою душу, поручалъ исполненіе послѣдней своей воли и преимущественно распоряженій, сдѣланныхъ завѣщателемъ для спасенія своей души [2]. Какъ въ древнее время на Западѣ, особенно въ Англіи, душеприказчикъ въ Россіи могъ получать въ свое обладаніе все имущество для безконтрольнаго распоряженія по особымъ инструкціямъ завѣщателя—нравственнаго, а не юридическаго свойства. Только впослѣдствіи признано было цѣлесообразнымъ обязывать душеприказчика отчетностью, даже противъ воли завѣщателя, исходя изъ того, что въ концѣ-концовъ душеприказчикъ долженъ передать имущество другимъ лицамъ и не въ правѣ присвоить что-либо себѣ самому. Но обязаніе отчечностью ни въ чемъ не измѣнило существа душеприказчичества: оно попрежнему продолжаетъ черпать свое значеніе не изъ мандата и порученія, а изъ посмертнаго распоряженія, уходя корнями въ глубину наслѣдственно-завѣщательныхъ отношеній. Никто, конечно, не отрицаетъ разницы между правами наслѣдника и правами душеприказчика на почвѣ русскаго права; нѣтъ даже особой надобности на этомъ останавливаться: важно, что душе-

---

[1] Кн. 4, 1903 г. стр. 256.

[2] Неволинъ. Сочиненія, т. 5 стр. 295.

приказчикъ — субъектъ самостоятельныхъ правъ, въ чемъ бы они ни заключались [1].

Однако, обладая правами, душеприказчикъ имѣетъ и обязанности. Права и обязанности его тѣсно слиты, образуя единое понятіе. Каждому праву душеприказчика соотвѣтствуетъ и обязанность; въ этомъ отношеніи можно сказать, что права душеприказчика условнаго характера. Если наслѣднику или легатарію предоставлены условныя права, то при неисполненіи условія дестинатарій лишается своего права. Таково общее правило [2], таковъ въ частности смыслъ нашего закона. Понятно, что душеприказчикъ, уклонившійся отъ исполненія возложенныхъ на него порученій, т.-е. подорвавшій условіе, подъ которымъ онъ назначенъ, тѣмъ самымъ подорвалъ право свое: оно падаетъ, и душеприказчикъ устраняется. Въ этомъ отношеніи вполнѣ умѣстны слова Сената въ рѣшеніи по дѣлу Коченовскаго о томъ, что, если душеприказчикъ игнорируетъ возложенную на него миссію, то «отпадаетъ именно то условіе, при наличности котораго только онъ и можетъ оставаться душеприказчикомъ».

Можно подписаться подъ этими словами Сената съ тѣмъ, однако, чтобы относить «условіе» не къ «полномочію», а къ «правамъ». Условный представитель—юридическій nonsens (всякое представительство условно въ смыслѣ зависимости отъ воли представляющаго или замѣняющаго его учрежденія), условно-управомоченный—вполнѣ реальное юридическое явленіе. Послѣдствія, связанныя съ утвержденіемъ душеприказчичества на основѣ условнаго правомочія, неисчислимы. Признаніе самостоятельнаго права душеприказчика даетъ ключъ къ разъясненію многихъ загадокъ-недоумѣній, указывая правильный способъ рѣшенія вопросовъ, неизбѣжно вытекающихъ при устраненіи душеприказчика.

Въ самомъ дѣлѣ, недостаточно, вѣдь, сказать, что Судъ можетъ постановить объ удаленіи душеприказчика. За предѣлами конкретнаго казуса, который разрѣшенъ Сенатомъ, возникаетъ цѣлый рядъ сомнѣній о томъ: кто въ правѣ просить объ устраненіи, въ какомъ порядкѣ, при какихъ обстоятельствахъ и пр. и пр.

Если просьба объ устраненіи душеприказчика есть оспариваніе самостоятельнаго «права», то съ ней обратиться можетъ только тотъ, кто въ состояніи противопоставить отвергаемому праву свое собственное, чьи права подвергались «вычету» въ пользу душеприказчика, иными словами, наслѣдникъ или легатарій. Вправѣ просить и другой душеприказчикъ. Но допускается ли требованіе кого-либо другого, напр., кредитора на-

---

[1] Hartmann (Verhandlungen des XXI deutschen Ju'ristentagoes, 1890, S. 16) находитъ, что отъ истиннаго назначенія душеприказчичество отличается лишь тѣмъ, что оно ihrer principiellen Richtung nach keine Bereicherung bewirken, kein, Recht oder keine Sache in sein (душеприказчика) eigenes Vermögen hinüberleiten soll. Назначеніе душеприказчика есть, по мнѣнію Гартмана, eine Art von Ausschöpfung aus der Rechtssphäre des Erblassers. Aus jener letztvilligen Ermächtigung eine, die virklichen Successoren des Erblassers beschränkende Rechtsstellung ervächst, velche in gevissen Umfang zur Verfügung über fremden Vermögensstoff berechtigt.

[2] Crome, System, B. V, S. 104, см. 925 ст. X т. I ч.

слѣдственной массы, терпящаго ущербъ отъ дѣйствія душеприказчика? Едва ли. Кредиторскія права не конкурируютъ съ правами душеприказчика. Правда, по Германскому Гражд. Улож. домогаться удаленія душеприказчика можетъ и кредиторъ, но тамъ актъ удаленія есть слѣдствіе контроля надъ дѣйствіями душеприказчика. Устраненіе происходитъ по собственной иниціативѣ Суда, при чемъ просьба кредиторовъ является только напоминаніемъ Суду и поводомъ къ проявленію его власти.

Эта система имѣетъ нѣкоторыя преимущества, и можно кое-что заимствовать изъ нея de lege ferenda у насъ [1], но на почвѣ дѣйствующаго права она должна быть отвергнута. Сказанное обусловливаетъ и порядокъ, въ которомъ устраняется душеприказчикъ. Только путемъ иска въ состязательномъ процессѣ возможно требовать признанія душеприказчика потерявшимъ свои права. Судъ постановляетъ рѣшеніе по существу спорныхъ правъ. Ни особый процессъ, въ родѣ того, который введенъ въ Германіи, процессъ спеціальнаго разбирательства въ спеціальномъ Судѣ, ни какой-либо иной, какъ вмѣшательство опекунскихъ учрежденій, немыслимы на почвѣ дѣйствующаго права. «Если душеприказчики — разсуждаетъ Правительствующій Сенатъ въ рѣшеніи 1911 г. № 32—не подчинены опекунскимъ учрежденіямъ, некомпетентнымъ поэтому разсматривать разногласія ихъ съ наслѣдниками и заинтересованными въ завѣщаніи лицами, если эти разногласія касаются исполненія завѣщанія, т.-е. правъ гражданскихъ душеприказчика и заинтересованныхъ въ немъ лицъ, то кому же и разрѣшать ихъ, какъ не Судебному установленію, на основаніи I ст. Уст. Гр. Суд.?» Рѣшеніе это касается Прибалтійскихъ губ., но основная мысль приведенныхъ разсужденій вполнѣ пріемлема и на почвѣ общихъ гражданскихъ законовъ Имперіи.

Въ чемъ thema probandum, что именно нужно доказывать по иску объ устраненіи душеприказчика—это вытекаетъ изъ того, что въ основаніе иска кладется неосуществленіе условія.

Здѣсь дается нѣкоторый просторъ справедливому усмотрѣнію Суда. Небрежное исполненіе обязанностей душеприказчиковъ, злоупотребленіе, неспособность и пр. и пр.—въ одинаковой мѣрѣ могутъ дать законный поводъ къ притязанію объ удаленіи душеприказчика. Важно только, чтобы Судъ установилъ, что душеприказчикъ настолько надломилъ сучекъ, на которомъ онъ сидѣлъ, настолько нарушилъ возложенныя на него обязанности, что самое право его въ отношеніи наслѣдства должно считаться безвозвратно умершимъ.

Всѣ изложенные вопросы и многіе другіе получаютъ разрѣшеніе при свѣтѣ принципіальнаго взгляда на юридическую сущность душеприказчичества.

Рѣшеніе Сената по дѣлу Коченовскаго есть значительный шагъ впередъ: оно вѣнчаетъ въ нѣкоторомъ родѣ весь институтъ душеприказчичества. Но вѣнецъ не въ голомъ признаніи за судомъ права уда-

[1] Проектъ Гражд. Улож., ст. 1453 изд. 1905 г.

ленія негоднаго душеприказчика, а въ подведеніи подъ это право прочнаго юридическаго фундамента.

Сенатъ говоритъ въ своемъ рѣшеніи о «требованіяхъ жизни», есть, однако, и другая сторона дѣла: требованія юриспруденціи. И если бы Сенатъ сумѣлъ должнымъ образомъ сочетать оба эти элемента, поставить судейское усмотрѣніе въ рамки юридической мысли и юридической логики, то можно было бы ожидать въ данномъ случаѣ результата поистинѣ заманчиваго, чреватаго важными и благотворными послѣдствіями для права вообще и въ частности для своеобразнаго института душеприказчичества съ его правовыми, моральными и даже общественными особенностями.

С. А. Бѣляцкинъ.

Къ вопросу о вліяніи на обязательство невозможности исполненія.

И теорія и законодательства въ вопросѣ о дѣйствительности обязательства придаютъ невозможности исполненія значеніе самостоятельнаго юридическаго фактора, благодаря которому обязательство или признается ничтожнымъ, если невозможность исполненія была налицо уже въ моментъ заключенія договора, или прекратившимся, если невозможность возникла лишь впослѣдствіи. Между тѣмъ, невозможность исполненія принадлежитъ къ числу такихъ понятій въ юриспруденціи, научная обоснованность и практическая цѣлесообразность которыхъ подлежитъ еще всесторонней провѣркѣ. Impossibilium nulla obligatio est— вотъ правило, положенное въ основу обычныхъ воззрѣній на вліяніе невозможности исполненія. Но это, казалось бы, общепринятое положеніе за послѣдніе годы было подвергнуто обстоятельной критикѣ въ германской цивилистической литературѣ, и выводы, къ которымъ пришли изслѣдователи, перенесли вопросъ о вліяніи невозможности исполненія въ новую плоскость. Эти выводы представляютъ для насъ тѣмъ большій интересъ, что въ настоящее время мы, повидимому, стоимъ передъ скорымъ разсмотрѣніемъ въ законодательныхъ учрежденіяхъ части проекта Гражданскаго Уложенія, касающейся обязательственнаго права. Наше дѣйствующее законодательство не содержитъ статей, спеціально регулирующихъ вопросъ о вліяніи невозможности исполненія, проектъ же посвящаетъ ему цѣлый рядъ постановленій, въ общемъ близко стоящихъ къ нормамъ германскаго гражданскаго уложенія, какъ разъ послужившихъ предметомъ вполнѣ заслуженной критики изслѣдователей.

Принимая на себя обязательство предоставить какой-либо объектъ въ собственность или пользованіе или исполнить какое-либо дѣйствіе, должникъ отвѣчаетъ за исполненіе обязательства, по общему правилу, не безусловно. При разрѣшеніи вопроса объ отвѣтственности за несоотвѣтствующее исполненіе или неисполненіе договора, какъ и при внѣдоговорной отвѣтственности, существенное значеніе имѣетъ виновность или невиновность должника. Просрочка, имѣвшая мѣсто не по винѣ должника, устраняетъ усиленіе отвѣтственности, связанное съ послѣсрочнымъ исполненіемъ.

При несоотвѣтсвующемъ договору исполненіи должникъ также отвѣчаетъ лишь въ томъ случаѣ, если дефектное исполненіе обусловлено обстоятельствомъ, въ которомъ онъ виновенъ [1]. Если отвѣтственность за послѣсрочное или несоотвѣтствующее исполненіе связывается съ вопросомъ о виновности должника, то нѣтъ никакого основанія разсматривать въ другой плоскости случаи полнаго неисполненія обязательства. Неисполненіе можетъ обусловливаться или волей должника или невозможностью исполненія; въ свою очередь послѣдняя можетъ быть вызвана или виной должника или обстоятельствомъ, въ наступленіи котораго должникъ невиновенъ. Въ послѣднемъ случаѣ должникъ можетъ или промедлить съ исполненіемъ или, смотря по обстоятельствамъ, совершенно освободиться отъ обязательства. Но если невозможность исполненія вызвана его виной, то онъ отвѣчаетъ за неисполненіе. При такой постановкѣ вопроса невозможность является однимъ изъ фактическихъ обстоятельствъ, могущихъ при извѣстныхъ условіяхъ и, что главное, при отсутствіи вины должника, освободить послѣдняго отъ отвѣтственности по обязательству. Но, несмотря, казалось бы, на элементарность приведенныхъ положеній, вопросъ о вліяніи невозможности до послѣдняго времени ставился иначе. Считаютъ, что невозможность сама по себѣ вызываетъ недѣйствительность обязательства внѣ вопроса о томъ, извиняетъ ли она или нѣтъ неисполненіе со стороны должника. По § 306 германскаго гражданскаго уложенія: «договоръ, по которому невозможно учинить удовлетворенія, недѣйствителенъ».

Какія же соображенія приводятся въ пользу такого самостоятельнаго и безусловнаго вліянія на обязательство невозможности исполненія?

Одни пытаются вывести правило impossibilium nulla obligatio изъ общихъ логическихъ соображеній. Такъ, Дернбургъ [2] пишетъ: «Невозможное неисполнимо, а потому оно и не можетъ быть предметомъ обязательства». Между тѣмъ, именно, логика опровергаетъ указанное положеніе. Обязательство заключаетъ въ себѣ извѣстное долженствованіе, относящееся къ какому-либо лицу. Но развѣ то, что невозможно, становится ео ipso недолжнымъ? Между невозможнымъ и недолжнымъ нельзя ставить знака равенства.

Конечно, одно долженствованіе, поскольку оно не связано съ предоставленнымъ управомоченному лицу правомъ на судебную защиту, въ видѣ ли иска или возраженія противъ иска, не имѣетъ юридическаго значенія. Субъективное право, базирующееся на частно-правовомъ отношеніи, есть право на судебную защиту, обращенное къ суду, какъ къ органу государственной власти; право добиваться отъ этого органа принужденія должника къ исполненію, а за отказомъ послѣдняго отъ подчиненія, обращенія принудительнаго взысканія на имущество должника (будетъ ли это принудительная передача объекта, находящагося въ составѣ имущества должника, осуществленіе дѣйствія за счетъ должника,

---

[1] *Enneccerus,* Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I Band, 1910, Seite 139.
[2] *Дернбургъ,* Пандекты. Обязательственное право, § 16.

или возмѣщеніе ущерба отъ неисполненія) [1]. Поэтому юридическое значеніе имѣетъ только то долженствованіе, которое связано съ отвѣтственностью должника, вытекающей изъ права кредитора на судебную защиту [2]. Требованія, съ которыми управомоченное лицо обращается къ суду, о понужденіи должника къ исполненію (если это возможно) или о понудительномъ возмѣщеніи убытковъ, понесенныхъ отъ неисполненія, базируются на одномъ и томъ же основаніи—сдѣлкѣ и составляютъ содержаніе одного и того же субъективнаго права. Отсюда должны быть признаны несостоятельными и соображенія, приводимыя Крюкманомъ [3], въ пользу логической необходимости правила: impossibilium nulla obligatio. Крюкманъ справедливо отмѣчаетъ, что отъ простого долженствованія (leistensollen) слѣдуетъ отличать обязанность что-либо исполнить, связанную съ отвѣтственностью (müssen, haften), и что лишь такая отвѣтственность обусловливаетъ необходимость исполненія, придавая долженствованію юридическое значеніе. Но нельзя, по мнѣнію Крюкмана, говорить о необходимости исполненія, если послѣднее невозможно, а разъ отпадаетъ необходимость исполненія, то нельзя говорить объ отвѣтственности; безъ послѣдней же обязательство сводится къ простому долженствованію, не имѣющему юридическаго значенія. Но выше было отмѣчено, что отвѣтственность, связанная съ долженствованіемъ, опредѣляющимъ содержаніе обязательства, выражается не только въ необходимости исполнить предусмотрѣнное обязательствомъ дѣйствіе, но и въ угрозѣ въ случаѣ неисполненія принудительнымъ взысканіемъ убытковъ. А разъ право, пріобрѣтаемое по обязательству, не исчерпывается лишь требованіемъ исполненія, то и невозможность послѣдняго не знаменуетъ собой прекращенія отвѣтственности, а слѣдовательно и отпаденія обязательства. Прекращается ли отвѣтственность должника, и дѣлается ли обязательство недѣйствительнымъ въ случаѣ невозможности исполненія—зависитъ отъ того, освобождается ли должникъ отъ возмѣщенія ущерба или нѣтъ, что въ свою очередь связано съ вопросомъ о виновности должника. Такимъ образомъ, попытки логическаго оправданія необходимости прекращенія обязательства при невозможности исполненія должны быть признаны неудовлетворительными.

Другіе выводятъ дѣйствіе невозможности изъ отпаденія цѣли договора: договоръ не дѣйствителенъ, если цѣль его не достижима, потому ли, что ея вообще нельзя достигнуть, или потому, что она достигнута уже другимъ путемъ [4]. Какъ случай послѣдняго рода, Титце приводитъ слѣдующій примѣръ: былъ заключенъ договоръ о снятіи корабля съ мели, но прежде чѣмъ было приступлено къ работамъ, корабль самъ по себѣ

---

[1] *Hellwig,* Klagrecht und Klagmöglichkeit, 1905, Seite 1—2.

[2] *Geib,* Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung, Seite 170. *Lehmann,* die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht, Seite 85.

[3] *Krückmann,* Nachlese zur Unmöglichkeitslehre, Jherings Jahrbücher, 1910, Band 57, Seite 2 u. f.

[4] *Titze,* die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürg. Recht, 1900, Seite 25. *Schröder.* Unmöglichkeit und Ungewissheit, 1905, Seite 34.

снялся съ мели. Но такіе случаи должны быть совершенно исключены изъ области вопроса о вліяніи невозможности исполненія; нельзя говорить о невозможности исполненія тамъ, гдѣ цѣль договора сама по себѣ вполнѣ выполнима и уже достигнута. Кромѣ того, отпаденіе цѣли договора, благодаря уже совершившемуся осуществленію ея, не дѣлаетъ обязательство безусловно недѣйствительнымъ: владѣлецъ корабля можетъ быть привлеченъ къ отвѣтственности за такъ называемый отрицательный договорный интересъ. Что касается тѣхъ случаевъ, когда цѣль договора сама по себѣ недостижима, то и тутъ договоръ не признается eo ipso ничтожнымъ, а заинтересованная сторона можетъ отступиться отъ договора, но и то не всегда, а въ зависимости отъ того, есть ли у контрагента право на возмѣщеніе интереса или нѣтъ.

Какое же содержаніе придаютъ понятію невозможности? Прежде всего указываютъ, что юридическую невозможность слѣдуетъ отличать отъ общаго понятія невозможности. «Не все», пишетъ Титце [1], «что возможно логически, является возможнымъ и юридически. Юридическое понятіе невозможности болѣе широкое. Къ дѣйствіямъ въ правовомъ смыслѣ невозможнымъ относятся не только тѣ, возможность совершенія которыхъ абсолютно исключена, но и тѣ, которыя хотя и могутъ быть исполнены, но при условіи такихъ жертвъ со стороны должника, какія добросовѣстно отъ него не могутъ быть потребованы». Но если такъ, вопросъ о невозможности исполненія сводится къ слѣдующему: что можно сообразно обязательству потребовать отъ должника, есть ли на лицо обстоятельства, обусловливающія невиновность должника и извиняющія его въ неисполненіи? Примѣры, приводимые Титце [2], въ подтвержденіе высказаннаго имъ положенія, показываютъ это съ полной очевидностью. Такъ, Титце видитъ невозможность исполненія, освобождающую отъ обязательства, въ слѣдующихъ случаяхъ: жилецъ не можетъ очистить снимаемой имъ квартиры, срокъ найма которой окончился, такъ какъ онъ самъ или кто-либо изъ членовъ его семьи заболѣлъ и въ данное время не можетъ быть перевезенъ съ квартиры безъ опасности для здоровья; пѣвецъ, обязавшійся выступить на вечерѣ, не можетъ этого сдѣлать, такъ какъ онъ вызванъ къ умирающей матери или долженъ присутствовать на похоронахъ отца. При установленіи столь широкихъ рамокъ для понятія невозможности въ него включаются и простыя затрудненія, какъ физическаго, такъ и психическаго характера, которыя встрѣчаетъ должникъ при исполненіи обязательства. Но разрѣшеніе указанныхъ случаевъ при помощи примѣненія понятія невозможности исполненія, съ вызываемою послѣдней недѣйствительностью обязательства, можетъ привести къ нецѣлесообразнымъ результатамъ. Вполнѣ основательно высказываемое Крюкманомъ [3] сомнѣніе, что въ приведен-

---

[1] *Titze* ibid., Seite 2. См. также: *Kisch,* die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung, 1900, Seite 13. *Kleineidam,* Unmöglichkeit und Unvermögen, 1900, Seite 15.

[2] *Titze*, ibid., Seite 3.

[3] *Krückmann,* Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozess, 1907, Seite 6.

номъ Титце примѣрѣ съ заболѣвшимъ жильцомъ, судъ могъ бы удовлетворить искъ послѣдняго о признаніи для него недѣйствительнымъ обязательства очистить квартиру; самое большее, на что можетъ разсчитывать жилецъ, что судъ, въ случаѣ предъявленія со стороны домохозяина иска о выселеніи, предоставитъ ему соотвѣтствующій обстоятельствамъ дѣла срокъ для очищенія квартиры.

Соединеніе съ невозможностью исполненія недѣйствительности обязательства, какъ самостоятельнаго и безусловнаго, а вмѣстѣ съ тѣмъ столь важнаго послѣдствія, побудило юриспруденцію установить различные виды невозможности и главнымъ образомъ дѣленіе невозможности на объективную и субъективную, придавая первой болѣе существенное значеніе. Но прежде чѣмъ обратиться къ выясненію понятія объективной и субъективной невозможности, остановимся на другомъ также общепринятомъ дѣленіи невозможности на первоначальную и послѣдующую.

Подъ первоначальной невозможностью разумѣютъ такую, какая была уже въ моментъ заключенія договора, а подъ послѣдующей ту, которая возникла лишь послѣ этого момента. Первоначальная невозможность противополагается не только послѣдующей невозможности, но и послѣдующей возможности. Обязательство ничтожно, если невозможность была налицо въ моментъ его установленія, безразлично, устранилась ли эта невозможность впослѣдствіи или нѣтъ. Но, именно, въ мыслимости такого случая и обнаруживается вся несостоятельность дѣленія невозможности на первоначальную и послѣдующую. Сторона, имѣющая право требовать исполненія обязательства, заинтересована въ томъ, чтобы исполненіе было возможно именно въ тотъ моментъ, къ которому оно пріурочено; возможно ли исполненіе въ самый моментъ заключенія договора—это для управомоченной стороны въ большинствѣ случаевъ вполнѣ безразлично. Цѣлесообразно ли лишать кредитора права требовать отъ должника исполненія, если таковое стало вновь возможно къ моменту наступленія срока обязателества или къ моменту предъявленія требованія въ обязательствѣ безсрочномъ? Есть ли основаніе считать первоначальной, а потому и дѣлающей обязательство ничтожнымъ, лишь невозможность, бывшую въ моментъ подписанія договора, а невозможность, возникшую пять минутъ спустя, разсматривать, какъ послѣдующую? Наконецъ, невозможность исполненія можетъ создаваться постепенно; событіе, ее обусловливающее, отчасти имѣетъ мѣсто до заключенія договора, но окончательно осуществляется лишь послѣ заключенія. Крюкманъ [1]) приводитъ слѣдующій примѣръ: купецъ покупаетъ у помѣщика ометъ соломы; договоръ былъ заключенъ въ 4 часа, между тѣмъ въ это время солома уже горѣла, но сгорѣла она лишь въ 4 часа 15 минутъ. Спрашивается: налицо первоначальная или послѣдующая невозможность? Вопросъ о невозможности исполненія долженъ ставиться въ тотъ моментъ, когда должно имѣть мѣсто исполненіе, поэтому дѣленіе невозможности на первоначальную и послѣдующую должно быть

[1] *Krückmann,* Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozess, Seite 72.

отброшено. То обстоятельство, была ли невозможность уже въ моментъ заключенія договора, имѣетъ значеніе лишь постольку, поскольку въ нѣкоторыхъ случаяхъ, для установленія виновности должника, представляется необходимымъ выяснить начало наступленія невозможности, оказавшейся налицо въ моментъ срока исполненія. Такъ, должникъ является отвѣтственнымъ за неисполненіе обязательства, если будетъ признано, что исполненіе было невозможно уже въ моментъ заключенія договора, и должникъ зналъ объ этомъ обстоятельствѣ, но умолчалъ объ немъ и вступилъ въ обязательство; или что въ моментъ заключенія договора исполненіе было вполнѣ возможно и стало неосуществимымъ лишь впослѣдствіи по винѣ самого должника.

Не меньшія сомнѣнія возбуждаетъ и другое основное дѣленіе невозможности на объективную и субъективную. Въ чемъ видятъ отличіе невозможности объективной отъ субъективной?

Указываютъ, что подъ субъективной невозможностью слѣдуетъ разумѣть невозможность исполнить обязательство только для даннаго, конкретнаго должника, а подъ объективной такую, когда исполненіе невозможно для всякаго третьяго [1]. Но едва ли такое различеніе можно признать удовлетворительнымъ. Въ большинствѣ случаевъ вѣрителю безразлично, исполняетъ обязательство должникъ лично или чрезъ посредство кого-либо третьяго. По § 267 герм. гражд. улож.: «Если должникъ не обязался учинить удовлетвореніе лично, то оно можетъ быть учинено и третьимъ лицомъ. Согласія на то кредитора не требуется». Если должникъ можетъ чинить удовлетвореніе черезъ третье лицо, то, обратно, кредитору нѣтъ никакого дѣла до того, что должникъ лично не можетъ исполнить обязательство, поскольку къ его выполненію можетъ быть привлечено третье лицо. Поэтому при обязательствахъ, не имѣющихъ своимъ предметомъ строго личное исполненіе, не можетъ и возникать вопроса о субъективной невозможности исполненія. Съ другой стороны, указанный критерій различенія объективной и субъективной невозможности непримѣнимъ и къ обязательствамъ со строго личнымъ исполненіемъ. Въ такихъ обязательствахъ всякая субъективная невозможность будетъ одновременно и объективной.

Существуетъ другой критерій различія субъективной и объективной невозможности: объективная невозможность имѣетъ свое основаніе въ самомъ объектѣ обязательства, а субъективная беретъ свое основаніе въ субъектѣ обязательства [2]. Но и этотъ критерій не можетъ быть признанъ удовлетворительнымъ. Если проданная вещь украдена или потеряна, то налицо, сообразно изложенному взгляду, лишь субъективная невозможность въ лицѣ продавца; если же воръ, укравъ эту вещь, уничтожилъ ее, то налицо объективная невозможность [3]. А такъ какъ въ большинствѣ случаевъ неизвѣстно, продолжаетъ существовать или нѣтъ

---

[1] *Дернбургъ*, Пандекты, Обязательственное право § 16. *Шершеневичъ*, Учебникъ русскаго гражданскаго права, 1912, стр. 496.

[2] *Crome*, System des deutschen bürgerlichen Rechts, II Band, Seite 34.

[3] *Rabel*, Unmöglichkeit der Leistung, 1907, Seite 44.

утраченная вещь, то, исходя изъ вышесказаннаго различія, и нельзя рѣшить, имѣемъ ли мы дѣло съ субъективной или объективной невозможностью. Выходъ изъ этого положенія находятъ въ допущеніи презумціи, что утраченная вещь погибла [1]. Но если указанное различіе между объективной и субъективной невозможностью, хотя и съ большими затрудненіями, и можно провести при обязательствахъ, направленныхъ на предоставленіе въ пользованіе или собственность какого-либо объекта, то оно вовсе неприложимо къ обязательствамъ, имѣющимъ своимъ предметомъ дѣйствіе обязаннаго лица, какъ таковое, такъ какъ въ нихъ предметъ обязательства неотдѣлимъ отъ субъекта. Извѣстный піанистъ, обязавшійся выступить въ концертѣ, въ день выступленія сломалъ себѣ руку. Налицо несомнѣнно объективная невозможность, хотя она и вызвана причиной, исходящей отъ обязавшагося лица.

Но допустимъ даже, что соотвѣтствующій критерій для различенія объективной и субъективной невозможности найденъ, едва ли, однако, это различеніе можетъ имѣть значеніе въ вопросѣ о вліяніи невозможности исполненія на обязательство. Вопросъ о невозможности исполненія, какъ было отмѣчено выше, долженъ быть отнесенъ къ моменту наступленія срока обязательства. Здѣсь слѣдуетъ различать между обязательствами, въ которыхъ срокъ составляетъ существенный элементъ ихъ содержанія (Fixgeschäfte) [2], и обычными обязательствами. Въ первомъ случаѣ послѣсрочное исполненіе не имѣетъ значенія, ибо оно уже является не тѣмъ, которое предусмотрѣно обязательствомъ. И если неисполненіе въ срокъ было обусловлено невозможностью, хотя бы связанной съ личностью именно даннаго должника, то все равно налицо будетъ объективная невозможность, ибо никто уже не можетъ болѣе осуществить то самое дѣйствіе, которое было условлено въ обязательствѣ. Что касается обычныхъ обязательствъ, то въ нихъ послѣсрочное исполненіе вполнѣ допустимо и сохраняетъ значеніе исполненія. Конечно, въ ожиданіи возстановленія возможности исполненія, стороны не могутъ быть безпредѣльно связаны обязательствомъ; такая связанность продолжается постольку, поскольку послѣсрочное исполненіе не потеряло своей цѣнности. Но если послѣднее произошло, то обязательство опять-таки невыполнимо ни должникомъ, ни какимъ-либо другимъ лицомъ.

Въ послѣднее время за возможность и необходимость строгаго обособленія объективной невозможности вновь высказался Крюкманъ [3]. Онъ полагаетъ, что принятое большинствомъ юридическое опредѣленіе невозможности, включающее случаи, когда обязательство можетъ быть

---

[1] *Code civil,* art. 1302: «Если извѣстная, точно опредѣленная вещь, составляющая предметъ обязательства, погибла, или изъята изъ гражданскаго оборота или затерялась такъ, что ничего не извѣстно о ея существованіи, то обязательство прекращается».

[2] *Kleineidam,* ibid., Seite 95. *Hawlitzky,* Der Begriff und die Besonderheiten des Fixkaufes, 1906, Seite 6.

[3] *Krückmann,* Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozess, Seite 13 — 14, 56. Nachlese zur Unmöglichkeitslehre, Jher. Jahr. 57 Bd, 1910, Seite 4, 7.

исполнено должникомъ лишь при помощи такихъ усилій и жертвъ, которыя добросовѣстно не могутъ быть возложены на него—это опредѣленіе должно быть оставлено. Случаи субъективной невозможности и чрезмѣрныхъ затрудненій, встрѣчаемыхъ должникомъ на пути исполненія обязательства, должны быть исключены изъ понятія невозможности и могутъ вполнѣ удовлетворительно разрѣшаться при помощи принадлежащаго должнику возраженія, что онъ обязанъ исполнять договоръ добросовѣстно, сообразно обычаямъ оборота, но не безусловно (Einrede aus wichtigem Grunde) (см. ниже). И въ области юриспруденціи къ понятію невозможности должно относить только то, что невозможно логически. Вмѣстѣ съ тѣмъ, по мнѣнію Крюкмана, правило impossibilium nulla obligatio примѣнимо лишь къ объективной невозможности, а такъ называемая субъективная невозможность ничѣмъ не отличается отъ простыхъ случаевъ чрезмѣрной тяжести исполненія. Крюкманъ полагаетъ, что практически легко опредѣлить, когда налицо объективная невозможность. «Основное и практически наиболѣе цѣлесообразное различіе между объективной и субъективной невозможностью заключается въ томъ, что при второй возможность исполненія можетъ наступить каждый моментъ; вѣроятность, что самое дѣйствіе, а вмѣстѣ съ тѣмъ и исполненіе сдѣлаются возможными несравненно больше, чѣмъ при объективной невозможности» [1]. Но едва ли можетъ быть признана успѣшной и эта попытка сохранить самостоятельное дѣйствіе невозможности лишь въ предѣлахъ невозможности объективной. Крюкманъ полагаетъ, что слѣдуетъ отвергнуть юридическое опредѣленіе невозможности и считать невозможнымъ только то, что логически невозможно. Но что значитъ, что мы считаемъ данное дѣйствіе или исполненіе невозможнымъ? Это значитъ, что на основаніи имѣющихся у насъ знаній и данныхъ мы приходимъ къ субъективному заключенію, что данное явленіе не должно (въ смыслѣ: не будетъ) имѣть мѣста [2]. Результатъ такого заключенія зависитъ отъ того, въ связи съ какими другими условіями будетъ обсуждаться вопросъ о возможности исполненія. Если въ вышеприведенномъ примѣрѣ съ больнымъ жильцомъ, не могущимъ очистить въ срокъ квартиру, вопросъ о возможности исполненія будетъ поставленъ, не принимая во вниманіе болѣзни жильца, то выводъ будетъ, что невозможности нѣтъ, ибо всякій другой человѣкъ квартиру бы очистилъ; но если вопросъ будетъ поставленъ такъ: могутъ ли не вообще другіе люди, а другіе такъ же тяжело больные люди очистить квартиру, то выводъ будетъ обратный—нѣтъ не могутъ, налицо невозможность исполненія, хотя можетъ быть, и временная. А разъ вопросъ о невозможности исполненія хотя бы и разрѣшаемый сообразно желанію Крюкмана при помощи лишь логики, будетъ разсматриваться на фонѣ конкретныхъ обстоятельствъ даннаго случая (что и предлагаетъ Крюкманъ), то невозможность объ-

---

[1] *Krückmann,* Unmöglichkeit und Unmoglichkeitsprozess, Seite 57.

[2] *Hartmann,* die Obligation, 1875, Seite 172, опредѣляетъ невозможность какъ «Nichts als negative Notwendigkeit; Notwendigkeit des Nichts—Geshehens».

тивная сливается съ субъективной. Строгое обособленіе объективной невозможности мыслимо лишь въ томъ случаѣ, если мы примѣнимъ объективный масштабъ сужденія, оторванный отъ конкретныхъ обстоятельствъ даннаго случая, и будемъ считать невозможнымъ только то, что по самому своему существу невозможно, физически немыслимо [1].

Право черпаетъ свой матеріалъ изъ жизни, но, возведя какое-либо фактическое явленіе на степень правового, придавъ ему юридическія послѣдствія, оно разсматриваетъ это явленіе какъ бы въ правовой проекціи, съ точки зрѣнія того юридическаго назначенія, какое приписывается данному явленію въ правовыхъ отношеніяхъ. Понятіе вины въ гражданскомъ правѣ не совпадаетъ съ понятіемъ вины, даваемымъ психологіей. Понятіе о непреодолимой силѣ по своей сущности въ правовомъ смыслѣ есть чисто отрицательное понятіе круга явленій, которыя по дѣйствующему законодательству исключаютъ вопросъ объ отвѣтственности [2].

Точно также и понятіе невозможности, если придать ему особое, самостоятельное значеніе, должно разсматриваться какъ понятіе юридическое, а не только съ точки зрѣнія абстрактной логики. Не только то, что юридически невозможно, можетъ быть возможнымъ логически, но и обратно — невозможное логически явится возможнымъ юридически или, вѣрнѣе сказать, не будетъ имѣть юридическаго значенія. Логически вполнѣ мыслимо отсутствіе денегъ квалифицировать, какъ невозможность исполненія обязательства, а юридически это обстоятельство никакого значенія не имѣетъ, такъ какъ право идетъ поверхъ него [3].

Итакъ, какіе же выводы мы можемъ сдѣлать на основаніи сказаннаго? Всѣ попытки раздѣлить понятіе невозможности на невозможность первоначальную и послѣдующую, объективную и субъективную должны быть признаны неудачными. И такой печальный результатъ неизбѣженъ, ибо связанъ съ самой постановкой вопроса о вліяніи невозможности исполненія, какъ таковой. «Но никто не знаетъ», пишетъ Рабель [4], «почему невозможность, какъ таковая, дѣйствуетъ и освобождаетъ, а потому и отсутствуетъ принципіальное основаніе для отграниченія области дѣйствія». Если нельзя установить критерія для отличія объективной невозможности отъ субъективной и первоначальной отъ послѣдующей, то вмѣстѣ съ тѣмъ подъ юридическое понятіе невозможности подводятся неизбѣжно случаи чрезмѣрныхъ затрудненій, возникшихъ при исполненіи обязательствъ, а самый вопросъ о невозможности въ большинствѣ случаевъ долженъ ставиться лишь въ моментъ наступленія срока обязательства и сводится къ установленію обстоятельствъ, извиняющихъ неисполненіе со стороны должника.

---

[1] *Rabel,* ibid, Seite 27. Такую невозможность разумѣли римскіе юристы, когда они говорили о недѣйствительности стипуляціи дареніе того, quae in rerum natura non est autesse nont potest (Inst., 3, 19 § 1). Подробнѣе см. ниже.

[2] *Gerth,* Der Begriff der vis maior im Römischen und Reichsrecht, 19. Seite, 210

[3] Въ литературѣ вопросъ о вліяніи отсутствія средствъ (Geldmangel) на обязательство является спорнымъ. См. *Kleineidam,* ibid., Seite 17. *Kisch,* ibid., Seite 108.

[4] *Rabel,* ibid., Seite 54.

II.

Какъ на источникъ положенія impossibilium nulla obligatio, обычно ссылаются на римское право. Изслѣдованія Рабеля [1] показали однако, что въ римскомъ правѣ этому правилу придавалось особое содержаніе. Выводы Рабеля въ общихъ чертахъ заключаются въ слѣдующемъ:

Римскіе юристы классической эпохи ставили вопросъ о невозможности исполненія преимущественно въ связи съ формальными стипуляціонными обязательствами, направленными на предоставленіе вещи въ собственность (dare). Необходимымъ условіемъ дѣйствительности стипуляціи была возможность существованія объекта, о передачѣ права собственности на который заключалась сдѣлка. Какъ примѣръ недѣйствительной сдѣлки, указывалась стипуляція о рабѣ, который уже умеръ, о кентаврѣ, т.-е. объ объектахъ, которые болѣе не существуютъ или по самой своей природѣ не могутъ существовать [2]. Вещамъ, физически не существующимъ, приравнивались объекты, изъятые изъ оборота (homo liber, res sacra, res religiosa). Аналогичное положеніе было установлено и для стипуляцій объ исполненіи какого-либо дѣйствія (facere); стипуляція недѣйствительна, если дѣйствіе немыслимо по самому своему существу [3]. Вопросъ о невозможности исполненія ставился не въ связи съ конкретной обстановкой даннаго случая, а объективно: невозможно то, что немыслимо по natura rerum; подъ послѣдней же разумѣлась космологическая сила, стоящая надъ человѣчествомъ [4]. Въ противоположность стипуляціямъ при неформальныхъ сдѣлкахъ (judicia bonae fidei) вопросъ о невозможности исполненія не игралъ такой роли, онъ не ставился самостоятельно, а главнымъ образомъ въ связи съ вопросомъ о виновности или невиновности должника. Отсюда неформальный договоръ о продажѣ свободнаго человѣка могъ быть дѣйствительнымъ и порождать требованіе о возмѣщеніи интереса. По мнѣнію Рабеля [5] современныя законодательства, за исключеніемъ англійскаго, восприняли изъ римскаго права ученіе о самостоятельномъ дѣйствіи невозможности при стипуляціонныхъ обязательствахъ, но придали ему столь широкую область примѣненія, въ которой римское право не было повинно.

Общепринятый до послѣдняго времени взглядъ на самостоятельное дѣйствіе невозможности исполненія, конечно, не могъ не отразиться и

---

[1] *Rabel,* Origine de la règle «impossibilium nulla obligatio», Mélanges Gérardin, p. 473—512.

[2] Inst. 3. 19 de inutilibus stipulationibus § 1: At si quis rem, quae in rerum natura non est aut esse non potest, dari stipulatus fuerit, velut Stichum, qui mortuus sit, quem vivere credebat, aut hyppocentaurum, qui esse non possit, inutilis erit stipulatio.

[3] Dig. 45. 1 de verborum obligationibus. l. 35. pr.: Si stipulor, ut id fiat, quod natura fieri non concedit, non magis obligatio consistit, quam cum stipulor ut detur, quod dari non potest.

[4] *Gradenwitz,* Natur und Sklave bei der Naturalis obligatio, Festgabe der jur Fakultät zu Königsberg, für Schirmer, 1900, Seite 150.

[5] *Rabel,* Unmöglichkeit der Leistung, Seite 32.

на положительномъ законодательствѣ. Рабель правъ, что авторы большинства современныхъ гражданскихъ кодексовъ исходили при составленіи подлежащихъ статей изъ правила impossibilium nulla obligatio, но, какъ мы сейчасъ попытаемся доказать, послѣдовательно провести это правило они оказались не въ состояніи.

Въ наиболѣе развитой формѣ ученіе о невозможности исполненія нашло себѣ выраженіе въ германскомъ гражданскомъ уложеніи, которое посвящаетъ этому вопросу цѣлый рядъ статей, какъ въ общей части, такъ и въ постановленіяхъ, касающихся отдѣльныхъ обязательствъ. Параграфъ 306 герм. гражд. улож., касающійся дѣйствія первоначальной невозможности, гласитъ: «договоръ, по которому невозможно учинить удовлетвореніе, недѣйствителенъ» [2]. Здѣсь почти дословный переводъ правила impossibilium nulla obligatio. Но само герм. гражд. уложеніе въ послѣдующихъ параграфахъ должно было допустить цѣлый рядъ исключеній изъ положенія, высказаннаго въ § 306, чрезвычайно ограничивающихъ область примѣненія послѣдняго. Такъ, договоръ остается дѣйствительнымъ, если одна изъ сторонъ знала при заключеніи договора о невозможности исполненія по нему; въ этомъ случаѣ она должна возмѣстить другой сторонѣ убытки, понесенные отъ неисполненія договора (§ 307). Договоръ дѣйствителенъ и тогда, когда обѣ стороны знали о невозможности исполненія въ моментъ заключенія договора, но заключили послѣдній именно на случай устраненія невозможности (§ 308 абз. 1). Наконецъ, договоръ дѣйствителенъ и въ томъ случаѣ, когда обѣ стороны при заключеніи договора не знали о невозможности исполненія, но къ моменту наступленія срока исполненія по срочному или условному договору, препятствія къ нему отпали (§ 308 абз. 2). Послѣднее исключеніе, практически наиболѣе важное, теоретически является полнымъ противорѣчіемъ § 306. Въ случаѣ, предусмотрѣнномъ во второмъ абзацѣ § 308, нельзя считать, что договоръ заключенъ условно, на случай устраненія невозможности, такъ какъ стороны въ моментъ заключенія договора и не знали о существованіи тогда невозможности исполненія. А если такъ, то по § 306 такой договоръ долженъ быть признанъ недѣйствительнымъ; между тѣмъ законъ, идя навстрѣчу жизненнымъ требованіямъ, долженъ былъ допустить обратное. Указанное исключеніе имѣетъ тѣмъ большее значеніе, что, благодаря ему, весь вопросъ о невозможности исполненія долженъ быть перенесенъ къ моменту исполненія договора, что въ корнѣ подрываетъ принятое герм. гражд. уложеніемъ дѣленіе невозможности на первоначальную и послѣдующую, дѣленіе, общая несостоятельность котораго была уже установлена выше.

Какова же область примѣненія правила impossibilium nulla obligatio въ германскомъ правѣ при первоначальной невозможности? Разъ исключены случаи, когда одна изъ сторонъ знала при заключеніи договора о невозможности, когда обѣ стороны хотя и знали о ней, но заключили

---

[2] Австр. Гр. Улож. ст. 1447, Швейц. Обязат. право 1911 г. ст. 20; Code civil, art. 1302, 1303.

договоръ на случай ея устраненія, и когда вообще невозможность въ срочномъ или условномъ договорѣ устраняется къ моменту исполненія, то остаются лишь случаи: во-первыхъ, когда обѣ стороны хотя и знали о невозможности исполненія и не предполагали, что такая невозможность устранится, но все-таки договоръ заключили; во-вторыхъ, когда обѣ стороны не знали о наличности невозможности въ моментъ совершенія договора, но заключили послѣдній безъ установленія срока или условія, и въ-третьихъ, когда въ срочномъ или условномъ договорѣ невозможность не устраняется къ моменту наступленія срока или условія.

Что касается перваго рода случаевъ совершенно очевидной для обѣихъ сторонъ объективной невозможности исполненія (гер. гр. улож. при первоначальной невозможности придаетъ значеніе лишь объективной, а не субъективной невозможности), то здѣсь дѣйствительно обязательству должно быть отказано въ силѣ. Но, какъ увидимъ ниже, для достиженія такого результата не требуется созданія особаго правила: impossibilum nulla obligatio.

Безусловное же примѣненіе положенія, что невозможность сама по себѣ вызываетъ недѣйствительность обязательства, къ другимъ вышеуказаннымъ случаямъ приводитъ къ едва ли цѣлесообразнымъ результатамъ. Представимъ себѣ, что въ договорѣ, въ которомъ срокъ исполненія не означенъ и вѣрителю предоставлено право требовать послѣднее въ любой моментъ по заключеніи договора, въ моментъ заявленія такового требованія налицо была невозможность исполненія, однако, вскорѣ затѣмъ прекратившаяся. Или въ договорѣ срочномъ невозможность была устранена вскорѣ послѣ срока. И въ томъ и другомъ случаѣ по герм. граж. улож. договоръ долженъ быть признанъ недѣйствительнымъ и должникъ свободнымъ отъ обязательствъ. Между тѣмъ, какъ уже было отмѣчено выше, въ большинствѣ случаевъ послѣсрочное исполненіе не теряетъ своей цѣнности и вполнѣ удовлетворяетъ той цѣли, ради которой стороны вступили въ соглашеніе.

Если отъ случаевъ первоначальной невозможности мы обратимся къ постановленіямъ герм. гражд. уложенія о невозможности послѣдующей, то здѣсь уже вопросъ о вліяніи невозможности поставленъ въ связь съ вопросомъ о виновности должника. По § 275 «Должникъ освобождается отъ обязанности чинить удовлетвореніе, поскольку оно стало невозможнымъ въ силу обстоятельства, которое наступило послѣ возникновенія обязательства, и за которое онъ не отвѣчаетъ», а по § 280 абз. 1: «Если удовлетвореніе невозможно по обстоятельству, за которое отвѣчаетъ должникъ, послѣдній обязанъ возмѣстить кредитору убытки отъ исполненія обязательства».

Примѣненіе правила impossibilium nulla obligatio при первоначальной невозможности ведетъ къ признанію обязательства eo ipso ничтожнымъ, а при послѣдующей вызываетъ eo ipso прекращеніе обязательства. Но спрашивается, какъ обосновать тогда право кредитора на возмѣщеніе интереса при невозможности исполненія, обусловленной виной должника? Сторонники указаннаго дѣйствія невозможности строятъ отвѣтственность

должника не на обязательствѣ, ставшемъ по ихъ мнѣнію недѣйствительнымъ, а на виновномъ причиненіи ущерба, т.-е. на деликтѣ [1]. Но такой выводъ, прежде всего, является теоретически неправильнымъ. Выше было отмѣчено, что субъективное право, вытекающее изъ частно-правового отношенія, заключаетъ въ себѣ не только право чрезъ посредство суда добиваться исполненія условленнаго дѣйствія, но и право на взысканіе убытковъ отъ неисполненія. И поскольку, благодаря виновности должника въ наступленіи невозможности исполненія, кредиторъ имѣетъ право на возмѣщеніе интереса отъ неисполненія договора, постольку обязательство не можетъ быть признано прекратившимъ свою силу, и основаніемъ отвѣтственности является договоръ, а не деликтъ. Съ другой стороны, фактическій составъ, необходимый для возникновенія деликтной отвѣтственности за убытки другой, чѣмъ при договорной отвѣтственности. Отсюда теорія деликтной отвѣтственности должна повести на практикѣ къ цѣлому ряду затрудненій, влекущихъ за собой освобожденіе отъ отвѣтственности должника, вина котораго (по началамъ договорной отвѣтственности) въ наступленіи обстоятельства, обусловливающаго невозможность исполненія, вполнѣ очевидна. Такъ напр., при договорномъ основаніи отвѣтственности должникъ будетъ отвѣчать за ущербъ, понесенный кредиторомъ, когда невозможность обусловлена не только виной самого должника, но и виной тѣхъ третьихъ лицъ, которыхъ онъ привлекъ къ исполненію договора, а при деликтномъ лишь въ томъ случаѣ, если кредитору удается установить въ той или иной формѣ собственную вину должника [2].

Германское гражд. уложеніе проводитъ строгое различіе между объективной и субъективной невозможностью лишь въ случаѣ невозможности первоначальной, при послѣдующей же оно этого различія не придерживается. По § 276 герм. гр. улож. послѣдующая субъективная невозможность прямо приравнена по своему дѣйствію къ объективной невозможности. Исключеніе представляютъ только родовыя обязательства, при которыхъ (§ 279 герм. гр. ул.) субъективная невозможность не принимается во вниманіе; постановленіе, введенное подъ прямымъ вліяніемъ римскаго положенія genus perire non censetur. Но и это положеніе не можетъ быть принято, и его и не придерживается германская практика [3]. Если вопросъ сводится къ выясненію обстоятельствъ, могущихъ оправдать должника въ неисполненіи, то уже не важно, будетъ ли или нѣтъ налицо объективная невозможность, что съ обычной точки зрѣнія при родовыхъ обязательствахъ можетъ быть лишь при полной гибели всѣхъ предметовъ даннаго рода, т.-е. фактически почти никогда. «Если на пути исполненія обязательства», пишетъ Эннэкцерусъ [4], «оказывается необычайное пре-

---

[1] *Planiol,* Traité élémentaire de droit civil, 1907, tome II, p. 199—200.

[2] *Enneccerus,* Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I Band, § 267, Seite 109, изд. 1910 г. *Е. Н. Данилова,* Отвѣтственность должника за дѣйствіе третьихъ лицъ, 1913 г. стр. 55.

[3] *Entscheidungen des Reichsgerichts,* Band 57, Seite 116.

[4] *Enneccerus,* ibid., I Band, § 268, Seite 113.

пятствіе, которое можетъ быть устранено лишь путемъ несоразмѣрныхъ жертвъ, большихъ опасностей, нарушеніемъ болѣе высокихъ обязанностей, то сообразно разумному, отвѣчающему хозяйственной жизни, толкованію права, такое исполненіе должно быть признано невозможнымъ».

Итакъ, и германское гражд. уложеніе, положившее въ основу правило: impossibilium nulla obligatio (§ 306), послѣдовательно провести его не смогло. И по герм. гр. уложенію вопросъ о невозможности исполненія, независимо отъ того, возникла послѣдняя до или послѣ заключенія договора, въ большинствѣ случаевъ ставится лишь въ моментъ исполненія (§§ 307, 308), а въ этотъ моментъ не проводится различія между объективной и субъективной невозможностью, и самый вопросъ о невозможности обсуждается въ связи съ вопросомъ о виновности должника. Но поскольку остались еще случаи, въ которыхъ положеніе § 306 примѣняется, какъ-то разобранные выше случаи неустраненія невозможности къ моменту наступленія срока договора, или къ моменту заявленія требованія въ договорахъ безсрочныхъ, а также поскольку правило о самостоятельномъ дѣйствіи невозможности повлекло за собой созданіе теоріи деликтнаго основанія для отвѣтственности за невозможность, возникшую по винѣ должника, постольку нецѣлесообразность и теоретическая необоснованность этого правила выступаетъ съ полной очевидностью.

III.

Нормально должникъ обязанъ исполнить обязательство въ срокъ, и неисполненіе не порываетъ юридической связанности сторонъ, а лишь усиливаетъ степень отвѣтственности должника. Но неисполненіе можетъ быть вызвано обстоятельствами, которыя не могутъ быть поставлены въ вину должнику; такимъ обстоятельствомъ можетъ явиться и невозможность исполненія, безразлично, будетъ ли это объективно-физическая невозможность или лишь связанная съ личностью даннаго должника и выражающаяся для послѣдняго или въ полной невозможности исполненія или лишь въ возникновеніи такихъ препятствій, преодолѣніе которыхъ не можетъ быть вмѣнено въ обязанность должнику.

Но и мыслимые случаи *невиновной* невозможности исполненія не должны всегда разрѣшаться однообразно. Въ однихъ случаяхъ невозможность исполненія можетъ оправдать просрочку должника и повести къ временной отсрочкѣ исполненія обязательства, въ другихъ же къ полному прекращенію послѣдняго. Въ одностороннихъ договорахъ ссылаться на невозможность исполненія будетъ, конечно, должникъ, стремясь оправдать свою просрочку или вовсе освободиться отъ обязательства. Но такую ссылку онъ можетъ обычно сдѣлать лишь въ видѣ возраженія противъ предъявленнаго къ нему кредиторомъ иска. Было бы неправильно предоставить самому должнику право предъявлять искъ о признаніи обязательства недѣйствительнымъ въ силу невозможности исполненія. Должникъ связалъ себя обязательствомъ и дѣло уже кредитора ждать устраненія невозможности послѣсрочнаго исполненія или обратиться въ судъ съ искомъ. Исклю-

ченіемъ являются лишь тѣ рѣдкіе сравнительно случаи, когда стороны условились о дѣйствіи, немыслимомъ по своему существу (то, что римскіе юристы понимали подъ выраженіемъ quae in rerum natura non est aut esse non potest или quod natura fieri non concedit) [1]; въ этихъ случаяхъ должнику и при одностороннемъ договорѣ должно быть предоставлено право добиваться передъ судомъ признанія недѣйствительности обязательства. Иначе при двустороннихъ договорахъ; здѣсь должникъ обязанъ совершить дѣйствіе лишь въ обмѣнъ на эквивалентъ, предоставляемый другой стороной. И если этотъ эквивалентъ не предоставляется въ силу невозможности исполненія, то другая сторона, являясь одновременно не только должникомъ, но и кредиторомъ, можетъ предъявить искъ о признаніи обязательства недѣйствительнымъ.

Правило impossibilium nulla obligatio съ тѣмъ содержаніемъ, которое придается ему современными законодательствами и практикой, независимо отъ его общей теоретической необоснованности, является недостаточно гибкимъ средствомъ для разрѣшенія случаевъ *невиновнаго* неисполненія. Устанавливая, что невозможность eo ipso вліяетъ на обязательство, оно предоставляетъ должнику право освободиться отъ послѣсрочнаго исполненія и въ одностороннемъ договорѣ путемъ предъявленія иска о недѣйствительности обязательства; даже болѣе, какъ мы видѣли, по герм. граждан. уложенію должникъ можетъ освободиться отъ обязательства въ рядѣ случаевъ и до наступленія срока исполненія, независимо отъ того, будетъ или нѣтъ возможно исполненіе въ моментъ предъявленія требованія такового. Далѣе, примѣненіе указаннаго правила влечетъ за собою всегда признаніе обязательства недѣйствительнымъ, тогда какъ иногда практически цѣлесообразно лишь отсрочить должнику исполненіе.

Безусловная недѣйствительность обязательства, вызываемая примѣненіемъ правила impossibilium nulla obligatio, имѣетъ свое оправданіе лишь при случаяхъ, когда стороны заключили соглашеніе объ исполненіи дѣйствія, немыслимаго по самой своей природѣ, и при томъ или обѣ стороны знали объ этомъ обстоятельствѣ, или обѣ не знали; такъ какъ при знаніи одной стороны и умолчаніи, эта сторона обязана другой возмѣстить убытки, и, слѣдовательно, обязательство не прекращается. Но оба указанные случая удовлетворительно разрѣшаются и при помощи другихъ средствъ и не оправдываютъ сохраненія особаго юридическаго понятія невозможности исполненія съ его теоретически неяснымъ содержаніемъ и практически нецѣлесообразными результатами приложенія къ огромному большинству другихъ случаевъ. При знаніи сторонами немыслимости исполненія заключеннаго соглашенія, послѣднее можетъ быть признано недѣйствительнымъ по отсутствію у сторонъ серьезнаго намѣренія вступить въ юридическую сдѣлку (animus obligandi), а при незнаніи—на основаніи общихъ правилъ о вліяніи на обязательство заблужденія сторонъ [2].

---

[1] Соотвѣтствующее постановленіе мы встрѣчаемъ въ калифорнскомъ гражданскомъ уложеніи, § 1597: Все считается возможнымъ, за исключеніемъ того, что невозможно по природѣ вещей.

[2] *Rabel,* Unmöglichkeit der Leistung, Seite 57.

Англійская юриспруденція вообще разрѣшаетъ вопросъ о вліяніи невозможности исполненія путемъ примѣненія понятія заблужденія. Невозможность исполненія дѣлаетъ договоръ недѣйствительнымъ, такъ какъ разумный человѣкъ, зная о ней, не вступилъ бы въ обязательство [1]. Но примѣненіе понятія заблужденія ко всѣмъ случаямъ невозможности исполненія также возбуждаетъ цѣлый рядъ сомнѣній. Заблужденіе, дающее право на оспариваніе сдѣлки, должно быть налицо при самомъ заключеніи договора, между тѣмъ обычно невозможность исполненія возникаетъ лишь впослѣдствіи. Едва ли можно также примѣнить понятіе заблужденія къ тѣмъ случаямъ, когда стороны нисколько не заблуждались относительно представляемыхъ другъ другу эквивалентовъ, и лишь впослѣдствіи, на пути исполненія обязательства, встрѣтились затрудненія. Цѣлый рядъ случаевъ, когда по существу должникъ долженъ быть извиненъ въ неисполненіи, такъ какъ ему нельзя вмѣнить въ обязанность преодолѣніе возникшихъ препятствій, окажется невозможнымъ подвести подъ понятіе заблужденія.

Намъ представляется, что всѣ тѣ явленія, которыя принято разрѣшать путемъ примѣненія понятія невозможности исполненія, нельзя вырѣшить при помощи одного какого-либо юридическаго средства. Какъ было отмѣчено, случаи, завѣдомой для сторонъ при заключеніи договора невозможности исполненія по самой природѣ вещей, должны разрѣшаться по общимъ правиламъ о необходимости для дѣйствительности обязательства animus obligandi; при незнаніи же обѣими сторонами этого обстоятельства—по правиламъ о заблужденіи. Внѣ этихъ случаевъ при *невиновной* невозможности исполненія интересы должника въ отсрочкѣ исполненія или въ полномъ прекращеніи его обязанностей вполнѣ обезпечиваются принадлежащимъ ему возраженіемъ, что онъ обязанъ исполнять обязательство добросовѣстно, сообразно обычаямъ оборота, но не болѣе этого, т.-е. по выраженію германскихъ юристовъ путемъ заявленія Einrede aus entgegenstehenden Interessen [2]. И, наконецъ, поскольку мы имѣемъ дѣло съ двусторонними договорами при невиновной невозможности исполненія для одной стороны, другой должно быть предоставлено право просить судъ объ освобожденіи отъ обязательства.

Возраженія, приводимыя отвѣтчикомъ противъ иска, могутъ быть направлены на отрицаніе права на искъ у самого истца, въ силу ли процессуальныхъ дефектовъ предъявленія иска или отсутствія матеріальнаго правоосновавія, но они могутъ основываться не на дефектахъ права истца, а на противопоставляемомъ первому самостоятельномъ правѣ отвѣтчика [3]. Возраженія послѣдняго рода, въ свою очередь, могутъ вы-

---

[1] *Sir William R. Anson Bard,* Die Grundzüge des englischen Vertragsrechts, Übersetzung von *Prochownick,* Seite 174, 369. Das bürgerliche Recht Englands, Kodification *von Edward Jenks,* Kommentar von *G. Schirrmeister,* Seite 527.

[2] На принадлежность обязавшемуся лицу такого возраженія указываетъ *Titze,* ibid., Seite 2; наиболѣе подробно развилъ теорію возраженій въ приложеніи къ понятію невозможности исполненія *Krückmann,* Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozess, Seite 30—55; Nachlese zur Unmöglichkeitslehre, Jher. Jahr. 1911, Bd. 59, Seite 323 u. f

[3] *Schmidt,* Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 1910, Seite 395.

текать изъ обладанія отвѣтчикомъ другимъ субъективнымъ правомъ, какъ наприм., правомъ возраженія закладодержателя противъ иска собственника объ истребованіи вещи, но могутъ принадлежать отвѣтчику и безъ наличности послѣдняго [1]. Къ послѣдняго рода возраженіямъ и должно отнести ссылку отвѣтчика на невозможность исполненія (въ широкомъ смыслѣ этого понятія). Судья не удовлетворяетъ иска, ибо присужденіе отвѣтчика къ исполненію или отвѣтственности за неисполненіе противорѣчило бы чувству справедливости. Если наступившая невозможность исполненія обусловлена обстоятельствомъ, за которое должникъ отвѣчаетъ, то требованіе исполненія замѣняется требованіемъ о возмѣщеніи убытковъ отъ неисполненія. Если нѣтъ, то ссылка на невозможность, смотря по обстоятельствамъ, или ведетъ къ разрушенію права истца (peremptorische Einrede), или лишь временно препятствуетъ осуществленію права истца, отсрочиваетъ исполненіе (dilatorische Einrede). Въ германскомъ правѣ основанія предоставленія отвѣтчику права на такія возраженія можно найти, какъ въ частныхъ постановленіяхъ, касающихся отдѣльныхъ договоровъ [2], такъ и въ общемъ правилѣ § 242 (см. также § 228), изъ котораго (разсуждая методомъ отъ противнаго) слѣдуетъ, что должникъ не обязанъ прилагать къ исполненію договора такія усилія, какія не могутъ быть отъ него потребованы добросовѣстно и сообразно обычаямъ оборота [3].

Въ нашемъ дѣйствующемъ законодательствѣ нѣтъ общихъ положеній о невозможности исполненія и о ея вліяніи на обязательство. Что касается отдѣльныхъ постановленій, на которыя обычно указываютъ, какъ на случай освобожденія должника отъ отвѣтственности при невозможности исполненія, то прежде всего надлежитъ отмѣтить, что въ нихъ не проводится различія ни между первоначальной и послѣдующей, ни между объективной и субъективной невозможностью. По статьѣ

---

[1] *Enneccerus,* Lehrbuch d. bürg. R., I Band, Seite 535.

[2] Такъ по § 626 „При наличности уважительной къ тому причины, каждая сторона въ правѣ во всякое время заявить о прекращеніи ею найма. По § 671, абз. 3. «Если есть уважительная къ тому причина, повѣренный въ правѣ потребовать прекращенія договора, хотя бы онъ заранѣе отрекся отъ этого права». См. также §§ 251 абз. 2, 383, абз. 1, 633 абз. 2 и мн. др.

[3] *Enneccerus,* ibid., Seite 541; *Eck,* Vorträge über das Recht d. bürg. Gesetzbuchs, 1903, I Band, Seite 217 n. 1,236. *Hachenburg,* Das bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich, Vorträge, 1900, Seite 6. Другого мнѣнія *Langeheineken,* Anspruch und Einrede, Seite 324, который полагаетъ, что требованіе кредитора, противорѣчащее § 242, должно быть вообще признано недѣйствительнымъ, а потому должникъ, ссылаясь на § 242, опровергаетъ самое право истца (Einwand), а не противополагаетъ самому по себѣ дѣйствительному праву истца собственные болѣе существенные интересы, которые онъ долженъ былъ бы принести въ жертву ради исполненія обязательства (Einrede). Но едва ли это такъ. Поскольку возраженіе отвѣтчика основывается на такихъ препятствіяхъ къ исполненію обязательства, которыя носятъ постоянный характеръ (perempt. Einrede), постольку дѣйствительно по существу уничтожается самое право кредитора (perempt. Einrede=Einwand). Но въ тѣхъ случаяхъ, когда препятствія носятъ временный характеръ (dilat. Einrede), возраженіе отвѣтчика, основывающееся на § 242, ведетъ лишь къ отсрочкѣ исполненія, самое же право кредитора остается вполнѣ дѣйствительнымъ.

1689 т. X ч. I условіе о продажѣ уничтожается, если неявка къ совершенію акта обусловлена лишеніемъ свободы, болѣзнью, лишающей возможности отлучиться изъ дому, смертью родителей и др. [1]... По статьѣ 2105 т. X. ч. I принявшій вещь на сохраненіе не подвергается отвѣтственности, какъ въ томъ случаѣ, когда она будетъ отнята у него насильно (субъективная невозможность, ибо сама вещь осталась цѣлой), такъ и въ томъ, когда она погибнетъ отъ какого-нибудь чрезвычайнаго событія (объективная невозможность, такъ какъ погибъ предметъ обязательствъ); при чемъ указанное освобожденіе наступаетъ, какъ тогда, когда спасти вещь было невозможно (объективная невозможность), такъ и тогда, когда поклажепріниматель, хотя и могъ спасти вещь, но съ значительной потерей для собственнаго имущества (субъективная невозможность). (См. также Пол. о каз. подр. и пост. ст. 216). Но указанныя отдѣльныя постановленія также не даютъ права придти къ выводу, что наше законодательство, подобно большинству западныхъ кодексовъ, вообще знаетъ ученіе о невозможности исполненія съ самостоятельнымъ вліяніемъ послѣдняго на обязательство. Статья 2105, устанавливая для поклажепринимателя обязанность беречь принятыя на сохраненіе вещи, вмѣстѣ съ тѣмъ перечисляетъ случаи, когда поклажепріниматель освобождается отъ отвѣтственности за цѣлость сданныхъ ему на храненіе вещей, если утрата и поврежденіе послѣднихъ произойдетъ благодаря какому-либо чрезвычайному событію (приключенію), или вещи будутъ отняты насильно. По существу, въ статьѣ 2105 трактуется не объ особомъ вліяніи невозможности, а устанавливаются лишь случаи, когда поклажепріниматель, отвѣчающій вообще за custodia (напр., простая кража безъ насилія) [2], освобождается отъ такой отвѣтственности. Другими словами, статья 2105 имѣетъ лишь спеціальное значеніе для договора поклажи и касается случаевъ вліянія на обязательство непреодолимой силы. Понятіе же непреодолимой силы и невозможности исполненія относятся другу къ другу, какъ причина къ слѣдствію и взаимно не покрываются, такъ какъ невозможность исполненія можетъ имѣть мѣсто и внѣ воздѣйствія непреодолимой силы. Итакъ, статья 2105 касается лишь случаевъ невозможности для поклажепринимателя возвратить сданный ему на сохраненіе объектъ, обусловленной воздѣйствіемъ непреодолимой силы; и самой невозможности исполненія придается не самостоятельное вліяніе на обязательство, а невозможность разсматривается въ связи съ

---

[1] Нельзя не отмѣтить своеобразнаго постановленія 1689 статьи, относящей къ извинительной для обязанной стороны невозможности совершенія формальнаго акта случай внезапнаго разоренія. Какъ было отмѣчено выше, отсутствіе денежныхъ средствъ само по себѣ никакого вліянія на обязательство не оказываетъ, поэтому «внезапное разореніе», упоминаемое въ ст. 1689, должно приниматься во вниманіе не потому, что оно связано съ отсутствіемъ средствъ, а поскольку оно можетъ служить внѣшнимъ препятствіемъ къ самой явкѣ для совершенія акта.

[2] Съ этой точки зрѣнія обсуждался вопросъ и въ римскомъ правѣ: C. 4. 65 de locato et conducto, l. 1. Dominus horreorum periculum vis maioris vel effracturam latronum conductori praestare non cogitur. His cessantibus si quid extrinsecus ex depositis rebus inlaesis horreis perierit, domnum depositarum rerum sarciri debet.

вопросомъ о виновности должника и объ освобожденіи послѣдняго отъ отвѣтственности при отсутствіи вины.

Статья 1689 говоритъ уже непосредственно объ уничтоженіи условія о продажѣ при невозможности для одной или обѣихъ сторонъ совершить формальный актъ. Но и она ставитъ вопросъ объ уничтоженіи обязательства въ связи съ обстоятельствами, извиняющими должника въ неявкѣ къ совершенію формальнаго акта. При чемъ такимъ обстоятельствомъ можетъ явиться воздѣйствіе непреодолимой силы (п. 2) или другіе перечисленные въ статьѣ (п. I, 3, 4 и 5) случаи, приравненные по своему вліянію къ непреодолимой силѣ. Характерно при этомъ, что нѣкоторые изъ перечисленныхъ случаевъ, какъ смерть родителей или тяжкая болѣзнь ихъ (п. 5), не вызываютъ по существу невозможности явки къ совершенію акта, а лишь предоставляютъ сторонѣ сослаться на наличность у ней особыхъ интересовъ (присутствіе при тяжко больномъ отцѣ), дающихъ право уклониться отъ явки.

За отсутствіемъ законодательныхъ постановленій, создать ученіе о вліяніи невозможности исполненія пыталась наша практика. Сенатъ считаетъ необходимымъ различать между объективной и субъективной невозможностью, отрицая всякое вліяніе послѣдней на обязательство; причемъ Сенатъ признаетъ субъективную невозможность тамъ, гдѣ невозможность касается личности должника, и объективную, гдѣ самого предмета обязательства. Такъ, въ рѣшеніи 1907 года № 76, Сенатъ высказалъ слѣдующее положеніе: «Невозможность исполненія должна относиться къ предмету исполненія, а не къ личнымъ только обстоятельствамъ обязаннаго»,—и потому призналъ, что «назначеніе военно-служащаго въ дѣйствующую армію или флотъ и, вслѣдствіе сего, возникшая для него обязанность оставить прежнее мѣстожительство, не можетъ почитаться тѣмъ внѣшнимъ обстоятельствомъ, которое, независимо отъ личной воли стороны, участвующей въ договорѣ, дѣлаетъ исполненіе физически или юридически невозможнымъ». Между тѣмъ, въ данномъ случаѣ есть полное основаніе предоставить служащему лицу, назначенному въ дѣйствующую армію, право отступиться отъ договора, право, которое прямо предусмотрѣно въ германскомъ гражданскомъ уложеніи [1]. Но провести точное различіе между объективной и субъективной невозможностью не смогъ и Сенатъ. Въ одномъ изъ послѣднихъ рѣшеній, 1910 г. № 29, Сенатъ фактически придалъ значеніе субъективной невозможности, хотя формально и пытался подвести разбираемый случай подъ понятіе объективной невозможности. Вопросъ, подлежавшій рѣшенію Сената, заключался въ слѣдующемъ: «освобождается ли наниматель помѣщенія въ домѣ, очистившій послѣднее до истеченія срока найма, вслѣдствіе происходившихъ вокругъ дома народныхъ безпорядковъ (погрома), при коихъ, однако, самая недвижимость повреждения не потерпѣла, отъ взысканія наемной платы за недожитое время?» Сенатъ раз-

[1] § 570: «Лица, состоящія на военной или государственной гражданской службѣ... могутъ при переводѣ ихъ на службу въ другую мѣстность, потребовать прекращенія найма помѣщеній, занимаемыхъ ими...».

рѣшилъ этотъ вопросъ въ утвердительномъ смыслѣ, хотя ясно, что въ данномъ случаѣ невозможность пользованія помѣщеніемъ заключалась не въ немъ самомъ, а именно въ лицѣ пользователя.

Въ тѣхъ случаяхъ, когда Сенатъ признаетъ объективную невозможность, придавая ей самостоятельное воздѣйствіе на обязательство, внѣ вопроса о виновности или невиновности обязаннаго лица, онъ приходитъ и къ другому неизбѣжному выводу, что въ случаѣ виновной невозможности исполненія должникъ отвѣчаетъ за ущербъ не по договорному, а деликтному основанію. Въ рѣшеніи 1881 г. № 82 обсужденію Сената подлежалъ слѣдующій вопросъ: прекращается ли договоръ найма, если имущество погибло по винѣ нанимателя? И Сенатъ постановилъ: «Коль скоро имущество уничтожилось, и для одной изъ сторонъ, т.-е. для наймодавца, исполненіе обязанностей, изъ договора найма вытекающихъ, сдѣлалось невозможнымъ, то съ точки зрѣнія существованія и продолженія договора найма представляется уже совершенно безразличнымъ, по какой причинѣ имущество уничтожилось—вслѣдствіе ли случайнаго событія и непреодолимой силы, или же по винѣ наймодавца, или по винѣ нанимателя, или, наконецъ, по винѣ третьихъ лицъ... съ уничтоженіемъ имущества по чьей бы то ни было винѣ договоръ найма прекращается, а между сторонами можетъ возникнуть новое юридическое отношеніе изъ правонарушенія или изъ подобнаго тому основанія (ст. 574 т. X ч. I)».

Но нашей практикѣ, при отсутствіи въ законодательствѣ спеціальныхъ постановленій о невозможности исполненія, не было никакой необходимости самой работать съ этимъ, по самому своему существу, неяснымъ юридическимъ понятіемъ. Хотя наше дѣйствующее гражданское законодательство и не содержитъ статей, подобныхъ §§ 228 и 242 герм. гражд. уложенія, но и оно даетъ основаніе для предоставленія должнику возраженія противъ требованія кредитора, исполненіе котораго связано съ такими затрудненіями, преодолѣніе коихъ не можетъ быть возложено на должника. Статьи 269 и 570 т. X. ч. I, касающіяся исполненія вообще договоровъ, даютъ кредитору право требовать съ обязавшагося лица лишь то, что постановлено въ договорѣ, а содержаніе договора должно быть истолковано при возникновеніи спора о сущности принятой на себя должникомъ обязанности по намѣренію и доброй совѣсти (ст. 1539). Изъ статей, касающихся отдѣльныхъ договоровъ, слѣдуетъ отмѣтить уже упомянутую выше ст. 2105, по которой поклажепріниматель освобождается отъ отвѣтственности за истребленіе или поврежденіе вещей, если докажетъ, «что онъ могъ сіи вещи спасти, но не иначе, какъ съ значительною при томъ потерею изъ собственнаго своего имущества». Также и Сенатъ при толкованіи 569 и 570 ст. ст. призналъ, что безусловное присужденіе должника къ исполненію обязательства или къ отвѣтственности за неисполненіе, безотносительно къ обстоятельствамъ даннаго случая, было бы несправедливымъ [9].

[9] См. рѣш. Гражд. Касс. Деп. Прав. Сената 1905 г. № 52, 1900 г. № 62, 1893 г. № 100, 1885 г. № 112.

Еще большія основанія къ разрѣшенію вопроса о вліяніи невозможности исполненія путемъ предоставленія должнику вышеуказаннаго возраженія даетъ проектъ гражданскаго уложенія, заимствовавшій изъ герм. гражд. улож. правило § 242. По ст. 78 проекта: «должникъ обязанъ исполнить свое обязательство добросовѣстно и согласно принятому въ дѣловыхъ отношеніяхъ обычному порядку» [1].

Проектъ содержитъ и рядъ положеній, касающихся спеціально невозможности исполненія, заимствуя ихъ у герм. гражд. уложенія. Онъ различаетъ между первоначальной (ст. 21) и послѣдующей невозможностью (ст. 123). Постановляя въ ст. 21 абз. 1, что «договоръ, имѣющій своимъ предметомъ дѣйствіе невозможное, признается недѣйствительнымъ», проектъ, подобно герм. гражд. улож., долженъ былъ допустить цѣлый рядъ исключеній изъ этого правила (ст. 21 абз. 2, ст. 22).

Выше мы установили несостоятельность и нецѣлесообразность дѣленія невозможности на первоначальную и послѣдующую,—дѣленія, встрѣчающаго единогласную критику изслѣдователей. Поэтому намъ представляется наиболѣе правильнымъ совершенно отбросить положеніе ст. 21, абз. 1, а вмѣстѣ съ тѣмъ и ст. 21 абз. 2 и ст. 22, какъ лишь исключенія изъ первой, и перенести вопросъ о невозможности исполненія вообще къ моменту наступленія срока послѣдняго, когда невозможность (безразлично, объективная или субъективная), а на ряду съ ней и вообще чрезмѣрныя препятствія къ исполненію, должна разсматриваться лишь какъ одно изъ обстоятельствъ, могущихъ извинить неисполненіе должника и повести или къ полному прекращенію обязательства, или лишь къ отстрочкѣ исполненія. Въ общемъ, ст. 123 проекта такъ и ставитъ вопросъ о послѣдующей невозможности: «Должникъ отвѣчаетъ за убытки, причиненные вѣрителю неисполненіемъ или ненадлежащимъ исполненіемъ обязательства, если не докажетъ, что исполненіе обязательства вполнѣ или въ части сдѣлалось невозможнымъ вслѣдствіе такого событія, котораго онъ, должникъ, не могъ ни предвидѣть, ни предотвратить при той осмотрительности, какая требовалась отъ него по исполненію обязательства (случайное событіе)». Указанная статья подлежитъ двоякому исправленію. Сообразно вышеизложенному, она должна касаться не только невозможности, возникшей послѣ заключенія договора, но и бывшей до этого момента и не устранившейся къ сроку исполненія; отсюда слова «сдѣлалось невозможнымъ» должно замѣнить словами «оказалось невозможнымъ». Съ другой стороны, въ статьѣ 123 должно быть упомянуто объ освобожденіи отъ отвѣтственности при невозможности исполненія, обусловленной, какъ обстоятельствами, которыя должникъ не могъ предотвратить (о чемъ говоритъ ст. 123), такъ и обстоятельствами, преодолѣніе которыхъ связано съ такими усиліями, прилагать которыя къ исполненію обязательства должникъ и не обязанъ. Такъ какъ пре-

[1] См. также ст. ст. 79 абз. 2, 70, 697, 732 и мн. др. Статьи проекта цитируются по послѣдней редакціи, внесенной 14 октября 1913 г. въ Государственную Думу.

пятствіе къ исполненію можетъ быть, смотря по обстоятельствамъ, лишь временное (см. вышеприведенный примѣръ съ больнымъ квартирантомъ), то слѣдуетъ ввести особое постановленіе о томъ, что при наличности обстоятельствъ, обусловливающихъ лишь временную невозможность исполненія, должникъ въ правѣ промедлить съ послѣднимъ [1]). Наконецъ, ст. 137 проекта, говорящая о невозможности исполненія при двусторонніхъ договорахъ, должна быть дополнена указаніемъ на право одной стороны отступиться отъ договора, при невозможности исполненія для другой.

Д. М. Генкинъ.

---

[1] За указанныя измѣненія въ проектѣ нашего гражд. уложенія высказывается и *Крюкманъ,* Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozess, стр. 281 и слѣд.

Проблема расточительства.

I.

Что такое расточительство и по какимъ мотивамъ расточитель подвергается ограниченіямъ въ своей дѣеспособности? Вотъ одинъ изъ тѣхъ вопросовъ, по отношенію къ которымъ современный цивилистъ не можетъ не чувствовать себя въ долгу.

Если мы пересмотримъ небогатую относящуюся сюда литературу, если мы вчитаемся въ мотивы къ новѣйшимъ кодексамъ и законопроектамъ, насъ неизбѣжно охватитъ чувство глубокой неудовлетворенности. Съ одной стороны мы найдемъ здѣсь своеобразноее mbarras de richesses, какъ бы даже обиліе соображеній въ пользу ограниченія расточителей, но, съ другой стороны, всѣ эти соображенія при болѣе внимательномъ отношеніи къ нимъ и при послѣдовательномъ проведеніи ихъ приводятъ лишь къ ихъ взаимному самоуничтоженію. И нельзя отдѣлаться отъ ощущенія, что въ нашемъ столь старомъ институтѣ опеки по поводу расточительства мы все еще бродимъ въ потемкахъ и теряемся въ противорѣчіяхъ.

Вопросъ о теоретическомъ основаніи для ограниченія расточителя пріобрѣтаетъ особенное значеніе въ настоящій моментъ еще въ виду слѣдующаго обстоятельства. Какъ извѣстно, въ послѣднее время въ области гражданскаго права дѣлается замѣтнымъ теченіе, стремящееся замѣнить понятіе субъективнаго права понятіемъ объективной правовой цѣли (Rechtszweck) или понятіемъ «соціальной функціи» (fonction sociale) [1]. Субъекта правъ начинаютъ изображать лишь, какъ простого «управителя» (Verwalter) имуществомъ, предназначеннымъ служить извѣстнымъ разумнымъ, т. е. одобряемымъ закономъ, цѣлямъ общежитія. И вотъ для этого воззрѣнія институтъ опеки надъ расточителемъ можетъ казаться чрезвычайно сильнымъ подтвержденіемъ: разъ субъектъ начинаетъ тратить свое имущество неразумно, т. е. на цѣли правопорядкомъ неодобряемыя, онъ замѣняется другимъ «управителемъ» (опекуномъ), который и будетъ дѣйствовать въ духѣ, для общества желательномъ.

---

[1] См. краткія указанія объ этомъ теченіи въ моей брошюрѣ „Абстрактный и конкретный человѣкъ передъ лицомъ гражданскаго права“. 1913. стр. 21—22.

Въ такой связи вопросъ о расточительствѣ естественно пріобрѣтаетъ огромный теоретическій интересъ, выходящій далеко за предѣлы самаго расточительства, какъ такового.

Вмѣстѣ съ тѣмъ внимательный пересмотръ этого вопроса дѣлается сугубой необходимостью. Но осуществленіе этого пересмотра во всемъ его научномъ объемѣ представляетъ, конечно, дѣло очень сложное; здѣсь же намъ хотѣлось бы подойти къ этому вопросу лишь съ только-что отмѣченной чисто теоретической стороны. Мы не будемъ касаться вопроса о томъ, что такое расточительство, какъ поведеніе, какими признаками оно опредѣляется и т. д. Извѣстно, что ни законодательство, ни теорія до сихъ поръ не установили со всей необходимой точностью этого понятія, что оно представляетъ до сихъ поръ нѣкоторый юридическій X. Мы возьмемъ этотъ X такъ, какъ онъ есть, будемъ предполагать его за величину извѣстную, и обратимъ наше вниманіе только на вторую половину проблемы — именно на вопросъ о томъ, почему этотъ X привлекаетъ къ себѣ вниманіе законодателя и почему онъ навлекаетъ на расточителя ограниченія.

II.

Прежде всего нужно напомнить, что опека по поводу расточительства,—институтъ далеко не общепризнанный и не безспорный. Англійское право его не знаетъ вовсе; законодательства романскія (во главѣ съ французскимъ) знаютъ его только въ весьма ослабленной формѣ: лицо, признанное расточителемъ, не ограничивается въ своей дѣеспособности, а лишь нуждается для извѣстныхъ юридическихъ актовъ въ согласіи назначеннаго ему «совѣтника» (conseil judiciaire). Да и эта мѣра нашла себѣ доступъ въ кодексъ Наполеона лишь послѣ долгихъ колебаній и дебатовъ [1].

Но если мы возьмемъ и тѣ законодательства, которыя знаютъ опеку надъ расточителемъ, мы увидимъ, что они понимаютъ ее далеко не одинаково и смотрятъ на нее подъ разнымъ угломъ зрѣнія. Оставимъ въ сторонѣ во многихъ отношеніяхъ невыясненную эволюцію нашего института въ римскомъ правѣ и ограничимся общимъ обзоромъ только законодательствъ новѣйшихъ.

Среди этихъ послѣднихъ мы можемъ подмѣтить два слоя, проникнутыхъ различнымъ духомъ,—слой старѣйшій и слой болѣе новый.

Къ первому, старѣйшему, слою принадлежитъ прежде всего Прусское Земское Уложеніе. По опредѣленію этого послѣдняго (I. 1. 30), расточителями являются тѣ, которые неразумными и безполезными тратами или нерадивыми упущеніями значительно уменьшаютъ свое имущество или обременяютъ себя долгами. [2] Какъ видимъ, расточительство характеризуется здѣсь просто, какъ нѣкоторое неразумное хозяйствованіе,

---

[1] См. Planiol. Traité élém. de droit civil. I (1904). p. 665.

[2] «Verschwender sind, welche durch unbesonnene und unnütze Ausgaben oder durch muthwillige Vernachlässitgung ihr Vormögen beträchtlich vermindern oder sich in Schulden stecken».

которое ведетъ къ значительному уменьшенію имущества и которое само по себѣ представляется для государства нежелательнымъ.

Къ тому же слою относится и наше дѣйствующее право, нормы котораго о расточительствѣ восходятъ также къ концу XVIII в. (Учрежденіе о губерніяхъ 1775 г.). Ст. 149 Уст. о пред. и прес. прест. (т. XIV Св. Зак.) даетъ общій тонъ: «Особенную обязанность полиціи составляетъ наблюденіе, дабы узаконенія объ ограниченіи роскоши вездѣ соблюдаемы были». Ст. 150 продолжаетъ: «Въ предупрежденіе роскоши безмѣрной и разорительной, въ обузданіе излишества, безпутства и мотовства могутъ быть учреждаемы опеки надъ имѣніями расточителей». Ст. 314 Общ. Учр. Губ. (т. II Св. Зак.) говоритъ: «Одна изъ важнѣйшихъ обязанностей губернаторовъ есть стараться о сохраненіи, всѣми зависящими отъ нихъ средствами, добрыхъ нравовъ между жителями ввѣренныхъ имъ губерній, надзирая, черезъ мѣстныя подвѣдомственныя имъ начальства, за точнымъ исполненіемъ дѣйствующихъ постановленій о предупрежденіи и пресѣченіи не только преступленій, но и мотовства, распутства, запрещенныхъ игръ и всего, что можетъ возбуждать къ порочнымъ склонностямъ и привычкамъ или же усиливать ихъ въ народѣ».

Такимъ образомъ, въ основѣ нашихъ нормъ о расточительствѣ лежитъ та же идея государственнаго интереса съ тѣмъ только, пожалуй, отличіемъ, что, если Прусское Уложеніе на первый планъ выдвигаетъ экономическую сторону расточительства, то наше русское право обращаетъ главное вниманіе на сторону моральную; но какъ для Прусскаго Уложенія, такъ и для нашего закона имѣетъ значеніе расточительство само по себѣ, какъ нѣкоторое особое соціальное зло, борьба съ которымъ составляетъ одну изъ государственныхъ задачъ. Охрана нѣкотораго общаго соціальнаго блага, а не тѣхъ или другихъ конкретныхъ лицъ—такова общая идея, общая цѣль ограниченій, налагаемыхъ на расточителя.

Иной мотивъ начинаетъ звучать въ законодательствахъ новѣйшаго слоя. Къ идеѣ расточительства присоединяется идея опасности нищеты для самого расточителя или для его семьи.

Такъ, согласно § 273 Австрійскаго Уложенія, расточителемъ долженъ быть признанъ тотъ, относительно котораго будетъ установлено, что онъ своимъ неразумнымъ хозяйничаньемъ ведетъ себя или свою семью къ нищетѣ. Ту же мысль мы находимъ въ § 6 Уложенія Германскаго («Entmündigt werden kann... wer durch Verschwendung sich oder seine Familie der Gefahr des Notstandes aussetzt») и въ § 370 Швейцарскаго («Unter Vormundschaft gehört jede mündige Person, die durch Verschwendung... sich oder ihre Familie der Gefahr eines Notstandes oder der Verarmung aussetzt»). Такова же, наконецъ, позиція и нашего русскаго проекта (ст. 7): «Лица совершеннолѣтнія могутъ быть объявлены судомъ недѣеспособными [1], когда ихъ расточительность

[1] Въ первой редакціи стояло (конечно, неправильно) «неправоспособными».

угрожаетъ повергнуть ихъ самихъ или ихъ семейства въ бѣдственное положеніе».

Возможность «бѣдственнаго положенія» для самого расточителя или его семьи во всѣхъ приведенныхъ законодательствахъ играетъ роль не простого общаго мотива, а гораздо болѣе того — роль непремѣннаго признака самаго понятія расточительства, роль у с л о в і я, при наличности котораго только и можетъ быть поставленъ вопросъ о взятіи расточителя подъ опеку. Когда въ комиссіи для пересмотра перваго проекта Германскаго Уложенія было внесено предложеніе вычеркнуть указаніе на этотъ признакъ и остаться при простомъ общемъ понятіи Verschwendung, это предложеніе было комиссіей отвергнуто, «какъ слишкомъ далеко идущее вторженіе въ личную свободу» [1]. «Цѣлью ограниченія расточителя, говоритъ *Planck*, является защита этого послѣдняго противъ его самого и защита его семьи. Вслѣдствіе этого оно можетъ имѣть мѣсто лишь въ томъ случаѣ, если расточитель своимъ расточительствомъ ведетъ себя и свою семью къ нищетѣ» [2]. Равнымъ образомъ и въ объясненіяхъ къ нашему проекту говорится: «Не всякая расточительность влечетъ за собой необходимость общественнаго, правительственнаго контроля въ видѣ учрежденія опеки. Такому контролю... можетъ подлежать лишь такая расточительность, которая угрожаетъ важнымъ вредомъ для имущественныхъ интересовъ самого расточителя или его семьи... Основаніемъ къ лишенію расточителя правоспособности и учрежденію надъ нимъ опеки является такой образъ дѣйствій расточителя въ сферѣ гражданскихъ отношеній, который угрожаетъ повергнуть его самого или его семейство въ бѣдственное положеніе» [3].

Такимъ образомъ, уже не расточительство само по себѣ вызываетъ вмѣшательство государства, а расточительство, обусловливающее возможность «бѣдственнаго положенія» для самого расточителя или его семьи; не просто X, а X + n. По сравненію съ законодательствомъ перваго, старѣйшаго типа въ этомъ заключается серьезное принципіальное суженіе государственнаго контроля и вмѣстѣ съ тѣмъ серьезное принципіальное измѣненіе исходной точки зрѣнія на расточительство. Хотя и теперь повторяется, что ограниченія расточителей требуетъ не только частный интересъ, но и интересъ государства [4], однако очевидно,

---

[1] «als einen zu weit gehenden Eingriff in die persönliche Freiheit»—Protokolle. Bd. I., S. 32—33.

[2] P l a n c k. Комментарій къ § 6 BGB.

[3] Положенія общія. Стр. 61—62.

[4] Motive I. S. 63. Вмѣшательства государства требуетъ «die Fürsorge für das öffentliche und für das Wohl der Privaten gleichmässig». Объясненія къ нашему проекту, Положенія Общія, стр. 53: «Этимъ вмѣшательствомъ очень часто могутъ быть ограждены интересы не только самого расточителя и его семейства, но и интересы обширнаго круга лицъ, съ нимъ соприкасающихся. Чѣмъ обширнѣе экономическая дѣятельность расточителя, тѣмъ необходимѣе вмѣшательство государства». — Въ объясненіяхъ къ ст. 45 I проекта наслѣдственнаго права (стр. 123) говорится: „При объявленіи лица расточителемъ преслѣдуется троякая цѣль: во-первыхъ, имѣется въ виду чисто-полицейская цѣль— охранить общество отъ без-

что этотъ послѣдній интересъ стоитъ уже далеко позади перваго и не играетъ основной, опредѣляющей роли. Это видно уже изъ того, что, пока расточительство не угрожаетъ «бѣдственнымъ положеніемъ» самому расточителю или его семьѣ, вопросъ о наложеніи опеки не можетъ быть поднятъ; неизбѣжность «бѣдственнаго положенія» является такимъ образомъ моментомъ юридически существеннымъ, конституирующимъ.

III.

Таковы факты. Въ какой же мѣрѣ они подтверждаютъ мысль о томъ, что въ институтѣ опеки по поводу расточительства сказывается представленіе о субъектѣ, какъ о простомъ «управителѣ» имущества, обязанномъ дѣйствовать сообразно общепризнаннымъ цѣлямъ?

Предыдущее обозрѣніе показало, что если о такомъ представленіи можетъ быть рѣчь, то лишь по отношенію къ законодательствамъ старѣйшаго слоя — Прусскому Земскому Уложенію, уже не дѣйствующему, и нашему русскому праву, еще пока дѣйствующему.

Но нормы обѣихъ правовыхъ системъ относятся еще къ эпохѣ такъ назыв. полицейскаго государства. Присущій этому полицейскому государству духъ всесторонней опеки надъ обществомъ и отдѣльными лицами ярко выраженъ въ приведенныхъ статьяхъ нашего Устава о предупрежденіи и пресѣченіи преступленій и Учрежденія Губернскаго, въ силу которыхъ забота о добрыхъ нравахъ жителей составляетъ одну изъ важнѣйшихъ обязанностей полиціи. Преслѣдованіе неразумныхъ и безполезныхъ тратъ, а также нерадивыхъ упущеній въ хозяйствѣ, которыя имѣетъ въ виду Прусское Земское Уложеніе, также соотвѣтствуетъ общему духу этого кодекса, который даже пользованіе правомъ возводилъ въ обязанность. Извѣстно любопытное въ этомъ отношеніи положеніе его, которое о б я з ы в а л о всякаго земледѣльца обрабатывать свои поля — въ интересахъ удовлетворенія общей нужды — подъ угрозой принудительныхъ мѣръ со стороны органовъ власти, вплоть до принудительнаго отчужденія въ другія руки [1]. Думается, что въ этомъ послѣднемъ положеніи идея Дюги о правѣ собственности, какъ о нѣкоторой «соціальной функціи», нашла себѣ наиболѣе яркое выраженіе.

Такимъ образомъ, мысль о субъектѣ правъ, какъ о простомъ управителѣ имуществомъ въ интересахъ государства, есть лишь возвращеніе къ идеямъ полицейскаго государства и общей полицейской опеки надъ

нравственнаго примѣра, какимъ является „безпутство“ расточителя; во-вторыхъ, имѣется въ виду охранить интересы самого расточителя, сохранивъ ему его же имущество для безбѣдной жизни, наконецъ, въ-третьихъ, охраняются интересы лицъ близкихъ расточителю“.

[1] Pr. Landrecht. II. 7 § 8—9: „Ein jeder Landmann ist die Kultur seines Grundstücks auch zur Unterstützung der gemeinen Nothdurft zu betreiben schuldig. Er kann also von dem Staate auch durch Zwangsmittel genöthigt und bei beharrlicher Vernachlässigung, sein Grundstück an einen Anderen zu überlassen, angehalten werden.“— Отмѣнено эдиктомъ 1811 г.

гражданами. Но, казалось бы, мы уже пережили эту стадію и возражать противъ этихъ идей значитъ ломиться въ открытую дверь. «Трудно согласиться», справедливо говорилъ Г. Ф. Шершеневичъ, «съ тѣмъ соображеніемъ, что правительство всегда является опекуномъ надъ взрослыми гражданами и по мотивамъ чисто-нравственнымъ должно удерживать ихъ отъ разоренія. Такая опека не согласуется съ современнымъ общественнымъ строемъ, лежитъ внѣ фактической возможности и противорѣчитъ той свободѣ распоряженія, которая составляетъ основное начало гражданскаго права» [1].

Во всякомъ случаѣ мы видѣли, что законодательства новѣйшаго слоя эту мысль рѣшительно отвергли, какъ нѣкоторое «слишкомъ далеко идущее вторженіе въ сферу индивидуальной свободы». И если опека надъ расточителями сохраняется, то не въ интересахъ того или иного (экономическаго или моральнаго) контроля надъ цѣлями, а въ интересахъ охраны извѣстныхъ частныхъ лицъ — самого расточителя и его близкихъ. Не расточительство само по себѣ привлекаетъ вниманіе государства, а угроза этимъ частнымъ интересамъ.

IV.

Однако далеко нельзя сказать, чтобы, сдѣлавъ этотъ важный шагъ, законодательства новѣйшія заняли вполнѣ ясную позицію.

Если мотивомъ для ограниченія расточителя и учрежденія надъ нимъ опеки является желаніе государства оградить расточителя и его семью отъ неизбѣжной нищеты, то не въ правѣ ли «обвиняемый въ расточительствѣ» сказать: «вы идете гораздо дальше того, чѣмъ это, съ вашей же точки зрѣнія, нужно. Если для васъ важно только то, чтобы ни я, ни моя семья не оказались въ нищетѣ, то вы въ правѣ заботиться о сохраненіи только того, что необходимо намъ для содержанія. Опредѣлите поэтому ту сумму, которая по обычной оцѣнкѣ для этого нужна, наложите на нее запрещеніе, какъ вы это дѣлаете въ другихъ аналогичныхъ случаяхъ, а во всемъ остальномъ оставьте меня въ покоѣ. Пусть даже ваша заботливость обо мнѣ и моей семьѣ будетъ простираться такъ далеко, чтобы обезпечить намъ не только объективно возможное существованіе, но и существованіе «сообразно происхожденію, званію, положенію занимаемому въ обществѣ, условіямъ жизни и т. п.» [2], все равно: всегда можетъ оказаться, что за вычетомъ всего этого, въ моемъ имуществѣ останется еще извѣстная сумма, изъять которую изъ моихъ рукъ вы не имѣете никакихъ основаній. Да наконецъ, если бы даже оказалось необходимымъ взять у меня все, берите, назначайте опеку къ (этому моему нынѣшнему) имуществу, но связать мнѣ самому руки, лишить меня дѣеспособности, поставить меня подъ опеку вы не имѣете права».

---

[1] Учебникъ гражданскаго права. Изд. 10 (1912 г.), стр. 113—114.

[2] Объясненія къ нашему проекту. Положенія Общія (первая редакція). Стр. 62.

Вотъ что можетъ сказать расточитель, и современнымъ законодательствамъ по истинѣ возразить на это нечего. Если дѣйствительно только желаніе оградить расточителя и его семью отъ нищеты (пусть, еще сверхъ того желаніе обезпечить государство отъ лишнихъ, возможныхъ въ будущемъ, призрѣваемыхъ) является основной идеей мѣропріятій по адресу расточителя, тогда несомнѣнно лишеніе дѣеспособности и опека, даже французскій conseil judiciaire, бьютъ далеко черезъ цѣль и представляютъ ограниченія, ничѣмъ не оправдываемыя.

Тѣмъ болѣе, съ этой точки зрѣнія, не имѣетъ подъ собой основаній лишеніе расточителя завѣщательной способности. И мы знаемъ, что вопросъ объ этомъ является чрезвычайно спорнымъ; неясность теоретическаго основанія приводитъ къ тому, что часто этотъ вопросъ рѣшается въ зависимости отъ тѣхъ или иныхъ случайностей.

Въ то время какъ законодательства романскія [1], новое Швейцарское Уложеніе [2] и даже наше дѣйствующее право [3] не ограничиваютъ завѣщательной свободы расточителя вовсе, право прусское и австрійское разрѣшаютъ ему завѣщаніе относительно половины наслѣдства [4], а Уложеніе Германское и нашъ русскій проектъ въ окончательной редакціи объявляютъ завѣщанія расточителей недѣйствительными. Но при этомъ любопытно, что оба проекта Германскаго Уложенія стояли на противоположной точкѣ зрѣнія [5] и запрещеніе завѣщаній было установлено только Bundesrath'омъ [6]. Въ нашей комиссіи этотъ вопросъ также имѣлъ длинную исторію, полную колебаній. Въ проектѣ первой редакціи результатомъ этихъ колебаній явилась компромиссная статья 45 (наслѣдственнаго права), которая гласила: «Завѣщаніе расточителя дѣйствительно лишь въ томъ случаѣ, если послѣ него не осталось ни супруги, ни родственниковъ первыхъ двухъ разрядовъ» [7]. Однако, при пересмотрѣ этого правила во второй разъ, оно вызвало новые дебаты, при чемъ комиссія разбилась на два лагеря: одинъ изъ нихъ не находилъ вовсе никакихъ основаній для ограниченія расточителей въ этомъ отношеніи, а другой требовалъ полнаго лишенія завѣщательной способности. Въ результатѣ большинствомъ трехъ противъ двухъ было принято это послѣднее рѣшеніе [8].

Едва ли нужно говорить, что съ указанной точки зрѣнія на расточительство это новое ограниченіе дѣеспособности лишено всякаго смысла: забота о судьбѣ самого расточителя съ его смертью

---

[1] Ср. объясненія къ нашему проекту. Наслѣдств. право (первая редак.), стр. 122.
[2] Erläuterungen zum Vorentwurf, S. 360.
[3] Ср. Объясненія къ проекту l. cit.
[4] Ср. Объясненія l. cit.
[5] Ср. Motive. S. 64.—Protokolle. V. S. 323—325.
[6] См. Endemann. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts: 7-te Aufl. (1900). Bd. III. S. 108, Anm. 8.
[7] Ср. Объясненія l. cit. Стр. 123—124.
[8] Ср. Объясненія ко второй редакціи наслѣд. права. Стр. 28—35.

отпадаетъ, а интересы близкихъ семейныхъ лицъ достаточно ограждены институтомъ обязательной доли, принятой какъ въ Уложеніи Германскомъ, такъ и въ нашемъ проектѣ.

V.

Но и это еще не все, что могъ бы возразить расточитель государству, готовящемуся наложить на него смирительную рубашку опеки. Онъ могъ бы сказать: почему именно на мнѣ остановилось ваше вниманіе, почему именно меня и мою семью вы хотите обезпечить отъ нищеты, отъ возможности голодной смерти? Посмотрите вокругъ и вы увидите, что при нашемъ нынѣшнемъ строѣ экономическихъ отношеній такая возможность нищеты въ концѣ-концовъ можетъ грозить всѣмъ и каждому. Почему же именно на мнѣ концентрируется ваша заботливость, имѣющая столь очевидный одіозный характеръ?

Ясно, что этотъ вопросъ добирается до самого корня нашего института. Ясно, что государство, готовящееся лишить расточителя дѣеспособности, должно указать, что въ чемъ-то расточитель отличается отъ всѣхъ другихъ, что есть въ немъ какой-то дефектъ, который не даетъ возможности примѣнить къ нему общее правило «живи на свой рискъ».

И дѣйствительно, мысль о нѣкоторомъ психическомъ дефектѣ въ самой личности расточителя при всѣхъ обсужденіяхъ нашего вопроса не сходитъ со сцены, хотя часто и оттирается на задній планъ. Такъ напримѣръ, только что упомянутое большинство нашей комиссіи, требовавшее лишенія расточителя завѣщательной свободы, мотивировало свое мнѣніе слѣдующимъ образомъ: «Безспорно, нѣтъ основаній считать всякое лицо, объявленное расточителемъ, психически ненормальнымъ, хотя и не слѣдуетъ забывать, что нерѣдко расточительность является предвѣстникомъ душевной болѣзни. Но всякій расточитель несомнѣннымъ образомъ доказалъ полную свою неспособность распоряжаться своими дѣлами; можно оставить не разрѣшеннымъ вопросъ, является ли расточительность дефектомъ разума или дефектомъ воли, но едва ли можно предполагать, что этотъ дефектъ не отразится на завѣщаніи расточителя» [1]. Равнымъ образомъ и въ Германской комиссіи по тому же поводу дѣлалось указаніе на «Schwäche des Characters» [2].

Но при такой постановкѣ весь нашъ вопросъ, очевидно, переносится въ совершенно иную плоскость.

Допустимъ, что расточитель—субъектъ, хотя и обладающій способностью разумѣнія, но носящій въ себѣ нѣкоторый иной психическій дефектъ, напримѣръ, нѣкоторую болѣзненную слабость воли, лишающую его возможности контролировать свои желанія. Допустимъ, что этотъ дефектъ сталъ замѣтнымъ опредѣляющимъ моментомъ всей его жизни

---

[1] Объясненія къ наслѣдств. праву (вторая редакція), стр. 34.
[2] Protokolle. V, стр. 324.

и дѣятельности. Если при этомъ предположеніи возникаетъ мысль о необходимости ограниченія его дѣеспособности, то основаніемъ для такого ограниченія является теперь не что иное, какъ тотъ общій принципъ закона, въ силу котораго юридическіе акты требуютъ для себя свободной и дѣйствительной воли. Воля расточителя ослаблена, извращена, ненормальна — слѣдовательно необходимо ея восполненіе волей опекуна.

При этомъ предположеніи понятно ограниченіе самой дѣеспособности расточителя, понятно даже лишеніе его права совершать завѣщанія: разъ въ расточителѣ констатированъ психическій дефектъ, тогда дѣйствительно можно опасаться, что этотъ дефектъ отразится на его завѣщаніи.

Но тогда, съ другой стороны, непонятнымъ дѣлается ограниченіе государственнаго вмѣшательства только тѣми случаями, когда расточительность грозитъ «бѣдственнымъ положеніемъ» самому расточителю или его семьѣ. Если указанный психическій дефектъ можетъ быть надлежащимъ образомъ констатированъ, тогда непонятно, почему нужно ждать, чтобы результаты этого дефекта дошли до порога обѣднѣнія и нищеты. Вѣдь не ждутъ же этого при наличности безумія или слабоумія?

Если въ основѣ института опеки по поводу расточительства лежитъ идея психическаго дефекта, если, пользуясь римскимъ выраженіемъ, расточитель подвергается ограниченію exemplo furiosi, тогда, очевидно, и самый критерій расточительства долженъ измѣниться. Оно можетъ быть признано при наличности расточенія не только капитала, но и доходовъ: дефектъ психики остается дефектомъ независимо отъ того, въ какой стадіи уменьшенія находится имущество.

Съ этой точки зрѣнія мѣняется, далѣе, самая постановка судебнаго изслѣдованія о наличности расточительной наклонности. Говоря кратко, вопросъ переносится изъ плоскости экономической въ плоскость психіатрическую, и самое расточительство пріобрѣтаетъ характеръ простого симптома, внѣшняго показателя внутренняго психическаго состоянія изслѣдуемаго.

Наконецъ, съ этой точки зрѣнія можетъ возникнуть вопросъ о самой необходимости какихъ-либо особыхъ нормъ о расточительствѣ. При обсужденіи проекта Code civil нѣкоторыми изъ участниковъ этого обсужденія (Trellard, Tronchet) высказывалась мысль о томъ, что, при наличности нормъ объ ограниченіи дѣеспособности вслѣдствіе наличности душевной болѣзни, особая норма о расточительствѣ является излишней: какъ родъ душевной болѣзни, расточительство даетъ основаніе для примѣненія этихъ нормъ, въ частности для примѣненія (нынѣшняго) art. 499 Code Civil; въ силу этого параграфа судъ, по разсмотрѣніи свойства болѣзни, можетъ, отвергнувъ просьбу объ interdiction, постановить лишь учрежденіе conseil judiciaire [1]. Совѣщаніе, однако, признало, что болѣе

---

[1] См. *Fenet.* Recueil complet des travaux préparatoires de Code Civil, vol. X, p. 685, 689.

осторожнымъ будетъ созданіе особаго параграфа о расточительствѣ, хотя по своимъ послѣдствіямъ, этотъ включенный на основаніи этого рѣшенія параграфъ (art. 513) совершенно равенъ art. 499.

Точно также и съ точки зрѣнія Германскаго Уложенія расточительство приводитъ къ такому же ограниченію дѣеспособности, какое влечетъ за собой судебное признаніе «душевной слабости» (Geistesschwäche въ противоположность Geisteskrankheit — § 6, 1 ср. съ § 114 BGB). Слѣдовательно, по существу положеніе расточительства нисколько не измѣнилось бы, если бы оно трактовалось, какъ видъ этой послѣдней.

Во всякомъ случаѣ, если включеніе особой нормы о расточительствѣ въ кодексъ признается необходимымъ, то неизбѣжно въ такой или иной формѣ указаніе на аналогичность ея по своему основанію съ нормами о душевной болѣзни. Это необходимо для того, чтобы опредѣлить какъ общее направленіе, такъ и самый характеръ изслѣдованія вопроса о расточительствѣ in concreto. Съ другой стороны, не подлежитъ сомнѣнію, что такое указаніе создастъ и извѣстную гарантію для лицъ, «обвиняемыхъ въ расточительствѣ», какъ противъ произвольныхъ притязаній со стороны родственниковъ, такъ и противъ произвольныхъ сужденій тѣхъ инстанцій, отъ коихъ зависитъ признаніе расточителемъ.

VI.

Мы не имѣли въ виду дать здѣсь окончательное разрѣшеніе «проблемы расточительства»; достаточно было бы, если бы удалось ее по крайней мѣрѣ правильно поставить. Уже изложенное, думается намъ, въ достаточной мѣрѣ свидѣтельствуетъ о томъ, какъ много въ нашихъ нормахъ о расточительствѣ непродуманнаго и противорѣчиваго.

Но что бы тамъ ни было, во всякомъ случаѣ ясно одно: идея государственнаго контроля надъ цѣлями съ точки зрѣнія ихъ хозяйственной «общезначимости» составляетъ въ нашемъ вопросѣ einen überwundenen Standpunkt. Пусть эта идея даетъ еще отъ поры до поры въ томъ или другомъ мѣстѣ свои нелегальные отголоски, —но самая проблема расточительства сдвинулась уже давно въ другую плоскость и рѣшается на основаніи иныхъ соображеній.

І. Покровскій.

Ученіе Лейбница о правѣ наслѣдованія.

Данное ученіе Лейбница—явленіе, положительно, sui generis. Мѣсто, занимаемое здѣсь геніальнымъ, всеобъемлющимъ философомъ, совершенно обособленное. Будетъ справедливо сказать, что если не считать одной уже весьма поздней, болѣе того: сравнительно недавней доктрины, то теорія Лейбница, относящаяся къ праву наслѣдованія, не только не нашла себѣ подражателей вовсе, но и не оказала рѣшительно никакого вліянія на науку и литературу предмета, а тѣмъ менѣе на законодательство. Теорія Лейбница, повторяемъ, стоитъ вполнѣ одиноко, внѣ связи съ теченіемъ мысли и эволюціей въ области философіи наслѣдственнаго права.

Мы имѣемъ въ виду то воззрѣніе Лейбница, которое выражено въ его знаменитомъ разсужденіи «Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae» [1], безспорно крупнѣйшемъ изъ немногочисленныхъ, впрочемъ, трудовъ нашего автора по праву и правовѣдѣнію, особенно же частному [2].

«Nova methodus», замѣчаетъ Куно Фишеръ,—это послѣднее по времени произведеніе Лейбница за его университетскіе годы, «единственное притомъ за этотъ періодъ, которое не предназначалось служить той или иной академической цѣли». Дѣйствительно, цѣль и поводъ здѣсь были другого рода. Данная работа должна была явиться для ея автора переходной ступенью отъ жизни университетской къ жизни уже практической. И надо сказать, что эту свою цѣль работа, дѣйствительно, хорошо выполнила. Она, несомнѣнно, облегчила автору полученіе искомой имъ должности и, слѣдовательно, въ извѣстной степени, предопредѣлила всю будущую карьеру молодого ученаго [3].

Эти факты упоминаются нами потому, что они далеко не безразличны для самаго содержанія труда Лейбница и его оцѣнки. Дѣло въ томъ, что въ тѣсной связи съ сейчасъ изложенными обстоятельствами и соображеніями, Лейбницъ счелъ нужнымъ проявить особенную поспѣшность и свое сочиненіе написалъ въ нѣсколько всего дней, написалъ въ дорогѣ, не имѣя подъ рукою даже необходимыхъ литературныхъ пособій.

А такая поспѣшность, наряду съ необыкновенной молодостью автора («Nova methodus» относится къ 1667—68 годамъ, когда Лейбницу, только-что предъ тѣмъ удостоившемуся докторской степени въ

Альтдорфѣ, было отъ рожденія немногимъ больше двадцати одного года), отразились на работѣ крайне чувствительно и повліяли на нее отнюдь не въ благотворномъ смыслѣ [4].

Правда, въ своей основной части и въ руководящемъ своемъ замыслѣ сочиненіе остается все же выдающимся и замѣчательнымъ. Объявленный молодымъ геніемъ походъ противъ завѣщанной методы изученія и преподаванія права—методы схоластической, не только Аристотелевской, но и значительно позднѣйшей, связанной съ именемъ извѣстнаго Pierre de la Ramée (онъ же Petrus Ramus),—этотъ походъ во имя естественности, систематичности и научности юриспруденціи, былъ, безспорно, и правиленъ и необыкновенно важенъ и, конечно, далъ прекрасные результаты. Точно также и правильнымъ и спасительнымъ оказалось выступленіе Лейбница въ этой же работѣ и противъ еще другого крупнаго зла: противъ системы изученія права въ такъ называемомъ легальномъ порядкѣ источниковъ римскаго права. Этотъ порядокъ или, говоря конкретнѣе, порядокъ размѣщенія юридическаго матеріала въ Юстиніановыхъ законодательныхъ сборникахъ вызываетъ рѣзкую критику и осужденіе нашего философа-юриста. «Methodi Iustinianeae vitia», заявляетъ онъ, требуютъ обновленія полнаго и рѣшительнаго, ибо, съ одной стороны, «docendae iurisprudentiae methodus» обнимаетъ «et methodum disponendae», а, съ другой стороны, очевидно, что «methodum legum hodierno aevo plane non esse accomodatam» [5], [6].

Все это, разумѣется, высоко интересно и, настаиваемъ, принесло огромную пользу.

Къ искреннему, однако, сожалѣнію, нельзя никакъ утверждать того же самого о другихъ частяхъ или, скромнѣе, о другихъ мѣстахъ сочиненія молодого Лейбница—мѣстахъ, имѣющихъ прямое отношеніе къ наслѣдственному какъ разъ праву.

И если впослѣдствіи, въ преклонномъ уже возрастѣ, нашъ философъ возвращается мысленно къ своему юношескому произведенію, высказываясь о немъ или, точнѣе, о нѣкоторыхъ заключающихся въ немъ взглядахъ и положеніяхъ не безъ сочувствія и даже удовольствія, то можно смѣло утверждать: это не тѣ взгляды и не тѣ положенія, которыя относятся къ праву наслѣдованія. И обратно: когда всепреданный великому философу Христіанъ Вольфъ, въ своемъ извѣстномъ предисловіи къ данному труду Лейбница, дѣлаетъ то цѣнное признаніе, что его учитель въ зрѣлые годы успѣлъ во многомъ измѣнить свое мнѣніе и отъ многаго, что было нѣкогда высказано, успѣлъ отказаться достаточно рѣшительно, то это признаніе, безъ сомнѣнія, относится—и притомъ первѣе всего—не къ иному чему, какъ къ Лейбницеву ученію о томъ же правѣ наслѣдованія [7].

* * *

Но пора перейти къ содержанію этого ученія, къ непосредственному ознакомленію съ нимъ.

Дважды на пространствѣ своего методологическаго произведенія

Лейбницъ разсуждаетъ о наслѣдованіи: въ связи съ субъектомъ права, разъ, и со способами пріобрѣтенія права, два [8].

Что касается субъекта права, то таковымъ, согласно пониманію автора, можетъ служить не только лицо, которое, въ свою очередь, бываетъ или естественное (Богъ, ангелъ, человѣкъ) или «гражданское» (persona civilis), т.-е. юридическое [9], но и вещь. «Res quoque subiectum iuris est et obligationis», учитъ Лейбницъ. Естественно спросить: но когда же это бываетъ такъ? и поскольку? Смыслъ того отвѣта, который намъ здѣсь дается, слѣдующій: вещь оказывается правовымъ субъектомъ, всякій разъ какъ съ нею связаны право или обязанность, однако непремѣнно связаны до того тѣснымъ образомъ, что вмѣстѣ съ данной вещью совершается и переходъ означенныхъ права или обязанности. Такой смыслъ отвѣта съ очевидностью вытекаетъ изъ приводимыхъ философомъ примѣровъ. Если, поясняетъ онъ, что-либо будетъ отказано должностному лицу, какъ таковому, то данное право вмѣстѣ съ должностью перейдетъ и ко всѣмъ его преемникамъ. Наоборотъ: если должностное лицо, опять какъ таковое, причинитъ кому-либо ущербъ, то отвѣчаетъ самая должность, и, слѣдовательно, обязательство вознаградить за причиненные вредъ и убытки снова перейдетъ къ преемникамъ по должности. Или еще: если что-либо будетъ отказано лошади (напримѣръ, металлическое украшеніе), то не можетъ быть спора, что вмѣстѣ съ отчужденіемъ лошади къ ея пріобрѣтателю перейдетъ и названное украшеніе. Затѣмъ вещь — субъектъ обязательства также во всякомъ вещномъ правѣ. И наконецъ, сюда же относится и все ученіе о наслѣдованіи—на томъ основаніи, что наслѣдованіе не болѣе, какъ передвиженіе права или обязательства отъ одного субъекта къ другому [10].

Надо ли доказывать, прежде чѣмъ продолжать изложеніе, насколько все это слабо, несостоятельно и произвольно, какъ здѣсь сброшенъ воедино матеріалъ безусловно разнородный и пестрый?!

Если одно время еще можно было вести рѣчь о томъ, что при вещномъ сервитутѣ субъектомъ права является такъ назыв. praedium dominans, то по адресу случаевъ, поименованныхъ у нашего автора, аналогичнаго вопроса нельзя, кажется, и ставить. Ибо относительно этихъ случаевъ совершенно немыслимо вызвать даже самое отдаленное представленіе не только о юридическомъ лицѣ, но и о той, по вѣрному выраженію Дернбурга, каррикатурѣ на юридическое лицо, какая допущена уже въ указанной конструкціи предіальнаго сервитута [11].

Но я мучительно желаю отыскать какое-нибудь, пусть даже необыкновенно слабое, объясненіе мысли Лейбница... И вотъ я припоминаю одно своеобразное явленіе и положеніе изъ области римскаго наслѣдственнаго права. Мнѣ приходитъ на умъ тотъ рабъ въ древнемъ Римѣ, котораго господинъ его назначалъ по завѣщанію своимъ наслѣдникомъ. Подобный рабъ, какъ извѣстно, вступалъ въ права наслѣдованія абсолютно независимо отъ своего на то желанія или нежеланія. Въ случаѣ же несостоятельности наслѣдственнаго имущества, онъ продавался, въ своемъ качествѣ наслѣдника, на предметъ удовлетворенія кредиторовъ,

причемъ вмѣстѣ съ нимъ—здѣсь центръ тяжести—оказывалась, весьма естественно, проданною и самая наслѣдственная масса, неотдѣлимая отъ него hereditas damnosa. Древнеримскій рабъ въ любопытной и поучительной роли своего рода бумаги на предъявителя!.. [12].

Но какъ бы то ни было, одно не можетъ подлежать никакому сомнѣнію: причислять наслѣдованіе къ области субъектовъ права только потому, что при наслѣдованіи наблюдается преемство правъ и обязанностей отъ субъекта къ субъекту,—до крайности неосновательно.

* * *

Выше уже было замѣчено, что въ дальнѣйшей части своего разсужденія Лейбницъ снова обращается къ праву наслѣдованія. На этотъ разъ онъ останавливается на немъ нѣсколько ближе и глубже. Что это происходитъ въ связи съ ученіемъ о способахъ пріобрѣтенія права, точно также упоминалось.

По воззрѣнію Лейбница, способовъ пріобрѣтенія права («modi acquirendi iuris») нѣсколько. Это: 1. «natura», 2. «successio», 3. «possessio», 4. «conventio» и 5. «iniuria».

Всѣ эти способы болѣе или менѣе независимы другъ отъ друга, и, во всякомъ случаѣ, независимымъ отъ всѣхъ остальныхъ является названное на второмъ мѣстѣ наслѣдованіе.

Мы поэтому сосредоточимся сейчасъ на наслѣдованіи прямо и непосредственно. Но предварительно считаемъ полезнымъ отмѣтить одно обстоятельство, не лишенное важности.

Данное обстоятельство заключается въ томъ, что по Лейбницу наслѣдованіе—это, стало быть, способъ пріобрѣтенія права. Подчеркнемъ: права вообще, а не права только собственности. Здѣсь предъ нами иное, очевидно, воззрѣніе, иное пониманіе, чѣмъ то, съ которымъ мы обычно встрѣчаемся у Гуго Гроція и Пуфендорфа и, далѣе, у Томазія, а равнымъ образомъ у почтеннаго ряда еще другихъ представителей школы естественнаго права. Что это иное отношеніе къ вопросу вмѣстѣ съ тѣмъ означаетъ и крупный успѣхъ, притомъ успѣхъ, который продиктованъ, надо думать, по преимуществу юридическимъ или, точнѣе, романистическимъ образованіемъ нашего автора,—не требуетъ, кажется, поясненій [13].

Свои замѣчанія о наслѣдованіи Лейбницъ открываетъ тѣмъ, что поучаетъ (отчасти въ повтореніе предыдущаго): наслѣдованіе (всякое!), «не создавая новаго права, лишь переноситъ право старое». Уже затѣмъ идетъ обсужденіе въ отдѣльности, сперва законнаго, а послѣ него завѣщательнаго наслѣдованія [14].

Въ составѣ перваго—наслѣдованія по закону—Лейбницъ различаетъ нисходящихъ, съ одной, и всѣхъ остальныхъ претендентовъ на наслѣдство, съ другой стороны. Однако, только нисходящіе, на взглядъ философа, наслѣдуютъ согласно праву естественному.

Ближайшимъ образомъ это наслѣдованіе нисходящихъ — дѣтей,

внуковъ, правнуковъ и т. д.—Лейбницъ затѣмъ характеризуетъ и опредѣляетъ при помощи двухъ указаній. Изъ нихъ одно неспособно привлечь интересъ читателя: нисходящіе, молъ, наслѣдуютъ «по колѣнамъ». Зато другое указаніе не можетъ не вызвать удивленія и даже протеста.

Дѣти—такъ утверждаетъ Лейбницъ—получаютъ въ порядкѣ законнаго наслѣдованія лишь то имущество, которое ихъ родителямъ принадлежало въ моментъ ихъ, дѣтей, рожденія. Не смерти, слѣдовательно, родителей, а рожденія дѣтей.

Философъ спѣшитъ присовокупить и свое обоснованіе даннаго тезиса. Но это обоснованіе таково, что оно только усиливаетъ, а никакъ не ослабляетъ недоумѣніе читателя.

Разгадка, на взглядъ Лейбница, тутъ заключается не въ иномъ чемъ, какъ въ томъ положеніи, что душа дѣтей происходитъ, путемъ рожденія, отъ души родителей [15].

Нужно ли добавлять что-либо къ сейчасъ сказанному? Мы имѣемъ предъ собой попытку подвести юридическое основаніе подъ законное наслѣдованіе при помощи представленія, или, вѣрнѣе говоря, при помощи догмы о реальномъ происхожденіи одной души отъ другой на почвѣ дѣторожденія. Полагаемъ, подобную попытку остается лишь констатировать и—пройти мимо.

Что касается прочихъ наслѣдниковъ ab intestato, то ихъ позиція, по мысли Лейбница, далеко не та. Какъ уже отмѣчено, они почерпаютъ свои правомочія не изъ самой природы, не изъ естественнаго начала, а изъ права положительнаго. Соотвѣтственно, обоснованія ихъ положенія должно искать въ законѣ, въ—договорѣ.

Укажемъ, для полноты освѣщенія, что договоръ, о которомъ здѣсь упоминаетъ Лейбницъ,—это источникъ, который, съ точки зрѣнія его доктрины, и вообще чрезвычайно распространенъ и играетъ роль очень видную и значительную.

На договорѣ — таково ученіе Лейбница — построено все публичное право: «die Policeyordnungen», затѣмъ, право уголовное, или, другими словами, право государства на наказаніе—все равно, будетъ ли то наказаніе тѣлесное или денежное,—далѣе, процессъ, одинаково уголовный и гражданскій. Во всѣхъ этихъ областяхъ право проистекаетъ изъ договора, заключеннаго между подданнымъ и государствомъ, изъ обѣщанія, даннаго первымъ послѣднему, что онъ, подданный, будетъ выполнять постановленія государства— какъ общія, т.-е. законы, такъ и тѣ, которыя имѣютъ въ виду отдѣльный конкретный случай, т.-е. рѣшенія. «Ex ipso igitur pacto promissae fidelitatis» возникаютъ обязанности, а, слѣдовательно, возникаетъ и само право [16].

Нетрудно видѣть, что тотъ договоръ, изъ котораго философъ-юристъ выводитъ и законное также право наслѣдованія, за исключеніемъ одного лишь наслѣдованія нисходящихъ,—не иное что, какъ соглашеніе личности съ государствомъ, какъ знаменитый или, лучше, пресловутый первобытный договоръ естественно-правовой школы.

Итакъ, еще разъ: только наслѣдованіе нисходящихъ можетъ при-

тязать на болѣе глубокое основаніе, только оно дѣйствительно находитъ себѣ настоящую опору и оправданіе. Ни наслѣдованіе боковыхъ, ни даже наслѣдованіе восходящихъ не можетъ похвалиться тѣмъ же: это установленіе положительнаго права, дѣло рукъ человѣческихъ, продуктъ компромисса и подчиненія.

Взглядъ въ достаточной мѣрѣ радикальный и во всякомъ случаѣ мало благопріятный для законнаго наслѣдованія въ его цѣломъ!

Совершенно иначе, однако, Лейбницъ относится къ праву наслѣдованія другого типа—типа завѣщательнаго.

Правда, учитъ онъ, и завѣщаніе, если держаться началъ чистаго, естественнаго права, должно бы считаться не имѣющимъ никакого значенія. Но тутъ привходитъ одно обстоятельство, которое измѣняетъ дѣло самымъ рѣшительнымъ образомъ, ибо надѣляетъ завѣщаніе именно естественно-правовою природою. Это обстоятельство, тотъ фактъ, который здѣсь имѣется въ виду Лейбницемъ, заключается, по его увѣренію, не въ чемъ иномъ, какъ—въ безсмертіи человѣческой души.

Завѣщанію—такъ разсуждаетъ философъ—нельзя отказать въ силѣ потому, что мертвые на самомъ дѣлѣ продолжаютъ жить и, слѣдовательно, пребываютъ попрежнему собственниками оставленнаго ими послѣ смерти имущества. Что же касается лицъ, которыя завѣщателемъ назначены въ качествѣ наслѣдниковъ, то на нихъ необходимо смотрѣть иначе: они не собственники наслѣдственной массы, а не болѣе какъ повѣренные «въ собственномъ интересѣ» [17], [18].

Очевидно, и данное воззрѣніе Лейбница не можетъ, равнымъ образомъ, почитаться ни правильнымъ, ни удачнымъ. И неудивительно, что на пространствѣ двухъ съ половиною вѣковъ, отдѣляющихъ насъ отъ времени появленія методологической работы юнаго мыслителя, не нашлось почти вовсе писателей, которые бы согласились раздѣлить его воззрѣніе на природу завѣщанія.

Начиная Пуфендорфомъ, Барбейракомъ, Томазіемъ и другими именами той эпохи и кончая нашими днями—назову только Унгера, Гартмана, у насъ Б. Н. Чичерина,—отношеніе къ доктринѣ Лейбница, за рѣдчайшими только исключеніями, неизмѣнно и рѣзко отрицательное [19].

Даже Фердинандъ Лассаль, и тотъ подвергаетъ критикѣ, а затѣмъ отвергаетъ разсматриваемую теорію. Говорю «даже Лассаль» по той легко понятной причинѣ, что всѣхъ ближе къ Лейбницу подошелъ именно онъ въ своемъ фантастическомъ (въ конечномъ итогѣ, преслѣдующемъ чисто соціально-политическія цѣли) ученіи о безсмертіи индивидуальной воли, какъ основаніи и объясненіи римскаго наслѣдственнаго права съ его главнѣйшей частью—наслѣдованіемъ по завѣщанію. И вотъ оказывается, что при всемъ томъ, несмотря на расточаемыя имъ Лейбницу похвалы какъ разъ за теорію о завѣщаніи, Лассаль все-таки приходитъ къ тому выводу, что эта теорія «терпитъ полное крушеніе» и «по всѣмъ направленіямъ», и что она «одинаково несостоятельна въ смыслѣ какъ юридическомъ, такъ и философскомъ» [20].

Это признаніе Лассаля, безъ сомнѣнія, весьма интересно. Но еще

интереснѣе пожалуй, тѣ соображенія и доказательства, которыми онъ подкрѣпляетъ свое отрицательное сужденіе.

Въ противоположность римскому безсмертію, разсуждаетъ Лассаль, безсмертіе христіанское отрѣшено отъ земной жизни и всего земного. Поэтому съ христіанской точки зрѣнія, съ точки зрѣнія безсмертія души, покойный не можетъ оставаться собственникомъ. Подобное продолженіе собственности было, конечно, возможно на почвѣ римскаго пониманія. Ибо римскимъ пониманіемъ и безконечность и безсмертіе усматривались въ волѣ, а, слѣдовательно, эту волю, волю наслѣдодателя, римляне дѣйствительно могли надѣлять и фактически надѣляли истиннымъ безсмертіемъ, предоставляя ей жить въ субъективной волѣ другого лица, еще находящагося въ живыхъ. Но совсѣмъ иное дѣло—христіанская точка зрѣнія, для которой безсмертіе мыслимо исключительно «въ трансцендентномъ небѣ абсолютной духовности». Для нея, принципіально, не можетъ быть рѣчи о какомъ бы то ни было продолженіи существованія духа внутри другого субъекта, а, слѣдовательно, и не можетъ быть вовсе рѣчи о духѣ, какъ собственникѣ.

Замѣтимъ по поводу этой антитезы, что она, впрочемъ, невѣрна. Однако невѣрна лишь потому, что невѣрно утвержденіе Лассаля въ той его части, которая относится къ римскому, будто бы, представленію. Въ остальномъ, въ той другой части своего утвержденія, которая касается христіанскаго пониманія вопроса и единственно насъ здѣсь интересуетъ, Лассаль, наоборотъ, несомнѣнно правъ. Заключающаяся здѣсь критика ученія Лейбница, при всей своей простотѣ и краткости, совершенно убѣдительна.

Къ своему философскому возраженію Лассаль присоединяетъ, однако, еще возраженіе юридическое. Въ извѣстномъ, по крайней мѣрѣ, объемѣ и это возраженіе представляется не только остроумнымъ, но и вѣрнымъ. Сущность его сводится къ тому, что Лейбницемъ упразднена собственность. Изъ разбираемой теоріи, говоритъ Лассаль, неизбѣжно вытекаетъ, что единственный собственникъ — это Адамъ, т-е. первый человѣкъ или, лучше, первый по времени завѣщатель. Всѣ прочіе люди ставятся Лейбницемъ, и притомъ на вѣчныя времена, въ положеніе только управителей и повѣренныхъ. Такимъ образомъ, въ результатѣ выходитъ, что завѣщательное наслѣдованіе дѣйствительно спасено,—но какъ? какою цѣною? Цѣною собственности.

Наконецъ, заключаетъ Лассаль, нельзя не отмѣтить, что, взятая въ цѣломъ, доктрина Лейбница страдаетъ еще другимъ кореннымъ недостаткомъ: ея части находятся между собой во внутреннемъ и неустранимомъ противорѣчіи. Это слѣдуетъ вотъ изъ чего. Если «на самомъ дѣлѣ мертвые продолжаютъ жить и, стало быть, остаются собственниками»— а вѣдь именно таковъ тезисъ Лейбница, таковы его подлинныя слова,— тогда необходимо прійти къ тому же точно заключенію (Лассаль добавляетъ: еще даже въ большей мѣрѣ) и относительно наслѣдства ab intestato, т.-е. имущества, оставляемаго послѣ смерти помимо завѣщанія. Но если такъ, то нельзя не видѣть, что въ итогѣ самъ Лейбницъ разру-

шаетъ то основаніе или, правильнѣе, тѣ основанія, которыя онъ же установилъ раньше.

Намъ кажется, что и данный доводъ тоже вполнѣ резонный. Лассаль правъ, несмотря даже на то обстоятельство, что у Лейбница наслѣдованіе по закону съ наслѣдованіемъ по завѣщанію не связано рѣшительно ничѣмъ. Первое у Лейбница отнюдь не является производнымъ отъ второго: наоборотъ, оба другъ отъ друга совершенно независимы, оба, такъ сказать, «первоначальны». (Мимоходомъ обращаемъ вниманіе и на эту сторону дѣла, ставя ее вмѣстѣ съ тѣмъ Лейбницу въ безспорную и немаловажную з а с л у г у: здѣсь снова крупное расхожденіе нашего философа съ Гуго Гроціемъ и со всею вообще школою естественнаго права, которая по вопросу о взаимоотношеніи основаній наслѣдованія исповѣдывала, какъ извѣстно, воззрѣніе едва ли не діаметрально противоположное).

Но и при полной самостоятельности двухъ родовъ наслѣдованія данное критическое замѣчаніе Лассаля все же, настаиваемъ, справедливо. Разумѣется, вѣрно, что если бы принять ученіе Лейбница, то и въ области наслѣдованія по закону, не исключая даже наслѣдованія нисходящихъ, всякій наслѣдникъ очутился бы неизбѣжно въ положеніи п о д ч и н е н н о м ъ (въ сравнительно скромной роли только procurator'a in rem suam), а никакъ не въ роли собственника, лица полновластнаго, равнаго по своимъ правамъ наслѣдодателю.

Лейбницъ и въ этомъ не успѣлъ отдать себѣ надлежащій отчетъ. Такимъ образомъ, остается признать, что нашъ философъ-юристъ, помимо всего прочаго, не свободенъ и отъ упрека въ непослѣдовательности и прискорбномъ противорѣчіи съ самимъ собою.

Проф. М. Я. Пергаментъ.

Примѣчанія и экскурсы.

[1] Полнѣе: «Nova Methodus Discendae Docendaeque Jurisprudentiae, Ex Artis Didacticae Principiis in parte generali praepraemissis, experientiaeque luce». См. изданіе Dutens'a: Gothofredi Guillelmi Leibnitii Opera Omnia in Sex Tomos distributa (1768), томъ IV, часть 3, стр. 159—230. Здѣсь перепечатано извѣстное изданіе даннаго труда Лейбница, выпущенное въ свѣтъ его ученикомъ, знаменитымъ Христіаномъ Вольфомъ, и снабженное предисловіемъ послѣдняго (Lipsiae et Halae, 1748).

[2] Наиболѣе обстоятельно трактуетъ о «Nova methodus...» небезызвѣстный германскій цивилистъ, рано умершій *Gustav Hartmann*, въ своей прекрасной работѣ, озаглавленной «Leibniz als Jurist und Rechtsphilosoph» (въ «Festgabe» Тюбингенскаго юридическаго факультета въ честь Іеринга въ 1892 году, а также отдѣльно). Въ русской литературѣ о томъ же трудѣ Лейбница даютъ свѣдѣнія: *П. И. Новгородцевъ*, «Историческая школа юристовъ, ея происхожденіе и судьба», стр. 32 и сл.; *Н. М. Коркуновъ*, «Исторія философіи права» (изд. 4), стр. 162, и *Г. Ф. Шершеневичъ*, въ своей «Исторіи философіи права» (изд. 2), стр. 377 и сл.

[3] Kuno Fischer, Gottfried Wilhelm Leibniz, 3 изд. (въ «Geschichte der neuern Philosophie», нов. изд., т. II), стр. 52 (русскій переводъ Полилова, 1905, стр. 54).

[4] «Est ille (libellus) scriptus ab adolescente et quidem in itinere, sine ullo apparatu librorum»,—такъ отзывается о своемъ сочиненіи самъ Лейбницъ. См. его переписку съ Бирлингомъ (письмо отъ 19 апрѣля 1712 года). Въ другомъ письмѣ къ тому же корреспонденту (отъ 16 марта того же года) заключаются еще другія любопытныя сообщенія автора о томъ же трудѣ. Онъ пишетъ: «Aliquoties admonitus sum, ut incudi redderem, et sane sunt in eo libello cogitationes quaedam, quas ne nunc quidem sperno. Multa tamen, fateor, dicta sunt ieiunius: nam festinatissimus labor in diversorio Francofurtanio effundebatur, ut esset, quod Electori Moguntino dedicaretur, ad quem aditus mihi factus erat. Et tamen (sane) fecit opusculum non tantum, ut innotescerem magis, sed et ut probarer insigni Principi, et in Consiliarium Revisionum asciscerer. Nunc si recudi deberet, multa essent corrigenda et supplenda...»

Оба письма приведены какъ у Dutens'a, Opera Y стр. 381 и 378 и сл., такъ и у Gerhardt'a, Die philosophischen Schriften von Gottfried Wilhelm Leibniz, т. YII (1890) стр. 504 и сл. и 503 и сл.

Ср. еще письмо Лейбница къ герцогу Ганноверскому отъ 21 мая 1671 года: «...einem vor etlichen Jahren von mir zwar ausm Stegreif und auf der Reise aufgesetzten Tractätlein, so ich Methodum novam docendae discendaeque jurisprudentiae genennet...» См. Leibnitz's Deutsche Schriften, издалъ Guhrauer, I (1838) стр. 269.

См. также Hartmann'a указ. соч. стр. 17, а равно Landsberg'a, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft III, 1 (Text) стр. 24.

[5] См. «Methodus nova...», въ особенности часть вторую: это pars «specialis, ad solam Jurisprudentiam restricta», въ то время какъ pars I — «generalis, caeterisque Facultatibus communis». Возраженія «Petro Ramo Ramistisque», см. въ § 7 второй части (Dutens Opera IY указ. мѣсто стр. 182). О дефектахъ порядка Юстиніанова законодательства Лейбницъ трактуетъ тамъ же §§ 8 и слл., особенно § 10, гдѣ, между прочимъ, говорится: «Primum in ipsa methodo Justinianea labor crescit in duplum, dum alia est Institutionum, alia Digestorum Codicisque methodus», а, въ частности, по адресу дигестъ и кодекса мы читаемъ: «In Digestis certe et Codice perpetua ordinis causa est veteris iuris ratio, quae tantum ad hodiernam, quantum sus ad Minervam». Ср. еще Hartmann'a, указ. соч. стр. 18 и слл. О вліяніи намѣченныхъ идей Лейбница по преобразованію изученія и преподаванія права см. Новгородцева, Историч. школа юристовъ, стр. 33 и сл.

[6] Признаніе Лейбницемъ дефектности сборника Юстиніана въ направленіи системы, разумѣется, ничего не предрѣшаетъ въ смыслѣ общаго отрицательнаго отношенія философа-юриста къ самому римскому праву. Напротивъ того: хорошо извѣстны восторженные отзывы именно Лейбница о томъ же римскомъ правѣ,—точнѣе, о твореніяхъ римскихъ юристовъ. Вотъ его подлинныя слова, взятыя изъ одного письма къ Кестнеру (epistola XY отъ 1716 г., Dutens Opera IY указ. мѣсто стр. 267 и сл.):

«I. Cum id agas ab annis compluribus, ut iurisprudentia emendetur, orneturque, et nunc per omnes Digestorum Justiniani libros usum, et ut appellas valorem, divini illius operis ostendas; meum certe applausum habes dudum, publicum haud dubie habebis opere toto absoluto. Ego semper admiratus sum, scripta veterum Jureconsultorum Romanorum, quaecunque nobis sive in Digestis illis, sive alibi, velut ex naufragio Tabulae pretiosae supersunt.

II. Romani in omni genere doctrinae Graecis cedunt. Ab iis Philosophiam, Medicinam, studia Mathematica mutuo sumserunt, de suo vix quicquam magni momenti adiecerunt: in una Jurisprudentia regnant; huius etsi semina a Graecis acceperint, inde tamen hortum excitarunt amplissimum pulcherrimumque, eaque in re una, omnes populos, quod constet, vicerunt.

[Слѣдуютъ знаменитые стихи Виргилія, съ заключительными словами:

«Tu regere imperio populos Romane memento,
Hae tibi erunt artes...»]

Dixi saepius, post scripta Geometrarum nihil exstare, quod vi ac subtilitate cum Romanorum Jureconsultorum scriptis comparari possit: tantum nervi inest, tan-

tum profunditatis... Nec uspiam Juris Naturalis praeclare exculti uberiora vestigia deprehendas. Et ubi ab eo recessum est, sive ob formularum ductus, sive ex maiorum traditis, sive ob leges novas, ipsae consequentiae, ex nova Hypothesi aeternis rectae rationis dictaminibus addita, mirabili ingenio, nec minore firmitate deducuntur. Nec tam saepe a ratione abitur, quam vulgo videtur.

III. Et (ut exemplum afferam)...»

(Ср. еще epist. I къ Кестнеру же отъ 1708 г. у Dutens'a въ указ. мѣстѣ стр. 254).

По поводу сейчасъ приведеннаго мѣста французскій юристъ Лерминье замѣчаетъ: «On sait communément que Leibnitz a comparé le droit romain à la géométrie et aux mathématiques pour la rigueur des déductions logiques; mais on n'a pas fait assez attention que ce n'est pas une hyperbole échappée à l'admiration d'un homme ordinaire: c'est le jugement réfléchi du rival de Newton». Lerminier, Introduction générale à l'histoire du droit (1829) стр. 153 и сл.

(Мимоходомъ упомянемъ, что въ трудѣ Лерминье и вообще имѣется краткая, но содержательная глава (X, стр. 140—156) «Leibnitz considéré comme jurisconsulte». Къ сожалѣнію, объ этомъ своемъ предшественникѣ Густавъ Гартманъ, повидимому, не знаетъ. Здѣсь сказалось господствовавшее вплоть до послѣдняго времени незнакомство Германіи съ научной юридической литературой Франціи и vice versa).

Правда, Лейбницъ немало и сѣтуетъ на римское право (объ этихъ сѣтованіяхъ см., напримъ., Новгородцева указ. соч., стр. 32 и сл.), но необходимо, для правильнаго отношенія къ вопросу, имѣть въ виду, что порицаемые Лейбницемъ недостатки римскаго права («obscura prolixitas» и т. п.) все же почти всецѣло относятся философомъ опять-таки къ компиляціи римскаго права, ставятся въ вину не иному кому, какъ Трибоніану и его сотрудникамъ. Въ той же «Epistola ad amicum de Naevis et Emendatione Jurisprudentiae Romanae», въ которой доказывается необходимость созданія новаго законодательства (данное «письмо» служитъ предисловіемъ къ «Ratio Corporis Juris Reconcinnandi»), Лейбницъ замѣчаетъ: «...quae (leges Romanae) quanquam quoad maximam partem cum rationis praeceptis consentiant...» (Dutens Opera IY указ. мѣсто стр. 232). Цѣнное и важное признаніе—съ точки зрѣнія, между прочимъ, вопроса о соотношеніи права естественнаго и римскаго!

Наконецъ, послѣднее. Въ подобномъ своемъ воззрѣніи на римское право Лейбницъ, разумѣется, не стоитъ одиноко. Такъ — ограничиваюсь примѣромъ — и знаменитый Hotman въ равной мѣрѣ былъ преисполненъ и удивленія къ римскимъ классикамъ-юристамъ и нелюбви къ Трибоніану. На вѣрной поэтому почвѣ находится Баронъ, когда, говоря о нападкахъ Лейбница на римское право, замѣчаетъ: «...dabei bewegt er sich meines Erachtens ganz im Hotmann'schen Gedankenkreise: es ist die Form der Compilation, welche er bekämpft, das Herausreissen von Ausschnitten aus ihren ursprünglichen Stätten, die schlechte Aneinanderreihung derselben, die hundertfaltige Wiederholung desselben Rechtssatzes an verschiedenen Stellen, die Aufnahme von Rechtssätzen, die durch spätere Gesetze abgeschafft worden sind...» (J. Baron, Franz Hotmanns Antitribonian. Ein Beitrag zu den Codificationsbestrebungen, vom XYI bis zum XYIII Jahrhundert, стр. IX, XXYIII и сл.).

[7] См. это предисловіе: «... probetur Leibnitium maturiori aetate in nonnullis mutasse sententiam suam, et a vulgaribus opinionibus, quas iuvenis amplexus fuerat, discessisse...». И дальше: «...Leibnitium aetate maturiori minime probasse rationem, quam reddit... cur et quatenus testamenta sint iuris naturalis, quippe quae magis ingeniosa, quam solida est» (Dutens Opera IY указ. мѣсто стр. 161).

[8] Упоминается о наслѣдованіи, завѣщаніи, легатѣ, фидеикомиссѣ и т. п. еще и въ другихъ мѣстахъ, но здѣсь именно только упоминаніе, не представляющее никакого интереса (см., напр., pars II §§ 5, 8: Dutens Opera IY указ. мѣсто стр. 181, 182).

[9] Лейбницъ прибавляетъ (pars II § 16, Dutens Opera IY указ. мѣсто стр. 185): «Persona civilis est Collegium, quod quia habet unam voluntatem certo signo dignoscibilem v. g. ex pluralitate votorum, sorte, etc. ideo obligare et obligari potest».

[10] Тамъ же: «...v. g. officio aliquid legetur, ius erit apud omnes successores; si quis in officio existens, qua talis est alicui damnum det, ipsum officium tenebitur,

transibitque in successores obligatio. Ita si equo aliquid legetur v. g. phalerae, dubitandum non est, ad dominum equi, alienato equo, rem transire: idem de servo iuris est, qui ipse non pro persona habendus, sed re. In omni vero iure reali res est subiectum obligationis. Porro ad subiectum pertinet tota Successionum materia. Quia successio est motus iuris vel obligationis de subiecto in subiectum». (Параграфъ заканчивается словами: «Tractandum et hic de iis, quae pluribus communia sunt»). Ср. Hartmann'a указ. соч. стр. 26.

[11] См. Dernburg, Pandekten, 7 изд., I стр. 238 и сл. («Aber das wäre ein Zerrbild einer juristischen Person...»). Что, впрочемъ, въ данномъ случаѣ вовсе не то отношеніе, которое представляетъ себѣ Лейбницъ, видно уже изъ того факта, что онъ здѣсь же говоритъ о «субъектѣ обязательства». И еще только слѣдующее. Какъ явствуетъ изъ помѣщеннаго рядомъ, въ § 17, ученія объ «объектѣ», Лейбницъ признаетъ, что во всякомъ вещномъ правѣ вещь является «объектомъ права». Итакъ, въ вещномъ правѣ вещь—это одновременно и объектъ права и субъектъ обязательства!

[12] Gai II §§ 185 и слл.; Ulpiani Regul. XXII, 7, 12; c. 5 pr. §§ 1, 2 C. de necessar. et serv. 6, 27; pr., § 1 I. de hered. instit. 2, 14. Ср. Girard, Manuel, издан. 5, стр. 822.

[13] См. хотя бы Б. Н. Чичерина, Собственность и государство, I стр. 208, а также мою лекцію «Предѣлы наслѣдованія въ гражданскомъ правѣ» (1906), стр. 10 и сл., и брошюру покойнаго профессора Цюрихскаго университета H. F. Hitzig'a, Die Grenzen des Erbrechts (1908), стр. 7 и сл. (русскій переводъ, 1910, стр. 4 и сл). Изъ курсовъ на русскомъ языкѣ по исторіи философіи права мысли Гуго Гроція и Пуфендорфа о наслѣдованіи реферированы вкратцѣ у Г. Ф. Шершеневича (указ. соч. стр. 296 и сл., 359 и сл.). Отрадное вниманіе даннаго автора къ вопросамъ не только «права» (въ общемъ) и «государства», но и права, напр., гражданскаго, находитъ себѣ, очевидно, объясненіе въ томъ достаточно исключительномъ обстоятельствѣ, что авторомъ курса по исторіи философіи права тутъ явился не публицистъ, а цивилистъ.

[14] Привожу все мѣсто цѣликомъ въ подлинникѣ:

«Successio § 16, quae non producit novum ius, sed vetus transfert. Succedunt autem ab intestato mero iure soli descendentes in stirpes, sed ita in ea tantum bona, quae parentis erant, cum nascerentur, quia anima eorum per traducem ex anima parentis orta est: caeterorum successio ab intestato pertinet ad fontem pactorum, quia ex lege descendit. Testamenta vero mero iure nullius essent momenti, nisi anima esset immortalis. Sed quia mortui revera adhuc vivunt, ideo manent domini rerum, quos vero haeredes reliquerunt, concipiendi sunt ut procuratores in rem suam» (§ 20, а не 19, какъ ошибочно цитируютъ очень многіе, въ томъ числѣ даже Вольфъ въ своей «praefatio»,—Dutens Opera IY указ. мѣсто стр. 187; въ отдѣльномъ изданіи Вольфа—стр. 42 и сл.).

[15] Употребленный Лейбницемъ терминъ «per traducem» встрѣчается въ томъ же метафорическомъ смыслѣ (tradux—собственно, виноградный отводокъ) у христіанскихъ богослововъ и философовъ. У Forcellini—De-Vit (Totius Latinitatis Lexicon YI стр. 136) читаемъ s. h. v.: «Anastas pap. ep. *6. n. 7.* Ab illis (parentibus) nihil aliud potest tradi, quam quod ab ipsorum mala praesumptione commissum est: id est culpa poenaque peccati, quam per traducem secuta progenies evidenter ostendit, ut pravi homines distortique nascantur... itaque per traducem, quod a parentibus traditur, evidenter apparet, etc. Laurent. Novariens. Homil. I. Peccatum mundi quid est? Delictum Adam per traducem seminis ad filios devolutum. Rufin. vertens Orig. I. Περι ἀρχῶν praef. 5. de anima vero utrum ex seminis traduce ducatur, ita ut etc.».

Смотри далѣе, въ особенности, Glossarium Mediae et Infimae Latinitatis conditum a Carolo Dufresne Domino Du Cange (cum supplementis integris... D. P. Carpenterii... digessit Henschel). Tomus YI. Parisiis 1846, p. 632, s. h. v.: «...Tradux invenitur etiam, inquit Ioannes de Ianua, pro originali peccato quod Adam commisit, et ab ipso in posteros fuit translatum, sicut de patribus filii

propagantur. Hinc **Traduciani** appellati vulgo a Pelagianis Catholici omnes, qui, contra quam ii mortem in omne genus humanum per transitum seu Traducem et per peccatum et per semina transire, currere, ut loquitur Marius Mercator lib. subnotat. cap. 9 § 7, 14, hoc est per peccatum originale, existimant... **Tradux** denique vox usurpata ab iis haereticis, qui animas a parentibus in filios traduci existimabant. Aiebant enim, animas rationes esse ex traduce, id est ex propagatione ductas, vel origine, ex altero, ita ut anima filii ex anima patris originem haberet. Quam haeresin carpit loco laudato Prudentius:

Vitandus tamen error erit, ne Traduce carnis
Transfundi in sobolem credatur fons animarum
Sanguinis exemplo, cui tenta propagine vena est.

Eusebius Pamphili in Apologia Origenis ex versione Ruffini: De anima vero, utrum ex semine Traducis ducatur, ita ut ratio ipsius vel substantia inserta ipsis seminibus habeatur, an vero aliud habeat initium, etc.

Cp. еще Eduard Brinckmeier, Glossarium diplomaticum... des gesammten deutschen Mittelalters... II, Hamburg u. Gotha 1855, стр. 625, s. h. v.

Напомнимъ, кстати, о томъ хорошо извѣстномъ фактѣ, что Лейбницъ былъ отнюдь не чуждъ ни богословскаго міра, ни богословія и богословскаго образованія. См., напр., статью о немъ проф. Л. М. Лопатина въ «Энциклопедическомъ словарѣ» Брокгауза—Ефрона XVII А, стр. 486 и слл. и указанную тамъ литературу. И въ самой «Nova methodus» Лейбницъ удѣляетъ мѣсто богословію: см. pars II § 36 и слл. (Dutens Opera IY указ. мѣсто стр. 193 и слл.) и II § 5 (Dutens тамъ же стр. 181), въ каковомъ послѣднемъ параграфѣ отмѣчается также связь между правовѣдѣніемъ и богословіемъ: «Nec mirum est, quod in Jurisprudentia, idem et in Theologia usu venire, quia Theologia species quaedam est Jurisprudentiae universim sumtae, agit enim de jure et legibus obtinentibus in republica aut potius regno Dei super homines; moralis de iure privato, reliqua de iure publico...»

[16] «Nova methodus» pars II §§ 18 i. f. и 19 (Dutens тамъ же стр. 186).

[17] Такъ мною переводится терминъ автора «procuratores in rem suam»; этотъ терминъ романисты—и русскіе и иностранные—нерѣдко предпочитаютъ оставить безъ перевода вовсе. Самая фигура procurator'a in rem suam, конечно, достаточно знакома изъ римскаго права въ связи съ цессіею и ея исторіей въ древнемъ Римѣ. Не можетъ подлежать сомнѣнію, что романистически образованный Лейбницъ (о тщательнѣйшихъ его занятіяхъ римскимъ правомъ см., напр., Hartmann'a, указ. соч., стр. 30 и сл.)—въ работѣ, къ тому же, въ немалой своей части трактующей о римскомъ именно правѣ—употребилъ выраженіе «procurator in rem suam» вполнѣ сознательно и намѣренно, желая имъ означить не просто повѣреннаго или уполномоченнаго, а лицо съ бо́льшимъ объемомъ правъ, и притомъ лицо съ двойственнымъ непремѣнно характеромъ (каковая двойственность для римскаго procurator'a in rem suam—черта какъ разъ отличительная и важная): съ одной стороны, разъ покойный наслѣдодатель еще продолжаетъ быть собственникомъ наслѣдственной массы, то наслѣдникъ, дѣйствительно, не болѣе, какъ представитель, а, съ другой стороны, кто станетъ утверждать, что наслѣдникъ, который по общему правилу воленъ распорядиться наслѣдственнымъ имуществомъ, какъ ему угодно, можетъ быть признанъ и названъ только представителемъ?! Неправиленъ поэтому переводъ обсуждаемаго мѣста у Чичерина (указ. соч. I стр. 290): «наслѣдники же... должны разсматриваться, какъ ихъ повѣренные въ завѣдываніи имуществомъ». Тутъ слова: «in rem suam» не поняты, а вмѣстѣ съ тѣмъ не понятъ и не переданъ содержащійся въ нихъ весьма существенный и глубокій оттѣнокъ. (Случилось же это по простой, думается, причинѣ: Б. Н. Чичеринъ — публицистъ, а русскіе публицисты — не могу не сказать этого при всемъ искреннемъ къ нимъ уваженіи — въ большинствѣ своемъ, къ сожалѣнію, мало знакомы съ частнымъ, особенно съ римскимъ частнымъ правомъ, даже въ его элементахъ.) Впрочемъ, въ той же дефектности перевода повиненъ и Лассаль («System der erworbenen Rechte»,

2 изд., II стр. 502), хвалившійся, какъ извѣстно, своимъ знаніемъ римскаго права, однако безъ достаточнаго основанія. Наоборотъ, вполнѣ вѣрно переводитъ Гартманъ: «...die Erben wie Stellvertreter zu eigenem Nutzen eintreten» (указ. соч. стр. 28). Но въ остальномъ Гартманъ, въ противоположность Чичерину, не уловилъ истиннаго смысла словъ Лейбница, и притомъ въ основномъ пунктѣ. Не удѣливши вниманія тому, что было раньше сказано философомъ относительно законнаго наслѣдованія, Гартманъ не уяснилъ себѣ, повидимому, что вопросъ идетъ, главнѣйшимъ образомъ, о спорѣ, изъ естественнаго ли закона происходитъ институтъ завѣщанія, или нѣтъ, изъ закона положительнаго (а вовсе не о томъ, существуетъ ли, или не существуетъ «die rechtliche Möglichkeit der Testamente»). Ср. и здѣсь опять Лассаля: «Testamente aber wären mit vollem Recht durchaus null und nichtig» (въ указ. мѣстѣ).

[18] Одинъ изъ новѣйшихъ писателей по вопросамъ римскаго наслѣдственнаго права, австрійскій юристъ Woess (см. его «Das römische Erbrecht und die Erbanwärter», 1911, стр. 10), подчеркиваетъ, что у Цицерона—какъ разъ обратно тому, что учитъ Лейбницъ—не завѣщаніе выводится изъ безсмертія души, а, напротивъ того, безсмертіе выводится изъ завѣщанія. Говоря точнѣе, Цицеронъ ссылается на завѣщаніе, какъ на одинъ изъ доводовъ въ пользу безсмертія души. Вотъ это мѣсто изъ Tusculan. disputat. (lib. I cap. XIY), не разъ встрѣчающееся въ литературѣ предмета (на него, между прочимъ, особенно силится опереться Лассаль, тамъ же стр. 20 и слл., его же толкуетъ Эдуардъ Гансъ въ своемъ знаменитомъ трудѣ «Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung. Band II: Das römische Erbrecht...», стр. 148 и сл.): «Maxumum vero argumentum est naturam ipsam de inmortalitate animorum tacitam iudicare, quod omnibus curae sunt, et maxumae quidem, quae post mortem futura sint... Quid procreatio liberorum, quid propagatio nominis, quid adoptationes filiorum, quid testamentorum diligentia, quid ipsa sepulcrorum monumenta, elogia significant nisi nos futura etiam cogitare? ... Nemo umquam sine magna spe inmortalitatis se pro patria offerret ad mortem...»

[19] Pufendorf, De Jure Naturae et Gentium, lib. IY cap. X § IY i. f., и къ нему примѣчаніе Барбейрака (Barbeyrac) (прим. 4 въ Базельскомъ изданіи 1771 года); Thomasii Diss. de Origine Successionis Testamentariae § XIX: «Quod vero nonnulli testamenti faciendi ius ex doctrina de immortalitate animi deducere amaverint, pium quidem est et subtile, sed quod tamen magis somniantibus, quam vigilantibus, quales nos sumus, commendari meretur». Всѣ они еще только догадываются, что авторъ сочиненія «Nova methodus»—«Gottfridus Guilielmus Leibnitius, patriae suae et universae Germaniae decus immortale» (Pufendorf l. c.), такъ какъ первое изданіе нашей книги появилось анонимно или почти анонимно (значились лишь начальныя буквы имени и фамиліи автора). Изъ писателей того же времени ср. еще, напр., весьма виднаго Gundling'a (Nic. Hieron), который въ диссертаціи «De principe haerede ex testamento civium» (1721) недоумѣваетъ по поводу взгляда Лейбница: «...quid tum velit animula, quando non amplius cum corpore est coniuncta...». Къ тому же, добавляетъ авторъ, «nec constet, utrum anima sit damnata, an secus... Quis enim damnatae animae voluntatem censeat exsequendam? Quis hanc de rebus post se relictis, inter varios tumultus ac perturbationes, cogitare certo statuat? Quod si vero in beatis locis versetur, aliis forte ac sanctioribus rebus occupatur, quam quae ad hanc referuntur vitam...». Противъ Лейбница высказались въ числѣ прочихъ и Гейнекцій («Opusculorum variorum sylloge...» (1735), Exercitatio XXYI («De testamentifactione») § 3; затѣмъ, неаполитанскій профессоръ Antonius Genuensis въ своей книгѣ «De Jure et Officiis...» (2 ed. 1776), cap. XIY § 9, и другіе..

Изъ писателей, далѣе, первой половины 19-го столѣтія назовемъ здѣсь Krug'a (Wilh. Traugott), точно также отвергавшаго доктрину Лейбница о наслѣдованіи («eine ungereimte Ansicht»), по такимъ основаніямъ: «Die Unsterblichkeit der Seele ist eine Glaubenssache, welche in die Rechtslehre nicht eingemischt werden darf; und wenn die Erben nur Procuratoren ihrer Erblasser wären, so ginge ja die Procuratur in's Unendliche fort. Was sollte denn aber den Verstorbenen ihr fortwäh-

rendes Eigenthumsrecht helfen und wie sollten sie es geltend machen?» («Allgemeines Handwörterbuch der philosophischen Wissenschaften nebst ihrer Literatur und Geschichte», 2 изд. 1832—1838, I стр. 795 и сл., s. v. «Erbfolge».

Что касается второй половины 19-го вѣка, то отмѣтимъ, что французскій юристъ Brocher въ своей извѣстной работѣ «Etude historique et philosophique sur la légitime et les réserves en matière de succession héréditaire» (1868), судитъ о теоріи Лейбница не менѣе строго: «Cette théorie du testament a souvent été citée comme preuve de l'influence exercée sur le droit par les convictions religieuses, nous ne la croyons pas moins dangereuse et fausse...» (стр. 287). Ср. еще Ad. Franck, Philosophie du droit civil (1886), стр. 199 и сл. («C'est bien un raisonnement de l'autre monde...») и Boistel, Cours de philosophie du droit, 1899, I стр. 447 («Voit-on le possesseur d'un champ au XIX-e siècle agissant comme procurator du Celte ou du Romain qui l'a laissé dans sa succession au commencement de l'ère chrétienne? S'il est vrai que l'âme vit au-delà de la tombe, elle n'a plus aucune action sur les choses matérielles de ce monde; celles-ci ne sauraient plus lui être utiles en rien; elle n'a donc plus sur elles aucun droit de propriété ou autre»). Какъ уже замѣчено, отрицательно относятся къ Лейбницу еще Унгеръ, «Das Oesterreichische Erbrecht», введеніе, прим. 2, и, наконецъ, Чичеринъ и Гартманъ въ указ. мѣстахъ. Послѣдній отзывается здѣсь слѣдующимъ образомъ: «...diese ganz unreife Idee des jugendlichen Leibniz, vielleicht die verkehrteste, die in der nova methodus sich findet...»

Все же существуютъ и такіе мыслители, которые на ученіе Лейбница о завѣщаніи смотрятъ нѣсколько иначе. Такъ, не иной кто, какъ Аренсъ замѣчаетъ: «C'est le génie de Leibniz, qui, faisant jaillir de toutes les matières qu'il aborde de plus profondes vérités, ramène la cause du respect dont la volonté du défunt est entourée à l'immortalité de l'âme et à la persistance de sa volonté au-delà de cette vie». Впрочемъ, и Аренсомъ теорія Лейбница, «dans la formule juridique», все-таки отвергается (Ahrens, Cours de droit naturel ou de philosophie du droit, 7 изд., 1875, II стр. 301).

[20] См. Ferdinand Lassalle, Das System der erworbenen Rechte. Zweiter Theil: Das Wesen des Römischen und Germanischen Erbrechts in historisch-philosophischer Entwicklung. Изд. 2, стр. 501—504.

О возмездномъ отчужденіи и пріобрѣтеніи вещей въ собственность.

Въ статьѣ „Смѣшанные договоры и ученія объ отдѣльныхъ обязанностяхъ", помѣщенной въ газетѣ „Право" за 1911-й годъ, я указывалъ, что проблема конструкціи смѣшанныхъ договоровъ можетъ быть правильно разрѣшена только тогда, когда вмѣсто регламентаціи и изученія отдѣльныхъ договоровъ, законодательства и литература перейдутъ къ регламентаціи и изученію основныхъ отдѣльныхъ обязанностей, изъ которыхъ слагаются договоры. Я указывалъ также, что созданіе и изученіе этихъ общихъ ученій объ отдѣльныхъ обязанностяхъ имѣетъ въ высшей степени важное значеніе для науки гражданскаго права вообще. Частичной попыткой осуществить вышеуказанную задачу и является настоящій очеркъ. Помѣщеніе его въ данномъ сборникѣ имѣетъ для меня особое моральное значеніе, такъ какъ какъ разъ этотъ вопросъ служилъ темой нашей бесѣды съ Габріэлемъ Феликсовичемъ при моей послѣдней встрѣчѣ съ нимъ въ Москвѣ всего за четыре мѣсяца до его столь внезапной кончины.

Въ жизни наиболѣе распространеннымъ договоромъ, имѣющимъ содержаніемъ возмездную передачу вещи въ собственность, является, безъ сомнѣнія, купля-продажа. Въ виду этого вполнѣ естественно, что и законодательства связываютъ регламентацію возмездной передачи вещи въ собственность именно съ даннымъ договоромъ. Будучи связана съ договоромъ купли-продажи, регламентація эта предполагаетъ, что эквивалентомъ за передачу вещи является уплата опредѣленной денежной суммы, такъ какъ денежный эквивалентъ современными законодательствами считается необходимымъ элементомъ купли [1]. Между тѣмъ въ

[1] См. ст. 1464 т. X ч. 1. *Шершеневичъ* „Учебникъ русскаго гражд. права", изд. 10-е, стр. 527; *Анненковъ*, „Система русскаго гражд. права" т. IV. 1904, стр. 52 и др.; *Planiol* „Traité élémentaire de droit civil" 6-e éd, t. II p. 456; относительно германскаго права только *Lande* („Das Bürgerl. Gesetzbuch für d. D. Reich, für die Praxis herausgegeben und erläutert" 1897, § 433 Anm. 10) полагаетъ, что въ куплѣ эквивалентъ можетъ состоять и въ другихъ замѣнимыхъ вещахъ, но это мнѣніе не встрѣтило сочувствія въ литературѣ; правда, при второмъ чтеніи проекта § 460, требовавшій денежнаго вознагражденія, былъ зачеркнутъ, какъ излишній, но, несмотря на это, изъ другихъ статей явствуетъ, что B. G. B. сохранило вышеназван-

жизни, несомнѣнно, встрѣчается масса договоровъ, гдѣ вещь пріобрѣтается въ собственность не за деньги, а за какой-нибудь другой эквивалентъ, напримѣръ, также за вещь, за трудъ и т. п. Отсюда естественно возникаетъ вопросъ, могутъ ли къ этимъ договорамъ примѣняться нормы о передачѣ вещи въ собственность, установленныя относительно купли или нѣтъ. Рѣшеніе этого вопроса въ первомъ смыслѣ логически должно повести къ заключенію, что законодательства поступаютъ неправильно, пріурочивая вышеназванную регламентацію только къ куплѣ, когда она не находится ни въ какой зависимости отъ денежнаго эквивалента, и что регламентаціи этой долженъ быть приданъ общій характеръ регламентаціи возмездной передачи вещи въ собственность вообще. Приступая къ разсмотрѣнію нормъ купли-продажи въ этомъ отношеніи, мы наше изслѣдованіе раздѣлимъ на три части: на изслѣдованіе: 1) нормъ, регламентирующихъ обязанности лица, возмездно передающаго вещь въ собственность, 2) нормъ, регламентирующихъ обязанности лица, возмездно пріобрѣтающаго вещь въ собственность, и 3) нормъ, относящихся какъ къ пріобрѣтенію, такъ и къ отчужденію вещи, какъ, напримѣръ, опредѣляющихъ, какія вещи могутъ отчуждаться, а слѣдовательно и пріобрѣтаться, кто можетъ совершать подобнаго рода сдѣлки, какимъ порядкомъ онѣ должны заключаться и т. п.; нормы эти можно считать трактующими о совершеніи (въ широкомъ смыслѣ этого слова) договоровъ о возмездномъ пріобрѣтеніи вещи въ собственность.

I.

Остановимся сперва на первой категоріи нормъ и посмотримъ, примѣнимы ли, какъ съ догматической, такъ и съ политикоправной точекъ зрѣнія, правила, которыя законодательства устанавливаютъ относительно обязанностей продавца, ко всѣмъ случаямъ возмездной передачи вещи въ собственность, или они по самой природѣ своей связаны неразрывно съ денежнымъ эквивалентомъ.

Обязанности продавца состоятъ въ слѣдующемъ: 1) въ обязанности передать покупателю проданную вещь, 2) въ обязанности нести отвѣтственность за недостатки въ правѣ на вещь, 3) въ обязанности отвѣчать за фактическіе недостатки вещи и 4) въ обязанности, какъ спеціально указываетъ германское право, сообщать покупателю всѣ нужныя свѣдѣнія объ юридическихъ отношеніяхъ, соединенныхъ съ вещью, напримѣръ, о границахъ земельнаго участка, объ арендныхъ контрактахъ на него и т. п. [1].

Относительно первой обязанности германское право даетъ немного

ный признакъ (напр., § 433 Abs. 2 говоритъ „zahlen“, каковой терминъ предполагаетъ деньги); что вознагражденіе въ куплѣ должно состоять въ деньгахъ, утверждаютъ всѣ комментаріи—см. *Staudinger*, „Kommentar zum B. G. B.“ B. II. „Recht d. Schuldverhältnisse“ I Teil, $^{7}/_{8}$ Auflage 1912, S. 570; *Planck*, „Bürgerl. Gesetzbuch“ 3-e Aufl., B. II. „Recht d. Schuldverhältnisse“, 1907, § 433, Note I, и др.; относительно швейцарскаго права см. „Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch“ herausgegeben von *Egger*, Escher, Oser, Reichel u. Wieland, B. V, 1913 S. 461.

[1] B. G. B., § 444.

указаній; кромѣ указанія на обязанность передать вещь (§ 433), оно добавляетъ только въ § 448-мъ, что издержки по передачѣ вещи, главнымъ образомъ расходы на отмѣриванье и взвѣшиванье, падаютъ на продавца. Новое Швейцарское гражданское уложеніе повторяетъ въ art. 188 почти дословно вышеуказанное постановленіе германскаго законодателя, но сверхъ того въ art. 190 и 191 указываетъ послѣдствія просрочки для продавца при сдѣлкахъ, заключенныхъ въ торговомъ оборотѣ. Наоборотъ французское законодательство по данному вопросу весьма богато нормами: оно посвящаетъ вопросу о передачѣ цѣлую вторую секцію главы четвертой 6-го титула третьей книги, а въ этой секціи цѣлыхъ 21 статья. Здѣсь, кромѣ указанія на то, что расходы по передачѣ падаютъ на продавца, если не было обусловлено иного порядка, законъ указываетъ, что надо понимать подъ передачей, какъ она совершается, въ какомъ мѣстѣ и въ какомъ состояніи вещь должна быть передана, что вмѣстѣ съ вещью должны быть переданы и ея принадлежности [1]; затѣмъ въ статьяхъ 1616—1623 французскій законодатель довольно детально регламентируетъ случай, когда при продажѣ недвижимости дѣйствительные размѣры ея окажутся несоотвѣтствующими тѣмъ, которые указаны въ договорѣ; въ статьяхъ 1610—1611 законодатель указываетъ послѣдствія неисполненія продавцомъ его обязанности передать вещь, состоящія въ правѣ покупателя или требовать принудительнаго отобранія вещи отъ продавца, или расторгнуть договоръ и взыскать съ продавца вознагражденіе за ущербъ; наконецъ, статьи 1612—1613, которыя, какъ замѣчаетъ Planiol [2], являются единственными изъ этой секціи, которыя имѣютъ серіозное юридическое значеніе, трактуютъ о правѣ удержанія продавцомъ вещи въ случаѣ, если покупатель въ срокъ денегъ не платитъ.

Что касается нашего русскаго права, то оно отдѣленіе 5-ое главы 2-ой раздѣла 3-го книги 3-ей т. X ч. I также озаглавливаетъ „о передачѣ проданныхъ имуществъ и вводѣ во владѣніе имуществами, пріобрѣтенными по купчимъ крѣпостямъ“, при чемъ однако нормъ, трактующихъ именно о передачѣ вещи, здѣсь сравнительно немного. Сюда относится, прежде всего, статья 1510, гласящая, что передача отъ продавца покупщику проданнаго движимаго имущества совершается дѣйствительнымъ врученіемъ покупщику самаго сего имущества или поступленіемъ онаго въ его распоряженіе; затѣмъ ст. 1516 опредѣляетъ, что продавецъ долженъ передать покупщику проданное движимое имущество той самой доброты, какой оно должно быть на основаніи условія или предварительно по обоюдному согласію утвержденныхъ образцовъ; наконецъ, статья 1513 указываетъ, что если продавецъ взялъ съ покупщика задатокъ или всѣ деньги, а потомъ проданныхъ вещей отдавать не будетъ, видя въ цѣнѣ возвышеніе, то къ таковой отдачѣ принуждается судомъ и притомъ по условленной цѣнѣ, а не по возвышенной.

---

[1] Code Civ., art. 1604—1609, 1614—1615.

[2] *Planiol*, op. cit., t. II, p. 476.

Въ связи съ вопросомъ о передачѣ вещи законодательства регулируютъ и вопросъ о томъ, на комъ лежитъ рискъ гибели или поврежденія купленной вещи. Германское право трактуетъ объ этомъ въ §§ 446—448, 450, Швейцарское уложеніе въ art. 185, французское законодательство въ art. 1624, 1585—1586, и только наше русское право не даетъ по этому поводу никакихъ указаній.

Вторая обязанность продавца—отвѣчать за недостатки въ правѣ регулирована западными законодательствами весьма тщательно. Германское законодательство посвящаетъ этому вопросу §§ 434—443 B. G. B., Швейцарское уложеніе—art. 192—196, Code Civil—art. 1626—1640. Регламентація эта состоитъ въ указаніи, при наличности какихъ условій наступаетъ отвѣтственность продавца за евикцію, и въ чемъ эта отвѣтственность состоитъ. Такъ какъ отвѣтственность эта въ общемъ (за нѣкоторыми исключеніями) всюду почти одинакова, такъ какъ состоитъ въ общихъ послѣдствіяхъ за неисполненіе договора, то мы считаемъ излишнимъ приводить здѣсь цѣликомъ постановленія всѣхъ указанныхъ законодательствъ на этотъ счетъ, а ограничимся для примѣра хотя бы нормами швейцарскаго уложенія. Послѣднее различаетъ послѣдствія полной евикціи отъ частичной. Въ первомъ случаѣ покупатель можетъ требовать: а) возвращенія ему уплаченной цѣны съ процентами съ зачетомъ, однако, полученныхъ имъ, или не полученныхъ по его винѣ, плодовъ вещи, б) возмѣщенія сдѣланныхъ имъ издержекъ на вещь, поскольку онъ не можетъ взыскать ихъ съ лица, евиктировавшаго вещь, в) возмѣщенія издержекъ по веденію процесса объ евикціи и г) возмѣщенія другихъ непосредственно евикціей причиненныхъ ему убытковъ, д) отъ возмѣщенія всѣхъ остальныхъ убытковъ продавецъ можетъ освободиться, доказавъ отсутствіе вины съ своей стороны. При частичной евикціи покупатель можетъ требовать лишь возмѣщенія ущерба, причиненнаго ему евикціей, но если по обстоятельствамъ видно, что онъ не заключилъ бы договора, если бы могъ предвидѣть такую частичную евикцію, то онъ можетъ требовать расторженія договора, возвративъ вещь продавцу вмѣстѣ съ плодами, извлеченными имъ изъ вещи.

Въ отличіе отъ западныхъ законодательствъ постановленія нашего русскаго права объ отвѣтственности за евикцію являются крайне скудными: оно говоритъ о ней лишь въ статьяхъ 1427, 1415 и 1512 т. X, ч. I. При этомъ первая изъ этихъ статей, давая опредѣленіе, что надо понимать подъ „очисткой“, говоритъ, что отвѣтственность очистки является произвольнымъ условіемъ, устанавливаемымъ по обоюдному соглашенію контрагентовъ. Такимъ образомъ, на основаніи этой статьи получилось бы, что у насъ продавецъ отвѣчаетъ за евикцію, лишь когда онъ прямо взялъ на себя эту обязанность по договору, но выводъ такой столь рѣзко противорѣчилъ бы природѣ договора купли, что и Сенатъ и юристы, вопреки тексту этой статьи, признаютъ продавца отвѣтственнымъ за евикцію, даже когда въ договорѣ объ этомъ ничего не сказано. Статьи 1415 и 1512 также даютъ мало цѣнныхъ указаній: первая говоритъ, что если кто продастъ имѣніе, подвергнутое опекѣ,

описи или секвестру, то покупщику предоставлается искать заплаченныхъ имъ денегъ и убытковъ съ продавца, а вторая предусматриваетъ случай покупки движимаго имущества хотя не завѣдомо краденаго, но оказавшагося впослѣдствіи краденымъ, и устанавливаетъ, что оно отбирается отъ покупщика, а ему предоставляется заплаченныя деньги искать на продавцѣ. Въ виду скудости вышеуказанныхъ постановленій, разрѣшеніе вопроса объ отвѣтственности продавца за евикцію оказалось предоставленнымъ наукѣ и практикѣ, которыя въ данномъ случаѣ даютъ рѣшенія, слѣдуя примѣру западныхъ законодательствъ, хотя не удивительно, что въ частностяхъ возникаетъ не мало разногласій. Въ общемъ и у насъ признается, что послѣдствіемъ евикціи является обязанность продавца возмѣстить покупателю понесенные имъ вслѣдствіе евикціи убытки, въ число которыхъ, конечно, входитъ и возвращеніе заплаченной цѣны съ процентами. Точно также, несмотря на молчаніе закона, юристы допускаютъ, что и у насъ при частичной евикціи возможно требовать въ извѣстныхъ случаяхъ расторженія договора и возмѣщенія убытковъ [1].

Въ высшей степени детальными являются постановленія западныхъ законодательствъ и относительно отвѣтственности продавца за фактическіе недостатки вещи. Германское уложеніе посвящаетъ этому вопросу §§ 459 — 480, Швейцарское уложеніе—art. 197 — 210, Code Civil—art. 1641—1649. Въ общемъ всѣ законодательства сходятся въ опредѣленіи характера отвѣтственности, признавая, что если въ вещи окажутся существенные недостатки, то покупатель можетъ требовать или уничтоженія сдѣлки или пониженія покупной цѣны, а при наличности вины со стороны продавца—вмѣсто одного изъ вышеуказанныхъ требованій или на ряду съ нимъ—и возмѣщенія ущерба. Германское и швейцарское законодательства для продажи родовыхъ, не индивидуальныхъ вещей, кромѣ двухъ вышеупомянутыхъ исковъ, предоставляютъ покупателю еще право требовать, вмѣсто вещей съ недостатками, доставить другія вещи безъ недостатковъ.

Что касается до нашего русскаго права, то оно опять отличается и въ этомъ вопросѣ крайней скудостью. Объ отвѣтственности за фактическіе недостатки вещи говоритъ всего одна 1518-я статья т. X, ч. 1, которая опредѣляетъ, что если въ судѣ признано будетъ проданное движимое имущество по добротѣ своей не соотвѣтствующимъ условію или образцамъ, то оное отдается обратно продавцу, который обязанъ возвратить покупщику полученный отъ него задатокъ. Какъ видно, статья эта предусматриваетъ только одинъ исходъ для покупщика—требовать расторженія договора, но юристы наши тѣмъ не менѣе полагаютъ, что и у насъ возможна, кромѣ actio redhibitoria, и actio quanti minoris [2].

Таковы въ общихъ чертахъ обязанности продавца.

Всматриваясь въ содержаніе этихъ нормъ, мнѣ кажется, каждому невольно должно броситься въ глаза, что, въ сущности, по характеру

---

[1] *Анненковъ*, т. III, стр. 165—166.

[2] *Шершеневичъ*, op. cit., стр. 534; *Анненковъ*, т. III, стр. 171—172.

своему онѣ не находятся рѣшительно ни въ какой зависимости отъ денежнаго вознагражденія, и невозможно найти основаніе, по которому въ случаѣ, напримѣръ, отчужденія вещи не за деньги, а за трудъ или за предоставленіе пользованія вещью, отчуждатель не долженъ былъ бы отвѣчать за недостатки въ правѣ на вещь или за ея физическіе недостатки такъ же, какъ продавецъ. Это являлось столь очевиднымъ, что не могло остаться незамѣченнымъ въ литературѣ, и вотъ мы видимъ, что цѣлый рядъ пандектистовъ [1] пришелъ къ заключенію, что ученіе объ отвѣтственности за недостатки вещи и въ правѣ на нее должно излагаться въ общей части обязательственнаго права, какъ относящееся ко всѣмъ возмезднымъ договорамъ, имѣющимъ содержаніемъ передачу вещи въ собственность.Въ русской литературѣ убѣжденнымъ сторонникомъ вышеуказаннаго мнѣнія явился Анненковъ [2]. Взглядъ этотъ отразился и на законодательствахъ: такъ, данную точку зрѣнія приняли саксонское гражданское уложеніе и первый проектъ германскаго гражданскаго уложенія, который пошелъ еще дальше по пути обобщенія, признавъ вышеуказанныя правила относящимися и къ безвозмезднымъ договорамъ, за исключеніемъ лишь даренія и выдѣла [3]. Но эта попытка перваго проекта германскаго гражданскаго уложенія оказалась какъ бы поворотнымъ пунктомъ въ развитіи вышеуказаннаго взгляда. Литература, до сихъ поръ въ общемъ мало обращавшая вниманія на данный вопросъ, теперь встала въ рѣшительную оппозицію къ идеѣ обобщенія изслѣдуемыхъ нами нормъ. Знаменитый Гирке въ своей уничтожающей критикѣ проекта замѣтилъ, что если бы проектъ въ данномъ отношеніи сохранилъ обычную систему, ограничившись въ другихъ договорахъ, гдѣ эти нормы должны примѣняться, ссылкой на соотвѣтствующія нормы купли-продажи, то формулировка статей была бы менѣе абстрактной [4]. Въ болѣе энергичной формѣ напалъ на проектъ проф. Бернгефтъ. Онъ говорилъ, что проектъ вступилъ на весьма опасную почву, что юридическій принципъ можетъ быть очень справедливымъ и вполнѣ пригоднымъ для опредѣленнаго юридическаго отношенія (въ данномъ случаѣ для купли) и вмѣстѣ съ тѣмъ можетъ повести къ явнымъ несправедливостямъ, будучи распространенъ на области, недостаточно изслѣдованныя предварительно, а область договоровъ является столь обширной, что никто заранѣе

---

[1] *Vangerow,* «Lehrbuch d. Pandekten», B. III, 1869, §§ 609—610; *Brinz,* «Lehrbuch d. Pandekten», 2-e Aufl., B. II, 1879, § 280; *Seuffert,* «Praktisches Pandektenrecht», B. II, 4-e Aufl., 1867, §§ 265, 268.

[2] *Анненковъ,* т. III, стр. 152—159, 167—168.

[3] Entw. I, § 370 Abs. 1: «Wer sich durch Vertrag zur Veräusserung einer Sache verpflichtet, hat dem anderen Vertragsschliessenden das Eigenthum an d. Sache zu verschaffen».

Entw. I, § 381 Abs. 1: «Wer sich durch Vertrag zur Veräusserung einer Sache verpflichtet, haftet dem Erwerber dafür, das die Sache in d. Zeitpunkt, in welchem die Gefahr auf d. Erwerber übergeht, die zugesicherten Eigenschaften hat.». См. также §§ 442, 1500 Entw. I.

[4] *O. Gierke,* «Der Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches f. d. D. Reich» (Schmollers Jahrbüch. Bd. 13, 1880, S. 209).

не можетъ знать, не приведутъ ли правила объ отвѣтственности за право и недостатки вещи, будучи примѣнены къ отдѣльнымъ договорамъ, къ невозможнымъ результатамъ; далѣе онъ указывалъ, что ограниченіе, установленное для даренія, недостаточно, такъ какъ возможны безвозмездные договоры и не подходящіе подъ понятіе даренія, примѣненіе къ которымъ вышеуказанныхъ правилъ объ отвѣтственности было бы несправедливо, да и изъ возмездныхъ договоровъ Бернгефтъ приводитъ нѣкоторые примѣры, гдѣ примѣненіе данныхъ правилъ неумѣстно [1]. Эта критика оказала вліяніе на комиссію по составленію второго проекта германскаго гражданскаго уложенія, которая хотя и признала, что теоретически идея составителей перваго проекта была правильной, такъ какъ вопросъ объ отвѣтственности, напримѣръ, за недостатки въ правѣ возникаетъ не только при куплѣ, но и въ другихъ юридическихъ отношеніяхъ, тѣмъ не менѣе, однако, изъ практическихъ соображеній, съ цѣлью придать нормамъ большую наглядность и удобопонятность, отнесла вышеуказанныя нормы къ куплѣ-продажѣ [2]. Но наряду съ этимъ комиссія включила въ нормы о куплѣ §§ 445 и 493, гласящіе, что §§ 433—444, а также правила объ отвѣтственности за недостатки вещи должны имѣть соотвѣтствующее примѣненіе и къ другимъ договорамъ, направленнымъ на возмездное отчужденіе или обремененіе какого-нибудь предмета. Въ результатѣ получилось, что второй проектъ разнится отъ перваго только съ чисто формальной стороны, а по существу, какъ совершенно справедливо замѣчаетъ Hoeniger [3], нормы о куплѣ оказались вовсе не поставленными въ зависимость отъ денежнаго эквивалента, а скорѣе общими правилами о возмездномъ отчужденіи права собственности вообще. Нужно замѣтить однако, что послѣднее мнѣніе можетъ быть отнесено не ко всѣмъ нормамъ купли—§§ 445 и 493 не упоминаютъ о примѣненіи къ другимъ договорамъ §§ 446—455, трактующихъ о томъ, на комъ лежитъ рискъ гибели вещи, расходы по передачѣ вещи, а также объ обязанностяхъ покупателя.

Но если германское гражданское уложеніе хоть и не въ полной мѣрѣ и косвеннымъ только образомъ признало, что нѣкоторыя правила, установленныя относительно купли, имѣютъ характеръ общихъ правилъ, то послѣдующія законодательныя работы, какъ, напримѣръ, новое швейцарское гражданское уложеніе, не даютъ даже и такихъ указаній, такъ что примѣненіе правилъ купли къ другимъ договорамъ здѣсь возможно лишь по аналогіи. Такимъ образомъ взглядъ, высказанный проф. Бернгефтомъ, въ настоящее время оказался господствующимъ. Посмотримъ, правильно ли это и дѣйствительно ли есть серьезныя препятствія для созданія общихъ правилъ объ обязанностяхъ лица, возмездно пріобрѣтающаго вещь въ собственность. Для разрѣшенія этой задачи мы должны

[1] *F. Bernhöft,* «Kauf, Miethe u. verwandte Verträge in d. Entwurfe eines Bürgerl. Gesetzbuches f. d. D. Reich.». 1889, S. 2—3, 9—10, 30.

[2] «Protokolle d. Kommission für die 2-e Lesung d. Entwurfes d. B. G. B.». B. I, 1898, S. 653—654.

[3] *Hoeniger,* «Die gemischten Verträge in ihren Grundformen», 1910, S. 82—83.

постепенно проанализировать рядъ договоровъ, гдѣ вознагражденіе за предоставленіе вещи въ собственность состоитъ не въ деньгахъ, и выяснить, примѣнимы ли къ нимъ нормы купли или не примѣнимы.

А) Остановимся сперва на договорѣ мѣны, какъ наиболѣе близкомъ по природѣ къ куплѣ-продажѣ. Отличіе между этими договорами заключается только въ томъ, что эквивалентомъ за передачу вещи въ собственность въ мѣнѣ является не уплата денежнаго вознагражденія, а, въ свою очередь, передача другой вещи въ собственность со стороны другого контрагента. Такимъ образомъ, здѣсь какъ бы каждый изъ контрагентовъ является продавцомъ. Уже въ древнемъ Римѣ поднимался вопросъ о распространеніи понятія купли-продажи и нормъ, установленныхъ для послѣдней, на мѣну. Извѣстенъ споръ по этому поводу между сабиніанцами и прокулеянцами, при чемъ первые высказывались за сліяніе, а прокулеянцы—за обособленіе мѣны отъ купли. Восторжествовало мнѣніе прокулеянцевъ, но, тѣмъ не менѣе, въ общемъ въ Римѣ къ мѣнѣ примѣнялись по аналогіи нормы о куплѣ-продажѣ [1]; отличіе же сказывалось главнымъ образомъ въ томъ, что въ случаѣ евикціи при мѣнѣ преторъ давалъ actio in factum, которая давала возможность рѣшать дѣло и опредѣлять размѣръ вознагражденія по свободному усмотрѣнію, считаясь съ конкретными обстоятельствами даннаго случая [2].

Но если римское право со свойственной ему нелюбовью къ установленію общихъ абстрактныхъ принциповъ держалось взгляда о различіи мѣны отъ купли-продажи, то современныя законодательства, наоборотъ, рѣшительно склоняются въ пользу точки зрѣнія сабиніанцевъ. Такъ, германское право, хотя и упоминаетъ о мѣнѣ, какъ объ особомъ договорѣ, но упоминаніе это сопровождается категорическимъ указаніемъ, что къ ней примѣняются соотвѣтственно правила купли-продажи [3]. Французское и швейцарское законодательства даютъ относительно мѣны только очень незначительное количество спеціальныхъ нормъ, въ остальномъ подчиняя ее нормамъ купли [4]. Также скудны постановленія о мѣнѣ и въ нашемъ X томѣ, причемъ постановленія эти имѣютъ чисто фискальный характеръ, что дало основаніе русскимъ цивилистамъ утверждать, что хотя нашъ законъ и не даетъ на этотъ счетъ прямого указанія, тѣмъ не менѣе и у насъ, въ виду близкаго родства даннаго договора съ куплей, мѣна должна подлежать регламентаціи, установленной для купли [5]. Однако, это теченіе въ пользу подчиненія мѣны нормамъ купли, хотя и одержало побѣду въ законодательствахъ, тѣмъ не менѣе до сихъ поръ въ литературѣ встрѣчаетъ и нѣкоторую оппозицію. Такъ, французскіе цивилисты указываютъ, что, кромѣ тѣхъ исключеній, которыя указаны въ законѣ, къ мѣнѣ не примѣнимы и нѣкоторыя другія

---

[1] *Windscheid-Kipp,* «Lehrbuch d. Pandektenrechts», 9-e Aufl. B. II, 1906, S. 716.
[2] *Bernhöft,* op. cit., S. 14; *Seeger,* «Ueber den Tausch», Diss. Rostock, 1890, S. 27.
[3] B. G. B., § 515.
[4] Code Civ., art. 1707; Schw. Z. G. B., Art. 237.
[5] *Анненковъ,* т. IV, стр. 99—100.

нормы купли [1], а въ нѣмецкой литературѣ слышатся голоса, утверждающіе, что вообще мѣна по своему характеру рѣзко отличается отъ купли, вслѣдствіе чего подчиненіе ея нормамъ купли должно повести къ нецѣлесообразнымъ результатамъ [2]. Посмотримъ, насколько эти замѣчанія справедливы.

Изъ тѣхъ нормъ купли, которыя законодательства западныя по исключенію не распространяютъ на мѣну, нѣтъ ни одной, которая бы относилась къ категоріи нормъ, регламентирующихъ обязанность продавца передать вещь покупателю. Поэтому, казалось бы, примѣненіе этихъ нормъ къ мѣнѣ не должно бы вызывать сомнѣній. Между тѣмъ, во французской литературѣ сомнѣнія эти тѣмъ не менѣе возникли и именно относительно art. 1617—1623. Нормы эти предусматриваютъ случай, когда проданная недвижимость оказалась въ дѣйствительности иного размѣра, чѣмъ тотъ, который указанъ былъ въ договорѣ,—напримѣръ, проданъ былъ за 15.000 руб. участокъ величиной въ 150 дес., а въ дѣйствительности въ немъ оказалось 120 или 180 десятинъ. И вотъ французскій законодатель установилъ, что если въ договорѣ обозначено было, что земля продается по стольку-то за десятину, то сообразно съ этимъ опредѣляется и сумма, которую долженъ заплатить покупатель,—такъ, въ данномъ примѣрѣ онъ платитъ не 15.000 руб., какъ было условлено, а 12.000 или 18.000 руб. (art. 1617—1618). Если же цѣна была указана en bloc, безъ указанія цѣны одной десятины, то покупатель платитъ условленную цѣну, т.-е. 15.000 руб., если только разница не достигаетъ $^1/_{20}$ показанной въ договорѣ величины участка (какъ это и имѣетъ мѣсто въ нашемъ примѣрѣ); тогда также происходитъ соотвѣтствующее уменьшеніе или повышеніе платы (art. 1619—1620). Если доплата со стороны покупателя достигнетъ $^1/_{20}$ части цѣны, условленной въ договорѣ, то вмѣсто доплаты покупатель можетъ расторгнуть сдѣлку (art. 1620, 1618, 1621). Надо замѣтить, что на практикѣ правила эти обычно никогда не примѣняются, такъ какъ нотаріусы всегда включаютъ въ договоръ оговорку, что стороны отказываются отъ всякихъ претензій другъ къ другу, могущихъ возникнуть вслѣдствіе несоотвѣтствія дѣйствительныхъ размѣровъ участка съ размѣрами, указанными въ договорѣ. И вотъ относительно вышеуказанныхъ правилъ многими юристами было высказано мнѣніе, что къ мѣнѣ они непримѣнимы, если противное не вытекаетъ изъ смысла договора или особыхъ обстоятельствъ даннаго конкретнаго случая. Мотивируется это мнѣніе тѣмъ, что въ мѣнѣ каждый изъ контрагентовъ имѣлъ въ виду вмѣсто одного участка получить другой опредѣленный участокъ, независимо отъ его размѣровъ, тогда какъ въ куплѣ стороны главнымъ образомъ стремились къ тому, чтобы установить цѣну, пропорціональную стоимости недвижимости. Поэтому, по мнѣнію этихъ юристовъ, недостатокъ или из-

---

[1] *Planiol,* t. II, p. 540; *Baudry-Lacantinerie,* «Traité théorique et pratique de droit civil. De la vente et de l'échange», 3-e éd., 1908, p. 988 et suiv.

[2] *Bernhöft,* op. cit.; *Seeger,* op. cit.; *Lucas,* «Ueber den Tausch». Diss. Freiburg, 1899.

лишекъ въ размѣрахъ обмѣниваемыхъ участковъ можетъ повести за собой доплату une soulte (т.-е. извѣстной денежной суммы) или расторженіе договора лишь тогда, когда судъ по своему справедливому усмотрѣнію найдетъ, что несоотвѣтствіе въ размѣрахъ является значительнымъ («notable») [1]. Но это мнѣніе встрѣтило вполнѣ справедливыя, на нашъ взглядъ, возраженія со стороны другихъ юристовъ [2]. Такъ, Baudry-Lacantinerie считаетъ ни на чемъ неоснованнымъ утвержденіе, будто въ мѣнѣ размѣры участковъ не имѣютъ для контрагентовъ значенія, а предоставленіе суду опредѣлять, когда несоотвѣтствіе величины участковъ будетъ «notable», явно противорѣчитъ волѣ законодателя, который именно хотѣлъ устранить въ данномъ случаѣ неопредѣленность и рѣшеніе вопроса по усмотрѣнію суда и самъ опредѣлилъ, что несоотвѣтствіе будетъ «notable», когда оно превышаетъ $^1/_{20}$ указаннаго въ договорѣ размѣра участка, при чемъ распространилъ это правило и на мѣну, не сдѣлавъ въ art. 1707-омъ никакой оговорки для art. 1617—1623. Правда, уменьшеніе и увеличеніе платы къ мѣнѣ не примѣнимо, такъ какъ плата здѣсь состоитъ изъ опредѣленной вещи, не подлежащей уменьшенію и увеличенію, но въ данномъ случаѣ вопросъ разрѣшается посредствомъ уплаты «une soulte», т.-е. соотвѣтствующаго денежнаго вознагражденія со стороны того, кто получилъ больше, чѣмъ слѣдовало, или кто далъ меньше, чѣмъ обѣщалъ: надо замѣтить, что такой способъ уравненія платежа допускаютъ, когда несоотвѣтствіе будетъ «notable», и тѣ юристы, которые утверждаютъ, что art. 1617—1623 къ мѣнѣ не примѣнимы. Такимъ образомъ получается, что примѣненіе art. 1617—1623 къ договору мѣны вполнѣ возможно и нисколько не противорѣчитъ природѣ даннаго договора.

Что касается до нашего русскаго права, то хотя въ немъ и нѣтъ прямого указанія на примѣненіе къ мѣнѣ нормъ, установленныхъ для купли, но въ данномъ случаѣ, несомнѣнно, нормы эти должны примѣняться по аналогіи. Такъ, не можетъ быть сомнѣнія, что и въ мѣнѣ передача движимой вещи совершается дѣйствительнымъ врученіемъ контрагенту самой этой вещи или поступленіемъ ея въ его распоряженіе (ст. 1510 т. X, ч. I), и что движимое имущество должно быть передано той самой доброты, какой оно должно быть на основаніи условія или предварительно по обоюдному согласію утвержденныхъ образцовъ (ст. 1516 т. X, ч. I). Точно также, если продавецъ, получившій задатокъ или всѣ деньги и не отдающій вещи покупателю, принуждается къ таковой отдачѣ судомъ (ст. 1513 т. X, ч. I), то такое же принужденіе должно имѣть мѣсто и въ томъ случаѣ, когда одинъ изъ мѣняющихся, получивъ

---

[1] *Toullier et Duvergier,* «Le droit Civil français suivant l'ordre du Code», 6-e éd., t. XVII, n. 426; *Guillouard,* «De la vente et de l'échange», 3-me éd., t. II, n. 926; *Aubry et Rau,* «Cours de droit civil français», 5-me éd., t. V, p. 260; *Laurent,* «Principes de droit civil français», t. XXIV, n. 616; также и практика—см. *Sirey,* «Recueil général des lois et des arrêts», 1807, 2, 757.

[2] *Baudry-Lacantinerie,* op. cit., p. 978—979; *Troplong,* «De l'échange et du louage», 3-me éd., p. 36.

вещь, самъ обѣщанную вещь не будетъ отдавать: какъ бы ни понимать статью 1513-ую—какъ слѣдствіе ли взгляда законодателя о переходѣ права собственности на вещь съ момента соглашенія или какъ слѣдствіе взгляда законодателя на возможность принужденія къ исполненію обязательствъ[1],—въ обоихъ случаяхъ разницы между куплей и мѣной нѣтъ и не должно быть.

Что касается до нормъ, опредѣляющихъ, на комъ лежитъ рискъ случайной гибели вещи, то, несомнѣнно, эти правила являются лишь слѣдствіемъ общаго правила о моментѣ перехода права собственности, почему, естественно, должны относиться ко всѣмъ договорамъ, направленнымъ на передачу права собственности. Это прямо подчеркнуло французское законодательство, указавъ въ art. 1624 Code Civil, что этотъ вопросъ въ куплѣ долженъ обсуждаться по правиламъ, указаннымъ въ главѣ о Contrats ou des obligations conventionnelles en général, а здѣсь art. 1138 прямо гласитъ: «L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques.....» Швейцарское гражданское уложеніе, хотя и помѣщаетъ соотвѣтствующее правило о рискѣ въ отдѣлѣ, посвященномъ куплѣ-продажѣ, но комментаторы уложенія категорически заявляютъ, что правило это относится ко всякой сдѣлкѣ объ отчужденіи права собственности, и помѣщено это правило въ отдѣлѣ о куплѣ только потому, что уложеніе не даетъ общихъ правилъ для всѣхъ договоровъ объ отчужденіи вещей вообще [2]. Нѣкоторое сомнѣніе можетъ вызвать германское законодательство тѣмъ, что хотя и распространяетъ правила о переходѣ риска на договоръ мѣны (§ 515), но тѣмъ не менѣе не указываетъ, что они должны примѣняться къ другимъ договорамъ объ отчужденіи вещей подобно тому, какъ это сдѣлано относительно многихъ другихъ правилъ купли-продажи [3]. Но изъ этого было-бы ошибочно заключать, что правила о рискѣ являются правилами, относящимися только къ куплѣ и мѣнѣ: § 929 B. G. B. даетъ общее правило, что право собственности переходитъ съ момента передачи, вслѣдствіе чего съ этого же момента на пріобрѣтателя долженъ падать и рискъ случайной гибели вещи («casum sentit dominus») и переходить право на полученіе плодовъ, такъ что § 446 есть лишь частичное примѣненіе общаго правила, выраженнаго въ § 929-мъ, относящагося ко всѣмъ случаямъ передачи вещи въ собственность. Что же касается до § 447, то онъ также не представляетъ никакихъ особенностей по сравненію съ общими правилами, такъ какъ предусматриваетъ случай пересылки вещи по требованію покупателя въ другое мѣсто, чѣмъ было условлено, такъ что здѣсь перевозчикъ является представителемъ пріобрѣтателя, а не отчуждателя. Наконецъ, § 450 опять-таки есть лишь слѣдствіе правила «casum sentit dominus».

Такимъ образомъ и правила о переходѣ риска несомнѣнно должны

---

[1] *Шершеневичъ*, стр. 289.
[2] *Eggers Kommentar*, B. V., S. 467.
[3] B. G. B., §§ 445 и 493.

быть признаны относящимися не только къ куплѣ, но и къ мѣнѣ и къ другимъ случаямъ передачи вещи въ собственность.

Если вопросъ о примѣненіи къ мѣнѣ нормъ, опредѣляющихъ обязанность продавца передать вещь, вызываетъ сравнительно мало сомнѣній, то вопросъ о примѣненіи нормъ, опредѣляющихъ отвѣтственность за евикцію и за фактическіе недостатки вещи, въ нѣмецкой литературѣ обратилъ на себя довольно большое вниманіе. Такъ въ своей критикѣ перваго проекта профессоръ Бернгефтъ утверждаетъ, что мѣна по своему экономическому значенію рѣзко отличается отъ купли [1]. Въ куплѣ продавецъ по общему правилу имѣетъ въ виду получить полную мѣновую цѣну вещи, почему купля имѣетъ обыкновенно строго дѣловой характеръ, тогда какъ мѣна такового не имѣетъ. Мѣняющіеся въ громадномъ большинствѣ случаевъ вовсе не считаются съ цѣнностью обмѣниваемыхъ вещей. Здѣсь просто обычно лицо вещь, которая ему не нужна и продавать которую ему почему-либо не удобно, мѣняетъ на другую, которая хотя бы была и значительно ниже стоимостью, но тѣмъ не менѣе ему нужна или болѣе нравится. Это отличіе между куплей и мѣной, по словамъ названнаго автора, глубоко укрѣпилось въ народномъ сознаніи: такъ, подаренную вещь болѣе принято обмѣнивать, чѣмъ продавать, съ друзьями и родственниками заключатъ скорѣе мѣну, чѣмъ куплю. Только въ сравнительно рѣдкихъ случаяхъ мѣна имѣетъ, подобно куплѣ, дѣловой, а не дружескій характеръ, какъ, напримѣръ, мѣна лошадьми барышниками, при чемъ признакомъ такого характера мѣны является доплата деньгами однимъ контрагентомъ другому, такъ какъ обмѣниваемыя вещи рѣдко бываютъ равноцѣнными. Принимая во вниманіе этотъ дружескій характеръ мѣны, Бернгефтъ приходитъ къ заключенію о несправедливости примѣнять здѣсь строгую отвѣтственность, установленную для продавца за евикцію. Кто мѣняетъ книгу или картину, отнюдь не желаетъ взять на себя отвѣтственность за полное осуществленіе контрагентомъ своего интереса. Не примѣнимо здѣсь также ограниченіе суммы вознагражденія двойной стоимостью эквивалента, какъ это имѣло мѣсто въ римскомъ правѣ, такъ какъ при мѣнѣ отсутствуетъ точный масштабъ для опредѣленія цѣнности вещи—вещь сама по себѣ можетъ стоить очень дорого, но не для сторонъ, которыя или не могли реализовать ея полную стоимость, или вовсе даже не подозрѣвали, сколько она можетъ стоить. Точно также непримѣнимы къ мѣнѣ въ полномъ объемѣ и правила объ отвѣтственности продавца за недостатки вещи. Отвѣтственность эта по германскому праву выражается въ правѣ покупателя или требовать расторженія сдѣлки, или соотвѣтствующаго уменьшенія покупной цѣны. Но какъ осуществить это требованіе объ уменьшеніи цѣны при мѣнѣ? Сложные расчеты, предлагаемые Бэромъ [2], авторъ находитъ хотя и очень остро-

---

[1] *Bernhöft*, S. 14—15.

[2] *Bähr* („Ueber die Berechnung d. Minderwerths bei Mängeln ertauschter Sachen"—Archiv für praktische Rechtswissenschaft. B. VII, 1860) говоритъ что при

умными, но сомнѣвается, чтобъ они могли примѣняться на практикѣ. Искъ объ уменьшеніи цѣны уже по тому одному непримѣнимъ къ мѣнѣ что онъ имѣетъ своимъ результатомъ платежъ однимъ контрагентомъ другому денежной суммы, что въ большинствѣ случаевъ противорѣчило бы намѣренію мѣняющихся.

Всѣ это соображенія указанныя Бернгефтомъ, повторяетъ и Зеегеръ [1]. Нѣсколько иначе думаетъ по этому поводу Лукасъ [2]. Прежде всего онъ не придаетъ серьезнаго значенія «дружескому» моменту въ мѣнѣ и потому не видитъ основанія для смягченія отвѣтственности при мѣнѣ въ случаѣ евикціи. Не видитъ онъ также непреодолимыхъ препятствій и для примѣненія къ мѣнѣ правилъ о «Minderung»: цѣль этихъ правилъ вовсе не установленіе соотвѣтствующаго дѣйствительнымъ мѣновымъ цѣнностямъ соотношенія между предметами, которыми стороны обмѣнялись, а устраненіе вызваннаго надостаткомъ вещи неправильнаго соотношенія между дѣйствіемъ и его эквивалентомъ, что вполнѣ возможно и въ мѣнѣ. Для исчисленія доплаты путь, предложенный Бэромъ, онъ считаетъ единственно правильнымъ, но, въ виду сложности оперированія съ геометрической средней, полагаетъ возможнымъ на практикѣ принимать въ основаніе исчисленія ариѳметическую среднюю, хотя смыслъ постановленія B. G. B. требуетъ исчисленія доплаты, принимая во вниманіе дѣйствительную стоимость предметовъ въ

исчисленіи суммы взысканія при куплѣ - продажѣ если стоимость вещи безъ недостатка равна покупной цѣнѣ, надо взыскать просто разницу между этой цѣной и стоимостью вещи съ недостаткомъ. Но если вышеуказанныя двѣ величины неравны—напр. лошадь, стоющая 100 р., продается за 80 р., то нужно прибѣгнуть къ пропорціи 100 : (100 минусъ цѣна вещи съ недостаткомъ)=80 : x. Но этотъ способъ къ мѣнѣ непримѣнимъ. Это видно, если мы представимъ себѣ, что быкъ, стоящій Q, обмѣненъ на лошадь, стоящую P, и оба оказались съ недостатками, при чемъ стоимость быка равняется теперь q, а стоимость лошади—p. Предположимъ далѣе, что Q=20, P=30, и что вещи оказались съ недостатками, обезцѣнивающими ихъ наполовину. Ясно, что въ данномъ случаѣ ни одинъ изъ контрагентовъ ничего-бы не долженъ доплачивать другому, а между тѣмъ, если примѣнить вышеуказанную для купли формулу, результатъ получится иной. Именно получившій быка получитъ по формулѣ Q : (Q—q)=P : x. = 15, а получившій лошадь по формулѣ P : (P—p)=Q : x. получитъ 10, т.-е. въ результатѣ получившій быка дополучитъ 5. Причину очевидной неправильности расчета Bähr видитъ въ томъ, что здѣсь разница въ цѣнѣ быка и лошади принималась во вниманіе дважды, какъ если-бы одно лицо и продало быка за 30 вмѣсто 20 и купило лошадь за 20 вмѣсто 30, тогда какъ барышъ этотъ полученъ былъ только однажды. По мнѣнію Bähr'a, чтобы найти правильное рѣшеніе, надо исходить изъ положенія, что контрагенты въ цѣнѣ оба предмета считали равноцѣнными, и для опредѣленія ихъ цѣнности надо взять геометрическую среднюю ихъ дѣйствительной стоимости и эту среднюю подставить въ формулу. Такъ если Q=25, а P=36, то средняя будетъ=36 : x = x : 25 = x = $\sqrt{900}$ = 30. Подставивъ 30 въ формулу вмѣсто Q и P. получимъ, что каждый долженъ другому уплатить 15, т.-е. въ результатѣ никто ничего, что и требовалось. Bähr, считаясь со сложностью даннаго расчета, указываетъ, что для простоты вмѣсто геометрической средней можно брать арифметическую среднюю, но тогда результатъ получится не совсѣмъ точный.

[1] *Seeger,* op. cit.

[2] *Lucas,* op. cit.

моментъ совершенія договора [1]. Вмѣстѣ съ тѣмъ однако и Лукасъ считаетъ затруднительнымъ примѣненіе къ мѣнѣ всѣхъ нормъ купли-продажи. Онъ указываетъ, напримѣръ [2], на случай, когда лицо, обязанное возвратить полученную имъ вещь по иску о расторженіи договора вслѣдствіе недостатка переданной имъ вещи, лишено возможности это сдѣлать безъ вины съ чьей-либо стороны. При куплѣ такого случая быть не можетъ, такъ какъ тамъ возвращаются деньги, а здѣсь получается тотъ результатъ, что данное лицо должно считаться освобожденнымъ отъ своей обязанности. Положеніе контрагента нормально отъ этого не особенно страдаетъ, такъ какъ онъ имѣетъ право требовать «Minderung» или вознагражденія по § 281 B. G. B., но возможны все же случаи, когда у него кромѣ иска о расторженіи сдѣлки другого средства защиты не имѣется—тогда получается, что онъ несетъ рискъ за случайную гибель вещи даже послѣ ея передачи. Вмѣстѣ съ тѣмъ Лукасъ находитъ, что при примѣненіи нормъ о «Wandelung» къ мѣнѣ получится, что лицо, передавшее вещь съ недостаткомъ, гораздо въ болѣе худшее положеніе поставлено, чѣмъ продавецъ: послѣдній возвращаетъ только покупную цѣну съ 5%, а первый долженъ вернуть вещь и отвѣтить за ущербъ согласно §§ 347, 977, 989 B. G. B.; подобное положеніе авторъ считаетъ несправедливымъ, такъ какъ трудно требовать, чтобы мѣнявшійся, даже ничего не зная самъ о недостаткѣ вещи, все время предвидѣлъ и считался съ возможностью возвращенія обратно полученнаго имъ эквивалента [3].

Таковы возраженія, которыя приводятся въ нѣмецкой литературѣ противъ подчиненія мѣны нормамъ купли-продажи. Посмотримъ, насколько вышеуказанныя возраженія основательны. Здѣсь прежде всего мы должны замѣтить, что не можемъ считать правильнымъ въ качествѣ довода противъ примѣненія къ мѣнѣ нормъ купли—продажи соображеніе о дружескомъ характерѣ мѣны, выражающемся въ томъ, что контрагенты здѣсь обычно не считаются съ мѣновой цѣнностью обмѣниваемыхъ вещей [4]. Примѣръ, приводимый Зеегеромъ, насъ нисколько не убѣждаетъ. Зеегеръ приводитъ слѣдующій случай: А получаетъ отъ Б, въ обмѣнъ за какую-нибудь ничтожную по цѣнности вещь, книгу; Б потому за безцѣнокъ обмѣниваетъ книгу, что не придаетъ ей рѣшительно никакой цѣны—не было ли бы въ высшей степени несправедливымъ въ случаѣ евикціи книги, оказавшейся въ дѣйствительности весьма цѣнной, взыскивать съ Б въ пользу А полную ея стоимость? [5] Примѣръ этотъ весьма любопытенъ именно потому, что Бернгефтъ, доводы котораго противъ подчиненія мѣны нормамъ купли Зеегеръ цѣликомъ

---

[1] Lucas, op. cit., S. 81—87, 102.

[2] Lucas, op. cit., S. 100.

[3] Lucas, op. cit., S. 101.

[4] Насколько правильно мнѣніе Бернгефта, что народное правосознаніе считаетъ мѣну дружеской сдѣлкой, видно хотя бы изъ нѣмецкой пословицы „Wer Lust hat zu tauschen, hat Lust zu betrügen."

[5] *Seeger*, op. cit., S. 27.

повторяетъ, приводитъ какъ разъ аналогичный примѣръ относительно купли. Бернгефтъ нападаетъ на проектъ германскаго уложенія за то, что онъ возложилъ на продавца строгую отвѣтственность въ видѣ возмѣщенія покупателю при евикціи всѣхъ убытковъ безъ всякаго ограниченія, и жалѣетъ, что проектъ не послѣдовалъ примѣру римскаго права, ограничивавшаго отвѣтственность двойной покупной цѣной. Въ качествѣ примѣра, къ какой несправедливости можетъ привести постановленіе проекта, Бернгефтъ приводитъ случай, когда кто-нибудь продаетъ за безцѣнокъ вещь или потому, что она ему совсѣмъ не нужна, или потому, что онъ ее не умѣетъ цѣнить, или просто изъ любезности: напримѣръ, землевладѣлецъ продаетъ ящикъ книгъ, унаслѣдованный имъ отъ пастора, по 10 пфениговъ за томъ, всего за 5 мар. 50 пф., между тѣмъ, какъ потомъ оказывается, что въ числѣ книгъ были рѣдкіе экземпляры, стоящіе по 100 фунт. стерлинговъ—было бы въ высшей степени жестоко и несправедливо взыскать съ землевладѣльца полную стоимость книгъ въ случаѣ, если онѣ оказались пріобрѣтенными отъ вора и евиктированы настоящимъ собственникомъ [1]. Этимъ примѣромъ Бернгефтъ наглядно опровергаетъ и самого себя и своего послѣдователя Зеегера, доказывая, что случаи, гдѣ установленная германскимъ правомъ суровая отвѣтственность продавца при евикціи оказывается несправедливой, вполнѣ возможны не только при мѣнѣ, но и при куплѣ-продажѣ, а у насъ нѣтъ никакихъ основаній предполагать, что такіе случаи въ мѣнѣ являются особенно часто встрѣчающимися. Правда, въ другомъ мѣстѣ своей книги Бернгефтъ говоритъ, что ограниченіе отвѣтственности двойной стоимостью покупной цѣны, пригодное вполнѣ для купли, къ мѣнѣ не примѣнимо за отсутствіемъ здѣсь точнаго масштаба для опредѣленія цѣнности вещи, такъ какъ стороны могутъ вовсе не подозрѣвать, сколько она стоитъ или не желать реализовать ея полную стоимость, но развѣ въ приведенномъ Бернгефтомъ примѣрѣ съ книгами мы не имѣемъ совершенно такого же положенія вещей? Поэтому данный вопросъ переносится совсѣмъ на иную почву—вмѣсто вопроса о непримѣнимости именно къ мѣнѣ установленной для купли строгой отвѣтственности, онъ превращается въ вопросъ о томъ, не слѣдуетъ-ли вообще въ случаяхъ возмезднаго перенесенія права собственности нѣсколько ограничить отвѣтственность за евикцію [2].

Не можемъ мы также согласиться и съ другимъ возраженіемъ критиковъ германскаго уложенія—именно, что actio quanti minoris къ мѣнѣ не примѣнима. Замѣчаніе Бернгефта и Зеегера, что выплата однимъ контрагентомъ другому опредѣленной денежной суммы сама по себѣ

---

[1] *Bernhöft,* op. cit., S. 26

[2] При обсужденіи проекта Германскаго уложенія въ коммиссіи рейхстага было внесено предложеніе ограничить отвѣтственность продавца, какъ это предлагалъ Бернгефтъ, но значительнымъ большинствомъ предложеніе это было отклонено, т. к. это повело бы къ несправедливымъ результатамъ и было бы теоретически непослѣдовательно только для одной купли устанавливать болѣе мягкую отвѣтственность (*Mugdan,* «Die gesamten Materialien zum B. G. B.» B. II, S. 1276).

несовмѣстима съ природой мѣны и не соотвѣтствуетъ намѣренію контрагентовъ, въ сущности совершенно необосновано. И въ другихъ контрактахъ стороны имѣютъ въ виду фактическое исполненіе, а между тѣмъ въ извѣстныхъ случаяхъ получаютъ въ качествѣ вознагражденія деньги, являющіяся въ современномъ строѣ мѣриломъ всѣхъ цѣнностей. Не придаемъ мы большого значенія и техническимъ трудностямъ исчисленія доплаты: въ нормальныхъ случаяхъ отличіе отъ купли сводится всего къ опредѣленію третьей неизвѣстной величины—цѣнности вещи, полученной контрагентомъ, обязаннымъ къ доплатѣ [1] (цѣнность полученной истцомъ вещи безъ недостатка и цѣнность ея-же при наличности недостатка нужно опредѣлять и при куплѣ). Только въ рѣдкихъ случаяхъ предъявленія обѣими сторонами взаимно actio quanti minoris расчетъ можетъ вызвать затрудненія, которыя однако могутъ быть устранены принятіемъ системы Бэра не съ геометрической средней, а съ ариѳметической.

Обращаясь теперь къ доводамъ, которые выставляетъ Лукасъ, мы также не можемъ согласиться и съ ними. Прежде всего, мы не можемъ признать убѣдительнымъ его примѣръ ненормальности примѣненія къ мѣнѣ нормъ купли, когда у контрагента въ случаѣ полученія вещи съ недостаткомъ имѣется право только на расторженіе договора, а это оказывается невозможнымъ вслѣдствіе гибели вещи у другого контрагента безъ вины съ чьей-либо стороны. Во-первыхъ, примѣръ этотъ относится не вообще къ мѣнѣ, а только къ мѣнѣ нѣкоторыми домашними животными, которая должна по германскому праву подлежать особымъ правиламъ. Во-вторыхъ, даже и въ этомъ случаѣ мы не можемъ признать положеніе вещей ненормальнымъ и несправедливымъ, такъ какъ нельзя упускать изъ виду, что въ случаѣ вины контрагента или если онъ прямо обѣщалъ наличность извѣстныхъ качествъ у животнаго, потерпѣвшій всегда можетъ взыскать съ него вознагражденіе за ущербъ. Если же контрагентъ не виновенъ ни въ сокрытіи недостатка, ни въ гибели вещи, то врядъ ли было бы справедливымъ возлагать на него какую-либо отвѣтственность. Аналогичные результаты примѣненія правила объ освобожденіи должника отъ исполненія своей обязанности вслѣдствіи невозможности исполненія безъ вины съ чьей-либо стороны возможны и въ другихъ договорахъ и въ той же куплѣ-продажѣ. Такъ напримѣръ, покупатель можетъ требовать расторженія договора вслѣдствіе недостатка вещи и получить съ продавца уплаченныя имъ деньги, а самъ продавцу не платитъ ничего, если вещь случайно погибла. Лу-

---

[1] Германская практика на основаніи § 472 производитъ расчетъ на основаніи пропорціи: стоимость купленной вещи безъ недостатка такъ относится къ стоимости ея съ недостаткомъ, какъ покупная цѣна относится къ тому, что продавецъ можетъ изъ нея оставить у себя. Эту же пропорцію она примѣняетъ и къ мѣнѣ (*Neumann*, «Die Rechtsprechung d. Reichsgerichts in Zivilsachen» B. G. B., 2-e Folge, B. I, 1912, § 472; *Staudinger*, op. cit., S. 787; Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, B. 73, S. 152). Такой же порядокъ существуетъ и въ Швейцаріи—см. *Eggers* Kommentar, B. V., S. 507.

касъ [1] находитъ такой случай болѣе нормальнымъ, такъ какъ де продавецъ передалъ вещь съ недостаткомъ и этимъ далъ поводъ для расторженія договора, за что и долженъ нести убытки, но Лукасъ забываетъ опять, что передача вещи съ недостаткомъ, совершенная безъ вины со стороны продавца, не является основаніемъ для возложенія на него какой-нибудь отвѣтственности—законъ вообще требуетъ для этого вины и не довольствуется тѣмъ фактомъ, что данное лицо дало поводъ къ наступленію ущерба для кого бы то ни было.

Такъ же несостоятельно и другое возраженіе Лукаса—именно, что въ мѣнѣ положеніе лица, передавшаго вещь съ недостаткомъ, будетъ значительно тяжеле положенія продавца въ томъ отношеніи, что послѣдній обязанъ вернуть только полученныя деньги съ $5^0/_0$, а первый долженъ вернуть полученную вещь съ плодами, которые онъ собралъ или долженъ былъ собрать, и отвѣчать за небрежность. Разница въ данномъ случаѣ отнюдь не принципіальная, а чисто фактическая, объясняемая характеромъ эквивалента, тѣмъ, что законъ устанавливаетъ предположеніе, что плоды денегъ равняются $5^0/_0$. Говорить объ отягченіи участи обязаннаго лица здѣсь нельзя, такъ какъ во многихъ случаяхъ при мѣнѣ его положеніе будетъ легче, чѣмъ при куплѣ, такъ какъ обязанность его будетъ исчерпываться однимъ возвращеніемъ вещи, а при куплѣ онъ всегда платитъ $^0/_0$, хотя бы доходу съ денегъ не извлекъ никакого и не могъ извлечь. Совершенно неправильно мнѣніе Лукаса, что возложеніе подобной отвѣтственности при мѣнѣ на контрагента, получившаго вещь съ недостаткомъ, болѣе оправдывается, чѣмъ по отношенію къ лицу, давшему такую вещь, такъ какъ въ распоряженіи перваго есть право требовать уменьшенія цѣны, если требованіе расторженія купли для него не выгодно. Здѣсь авторъ забываетъ, что въ данномъ случаѣ стороны должны принципіально быть поставлены въ такое положеніе, въ какомъ онѣ были до заключенія сдѣлки, почему и отвѣтственность ихъ должна быть одинакова. Вообще Лукасъ рѣзко самъ себѣ противорѣчитъ. Выше онъ считалъ несправедливымъ, что лицо, передавшее вещь съ недостаткомъ, освобождается отъ отвѣтственности, если полученная имъ вещь случайно погибла, а здѣсь онъ считаетъ несправедливымъ возлагать на него отвѣтственность за порчу вещи по своей небрежности и за неизвлеченіе плодовъ, такъ какъ де не могло же данное лицо, не зная даже о недостаткѣ отданной вещи, предвидѣть, что послѣдуетъ расторженіе договора.

Мы разсмотрѣли всѣ сколько-нибудь существенные доводы, которые приводились въ нѣмецкой литературѣ противъ подчиненія обязанности передать вещь въ собственность по договору мѣны нормамъ, установленнымъ относительно аналогичной обязанности въ договорѣ купли-продажи, и пришли къ заключенію, что доводы эти несостоятельны.

Во французской литературѣ никакихъ сомнѣній въ возможности примѣненія къ мѣнѣ actio quanti minoris не возникаетъ. Но за то здѣсь

---

[1] *Lucas,* op. cit., S. 100.

на случай евикціи самъ законодатель для мѣны устанавливаетъ двѣ спеціальныя нормы—art. 1704—1705. Первую изъ нихъ мы пока оставимъ безъ разсмотрѣнія, какъ относящуюся въ сущности къ вопросу о совершеніи договора. Что касается до art. 1705, то онъ гласитъ, что если у одного изъ обмѣнявшихся полученная вещь будетъ евиктирована, то онъ по своему выбору можетъ требовать или возмѣщенія ущерба или возвращенія отданной имъ вещи обратно. Аналогичное правило даетъ для мѣны и швейцарское гражданское уложеніе (art. 238) съ той лишь разницей, что говоритъ не только о случаѣ евикціи вещи, но и о возвращеніи ея контрагенту вслѣдствіе фактическаго недостатка. Сопоставляя вышеназванное правило съ соотвѣтствующими правилами купли, мы замѣчаемъ между ними на первый взглядъ довольно существенное различіе. Такъ, при полной евикціи, какъ по французскому, такъ и по швейцарскому праву, покупатель можетъ требовать только возвращенія покупной цѣны съ процентами и убытками, такъ что, примѣняя эту норму по аналогіи къ мѣнѣ, получилось бы, что и здѣсь можно требовать лишь возвращенія данной контрагенту вещи плюсъ возмѣщеніе убытковъ, между тѣмъ какъ въ мѣнѣ вмѣсто этого можно требовать просто возмѣщенія убытковъ (считая, конечно, въ томъ числѣ и стоимость отнятой вещи). Такое же отличіе получается и при возвращеніи вещи вслѣдствіе ея фактическаго недостатка. Но если дѣйствительно въ данномъ случаѣ мы имѣемъ различіе между мѣной и куплей, то при ближайшемъ разсмотрѣніи это различіе оказывается, если можно такъ выразиться, чисто случайнаго, а не принципіальнаго характера. Въ самомъ дѣлѣ, вышеуказанныя нормы французскаго и швейцарскаго законодательствъ относительно мѣны въ сущности являются лишь примѣненіемъ общаго правила, что, въ случаѣ неисполненія однимъ изъ контрагентовъ своей обязанности, другой имѣетъ право требовать или расторженія договора, или вознагражденія за неисполненіе договора, такъ что въ сущности не эти нормы относительно мѣны, а нормы относительно купли представляютъ нѣкоторую особенность по сравненію съ общими правилами о неисполненіи обязательствъ. Но и эта особенность является чисто кажущейся, такъ какъ происходитъ только отъ того, что въ куплѣ, гдѣ возвращеніе полученнаго выражается также въ уплатѣ извѣстной суммы денегъ, оба иска совпадаютъ и ведутъ къ однимъ и тѣмъ же результатамъ, почему здѣсь нѣтъ никакого смысла обособлять эти иски и трактовать о нихъ отдѣльно.

Наконецъ, послѣдняя обязанность продавца, о которой спеціально упоминаетъ германское уложеніе,—обязанность сообщить пріобрѣтателю необходимыя свѣдѣнія объ юридическихъ отношеніяхъ, касающихся отчуждаемаго земельнаго участка,—какъ это прямо указалъ § 445 B. G. B., должна относиться и ко всѣмъ другимъ договорамъ о возмездномъ отчужденіи вещей.

Такимъ образомъ мы пришли къ заключенію, что регламентація обязанностей продавца не стоитъ въ зависимости отъ денежнаго эквивалента и вполнѣ примѣнима къ мѣнѣ. Но разсматривая этотъ вопросъ,

мы брали только обязанности отчуждающаго вещь сами по себѣ, между тѣмъ какъ въ договорѣ мѣны, гдѣ каждый изъ контрагентовъ является одновременно и отчуждателемъ, и пріобрѣтателемъ, гдѣ обмѣниваемая вещь является въ то же время и платой за пріобрѣтеніе вещи, необходимо еще выяснить, какое вліяніе имѣетъ на примѣненіе нормъ объ обязанностяхъ продавца тотъ фактъ, что одновременно съ ними по поводу передачи той же вещи должны примѣняться и правила объ обязанностяхъ покупателя. Выяснить это важно, такъ какъ вполнѣ возможно, что обязанность передать другому вещь въ собственность окажется неудобнымъ подчинять одновременно и нормамъ, регламентирующимъ обязанности продавца, и нормамъ, опредѣляющимъ обязанность покупателя заплатить покупную цѣну. Какія нормы, опредѣляющія эту обязанность покупателя, примѣнимы къ мѣнѣ — объ этомъ сказано будетъ ниже. Здѣсь для насъ важно установить лишь то обстоятельство, что изъ всѣхъ нормъ, трактующихъ объ обязанностяхъ покупателя, лишь одинъ art. 1651 Code Civil наталкивается на противорѣчіе съ разсмотрѣнными нами выше нормами объ обязанностяхъ отчуждателя вещи. Art. 1651 гласитъ, что если въ договорѣ не былъ обусловленъ иной порядокъ, то покупатель долженъ заплатить въ томъ мѣстѣ и въ то время, когда должна состояться передача вещи. Примѣняя это правило къ мѣнѣ, мы получимъ явное противорѣчіе: вещь, передаваемая однимъ изъ мѣняющихся другому, должна разсматриваться одновременно и какъ продаваемая вещь, и какъ плата за пріобрѣтаемую вещь—въ качествѣ первой она должна быть передана въ мѣстѣ, гдѣ она находилась въ моментъ совершенія сдѣлки, а въ качествѣ платы по art. 1651 та же самая вещь должна быть передана въ мѣстѣ, гдѣ находилась въ моментъ совершенія договора вещь, получаемая отъ контрагента. Отсюда ясно, что оба эти правила о мѣстѣ передачи другъ друга взаимно исключаютъ, и что art. 1651 къ мѣнѣ не примѣнимъ, какъ относящійся исключительно къ денежному вознагражденію. При этомъ надо замѣтить, что если мѣсто исполненія, указанное въ art. 1651, обуславливается исключительно тѣмъ, что здѣсь имѣется въ виду исключительно платежъ денегъ, то, казалось бы, нѣтъ рѣшительно никакихъ основаній пріурочивать это правило къ куплѣ, а нужно распространить его на всякій платежъ денегъ: такъ и поступаютъ законодательства германское и швейцарское, давая общее правило, что денежный долгъ есть «Bringschuld» [1]. Что касается до остальныхъ нормъ объ обязанностяхъ покупателя, то примѣненіе ихъ къ мѣнѣ нисколько не противорѣчитъ одновременному примѣненію и нормъ объ обязанностяхъ лица, отчуждающаго вещь въ собственность.

Б) Возьмемъ теперь случай, гдѣ эквивалентомъ обязанности передать вещь въ собственность является не вещь и не денежная сумма, а предоставленіе к.—н. вещи въ пользованіе. Напримѣръ, одно лицо обязывается предоставить другому свою охотничью собаку въ пользованіе на из-

---

[1] Schweiz. Z. G. B., Art. 74; B. G. B., § 270.

вѣстный срокъ, а тотъ за это обязывается передать ему въ собственность свое старое ружье, или крестьянинъ за пользованіе лошадью сосѣда обязывается дать ему нѣсколько пудовъ муки. Такъ какъ современныя законодательства не требуютъ, чтобы въ наймѣ имущества вознагражденіе состояло непремѣнно въ деньгахъ, то вышеуказанные договоры теоретически вполнѣ подойдутъ подъ понятіе найма. Но, устранивъ требованіе вознагражденія непремѣнно въ денежной суммѣ, законодательства тѣмъ не менѣе, регулируя обязанность нанимателя платить вознагражденіе, имѣютъ въ виду исключительно деньги, поэтому вопросъ, какимъ нормамъ должны подлежать вышеприведенные нами случаи, остается открытымъ. Съ нашей точки зрѣнія, которую мы уже ранѣе высказывали [1], такъ какъ здѣсь мы имѣемъ обязанность возмездно передать вещь въ собственность, то она и должна подлежать нормамъ, регулирующимъ эту послѣднюю обязанность. Но такъ какъ законодательства эту обязанность регулируютъ примѣнительно къ договору купли, предполагающему денежный эквивалентъ, то наша задача и должна состоять въ томъ, чтобы выяснить, возможно ли нормы, установленныя для купли, примѣнять къ случаямъ, гдѣ вознагражденіе за передачу вещи состоитъ въ предоставленіи вещи въ пользованіе. При этомъ, такъ какъ вопросъ, насколько та или другая норма связана съ денежнымъ эквивалентомъ, нами уже былъ разсмотрѣнъ, когда рѣчь шла о договорѣ мѣны, то теперь мы можемъ позволить себѣ быть болѣе краткими, ограничиваясь во многихъ случаяхъ ссылкой на предыдущее изложеніе того или иного вопроса.

Если мы возьмемъ договоръ, гдѣ одно лицо обязалось передать другому вещь въ собственность, то, несомнѣнно, его обязанность передать вещь контрагенту должна обсуждаться совершенно одинаково, является ли эквивалентомъ за передачу вещи денежная сумма или предоставленіе пользованія какою-нибудь вещью. Попробуемъ провѣрить это на примѣрѣ договора о предоставленіи собаки въ пользованіе за передачу въ собственность охотничьяго ружья, положивъ въ основаніе нормы французскаго права, какъ посвящающаго вопросу о передачѣ вещи наибольшее, по сравненію съ другими законодательствами, вниманіе. Получается: а) передача ружья должна быть совершена реальнымъ врученіемъ его контрагенту; ружье считается переданнымъ съ момента соглашенія сторонъ, если въ моментъ заключенія договора реальное врученіе его было невозможнымъ, или если ружье уже было въ рукахъ контрагента на основаніи, напримѣръ, договора ссуды или найма (art. 1606); б) расходы по передачѣ ружья падаютъ на отчуждателя, а расходы по принятію его—на пріобрѣтателя, если иной порядокъ не былъ обусловленъ въ договорѣ (art. 1608); в) ружье должно быть передано въ мѣстѣ, гдѣ оно находилось въ моментъ заключенія договора, если не было иного соглашенія (art. 1609); г) если ружье не будетъ передано въ условленное время, то контрагентъ можетъ по своему усмотрѣнію тре-

[1] Право, 1911 г., № 47.

бовать или расторженія договора или предоставленія ему ружья (art. 1610); д) во всякомъ случаѣ отчуждатель долженъ возмѣстить пріобрѣтателю убытки, причиненные тѣмъ, что ружье не было передано въ условленный срокъ (art. 1611); е) собственникъ ружья, однако, не обязанъ его передавать пріобрѣтателю, если по договору было обусловлено, что ружье должно быть передано въ моментъ предоставленія ему собаки въ пользованіе, а пріобрѣтатель собаки не даетъ (art. 1612); ж) если собственникъ ружья согласился, что собака можетъ быть дана ему въ пользованіе черезъ нѣсколько времени послѣ передачи ружья, а между тѣмъ собственникъ собаки объявленъ несостоятельнымъ, то согласно общему правилу art. 1188 Code Civil, подтвержденному спеціально въ art. 1613 Code Civil, отсрочка, данная собственнику собаки, отпадаетъ [1], и собственникъ ружья можетъ не передавать его, если ему одновременно не будетъ дана собака въ пользованіе или не дано обезпеченіе (art. 1613); ружье должно быть передано въ томъ состояніи, въ какомъ оно находилось въ моментъ заключенія договора (art. 1614); вмѣстѣ съ ружьемъ должны быть переданы его принадлежности и все, что предназначено для пользованія ружьемъ, напримѣръ, чехолъ, шомполъ и т. п. (art. 1615). Большинство этихъ правилъ о передачѣ проданной вещи являются столь явно сами собою подразумѣвающимися, что примѣненіе ихъ по аналогіи ко всѣмъ случаямъ возмездной передачи въ собственность у французскихъ юристовъ не вызываетъ никакихъ сомнѣній тѣмъ болѣе, что въ большинствѣ случаевъ правила эти являются просто повтореніемъ примѣнительно къ куплѣ общихъ правилъ объ исполненіи обязательствъ. Въ прежней литературѣ, правда, высказывалось мнѣніе, что право удержанія, о которомъ говоритъ art. 1612—1613, можетъ имѣть примѣненіе исключительно только въ случаяхъ, указанныхъ въ законѣ, но это мнѣніе Merlin и Laurent въ настоящее время окончательно оставлено и литературой и практикой, принявшими jus retentionis въ качествѣ общаго правила для всѣхъ договоровъ, гдѣ имѣется «debitum cum re junctum» [2]. Замѣтимъ, что, напримѣръ, германское право прямо придаетъ этому правилу общій для всѣхъ двустороннихъ договоровъ характеръ [3].

Случаи, гдѣ одно лицо обязывается передать другому въ собственность недвижимость за предоставленіе пользованія вещью, въ жизни очень рѣдки, но теоретически вполнѣ возможны: напримѣръ, одинъ землевладѣлецъ обязуется передать сосѣду въ собственность участокъ земли, за что сосѣдъ обязуется предоставить ему пользованіе извѣстнымъ количествомъ десятинъ своихъ луговъ въ продолженіе нѣсколькихъ лѣтъ, или домовладѣлецъ обязуется передать другому въ собственность свой домъ, за что пріобрѣтатель обязывается предоставить ему пользо-

---

[1] Что art. 1613 есть лишь примѣненіе принципа, что несостоятельность влечетъ за собой потерю для должника bénéfice du terme—см. *Guillouard* «Traités de la vente et de l'échange», t. I, n. 218.

[2] *Planiol,* t. II, p. 762—763; *Guillouard,* t. I, n. 216.

[3] B. G. B., § 273.

ваніе въ теченіе нѣсколькихъ лѣтъ квартирой въ своемъ домѣ. Въ этихъ случаяхъ передача совершается врученіемъ ключей отъ дома или документовъ (titres de propriété, art. 1605); если обнаружится несоотвѣтствіе между величиной участка, показанной въ договорѣ, и реальной, то по аналогіи примѣняться и здѣсь должны art. 1617—1623 Code Civil, при чемъ невозможность уменьшенія или увеличенія эквивалента въ натурѣ влечетъ за собой доплату соотвѣтствующей суммы денегъ.

Не можетъ быть никакихъ сомнѣній, что правила о рискѣ за случайную гибель вещи въ анализируемыхъ нами случаяхъ должны примѣняться такъ же, какъ и въ куплѣ.

Если ружье послѣ передачи оказалось, напримѣръ, краденымъ, то ясно, что отчуждатель долженъ здѣсь отвѣчать за евикцію. Это прямо установлено германскимъ правомъ [1], а въ другихъ законодательствахъ хотя и нѣтъ такого прямого указанія, но тѣмъ не менѣе примѣненіе правилъ объ евикціи по аналогіи здѣсь является безспорнымъ. Такъ, если опять возьмемъ для примѣра швейцарское уложеніе, то отвѣтственность передавшаго краденое ружье выразится въ слѣдующемъ: а) онъ долженъ возвратить полученный эквивалентъ, но такъ какъ послѣдній состоялъ въ пользованіи вещью, которое не можетъ быть возвращено по своей природѣ, то вмѣсто этого онъ долженъ уплатить денежную сумму, равную стоимости пользованія данной вещью; б) возмѣстить контрагенту сдѣланныя имъ на ружье издержки (напримѣръ, къ ружью было придѣлано новое ложе), поскольку эти издержки контрагентъ не могъ взыскать съ лица евиктировавшаго ружье; в) возмѣстить издержки по веденію контрагентомъ процесса изъ-за ружья съ его настоящимъ собственникомъ; г) возмѣстить другіе, непосредственно евикціей ружья причиненные контрагенту, убытки, д) возмѣстить ему всѣ другіе убытки, если передавшій ружье передавалъ завѣдомо краденое; е) если краденымъ оказалось не самое ружье, а лишь футляръ къ нему, то контрагентъ можетъ требовать расторженія договора только въ томъ случаѣ, если видно будетъ, что безъ футляра онъ даннаго ружья не пріобрѣталъ бы,—въ противномъ случаѣ онъ можетъ требовать лишь возмѣщенія убытковъ, понесенныхъ вслѣдствіе отнятія у него футляра.

Нѣсколько болѣе затрудненій вызываетъ вопросъ объ отвѣтственности отчудившаго вещь за недостатки вещи. Въ этомъ случаѣ, какъ мы выше говорили, законодательства предоставляютъ покупателю право требовать по своему усмотрѣнію или расторженія договора, или соотвѣтствующаго уменьшенія цѣны. Въ первомъ случаѣ покупатель долженъ возвратить продавцу вещь вмѣстѣ съ доходами, которые онъ извлекъ или долженъ былъ извлечь, а продавецъ—возвратить ему покупную цѣну съ законными процентами. Но здѣсь эквивалентомъ были не деньги, а пользованіе вещью, которое, несомнѣнно, возвратить нельзя, какъ же тогда быть? Отвѣтъ на этотъ вопросъ данъ, напримѣръ, самимъ германскимъ закономъ въ ясной и опредѣленной формѣ: § 467 B. G. B.

[1] B. G. B., § 445.

говоритъ, что къ «Wandlung» при куплѣ-продажѣ примѣнимы правила, установленныя въ §§ 346—348, 350—354, 356, между тѣмъ § 346 указываетъ, что стороны въ случаѣ Rücktritt обязаны взаимно возвратить полученное, а за оказанныя услуги и за предоставленіе пользованія вещью должна быть уплачена ихъ стоимость. Такимъ образомъ и въ данномъ случаѣ вполнѣ примѣнимы тѣ же общія правила о Rücktritt, какъ и въ куплѣ-продажѣ.

Если покупатель предпочиталъ требовать уменьшенія цѣны, то цѣна должна быть понижена въ такомъ соотношеніи, въ какомъ находилась стоимость вещи безъ недостатка къ стоимости вещи въ томъ видѣ, въ какомъ она была передана. Примѣняя это правило къ договору, гдѣ эквивалентомъ является пользованіе вещью, напримѣръ, когда крестьянинъ обязался за пользованіе лошадью сосѣда въ теченіе мѣсяца отдать ему въ собственность рыбачью лодку, а переданная лодка оказалась съ серьезными недостатками, — получимъ, что вознагражденіе за лодку должно быть уменьшено настолько, насколько уменьшилась стоимость лодки по сравненію съ тѣмъ, что она стоила безъ недостатковъ. Но здѣсь эквивалентъ состоялъ въ предоставленіи пользованія лошадью— спрашивается, какимъ образомъ можно это пользованіе уменьшить? На этотъ вопросъ опять-таки германскій законодатель даетъ соотвѣтствующее указаніе въ § 473 B. G. B., гласящемъ, что если покупатель, кромѣ денегъ за вещь, обязался дать еще другое вознагражденіе, не имѣющее объектомъ передачу замѣнимыхъ вещей, то пониженіе производится на денежной части эквивалента, а если эта часть меньше той суммы, на которую должно быть произведено пониженіе, то продавецъ излишекъ долженъ выплатить покупателю. По единодушному мнѣнію нѣмецкихъ юристовъ, этотъ § 473 долженъ примѣняться и къ случаямъ, гдѣ весь эквивалентъ цѣликомъ состоялъ не въ передачѣ замѣнимыхъ вещей, а въ чемъ-либо другомъ [1]. При этомъ, однако, Kisch [2] справедливо замѣчаетъ, что законъ совершенно напрасно говоритъ о замѣнимости или незамѣнимости эквивалента, такъ какъ дѣло не въ замѣнимости, а въ дѣлимости: эквивалентъ могъ быть не замѣнимымъ, но дѣлимымъ (напримѣръ, оказаніе услугъ въ теченіе извѣстнаго промежутка времени, 20 уроковъ музыки), и тогда нѣтъ препятствій для осуществленія уменьшенія эквивалента въ натурѣ—наоборотъ, эквивалентъ могъ состоять въ передачѣ замѣнимыхъ вещей и быть недѣлимымъ (напримѣръ, одна лошадь, какая все равно, извѣстное количество акцій, необходимое для полученія большинства въ общемъ собраніи), и тогда уменьшеніе въ натурѣ невозможно. Въ виду этого Kisch полагаетъ, что при примѣненіи § 473 ря-

---

[1] *Kisch,* «Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach d. B. G. B. f. d. D. Reich», 1900, S. 175, 177; *Knott,* «Die Bestimmungen des B. G. B. über die Haftung d. Verkäufers für Mängel d. verkauften Sachen, verglichen mit den allgemeinen Bestimmungen über die Unmöglichkeit d. Leistung». Diss. Halle, 1903, S. 39; *Dernburg,* «Das bürgerl. Recht d. D. Reichs u. Preussens» B. II, Abt. I, 4-e Aufl., 1909, § 96; *Planck,* § 323, note 2; *Oertmann,* § 473, Bem. 5.

[2] *Kisch,* loc. cit.

домъ съ требуемымъ закономъ моментомъ незамѣнимости рѣшающее значеніе все же долженъ имѣть и моментъ недѣлимости. Обращаясь къ нашему примѣру, мы видимъ, что предоставленіе пользованія лошадью на мѣсяцъ является дѣйствіемъ дѣлимымъ, такъ что уменьшеніе эквивалента въ натурѣ здѣсь вполнѣ возможно: если лодка безъ недостатка стоила 16 р., а съ недостаткомъ стоитъ всего 12 руб., то и лошадь будетъ предоставлена въ пользованіе не на мѣсяцъ, а лишь на три недѣли. Но въ Германіи въ виду наличности § 473, вводящаго требованіе, чтобы эквивалентъ состоялъ непремѣнно въ передачѣ замѣнимыхъ вещей, и въ нашемъ примѣрѣ уменьшеніе эквивалента должно быть произведено путемъ доплаты на основаніи пропорціи: стоимость пользованія лошадью въ теченіе мѣсяца (положимъ 12 р.) такъ относится къ X (сколько нужно доплатить), какъ стоимость лодки (16 р.) относится къ тому, на сколько уменьшилась ея стоимость вслѣдствіе недостатка (4 р.)—и получимъ въ результатѣ, что передавшій лодку долженъ доплатить хозяину лошади 3 руб.

Изъ сказаннаго слѣдуетъ, что если вознагражденіе за передачу вещи въ собственность будетъ состоять не въ деньгахъ и не въ вещахъ, а въ предоставленіи пользованія вещью, то и въ этомъ случаѣ обязанности лица отчуждающаго должны обсуждаться по тѣмъ же правиламъ, какъ и обязанности продавца или мѣняющагося, по крайней мѣрѣ, измѣненіе эквивалента само по себѣ рѣшительно никакихъ измѣненій въ этой регламентаціи не вызываетъ.

Теперь намъ остается только разсмотрѣть, не вызываются ли какія-нибудь измѣненія въ этой регламентаціи тѣмъ фактомъ, что въ изслѣдуемой нами категоріи договоровъ передача вещи въ собственность является въ свою очередь эквивалентомъ за предоставленіе пользованія вещью и должна такимъ образомъ обсуждаться и по тѣмъ правиламъ, которыя законодательства устанавливаютъ относительно обязанностей нанимателя.

Обязанности нанимателя заключаются прежде всего въ надлежащемъ пользованіи вещью, въ сохраненіи ея и въ возвращеніи по окончаніи срока найма. Нечего и говорить, что эти обязанности не стоятъ ни въ какой связи съ характеромъ вознагражденія за пользованіе вещью, почему регламентація ихъ и не можетъ отражаться на обязанности передать вещь въ собственность. Вліяніе можетъ оказать, естественно, только регламентація обязанности нанимателя платить вознагражденіе за пользованіе. Обращаясь къ регламентаціи этой обязанности по германскому праву мы видимъ, что она состоитъ: 1) въ опредѣленіи, что плата за пользованіе должна вноситься по окончаніи срока найма, а если плата опредѣлена за извѣстный періодъ времени, то она должна вноситься по истеченіи каждаго такого промежутка времени; при наймѣ недвижимостей плата должна вноситься по истеченіи каждой четверти года въ первый будничный день слѣдующаго мѣсяца, если плата не опредѣлена соотвѣтственно болѣе короткимъ промежуткомъ времени [1]; 2) въ

[1] B. G. B., § 551.

указаніи, что наниматель не освобождается отъ платежа наемной платы, если какое-нибудь, касающееся лично его, обстоятельство лишаетъ его возможности пользоваться вещью [1]; 3) въ опредѣленіи, что неплатежъ наемной платы въ теченіе двухъ, одинъ за другимъ слѣдующихъ, сроковъ платежа даетъ право наймодателю расторгнуть договоръ безъ соблюденія какого-либо Kündigungsfrist [2]. Не трудно видѣть, что эти правила, хотя и разсчитанныя несомнѣнно на денежное вознагражденіе, въ то же самое время вполнѣ примѣнимы и къ вознагражденію, состоящему въ передачѣ вещи въ собственность, при чемъ нисколько не препятствуютъ примѣненію только что разсмотрѣнныхъ нами общихъ правилъ объ обязанностяхъ лица, передающаго другому возмездно вещь въ собственность. Что касается до русскаго законодательства, то оно, кромѣ краткаго указанія на обязанность нанимателя платить въ срокъ наемную плату [3], никакой дальнѣйшей регламентаціи этой обязанности не даетъ.

Не имѣется нормъ, которыя бы регламентировали обязанность нанимателя платить вознагражденіе и во Франціи, за исключеніемъ немногихъ правилъ, относящихся къ арендѣ сельскохозяйственныхъ участковъ. Сюда, во-первыхъ, относится art. 1765, предусматривающій случай, когда въ отданномъ въ аренду имѣніи окажется земли больше или меньше, чѣмъ было условлено въ договорѣ; здѣсь должны примѣняться тѣ же правила, что и въ куплѣ, а такъ какъ вознагражденіе въ такомъ случаѣ состоитъ въ передачѣ вещи въ собственность, то мы получимъ положеніе вещей, аналогичное съ договоромъ мѣны, и все сказанное нами выше о мѣнѣ должно относиться и къ данному случаю. Затѣмъ art. 1769—1773 Code Civil предоставляютъ арендатору при извѣстныхъ условіяхъ право на пониженіе арендной платы, если урожай погибъ цѣликомъ, или наполовину вслѣдствіе какого-нибудь случайнаго обстоятельства. Если вознагражденіе состояло въ передачѣ въ собственность родовыхъ вещей, напримѣръ, въ передачѣ извѣстнаго количества пудовъ муки или сѣна, столькихъ-то головъ овецъ, и т. п., то пониженіе платы происходитъ такъ же, какъ и въ денежномъ вознагражденіи, т.-е. in natura; если же плата за пользованіе состояла въ передачѣ вещи, не подлежащей дѣленію, то пониженіе платы должно будетъ выразиться въ доплатѣ извѣстной денежной суммы арендатору со стороны собственника участка; такой порядокъ, какъ мы видѣли, имѣетъ мѣсто въ договорѣ мѣны при actio quanti minoris, такъ что нѣтъ основанія не допускать его и въ данномъ случаѣ.

Наконецъ, швейцарское уложеніе относительно обязанности нанимателя вносить плату даетъ лишь правило о срокахъ внесенія этой платы (art. 262) и указываетъ, что въ извѣстныхъ случаяхъ она можетъ понижаться (art. 254—255); согласно съ вышеуказаннымъ нормы эти вполнѣ примѣнимы и къ вознагражденію, состоящему въ вещахъ,

---

[1] B. G. B., § 552.
[2] B. G. B., § 554.
[3] Ст. 1705 т. X, ч. I.

причемъ это нисколько не препятствуетъ одновременному примѣненію и правилъ объ обязанностяхъ лица, отчуждающаго вещь въ собственность.

Такимъ образомъ въ результатѣ получилось, что примѣненіе къ данному случаю нормъ, регулирующихъ платежъ арендной платы, нисколько не препятствуетъ примѣнять въ то же время и нормы, регулирующія обязанность лица возмездно передать вещь въ собственность.

В) Слѣдующимъ случаемъ, который намъ предстоитъ разсмотрѣть, является договоръ, гдѣ эквивалентомъ за передачу права собственности на вещь является предоставленіе пріобрѣтателемъ своей рабочей силы въ пользованіе отчуждателя: напримѣръ, крестьянинъ обязывается въ теченіе мѣсяца работать на помѣщика въ его усадьбѣ, за что получаетъ отъ послѣдняго въ собственность теленка. Договоръ этотъ можетъ быть конструированъ, какъ договоръ личнаго найма, такъ какъ законодательства допускаютъ, что въ немъ плата за трудъ можетъ состоять не только въ деньгахъ, но и въ другихъ благахъ [1], но такъ какъ въ немъ, какъ и въ договорѣ имущественнаго найма, регламентація законодательная разсчитана главнымъ образомъ на денежное вознагражденіе, то намъ предстоитъ разсмотрѣть тѣ же вопросы, что и въ предыдущемъ случаѣ обмѣна вещи на предоставленіе пользованія вещью.

Что касается вопроса о примѣненіи правилъ о передачѣ вещи, то здѣсь, несомнѣнно, примѣненіе ихъ должно имѣть мѣсто совершенно такъ же, какъ и въ предыдущемъ случаѣ, почему останавливаться на этомъ мы считаемъ излишнимъ такъ же, какъ и на вопросѣ о рискѣ за случайную гибель вещи. Но вотъ относительно примѣненія нормъ объ евикціи къ договорамъ do ut facias въ литературѣ мы встрѣчаемъ возраженія. Профессоръ Бернгефтъ, нападая на первый проектъ германскаго уложенія за попытку придать нормамъ объ евикціи общій характеръ, приводя рядъ примѣровъ, стремится доказать, что примѣненіе этихъ нормъ къ договорамъ do ut facias приведетъ къ нецѣлесообразнымъ результатамъ. Вотъ, напримѣръ, говоритъ названный авторъ, студентъ обязался исполнить лицу А разныя письменныя работы и въ вознагражденіе за трудъ выговорилъ себѣ право взять изъ ящика старыхъ книгъ А тѣ, которыя ему понравятся; если книги, взятыя студентомъ, будутъ евиктированы, неужели А долженъ будетъ возмѣстить студенту ихъ полную стоимость? Или, напримѣръ, молодой художникъ Ф. нашелъ у М. старую картину и сказалъ ему, что это можетъ быть настоящій Мурильо; М. не повѣрилъ и предложилъ художнику взять себѣ картину и за это нарисовать портретъ М. и всей его семьи; если картина окажется Мурильо, но будетъ евиктирована у Ф., сколько М. долженъ будетъ заплатить художнику? Авторъ сознается, что примѣры эти, а ихъ, по его словамъ, можно привести сколько угодно, подобраны нѣсколько

---

[1] Только во французской литературѣ этотъ вопросъ вызываетъ сомнѣнія: такъ, Aubry et Rau (t. V, p. 393) утверждаютъ, что плата въ личномъ наймѣ принципіально должна состоять въ деньгахъ и лишь въ видѣ «accessoirs» могутъ быть обусловлены на ряду съ деньгами «préstations en nature».

искусственно. Здѣсь искъ объ убыткахъ потому кажется несправедливымъ, что контрагентъ совсѣмъ не имѣлъ въ виду брать на себя отвѣтственность за убытки. Если бы студентъ спросилъ контрагента, согласенъ ли онъ въ случаѣ чего уплатить ему полную стоимость книгъ, то тотъ вѣроятно бы только разсмѣялся. Эти примѣры, по мнѣнію Бернгефта, доказываютъ, что безымянные контракты, вопреки всѣмъ теоретическимъ попыткамъ обобщенія, въ жизни имѣютъ совсѣмъ иной характеръ, чѣмъ купля-продажа. Вмѣсто дѣлового характера, свойственнаго куплѣ, контракты эти въ жизни имѣютъ скорѣе дружескій характеръ. Дѣйствіе и эквивалентъ здѣсь не точно соотвѣтствуютъ другъ другу по цѣнѣ, а просто отдается, напримѣръ, вещь, которая не особенно нужна, оказываются услуги, никакого особеннаго труда не требующія, и довольствуются эквивалентомъ, не оцѣнивая точно его стоимость. Въ силу этого договоры эти нѣсколько схожи съ взаимными подарками, взаимной любезностью или donatio sub modo—точную границу между ними и подобнаго рода дареніемъ провести нельзя. Поэтому, заключаетъ Бернгефтъ, распространеніе на эти договоры строгой отвѣтственности за евикцію теоретически можетъ быть и прекрасно, но на практикѣ поведетъ въ очень многихъ случаяхъ къ отрицательнымъ результатамъ. Точно также Бернгефтъ считаетъ въ договорахъ do ut facias невозможнымъ примѣнять и правила объ отвѣтственности за недостатки проданной вещи—какимъ образомъ можно уже исполненную работу или оказанную услугу «wandeln» или «mindern»? Поэтому во всѣхъ этихъ случаяхъ вышеназванный авторъ считаетъ болѣе правильнымъ предоставить свободу усмотрѣнію судьи, который примѣнитъ аналогію съ куплей только тамъ, гдѣ это слѣдуетъ [1].

Мы, однако, не можемъ признать мнѣніе уважаемаго профессора правильнымъ, какъ уже было указано нами выше, когда рѣчь шла о договорѣ мѣны. Его основное положеніе, что безымянные договоры вообще отличаются дружескимъ, а не дѣловымъ характеромъ, является, по нашему мнѣнію, совершенно произвольнымъ. Конечно, сидя въ кабинетѣ, можно дѣйствительно придумать достаточное количество искусственныхъ, какъ сознается самъ авторъ, примѣровъ, подобныхъ тѣмъ, которые онъ приводитъ въ доказательство своего положенія, но если изъ кабинета выглянуть на окружающую дѣйствительную, реальную жизнь, то легко увидѣть громадное количество заключаемыхъ на каждомъ шагу безымянныхъ договоровъ, имѣющихъ вполнѣ дѣловой характеръ, гдѣ стороны серьезно считаются съ получаемымъ эквивалентомъ, и гдѣ ничего сходнаго съ дареніемъ не имѣется. Въ самомъ дѣлѣ, изъ тысячи художниковъ врядъ ли хоть одинъ испыталъ въ дѣйствительности случай, подобный исторіи съ картиной Мурильо, а изъ всѣхъ студентовъ, положимъ, казанскаго университета, сомнѣваюсь, чтобы хоть одному удалось получить нежданно-негаданно драгоцѣнныя книги за свои письменныя занятія, между тѣмъ какъ стоитъ заглянуть въ газету, что-

[1] *Bernhöft,* op. cit., S. 11—18, 30—31.

бы прочитать десятки объявленій студентовъ, предлагающихъ свой трудъ за столъ и квартиру; стоитъ прожить хоть мѣсяцъ въ деревнѣ, чтобы узнать, что мельникъ за каждый пудъ смолотаго хлѣба получаетъ фунтъ муки, что рыбакъ снялъ у помѣщика воды и взамѣнъ обязался доставлять опредѣленное количество рыбы, что въ случаѣ плохого урожая яблокъ садъ сдается не за денежную сумму, а за то только, чтобы съемщикъ охранялъ садъ, поправилъ изгородь и доставилъ собственнику нѣсколько пудовъ яблокъ для хозяйства, что помѣщикъ весной далъ крестьянамъ хлѣба съ тѣмъ, чтобы каждый изъ нихъ соразмѣрно съ количествомъ взятаго хлѣба отработалъ опредѣленное количество дней на помѣщика во время жатвы или сѣнокоса; что помѣщикъ за подобный же эквивалентъ далъ крестьянину теленка, жеребенка или лѣсу на достройку избы; что дьячокъ за обученіе мальчика грамотѣ получаетъ отъ матери опредѣленное количество аршинъ холста и т. п. Подобныхъ примѣровъ самыхъ разнообразныхъ безымянныхъ контрактовъ, не придуманныхъ, а взятыхъ изъ дѣйствительной жизни, можно привести безконечное множество. И во всѣхъ этихъ случаяхъ стороны вовсе не смотрятъ на сдѣлку какъ на дружескую, какъ на обмѣнъ взаимныхъ любезностей, и вовсе не довольствуются получаемымъ эквивалентомъ, не принимая во вниманіе его стоимости,—нѣтъ, онѣ нерѣдко ожесточенно торгуются изъ-за каждаго рабочаго дня, изъ-за каждаго аршина холста или фунта муки. Кромѣ того, примѣровъ, подобныхъ приведеннымъ профессоромъ Бернгефтомъ, можно не мало привести и изъ области договора купли-продажи. Самъ Бернгефтъ нѣсколькими страницами ниже приводитъ примѣръ, въ которомъ землевладѣлецъ, не зная цѣнности книгъ, доставшихся ему по наслѣдству, продаетъ ихъ оптомъ по 10 пфен. за томъ, между тѣмъ какъ потомъ оказалось, что въ числѣ книгъ было нѣсколько цѣнныхъ экземпляровъ, и Бернгефтъ находитъ въ высшей степени несправедливымъ въ случаѣ евикціи книгъ взыскивать съ землевладѣльца ихъ полную стоимость. Спрашивается, какая разница между этимъ примѣромъ и случаемъ со студентомъ? Точно такъ же и въ примѣрѣ съ Мурильо то обстоятельство, что собственникъ картины отдалъ ее художнику за портретъ своей семьи, является моментомъ совершенно случайнымъ; онъ также хорошо могъ, не повѣривъ словамъ художника, предложить ему пріобрѣсти картину за 100—200 р., считая, что и это—баснословная цѣна за старую ненужную картину. Не получается ли въ случаѣ евикціи картины, оказавшейся настоящимъ Мурильо, совершенно то же самое положеніе вещей, какъ и въ томъ случаѣ, когда художникъ пріобрѣлъ картину не за деньги, а за портретъ? Отсюда ясно, что въ приведенныхъ Бернгефтомъ примѣрахъ дѣло вовсе не въ эквивалентѣ, а въ особомъ характерѣ данныхъ договоровъ, иначе намъ пришлось бы признать, что и купля-продажа вообще имѣетъ дружескій, а не дѣловой характеръ. Поэтому надо признать, что устанавливать различіе въ отвѣтственности за евикцію въ зависимости отъ характера эквивалента за пріобрѣтеніе вещи нѣтъ рѣшительно никакихъ основаній. Что же

касается до способа примѣненія къ даннымъ случаямъ нормъ объ евикціи, то онъ ничѣмъ не отличается отъ вышеразсмотрѣннаго нами случая, гдѣ эквивалентомъ является предоставленіе вещи въ собственность.

Далѣе, какъ мы уже говорили выше, Бернгефтъ утверждаетъ, что примѣненіе правилъ объ отвѣтственности за недостатки вещи къ договорамъ do ut facias представляетъ невѣроятныя затрудненія,—онъ прямо недоумѣваетъ, какимъ образомъ исполненную работу или услугу можно wandeln или mindern. На невозможность примѣненія Wandelung въ подобныхъ случаяхъ указываетъ и Рицлеръ [1]. Разсматривая отвѣтственность за недостатки въ подрядѣ, названный писатель замѣчаетъ, что слабымъ мѣстомъ закона является то, что онъ, устанавливая отдѣльныя правила для подряда, имѣлъ въ виду исключительно случаи, гдѣ Werk состоитъ въ изготовленіи или измѣненіи вещи, тогда какъ Werk можетъ состоять и въ нематеріальномъ дѣйствіи, гдѣ, напримѣръ, Wandelung не примѣнимо. Напримѣръ, пѣвица обязалась спѣть въ концертѣ арію, а спѣла плохо, парикмахеръ долженъ былъ остричь кліента, а остригъ черезчуръ коротко и т. п. Въ этихъ случаяхъ Wandelung недопустимо «aus natürlichen Gründen», такъ какъ подрядодатель не можетъ болѣе уже вернуть полученное дѣйствіе. Хотя Рицлеръ говоритъ о подрядѣ, но возраженія его, несомнѣнно, относятся и къ личному найму. Въ основѣ его мнѣнія лежитъ мысль, что Wandelung невозможно тамъ, гдѣ нельзя вернуть полученное in natura. Правильно ли это положеніе? Мы думаемъ, что нѣтъ. Прежде всего, оно не соотвѣтствуетъ германскому закону, который въ § 346 прямо говоритъ, что при Rücktritt за оказанныя услуги и за предоставленіе пользованія вещью возвращается стоимость ихъ [2]. Кромѣ того, если встать на точку зрѣнія Рицлера и Бернгефта, то пришлось бы признать, что Wandelung невозможно и при куплѣ, такъ какъ и здѣсь очень часто покупатель долженъ вернуть не только самую вещь, но и доходы и плоды съ нея потребленные или даже не полученные, но которые онъ долженъ былъ бы собрать при надлежащемъ веденіи хозяйства, а—само собой понятно—возвращеніе ихъ in natura невозможно. Если же можно вернуть обратно пользованіе, напримѣръ, домомъ въ теченіе мѣсяца путемъ возвращенія стоимости этого пользованія, то нѣтъ никакого основанія не допускать такого рода возвращенія пользованія рабочей силой. Правда, по сравненію съ куплей, Wandelung въ данномъ случаѣ нѣсколько болѣе затруднительно потому, что требуется еще опредѣлить стоимость пользованія рабочей силой, подлежащей возвращенію, но развѣ въ массѣ другихъ случаевъ суду не приходится продѣлывать точно такую же операцію. Во всякомъ случаѣ затрудненія эти вовсе не непреодолимы. Что же касается до требованія уменьшенія цѣны, то исчисленіе здѣсь, какъ и при имущественномъ наймѣ, должно

---

[1] *Riezler*, «Der Werkvertrag». 1900. S. 122—124.

[2] *Littmann* («Das gesetzliche Rücktrittsrecht vom Vertrage nach d. B. G. B.» Diss. Rostoc, 1902 S. 92) правильно видитъ въ этомъ постановленіи прямое указаніе на способъ совершенія Rücktritt въ тѣхъ договорахъ, гдѣ возвращеніе полученнаго въ натурѣ невозможно, каковыми договорами являются наемъ вещей и услугъ.

производиться на основаніи пропорціи, гдѣ стоимость вещи безъ недостатка будетъ относиться такъ къ стоимости вещи съ недостаткомъ, какъ стоимость пользованія рабочей силой будетъ относиться къ тому, что долженъ былъ бы заплатить контрагентъ за вещь. Опредѣливъ послѣднюю величину и вычтя ее изъ стоимости пользованія рабочей силой, получимъ сумму, которую отчудившій вещь долженъ будетъ доплатить своему контрагенту. Опять-таки подобный порядокъ уменьшенія цѣны путемъ обратной доплаты не только не невозможенъ, но предусмотрѣнъ прямо, напримѣръ, германскимъ уложеніемъ относительно купли-продажи [1] и допускается большинствомъ юристовъ [2]. Такимъ образомъ, мы пришли къ заключенію, что доводы профессора Бернгефта неосновательны, и что обязанности лица передающаго вещь въ собственность, должны подлежать той же регламентаціи, получаетъ ли онъ въ качествѣ эквивалента деньги или пользованіе рабочей силой контрагента.

Но договоръ, по которому лицо за пользованіе рабочей силой контрагента платитъ не деньгами, а вещью, можетъ быть подведенъ подъ понятіе договора личнаго найма, такъ какъ законодательства не считаютъ денежный эквивалентъ необходимымъ признакомъ вышеуказаннаго договора. Поэтому лицо, передающее вещь въ собственность, какъ работодатель, должно подлежать и нормамъ договора личнаго найма. Спрашивается, возможно ли въ данномъ случаѣ передачу вещи въ собственность одновременно подвергать и вышеуказаннымъ нормамъ относительно передачи вещи и регламентаціи, установленной относительно платежа нанимателемъ заработной платы, или, можетъ быть, положеніе даннаго лица, какъ работодателя, требуетъ отклоненій отъ общихъ правилъ о передачѣ вещи въ собственность. Чтобы рѣшить этотъ вопросъ, намъ надо разсмотрѣть обязанности нанимателя. Возьмемъ сперва постановленія германскаго права, какъ болѣе детально, чѣмъ законодательства русское и французское, регламентирующаго эти обязанности. Послѣднія заключаются въ слѣдующемъ: 1) при извѣстныхъ обстоятельствахъ онъ долженъ оказывать нанявшемуся медицинскую помощь во время болѣзни; 2) принимать мѣры, чтобы жизнь и здоровье нанявшагося во время работы не пострадали; 3) устраивать такъ жилыя помѣщенія и такъ содержать вообще нанявшихся, живущихъ у него, чтобы ихъ здоровье, нравственность и религіозное чувство не страдали; 4) по окончаніи найма по требованію нанявшагося выдать ему письменное свидѣтельство и 5) аккуратно платить заработную плату. Не трудно видѣть, что первыя четыре обязанности не находятся ни въ какой зависимости отъ того, платится ли заработная плата деньгами или чѣмъ-нибудь другимъ— значеніе для насъ въ данномъ случаѣ можетъ имѣть только регламентація обязанности платить заработную плату. Въ послѣднемъ отношеніи германское право содержитъ слѣдующія правила [3]: 1) что если размѣръ

---

[1] B. G. B., § 473.
[2] См., напр., *Kisch*, loc. cit.
[3] B. G. B., §§ 612, 614—616, 628.

вознагражденія не опредѣленъ, а по обстоятельствамъ видно, что такого рода услуги оказываются лишь за плату, то размѣръ вознагражденія, за отсутствіемъ установленной таксы, предполагается равнымъ обычной платѣ за такого рода работу; 2) что плата вносится postnumerando, а если она опредѣлена соразмѣрно опредѣленнымъ промежуткамъ времени, то по истеченіи каждаго такого промежутка; 3) что если наниматель въ принятіи работы будетъ in mora, то нанявшійся сохраняетъ право на вознагражденіе и за время, которое онъ не работалъ по случаю mora кредитора, но то, что онъ съэкономилъ или заработалъ за это время на сторонѣ или «böswillig» упустилъ заработать, зачитывается въ счетъ слѣдуемой ему платы; 4) что нанявшійся сохраняетъ право на вознагражденіе за тотъ сравнительно небольшой промежутокъ времени, въ теченіе котораго онъ безъ вины съ своей стороны не могъ работать вслѣдствіе какого-нибудь обстоятельства, относящагося до его личности; 5) что въ случаѣ расторженія договора по винѣ нанимателя, нанявшійся сохраняетъ право на вознагражденіе за время, которое онъ проработалъ до этого; если же нанявшійся расторгнулъ договоръ безъ основательной причины или самъ былъ виной расторженія договора нанимателемъ, то онъ лишается права на вознагражденіе за предшествующую работу, если работа эта вслѣдствіе прекращенія договора для нанимателя не имѣла никакого интереса; если плата была уже уплачена за все время впередъ, то она подлежитъ возвращенію по правиламъ § 347 B. G. B. или, если расторженіе договора произошло не по винѣ нанявшагося, то по правиламъ неосновательнаго обогащенія.

Изъ этихъ правилъ нѣкоторыя особенности возникаютъ лишь при примѣненіи пункта 3-го и 5-го. Въ первомъ случаѣ особенность получается та, что нанявшійся имѣетъ право по договору требовать вознагражденія въ видѣ передачи, положимъ, теленка, а стоимость того, что онъ «böswillig» упустилъ заработать, опредѣляется, естественно, въ деньгахъ, такъ что, очевидно, уменьшеніе заработной платы путемъ зачета послѣдней суммы здѣсь невозможно, и нанявшійся, получивъ теленка, самъ долженъ будетъ уплатить нанимателю извѣстную сумму денегъ.

Правило, изложенное нами въ пунктѣ 5-мъ, говоритъ о сохраненіи нанявшимся, расторгнувшимъ договоръ по законной причинѣ, права на часть заработной платы, соотвѣтствующую тому времени, которое онъ проработалъ до расторженія договора. Если вознагражденіе состояло въ дѣлимыхъ вещахъ—напримѣръ, въ нѣкоторомъ количествѣ пудовъ муки, головъ скота—то опредѣленіе части заработной платы затрудненій не вызываетъ, но какъ быть, если вещь, составляющая въ данномъ случаѣ заработную плату, недѣлима,—какъ, напримѣръ, опредѣлить слѣдуемую нанявшемуся часть вознагражденія, когда послѣднее состояло въ передачѣ въ собственность теленка? На это затрудненіе дѣленія натуральнаго вознагражденія обратилъ вниманіе профессоръ Лотмаръ [1]. По его словамъ, здѣсь возможно двоякое рѣшеніе: 1) принять идеальное

[1] *Lotmar*, «Der Arbeitsvertrag», B. I, S. 728—729.

дѣленіе, въ результатѣ котораго получится общая собственность контрагентовъ на данную вещь, или 2) обсуждать натуральное вознагражденіе, какъ денежное, т.-е. оцѣнить его стоимость, опредѣлить требуемую часть этой стоимости и ее уплатить нанявшемуся взамѣнъ натуральнаго вознагражденія, а если послѣднее было уже уплачено, то вытребовать его обратно. Такъ какъ первое рѣшеніе приводитъ на практикѣ къ весьма неудобнымъ результатамъ, то Лотмаръ высказывается, повидимому, за второе рѣшеніе, согласно которому, если плата состояла въ передачѣ теленка, въ случаѣ, предусмотрѣнномъ § 628 Abs. I. B. G. B., вмѣсто теленка, нанявшійся получалъ бы соотвѣтствующую часть его стоимости. Мы, однако, полагаемъ, что возможно еще третье рѣшеніе — именно теленокъ долженъ быть переданъ нанявшемуся, а послѣдній уже долженъ заплатить нанимателю сумму денегъ, соотвѣтствующую тому, что изъ стоимости теленка онъ получилъ лишняго. Въ нашу задачу не входитъ разсмотрѣніе интереснаго вопроса, какое изъ этихъ рѣшеній должно быть признано наиболѣе правильнымъ—здѣсь для насъ достаточно указать, что путемъ принятія одного изъ этихъ рѣшеній § 628 Abs I. B. G. B. можетъ быть вполнѣ примѣнимъ къ случаямъ, гдѣ плата за трудъ состояла въ недѣлимой вещи.

Такимъ образомъ, въ результатѣ получается, что правила объ обязанностяхъ лица, возмездно передающаго вещь въ собственность, правила, установленныя на основаніи регламентаціи купли-продажи, вполнѣ примѣнимы и къ личному найму, гдѣ вознагражденіе за трудъ состоитъ въ передачѣ вещи въ собственность.

Мы разсмотрѣли послѣдовательно случаи возмездной передачи вещи въ собственность съ самыми разнообразными эквивалентами—деньгами, передачей вещи въ собственность, предоставленіемъ вещи въ пользованіе, оказаніемъ услугъ—и пришли къ заключенію, что характеръ эквивалента не имѣетъ никакаго вліянія на регламентацію обязанностей лица, передающаго возмездно вещь въ собственность. Мы могли бы продолжить наше изслѣдованіе дальше и разсмотрѣть случаи, гдѣ эквивалентомъ передачи вещи въ собственность является, напримѣръ, исполненіе какого-нибудь предпріятія, сохраненіе вещи, совершеніе юридическихъ дѣйствій отъ имени отчуждателя и т. п., но считаемъ, что для нашей цѣли разсмотрѣніе этихъ послѣднихъ случаевъ является излишнимъ, во-первыхъ, потому, что результатъ, несомнѣнно, получится тотъ же самый, а во-вторыхъ, если бы въ нѣкоторыхъ случаяхъ тотъ или иной эквивалентъ и оказался бы несовмѣстимымъ съ вышеуказанной регламентаціей, то все же это обстоятельство указывало бы лишь на необходимость сдѣлать то или иное исключеніе изъ общихъ правилъ, но нисколько не колебало бы нашего основного положенія, что тѣ правила, которыя современныя законодательства устанавливаютъ относительно обязанностей продавца, въ сущности не находятся ни въ какой зависимости именно отъ денежнаго вознагражденія, а должны считаться общими правилами объ обязанностяхъ лица, возмездно передающаго вещь въ собственность.

II.

Обязанности покупателя состоятъ въ обязанности принять купленную вещь и въ обязанности уплатить продавцу условленную плату. Задача наша, какъ и въ предыдущей главѣ, заключается въ выясненіи, является ли установленная законодательствами регламентація этихъ обязанностей разсчитанной исключительно на денежный эквивалентъ, или же она ни въ какой зависимости отъ характера эквивалента не состоитъ и такимъ образомъ можетъ относиться ко всѣмъ случаямъ возмезднаго пріобрѣтенія вещи въ собственность.

Обращаясь сперва къ обязанности принятія вещи, мы видимъ, что вплоть до конца прошлаго столѣтія въ литературѣ господствовало воззрѣніе, что всякій кредиторъ обязанъ принять исполненіе и отвѣчаетъ передъ должникомъ, если по своей винѣ не приметъ предложеннаго ему исполненія, отвѣчающаго всѣмъ требуемымъ условіямъ «Ce n'est pas seulement un devoir pour le debiteur de payer, c'est aussi un droit», говоритъ французскій юристъ Демоломбъ [1]. Сообразно съ этимъ для наличности mora кредитора въ принятіи требовалась наличность вины съ его стороны такъ же, какъ и для наличности mora со стороны должника. Если же каждый кредиторъ является обязаннымъ принять исполненіе, то и обязанность покупателя принять купленную вещь есть лишь слѣдствіе этого общаго для договоровъ правила. На такой точкѣ зрѣнія и стоитъ французская литература. Но въ послѣдней четверти 19-го столѣтія воззрѣніе это въ Германіи встрѣтило энергичный протестъ въ лицѣ, главнымъ образомъ, Колера. Колеръ доказывалъ [2], что взглядъ этотъ является одной изъ фундаментальнѣйшихъ ошибокъ въ ученіи объ обязательственныхъ правахъ, такъ какъ принятіе исполненія есть право кредитора и только право, притомъ такое же, какъ и всякое другое право на пользованіе имущественнымъ благомъ, почему если нельзя принуждать человѣка пользоваться такимъ благомъ противъ его воли, то нельзя и принуждать его судебнымъ порядкомъ принять исполненіе,—это значило бы опекать всякаго взрослаго человѣка съ цѣлью огражденія его интересовъ. Если же принятіе исполненія есть только право кредитора, то для понятія просрочки кредитора неправильно требовать наличности вины съ его стороны.

Эта статья Колера оказала большое вліяніе на составителей проекта новаго германскаго гражданскаго уложенія, которые выкинули моментъ вины изъ понятія mora creditoris въ противоположность mora debitoris, гдѣ вина сохранила свое значеніе необходимаго для этого понятія признака. Этимъ проектъ указалъ, что принятіе исполненія не является обязанностью кредитора. Но, наряду съ этимъ, относительно купли-продажи и подряда проектъ далъ постановленія, что покупатель и подрядодатель «обязаны» принять исполненіе. Такая формулировка давала

---

[1] *Demolombe,* t. XXVIII., n. 63.

[2] *J. Kohler,* «Annahme u. Annahmeverzug» (Jher. Jahrb., B. XVII, 1879).

основаніе думать, что изъ общаго правила о mora creditoris для вышеуказанныхъ двухъ договоровъ дѣлалось исключеніе. Критика по поводу купли-продажи раздѣлилась по этому вопросу на два лагеря: въ то время какъ юристы-теоретики, опираясь на доводы, выставленные Колеромъ, признавали вышеуказанную формулировку неудачной и доказывали, что не было рѣшительно никакой необходимости устанавливать для купли-продажи подобное исключеніе, которое на практикѣ приведетъ къ нецѣлесообразнымъ послѣдствіямъ [1], юристы-практики, наоборотъ, одобряли постановленіе проекта, указывая, что однихъ послѣдствій mora creditoris недостаточно для защиты интересовъ должника [2]. Такъ, Шпренгеръ приводитъ слѣдующій примѣръ: фабрикантъ, которому необходимо непремѣнно очистить складъ, продалъ помѣщику 40 бочекъ золы за баснословно дешевую цѣну; если тотъ не принимаетъ исполненія, то положеніе фабриканта довольно затруднительное—онъ можетъ самъ продать золу другому лицу, но ее никто не покупаетъ, о сдачѣ ея въ судъ не можетъ быть и рѣчи; фабрикантъ можетъ искать убытки, но ему это вовсе не важно, ему важно, чтобы помѣщикъ очистилъ склады, а къ этому его всего лучше побудитъ, если судъ присудитъ его взять товаръ. Во второй комиссіи при обсужденіи даннаго вопроса [3] сторонники перваго взгляда внесли предложеніе слова «und die verkaufte Sache abzunehmen» исключить изъ § 433 B. G. B., мотивируя свое предложеніе тѣмъ, что нѣтъ нужды, рядомъ съ общими правилами о mora creditoris, для купли устанавливать самостоятельную «klagbare und vollstreckbare» обязанность принятія, и что эта обязанность въ смыслѣ предоставленія отчуждателю права на то, чтобы вещи отъ него взяли, имѣетъ такое же основаніе быть признанной и въ другихъ договорахъ, какъ возмездныхъ, такъ и безвозмездныхъ, направленныхъ на отчужденіе вещей, почему устанавливать спеціальное исключеніе для купли является нелогичнымъ. Однако, большинство комиссіи отвергло это предложеніе на томъ основаніи, что правила о mora creditoris недостаточно защищаютъ продавца, а распространять обязанность принятія за предѣлы купли нѣтъ необходимости. Въ результатѣ § 433 Abs. 2. B. G. B. гласитъ: «der Käufer ist verpflichtet dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen». Правда, Колеръ и немногіе его послѣдователи и теперь продолжаютъ утверждать, что законодатель въ § 433 никакой особой обязанности для покупателя принять вещь не установилъ, а говоритъ лишь о mora creditoris [4], но господствующее теченіе въ литературѣ, а также и судебная практика рѣшительно стоятъ на той точкѣ зрѣнія, что относительно купли законъ установилъ особую обязанность покупателя принять вещь,—обязанность совершенно отличную отъ

---

[1] См., напр., *Laband* (Arch. für. civ. Praxis, Bd. 74, S. 303 ff.).

[2] *Barkhausen* (Goldschmidts Zeitschr. XXX, S. 33 ff.); *Sprenger* (Gruchot's Beiträge, Bd. 34, S. 592 ff.).

[3] *Protokolle,* 2-e Lesung, B. II, S. 52—53.

[4] *Kohler* (Arch. f. B. R. Bd. 13, S. 149 ff., 174 ff., 240—245); *Romeick,* «Zur Technik des B. G. B.» Heft. I, 1901, S. 56, ff.

принятія кредиторомъ вообще исполненія, такъ что если покупатель не приметъ вещь, то наступаютъ послѣдствія не mora creditoris, a mora debitoris [1].

Но если нѣмецкіе юристы почти всѣ, за немногими исключеніями, понимаютъ § 433 B. G. B. въ томъ смыслѣ, что покупатель обязанъ принять вещь, и что это его самостоятельная обязанность, то по вопросу о томъ, какъ понимать содержаніе этой обязанности, и въ какомъ взаимномъ отношеніи находится эта обязанность покупателя, какъ должника, съ принятіемъ имъ вещи въ качествѣ кредитора, въ литературѣ замѣчается разногласіе. Такъ, одни юристы содержаніе возложенной на покупателя § 433 обязанности («Abnahmepflicht») понимаютъ въ томъ смыслѣ, что покупатель обязанъ не только фактически взять вещь въ свое владѣніе, освободить продавца отъ нея, но и принять ее, какъ исполненіе со стороны продавца его обязанности, а такъ какъ принятіе вещи какъ исполненія составляетъ содержаніе своеобразной обязанности всякаго кредитора («Annahmepflicht»), неисполненіе которой влечетъ за собой послѣдствія mora creditoris, то получается, что содержаніе «Abnahmepflicht» обнимаетъ собой и содержаніе «Annahmepflicht» [2]. Результатомъ этого было бы то, что если покупатель не принимаетъ вещи въ томъ или иномъ смыслѣ, и если будетъ налицо вина съ его стороны, то наступаютъ всегда послѣдствія mora debitoris, и только если непринятіе имъ вещи произошло безъ его вины, онъ можетъ быть признанъ впавшимъ въ просрочку какъ кредиторъ. Другое теченіе, которое можно признать господствующимъ, строго различаетъ содержаніе «Abnahmepflicht» отъ «Annahmepflicht», понимая подъ первой исключительно только фактическій пріемъ вещи, полученіе ея отъ продавца, хотя бы не соединенное съ признаніемъ, что продавецъ исполнилъ свою обязанность. Нѣкоторые сторонники этого взгляда полагаютъ даже, что возможно неисполненіе покупателемъ «Abnahmepflicht» безъ неисполненія «Annahmepflicht» и наоборотъ [3], но большинство держится мнѣнія, что если просрочка въ «Annahme» возможна безъ просрочки въ «Abnahme», то просрочка въ «Abnahme» всегда содержитъ въ себѣ и просрочку въ «Annahme», такъ какъ послѣднее есть не только признаніе, что должникъ исполнилъ, или заявленіе, что кредиторъ принимаетъ дѣйствіе, какъ исполненіе—такое заявленіе безъ соотвѣтствующихъ дѣйствій, состоящихъ въ принятіи самой вещи, противорѣчило бы фактическому положенію вещей [4].

---

[1] *Oberloskamp,* «Abnahmepflicht nach d. B. G. B.» Diss. Leipzig 1905, S. 15, ff.; *Neumann,* «Handausgabe des B. G. B.» 6-e Aufl. B. I, § 433 Bem. IV 3; *Gerhard,* «Die Abnahmepflicht des Käufers nach d. B. G. B.» 1910, S. 24; *Spriebinger,* «Begriff des Abnahme bei Kauf u. Werkvertrag» Diss. Erlangen 1906, S. 31; *Rosenberg* (Jher. Jahrb. B. 43, S. 141 ff.); *Lesser* «Der Inhalt d. Leistungspflicht» 1909, S. 61, *Enneccerus,* «Lehrbuch d. B. Rechts» $^6/_8$ Aufl. B. I, 2, S. 297; *Oertmann, Planck, Crome;* R. G. E. Bd. 53, S. 161, Bd. 57, S. 105.

[2] *Striebinger,* op. cit., S. 16; *Schöller* (Gruch. Beitr. Bd. 46, S. 38, Anm. 46) *Staub* «Komm. zu H. G. B.» Bd. II, $^6/_7$ Aufl. 1900, S. 1258 ff.

[3] *Rosenberg,* op. cit., S. 260; *K. Lehmann* (Deutsche Juristen-Zeitung, 1902, S. 491—496).

[4] *Oberloskamp,* op. cit., S. 54; *Gerhard* op. cit. S. 83; *Hohenstein* (Arch. f. B. R., B. 25, 1905, S. 80) и др.

Итакъ, германское право установило для покупателя своеобразную обязанность принять вещь. Уже при обсужденіи проекта во второй комиссіи указывалось, что устанавливать такую обязанность только для купли нѣтъ никакихъ основаній, и что нужно эту обязанность распространить и на другіе договоры, направленные на передачу вещи въ собственность, но большинство комиссіи нашло, что въ такомъ распространеніи нѣтъ необходимости. Нечего доказывать, что такое чисто голословное заявленіе нельзя признать сколько-нибудь убѣдительнымъ, такъ какъ тѣ обстоятельства, которыя побудили комиссію возложить на покупателя вышеуказанную обязанность, будутъ безъ всякаго сомнѣнія налицо и во всѣхъ другихъ случаяхъ отчужденія вещи: развѣ положеніе фабриканта въ вышеприведенномъ примѣрѣ сколько-нибудь измѣнится, если помѣщикъ обязался уплатить ему не деньги, а доставить извѣстное количество дровъ изъ своего лѣса для отопленія фабрики?

Къ счастью, сама комиссія, заявившая столь рѣшительно объ отсутствіи необходимости распространять обязанность принятія на другіе договоры, въ то же самое время поступила какъ разъ обратно своему заявленію, такъ какъ § 515 даетъ полное основаніе примѣнять § 433, Abs. 2 къ договору мѣны, а § 445 прямо говоритъ о распространеніи §§ 433—444 на всѣ договоры, имѣющіе содержаніемъ возмездную передачу вещи въ собственность. Какъ объяснить это противорѣчіе—въ протоколахъ комиссіи нѣтъ рѣшительно никакихъ указаній, но во всякомъ случаѣ ясныя указанія §§ 445 и 515 даютъ юристамъ полное основаніе утверждать, что обязанность принять вещь существуетъ не только въ куплѣ, но и въ другихъ случаяхъ возмезднаго отчужденія вещи [1].

Обращаясь къ швейцарскому уложенію, мы находимъ здѣсь art. 211, совершенно аналогичный § 433 Abs. 2, B. G. B., такъ какъ онъ гласитъ, что покупатель обязанъ уплатить плату согласно договору и принять купленную вещь, если продавецъ предлагаетъ ее съ соблюденіемъ условій договора. Но одного этого постановленія еще недостаточно, чтобы признать въ швейцарскомъ правѣ существованіе особой «Abnahmepflicht» покупателя—для этого нужно выяснить, въ какомъ отношеніи находится эта обязанность продавца принять вещь къ принятію вообще кредиторомъ исполненія отъ должника. Относительно послѣдняго вопроса швейцарское уложеніе даетъ слѣдующее правило: кредиторъ впадаетъ въ просрочку, когда онъ «ungerechtfertigterweise» не принимаетъ исполненія или не предпринимаетъ тѣхъ подготовительныхъ дѣйствій, безъ которыхъ должникъ не въ состояніи исполнить свою обязанность. Постановленіе это является воспроизведеніемъ безъ перемѣнъ Art. 106 Obl. R. 1881 года, почему вопросъ о томъ, какъ надо понимать терминъ «ungerechtfertigterweise» («sans motif légitime» во французскомъ текстѣ) остался въ томъ же положеніи, какъ и раньше. Между тѣмъ при дѣй-

[1] И комментаторы считаютъ, что въ мѣнѣ обязанность «Abnahme» существуетъ такъ же, какъ и въ куплѣ (*Staudinger*, S. 787; *Planck* § 515, note 2). На общій характеръ «Abnahmepflicht» указываютъ: *Hirsch* («Zur Revision der Lehre vom Glaubigerverzuge» 1895, S. 301), *Oberloskamp* (op. cit., S. 20).

ствіи прежняго Obl. R. вопросъ этотъ являлся довольно спорнымъ: одни юристы, опираясь на подготовительныя работы комиссіи по составленію Obl. R., стоявшей ясно на той точкѣ зрѣнія, что для понятія mora creditoris требуется наличность вины съ его стороны, что и подчеркнула во французскомъ текстѣ, принявъ терминъ «sans motif légitime» вмѣсто словъ «offre regulierement faite», фигурировавшихъ въ проектѣ 1877 года, полагаютъ, что и терминъ «ungerechtfertigterweise» слѣдуетъ понимать въ смыслѣ непринятія по винѣ кредитора; другіе, наоборотъ, говорятъ, что для наличности mora creditoris вины съ его стороны не требуется, такъ что терминъ «ungerechtfertigterweise» слѣдуетъ понимать въ смыслѣ непринятія кредиторомъ исполненія, предложеннаго ему вполнѣ соотвѣтственно условію; на эту послѣднюю точку зрѣнія встала и практика[1]. Казалось бы принятіе этой послѣдней точки зрѣнія должно было повести къ признанію наличности и въ швейцарскомъ правѣ, какъ и въ Германіи, «Abnahmepflicht» покупателя, такъ какъ art. 211 говоритъ объ обязанности принять вещь наравнѣ съ обязанностью заплатить покупную цѣну, и нѣтъ основанія думать, что когда дѣло идетъ о принятіи, обязанность надо понимать въ иномъ смыслѣ, чѣмъ обязанность платежа и въ первомъ случаѣ не принимать во вниманіе моментъ вины, а во второмъ случаѣ принимать; но тѣмъ не менѣе швейцарскіе юристы утверждаютъ, что никакой «Abnahmepflicht» не существуетъ, что дѣло идетъ о принятіи покупателемъ вещи, какъ о принятіи вообще исполненія кредиторомъ, такъ что непринятіе имъ вещи имѣетъ своимъ послѣдствіемъ наступленіе не mora debitoris, а mora creditoris и подлежитъ всѣмъ правиламъ послѣдней [2]. Такимъ образомъ получается, что какъ съ точки зрѣнія тѣхъ, кто опирается на текстъ закона, такъ и съ точки зрѣнія практики, дающей закону иное толкованіе, чѣмъ то, которое имѣли въ виду его составители,—въ обоихъ случаяхъ никакой особой «Abnahmepflicht» для покупателя не существуетъ, и непринятіе имъ вещи влечетъ за собой послѣдствія mora creditoris подобно тому, какъ это имѣетъ мѣсто при непринятіи кредиторомъ исполненія во всѣхъ другихъ договорахъ.

Французское законодательство никакихъ указаній на существованіе особой обязанности покупателя принять вещь не даетъ, такъ что эта обязанность должна обсуждаться какъ обязанность всякаго кредитора принять исполненіе. Относительно купли Code Civil даетъ только слѣдующее отклоненіе отъ общаго правила—въ то время какъ главной санкціей непринятія кредиторомъ исполненія является по art. 1184 Code Civil право должника обратиться въ судъ съ просьбой расторженія договора, при непринятіи въ срокъ купленныхъ движимыхъ вещей и съѣстныхъ припасовъ продавцу предоставляется право расторгнуть договоръ безъ всякихъ предупрежденій и безъ обращенія къ суду [3]. Мотивъ та-

---

1 *Eggers* Kommentar, B. V, S. 306.
2 *Eggers* Kommentar, B. V, S. 514.
3 Code Civil, art. 1657.

кой существенной льготы для продавца вышеназванныхъ вещей заключался въ томъ, что оборотъ движимыми вещами требуетъ особой быстроты, здѣсь нельзя заставлять продавца ждать, когда покупателю заблагоразсудится взять вещи, что цѣны на эти товары подвержены быстрымъ измѣненіямъ, и что съѣстные припасы могутъ испортиться, если не будутъ взяты немедленно [1]. Изъ этого видно, что art. 1657 вызванъ особыми качествами отчуждаемыхъ вещей, а отнюдь не природой эквивалента; вмѣстѣ съ тѣмъ и особенность, установленная закономъ для непринятія этихъ вещей,—именно возможность для продавца расторгнуть договоръ безъ обращенія къ суду и соблюденія формальностей—также примѣнима всюду, въ чемъ бы эквивалентъ ни состоялъ. Поэтому, казалось бы, нѣтъ никакого основанія не примѣнять правило art. 1657 ко всѣмъ случаямъ возмезднаго отчужденія вышеназванныхъ вещей. То обстоятельство, что art. 1657 долженъ въ силу art. 1707 примѣняться къ мѣнѣ, можетъ служить доказательствомъ того, что и самъ французскій законодатель характеру эквивалента въ этомъ случаѣ значенія не придавалъ.

Русское законодательство даетъ относительно принятія вещи покупателемъ постановленіе, что если покупщикъ не будетъ принимать купленныхъ имъ вещей, имѣющихъ условленное по договору достоинство, то принуждается къ сему судомъ [2]. Такимъ образомъ обязанность покупателя принять вещи не подлежитъ сомнѣнію. Не ясно лишь отношеніе этой обязанности къ общей обязанности кредитора принять исполненіе, такъ какъ никакихъ указаній относительно mora creditoris законъ нашъ не даетъ. Юристы наши, исходя изъ чисто теоретическихъ соображеній, полагаютъ, что для наличности mora creditoris нужна вина съ его стороны [3]. Если встать на эту точку зрѣнія, то обязанность покупщика, о которой говоритъ ст. 1514-я, не является чѣмъ-либо особеннымъ, а лишь обязанностью его, какъ всякаго другого кредитора. И такое толкованіе имѣетъ за собой то, что вслѣдствіе казуистичности нашего законодательства было бы рискованно толковать его путемъ argumentum a contrario — гораздо болѣе пригодно здѣсь видѣть въ отдѣльныхъ постановленіяхъ закона частичныя проявленія общаго правила, не нашедшаго себѣ выраженія въ законѣ—такое частичное указаніе и можно видѣть въ ст. 1514-й. Другой особенностью статьи 1514-й является характерная санкція—принужденіе покупщика судомъ принять вещь отъ продавца. Шершеневичъ совершенно справедливо замѣчаетъ, что подобное принудительное исполненіе обязательствъ на практикѣ неисполнимо[4], но, само собой понятно, если бы было возможно осуществить подобное прину-

---

[1] *Fenet*, «Recueil complet des travaux préparatoires ou Motifs du Code Civil» 1836, t. XIV, p. 124; *Baudry-Lacantinerie*, op. cit., p. 631; *Planiol*, t. II, p. 497.

[2] Ст. 1514 т. X, ч., I.

[3] *Анненковъ*, т. III, стр. 181; *Шершеневичъ*, op. cit., стр. 470; впрочемъ, *Исаченко* («Обязательства по договорамъ» т. I, 1914, стр. 380) считаетъ болѣе справедливымъ обратное рѣшеніе.

[4] *Шершеневичъ*, op. cit., стр. 535.

жденіе, то оно должно бы имѣть мѣсто во всѣхъ случаяхъ пріобрѣтенія вещей въ собственность, такъ какъ характеръ эквивалента здѣсь не при чемъ.

Главнѣйшей обязанностью покупателя является платежъ покупной цѣны. Относительно этой обязанности западныя законодательства устанавливаютъ, что если при покупкѣ на наличныя покупатель, получивъ вещь, денегъ не заплатитъ, то онъ обязанъ уплатить продавцу и законные проценты съ покупной цѣны съ того момента, какъ онъ получилъ пользованіе купленной вещью [1]. Для выясненія, въ какомъ отношеніи стоитъ это правило къ характеру эквивалента, нужно попытаться найти ratio legis. Римскій юристъ Ульпіанъ мотивировалъ взиманіе процентовъ съ покупателя тѣмъ, что «cum re emptor fruatur, aequissimum est eum usuras pretii pendere» [2], т.-е. что это есть вызываемое требованіемъ справедливости вознагражденіе за пользованіе плодами вещи. Эту точку зрѣнія и приняло французское законодательство, постановивъ, что покупатель обязанъ платить проценты только тогда, когда полученная имъ вещь «produit des fruits ou autres révénus», такъ какъ съ точки зрѣнія Ульпіана разъ покупатель плодовъ не получалъ, то отпадаетъ и основаніе для взиманія съ него процентовъ. Впрочемъ, французскіе юристы даютъ вышеуказаннымъ словамъ art. 1652 нѣсколько болѣе широкое толкованіе, утверждая, что покупатель обязанъ платить проценты не только тогда, когда покупатель дѣйствительно извлекъ изъ вещи плоды и доходы, но и въ томъ случаѣ, когда вещь вообще по своей природѣ способна приносить доходъ [3]. Германское право не ограничиваетъ взиманіе процентовъ съ покупателя случаями передачи вещи, способной приносить плоды и доходы. Но объясняется это не тѣмъ, что германское законодательство, устанавливая вышеназванную обязанность покупателя, исходило изъ другого основанія, чѣмъ Code Civil,—нѣтъ, въ мотивахъ къ первому проекту объясняется это тѣмъ, что если проводить различіе въ данномъ случаѣ между вещами, приносящими плоды или доходы и не приносящими, то логически надо будетъ итти дальше и различать, принесла ли данная вещь плоды за время нахожденія у покупателя или не принесла, что повело бы къ безконечнымъ спорамъ, да и, кромѣ того, самое пользованіе вещью (напримѣръ, участкомъ земли) даже безъ извлеченія плодовъ само по себѣ представляетъ извѣстную цѣнность [4]. Изъ этого видно, что составители перваго проекта все же исходили изъ стараго Ульпіановскаго основанія, хотя и заявляли, что основаніе это «nicht unbedenklich» [5]. На этой же точкѣ зрѣнія стоитъ и швейцарское законодательство [6].

---

[1] B. G. B., § 452, Code Civil, art. 1652, Schw. Z. G. B., Art. 213.

[2] L. 13 § 20 Dig., de act. emt. et vend. 19, 1.

[3] *Dalloz*, «Nouveau Code civil» t. IV, art. 1652 n. 27; *Guillouard*, op. cit., t. II, n. 563; *Huc*, «Commentaire théorique et pratique du Code civil» 1891—1903, t. 10, n. 164,

[4] *Motive* z. d. I Entwurf, B. II, S. 329.

Motive, loc. cit.; что касается до второго проекта, то въ немъ это правило о процентахъ было зачеркнуто и возстановлено оно было уже въ комиссіи рейхстага большинствомъ 9 голосовъ противъ 8 (*Mugdan*, op. cit. B. II, S. 1279).

[6] *Eggers* Kommentar, B. V, S. 516.

Но если западныя законодательства, устанавливая вышеназванную обязанность покупателя, имѣли въ виду вознаградить продавца за пользованіе покупателемъ плодами вещи, то не трудно замѣтить, что регламентація этой обязанности далеко не соотвѣтствуетъ этому основанію. Прежде всего, если бы въ данномъ случаѣ покупатель вознаграждалъ продавца за плоды и доходы вещи, то, естественно, это вознагражденіе должно было бы соотвѣтствовать стоимости этихъ плодовъ и доходовъ, между тѣмъ какъ покупатель платитъ проценты съ удержанной имъ покупной цѣны, т.-е. въ сущности возмѣщаетъ не то, что онъ получилъ съ вещи, а то, что онъ получилъ съ эквивалента, возмѣщаетъ продавцу то, что послѣдній получилъ бы, если бы покупная цѣна была уплачена во-время. Затѣмъ, если французское право послѣдовательно хотя въ томъ отношеніи, что освобождаетъ покупателя отъ платежа процентовъ, когда вещь неспособна была приносить плоды, то въ Германіи и этого ограниченія нѣтъ, такъ что покупатель вознаграждаетъ за плоды и доходы, которыхъ онъ не получилъ и не могъ получить: Breuung [1] справедливо замѣчаетъ, что есть очень много вещей, владѣніе которыми не только абсолютно никакой выгоды не приноситъ, но даже убыточно для владѣльца (напримѣръ, коньки или шуба лѣтомъ, велосипедъ зимой и т. п.), а между тѣмъ покупатель и тутъ долженъ вознаградить за пользованіе данной вещью. Вслѣдствіе этого, если во Франціи замѣчается извѣстное противорѣчіе между art. 1652-мъ и той мыслью, которая положена въ его основаніе, то въ Германіи и Швейцаріи это основаніе уже явно непригодно. Поэтому въ литературѣ появились попытки обосновать это правило какъ-нибудь иначе [2], но всѣ онѣ оказались болѣе или менѣе неудачными: такъ, нѣкоторые юристы обосновываютъ обязанность покупателя предположеніемъ, что онъ долженъ разсматриваться, какъ занявшій деньги у продавца [3], но ясно, что здѣсь никакого займа нѣтъ, да и при займѣ проценты не предполагаются; Breuung видитъ въ этой мѣрѣ побужденіе покупателя продуктивно пользоваться вещью [4], но врядъ ли дѣло законодателя заботиться о томъ, чтобы покупатель относился къ вещи какъ добрый хозяинъ. Такъ какъ въ Германіи и Швейцаріи обязанность покупателя не поставлена въ зависимость отъ доходности вещи, и такъ какъ покупатель обязанъ платить именно проценты съ покупной цѣны, то наиболѣе естественнымъ являлось бы видѣть основаніемъ анализируемой нормы желаніе законодателя заставить покупателя возмѣстить продавцу то, что потерялъ послѣдній благодаря просрочкѣ покупателя,—тѣ доходы, которые покупатель незаконно получилъ съ денегъ вмѣсто продавца, но и это основаніе наталкивается на существенныя возраженія. Такъ, если встать на эту точку

---

[1] *Breuung* «Ist die dem Käufer nach l. 13 § 20 Dig. de act. emt. et vend. obliegende Verpflichtung zur Verzinsung d. rückständigen Kaufpreises durch den angegebenen Grund gerechtfertigt?» Diss., Erlangen, 1897, S. 34.

[2] Сводку этихъ попытокъ см. у Breuung'a, op. cit.

[3] См. напр., *Dankwardt*, «Nationaloekonomie und Jurisprudenz» 3 Heft VI, S. 43.

[4] *Breuung*, op. cit., *S.* 44.

зрѣнія, то становится непонятнымъ, почему покупатель обязанъ платить проценты только тогда, когда онъ получилъ вещь; если по условію деньги должны быть переданы раньше полученія вещи, а покупатель ихъ въ срокъ не заплатитъ, то вѣдь онъ здѣсь также незаконно пользуется доходами съ денегъ, которые слѣдовало бы получить продавцу, какъ и въ томъ случаѣ, когда вещь была уже получена покупателемъ. Наконецъ—и это самое главное,—интересы продавца и такъ защищены возложеніемъ на покупателя, незаплатившаго въ срокъ денегъ, какъ на всякаго должника, отвѣтственности за просрочку, послѣдствія которой наступаютъ только послѣ напоминанія ему объ исполненіи [1], между тѣмъ какъ здѣсь главнѣйшее послѣдствіе просрочки—обязанность платить проценты—наступаетъ безъ всякаго напоминанія со стороны продавца: спрашивается, почему здѣсь на ряду съ общими правилами о просрочкѣ установлены другія, болѣе суровыя для покупателя, почему, наконецъ, такая суровость направлена только противъ покупателя, а не противъ продавца, оказавшагося въ просрочкѣ, и не противъ всѣхъ другихъ должниковъ—всѣ эти недоумѣнія остаются неразрѣшенными. Въ результатѣ получается, что постановленія западныхъ законодательствъ объ обязанности покупателя платить проценты теоретически рѣшительно ничѣмъ не могутъ быть обоснованы—это просто нормы, заимствованныя безсознательно у римскаго права и представляющія собой цѣлый клубокъ логическихъ противорѣчій. Въ виду этого мы самымъ категорическимъ образомъ протестуемъ противъ мнѣнія Анненкова, утверждающаго, что, несмотря на отсутствіе въ нашемъ законѣ соотвѣтствующаго постановленія, тѣмъ не менѣе и у насъ покупатель, получившій вещь и не заплатившій денегъ, долженъ платить продавцу проценты [2]; такая обязанность, не имѣющая подъ собой прочнаго теоретическаго основанія и представляющая отклоненіе отъ общихъ правилъ о просрочкѣ, никоимъ образомъ не можетъ быть признаваема существующей иначе, какъ въ силу прямого предписанія закона, а такого предписанія русскій законодатель не даетъ. Точно также не можемъ мы согласиться и съ мнѣніемъ покойнаго Г. Ф. Шершеневича, который хотя и считаетъ, что у насъ въ Россіи такой обязанности не существуетъ, но въ то же время установленіе ея признаетъ съ точки зрѣнія политики права желательнымъ [3]—мы лично не видимъ рѣшительно никакихъ основаній ставить покупателя въ особо тяжелое по сравненію съ другими должниками положеніе и возлагать только на него одного отвѣтственность за просрочку безъ вины съ его стороны и безъ предварительнаго напоминанія объ исполненіи.

Выяснивъ тѣ основанія, руководствуясь которыми западныя законодательства возложили на покупщика, принявшаго вещь, но не заплатившаго денегъ, обязанность уплатить продавцу проценты, обратимся къ

---

[1] Такого напоминанія требуютъ какъ французское, такъ и швейцарское законодательства (Code Civil, art. 1139, Schw. Z. G. B., Art. 102).

[2] *Анненковъ*, т. IV, стр. 77.

[3] *Шершеневичъ*, op. cit., стр. 536.

вопросу о томъ, находится ли эта обязанность въ зависимости отъ характера эквивалента или не находится. По французскому праву основаніемъ вышеуказанной нормы является мысль, что несправедливо предоставить покупателю въ теченіе извѣстнаго срока пользоваться плодами и доходами, какъ съ купленной вещи, такъ и съ задержанной имъ у себя покупной цѣны, почему въ вознагражденіе за плоды вещи онъ долженъ уплатить продавцу плоды съ покупной цѣны въ видѣ законныхъ процентовъ. Если встать на эту точку зрѣнія, то, по нашему мнѣнію, постановленіе это отнюдь не связано непремѣнно съ денежнымъ эквивалентомъ. Въ самомъ дѣлѣ, развѣ не будетъ налицо та же самая несправедливость, если въ мѣнѣ одинъ изъ контрагентовъ передастъ другому вещь, приносящую плоды, а другой обѣщанную вещь, также приносящую плоды, въ срокъ не передастъ; развѣ не получится здѣсь, какъ и въ куплѣ, что одинъ контрагентъ незаконно пользуется въ теченіе извѣстнаго времени плодами обѣихъ вещей? Правда, подобное положеніе вещей въ мѣнѣ получится лишь тогда, когда задержанная вещь опредѣлялась не индивидуальными, а родовыми признаками (когда вещь была индивидуальная, то она по французскому праву съ момента соглашенія становится вмѣстѣ съ плодами собственностью контрагента, такъ что задержаніе ея не даетъ задержавшему права на плоды), но въ этомъ случаѣ положеніе будетъ совершенно аналогичное съ куплей. Если же признать вышеуказанное правило примѣнимымъ къ мѣнѣ, гдѣ задержанный эквивалентъ состоялъ не въ деньгахъ, а въ вещи, то логически нѣтъ основанія не примѣнять это правило и къ продавцу—когда, напримѣръ, покупатель деньги заплатитъ, а продавецъ вещь, приносящую плоды, не передастъ, то здѣсь также получается, что продавецъ въ теченіе извѣстнаго срока пользуется и доходами съ вещи, и доходами съ денегъ.

Но тамъ, гдѣ эквивалентъ состоялъ въ предоставленіи вещи въ пользованіе или въ оказаніи услугъ въ теченіе извѣстнаго срока, положеніе получается иное. Въ этихъ случаяхъ плата назначается соразмѣрно со срокомъ пользованія вещью или услугами, почему если лицо получитъ вещь въ собственность, а само пользованія вещью не передастъ или не приступитъ къ работѣ, то послѣдствіемъ будетъ соотвѣтствующее просрочкѣ уменьшеніе платы за пользованіе вещью или за работу, вслѣдствіе чего устранится главное предположеніе анализируемой нами нормы—именно одновременное извлеченіе однимъ контрагентомъ и выгодъ изъ полученнаго эквивалента и выгодъ изъ неисполненнаго имъ дѣйствія,—такъ какъ здѣсь за задержанное исполненіе онъ лишается части вознагражденія. Изъ этого явствуетъ, что характеръ эквивалента въ данномъ случаѣ имѣетъ извѣстное значеніе, но не въ томъ смыслѣ, что онъ непремѣнно долженъ состоять въ деньгахъ, а въ томъ, что онъ долженъ быть такого рода, чтобы вслѣдствіе неисполненія его контрагентомъ, получившимъ исполненіе отъ другой стороны, получалось бы одновременное полученіе неисправнымъ контрагентомъ плодовъ и доходовъ, какъ съ полученнаго эквивалента, такъ и съ неисполненнаго имъ самимъ. Гдѣ этого обстоятельства нѣтъ, какъ, напримѣръ, во француз-

скомъ правѣ, когда задержанный эквивалентъ состоялъ въ индивидуально опредѣленной вещи, или когда онъ состоялъ въ предоставленіи вещи въ пользованіе или въ оказаніи услугъ, тамъ вышеуказанное правило не примѣнимо, а гдѣ такое одновременное полученіе выгодъ имѣетъ мѣсто, тамъ правило это должно примѣняться, хотя бы задержанный эквивалентъ состоялъ не въ деньгахъ, а въ вещи или даже въ исполненіи какого-нибудь предпріятія (напримѣръ, одно лицо обязалось передать другому 1-го мая въ собственность свой пароходъ, а другой контрагентъ обязался сдѣлать на своемъ заводѣ и сдать 1-го мая другой пароходъ— если первый контрагентъ 1-го мая свой пароходъ передастъ, а второй не передастъ и будетъ извлекать выгоды одновременно изъ обоихъ пароходовъ, то у насъ будутъ налицо всѣ условія, требуемыя для примѣненія нашего правила). Такимъ образомъ, правило это теоретически должно принять слѣдующій видъ: если по договору о возмездной передачѣ вещи въ собственность пріобрѣтатель получитъ вещь, способную приносить плоды и доходы, а самъ условленнаго эквивалента не передастъ, вслѣдствіе чего онъ въ теченіе извѣстнаго срока получаетъ возможность пользоваться плодами и доходами съ обоихъ эквивалентовъ, то онъ обязанъ передать контрагенту тѣ плоды и доходы, которые онъ извлекъ или могъ извлечь вмѣсто контрагента за это время изъ того, что онъ долженъ былъ дать ему за полученную вещь.

Такой же результатъ получится, если мы за основаніе обязанности покупателя платить проценты примемъ точку зрѣнія, болѣе соотвѣтствующую постановленіямъ германскаго и швейцарскаго права—именно, что здѣсь покупатель просто обязанъ возвратить продавцу тѣ выгоды, которыя онъ извлекъ изъ задержанной покупной платы благодаря своей неисправности, вознаградить за то, чего онъ лишилъ продавца, не заплативъ въ срокъ. Но такъ какъ въ данномъ случаѣ отпадаетъ одно изъ условій, необходимое при выше разсмотрѣнномъ основаніи,—именно полученіе пріобрѣтателемъ вещи, способной приносить плоды и доходы,— то область примѣненія нашего правила должна быть еще шире. Кромѣ того, въ этомъ случаѣ особенно рельефно обнаружится, что центръ тяжести лежитъ здѣсь только въ томъ, что неисправный контрагентъ извлекалъ въ свою пользу въ теченіе извѣстнаго времени плоды и доходы, которые должны были бы итти въ пользу его контрагента, и что характеръ эквивалента, полученнаго неисправнымъ плательщикомъ, никакого значенія имѣть не долженъ: если покупатель долженъ заплатить продавцу проценты съ задержанной суммы, которые получилъ бы продавецъ, если бы уплата была произведена своевременно, то нѣтъ никакого основанія не возлагать подобнаго же рода обязанность на нанимателя, неуплатившаго въ срокъ денегъ за квартиру, или на работодателя, не заплатившаго въ срокъ жалованія рабочимъ. Въ результатѣ логически у насъ должно получиться общее правило, что должникъ, не исполнившій въ срокъ своего обязательства, доженъ выдать кредитору всѣ плоды и доходы, которые онъ извлекъ или долженъ бы былъ извлечь изъ задержаннаго противоправно у себя эквивалента. Это правило, несомнѣнно,

оказалось бы въ рѣзкомъ противорѣчіи съ общими правилами о просрочкѣ должника, но это только служитъ наглядным доказательствомъ теоретической непригодности того положенія, логическимъ слѣдствіемъ котораго это правило является,—именно постановленія объ обязанности покупателя, получившаго вещь, но не заплатившаго денегъ, платить проценты.

Выяснивъ теоретическую возможность распространенія правила объ обязанности покупателя платить проценты на другіе случаи возмезднаго пріобрѣтенія вещи въ собственность, посмотримъ, возможно ли такое распространеніе съ точки зрѣнія положительнаго права. На этотъ вопросъ комментаторы германскаго гражданскаго уложенія даютъ отрицательный отвѣтъ, заявляя, что правило это относится только къ денежному вознагражденію [1]. Хотя свое рѣшеніе нѣмецкіе юристы ничѣмъ не обосновываютъ, но, по нашему мнѣнію, нѣкоторую опору для такого рѣшенія даетъ § 641 B. G. B.: статья эта даетъ относительно подрядодателя, не уплатившаго въ срокъ, постановленіе совершенно аналогичное § 452, при чемъ прямо подчеркиваетъ, что относится оно исключительно къ денежному вознагражденію [2]. Но на ряду съ этимъ во всѣхъ законодательствахъ имѣется основаніе и для распространенія нашего правила. Основаніе это заключается въ томъ, что законодательства относятъ правило о платежѣ покупателемъ процентовъ къ нормамъ, долженствующимъ имѣть соотвѣтствующее примѣненіе къ мѣнѣ. Если же правило это примѣнимо къ мѣнѣ, то значитъ, денежный эквивалентъ здѣсь не при чемъ, и норму эту по аналогіи можно примѣнять и къ другимъ случаямъ возмезднаго пріобрѣтенія вещи въ собственность. Что же касается до § 641-го, то онъ въ сущности не относится именно къ пріобрѣтенію вещи въ собственность, а потому не можетъ аннулировать тотъ несомнѣнный фактъ, что § 452 германское законодательство считаетъ примѣнимымъ къ мѣнѣ. Въ виду этого, мы приходимъ къ заключенію, что примѣненіе правила о процентахъ въ указанныхъ выше границахъ можетъ быть примѣнимо по аналогіи къ другимъ случаямъ возмезднаго пріобрѣтенія вещи въ собственность. Выше мы говорили, что логически правилу этому можетъ быть приданъ еще болѣе широкій характеръ—характеръ нормы, относящейся ко всѣмъ случаямъ просрочки должника, но болѣе детальное изслѣдованіе этого вопроса въ данное время въ нашу задачу не входитъ.

Кромѣ обязанности покупателя принять вещь и платить въ вышеуказанномъ случаѣ проценты, германское законодательство въ § 450 B. G. B. возлагаетъ на него еще обязанность возмѣстить продавцу по правиламъ веденія чужихъ дѣлъ безъ порученія сдѣланныя продавцомъ на вещь необходимыя издержки, если въ данномъ случаѣ рискъ случайной гибели вещи перешелъ на покупателя до передачи. Постановленіе

---

[1] *Staudinger*, op. cit. S. 633; *Planck*, Bem. 4 zu § 452.

[2] § 641, Abs. 2: «Eine in Geld festgesetzte Vergütung hat der Besteller... zu verzinsen».

это является столь естественнымъ, что даже не нуждалось бы въ упоминаніи со стороны законодателя, и примѣненіе его ко всѣмъ случаямъ возмезднаго пріобрѣтенія вещи въ собственность стоитъ внѣ всякаго сомнѣнія, хотя статья эта почему-то не вошла въ перечень статей, которыя германскій законодатель призналъ примѣнимыми ко всѣмъ случаямъ возмезднаго отчужденія вещей. Впрочемъ, примѣненіе этого параграфа къ мѣнѣ на основаніи § 515-го уже указываетъ, что характеръ эквивалента здѣсь не при чемъ.

Болѣе существеннымъ является § 454 B. G. B. Онъ устанавливаетъ для купли-продажи ту особенность по сравненію съ общими правилами о двустороннихъ договорахъ, что лишаетъ продавца, исполнившаго договоръ и отсрочившаго покупателю платежъ цѣны, права отступиться отъ договора въ случаяхъ, предусмотрѣнныхъ § 325 Abs. 2 и § 326. Такимъ образомъ, если въ двустороннихъ договорахъ вообще контрагентъ послѣ присужденія противной стороны къ исполненію можетъ назначить ей срокъ для исполненія съ предупрежденіемъ, что по истеченіи этого срока онъ исполненія уже не приметъ и расторгнетъ сдѣлку, то продавецъ, отсрочившій платежъ, этого послѣдняго права не имѣетъ. Точно также не имѣетъ продавецъ, отсрочившій платежъ, этого права и тогда, когда покупатель окажется въ просрочкѣ и не исполнитъ своего обязательства въ назначенный ему срокъ, или когда запоздалое исполненіе не имѣетъ уже для продавца никакого интереса. Аналогичное постановленіе даетъ и швейцарское гражданское уложеніе въ Art. 214, Abs. 3, гласящемъ, что если проданная вещь будетъ передана покупателю раньше платежа послѣднимъ покупной платы, то продавецъ въ случаѣ просрочки покупателя въ платежѣ только тогда можетъ расторгнуть договоръ и требовать свою вещь обратно, когда прямо оговоритъ за собой это право. Текстъ этого постановленія еще шире, чѣмъ § 454 B. G. B.— здѣсь законъ не требуетъ прямой отсрочки для потери продавцомъ права на расторженіе договора, а довольствуется однимъ фактомъ передачи покупателю продавцомъ вещи до полученія платежа безъ оговорки о сохраненіи за собой права расторгнуть договоръ. Впрочемъ германская судебная практика въ такой передачѣ вещи до полученія денегъ также видитъ молчаливое соглашеніе объ отсрочкѣ [1].

Изъ сказаннаго видно, что германское и швейцарское закодательства относительно расторженія договора ставятъ продавца въ худшія условія, по сравненію съ контрагентами въ другихъ двустороннихъ договорахъ. Французское право такой особенности не знаетъ, такъ какъ art. 1654 Code Civil, устанавливающій, что если покупатель не платитъ денегъ, продавецъ можетъ требовать расторженія купли, воспроизводитъ только общее правило, содержащееся въ art. 1184. Чѣмъ же объяснить вышеуказанное исключеніе для продавца въ Германіи и Швейцаріи? Въ протоколахъ второй комиссіи по составленію германскаго уложенія (въ первомъ проектѣ правила аналогичнаго § 454 не существовало)

[1] R. G. E., B. 50, S. 140.

указывается, что цѣль § 454-го заключается въ желаніи оградить интересы покупателя, такъ какъ было бы несправедливо обязывать покупателя нести отвѣтственность за его распоряженія относительно вещи, которую за это время онъ могъ потребить, передѣлать или даже передать въ другія руки. При этомъ комиссія исходила изъ взгляда, что право расторженія договора («Rücktrittsrecht») основано на предположеніи, что въ двустороннихъ договорахъ исполненіе вообще должно имѣть мѣсто Zug um Zug, или во всякомъ случаѣ здѣсь каждая изъ сторонъ исполняетъ свою обязанность въ ожиданіи полученія эквивалента, между тѣмъ съ отсрочкой платежа внутренняя связь между передачей вещи и платежомъ разрушается, почему въ отсрочкѣ можно видѣть добровольный отказъ отъ «Rücktrittsrecht» [1].

Будучи установленными спеціально для купли исключеніями изъ общихъ правилъ о двустороннихъ договорахъ § 454 B. G. B. и Art. 214 Abs. 3. Schw. Z. G. B. естественно не могутъ по аналогіи примѣняться къ другимъ договорамъ, имѣющимъ содержаніемъ возмездную передачу вещи въ собственность. Вопросъ возникаетъ только о договорѣ мѣны въ силу общихъ постановленій германскаго и швейцарскаго законодательствъ, что къ мѣнѣ имѣютъ соотвѣтственное примѣненіе нормы, установленныя для купли-продажи. Но юристы и этотъ вопросъ рѣшаютъ въ отрицательномъ смыслѣ, опираясь на то, что въ мѣнѣ нельзя говорить объ отсрочкѣ платежа покупной цѣны [2], и что въ мѣнѣ каждый изъ контрагентовъ, какъ кредиторъ, долженъ обсуждаться по правиламъ, установленнымъ для покупателя, а какъ должникъ долженъ подлежать нормамъ объ обязанностяхъ продавца [3], между тѣмъ какъ анализируемыя постановленія относятся къ регламентаціи обязанностей покупателя и правъ продавца. Мы, однако, съ такимъ узкимъ толкованіемъ согласиться не можемъ. Если обратиться къ тѣмъ соображеніямъ, которыми руководствовался германскій законодатель, устанавливая § 454 B. G. B., то ярко бросится въ глаза, что ограничивать область примѣненія этого правила только куплей нѣтъ рѣшительно никакихъ основаній. Вѣдь если въ соглашеніи объ отсрочкѣ видѣть подразумѣваемый отказъ отъ «Rücktrittsrecht», то такое предположеніе выводится изъ смысла соглашенія объ отсрочкѣ и изъ природы двустороннихъ договоровъ вообще, а никакъ не изъ того, что отсрочивается именно платежъ денегъ, а не чего-либо другого; точно также несправедливость подвергать покупателя обязанности возвратить вещь, тогда какъ онъ могъ за это время съ ней распорядиться такъ, что возвращать ее для него неудобно, основывается на томъ, что возвращена здѣсь должна быть именно вещь, а не что-либо другое, и вышеуказанная несправедливость будетъ налицо, независимо отъ того, какого рода вознагражденіе должно быть за вещь заплачено. Это ясно доказываетъ, что если вводить вышеуказанное ограниченіе

---

[1] Protok., B. II, S. 70—71.

[2] *Fiebach,* «Das gesetzliche Rücktrittsrecht nach dem B. G. B.» Diss. Breslau, 1904, S. 97.

[3] *Eggers* Kommentar, B. V, S. 547.

въ правѣ отступиться отъ договора, то нѣтъ основанія относить его только къ куплѣ, а надо распространить его на всѣ договоры о возмездномъ пріобрѣтеніи вещей въ собственность, и если такой логически правильный выводъ догматически не пріемлемъ въ виду текста закона, то во всякомъ случаѣ на мѣну это правило должно быть распространено, такъ какъ § 515 B. G. B. и Art. 237 Z. G. B. даютъ для этого прочное основаніе.

Но если германское законодательство въ § 454 B. G. B. даетъ постановленіе, только нѣсколько ухудшающее положеніе продавца по сравненію съ другими двусторонними договорами, то швейцарское уложеніе въ томъ же Art. 214 наряду съ вышеразсмотрѣнной особенностью устанавливаетъ еще другую, которая, наоборотъ, ставитъ продавца въ привилегированное положеніе. По общимъ правиламъ кредиторъ можетъ отступиться отъ договора въ случаѣ просрочки должника только тогда, когда онъ по наступленіи просрочки назначилъ должнику срокъ для послѣсрочнаго исполненія, а тотъ и въ этотъ срокъ обязательства не исполнилъ; безъ назначенія такого срока кредиторъ можетъ не принять послѣсрочнаго исполненія и отступиться отъ договора только въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) когда изъ поведенія должника ясно, что назначеніе срока для исполненія безполезно; 2) когда послѣсрочное исполненіе для кредитора стало безполезнымъ; 3) когда по смыслу договора видно, что дѣйствіе должно быть исполнено именно точно въ условленное время или до истеченія условленнаго срока (такъ назыв. «Fixgeschäft»). Таковъ общій порядокъ, но продавца законодатель ставитъ въ особое положеніе: согласно Abs. 1 Art. 214 онъ можетъ не принять послѣсрочнаго платежа и отступиться отъ договора безъ назначенія новаго срока для исполненія, если вещь должна быть передана лишь послѣ полученія денегъ или одновременно съ платежомъ ихъ, а покупатель съ платежомъ просрочилъ; единственное ограниченіе, установленное законодателемъ, заключается въ томъ, что продавецъ, желающій воспользоваться предоставленнымъ ему правомъ отступиться отъ договора долженъ немедленно объявить объ этомъ покупателю. Такимъ образомъ подобная купля-продажа считается всегда какъ бы срочной сдѣлкой («Fixgeschäft), хотя бы въ договорѣ не было никакого указанія на то, что стороны придавали такое важное значеніе исполненію именно точно въ условленное время.

Устанавливая вышеуказанное правило, новое швейцарское уложеніе воспроизвело лишь art. 263 Code fédéral des obligations 1881 года и воспроизвело вопреки мнѣнію литературы, которая доказывала, что если подобная суровость по отношенію къ покупателю допустима въ сдѣлкахъ между купцами, то распространять ее на всякую куплю-продажу и отступать въ данномъ случаѣ отъ общихъ правилъ о двустороннихъ договорахъ нѣтъ никакихъ основаній [1]. Вполнѣ соглашаясь съ этимъ взглядомъ, мы полагаемъ вмѣстѣ съ тѣмъ, что правило Art. 214, Abs. 1, будучи само по себѣ нераціональнымъ, все же относительно болѣе примѣнимо къ куплѣ-продажѣ, чѣмъ къ другимъ сдѣлкамъ, направленнымъ на возмездное

[1] *V. Rossel,* «Manuel du droit fédéral des obligations» 1905, p. 377.

пріобрѣтеніе вещи въ собственность. Въ своей статьѣ «Сліяніе торговаго права съ гражданскимъ съ точки зрѣнія политики права» 1907 г., я указывалъ, что отступленіе кредитора отъ договора можетъ весьма тяжело отразиться на должникѣ, и приводилъ въ качествѣ примѣра положеніе портного, не доставившаго въ срокъ заказанный ему маскарадный костюмъ, въ случаѣ если заказчикъ послѣ срока костюмъ принять откажется. Положеніе такого портного тяжело потому, что сбыть такой костюмъ кому-нибудь врядъ ли возможно, и портной рискуетъ не получить ничего за затраченный на костюмъ трудъ и матеріалъ. Въ иномъ положеніи будетъ находиться покупатель: отказъ продавца отъ договора можетъ быть и для него весьма не выгоденъ, но все же опасность, которая угрожала въ вышеприведенномъ примѣрѣ портному, ему не угрожаетъ, такъ какъ у него на рукахъ остается не какая-нибудь индивидуальная вещь, а деньги, которыя сбывать кому-либо не требуется. Изъ этого видно, что характеръ эквивалента въ данномъ случаѣ имѣетъ значеніе, такъ что установленіе анализируемаго правила для купли еще не даетъ основанія логически признавать его долженствующимъ быть распространеннымъ на всѣ случаи возмезднаго пріобрѣтенія вещи въ собственность. Пусть это правило нераціонально, но все же въ куплѣ-продажѣ оно сравнительно болѣе пріемлемо, чѣмъ въ другихъ договорахъ. И догматически Abs. 1 Art. 214-го, какъ норма, представляющая собой исключеніе изъ общихъ правилъ о двусторонних договорахъ, не можетъ быть толкуема распространительно. Какъ и относительно Abs. 3 Art. 214-го, сомнѣніе представляетъ только договоръ мѣны въ виду установленнаго законодателемъ правила, что нормы купли должны соотвѣтственно примѣняться и къ мѣнѣ. Но здѣсь между Abs. 3 Art. 214-го и Abs. 1 Art. 214-го имѣется существенная разница: правило, содержащееся въ Abs. 3-мъ, по тѣмъ мотивамъ, которые положены въ его основаніе, должно распространяться и на мѣну, тогда какъ въ правилѣ Abs. I-го характеръ эквивалента имѣетъ значеніе, почему примѣненіе его къ мѣнѣ могло и не входить въ расчеты законодателя, имѣвшаго въ виду только денежный эквивалентъ. Въ виду этого слѣдовало бы данный вопросъ разрѣшить различно для этихъ двухъ правилъ, но, къ сожалѣнію, швейцарское законодательство слило ихъ какъ бы въ одно цѣлое, объединивъ въ одномъ Art. 214-мъ, что до извѣстной степени говоритъ за то, что обсуждаться эти оба правила должны одинаково. Если встать на эту точку зрѣнія, то коллизія, по нашему мнѣнію, должна быть разрѣшена въ пользу Abs. 3-го, т.-е. въ смыслѣ примѣненія къ мѣнѣ всего Art. 214-го. Къ такому рѣшенію насъ приводитъ то соображеніе, что принимая во вниманіе мотивы, положенные законодателемъ въ основаніе Abs. 3-го Art. 214-го, непримѣненіе этого правила къ мѣнѣ являлось бы логической несообразностью, тогда какъ примѣненіе Abs. 1-го Art. 214-го къ мѣнѣ, хотя и является нѣсколько болѣе нераціональнымъ, чѣмъ примѣненіе его къ куплѣ, но все же никакой логической несообразности не представляетъ, и вполнѣ допустимо предположить, что законодатель имѣлъ въ виду соотвѣтственное примѣненіе этого правила къ мѣнѣ.

Гораздо болѣе многочисленныя правила объ обязанностяхъ покупателя находимъ мы во французскомъ правѣ. Здѣсь, прежде всего, мы имѣемъ art. 1651 Code civil, гласящій, что если въ договорѣ не было ничего обусловлено на этотъ счетъ, то покупатель долженъ заплатить покупную цѣну въ томъ мѣстѣ и въ то время, гдѣ и когда должна произойти передача вещи. Французскіе юристы видятъ въ этой статьѣ два отклоненія отъ общихъ правилъ: 1) покупатель долженъ платить въ мѣстѣ, гдѣ находится проданная вещь (art. 1609), тогда какъ согласно art. 1247-му платежъ долженъ быть произведенъ въ мѣстѣ жительства должника; 2) по общему правилу, въ синаллагматическихъ договорахъ отсрочка, данная одной сторонѣ, не освобождаетъ другую сторону отъ обязанности исполнить немедленно, тогда какъ въ куплѣ, если продавцу дана была отсрочка для доставки вещи, то эта отсрочка идетъ на пользу и покупателя [1]. Относительно первой изъ этихъ особенностей выше мы указывали, что она дѣйствительно зависитъ именно отъ денежнаго эквивалента, но что въ то же время она нисколько не зависитъ ото того, за что платятся деньги, такъ что логически правило это слѣдуетъ распространить на всякій платежъ денегъ, какъ это имѣетъ мѣсто въ Германіи и Швейцаріи. Что же касается до второй особенности, то логически противъ примѣненія ея къ другимъ случаямъ возмезднаго пріобрѣтенія вещи въ собственность въ сущности ничего нельзя возразить — почему, напримѣръ, не признать, что если въ мѣнѣ одному контрагенту дана отсрочка, то вмѣстѣ съ тѣмъ и другой контрагентъ можетъ исполнить только тогда, когда получитъ исполненіе. Но мы лично думаемъ, что въ дѣйствительности никакой такой особенности art. 1651 и не устанавливаетъ: постановленіе art. 1651-го относительно мѣста и времени платежа, какъ говоритъ самъ законъ, должно примѣняться лишь въ томъ случаѣ, когда стороны въ договорѣ не обусловили иного порядка, а если контрагентъ даетъ другому отсрочку, то это есть соглашеніе, измѣняющее порядокъ, установленный закономъ, и толковать это соглашеніе въ томъ смыслѣ, что одновременно надо считать отсроченнымъ и платежъ денегъ, нѣтъ рѣшительно никакого основанія и явно противорѣчитъ намѣренію сторонъ, отсрочившихъ исполненіе только для одной стороны, а не для обѣихъ.

Далѣе, согласно art. 1653-му Code civil, покупатель освобождается отъ обязанности платить деньги, когда онъ имѣетъ серьезное основаніе опасаться, что на полученную вещь будетъ заявлена претензія со стороны залогодержателя или даже собственника; покупатель до тѣхъ поръ можетъ не платить, пока «trouble» не будетъ устраненъ или пока продавецъ не представитъ обезпеченія. Мотивъ этой статьи очевиденъ—онъ ограждаетъ покупателя отъ риска потерять деньги, лишившись въ то же время и вещи, за которую эти деньги были заплачены. Постановленіе это находится въ тѣсной связи съ отвѣтственностью продавца за евикцію, а потому, какъ и нормы относительно евикціи, должно относиться ко всѣмъ случаямъ возмезднаго пріобрѣтенія вещи въ собственность. Въ

---

[1] *Planiol,* t. II, p. 498; *Baudry-Lacantinerie,* op. cit., p. 535.

самомъ дѣлѣ, развѣ не такому же риску подвергается и тотъ контрагентъ въ мѣнѣ, который имѣетъ основаніе предполагать, что полученная имъ вещь будетъ евиктирована, или наймодатель, или нанявшійся по личному найму, когда въ качествѣ вознагражденія они получили впередъ вещь, которая должна быть у нихъ отнята; развѣ всѣ эти лица не рискуютъ такъ-же, какъ и покупатель, что, исполнивъ свою обязанность, они потеряютъ полученное за нее вознагражденіе? И допущенное французскимъ законодателемъ примѣненіе art. 1653-го къ мѣнѣ даетъ основаніе распространить его дѣйствіе на другіе случаи возмезднаго пріобрѣтенія вещи въ собственность.

Въ отдѣлѣ Code civil объ обязанностяхъ покупателя есть еще art. 1654—1656, трактующіе о послѣдствіяхъ неплатежа покупателемъ денегъ въ срокъ, но статьи эти, какъ справедливо замѣчаетъ Planiol, являются лишь повтореніемъ общихъ правилъ о расторженіи двустороннихъ договоровъ вслѣдствіе неисполненія одной изъ сторонъ, такъ что примѣнимость ихъ ко всѣмъ договорамъ, направленнымъ на возмездное пріобрѣтеніе вещей въ собственность, является само собой подразумѣвающейся.

Наконецъ, по французскому праву продавецъ можетъ расторгнуть договоръ купли недвижимости вслѣдствіе laesio enormis [1]. Мотивомъ этого правила является соображеніе, что разъ продавецъ отдаетъ свое имѣніе явно за безцѣнокъ, то это можетъ быть объяснено только или тѣмъ, что онъ былъ обманутъ, или тѣмъ что онъ былъ вынужденъ къ этому крайней необходимостью, а въ этихъ обоихъ случаяхъ нѣтъ свободнаго непринужденнаго согласія на заключеніе сдѣлки [2]. Что технически правило о laesio enormis вполнѣ примѣнимо къ другимъ сдѣлкамъ о возмездномъ отчужденіи вещей, это видно хотя бы изъ того, что и литература, и практика Gemein. Recht, и законодательства 17-го вѣка считали возможнымъ распространять его на всѣ двусторонніе договоры вообще [3]. Однако во французскомъ правѣ постановленію этому отведена довольно узкая область: оно примѣнимо, во-первыхъ, только къ куплѣ, такъ какъ, указывая спеціально на непримѣнимость его къ мѣнѣ [4], этимъ самымъ законодатель прямо устранилъ возможность примѣнять его по аналогіи къ другимъ договорамъ; во-вторыхъ, и въ куплѣ-продажѣ правило это относится только къ сдѣлкамъ о недвижимостяхъ; въ-третьихъ, установлена эта привилегія только для продавца, но не для покупателя [5]. Изъ этихъ ограниченій второе объясняется просто старымъ воззрѣніемъ, что «vilis mobilium possessio» [6], а два другихъ находятъ себѣ оправданіе въ соображеніи, что если крайняя нужда въ

---

[1] Code civil, art. 1674—1685.

[2] *Fenet,* t. XIV, p. 61.

[3] *Gail* (Paract. observ., lib. II, Abs. 70, № 1, 1588) говоритъ, что communis doctorum sententia: benificium de rescind. vend. non solum locum habet in contractibus emptionis et venditionis; verum etiam in contractu locationis aliisque bonae fidei sive etiam stricti juris contractibus (цит. у *Lucas* op. cit. S. 77).

[4] Code civil, art. 1706.

[5] Code civil, art. 1683.

[6] *Planiol,* t. II, p. 518.

деньгахъ можетъ заставить продать вещь за безцѣнокъ, то такой крайней нужды въ чужой вещи трудно себѣ представить [1]. Само собой понятно, что первый изъ названныхъ мотивовъ въ настоящее время не имѣетъ никакого значенія. Что же касается до второго, то и онъ, по нашему мнѣнію, совершенно не соотвѣтствуетъ дѣйствительности, такъ какъ можно легко себѣ представить цѣлый рядъ случаевъ, гдѣ крайняя нужда въ вещи заставляетъ пріобрѣтателя платить за нее втридорога—сюда надо отнести и крестьянина, которому «куренка некуда выпустить» и который платитъ помѣщику за прилегающій участокъ безумную цѣну, и проѣзжающаго, съ котораго крестьяне ближней деревни берутъ «божескую цѣну» за какую-нибудь необходимую принадлежность экипажа или упряжи, и проигравшагося офицера, которому ловкій ростовщикъ вмѣсто денегъ даетъ ненужныя вещи, назначая за нихъ такія цѣны, что и выговорить страшно. Можно смѣло сказать, что нѣтъ, пожалуй, никого, кто бы въ жизни своей не перефразировалъ примѣнительно къ обстоятельствамъ знаменитое «полцарства за коня», предлагая назначить какую угодно цѣну, но дать необходимую вещь.

Но не возражая противъ того, что можетъ быть крайняя нужда не только въ деньгахъ, но и въ вещахъ, и что laesio должно примѣняться не только въ случаѣ покупки вещи ниже ея стоимости, но и при покупкѣ ея за несоразмѣрно высокую цѣну, нѣкоторые юристы тѣмъ не менѣе полагаютъ, что правило о laesio все же предполагаетъ непремѣнно денежный эквивалентъ и, напримѣръ, къ мѣнѣ непримѣнимо. Мотивируется это мнѣніе тѣмъ, что laesio enormis предполагаетъ различіе между мѣновой стоимостью вещи и уплаченной цѣной, между тѣмъ какъ эти оба понятія чужды мѣнѣ, гдѣ контрагенты нерѣдко вовсе не принимаютъ во вниманіе несоотвѣтствіе между мѣновыми цѣнностями обмѣниваемыхъ вещей [2]. На это мы, однако, можемъ возразить, что хотя, конечно, въ мѣнѣ стороны далеко не съ той точностью, какъ въ куплѣ, могутъ принимать въ расчетъ мѣновую цѣнность вещей, такъ какъ вообще трудно найти мѣну, гдѣ бы оба предмета стоили поровну, но изъ этого еще отнюдь не слѣдуетъ, что эта цѣна въ мѣнѣ вовсе не принимается во вниманіе. Нормально стороны и въ мѣнѣ стремятся получить вещь приблизительно той же мѣновой цѣнности, и если возможны случаи, когда несоотвѣтствіе въ цѣнѣ превышаетъ $^{7}/_{12}$, то это будутъ случаи ненормальные. Конечно, мѣну такого рода можно объяснить или дружескимъ характеромъ сдѣлки, или тѣмъ, что вещь хотя и малоцѣнна, но представляетъ для даннаго лица большую субъективную цѣнность, однако подобнаго рода побужденія могутъ имѣть мѣсто и при куплѣ, и непримѣнимость въ этихъ случаяхъ laesio enormis (которымъ несомнѣнно здѣсь стороны и сами не воспользуются) не оправдываетъ непримѣненія этого правила въ другихъ случаяхъ, гдѣ грубое несоотвѣтствіе между цѣнностями вещей вызвано было причинами иного рода.

---

[1] *Baudry-Lacantinerie,* op. cit. p. 986; *Laurent,* t. XXV, № 59.
[2] *Lucas,* op. cit., S. 77—78.

Въ виду всего сказаннаго мы вполнѣ согласны съ тѣми французскими юристами [1], которые полагаютъ, что и въ мѣнѣ, какъ и въ куплѣ, вполнѣ возможно, что одинъ изъ контрагентовъ окажется въ сильномъ убыткѣ, и что непримѣненіе въ данномъ случаѣ правила о laesio enormis не имѣетъ подъ собой серьезнаго основанія. Если же примѣнять данное правило къ мѣнѣ, то, по нашему мнѣнію, нѣтъ основанія не примѣнять его и къ случаямъ, гдѣ эквивалентомъ является не вещь, а напримѣръ, исполненіе какой-нибудь работы или предоставленіе вещи въ пользованіе: почему, въ самомъ дѣлѣ, если въ голодный годъ крестьянинъ за нѣсколько пудовъ муки отдастъ мѣстному кулаку своего теленка, стоющаго во много разъ больше полученной муки, надо считаться съ laesio enormis, а если тотъ же кулакъ вмѣсто теленка выговоритъ, чтобы крестьянинъ за муку сжалъ ему лѣтомъ нѣсколько десятинъ ржи, то правило о laesio непримѣнимо, хотя бы несоотвѣтствіе въ обмѣниваемыхъ цѣнностяхъ было столь же велико, какъ и въ первомъ случаѣ? Поэтому, не входя въ разсмотрѣніе вопроса, насколько правило о laesio enormis само по себѣ желательно и цѣлесообразно, мы полагаемъ, что разъ законодатель его установилъ, то нѣтъ основанія ограничивать область его примѣненія только куплей недвижимостей, какъ это имѣетъ мѣсто во Франціи, а нужно распространить его дѣйствіе на всѣ случаи возмезднаго пріобрѣтенія вещей въ собственность, въ чемъ бы эквивалентъ ни состоялъ.

Кромѣ нормъ, помѣщенныхъ въ главѣ шестой третьей книги Code Civil, о куплѣ-продажѣ трактуютъ также art. 2102 и 2103. Первый изъ нихъ даетъ продавцу движимыхъ вещей спеціальную привилегію на переданныя имъ покупателю вещи въ обезпеченіе полученія слѣдуемой за эти вещи платы, пока эти вещи находятся еще во владѣніи покупателя[2]. Такую же привилегію въ обезпеченіе полученія покупной цѣны устанавливаетъ art. 2103, al. I для продавца недвижимости. Мотивируются эти привилегіи тѣмъ, что пока деньги покупателемъ за полученныя вещи не заплачены, имущество его является увеличившимся въ ущербъ продавцу; благодаря этому можетъ получиться, что другіе кредиторы покупателя получатъ удовлетвореніе изъ стоимости именно этихъ вещей и, такимъ образомъ, также несправедливо обогатятся на счетъ продавца, который, отдавъ вещи, самъ получитъ удовлетвореніе по соразмѣрности съ другими кредиторами [3]. Кромѣ того, если движимая вещь была продана безъ отсрочки платежа, то продавецъ, не получившій платы, можетъ виндицировать ее, если она еще находится во владѣніи покупателя и въ томъ же самомъ видѣ, въ какомъ была ему передана; но виндицировать вещь продавецъ можетъ только въ восьмидневный срокъ со дня передачи[4]. Это послѣднее постановленіе вызываетъ не мало

---

[1] *Planiol,* t. II, p. 541.
[2] Art. 2102, al. 4 Code Civil.
[3] *Planiol,* t. II, p. 799.
[4] Code Civil, art. 2102, al. 4.

недоумѣній, такъ какъ не понятно, какимъ образомъ можно говорить здѣсь о виндикаціи, когда продавецъ уже не является собственникомъ проданной вещи, такъ какъ art. 1583 Code Civil ясно и опредѣленно указываетъ, что право собственности переходитъ къ покупателю съ момента соглашенія, хотя бы вещь ему еще не была передана и деньги за нее еще не были заплачены. Господствующее въ литературѣ мнѣніе пытается устранить это явное прочиворѣчіе, утверждая, что слово виндикація здѣсь употребляется въ особомъ смыслѣ—это не искъ, основанный на правѣ собственности, которая остается за покупателемъ, а искъ особаго рода, посредствомъ котораго продавецъ получаетъ вещь на время, чтобы имѣть возможность осуществить право удержанія (jus retentionis), такъ что искъ этотъ можно назвать виндикаціей права удержанія [1]. Но это объясненіе, хотя и принятое большинствомъ юристовъ, тѣмъ не менѣе встрѣчаетъ и возраженія, состоящія въ томъ, что виндицировать можно только вещь, но не право, что право удержанія есть лишь возраженіе («exceptio»), которое не можетъ породить иска, вслѣдствіе чего нельзя допустить, чтобы составители Code Civil исходили изъ такого искусственнаго основанія [2]. Поэтому нѣкоторые юристы пришли къ выводу, что это постановленіе нельзя иначе объяснить, какъ признавъ, что, по исключенію изъ art. 1583, право собственности при продажѣ движимости переходитъ къ покупателю только послѣ уплаты имъ покупной цѣны [3].

Вышеуказанныя правила art. 2102—2103, являясь привилегіями, не могутъ быть толкуемы распространительно, почему, естественно, ко всѣмъ другимъ договорамъ, имѣющимъ содержаніемъ возмездное пріобрѣтеніе вещи въ собственность, они по аналогіи примѣнены быть не могутъ. Сомнѣніе вызываетъ только договоръ мѣны, въ виду указанія art. 1707-го, что всѣ другія (т.-е. не указанныя въ art. 1704—1706) правила, установленныя относительно купли, должны примѣняться и къ мѣнѣ. Разрѣшается этотъ вопросъ французскими юристами и практикой въ томъ смыслѣ, что если мѣна была соединена съ денежной доплатой, то относительно взысканія этой доплаты мѣняющемуся должно быть дано на основаніи art. 1707 право преимущественнаго удовлетворенія изъ стоимости переданной вещи, какъ и продавцу [4]. Но примѣненіе къ мѣнѣ права виндикаціи переданной вещи юристами отрицается на томъ основаніи, что art. 1707 имѣетъ въ виду лишь нормы, регулирующія договорныя отношенія между сторонами, тогда какъ привилегія, данная продавцу, является не правиломъ, установленнымъ относительно договора купли, а правомъ, предоставленнымъ продавцу противъ третьихъ лицъ и помѣщенныхъ въ главѣ, трактующей о привилегіяхъ и ипотекахъ, причемъ право это предоставлено только продавцу, а не мѣняющемуся,

---

[1] *Valette,* «Privilèges et hypothéques», t. I, n. 90.

[2] *Huc,* t. VII, n. 173.

[3] *Planiol,* t. II, p. 505.

[4] *Planiol,* t. II, p. 881; *Aubry et Rau,* 5-e éd., t. V, § 360, p. 259; *Dalloz,* Nouveau Code, art. 1705, not. 32—35.

почему послѣднему это право по аналогіи и не можетъ быть дано [1]. Первое изъ этихъ рѣшеній мы признаемъ догматически вполнѣ правильнымъ, такъ какъ примѣнять цѣликомъ привилегію продавца къ договору мѣны нельзя потому, что привилегія эта дается относительно взысканія незаплаченной цѣны, между тѣмъ какъ если вознагражденіе состояло не въ деньгахъ, а въ вещи, то взыскать эту вещь изъ стоимости переданной вещи явно нельзя,—здѣсь можетъ итти рѣчь лишь о взысканіи вознагражденія за неисполненіе договора, а не о взысканіи самой платы, между тѣмъ какъ законъ даетъ привилегію только относительно взысканія цѣны, и распространять эту привилегію на взысканіе вознагражденія за неисполненіе договора нельзя, такъ какъ привилегіи не могутъ толковаться распространительно. Иное дѣло виндикація продавцомъ вещи. Большинство юристовъ конструируютъ эту виндикацію, какъ виндикацію права удержанія, но вѣдь право удержанія принадлежитъ контрагентамъ и въ договорѣ мѣны, такъ что если виндикація вытекаетъ изъ природы права удержанія, составляетъ его существенную часть, то логически не примѣнять эту виндикацію въ мѣнѣ было бы явной ошибкой. Если же встать на точку зрѣнія меньшинства и видѣть въ этой виндикаціи исключеніе изъ art. 1583 и признаніе, что при продажѣ движимости съ немедленной уплатой право собственности переходитъ къ покупателю только послѣ уплаты имъ покупной цѣны, то опять-таки непримѣненіе этого правила къ мѣнѣ было бы логической несообразностью, такъ какъ было бы совершенно непонятно, почему, если пріобрѣтающій вещь не заплатилъ денежнаго вознагражденія, то онъ права собственности не пріобрѣлъ, а если вознагражденіе состояло не въ деньгахъ, а въ вещи, то онъ пріобрѣтаетъ право собственности на переданную ему вещь независимо отъ уплаты или неуплаты вознагражденія. Правда, правило о виндикаціи помѣщено въ главѣ, трактующей о привилегіяхъ и ипотекахъ, но тѣ же юристы находятъ возможнымъ, опираясь именно на art. 1707, примѣнять правило о привилегіи продавца на мѣну съ доплатой, слѣдовательно на основаніи art. 1707 можно примѣнять къ мѣнѣ и другія постановленія art. 2102-го, если это не противорѣчитъ тексту закона и природѣ договора мѣны.

Но, если съ точки зрѣнія догматической постановленія art. 2102—2103 Code Civil примѣнимы только въ куплѣ и, до извѣстной степени, къ договору мѣны, то съ точки зрѣнія логики ограничивать область дѣйствія этихъ правилъ вышеуказанными договорами и не примѣнять ихъ ко всѣмъ случаямъ возмезднаго пріобрѣтенія вещи въ собственность является безусловно неправильнымъ. Когда мы говорили о примѣненіи къ мѣнѣ нормы о виндикаціи вещи продавцомъ у покупателя, не заплатившаго денегъ, то выяснили, что какъ бы ни конструировать эту виндикацію, во всякомъ случаѣ характеръ вознагражденія здѣсь не играетъ рѣшительно никакой роли. Что же касается до привилегіи преимущественнаго удовлетворенія изъ стоимости переданной вещи, то въ томъ

---

[1] *Guillouard,* t. I, n. 387; *Aubry et Rau,* 5-é éd., t. III, § 261, note 56, bis.

видѣ, въ какомъ законъ эту привилегію установилъ, она, конечно, примѣнима только къ денежному вознагражденію, но если обратиться къ мотивамъ этого правила, то будетъ ясно, что текстъ закона не соотвѣтствуетъ своему основанію. Въ самомъ дѣлѣ, привилегія эта, какъ мы выше говорили, мотивируется тѣмъ, что продавецъ передалъ свою вещь въ имущественную массу покупателя, ничего не получивъ взамѣнъ, и такимъ образомъ безвозмездно увеличилъ имущество, на которое кредиторы покупателя могутъ обратить взысканіе, такъ что эти послѣдніе несправедливо обогатились бы на счетъ продавца. Но развѣ не то же самое положеніе вещей получится, если плата за вещь состояла не въ деньгахъ, а, напримѣръ, также въ вещи или въ исполненіи какого-нибудь предпріятія; здѣсь также кредиторы получатъ удовлетвореніе изъ вещи, переданной пріобрѣтателю, а отчуждатель не получитъ полностью вознагражденія за неисполненіе пріобрѣтателемъ своей обязанности уплатить за вещь условленный эквивалентъ? Поэтому ясно,что съ точки зрѣнія логики, если исходить изъ вышеприведенныхъ мотивовъ, то нужно всякому отчуждающему возмездно вещь въ собственность предоставить въ случаѣ неполученія вознагражденія право преимущественнаго удовлетворенія своего требованія о платежѣ или вознагражденіи за неполученіе платежа изъ стоимости переданной пріобрѣтателю вещи.

Мы разсмотрѣли нормы, регулирующія обязанности покупателя, и пришли къ заключенію, что большинство этихъ нормъ не стоитъ ни въ какой зависимости отъ того, какого рода вознагражденіе платится за вещь, такъ что логически всѣ эти нормы должны быть признаны относящимися ко всѣмъ случаямъ возмезднаго пріобрѣтенія вещи въ собственность. Исключеніе предоставляютъ лишь art. 1651 Code Civil, Art. 214 Abs. I Ziv. G. B. и норма о взиманіи процентовъ съ покупной цѣны (§ 452 B. G. B., Art. 1652 Code Civil и Art. 213 Z. G. B.), при чемъ по характеру своему эти исключенія являются совершенно различными: art. 1651 Code Civil относится дѣйствительно только къ денежному эквиваленту, но долженъ быть возведенъ въ общее правило для всякихъ денежныхъ платежей; Art. 214 Abs. I Z. G. B. имѣетъ при денежномъ эквивалентѣ менѣе вредное значеніе, чѣмъ при вознагражденіяхъ другого рода, хотя логически можетъ быть признанъ и общимъ правиломъ, а нормы о процентахъ логически должны имѣть общій характеръ, но къ нѣкотораго рода эквивалентамъ не примѣнимы.

Но догматически гораздо меньшая часть разсмотрѣнныхъ нами нормъ можетъ быть признана относящейся ко всѣмъ случаямъ возмезднаго пріобрѣтенія вещи въ собственность. Сюда относятся: § 433 и § 450 B. G. B., art. 1653—1657 Code Civil, статья 1514 т. X ч. I. Эти нормы могутъ примѣняться и въ настоящее время къ договорамъ, гдѣ, напримѣръ, одно лицо обязывается передать другому вещь въ собственность, а другой контрагентъ за это обязывается предоставить ему вещь на извѣстный срокъ въ пользованіе или проработать на него въ теченіе опредѣленнаго времени. То обстоятельство, что здѣсь данное лицо должно обсуждаться одновременно и какъ пріобрѣтатель вещи и какъ наймо-

датель или рабочій, примѣненію вышеуказанныхъ нормъ нисколько не препятствуетъ, такъ какъ коллизіи между этими нормами и нормами имущественнаго или личнаго найма не получается.

III.

Среди моря казуистическихъ правилъ, которое представляютъ изъ себя современные гражданскіе кодексы, вопросъ о формѣ совершенія сдѣлокъ является однимъ изъ немногихъ счастливыхъ исключеній,— вмѣсто указанія особой формы для каждой сдѣлки, главнѣйшія западныя законодательства даютъ общія правила о совершеніи сдѣлокъ вообще. Такъ, напримѣръ, германское уложеніе устанавливаетъ общій принципъ, что для заключенія сдѣлокъ никакой особой формы не требуется, а по французскому праву всѣ сдѣлки на сумму свыше 150 франковъ должны быть облечены въ письменную форму. Устанавливая такія общія правила, законодательства, однако, на ряду съ этимъ указываютъ и исключенія изъ нихъ, требующія соблюденія извѣстныхъ формальностей или для заключенія отдѣльныхъ сдѣлокъ или для цѣлыхъ категорій сдѣлокъ вообще; къ исключеніямъ послѣдняго рода относится, напримѣръ, требованіе германскаго права, чтобы договоръ, по которому одна сторона обязывается передать другой въ собственность недвижимость, былъ засвидѣтельствованъ судебнымъ или нотаріальнымъ порядкомъ или внесенъ въ поземельную книгу [1]. Но для передачи въ собственность движимой вещи никакихъ отступленій отъ общихъ правилъ не существуетъ Это не значитъ, конечно, что договоръ, имѣющій подобное содержаніе, долженъ быть непремѣнно совершенъ въ формѣ, установленной общимъ правиломъ, а означаетъ лишь, что фактъ передачи движимой вещи въ собственность самъ по себѣ не требуетъ какихъ-либо формальностей или усложненій формы, что, однако, не препятствуетъ тому, чтобы форма заключенія договора сдѣлалась болѣе сложной, когда къ факту передачи движимой вещи въ собственность присоединяется какой-нибудь другой элементъ, требующій отступленія отъ общаго порядка заключенія договоровъ. Поэтому, если, напримѣръ, во Франціи будетъ заключенъ договоръ, по которому одна сторона обязывается передать движимую вещь въ собственность, а другая обязывается предоставить домъ или сельскохозяйственный участокъ въ пользованіе, то къ таковому договору будетъ примѣнимъ art. 1715 Code Civil, по которому если одна сторона будетъ оспаривать фактъ существованія договора, къ исполненію котораго еще не приступлено, то свидѣтельскія показанія въ качествѣ доказательства уже не допускаются, какъ бы ничтожна ни была стоимость сдѣлки.

Въ противоположность западнымъ законодательствамъ, наше русское право общихъ правилъ о заключеніи договоровъ не даетъ, а указываетъ форму особо для того или другого отдѣльнаго договора. Исклю-

---

[1] B. G. B., § 313.

ченіе составляютъ только договоры и сдѣлки о переходѣ или ограниченіи права собственности на недвижимости, которые, подъ опасеніемъ недѣйствительности, должны быть совершаемы всегда у нотаріусовъ и обращаемы въ крѣпостные [1]. Это правило имѣетъ общій характеръ, какъ вызываемое особенностью договоровъ о вещныхъ правахъ на недвижимости, а потому должно примѣняться ко всѣмъ договорамъ, хотя бы и не предусмотрѣннымъ нашимъ законодательствомъ. Казуистичность нашего законодательства относительно формы совершенія сдѣлокъ давно уже вызываетъ нареканія въ литературѣ. Къ какимъ нецѣлесообразнымъ результатамъ ведетъ эта казуистичность, особенно ярко видно при сопоставленіи договоровъ купли-продажи, поставки и мѣны. Для купли-продажи движимыхъ вещей законъ не устанавливаетъ письменной формы, и потому словеснаго соглашенія совершенно достаточно для силы договора, и существованіе его можетъ быть подтверждено свидѣтельскими показаніями. Наоборотъ, договоръ поставки свидѣтельскими показаніями доказываемъ быть не можетъ въ силу ст. 1742 т. X ч. I. Это отличіе въ формѣ логически должно быть слѣдствіемъ различія между куплей и поставкой, а единственный сколько-нибудь точный признакъ изъ тѣхъ, которыми, по мнѣнію нашей практики, эти договоры отличаются другъ отъ друга, является то обстоятельство, что объектомъ купли являются вещи, опредѣляемыя индивидуальными признаками, а объектомъ поставки вещи, опредѣляемыя родовыми признаками. Отсюда, казалось бы, должно вытекать общее правило, что договоры о передачѣ въ собственность вещей, опредѣляемыхъ родовыми признаками, должны совершаться письменно. Такое правило было бы мало обоснованнымъ, но по крайней мѣрѣ логичнымъ. Однако оказывается, что такого правила вывести нельзя: объектомъ мѣны, какъ единодушно признаютъ юристы, могутъ быть и вещи, опредѣляемыя родовыми признаками, а заключеніе такого договора, согласно ст. 1380 т. X ч. I, можетъ имѣть мѣсто и въ устной формѣ. Это обстоятельство лишаетъ возможности примѣнять ст. 1742 т. X ч. I по аналогіи, напримѣръ, къ случаю, гдѣ одно лицо обязывается передать другому въ собственность вещи, опредѣляемыя родовыми признаками, а другое—предоставить движимую вещь въ пользованіе. Въ результатѣ получается, что письменная форма въ договорѣ поставки является логически ничѣмъ не объяснимой, такъ какъ оказывается, что ни фактъ передачи въ собственность замѣнимыхъ вещей, ни денежный эквивалентъ, сами по себѣ не требуютъ письменной формы.

Въ связи съ регламентаціей способа заключенія договора купли французское законодательство указываетъ, что расходы по заключенію купли возлагаются на покупателя (art. 1593). Относительно этой статьи французскіе юристы держатся взгляда, что, вопреки art. 1707 Code Civil, она къ мѣнѣ непримѣнима, такъ какъ здѣсь каждый контрагентъ является въ одно и то же время и пріобрѣтателемъ и отчуждателемъ вещи, такъ что въ данномъ случаѣ расходы по совершенію сдѣлки должны

[1] Нот. Пол., ст. 66.

распредѣляться между контрагентами поровну [1]. Соображеніе это, конечно, вполнѣ правильно, но мы думаемъ, что art. 1593 вообще не можетъ быть примѣнимъ къ случаямъ, гдѣ эквивалентомъ являются не деньги, а что-нибудь другое. Такъ, напримѣръ, французскіе юристы опираясь на аналогію съ art. 1593, расходы по заключенію договора имущественнаго найма возлагаютъ на нанимателя, такъ какъ де договоръ заключается въ его интересахъ, чтобы онъ могъ получить вещь въ пользованіе. Поэтому, если въ наймѣ вознагражденіе будетъ состоять въ передачѣ вещи въ собственность, то положеніе получится то же, что и въ мѣнѣ—расходы должны падать цѣликомъ и на того, и на другого, а такъ какъ это невозможно, то они должны дѣлиться пополамъ. Такимъ образомъ получается, что art. 1593 можетъ быть примѣненъ только къ такимъ договорамъ, которые, судя по эквиваленту, должны быть признаваемы заключенными исключительно въ интересахъ пріобрѣтателя вещи, а такъ какъ, за отсутствіемъ точнаго критерія, нельзя съ увѣренностью установить, въ какихъ случаяхъ это имѣетъ мѣсто, въ какихъ не имѣетъ, то остается держаться буквы закона, т.-е. признавать, что договоръ заключенъ въ интересахъ пріобрѣтателя только тогда, когда эквивалентъ состоялъ въ деньгахъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ это предположеніе, что когда плата состояла въ деньгахъ, договоръ совершается въ интересахъ пріобрѣтателя, а при наймѣ—въ интересахъ нанимателя, является въ сущности совершенно произвольнымъ: наймодатель не менѣе нанимателя заинтересованъ въ томъ, чтобы сдать квартиру, а продавецъ не менѣе покупателя заинтересованъ въ томъ, чтобы продать вещь и получить деньги, особенно когда онъ занимается торговлей въ видѣ промысла. Поэтому ясно, что статья 1593, какъ основанная на совершенно произвольномъ и часто не соотвѣтствующемъ дѣйствительности предположеніи, съ точки зрѣнія политики права критики не выдерживаетъ; на практикѣ стороны всегда учитываютъ стоимость расходовъ по совершенію сдѣлки и опредѣляютъ въ договорѣ, кто эти расходы долженъ нести—если же такого соглашенія не было, то несомнѣнно единственнымъ правильнымъ рѣшеніемъ было бы распредѣлять эти расходы между сторонами поровну, какъ это и имѣетъ мѣсто у насъ въ Россіи [2]. Такимъ образомъ получается, что устанавливать для купли спеціальное правило въ видѣ art. 1593 Code Civil нѣтъ никакихъ основаній.

Другой особенностью французскаго права является art. 1602 Code Civil, устанавливающій, что въ случаѣ сомнѣнія спорныя мѣста въ договорѣ надо толковать противъ продавца. Это правило заимствованное у римскихъ юристовъ и основанное на предположеніи, что условія сдѣлки всегда диктуетъ продавецъ («qui vend le pot, dit le mot») также непримѣнимо къ мѣнѣ по тѣмъ же причинамъ, какъ и art. 1593. Будучи исключеніемъ изъ общаго правила, что въ случаѣ сомнѣнія договоръ долженъ толковаться въ пользу должника [3], art. 1602 не можетъ при-

---

[1] *Baudry-Lacantinerie,* op. cit., p. 988 et ss.; *Planiol,* t. II, p. 541.
[2] *Анненковъ,* т. IV, стр. 87.
[3] Code Civil, art. 1162.

мѣняться по аналогіи и къ другимъ случаямъ возмездной передачи вещи въ собственность, не подходящимъ подъ понятіе купли. Но если бы даже вышеназваннаго общаго правила не существовало, то и тогда распространеніе art. 1602 на другіе случаи возмезднаго пріобрѣтенія вещи въ собственность было бы врядъ ли возможнымъ, такъ какъ съ измѣненіемъ характера эквивалента измѣняется и фактическое положеніе сторонъ: изъ предположенія, что продавецъ диктуетъ условія сдѣлки, еще не вытекаетъ, что условія сдѣлки диктуетъ и наниматель, платящій за пользованіе вещью не деньгами, а вещами. Но въ дѣйствительности вышеуказанное предположеніе является неправильнымъ и относительно купли; французскіе юристы давно уже указываютъ, что въ жизни условія сдѣлки не менѣе часто диктуются покупателемъ, а не продавцомъ [1], такъ что съ точки зрѣнія политики права art. 1602 не выдерживаетъ критики и въ качествѣ правила, относящагося исключительно къ куплѣ. Вслѣдствіе этого французская судебная практика и сейчасъ примѣняетъ эту статью съ большими ограниченіями [2].

Какъ французское, такъ и русское законодательства требуютъ, чтобы продавецъ въ моментъ заключенія купли-продажи былъ собственникомъ вещи; продажа чужой вещи считается недѣйствительной [3]. Во французскомъ правѣ правило это является логическимъ слѣдствіемъ того, что право собственности переходитъ къ пріобрѣтателю въ моментъ соглашенія, а не передачи. Поэтому къ тѣмъ случаямъ, гдѣ право собственности не переходитъ къ покупателю съ момента соглашенія, что имѣетъ мѣсто при продажѣ вещей, опредѣленныхъ родовыми признаками, правило это не примѣняется [4]. Такъ какъ характеръ эквивалента, какъ мы уже выше указывали, не измѣняетъ правила о моментѣ пріобрѣтенія права собственности, то ясно, что правило art. 1599 должно относиться не только къ куплѣ, но и ко всѣмъ другимъ договорамъ, имѣющимъ непосредственной цѣлью передать право собственности на вещь другому лицу. Косвеннымъ указаніемъ на общій характеръ art. 1599 является art. 1704, гласящій, что если одинъ изъ мѣняющихся уже получилъ вещь, но обнаружитъ, что контрагентъ не былъ собственникомъ ея, то онъ не обязанъ исполнять свое обязательство, а можетъ лишь возвратить обратно полученную имъ вещь: какъ справедливо замѣчаетъ Baudry-Lacantinerie [5], статья эта есть лишь примѣненіе правила art. 1599.

Болѣе сомнѣній вызываетъ русское право. Прежде всего вопросъ, съ какого момента у насъ пріобрѣтается право собственности на вещь, въ виду отсутствія прямого указанія въ законѣ и наличности въ то же время косвенныхъ, одно другому противорѣчащихъ, указаній, является спорнымъ—одни высказываются за моментъ соглашенія, другіе—за мо-

---

[1] *Toullier et Duvergié,* t. XVI, n. 242; *Laurent,* t. XXIV, n.n. 154—155; *Guillouard,* t. I, n. 200.

[2] *Dalloz,* «Nouveau Code Civil annoté», t. IV, 1905, art. 1602, not. 10 et 14.

[3] Code Civil, art. 1599, ст. 1384 и 1389 т. X, ч. I.

[4] *Planiol,* t. II, p. 467.

[5] *Baudry-Lacantinerie,* op. cit., p. 977—978.

ментъ передачи. Такое же разногласіе существуетъ и по вопросу, примѣнимо ли вышеуказанное запрещеніе продавать чужія вещи къ договору мѣны или не примѣнимо. Любавскій, опираясь на общія соображенія и главнымъ образомъ на статью 1380 т. X. ч. I, предусматривающую установленіе поручительства при заключеніи договора, когда есть сомнѣніе въ дѣйствительной принадлежности хозяину мѣняемой вещи, высказывается за примѣненіе [1], тогда какъ проф. Шершеневичъ утверждаетъ, что для силы договора мѣны не требуется, чтобы стороны въ моментъ соглашенія имѣли право собственности на обмѣниваемыя вещи, такъ какъ законъ нашъ для мѣны этого не требуетъ [2]. Если встать на точку зрѣнія перехода права собственности въ моментъ соглашенія, то, несомнѣнно, рѣшеніе должно быть то же, что и во французскомъ правѣ. Болѣе сомнѣній возникаетъ, если принять теорію передачи, такъ какъ въ такомъ случаѣ требованіе наличности права собственности у продавца лишается всякаго основанія и можетъ быть объяснено лишь простымъ воспроизведеніемъ древней нормы Судебника Іоанна IV 1550 г. и Уложенія 1649 года. Но будучи нормой, лишенной серьезнаго основанія, требованіе наличности права собственности у продавца станетъ еще болѣе непонятнымъ и нелогичнымъ, если признать, что оно относится только къ куплѣ-продажѣ, такъ какъ, какъ бы ни объяснять вышеназванное правило, несомнѣнно, что отъ характера эквивалента оно не можетъ находиться въ зависимости. Поэтому и въ послѣднемъ случаѣ надо придать этому правилу общій характеръ.

Кромѣ запрещенія продавать вещи, непринадлежащія продавцу на правѣ собственности, наше законодательство запрещаетъ также продавать вещи, находящіяся подъ запрещеніемъ [3]. Относительно этого постановленія въ литературѣ также высказывался взглядъ, что оно въ силу буквальнаго смысла закона не можетъ быть распространено на случаи отчужденія имуществъ по другимъ актамъ [4], но съ этимъ мнѣніемъ никоимъ образомъ нельзя согласиться. Что статья 1388 т. X ч. I, являющаяся слѣдствіемъ старой запретительной системы, въ настоящее время по отношенію къ залогу является невыдерживающей критики—это безспорно, но изъ этого еще отнюдь не слѣдуетъ, что теперь эту статью слѣдуетъ сводить ad absurdum, а развѣ не было бы верхомъ нелогичности накладывать въ интересахъ кредитора на имѣніе запрещеніе и вмѣстѣ съ тѣмъ предоставлять собственнику всякими способами отчуждать это имѣніе, лишь бы только не за деньги. Нашъ Сенатъ справедливо разъяснилъ, что «запрещенія для того и налагаются, чтобы воспрепятствовать передачѣ оныхъ въ другія руки во вредъ лицу, по просьбѣ или претензіи котораго запрещенія наложены» [5], а такая цѣль явно не была бы

---

[1] *А. Любавскій,* «Юридическія изслѣдованія и статьи», т. II, 1867 г., стр. 405—406; также *Трепицынъ,* «Переходъ права собственности на движимыя имущества посредствомъ передачи и соглашенія», 1903 г., стр. 389—390.

[2] *Шершеневичъ,* op. cit., стр. 543.

[3] Ст. 1388 и 1458 т. X, ч. I.

[4] *Вольманъ,* «Право» 1910 г., № 9.

[5] Рѣш. гр. касс. деп. 1873 г., № 768.

достигнута при томъ ограничительномъ толкованіи, какое предлагаютъ дать ст. 1388-й. Что Сенатъ понимаетъ значеніе запрещеній въ широкомъ смыслѣ, видно также изъ того, что онъ всюду говоритъ, что запрещеніе ограничиваетъ собственника въ правѣ «распоряженія», цѣль его воспрепятствовать «отчужденію, переходу къ другому владѣльцу»—однимъ словомъ употребляетъ выраженія, обнимающія всякія сдѣлки, направленныя на переходъ права собственности. Наконецъ, Сенатъ прямо призналъ, что наложеніе запрещенія препятствуетъ и раздѣлу имѣнія, если при раздѣлѣ должникъ, на части котораго числится запрещеніе, уступаетъ ее въ собственность другимъ сонаслѣдникамъ [1]. Все это, мнѣ кажется, ясно доказываетъ, что ст. 1388 долженъ быть приданъ характеръ общаго правила. Вмѣстѣ съ тѣмъ эта статья служитъ наглядным примѣромъ, къ какимъ опаснымъ толкованіямъ можетъ привести регламентація, пріуроченная къ отдѣльнымъ договорамъ, а не къ отдѣльнымъ обязанностямъ.

Все сказанное относительно статьи 1388-й относится, безъ сомнѣнія, и къ статьѣ 1394-й, трактующей объ отчужденіи движимостей, находящихся подъ арестомъ.

Во французскомъ правѣ имѣются особыя указанія относительно лицъ, которымъ запрещается совершать куплю-продажу. Такъ оно, запрещаетъ замужней женщинѣ при régime dotal отчуждать свои biens dotaux [2], и затѣмъ супруги не могутъ заключать между собою договоръ купли-продажи, за исключеніемъ нѣкоторыхъ указанныхъ въ законѣ случаевъ [3]. Что касается перваго правила, то оно несомнѣнно имѣетъ общій характеръ, такъ самъ законъ говоритъ здѣсь объ отчужденіи, а не о продажѣ [4]; исключеніемъ является только договоръ мѣны, которая закономъ спеціально разрѣшена при соблюденіи извѣстныхъ условій [5]. Но относительно второго правила большинство французскихъ юристовъ держатся взгляда, что оно относится только къ куплѣ, опираясь на буквальный текстъ закона и на то, что въ законѣ есть указанія на возможность заключенія между супругами нѣкоторыхъ другихъ договоровъ [6]. Однако, такой выводъ подрывалъ бы все значеніе статьи 1595-й. Въ настоящее время въ качествѣ основаній ея приводятъ слѣдующія соображенія: 1) хотя дареніе между супругами и позволено, но оно révocable, и путемъ фиктивной купли супруги могли бы обходить это правило; 2) посредствомъ фиктивной купли супруги могли бы дарить то, что выходитъ за предѣлы pars disponible, и 3) каждый супругъ могъ бы скрыть свое имущество отъ кредиторовъ, продавъ его фиктивно другому

---

[1] Рѣш. гр. касс. деп. 1873 г., № 1249.

[2] Cod. civ., art. 1554.

[3] Cod. civ., art. 1595.

[4] *Planiol,* t. II, p. 465.

[5] Code civ., art. 1559.

[6] *Baudry-Lacantinerie,* op. cit., p. 229 ss.; *Guillouard,* t. I, n., 45; *Huc,* t. X, n. 48; изъ практики см. Req. 4 fevr. 1846, *Dall.* 44, I, 216; Limoges, 30 déc. 1861, D. 62, II, 201.

супругу [1]. Не входя въ разсмотрѣніе вопроса, насколько эти мотивы сами по себѣ заслуживаютъ уваженія, можно тѣмъ не менѣе съ увѣренностью сказать, что если дѣйствіе ст. 1595 ограничить только куплей, то статья эта нисколько не помѣшаетъ супругамъ совершать всѣ тѣ операціи, противъ которыхъ законъ хочетъ бороться, такъ какъ для этого имъ надо будетъ только вмѣсто денегъ выговорить какой-нибудь другой эквивалентъ, что для фиктивной сдѣлки особыхъ затрудненій не представитъ. Такимъ образомъ ограничительное толкованіе въ сущности аннулируетъ всю статью, почему такое толкованіе врядъ ли можно признать правильнымъ и de lege lata. Ссылка на то, что законъ самъ упоминаетъ о возможности заключенія другихъ договоровъ между супругами, несостоятельна потому, что рѣчь идетъ о распространеніи статьи 1595 не вообще на всѣ сдѣлки, а лишь на сдѣлки, направленныя на возмездное отчужденіе вещей, къ каковымъ мандатъ, на который обычно ссылаются [2], не относится.

Результаты нашего изслѣдованія можно свести къ слѣдующимъ положеніямъ. Съ догматической точки зрѣнія мы признали, что значительная часть нормъ, которыя законодательства современныя установили относительно купли-продажи, не только могутъ, но и должны по аналогіи примѣняться къ другимъ договорамъ о возмездномъ отчужденіи вещей въ собственность. Изъ всей работы мнѣ кажется ясно, насколько неправильно мнѣніе, высказанное въ нѣкоторыхъ рѣшеніяхъ нашимъ Сенатомъ [3] и нашедшее себѣ защитника въ лицѣ Исаченко [4], что споры, возникающіе изъ договоровъ, не предусмотрѣнныхъ закономъ, не должны быть разрѣшаемы на основаніи правилъ, опредѣляющихъ отношенія по другимъ видамъ договоровъ—принятіе этого взгляда было бы и логически несостоятельнымъ и на практикѣ поставило бы судью въ невозможное положеніе. Съ точки зрѣнія теоретической мы доказали, какъ по крайней мѣрѣ мы убѣждены, что существующая регламентація договора купли-продажи, за нѣкоторыми очень немногими исключеніями, не стоитъ ни въ какой логической и другой зависимости отъ денежнаго эквивалента, вслѣдствіе чего регламентаціи этой долженъ быть приданъ общій характеръ,—характеръ нормъ, регламентирующихъ договоры о возмездномъ пріобрѣтеніи и отчужденіи вещей въ собственность. Доказавъ это положеніе, мы полагаемъ, что сдѣлали первый маленькій шагъ къ установленію тѣхъ общихъ ученій объ отдѣльныхъ обязанностяхъ, о важномъ научномъ значеніи которыхъ для гражданскаго права мы говорили въ статьѣ, напечатанной въ «Правѣ» за 1911-й годъ.

Проф. баронъ А. Симолинъ.

---

[1] *Planiol,* t. II, p. 472; *Aubry* et *Rau,* op. cit, § 351, note 20, p. 37; *Laurent,* t. XXIV, n. 31; *Guillouard,* op. cit., n. 146; *Huc,* t. X, n. 40.

[2] Code civil, art. 1420, 1577.

[3] Рѣш. гр. касс. деп. 1912 г., № 80.

[4] *Исаченко,* op. cit., стр. 53—55.

Соотношеніе между юридическими институтами и конкретными отношеніями.

I.

Всякій юридическій институтъ, какъ составная часть данной системы положительнаго права, призванъ регулировать тѣ или иныя жизненныя отношенія. Это положеніе само по себѣ одинаково вѣрно, идетъ ли рѣчь объ институтахъ публичнаго или частнаго права, и, въ первомъ случаѣ, говоримъ ли мы объ институтахъ государственнаго или административнаго, уголовнаго или международнаго права и т. д.

Въ связи съ этимъ естественно возникаетъ вопросъ о соотношеніи, которое существуетъ между юридическими институтами, съ одной стороны, и жизненными отношеніями, ими регулируемыми,—съ другой стороны. Въ частности, спрашивается, существуетъ ли въ этой области какое-либо соотвѣтствіе между тѣми и другими, является ли тотъ или иной институтъ адэкватнымъ отображеніемъ соотвѣтствующихъ, регулируемыхъ имъ конкретныхъ отношеній,—если да,—то почему да, въ какомъ смыслѣ и въ какихъ предѣлахъ; если нѣтъ, то почему нѣтъ, и значитъ ли это, что въ такихъ случаяхъ отсутствуетъ какая бы то ни было связь между жизнью и регулирующими ее нормами?

Вопросъ въ такой общей, принципіальной формѣ въ литературѣ совершенно не ставится. Это не значитъ, что на дѣлѣ можно обходиться безъ извѣстныхъ предположеній на этотъ счетъ. Однако, эти предположенія не столько открыто формулируются, сколько молчаливо принимаются: о критической провѣркѣ ихъ нѣтъ и рѣчи. Понятно, что при такихъ условіяхъ они носятъ характеръ совершенно произвольныхъ, необоснованныхъ, принимаемыхъ просто на вѣру гипотезъ или вѣрнѣе постулатовъ.

Нетрудно выяснить, какъ это могло случиться. Создавшееся положеніе вещей является естественнымъ результатомъ полнаго игнорированія важнаго значенія, которое для теоріи права имѣетъ понятіе конкретнаго жизненнаго отношенія. Въ самомъ дѣлѣ, господствующая доктрина въ своихъ построеніяхъ исходитъ изъ нормъ, какъ изъ основныхъ правовыхъ элементовъ: совокупность особо квалифицированныхъ, «юридическихъ» нормъ составляетъ право въ объективномъ смыслѣ. Нормы объ-

ективнаго права опредѣляютъ, кто и что является субъектами и объектами юридическихъ отношеній и отдѣльныхъ «субъективныхъ» правъ, онѣ же опредѣляютъ объектъ и содержаніе, равно способы возникновенія, измѣненія, перехода, прекращенія и защиты упомянутыхъ юридическихъ отношеній и правъ. Жизненныя отношенія сами по себѣ съ этой точки зрѣнія не имѣютъ значенія и не представляютъ интереса для теоріи права. Естественно, что и вопросъ о томъ, существуетъ ли какое-нибудь соотношеніе между ними и регулирующими ихъ юридическими нормами, и какое именно, остается въ тѣни. Съ другой стороны, ничего не можетъ дать для разрѣшенія поставленнаго нами вопроса и новая психологическая теорія права, которая старается свести всю совокупность правовыхъ явленій къ извѣстнымъ субъективнымъ переживаніямъ индивидуальной человѣческой психики, и которая склонна разсматривать юридическіе институты просто какъ проекціи вовнѣ извѣстныхъ психическихъ переживаній, а отъ реальныхъ жизненныхъ отношеній сознательно отворачивается какъ отъ «res facti», представляющихъ юридическое ἀδιάφορον.

Наша собственная позиція въ данномъ вопросѣ формулирована нами, въ другомъ мѣстѣ [1], слѣдующимъ образомъ: «отправной точкой какъ для соціальныхъ наукъ вообще, такъ и для юридическихъ наукъ въ особенности, является понятіе конкретнаго жизненнаго отношенія». Въ самомъ дѣлѣ, что касается прежде всего нормъ или правилъ, которыми руководствуются люди въ своихъ взаимныхъ отношеніяхъ, то не трудно убѣдиться, что онѣ уже предполагаютъ наличность извѣстныхъ реальныхъ отношеній между людьми и являются—непосредственно или косвенно—отраженіемъ этихъ отношеній, а слѣдовательно сами по себѣ представляютъ не первичное, а производное явленіе,—одинъ изъ продуктовъ совмѣстной жизни людей, внѣ которой самое появленіе ихъ было бы немыслимо. Дѣйствительно, чѣмъ впервые вызывается появленіе тѣхъ многообразныхъ правилъ (религіозныхъ, этическихъ, юридическихъ, эстетическихъ, техническихъ), которыя опутываютъ насъ со всѣхъ сторонъ? Ничѣмъ инымъ, какъ тѣмъ общеизвѣстнымъ фактомъ, что большинство отношеній сосуществованія, въ которыя мы вступаемъ другъ съ другомъ и съ предметами окружающаго насъ внѣшняго міра, и которыя проявляются вовнѣ въ извѣстномъ поведеніи, въ извѣстной дѣятельности заинтересованныхъ лицъ—въ силу большей или меньшей однородности нашихъ потребностей и средствъ удовлетворенія ихъ,—пріобрѣтаетъ массовый и повторный характеръ. Отсюда, въ примѣненіи къ однороднымъ случаямъ получается извѣстное постоянство поведенія, извѣстный постоянный modus vivendi, который можетъ быть сведенъ къ вольному, сознательному, или невольному, машинальному, соблюденію извѣстныхъ правилъ, извѣстныхъ нормъ... Это одинаково вѣрно, идетъ ли рѣчь о томъ, какъ люди ѣдятъ, пьютъ, одѣваются, играютъ въ карты или иныя игры, или о томъ, какъ они совершаютъ сдѣлки, участвуютъ въ актахъ управленія и суда, и т. д. и т. д. Разъ возникнувъ, эти отношенія и

[1] Ср. мой Курсъ римскаго права, I, стр. 31.

соотвѣтствующія правила могутъ пріобрѣсти различное значеніе, въ зависимости отъ оцѣнки ихъ со стороны подлежащихъ организованныхъ и неорганизованныхъ соціальныхъ авторитетовъ (государственныхъ, церковныхъ, техническихъ и т. д.); на этой почвѣ наряду съ первичными могутъ возникнуть, такъ сказать, производныя отношенія и правила (по защитѣ или по борьбѣ съ подлежащими первичными отношеніями),—но существо дѣла отъ этого очевидно не мѣняется.

Столь же нетрудно убѣдиться въ томъ, что и индивидуальныя психическія переживанія людей, о которыхъ говоритъ психологическая теорія права, также предполагаютъ уже наличность извѣстныхъ реальныхъ отношеній сосуществованія между людьми, каковыя и порождаютъ соотвѣтствующія переживанія. Въ самомъ дѣлѣ, не въ безвоздушномъ же пространствѣ можетъ возникнуть у человѣка сознаніе, что другія лица имѣютъ въ отношеніи него извѣстныя «права» или несутъ извѣстныя «обязанности», должно же этому предшествовать соприкосновеніе съ реальными лицами въ условіяхъ той или иной реальной внѣшней обстановки. Конечно, соотвѣтствующія переживанія, разъ они возникли, впослѣдствіи—благодаря работѣ памяти и воображенія—могутъ быть вызваны, могутъ всплыть вновь въ сознаніи человѣка, несмотря на отсутствіе тѣхъ внѣшнихъ моментовъ, которые въ свое время призвали ихъ къ жизни,—но это только лишній разъ подтверждаетъ производный характеръ ихъ. Если къ этому прибавить, что внутреннія психическія переживанія людей могутъ пріобрѣсти соціальное значеніе лишь постольку, поскольку они обнаруживались вовнѣ,—и что о самой наличности этихъ переживаній у третьихъ лицъ мы можемъ судить только по внѣшнимъ проявленіямъ и по внѣшнимъ результатамъ ихъ, что опять-таки предполагаетъ наличность опредѣленныхъ реальныхъ отношеній сосуществованія, то становится еще яснѣе, что отправной точкой могутъ служить только послѣднія.

Въ нашу задачу въ настоящемъ случаѣ не входитъ подробный анализъ конкретныхъ жизненныхъ отношеній, въ которыя мы вступаемъ другъ съ другомъ и съ предметами окружающаго насъ внѣшняго міра, съ точки зрѣнія содержанія ихъ. Эта задача выполнена нами въ другомъ мѣстѣ [1]. Тамъ же мы постарались установить соотношеніе, существующее между общей категоріей конкретнаго жизненнаго отношенія и разновидностями его—конкретнымъ юридическимъ отношеніемъ и конкретнымъ субъективнымъ правомъ [2].

Насъ въ данномъ случаѣ интересуетъ другой вопросъ. Выше нами было замѣчено, что большинство конкретныхъ отношеній сосуществованія, образуя опредѣленныя, постоянныя комбинаціи, пріобрѣтаетъ раньше или позже массовый характеръ и періодически повторяется. Въ связи съ этимъ, въ примѣненіи къ однороднымъ случаямъ устанавливается извѣстное постоянство поведенія, извѣстный постоянный modus vivendi, или,

---

[1] Ук. соч., I, стр. 92 и сл.
[2] Ук. соч., I, стр. 107 и сл., стр. 117, стр. 122 и сл.

иначе говоря, складывается извѣстная система правилъ или нормъ, сознательно или машинально соблюдаемыхъ большинствомъ заинтересованныхъ лицъ въ подлежащихъ случаяхъ.

Все это имѣетъ мѣсто безотносительно къ тому удѣльному вѣсу, который тѣ или иныя категоріи отношеній пріобрѣтаютъ въ экономіи общественной жизни. Опредѣленными правилами регулируются въ жизни и важное и неважное, и мелкое и крупное, разъ только мы имѣемъ дѣло съ явленіями массоваго и повторнаго порядка.

Вопросъ о томъ, насколько важны или неважны, желательны или нежелательны отношенія даннаго рода, есть уже вопросъ о ц ѣ н к и. Такая оцѣнка—независимо отъ чисто-личной, субъективной оцѣнки, производимой каждымъ индивидомъ въ отдѣльности,—производится постоянно тѣми организованными и неорганизованными с о ц і а л ь н ы м и а в т о р и т е т а м и, которые неизбѣжно выдвигаются жизнью каждой общественной группы, объединяемой общностью тѣхъ или иныхъ матеріальныхъ или духовныхъ интересовъ, стремленій, идей, и задача которыхъ—объединять и направлять дѣятельность группы въ томъ или иномъ направленіи, въ той или иной сферѣ жизни. На этой почвѣ возникаютъ авторитеты государственные, церковные, моральные, техническіе и т. д. Каждый изъ этихъ авторитетовъ съ своей точки зрѣнія подходитъ къ безконечному ряду конкретныхъ отношеній сосуществованія, которыя образуютъ извѣстныя, постоянныя комбинаціи или системы отношеній, изъ смѣны которыхъ складывается вся жизнь данной соціальной группы: одни изъ этихъ отношеній и комбинацій отношеній обращаютъ на себя вниманіе, признаются существенными, другія—безразличными, неважными, несущественными. Въ составѣ первой категоріи отношеній, въ свою очередь, одни оцѣниваются какъ нормальныя, желательныя, подлежащія охранѣ, другія—какъ ненормальныя, общественно вредныя, требующія отвѣтной реакціи въ смыслѣ принятія противъ нихъ опредѣленныхъ репрессивныхъ мѣръ. При этомъ, оцѣнка подлежащихъ отношеній и комбинацій отношеній со стороны разныхъ соціальныхъ авторитетовъ можетъ либо совпадать, либо не совпадать: такъ, отношенія, которымъ придается важное (положительное или отрицательное) значеніе со стороны однихъ авторитетовъ (напр., со стороны государственныхъ авторитетовъ), могутъ считаться не имѣющими значенія со стороны другихъ авторитетовъ (напр., церковныхъ); съ другой стороны, отношенія, которыя считаются нормальными, желательными со стороны однихъ авторитетовъ, (напр., судъ Линча въ глазахъ общественнаго мнѣнія данной среды), могутъ считаться ненормальными, общественно вредными со стороны другихъ авторитетовъ (напр., тотъ же судъ Линча въ глазахъ государственныхъ авторитетовъ). Отсюда на практикѣ возможны серьезныя коллизіи.

Независимо отъ этого, коллизіи могутъ возникать и на иной еще почвѣ. Дѣло въ томъ, что признаніе данныхъ отношеній и комбинацій отношеній сосуществованія съ точки зрѣнія данныхъ соціальныхъ авторитетовъ существенными и, въ частности, желательными, нормальными,—не предрѣшаетъ еще вопроса о томъ, въ какихъ предѣлахъ и при ка-

кихъ условіяхъ они признаются таковыми: такъ, отношенія, однородныя по цѣли, могутъ различно оцѣниваться подлежащими авторитетами въ зависимости отъ того, кто является субъектами этихъ отношеній (напр., то, что считается допустимымъ, если это совершаетъ совершеннолѣтній или грамотный и т. д., можетъ считаться нежелательнымъ, если оно совершается малолѣтнимъ или неграмотнымъ и т. д.); то же слѣдуетъ сказать относительно различія въ объектахъ, то же, наконецъ, и относительно тѣхъ случаевъ, когда одинъ и тотъ же результатъ можетъ быть достигнутъ различными путями, при помощи различныхъ дѣйствій (напр., при помощи передачи объекта изъ рукъ въ руки или при помощи односторонняго захвата его).

Въ связи съ этимъ можетъ появиться потребность—съ точки зрѣнія данныхъ авторитетовъ—прежде всего точнѣе указать, точнѣе фиксировать, при какихъ условіяхъ, въ какихъ предѣлахъ, при какомъ образѣ дѣйствій, вообще при соблюденіи какихъ правилъ отношенія и комбинаціи отношеній, которымъ съ данной точки зрѣнія придается значеніе и которыя сходны по результатамъ, на которые они направлены, могутъ быть признаны общественно цѣлесообразными или, наоборотъ, должны быть признаны общественно вредными, не заслуживающими поддержки; съ другой стороны, можетъ явиться потребность организовать новыя, такъ сказать, производныя или дополнительныя отношенія, въ видахъ обезпеченія достиженія тѣхъ или иныхъ, выдвигаемыхъ жизнью, задачъ, въ томъ числѣ, между прочимъ, въ видахъ оказанія поддержки, защиты отношеніямъ, признаннымъ желательными, или въ видахъ борьбы съ отношеніями нежелательными. Соотвѣтствующая регламентація можетъ быть болѣе или менѣе неформальная и даже случайная (напр., когда рѣчь идетъ объ установленіи правилъ какой-нибудь игры, какого-нибудь танца, изготовленія какого-нибудь блюда и т. п.) или, наоборотъ, сама въ свою очередь можетъ быть подчинена тѣмъ или инымъ, подчасъ весьма сложнымъ правиламъ (напр., когда рѣчь идетъ объ изданіи какихъ-нибудь законовъ и т. п.).

Въ результатѣ, изъ сопоставленія такихъ указаній, облекаемыхъ въ форму соотвѣтствующихъ правилъ или нормъ, мы получаемъ, въ противоположность отдѣльнымъ, конкретнымъ отношеніямъ, абстрактные типы отношеній, напр., типъ купли-продажи или права собственности, типъ церковной службы или судебнаго разсмотрѣнія гражданскихъ споровъ, типъ игры въ винтъ или танца польки и т. д. и т. д.

Насъ въ данномъ случаѣ интересуютъ, въ частности, тѣ отношенія (вѣрнѣе—постоянныя комбинаціи или системы отношеній), тѣ нормы и абстрактные типы, которые именуются юридическими отношеніями, юридическими нормами и юридическими институтами. Мы, разумѣется, въ настоящей статьѣ не намѣрены вдаваться въ критическій анализъ литературы этого вопроса [1]. Ограничимся формулировкой собственнаго взгляда, какъ онъ вытекаетъ изъ всего вышеизложеннаго.

---

[1] Ср. по этому вопросу мой Курсъ р. пр., I, стр. 34 и сл.

Мы понимаемъ подъ юридическими отношеніями тѣ болѣе или менѣе сложныя, постоянныя комбинаціи конкретныхъ отношеній сосуществованія, которымъ съ точки зрѣнія господствующихъ въ данное время практическихъ интересовъ и цѣлей, преслѣдуемыхъ даннымъ государственнымъ союзомъ въ лицѣ подлежащихъ органовъ государственной власти, придается существенное (положительное или отрицательное) значеніе, и въ примѣненіи къ которымъ въ связи съ этимъ складывается соотвѣтственная (юридическая) регламентація. Эта регламентація имѣетъ задачей отчасти санкціонировать (въ тѣхъ или иныхъ предѣлахъ) сложившіяся ранѣе комбинаціи отношеній, отчасти призвать къ жизни новыя, дополнительныя или производныя отношенія и комбинаціи отношеній, въ видахъ облегченія достиженія тѣхъ или иныхъ задачъ, неразрѣшимыхъ или представляющихся неразрѣшимыми инымъ путемъ.

Мы понимаемъ подъ юридическими нормами тѣ правила или нормы, которыя, съ точки зрѣнія подлежащихъ органовъ государственной власти, призваны регулировать конкретныя комбинаціи отношеній, признанныя въ вышеуказанномъ смыслѣ юридически существенными. Часть подлежащихъ нормъ сама складывается помимо непосредственнаго участія органовъ государственной власти (какъ-то нормы бытовыя или обычаи, покоящіеся сами по себѣ на самостоятельномъ авторитетѣ общественнаго мнѣнія, равно нормы статутарныя, а также такъ называемое право юристовъ), въ каковомъ случаѣ только тѣ изъ нихъ пріобрѣтаютъ характеръ юридическихъ, формально обязательныхъ, которыя, въ свою очередь, въ той или иной формѣ санкціонированы подлежащими органами власти. Другая часть этихъ нормъ непосредственно устанавливается подлежащими органами государственной власти, (какъ-то законы, административные указы, наконецъ, нормы, выработанныя судебной практикой) [1].

Мы понимаемъ подъ юридическими институтами совокупность юридическихъ нормъ, относящихся къ данной категоріи однородныхъ конкретныхъ отношеній и комбинацій отношеній, признанныхъ юридически существенными; они указываютъ, въ какомъ смыслѣ, при какихъ условіяхъ и въ какихъ предѣлахъ подлежащія конкретныя комбинаціи отношеній пріобрѣтаютъ характеръ юридически существенныхъ комбинацій отношеній.

Сказаннымъ мы установили тѣ основныя начала, изъ которыхъ слѣдуетъ исходить при разрѣшеніи вопроса о соотношеніи, существующемъ между юридическими институтами и подлежащими конкретными отношеніями. Къ разсмотрѣнію его мы и обратимся теперь.

II.

Предшествующія разсужденія выяснили, между прочимъ, генетическую связь, существующую между конкретными отношеніями сосуще-

[1] Ср. развитіе этихъ положеній въ связи съ иллюстраціями къ нимъ изъ исторіи римскаго права въ моемъ Курсѣ, I, стр. 44 и сл., стр. 51 и сл.

ствованія, въ которыя люди вступаютъ другъ съ другомъ и съ предметами окружающаго ихъ внѣшняго міра, и подлежащими общими, абстрактными типами или институтами. Мы видѣли, что между тѣми и другими устанавливается сложное взаимодѣйствіе. Prima facie конкретныя жизненныя отношенія и постоянныя комбинаціи ихъ, проявляющіяся въ извѣстномъ реальномъ поведеніи, въ извѣстныхъ реальныхъ дѣйствіяхъ реальныхъ субъектовъ, направленныхъ на достиженіе тѣхъ или иныхъ результатовъ относительно тѣхъ или иныхъ реальныхъ объектовъ, составляютъ prius, а складывающаяся въ примѣненіи къ нимъ система нормъ, изъ которыхъ въ примѣненіи къ однороднымъ категоріямъ отношеній образуются подлежащіе абстрактные типы или институты, posterius. Но засимъ, на почвѣ той или иной оцѣнки вѣчно вновь складывающихся отношеній, пріобрѣтающихъ массовый характеръ, со стороны подлежащихъ соціальныхъ авторитетовъ [1], въ частности авторитетовъ государственныхъ, на ряду съ первичными отношеніями могутъ быть призваны къ жизни, воздѣйствіемъ этихъ авторитетовъ, новыя, дополнительныя или производныя отношенія, предназначаемыя служить достиженію тѣхъ или иныхъ, выдвигаемыхъ въ данное время жизнью, задачъ, (какъ эти задачи понимаютъ указанные авторитеты).

Практически это сводится къ тому, что конкретныя жизненныя отношенія, образуя постоянныя комбинаціи и пріобрѣтая массовый характеръ, даютъ поводъ и матеріалъ для выработки соотвѣтствующихъ нормъ и абстрактныхъ типовъ, въ частности—для выработки юридическихъ нормъ и юридическихъ институтовъ. За примѣрами далеко ходить не приходится: исторія любого института доставляетъ въ этомъ отношеніи необходимый матеріалъ. Въ видѣ иллюстраціи укажемъ хотя бы на вліяніе, которое оказало изобрѣтеніе книгопечатанія на выработку частноправнаго института авторскаго права, съ одной стороны, и публичноправнаго института—такъ назыв. законодательства о печати, съ другой стороны. Пока печатнаго станка не существовало, подлежащія отношенія автора къ его произведеніямъ и къ читателямъ, публики къ автору и его книгѣ,—не играли сколько-нибудь замѣтной роли въ общественной жизни, и возникающіе на этой почвѣ вопросы относились къ тѣмъ minima, о которыхъ non curat praetor. Съ изобрѣтеніемъ книгопечатанія, съ связанной съ этимъ возможностью массоваго выпуска въ свѣтъ, массоваго распространенія и массоваго воздѣйствія печатнаго слова на общество, все мѣняется: въ результатѣ появляется рядъ нормъ, положившихъ начало авторскому праву, съ одной стороны, появленію цензуры и вообще законодательству о печати—съ другой стороны.

Сказаннымъ взаимодѣйствіе между юридическими институтами и конкретными отношеніями, однако, не исчерпывается; въ самомъ дѣлѣ,

---

[1] Эти авторитеты сами представляютъ продуктъ и проявленіе извѣстныхъ реальныхъ отношеній, отражая въ себѣ взгляды, интересы и идеалы тѣхъ общественныхъ слоевъ данной соціальной группы, которые въ данное время, въ данной жизненной сферѣ пріобрѣли господство.

если конкретныя отношенія даютъ поводъ къ формулировкѣ соотвѣтствующихъ институтовъ, то юридическіе институты, разъ сложившись, въ свою очередь, (независимо отъ вліянія, которое они оказываютъ на психику людей, долженствующихъ считаться съ подлежащими нормами и приспособлять къ нимъ свое поведеніе), служатъ критеріями для квалификаціи отдѣльныхъ, постоянно вновь возникающихъ конкретныхъ отношеній, въ частности для разрѣшенія вопроса о томъ, въ какихъ предѣлахъ данное конкретное отношеніе, выразившееся въ опредѣленномъ поведеніи данныхъ конкретныхъ субъектовъ, въ опредѣленномъ воздѣйствіи ихъ на данные конкретные объекты, приведшее къ тому или иному практическому результату (напр., къ заключенію конкретнаго договора купли-продажи, къ изданію даннаго правительственнаго распоряженія, къ присвоенію чужого имущества и т. д.), признается правомѣрнымъ, согласнымъ съ закономъ, или, наоборотъ, неправомѣрнымъ, нарушающимъ законъ или иную признанную юридическую норму.

Таково практическое соотношеніе между конкретными отношеніями и юридическими институтами. Въ связи съ сказаннымъ слѣдуетъ замѣтить, что въ основѣ какъ тѣхъ, такъ и другихъ лежатъ чисто-практическіе моменты. Въ самомъ дѣлѣ, не подлежитъ сомнѣнію, что прежде всего конкретныя отношенія сосуществованія, въ которыя мы вступаемъ, въ особенности поскольку они образуютъ болѣе или менѣе постоянныя комбинаціи и пріобрѣтаютъ массовый и повторный характеръ, являются отраженіемъ тѣхъ или иныхъ реальныхъ, практическихъ интересовъ и стремленій: эти практическіе интересы и стремленія, въ связи съ объективными условіями окружающей среды, опредѣляютъ самое появленіе тѣхъ или иныхъ комбинацій конкретныхъ отношеній, содержаніе ихъ, пріобрѣтеніе ими массоваго характера и, въ результатѣ, признаніе ихъ юридически существенными. То же самое mutatis mutandis слѣдуетъ сказать и о юридическихъ институтахъ. Будучи призваны къ жизни данной, эмпирически сложившейся комбинаціей реальныхъ жизненныхъ отношеній, подвергаясь со временемъ тѣмъ или инымъ модификаціямъ въ зависимости какъ отъ мѣняющейся структуры самихъ конкретныхъ отношеній, такъ и отъ измѣненій въ характерѣ оцѣнки подлежащихъ отношеній со стороны руководящихъ въ данное время соціальныхъ, въ частности государственныхъ, авторитетовъ,—юридическіе институты сами составляютъ продуктъ дѣятельности опредѣленныхъ реальныхъ соціальныхъ факторовъ, являются отраженіемъ опредѣленныхъ конкретныхъ идеаловъ и стремленій, добившихся въ данное время по тѣмъ или инымъ основаніямъ господства въ данной соціальной средѣ.— Указанными чисто-практическими моментами, въ связи съ состояніемъ юридической техники въ данное время, опредѣляются какъ пріемы и способы разработки юридическихъ институтовъ, такъ и самое содержаніе ихъ. Лишь послѣ этого, послѣ появленія данной системы регламентаціи подлежащихъ конкретныхъ отношеній, словомъ, послѣ созданія самихъ юридическихъ институтовъ, становится возможнымъ теоретизированіе надъ ними. При этомъ необходимо имѣть

въ виду, что всѣ указанные моменты, отъ которыхъ зависитъ конкретная структура данной системы юридическихъ институтовъ, представляютъ собою величины измѣнчивыя, а это обстоятельство, въ свою очередь, не можетъ не оказать вліянія на результаты, къ которымъ приводитъ взаимодѣйствіе этихъ моментовъ.

Что же отсюда слѣдуетъ? А слѣдуетъ прежде всего то, что къ поставленному нами вопросу о томъ, существуетъ ли какое-либо соотвѣтствіе между конкретными отношеніями и подлежащими юридическими институтами, въ частности, представляютъ ли послѣдніе адэкватное отображеніе первыхъ,—необходимо подойти съ большою осторожностью. A priori ничего сказать нельзя, необходимо обратиться къ анализу эмпирическаго матеріала.

Къ сожалѣнію, этого-то какъ разъ и не дѣлаютъ. Какъ выше было замѣчено, вопросъ о соотвѣтствіи между юридическими институтами и конкретными отношеніями ex professo вообще не ставится. Но такъ какъ на дѣлѣ нельзя обойтись безъ всякихъ предположеній на этотъ счетъ, то и приходится довольствоваться произвольными, критически не провѣренными, предположеніями, допущеніе которыхъ можно объяснить только психологически, а не логически.

Въ частности, можно отмѣтить двѣ основныя ошибки въ постановкѣ этого вопроса въ современной доктринѣ. Первая изъ нихъ представляетъ собою одно изъ проявленій того наивнаго реализма, съ котораго начинается вообще всякое размышленіе надъ окружающей дѣйствительностью: эта дѣйствительность мыслится такою, какою мы ее непосредственно воспринимаемъ. Иначе говоря, наши представленія разсматриваются какъ адэкватное отображеніе окружающей насъ внѣшней среды. Въ примѣненіи къ интересующей насъ проблемѣ это значитъ, что юридическіе институты разсматриваются какъ адэкватное отображеніе или воспроизведеніе подлежащихъ конкретныхъ отношеній. Правда, это положеніе едва ли когда-нибудь открыто формулировалось, но оно лежитъ въ основѣ всѣхъ ходячихъ разсужденій о природѣ юридическихъ институтовъ. Въ частности, въ этомъ отношеніи прежде всего обращаетъ на себя вниманіе основанная на смѣшеніи юридическихъ институтовъ съ конкретными отношеніями, широко распространенная въ современной доктринѣ тенденція конструировать не только частноправные, но и публичноправные институты какъ своего рода особыя юридическія отношенія,—притомъ именно какъ единыя отношенія, которымъ въ жизни тоже соотвѣтствуютъ такія же единыя отношенія, (а не системы или комбинаціи отношеній); такъ, напр., утверждаютъ, что государство есть юридическое отношеніе, процессъ тоже есть юридическое отношеніе и т. д. Въ связи съ этимъ стоятъ дальнѣйшія предположенія, сводящіяся къ тому, что въ составѣ юридическихъ институтовъ слѣдуетъ различать тѣ же элементы, какъ и въ составѣ конкретныхъ отношеній, и что поэтому по структурѣ юридическихъ институтовъ можно судить о структурѣ регулируемыхъ ими конкретныхъ отношеній: на этой почвѣ возникли, напр., споры о существованіи безсубъектныхъ и безобъектныхъ

правъ, о томъ, могутъ ли одни права служить объектомъ другихъ правъ и т. д., и т. д. [1].

Рука объ руку съ первой ошибкой идетъ вторая: мы говоримъ о тенденціи къ гипостазированію, овеществленію общихъ и коллективныхъ понятій, каковая тенденція переплетается съ неяснымъ пониманіемъ истинной природы метафорическихъ оборотовъ, во множествѣ встрѣчающихся въ технической формулировкѣ юридическихъ институтовъ. Сюда относится, съ одной стороны, тенденція возводить въ самостоятельныя реальности такія понятія, какъ понятія юридическаго лица, имущества (въ частности цѣлевого имущества), права (притомъ какъ въ объективномъ, такъ и въ субъективномъ смыслѣ), каковыя понятія конструируются:—одни какъ самостоятельные реальные субъекты правъ, другія—какъ самостоятельные реальные объекты правъ, третьи—какъ особыя соціальныя «силы» и т. д. Сюда, съ другой стороны, относится тенденція разсматривать ходячія образныя выраженія,—въ родѣ извѣстныхъ формулъ о «возникновеніи», «измѣненіи», «переходѣ», «прекращеніи» юридическихъ отношеній и субъективныхъ правъ, о «юридическихъ послѣдствіяхъ», порождаемыхъ тѣмъ или инымъ событіемъ или дѣйствіемъ, о «причинной связи» въ сферѣ правовыхъ отношеній, и т. д.,—какъ выраженія, представляющія собою адэкватную формулировку извѣстныхъ реальныхъ процессовъ. Правда, эти тенденціи не остаются безъ возраженій и споровъ,—достаточно вспомнить хотя бы безконечный споръ о природѣ юридическаго лица,—однако споры эти касаются только частностей, не затрагиваютъ всей ходячей концепціи въ цѣломъ, а потому не мѣняютъ общей картины. А въ основѣ ея лежитъ, въ концѣ-концовъ, ничто иное, какъ молчаливо допускаемое предположеніе о соотвѣтствіи, о формальной гармоніи, какъ основномъ моментѣ, опредѣляющемъ соотношеніе между юридическими институтами и конкретными отношеніями.

Между тѣмъ это предположеніе ни на чемъ не основано и не выдерживаетъ критики. Прежде всего, оно даже a priori невѣроятно. Вспомнимъ, что признаніе конкретныхъ отношеній сосуществованія въ тѣхъ или иныхъ предѣлахъ юридически существенными опредѣляется не теоретическими соображеніями, а практическими интересами и требованіями, въ зависимости отъ значенія, которое придается достигаемымъ при помощи подлежащихъ отношеній результатамъ, съ одной стороны, и средствамъ, при помощи которыхъ достигаются эти результаты, съ другой стороны, при чемъ рѣшающее значеніе имѣетъ вопросъ о томъ, какъ соотвѣтствующіе моменты оцѣниваются, какъ они преломляются въ сознаніи соотвѣтствующихъ государственныхъ авторитетовъ. Въ зависимости отъ этого, однородныя по характеру своему конкретныя отношенія и системы отношеній могутъ подать поводъ къ весьма различной регламентаціи. Такъ, прежде всего, однородныя первичныя

---

[1] Ср. по этому вопросу мои статьи: «Къ ученію о субъектахъ правъ» («Вѣстникъ Права», ноябрь и декабрь 1904 г.) и «Къ ученію объ объектахъ правъ» («Вѣстникъ Права», сентябрь и октябрь 1905 г.).

отношенія, (въ смыслѣ отношеній, которыя складываются помимо непосредственнаго участія органовъ государственной власти, съ которыми послѣднимъ приходится считаться какъ съ чѣмъ-то извнѣ появившимся, представляющимъ въ каждомъ данномъ случаѣ новую проблему), могутъ быть признаны нормальными или ненормальными, желательными или нежелательными. Вмѣстѣ съ тѣмъ, и вопросъ—въ какихъ предѣлахъ данныя первичныя отношенія и комбинаціи таковыхъ признаются нормальными—можетъ быть разрѣшенъ весьма различно, что не можетъ не оказать вліянія на характеръ юридической регламентаціи ихъ. Въ видѣ примѣра можно указать хотя бы на тѣ отношенія, которыя возникли помимо непосредственнаго участія государственныхъ авторитетовъ, какъ отношенія по защитѣ или по борьбѣ съ другими первичными отношеніями, (какъ, напр., различныя формы самоуправства: кровная месть, судъ Линча, дуэль): въ зависимости отъ общаго состоянія данной соціальной среды, такія отношенія при однихъ условіяхъ прямо реципируются, санкціонируются государственной властью, при другихъ же условіяхъ вызываютъ болѣе или менѣе критическое отношеніе къ себѣ, могущее дойти до того, что только общая цѣль, къ которой стремятся лица, вступающія въ подлежащія отношенія, но не средства, къ которымъ они прибѣгаютъ, представляются желательными. Уже на этой почвѣ является потребность въ организаціи *производныхъ* отношеній, (т.-е. такихъ отношеній, которыя, въ отличіе отъ первичныхъ отношеній, возникаютъ не помимо участія государственныхъ авторитетовъ, а напротивъ, составляютъ результатъ непосредственно направленной на организацію ихъ дѣятельности подлежащихъ органовъ государственной власти,—въ частности, по общему правилу, органовъ законодательной власти). Вмѣстѣ съ тѣмъ, ужъ въ этихъ случаяхъ соотвѣтствіе подлежащихъ юридическихъ институтовъ съ первичными конкретными отношеніями можетъ быть весьма условное, а порою можетъ и совсѣмъ отсутствовать. Тѣмъ болѣе это слѣдуетъ сказать относительно тѣхъ случаевъ, когда производныя отношенія организуются на почвѣ признанія данныхъ конкретныхъ отношеній *вообще*, (т.-е. не только съ точки зрѣнія средствъ, къ которымъ прибѣгаютъ въ подлежащихъ случаяхъ, но и съ точки зрѣнія общихъ цѣлей, на которыя эти отношенія направлены), ненормальными, требующими борьбы и принятія тѣхъ или иныхъ репрессивныхъ мѣръ, съ цѣлью воспрепятствованія появленію такихъ отношеній. Укажемъ для примѣра на отношенія, выражающіяся въ уголовно наказуемыхъ дѣяніяхъ, какъ то въ убійствѣ, кражѣ, грабежѣ, и т. д. Въ случаяхъ этого рода подлежащія первичныя отношенія, очевидно, служатъ исключительно только поводомъ къ выработкѣ соотвѣтствующихъ юридическихъ институтовъ, и о какомъ-либо соотвѣтствіи первыхъ со вторыми, по существу дѣла, не можетъ быть рѣчи. Въ подобнаго рода случаяхъ можно лишь ставить вопросъ о соотвѣтствіи такихъ юридическихъ институтовъ съ подлежащими производными отношеніями, которыя ими организуются. Опытъ показываетъ, что и въ этихъ случаяхъ далеко не всегда достигается на дѣлѣ ожидаемое соотвѣтствіе: зачастую такія

производныя отношенія пріобрѣтаютъ на практикѣ совсѣмъ не тотъ характеръ и не то содержаніе, которые имѣлось въ виду придать имъ созданіемъ соотвѣтствующаго института. Въ результатѣ въ подлежащихъ случаяхъ «цѣль законодателя» оказывается недостигнутой.

Прибавимъ къ сказанному, что, независимо отъ возможности различнаго отношенія, различной оцѣнки однородныхъ конкретныхъ отношеній по существу, и техника разработки юридическихъ институтовъ можетъ быть и бываетъ различная, въ частности болѣе или менѣе совершенная. Достаточно напомнить въ этомъ отношеніи о различіи въ построеніи институтовъ, которое получается—въ области частноправныхъ отношеній—въ зависимости отъ того, имѣемъ ли мы дѣло съ системой индивидуализированныхъ правъ, или же съ системою индивидуализированныхъ притязаній [1]. Только въ первомъ, а отнюдь не во второмъ случаѣ можетъ быть поставленъ самый вопросъ о соотвѣтствіи подлежащихъ юридическихъ институтовъ съ регулируемыми ими конкретными отношеніями: ибо только въ первомъ случаѣ объектомъ регламентаціи служатъ непосредственно самыя конкретныя отношенія въ цѣломъ, во второмъ же случаѣ непосредственно регламентируются только извѣстныя, привходящія къ первоначальнымъ, кореннымъ отношеніямъ, выражающимся въ томъ или иномъ воздѣйствіи подлежащихъ субъектовъ на подлежащіе объекты,—вспомогательныя отношенія, проявляющіяся въ тѣхъ или иныхъ нарушеніяхъ создавшагося status quo и порождающія со стороны потерпѣвшихъ (или считающихъ себя потерпѣвшими) лицъ опредѣленныя требованія, опредѣленныя притязанія противъ тѣхъ, кто нарушилъ (или считается нарушившимъ) ихъ «право». Въ связи съ сказаннымъ можно далѣе указать на различіе въ техническомъ построеніи институтовъ вещнаго права, которое получается въ зависимости отъ того, положить ли въ основу классификаціи ихъ римское противоположеніе dominium-jura in re aliena или средневѣковую франко-германскую систему различенія, въ составѣ единаго вещнаго права, различныхъ, болѣе сильныхъ и болѣе слабыхъ формъ его [2]. Какую бы изъ этихъ конструкцій мы ни предпочли, одно совершенно ясно: не могутъ же онѣ обѣ съ одинаковою точностью отражать подлежащія конкретныя отношенія. Но разъ это такъ, то, очевидно, дальнѣйшій вопросъ—которой

---

[1] Самымъ законченнымъ типомъ системы второго порядка является классическое римское право, которое представляетъ собою систему actiones, систему индивидуализированныхъ исковыхъ притязаній, изъ сопоставленія которыхъ лишь косвенно можетъ быть возстановлена система подлежащихъ субъективныхъ правъ въ цѣломъ. Ср. объ этомъ мой Курсъ римск. пр., I, стр. 147 и сл.

[2] Ср. *Gierke,* Deutsches Privatrecht, т. II, стр. 351 и сл. «Древне-германское право исходитъ изъ единаго понятія правового вещнаго господства, которое допускаетъ, однако, различныя модификаціи... На ряду съ наслѣдственнымъ правомъ собственности встрѣчается пожизненное, на ряду съ вѣчнымъ—срочное и резолютивно-обусловленное, наряду съ наличнымъ—суспенсивно-обусловленное и имѣющее лишь въ будущемъ осуществиться право собственности. Съ другой стороны, на ряду съ свободнымъ, полнымъ и неограниченнымъ правомъ собственности имѣется связанное, неполное, обремененное право собственности».

изъ нихъ съ этой точки зрѣнія слѣдуетъ отдать предпочтеніе—не можетъ быть разрѣшенъ помимо анализа подлежащаго, поддающагося эмпирическому изученію конкретнаго матеріала. Къ сходному же результату мы приходимъ, если обратить вниманіе на то различіе въ техническомъ построеніи институтовъ, которое связано съ казуистической или абстрактной формулировкой подлежащихъ нормъ.

Далѣе, нельзя не указать на тѣ случаи, въ которыхъ, въ результатѣ историческаго развитія, получается прямое расхожденіе между юридической формой и реальнымъ содержаніемъ подлежащихъ конкретныхъ отношеній,—расхожденіе, наблюдаемое всюду, гдѣ подъ вліяніемъ тѣхъ или иныхъ условій развитіе юридическихъ формъ въ той или иной области отстаетъ отъ жизни, не поспѣваетъ за нею, гдѣ эти формы—иногда въ теченіе весьма продолжительнаго времени—остаются стаціонарными, несмотря на коренныя перемѣны въ окружающихъ условіяхъ жизни. Въ основѣ этого лежитъ тотъ фактъ, что извѣстныя данныя, извѣстные моменты, (напр., извѣстный размѣръ государственной территоріи, извѣстное состояніе общественныхъ силъ, извѣстный строй хозяйственныхъ отношеній и т. д., и т. д.), которые были налицо въ то время, когда возникали соотвѣтствующіе институты, и которые оказали свою долю вліянія на выработку ихъ, хотя это въ свое время и не сознавалось, со временемъ исчезаютъ или замѣняются другими, иногда прямо противоположными, при чемъ эти перемѣны, по крайней мѣрѣ въ теченіе извѣстнаго времени, не отражаются на подлежащихъ юридическихъ институтахъ. Прямой выводъ отсюда, съ интересующей насъ въ настоящее время точки зрѣнія, заключается въ томъ, что мы въ подобнаго рода случаяхъ въ результатѣ историческаго развитія застаемъ не соотвѣтствіе, а, наоборотъ, прямое несоотвѣтствіе между юридическими институтами и конкретными отношеніями. Это, однако, не единственный выводъ, который мы можемъ сдѣлать; если возможенъ такой результатъ, то слѣдуетъ признать, что и въ то время, когда складывались соотвѣтствующіе институты, не могло быть полнаго соотвѣтствія между ними и подлежащими конкретными отношеніями, хотя бы въ томъ смыслѣ, что при выработкѣ и формулировкѣ этихъ институтовъ не всѣ моменты конкретныхъ отношеній, дѣйствительно имѣющіе значеніе, были приняты во вниманіе. Иными словами, регламентація коснулась только извѣстныхъ сторонъ этихъ конкретныхъ отношеній, т.-е. она была неполная.

Къ только что разсмотрѣнной категоріи случаевъ примыкаютъ тѣ случаи, когда юридическія формы, сложившіяся при однихъ обстоятельствахъ и преслѣдующія однѣ цѣли, при измѣнившихся обстоятельствахъ находятъ себѣ примѣненіе для достиженія другихъ цѣлей или, иначе говоря, распространяются на такія конкретныя отношенія, которыя первоначально вовсе не имѣлись и не могли имѣться въ виду, такъ какъ они появились или, по крайней мѣрѣ, пріобрѣли массовый характеръ лишь позднѣе. И въ такихъ случаяхъ, очевидно, нельзя говорить о соотвѣтствіи между юридическими институтами и конкретными отношеніями.

Въ результатѣ всѣхъ предшествующихъ разсужденій оказывается, что молчаливо допускаемое доктриною предположеніе о существованіи въ каждой правовой системѣ какой-то предустановленной гармоніи между юридическими институтами и конкретными отношеніями вообще не имѣетъ серьезной почвы подъ собою. Это предположеніе, до сихъ поръ оказывающее опредѣляющее вліяніе на всѣ традиціонныя попытки догматическаго построенія, «конструкціи» юридическихъ институтовъ, должно быть безповоротно оставлено.

Возникаетъ вопросъ, чѣмъ же его замѣнить? Отвѣтъ можетъ быть только одинъ: на мѣсто этого произвольнаго предположенія, a priori безъ провѣрки принимаемаго, долженъ быть совершенно опредѣленно поставленъ общій вопросъ о дѣйствительномъ соотношеніи, о характерѣ связи юридическихъ институтовъ съ регулируемыми ими конкретными отношеніями, о возможныхъ въ этомъ отношеніи комбинаціяхъ. Этотъ вопросъ составляетъ самостоятельную проблему, которая можетъ быть удовлетворительно разрѣшена только при помощи спеціальнаго, посвященнаго разрѣшенію ея, анализа подлежащаго эмпирическаго матеріала. При этомъ, въ частности, при анализѣ съ указанной точки зрѣнія отдѣльныхъ институтовъ данной правовой системы, приходится останавливаться на двухъ главныхъ вопросахъ. 1) Первый вопросъ гласитъ: какія конкретныя отношенія регулируются даннымъ институтомъ, и въ какомъ именно смыслѣ: служатъ ли они только поводомъ для подлежащей регламентаціи, или же вмѣстѣ съ тѣмъ они доставляютъ и матеріалъ, опредѣляющій въ тѣхъ или иныхъ предѣлахъ содержаніе института, въ частности, объемъ устанавливаемыхъ имъ «правъ» и «обязанностей»? Этотъ вопросъ стоитъ въ тѣсной связи съ вопросомъ о соціальномъ назначеніи юридическихъ институтовъ, о тѣхъ задачахъ и цѣляхъ, которыя имѣется въ виду достигнуть при ихъ помощи. 2) Второй вопросъ гласитъ: каковъ характеръ и каковы предѣлы самой регламентаціи, подчиняются ли ей подлежащія конкретныя отношенія въ цѣломъ или только при извѣстныхъ условіяхъ, съ извѣстной только стороны и т. д.? Этотъ вопросъ стоитъ въ свою очередь въ связи съ вопросомъ о юридической структурѣ отдѣльныхъ институтовъ, т.-е. съ вопросомъ о томъ, на какихъ субъектовъ, на какіе объекты, при какихъ условіяхъ (при наличности какихъ юридическихъ фактовъ) распространяются данныя нормы, образующія данный институтъ [1].

Сопоставленіе отвѣтовъ, которые мы должны получить въ результатѣ анализа отдѣльныхъ юридическихъ институтовъ въ указанномъ направленіи, дастъ намъ необходимый матеріалъ для построенія общей схемы возможныхъ, по вопросу о дѣйствительномъ соот-

---

[1] Мы обращаемъ вниманіе на эту формулировку вопроса. Обыкновенно, вмѣсто того, чтобы спрашивать: на какихъ субъектовъ, на какіе объекты и т. д. распространяются данныя нормы,—спрашиваютъ, кто съ точки зрѣнія даннаго института является субъектомъ, кто или что объектомъ и т. д. Такая постановка вопроса, неправильная по существу, лишь содѣйствуетъ гипостазированію общихъ понятій и коллективныхъ терминовъ.

ношеніи между юридическими институтами и конкретными отношеніями, комбинацій.

Сейчасъ эта задача, въ виду отсутствія всякихъ подготовительныхъ работъ, представляется невыполнимою, и, во всякомъ случаѣ, далеко выходящей за предѣлы настоящей статьи. Единственное, что можно сдѣлать,—это иллюстрировать нашу мысль рядомъ примѣровъ, которые даже при бѣгломъ обзорѣ отдѣльныхъ юридическихъ институтовъ, (разъ только отрѣшиться отъ предвзятаго предположенія о существованіи полной гармоніи между юридическими институтами и конкретными отношеніями), невольно бросаются въ глаза и свидѣтельствуютъ о томъ, какія разнообразныя комбинаціи встрѣчаются въ этой области на практикѣ.

Приступая къ выполненію этой задачи, мы прежде всего должны помнить, что предметомъ регламентаціи если не всегда, то въ громадномъ большинствѣ случаевъ служатъ не простыя, единичныя отношенія, хотя бы и пріобрѣтшія массовый характеръ, а эмпирически сложившіеся, болѣе или менѣе постоянные сложные комплексы или системы конкретныхъ отношеній, связанныхъ между собою въ качествѣ звеньевъ цѣлаго механизма, оказавшагося пригоднымъ для достиженія тѣхъ или иныхъ типичныхъ цѣлей.

При этомъ предметомъ регламентаціи могутъ служить либо отдѣльныя только стороны даннаго комплекса отношеній, либо весь комплексъ въ цѣломъ. Въ послѣднемъ случаѣ регламентація можетъ быть единая въ томъ смыслѣ, что складывается единый институтъ, обнимающій данный комплексъ отношеній во всемъ его объемѣ, или же различныя стороны такого комплекса регулируются каждая особо, такъ что общая картина получается только, если сопоставить всѣ относящіеся къ данному комплексу институты. Другими словами, самостоятельной регламентаціи могутъ подлежать: 1) либо каждое изъ звеньевъ въ данной цѣпи конкретныхъ отношеній, образующихъ извѣстный постоянный комплексъ, 2) либо рядъ такихъ звеньевъ, объединяемыхъ тѣми или иными практическими моментами, 3) либо, наконецъ, данная система отношеній въ цѣломъ.

Въ связи съ этимъ слѣдуетъ замѣтить, что выдѣленіе тѣхъ или иныхъ звеньевъ, входящихъ въ составъ даннаго комплекса отношеній, въ самостоятельные институты можетъ покоиться на различныхъ основаніяхъ.

1) Такое выдѣленіе можетъ быть вызвано тѣмъ, что только данная сторона или данныя стороны извѣстной системы отношеній признаются нуждающимися въ особой юридической регламентаціи; достаточно указать на отношенія семейственнаго права, какъ-то на отношенія между супругами, между родителями и дѣтьми, по опекѣ: каждая изъ перечисленныхъ группъ отношеній въ жизни составляетъ нѣчто цѣльное, образуя своеобразную, постоянную систему отношеній, а вмѣстѣ съ тѣмъ они только въ части подлежатъ юридической регламентаціи, тогда какъ въ остальномъ въ этой средѣ дѣйствуютъ нормы иного порядка, въ томъ числѣ на первомъ планѣ нормы морали (отчасти ходячей, отчасти чисто личной, субъективной). 2) Далѣе, выдѣленіе можетъ быть основано на

томъ, что оно даетъ возможность объединить въ данномъ направленіи не одну только, а рядъ сложныхъ системъ отношеній, разнородныхъ въ остальномъ; такъ, напр., отношенія вещнаго права, разнородныя по содержанію, какъ-то право собственности, залоговое право, сервитуты, могутъ представлять черты большого сходства, позволяющія ихъ объединить въ одномъ институтѣ, съ точки зрѣнія способовъ установленія и прекращенія соотвѣтствующихъ правоотношеній: вспомнимъ хотя бы институтъ крѣпостныхъ реестровъ (и книгъ) для недвижимостей. 3) Засимъ, основаніемъ для выдѣленія можетъ послужить признаніе желательности— съ точки зрѣнія юридической регламентаціи—расчленить отношенія, связанныя въ жизни. Укажемъ на отношенія, вытекающія изъ абстрактныхъ сдѣлокъ, и въ частности, на отношенія, вытекающія изъ вексельныхъ обѣщаній, часть которыхъ регулируется нормами вексельнаго права, а другая часть—нормами общегражданскаго права.

Къ указаннымъ случаямъ примыкаютъ тѣ случаи, въ которыхъ основаніемъ для созданія особыхъ юридическихъ институтовъ является разграниченіе внутренней и внѣшней стороны въ составѣ данной группы (или даннаго ряда группъ) отношеній. Самый характерный примѣръ этого рода представляетъ институтъ юридическихъ лицъ, самостоятельно регламентирующій внѣшнюю сторону подлежащихъ сложныхъ коллективныхъ организацій, обнимающихъ весьма разнородныя, съ точки зрѣнія внутренняго взаимоотношенія, системы отношеній. Другой примѣръ представляетъ институтъ представительства.

Не менѣе важное значеніе имѣютъ на практикѣ тѣ случаи, въ которыхъ выдѣленіе того или иного момента и отдѣльная регламентація его вызваны просто тѣмъ, что этотъ моментъ позднѣе другихъ, входящихъ въ составъ даннаго комплекса отношеній, обратилъ на себя вниманіе и породилъ потребность въ соотвѣтствующей регламентаціи, вылившейся въ форму самостоятельнаго юридическаго института; въ видѣ примѣра можно указать на институтъ регламентаціи продолжительности рабочаго дня въ извѣстныхъ производствахъ.

Приведенный перечень можно было бы продолжать ad libitum. Однако, и сказаннаго достаточно для подтвержденія нашей исходной мысли о томъ, что дѣйствительное соотношеніе, существующее въ отдѣльныхъ случаяхъ между юридическими институтами и тѣми конкретными отношеніями, которыя ими регулируются, бываетъ до крайности разнообразное. Притомъ, какъ мы видѣли, это разнообразіе возможныхъ комбинацій вытекаетъ не изъ какихъ-либо апріорныхъ, теоретическихъ предпосылокъ, а покоится, наоборотъ, на чисто-практическихъ, и въ этомъ смыслѣ ирраціональныхъ мотивахъ,—искать въ этомъ процессѣ логической стройности и законченности не приходится.

Это важно помнить, какъ при разрѣшеніи вопроса, непосредственно нами поставленнаго въ настоящей статьѣ, такъ и при попыткахъ оцѣнки юридическихъ институтовъ съ точки зрѣнія соотвѣтствія ихъ съ дѣйствительными потребностями жизни. Всюду и вездѣ исходнымъ пунктомъ долженъ служить анализъ реальныхъ жизненныхъ отношеній, какъ таковыхъ.

III.

Резюмируя все сказанное, мы приходимъ къ слѣдующимъ выводамъ.

1) Никакой предустановленной гармоніи между юридическими институтами и подлежащими конкретными отношеніями не существуетъ.

2) Вопросъ о степени соотвѣтствія между тѣми и другими въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ составляетъ самостоятельную проблему, при разрѣшеніи которой необходимо учитывать всѣ тѣ моменты, на которые выше было указано. Въ частности, приходится ставить вопросъ о томъ, охватываетъ ли данный институтъ подлежащую систему конкретныхъ отношеній въ полномъ объемѣ, или онъ касается только той или другой стороны ея; не произошли ли съ того времени, когда успѣлъ сложиться данный институтъ, подъ вліяніемъ тѣхъ или иныхъ историческихъ условій, болѣе или менѣе существенныя измѣненія въ подлежащей системѣ конкретныхъ отношеній и т. д., и т. д.

3) Въ остальномъ, при прочихъ равныхъ условіяхъ, приходится различать отношенія, возникшія помимо участія государственныхъ авторитетовъ, или отношенія непосредственныя, и отношенія призванныя къ жизни соотвѣтствующими мѣрами этихъ авторитетовъ, или отношенія производныя.

Это различіе, не играющее никакой роли въ первобытныхъ условіяхъ соціальной жизни, съ теченіемъ времени, по мѣрѣ усложненія условій жизни, и, въ частности, по мѣрѣ того, какъ укрѣпляется реальная сила и формальный авторитетъ органовъ государственной власти, начинаетъ пріобрѣтать все большее значеніе.

Общимъ образомъ, конечно лишь аппроксимативно, это различіе, въ болѣе развитыхъ условіяхъ государственной и общественной жизни, совпадаетъ съ различіемъ отношеній, регулируемыхъ гражданскимъ и уголовнымъ правомъ, съ одной стороны, и отношеній, регулируемыхъ остальными (за исключеніемъ уголовнаго права) отдѣлами т. н. публичнаго права (правомъ государственнымъ, административнымъ, процессуальнымъ и т. д.), съ другой стороны.

4) Останавливаясь, въ частности, на отношеніяхъ непосредственныхъ, слѣдуетъ сказать, что вопросъ о соотвѣтствіи между ними и подлежащими институтами можетъ быть поставленъ лишь постольку, поскольку эти отношенія служатъ не только поводомъ [1], но и матеріаломъ [2] для формулировки соотвѣтствующихъ институтовъ.

Въ этихъ предѣлахъ степень соотвѣтствія между подлежащими типичными отношеніями и институтами тѣмъ большая, чѣмъ болѣе юридическая регламентація ограничивается простой рецепціей того, что даетъ жизнь.

5) Что же касается отношеній производныхъ, т.-е. тѣхъ, гдѣ жизнь выдвигаетъ только извѣстныя заданія, самыя же формы, въ которыя

---

[1] Прототипъ—отношенія матеріальнаго уголовнаго права.

[2] Прототипъ—отношенія матеріальнаго гражданскаго и торговаго права.

выливаются соотвѣтствующія стремленія, представляютъ продуктъ сознательнаго творчества государственныхъ авторитетовъ,—то въ этой области, гдѣ въ извѣстномъ смыслѣ институты составляютъ prius, а покоющіяся на нихъ конкретныя отношенія posterius, несомнѣнно чаще всего можно ожидать значительнаго соотвѣтствія между тѣми и другими: такъ, напр., при нормальныхъ условіяхъ постановка законодательныхъ, административныхъ, судебныхъ органовъ, порядокъ сношеній ихъ съ частными лицами, и т. д., въ законѣ и въ жизни довольно близко подходятъ другъ къ другу. Однако, и здѣсь возможны большія колебанія: это зависитъ (не говоря уже о модифицирующемъ вліяніи историческихъ моментовъ), между прочимъ, отъ того, насколько созданныя такимъ путемъ формы ко времени появленія ихъ представляются жизненными по существу и технически правильно построенными, насколько онѣ, въ связи съ этимъ, оказываются въ состояніи служить именно тѣмъ цѣлямъ, которыя при созданіи ихъ имѣлись въ виду. Поскольку въ томъ или другомъ изъ указанныхъ отношеній допущены ошибки, реальное содержаніе, которое жизнь вкладываетъ въ эти формы, можетъ весьма и весьма разойтись съ ожиданіями творцовъ ихъ, и на дѣлѣ—вмѣсто соотвѣтствія—и здѣсь можетъ получиться глубокое расхожденіе.

Д. Гриммъ.

Банки эмиссіонные и краткосрочнаго кредита.

Вопросъ о надвигающемся кризисѣ сталъ однимъ изъ модныхъ вопросовъ послѣдняго времени. Будетъ или не будетъ кризисъ и если будетъ, то когда, какова будетъ его продолжительность и какія существуютъ средства для того, чтобы, если не предупредить, то по крайней мѣрѣ смягчить его разрушительное дѣйствіе, вотъ вопросы, которые въ настоящее время въ равной мѣрѣ интересуютъ и людей теоріи и людей практики. Особенно остро ощущается интересъ къ этимъ вопросамъ въ Германіи, гдѣ богатство научныхъ силъ даетъ возможность съ большей основательностью изучать каждый вопросъ, гдѣ исключительно блестящій расцвѣтъ промышленности въ послѣднія десятилѣтія дѣлаетъ вопросъ о надвигающемся кризисѣ особенно зловѣщимъ для широкихъ круговъ населенія. И въ Германіи уже довольно давно слѣдятъ за важнѣйшими явленіями хозяйственной жизни въ значительной мѣрѣ съ точки зрѣнія надвигающагося кризиса. Въ своей весьма извѣстной работѣ, посвященной концентраціи въ области банковаго дѣла, Riesser [1] требуетъ внимательнаго отношенія къ этому вопросу именно съ точки зрѣнія надвигающагося кризиса. Wiewiorowsky [2] посвятилъ спеціальное изслѣдованіе вопросу о значеніи концентраціи въ области банковаго дѣла съ точки зрѣнія возможности предупрежденія или по крайней мѣрѣ смягченія уже начавшагося кризиса или періода депрессіи. При этомъ авторъ совершенно справедливо обращаетъ вниманіе на то, что всѣ экономисты останавливались, хотя бы попутно, на этомъ вопросѣ. Въ послѣднее время въ германской литературѣ появились работы, тщательно отмѣчающія всѣ признаки близкаго кризиса. Съ тревогой указываютъ, что во всѣхъ важнѣйшихъ областяхъ мірового хозяйства замѣчаются черты, свидѣтельствующія о томъ, что экономическая конъюнктура существенно ухудшилась [3]. Говорятъ, однако, для насъ это угроза болѣе отдаленнаго будущаго, что наше хозяйственное благополучіе, въ особенности если Господь Богъ

---

[1] Zur Entwieckelungsgeschichte der deutschen Grossbanken.
[2] Einfluss der deutschen Bankenkonzentration auf Kriesenerscheinungen.
[3] Ср. экономическій обзоръ за іюль въ журналѣ «Die Bank».

пошлетъ намъ еще хорошій урожай, можетъ еще продолжиться въ теченіе нѣкотораго времени. Быть можетъ это и такъ, но и среди этого продолжающагося благополучія съ тревогой отмѣчаютъ признаки уменьшенія спроса на нѣкоторые сорта желѣзныхъ товаровъ, расчитанныхъ на потребленіе большихъ массъ, затрудненія въ сбытѣ предметовъ текстильной промышленности, значительныя банкротства послѣдняго года и т. д., свидѣтельствующіе о томъ, что приближеніе періода депрессіи б. м. не такъ невозможно, какъ многіе склонны это думать.

Пережитыя за послѣдніе два года политическія треволненія еще болѣе спутали всѣ расчеты. Одни опасаются того, что эти неурядицы вызовутъ преждевременный кризисъ, другіе склонны именно имъ приписывать всѣ тревожныя явленія хозяйственной жизни послѣдняго времени. И въ то время какъ одни думаютъ, что эти событія приблизятъ катастрофу, другіе предполагаютъ, что они ее отодвинутъ въ даль трудно поддающагося учету будущаго, такъ какъ послѣ искусственной заминки, вызванной политическими страхами, экономическое развитіе пойдетъ усиленнымъ темпомъ.

При всемъ различіи взглядовъ на предстоящее намъ ближайшее будущее въ сферѣ хозяйственныхъ отношеній, въ одномъ должны сходиться всѣ интересующіеся этимъ будущимъ: въ сознаніи необходимости подготовиться къ возможнымъ осложненіямъ. Историческій опытъ слишкомъ краснорѣчиво свидѣтельствуетъ о томъ, что послѣ періода блестящаго расцвѣта хозяйственной жизни наступаетъ періодъ хозяйственной депрессіи; немного раньше, немного позже, болѣе интенсивный и менѣе длительный, или болѣе мягкій, но и болѣе длительный, этотъ періодъ депрессіи во всякомъ случаѣ неизбѣженъ. И если его предупредить нельзя, то тѣмъ болѣе необходимо подготовиться къ тому, чтобы сравнительно легко его пережить. Быть можетъ это болѣе важная задача, нежели выясненіе момента, когда кризисъ долженъ наступить.

Характеризуя современный хозяйственный строй, изслѣдователи выдвигаютъ разные его моменты, какъ наиболѣе характерные. По большей части выборъ находится въ тѣсной зависимости отъ того, на что устремлено вниманіе изслѣдователя. Такъ, въ своемъ чрезвычайно любопытномъ трудѣ, заключающемъ массу интересныхъ сопоставленій и соображеній автора, не смотря на нѣкоторую растянутость работы, не свободной отъ повтореній, Das Finanzkapital,—Hilfferding особенности современнаго строя усматриваетъ въ устраненіи свободы конкуренціи и въ связи банковъ съ промышленностью [1]. Явленія эти въ свою очередь находятся въ самой тѣсной связи съ извѣстными особенностями современнаго хозяйственнаго строя, вслѣдствіе которыхъ и стало возможнымъ и даже неизбѣжнымъ занятіе банковъ промышленными дѣлами и устраненіе во многихъ областяхъ хозяйственной дѣятельности свободы конкуренціи. Особенность, частью техническаго характера, которая въ дѣйствительности облегчила образованіе финансоваго капитала, значи-

[1] «Das Finanzkapital», стр. VII.

тельную концентрацію въ области хозяйственной жизни и въ связи съ этимъ и уменьшеніе конкуренціи во многихъ областяхъ хозяйственной дѣятельности, это овеществленіе огромнаго большинства предпріятій въ цѣнныхъ бумагахъ (акціи, облигаціи) въ связи съ широкимъ использованіемъ кредита. Разстроить фондовый рынокъ, разстроить денежное обращеніе, подорвать кредитъ, значитъ разстроить все современное хозяйство. И такъ какъ фондовый рынокъ и система кредита находятся въ самой тѣсной зависимости отъ банковъ краткосрочнаго кредита, а эти послѣдніе, въ свою очередь, находятся въ тѣсной и совершенно неизбѣжной зависимости отъ эмиссіонныхъ банковъ, то вопросъ о соотношеніи этихъ банковъ въ минуты разстройства народнаго хозяйства представляетъ именно въ настоящее время громадный интересъ дѣйствительной злободневности. На этомъ вопросѣ останавливается въ недавно появившейся въ печати брошюрѣ «Эмиссіонные и Кредитные банки въ новѣйшей эволюціи народнаго хозяйства» г. Эпштейнъ, уже выступавшій въ печати съ интересными трудами по вопросамъ денежнаго обращенія на Западѣ. Повидимому толчкомъ къ этой работѣ послужили надѣлавшія много шума статьи Lumm'a въ Bank-Archiv, посвященныя въ конечномъ выводѣ вопросу о соотношеніи между государственнымъ и частными банками. Въ своемъ основномъ докладѣ четвертому съѣзду банковыхъ дѣятелей [1] Гельфферихъ не безъ остроумія замѣчаетъ, что съ тѣхъ поръ, какъ появились статьи Лумма, потоки чернилъ затрачены на обсужденіе этой темы. «На моемъ письменномъ столѣ появились такія горы работъ, ей посвященныхъ, что при всемъ своемъ уваженіи къ спеціальнымъ знаніямъ различныхъ авторовъ, долженъ признаться, что мнѣ удалось ознакомиться только съ незначительной частью этой литературы».

Правда, въ значительной мѣрѣ шумъ, вызванный этой брошюрой, обусловливается тѣмъ, что авторъ этихъ статей лицо, занимающее выдающееся положеніе въ германскомъ государственномъ банкѣ, и такимъ образомъ выводы автора могли получить и отчасти получили практическое примѣненіе не imperio rationis, но ratione imperii. Но, вмѣстѣ съ тѣмъ, необходимо признать, что взгляды, проводимые авторомъ, въ такой мѣрѣ распространены въ литературѣ и настолько удачно защищаются имъ въ выше указанныхъ статьяхъ, что они и сами по себѣ заслуживаютъ серьезнаго вниманія. Пренія на четвертомъ съѣздѣ дѣятелей германскихъ банковъ являются лучшимъ тому доказательствомъ. Ораторы постоянно возвращаются къ взглядамъ, проводимымъ авторомъ въ указанныхъ статьяхъ, и хотя они возвращаются къ нимъ для того, чтобы съ ними полемизировать, но настойчивость этой полемики свидѣтельствуетъ о значеніи взглядовъ, съ которыми приходится такъ упорно вести борьбу. И къ этой полемикѣ съ вниманіемъ прислушиваются далеко за предѣлами міра банковыхъ спеціалистовъ. Это не удивительно.

---

[1] Verhandlungen der IV Allgemeinen Deutschen Bankiertages zu München 17 und 18 September 1912 (Auf Grund der stenograph. Niederschrift). 1912, стр. 70.

Банки въ настоящее время такъ глубоко врѣзываются въ самую гущу народной жизни, что потрясеніе въ области банковаго дѣла должно самымъ тяжелымъ образомъ переживаться всѣмъ народнымъ хозяйствомъ. Не даромъ говорятъ англичане if we wisch to work safely, we must study our banking system. Совершенно справедливо поэтому замѣчаетъ Hansen, что вопросъ о томъ, какъ пользуются банки ввѣренными имъ колоссальными капиталами, становится вопросомъ соціальнаго законодательства [1].

Считаясь съ малой освѣдомленностью большой публики, въ особенности въ Россіи, въ вопросахъ банковой политики и тѣмъ болѣе денежнаго обращенія, г. Эпштейнъ предпосылаетъ разбору статьи Лумма популярное изложеніе основныхъ началъ такъ называемаго пилевскаго банковаго закона 1844 г., оставшагося до сихъ поръ руководящимъ не только въ Англіи, но и въ большинствѣ странъ континента. Недостатокъ мѣста, въ значительной мѣрѣ полемическій характеръ брошюры, лишили автора возможности остановиться на историческомъ значеніи этого акта, хотя авторъ и въ исторической перспективѣ относится къ нему довольно отрицательно. Автора интересуетъ лишь теоретическое обоснованіе правильности или неправильности тѣхъ положеній, на которыхъ покоится этотъ актъ, равно какъ и его практическое значеніе въ настоящее время. Съ этой точки зрѣнія брошюра представляетъ много интереснаго и цѣннаго.

Нельзя не признать раньше всего совершенно основательными соображенія автора относительно того, что условія хозяйственнаго строя той эпохи, когда былъ выработанъ пилевскій билль, не имѣютъ ничего общаго съ тѣми, которыя мы переживаемъ въ настоящее время. За тѣ приблизительно 70 лѣтъ, которыя отдѣляютъ насъ отъ этого билля, всѣ устои хозяйственнаго строя совершенно измѣнились. Основную черту этого новаго хозяйственнаго строя авторъ отмѣчаетъ совершенно правильно: это всеобъемлющая мобилизація всѣхъ хозяйственныхъ благъ чрезъ посредство денегъ и кредита. Основной органъ этой мобилизаціи это банки. Даже биржи, играющія громадную въ немъ роль, и тѣ какъ-то начинаютъ отходить на второй планъ. Т.-е. конечно, безъ нихъ невозможна широкая эмиссіонная дѣятельность банковъ, но самый эмиссіонный процессъ, являющійся центральнымъ моментомъ въ организаціи торговли и промышленности, находится въ рукахъ банковъ, лишь пользующихся биржевымъ аппаратомъ для того, чтобы возможно шире его развить.

Такимъ образомъ, современная промышленность и торговля развиваются въ самой сильной связи съ банками, связи до того тѣсной, что порой можетъ казаться, что все направляется исключительной волей банковъ и ихъ руководящихъ дѣятелей. И это можетъ притомъ казаться не только людямъ изъ публики, но и крупнымъ экономистамъ. Такъ, на четвертомъ съѣздѣ дѣятелей банковаго міра никто другой, какъ

---

[1] «Das Problem der Liquidität in deutschen Kreditbankwesen», стр. 26 сл.

извѣстный экономистъ Шультце-Геверницъ сказалъ, что именно крупные банки господствуютъ въ современномъ хозяйствѣ и его организуютъ [1]. Представитель крупнѣйшаго германскаго банка Гельфферихъ счелъ необходимымъ протестовать противъ такого рода преувеличеній значенія банковъ [2]. „Я утверждаю,—замѣтилъ Гельфферихъ,—что даже наше высокое правительство при всей громадности средствъ, которыми оно располагаетъ, держа въ своихъ рукахъ весь сложный аппаратъ хозяйственной политики, не можетъ вести нѣмецкое народное хозяйство. Здѣсь участвуютъ факторы, превосходящіе силы человѣка. Все, что мы можемъ дѣлать, это наблюдать, заботливо и добросовѣстно, за тѣмъ, что происходитъ вокругъ насъ, подобно тому, какъ астрономъ наблюдаетъ за небомъ, составлять себѣ представленіе о томъ, что должно произойти, принимать мѣры, соотвѣтственно этимъ нашимъ представленіямъ, содѣйствуя развитію тѣхъ явленій, которыя намъ желательны, извлекая изъ этого законную для себя прибыль, ослабляя по возможности тѣ явленія, которыя кажутся намъ нежелательными, но которыя тѣмъ не менѣе происходятъ и, къ сожалѣнію, будутъ происходить». Но и въ этой болѣе «скромной» формулировкѣ остается еще совершенно достаточно для того, чтобы признать громадное значеніе банковъ въ области народнаго хозяйства. Конечно, трудно въ краткой формулировкѣ исчерпать хотя бы въ самыхъ общихъ чертахъ эту «скромную» дѣятельность банковъ. Но главныя линіи этой дѣятельности довольно удачно начертаны Гильфердингомъ въ трудѣ его «Финансовый капиталъ», на который мы уже ссылались [3]. Прежде всего банки, это—посредники въ платежахъ. Для того, чтобы уяснить себѣ въ полной мѣрѣ все значеніе этой сравнительно простой функціи банковъ, надо принять во вниманіе то громадное значеніе, которое въ современномъ хозяйствѣ играетъ кредитъ. Не деньги, а всякаго рода кредитныя операціи служатъ обычнымъ средствомъ расчетовъ для современныхъ, часто весьма сложныхъ, торгово-промышленныхъ отношеній. Но кредитная сдѣлка, отсрочивая платежъ наличными, все же не избавляетъ отъ необходимости его учинить, хотя бы и въ нѣсколько болѣе поздній моментъ. И тутъ приходитъ на помощь весьма сложный банковый аппаратъ для того, чтобы сдѣлать излишнимъ и этотъ позднѣйшій платежъ. Помощью контокуррентныхъ счетовъ, чековъ и всякаго рода техническихъ операцій банки стремятся къ тому, чтобъ этотъ наличный платежъ замѣнить взаимнымъ зачетомъ, возможнымъ благодаря тому, что каждое торгово-промышленное предпріятіе является не только кредиторомъ, но и должникомъ. И если въ громадномъ большинствѣ случаевъ все же необходимъ наличный платежъ, то только потому, что платежи и полученія предпріятія не совпадаютъ ни въ срокахъ, ни въ лицахъ. Имѣя въ своихъ рукахъ капиталы этихъ предпріятій, связанные между собой взаимными расчетами, банки, путемъ записей,

---

[1] Verhandlungen des IV Allg. Deutsch. Bankiertages, стр. 111.
[2] Ib., стр. 119.
[3] Das Finanzkapital. Въ особенности стр. 89 и сл.

могутъ замѣнять какъ платежи, такъ равно и полученія и такимъ образомъ производить и тотъ конечный зачетъ, который уменьшаетъ необходимость наличныхъ расчетовъ, что составляетъ серьезное сбереженіе для народнаго хозяйства. Но еще болѣе важна другая функція банковъ, имѣющая своей цѣлью или, точнѣе, своимъ послѣдствіемъ возможно большее напряженіе всѣхъ производительныхъ средствъ страны. Каждое предпріятіе нуждается въ капиталѣ основномъ, разъ навсегда затраченномъ на его устройство и обзаведеніе, представляющемъ изъ себя совершенно опредѣленную величину, измѣнчивую, лишь вмѣстѣ съ измѣненіемъ размѣровъ предпріятія, и въ капиталѣ оборотномъ, размѣры потребности въ которомъ постоянно мѣняются, какъ въ зависимости отъ сезона (большинство предпріятій, нуждающихся въ усиленіи своихъ средствъ въ опредѣленные періоды года), такъ и въ зависимости отъ конъюнктуры даннаго года. При отсутствіи банковаго посредника такое предпріятіе было бы вынуждено имѣть въ своемъ распоряженіи максимумъ средствъ, необходимыхъ для него. Такимъ образомъ въ теченіе извѣстныхъ періодовъ года часть, а порой значительная часть, этихъ средствъ оставалась бы непроизводительной въ кассахъ такого предпріятія. И это былъ бы не только убытокъ даннаго предпріятія, который оно сумѣло бы, вѣроятно, тѣмъ или инымъ способомъ компенсировать, но, что гораздо важнѣе, это былъ бы убытокъ всего народнаго хозяйства, въ которомъ такимъ образомъ оставался бы неиспользованнымъ значительный капиталъ, составляющій оборотныя средства предпріятій. Этотъ убытокъ сводится къ минимуму благодаря дѣятельности банковъ. Имѣя въ своихъ рукахъ всѣ капиталы, коимъ не дано ихъ собственниками прямое предпринимательское назначеніе, банки (мы изображаемъ этотъ процессъ въ грубыхъ линіяхъ) распредѣляютъ его между предпріятіями въ тѣ періоды, когда они въ этихъ средствахъ нуждаются, и избавляютъ ихъ отъ необходимости держать эти средства тогда, когда въ нихъ нѣтъ надобности. Такимъ образомъ, стоимость оборотныхъ средствъ для предпріятій сводится къ минимуму, для народнаго хозяйства исчезаетъ необходимость непроизводительной затраты средствъ, лишь ждущихъ своего назначенія. Вмѣстѣ съ тѣмъ создается для частнаго хозяйства еще одинъ способъ полученія доходовъ. Такъ какъ банки, имѣя всегда возможность производительно помѣщать свои капиталы, имѣютъ вмѣстѣ съ тѣмъ возможность платить сравнительно высокіе проценты за капиталы, предоставленные въ ихъ распоряженіе, то частный капиталистъ, вмѣсто того, чтобы затрачивать свою энергію на пріисканіе помѣщенія для капитала, всегда связаннаго съ извѣстнымъ рискомъ, можетъ извлекать изъ своихъ сбереженій доходъ, предоставляя ихъ въ распоряженіе банковъ. Такимъ образомъ въ рукахъ банковъ сосредоточиваются громадныя средства, которыя и направляются ими на цѣли производительныя и должны ими на эти задачи направляться, такъ какъ для того чтобы привлекать къ себѣ эти капиталы, они вынуждены, благодаря конкуренціи, платить высокіе проценты, а чтобы имѣть возможность эти проценты платить, они вынуждены этимъ капиталамъ давать возможно болѣе производительное назначеніе.

Параллельно съ этимъ въ области производства наблюдается еще и другой, чрезвычайно важный и лишь въ послѣднее время обратившій на себя достаточное вниманіе, процессъ громаднаго увеличенія въ предпріятіяхъ основного (мертваго) капитала сравнительно съ капиталомъ оборотнымъ. Это создало необходимость прибѣгать къ банкамъ не только для полученія отъ нихъ капиталовъ оборотныхъ, но и основныхъ. Современныя крупныя предпріятія нуждаются въ громадныхъ средствахъ для того, чтобы быть надлежащимъ образомъ организованными, такъ что нужда эта въ громадномъ большинствѣ случаевъ совершенно не можетъ быть удовлетворяема частными предпринимателями. Что же касается той большей публики, небольшими взносами которой могутъ быть организованы крупныя предпріятія, то она (по большей части) не откликнется на призывъ частнаго предпринимателя, не считая себя достаточно компетентной (и притомъ совершенно правильно) для того, чтобы разбираться въ вопросѣ выгодности и безопасности такого помѣщенія. Такимъ образомъ, только банки, сосредоточившіе въ своихъ рукахъ громадныя народныя сбереженія, достаточно богатые для того, чтобы имѣть въ своемъ распоряженіи вполнѣ опытныхъ руководителей и спеціалистовъ по всѣмъ областямъ хозяйственной жизни, могутъ удовлетворять этотъ спросъ хозяйственной жизни на большіе капиталы для организаціи современныхъ колоссальныхъ промышленныхъ предпріятій. Такимъ образомъ банки выполняютъ функцію громадной важности: они сосредоточиваютъ у себя народныя сбереженія и даютъ имъ производительное назначеніе, передавая эти капиталы классу производителей въ качествѣ денежныхъ капиталовъ. Эту важную хозяйственную функцію банки могутъ съ успѣхомъ и въ грандіозныхъ размѣрахъ выполнять благодаря тому, что, какъ мы уже указали, они имѣютъ возможность платить сравнительно высокій процентъ за ввѣренный имъ капиталъ, а съ другой стороны, благодаря тому, что публика, самостоятельно помѣщая свои сбереженія въ промышленныхъ предпріятіяхъ, не имѣетъ возможности извлекать отсюда доходъ многимъ большій, нежели тотъ, который она получаетъ въ видѣ процентовъ на вкладъ. И тутъ мы сталкиваемся еще съ одной весьма важной особенностью современнаго хозяйственнаго уклада. Дѣло въ томъ, что доходъ акціонеровъ нормально отнюдь не можетъ, да и не долженъ достигать размѣровъ дохода единоличнаго предпринимателя или полнаго товарища или даже вкладчика въ товариществѣ на вѣрѣ. Часть предпринимательскихъ функцій акціонера переходитъ несомнѣнно къ другимъ лицамъ, частью къ учредителямъ (въ широкомъ смыслѣ этого слова), частью къ служебному персоналу, пріобрѣтающему въ извѣстной степени «хозяйское» положеніе въ акціонерной компаніи. На это явленіе только въ послѣднее время было обращено достаточное вниманіе,—отмѣтимъ выдающіяся работы въ этомъ направленіи нашего профессора Петражицкаго и нѣмецкаго ученаго Гильффердинга. Какъ это обыкновенно бываетъ, когда впервые обращаютъ вниманіе на явленіе столь важное, явленіе это получило нѣсколько одностороннее освѣщеніе. Были преуменьшены доходы акціонеровъ, а вмѣстѣ

съ тѣмъ былъ преуменьшенъ и ихъ «предпринимательскій» характеръ. Это впрочемъ весьма сложный вопросъ, на которомъ нельзя исчерпывающимъ образомъ остановиться мимоходомъ. Во всякомъ случаѣ несомнѣнно, что акціонеръ получаетъ минимумъ того, что долженъ въ строѣ современнаго хозяйства получить предприниматель, что такимъ образомъ оказывается извѣстный излишекъ отъ того, что даетъ предпріятіе, и что въ этомъ излишкѣ можетъ принять участіе и банкъ въ случаѣ, если ему удастся быть посредникомъ между предпріятіемъ и капиталистомъ, отдающимъ предпріятію свои сбереженія. А такъ какъ акціонеръ, какъ таковой, получаетъ сравнительно мало, то банкамъ нетрудно направлять часть сбереженій большой публики не на пріобрѣтеніе акцій, но въ свои кладовыя, въ качествѣ вкладовъ своей кліентеллы. Разница между обычнымъ доходомъ отъ акцій и процентомъ, платимымъ банкомъ по вкладамъ, часто бываетъ не особенно велика. И такимъ образомъ расширяется дѣятельность банковъ какъ посредниковъ между капиталистами и предпринимателями, сглаживая различіе между той и другой категоріями хозяйственной дѣятельности. Банки становятся учредителями во всякомъ случаѣ въ томъ смыслѣ, что только при ихъ посредствѣ, благодаря ихъ капиталамъ развивается и расширяется торгово-промышленная дѣятельность страны. Происходитъ благодаря банкамъ громадный процессъ мобилизаціи капитала и кредита въ распоряженіе рабочей силы, предпріимчивости, талантовъ, которые безъ того остались бы совершенно непродуктивными для мірового хозяйства. Этотъ процессъ осуществляется путемъ правильно функціонирующаго рынка цѣнныхъ бумагъ, въ которыхъ овеществляется вся мобилизованная собственность современнаго хозяйственнаго строя. Такой міровой рынокъ цѣнныхъ бумагъ могъ образоваться исключительно благодаря дѣятельности банковъ краткосрочнаго кредита, которые не ограничиваются функціями снабженія промышленности и торговли оборотными средствами, преимущественно въ формѣ учета торговыхъ векселей, но и предоставляютъ имъ громадныя средства для образованія основныхъ капиталовъ предпріятій, посвятившихъ себя промышленной и торговой дѣятельности. Только такимъ путемъ предпріятія эти получили тѣ громадные капиталы, которыми они располагаютъ, и только благодаря этимъ громаднымъ средствамъ, предоставленнымъ банками промышленности и торговлѣ въ формѣ основныхъ капиталовъ, могъ произойти тотъ грандіозный процессъ промышленной концентраціи, техническія преимущества которой представляются столь значительными. Само собой, эту грандіозную хозяйственную задачу банки ни въ коемъ случаѣ не могли бы выполнить собственными акціонерными капиталами. Нѣсколькихъ цифръ, приводимыхъ г. Эпштейномъ, совершенно достаточно для иллюстраціи того положенія, что безъ капиталовъ банка промышленность и торговля не могли бы достигнуть современныхъ размѣровъ и что, съ другой стороны, этотъ процессъ поддержки современной промышленности не могъ бы быть выполненъ банками одними своими основными капиталами. Въ Германіи основные (вмѣстѣ съ запасными) капиталы банковъ составляли въ 1872 г.—1150 мил. мар.,

а въ 1912 г.—3730 мил. Чужіе капиталы банковъ Германіи составляли въ 1872 г.—711 мил., а въ 1912 г.—9413 м. Въ Россіи основные и запасные капиталы составляли въ 1877 г. 145 мил. руб., а чужіе—580 мил.; въ 1912 г. первые составляли 435 мил., вторые достигли сравнительно колоссальной цыфры 2207 мил.

Этимъ громаднымъ капиталамъ, сосредоточеннымъ въ рукахъ банковъ, въ полной мѣрѣ соотвѣтствуютъ размѣры эмиссіонной дѣятельности. Въ засѣданіи четвертаго съѣзда дѣятелей банковъ Шварцъ приводилъ любопытныя цифры размѣровъ этихъ эмиссій. Съ 1891 по 1900 г. въ Англіи выпущено цѣнностей на 17,4 милліардовъ марокъ, въ Германіи приблизительно половина этого количества, т.-е. около 9 мил. мар., во Франціи 6,2 милліардовъ. За время съ 1901 по 1910 г. Англія выпустила на 22 милліарда, Германія на столько же [1]. Эти цифры краснорѣчиво свидѣтельствуютъ о томъ, что весь современный укладъ хозяйственной жизни вынуждаетъ банки стремиться къ тому, чтобы по возможности увеличивать не столько свои основные и запасные капиталы, сколько вклады. Отсюда громадное экономическое значеніе вкладной операціи въ связи съ чековымъ оборотомъ, безъ котораго первая не можетъ получить достаточнаго развитія. Только тогда, когда практика пользованія чеками пускаетъ глубокіе корни въ навыкахъ дѣлового оборота, когда чеки становятся въ глазахъ публики тѣмъ же денежнымъ знакомъ, представляющимъ свои преимущества предъ другими денежными знаками, хотя и пользующимися характеромъ обязательнаго платежнаго средства,—только тогда депозитная операція можетъ достигнуть естественныхъ своихъ предѣловъ. И именно потому операція эта достигла такого широкаго развитія въ Англіи. Долгое время въ Германіи законодательство не рѣшалось вступить на путь нормированія чековаго права въ значительной мѣрѣ именно въ виду того, что боялось задержать образованіе въ дѣловомъ оборотѣ тѣхъ навыковъ въ пользованіи чеками, которые наиболѣе соотвѣтствуютъ особенностямъ дѣлового оборота, наиболѣе содѣйствуютъ ихъ распространенію. Въ Россіи законъ, безусловно независимо отъ какихъ-либо соображеній цѣлесообразности, совершенно молчитъ о чекахъ, и тѣмъ не менѣе опредѣленныя правила пользованія ими вполнѣ наладились, и чеки принимаютъ все болѣе и болѣе широкое распространеніе именно въ силу крайней ихъ необходимости въ интересахъ и дѣлового оборота, и развитія вкладной операціи. Такимъ образомъ, въ этомъ вопросѣ идутъ рука объ руку частные интересы кредитныхъ учрежденій, стремящихся привлечь какъ можно болѣе значительные капиталы въ формѣ вкладовъ, которые оплачиваются изъ болѣе низкаго процента, нежели акціонерный капиталъ,—что даетъ возможность все увеличивать доходность этого послѣдняго,—и интересы народнаго хозяйства, которые требуютъ привлеченія къ промышленности и торговлѣ все бо́льшихъ и бо́льшихъ капиталовъ.

Конечно, каждый банкъ, привлекая доступными ему средствами

---

[1] Verhandlungen des IV Allgemein. Deutschen Bankiertages, стр. 112.

возможно больше вкладовъ, заботится о своихъ частныхъ интересахъ; и можетъ даже казаться, что этотъ частный интересъ расходится съ интересами народнаго хозяйства, такъ какъ слишкомъ значительныя средства отвлекаются въ кассы немногочисленныхъ банковъ. Въ дѣйствительности однако, преслѣдуя свои частные интересы, банки весьма искусно, хотя и не всегда вполнѣ сознательно, осуществляютъ задачи народнаго хозяйства [1]. Но и самыхъ большихъ вкладовъ оказывается въ концѣ-концовъ недостаточно для того, чтобы удовлетворять все возрастающимъ требованіямъ капиталовъ со стороны торговли и промышленности. Возможность ихъ увеличенія для банковъ имѣетъ свои предѣлы. Къ тому же нельзя увеличивать вкладной операціи, не увеличивая одновременно своихъ основныхъ капиталовъ, а это увеличеніе тоже не можетъ быть безпредѣльнымъ. Приходится прибѣгать къ инымъ средствамъ привлеченія капиталовъ. Въ брошюрѣ г. Эпштейна приведены любопытныя въ этомъ отношеніи цифры. Въ 1907 г. въ Лондонѣ было допущено къ котировкѣ новыхъ бумагъ на сумму свыше 11 милліардовъ марокъ, а въ Берлинѣ около 10 милліардовъ марокъ. Россія съ 1908 по 1911 г. выпустила новыхъ бумагъ приблизительно на 3400 милліоновъ рублей. По вычисленіямъ Лифмана въ его превосходномъ, богатомъ фактическими данными трудѣ Beteiligungs-und Finanzierungsgesellschaften изъ всего національнаго богатства Франціи, оцѣниваемаго въ 300 милліардовъ франковъ, около трети помѣщено въ цѣнныхъ бумагахъ. Въ Англіи въ цѣнныхъ бумагахъ овеществлено около 40% всего народнаго богатства. Номинальная сумма цѣнныхъ бумагъ всѣхъ государствъ опредѣляется въ настоящее время приблизительно въ 835 милліардовъ марокъ, а ежегодный приростъ приблизительно въ 20—25 милліардовъ. Конечно, такія колоссальныя цѣнности банки не въ состояніи сложить въ свои кладовыя, оплативъ ихъ своими капиталами, даже и увеличенными капиталами своихъ вкладчиковъ. Банки по необходимости становятся посредниками между предпринимателями и большой публикой, пріобрѣтая акціи и облигаціи вновь учреждаемыхъ или значительно расширяющихъ свою дѣятельность предпріятій съ тѣмъ, чтобы при первомъ удобномъ случаѣ сбыть ихъ цѣликомъ или въ значительной части этой публикѣ. Полемъ сбыта долгое время служила исключительно биржа. Въ послѣднее время совершенно правильно было указано на то, что значеніе биржъ въ этомъ отношеніи нѣсколько упало. Но не слѣдуетъ и преувеличивать значенія этого паденія вліянія биржи на процессъ эмиссіи цѣнностей. Затрудненія, испытанныя Германіей въ періодъ обостренія отношеній съ Франціей по поводу событій въ Марокко, служатъ лучшимъ тому дока-

[1] Само собой мы говоримъ тутъ о банкахъ какъ извѣстномъ хозяйственномъ институтѣ. Отдѣльныя банковыя учрежденія могутъ стоять далеко ниже этихъ хозяйственныхъ задачъ, могутъ сводить всю свою дѣятельность къ неумѣлому использованію громадныхъ капиталовъ, оказавшихся въ ихъ распоряженіи не благодаря, но вопреки имъ, въ силу того глубокаго экономическаго процесса, жертвами котораго ихъ слѣдовало бы признать, если бы ихъ случайные личные успѣхи не дисгармонировали бы съ понятіемъ жертвы.

зательствомъ. Когда германскіе банки, подъ вліяніемъ политическихъ волненій, испытали необходимость по возможности ликвидировать свои активы, такъ какъ имъ приходилось опасаться усиленія обратнаго требованія вкладовъ, эти банки сумѣли очень быстро продать цѣнныхъ бумагъ приблизительно на 300 мил. мар. и такимъ образомъ значительно облегчить свое денежное положеніе. Но вмѣстѣ съ тѣмъ этотъ фактъ свидѣтельствуетъ и о томъ, какіе громадные портфели цѣнныхъ бумагъ находятся въ кладовыхъ банковъ, частью въ качествѣ собственныхъ бумагъ, частью въ качествѣ бумагъ, обезпечивающихъ онкольные счета кліентовъ, очень часто пріобрѣтающихъ ихъ по рекомендаціи банковъ и благодаря ссудамъ, имъ выдаваемымъ, порой съ особенной легкостью именно благодаря тому, что пріобрѣтаются рекомендуемыя банкомъ бумаги. Такимъ образомъ, по мѣрѣ того, какъ росло вліяніе банковъ, по мѣрѣ того какъ увеличивалась ихъ кліентелла, для банковъ открывалась возможность сбывать интересующія ихъ бумаги даже и помимо содѣйствія биржи; биржа сохраняла для нихъ значеніе фактора второго разряда, въ высшей степени важнаго, неизбѣжнаго въ болѣе сложныхъ и длительныхъ расчетахъ, но тѣмъ не менѣе каждая данная эмиссіонная операція могла быть выполнена банками даже безъ содѣйствія биржи, путемъ распредѣленія бумагъ между своей кліентеллой; на биржу бумаги попадаютъ впослѣдствіи [1]. Само собой, такая посредническая дѣятельность банковъ требуетъ большихъ средствъ, такъ какъ, во-первыхъ, приходится выдерживать новые выпуски бумагъ порой въ теченіе довольно большого періода времени въ собственныхъ кассахъ, а, во-вторыхъ, приходится въ теченіе значительнаго періода интервенировать всегда, когда или предпріятіе нуждается въ новыхъ средствахъ, или когда почему-либо публика желаетъ избавиться отъ проданныхъ ей бумагъ.

Такимъ образомъ, эта безусловно полезная съ точки зрѣнія развитія промышленности и торговли дѣятельность требуетъ большого напряженія денежныхъ средствъ со стороны банковъ. И если наступаетъ моментъ, когда денежное положеніе банковъ, (мы говоримъ не объ отдѣльныхъ учрежденіяхъ, а о всей сѣти банковыхъ учрежденій страны) колеблется, то это влечетъ за собой колебанія во всѣхъ сферахъ хозяйственной дѣятельности страны. При самыхъ благопріятныхъ балансахъ достаточно, чтобы вслѣдствіе какихъ-либо экономическихъ или политическихъ событій было поколеблено довѣріе къ кредитнымъ учрежденіямъ, чтобы все это сложное цѣлое испытало самое серьезное потрясеніе. И порой трудно даже предвидѣть то направленіе, которое приметъ общественная паника по поводу какого-либо хозяйственнаго неблагополучія. Такъ, когда произошла въ Германіи катастрофа съ Лейпцигскимъ банкомъ, вкладчики Дрезденскаго банка, совершенно безъ какихъ-либо конкретныхъ для того основаній, испытали такую панику, что Дрезденскому банку пришлось въ теченіе только одного дня уплатить около

[1] *Kaufmann,* Das Französische Bankwesen, стр. 236.

7 мил. марокъ [1]. И лишь послѣ того, какъ банкъ такимъ образомъ блестяще доказалъ достаточную ликвидность своего актива, публика успокоилась. Но это умѣнье Дрезденскаго банка справиться съ разразившейся надъ нимъ грозой, свидѣтельствуя о солидности этого предпріятія, не уменьшаетъ значенія той опасности, которую внезапное требованіе вкладчиковъ представляетъ для банковъ.

Мы выше видѣли, въ какой мѣрѣ вкладные капиталы превосходятъ собственныя средства банковъ, и приведенное нами выше сравненіе тѣхъ и другихъ капиталовъ является лучшимъ доказательствомъ того, что одновременное требованіе не только всѣхъ, даже и не большинства, а лишь значительной части вкладовъ должно поставить самый солидный банкъ въ совершенно критическое положеніе. Правда, банки какъ будто бы принимаютъ весьма серьезныя и цѣлесообразныя мѣры къ тому, чтобы нѣсколько смягчить возможность такого одновременнаго требованія значительныхъ капиталовъ. Именно, проводится различіе между безсрочными вкладами, которые можно потребовать обратно безъ предупрежденія въ любой моментъ, и срочными, которые можно потребовать по наступленіи извѣстнаго срока. Процентныя ставки по этимъ послѣднимъ вкладамъ нѣсколько болѣе высокія. Но все это хорошо при нормальномъ теченіи дѣлъ. Когда наступаетъ или публика думаетъ (и этого совершенно достаточно), что наступаетъ тяжелый экономическій или политическій моментъ, когда въ результатѣ подрывается довѣріе къ банкамъ, хотя бы и безъ всякой съ ихъ стороны вины, опасно дѣлать различіе между этими двумя категоріями вкладовъ; приходится въ интересахъ успокоенія публики, т.-е. въ конечномъ результатѣ въ собственныхъ интересахъ, отказаться отъ ихъ различенія и безпрепятственно выплачивать срочные вклады до наступленія сроковъ таковыхъ

Но этимъ еще не ограничивается потребность банковъ въ деньгахъ въ минуты потрясенія денежнаго или кредитнаго рынка. Все то, что составляетъ источникъ силы кредитныхъ учрежденій, становится источникомъ тяжелыхъ испытаній въ критическія минуты хозяйственной жизни страны. Какъ мы выше указывали, банки являются посредниками между ищущими денегъ промышленными и торговыми предпріятіями и публикой, ищущей помѣщенія для своихъ капиталовъ. Такимъ образомъ банки оказываются весьма заинтересованными въ фондовомъ рынкѣ. Будучи не только посредниками, но, кромѣ того, еще и обладателями весьма значительнаго количества дивидендныхъ бумагъ, являясь кромѣ того, отвѣтственными предъ большой публикой, хотя бы и не матеріально, но во всякомъ случаѣ морально, за выпущенныя ими въ оборотъ цѣнныя бумаги, наконецъ, будучи кредиторомъ въ весьма значительныхъ суммахъ по долгамъ, обезпеченнымъ цѣнными бумагами, переданными имъ ихъ должниками, банки, конечно, крайне заинтересованы въ томъ, чтобы стоимость цѣнныхъ бумагъ не была чрезмѣрно поколе-

---

[1] *Wiewiorowsky,* Einfluss der deutschen Bankenkonzentration auf Kriesenerscheinungen, стр. 123.

блена въ минуту такого кризиса. Приходится такимъ образомъ не только воздерживаться отъ реализаціи имѣющихся въ портфеляхъ банковъ весьма солидныхъ цѣнностей, но частью даже пріобрѣтать новыя отъ тѣхъ, кто оказывается слишкомъ слабымъ, чтобы выдержать тяжелый моментъ паденія цѣнъ на всѣ бумаги. И мы видимъ, дѣйствительно, что въ тяжелые періоды депрессій 1901 и 1906 гг. берлинскіе банки энергично интервенируютъ, предупреждая публику противъ излишествъ паническаго страха и пріобрѣтая бумаги, падавшія въ цѣнѣ безъ всякаго отношенія къ ихъ дѣйствительной цѣнности [1]. И это дѣлали тѣ самые банки, которые до наступленія депрессіи, въ правильномъ предвидѣніи таковой, обращались къ публикѣ и въ своихъ докладахъ общимъ собраніямъ, и въ своихъ циркулярныхъ письмахъ своей кліентеллѣ съ предупрежденіемъ о наступающемъ затишьи въ промышленной жизни и о необходимости соотвѣтствующей сдержанности въ хозяйственной дѣятельности. И въ то же время банки, несмотря на крайне затрудненное положеніе денежнаго рынка, не стѣсняли въ пользованіи кредитами тѣ учрежденія, которыя были съ банками связаны и, слѣдовательно, имѣли основаніе расчитывать на поддержку съ ихъ стороны.

Но откуда брать необходимыя для того средства? Какъ бы велика ни была свободная наличность въ банкахъ, она не можетъ имѣть серьезнаго значенія въ такіе моменты чрезвычайнаго спроса. Приходится прибѣгать къ тѣмъ статьямъ актива, которыя сравнительно легко реализовать. Отсюда требованіе ликвидности банковыхъ активовъ. Требованіе это совершенно понятное, т. к. банки краткосрочнаго кредита обязаны быстро исполнять требованія своихъ вкладчиковъ, а для этого необходимо имѣть возможность такъ же быстро реализовать свои активныя статьи. Но вмѣстѣ съ тѣмъ совершенно ясно, что эта легкая реализуемость не можетъ идти такъ далеко, чтобы въ нѣсколько дней освободить капиталы, достаточно значительные для покрытія требованій, не говоримъ большинства, но и просто значительной части своихъ вкладчиковъ. Итакъ, какія бы мѣры ни были приняты законодательствами, или по собственной иниціативѣ благоразумныхъ банковыхъ дѣятелей для того, чтобы обезпечить себѣ, выражаясь очень моднымъ въ настоящее время терминомъ, ликвидность банковыхъ активовъ—эта ликвидность не можетъ идти такъ далеко, чтобы дать возможность банкамъ въ минуты серьезныхъ экономическихъ или политическихъ замѣшательствъ выдержать натискъ кредиторскихъ требованій. Самый «ликвидивный» активъ банка становится не реализуемымъ въ такіе тяжелые моменты хозяйственныхъ испытаній. Какъ извѣстно, наиболѣе ликвидивнымъ считается хорошій вексельный портфель, особенно когда векселя такъ называемаго торговаго или товарнаго происхожденія. Банки считаютъ этотъ портфель, и притомъ не безъ основаній, лучшимъ украшеніемъ своего баланса. И что же? Опытъ доказалъ, что въ моменты разыгравшагося кризиса и этотъ портфель оказывается плохо реализуемымъ. Совершенно есте-

[1] *Wiewiorowsky,* стр. 90 и сл.

ственно, что векселя учитываются промышленными и торговыми предпріятіями исключительно вслѣдствіе нужды въ оборотныхъ средствахъ, а не для того, чтобы держать деньги въ своихъ кассахъ. Б. м., если бы имъ было своевременно отказано въ учетѣ, они бы обошлись безъ такового, въ большинствѣ случаевъ нѣсколько стѣснивъ свои обороты, отказавшись отъ нѣсколькихъ капитальныхъ расходовъ для того, чтобы увеличить свободныя средства и т. д. Но разъ кредитъ имъ оказанъ, поступившія по учету векселей суммы входятъ въ хозяйственную конъюнктуру даннаго предпріятія, и немедленный возвратъ денегъ становится невозможнымъ. Да на него кредитное учрежденіе и не имѣетъ права. Такимъ образомъ все, что банки могутъ сдѣлать въ этомъ отношеніи съ своимъ, по мнѣнію многихъ, наиболѣе ликвидивнымъ активомъ—это нѣсколько сдержать новый учетъ векселей и такимъ образомъ очень медленно уменьшить свой вексельный портфель, освобождая весьма постепенно часть своихъ средствъ. Притомъ это уменьшеніе портфеля должно быть въ высшей степени сдержаннымъ, т. к. своимъ постояннымъ кліентамъ банкъ не имѣетъ возможности отказывать даже и въ новыхъ учетахъ, поскольку таковые направлены на поддержаніе этими учрежденіями обычной дѣятельности, въ чемъ банки заинтересованы по соображеніямъ какъ моральнаго, такъ и матеріальнаго свойства. Мы видѣли, что такъ и поступали въ тяжелыя минуты берлинскіе банки. Но само собой, что это постепенное уменьшеніе вексельнаго портфеля не имѣетъ особаго значенія съ точки зрѣнія борьбы съ острымъ кризисомъ. Съ этой точки зрѣнія вексельный портфель можетъ оказать одну только услугу—онъ можетъ составить подходящій матеріалъ для переучета въ эмиссіонномъ банкѣ.

Собственныя бумаги, равно какъ бумаги, находящіяся на онкольныхъ счетахъ, или, скажемъ общѣе и болѣе правильно, въ кассахъ банка въ качествѣ обезпеченія открытыхъ банкомъ кредитовъ, хотя, какъ показалъ опытъ послѣдняго времени, и болѣе «ликвидны», чѣмъ это предполагали до послѣдняго времени, тѣмъ не менѣе тоже отнюдь не могутъ быть реализуемы въ широкомъ размѣрѣ, такъ какъ всѣ цѣнныя бумаги падаютъ въ это время значительно ниже ихъ дѣйствительной стоимости, что особенно чувствительно, т. к. до того, благодаря предшествовавшему періоду расцвѣта, они стояли значительно выше этой реальной ихъ стоимости. Но мало того, если бы банки пожелали освободить въ это время значительную часть своихъ бумажныхъ портфелей, то это оказалось бы фактически невозможнымъ. Для нихъ, какъ и для первоклассныхъ векселей оказался бы тотъ же главный источникъ реализаціи—кладовыя эмиссіоннаго банка.

Такимъ образомъ оказывается, что благодаря современному развитію банковаго дѣла, какъ бы ни были солидны банки краткосрочнаго кредита, все равно въ критическіе для политической или экономической жизни страны моменты, они не могутъ справиться безъ посторонней помощи, которую можетъ имъ оказать въ такіе минуты только эмиссіонный банкъ, правильно признаваемый поэтому нѣмцами конечной

гарантіей ликвидности банковъ краткосрочнаго кредита. И несмотря на вполнѣ добросовѣстное стремленіе германскихъ банковъ къ самостоятельности, къ солидности въ постановкѣ дѣла, это стремленіе не идетъ такъ далеко, чтобы требовать такой постановки, при которой и въ критическіе моменты банки могли бы обходиться только собственными средствами.

Но сознаніе этой о б я з а н н о с т и эмиссіоннаго банка—обязанности, не вытекающей, правда, изъ законовъ, но обусловливающейся, что гораздо важнѣй, всѣмъ строемъ современнаго крупно-капиталистическаго хозяйства съ преобладающимъ вліяніемъ банковъ—создаетъ необходимость заботливо урегулировать отношенія между банками краткосрочнаго кредита и эмиссіоннымъ. И въ этомъ отношеніи эмиссіонный банкъ заинтересованъ отнюдь не менѣе нежели краткосрочные, такъ какъ, какова бы ни была линія поведенія краткосрочнаго банка, въ критическій моментъ эмиссіонный банкъ будетъ вынужденъ оказать ему извѣстное содѣйствіе, если и не въ его интересахъ, то въ интересахъ всего банковаго оборота, въ настоящее время тѣсно связаннаго съ устойчивостью всей дѣловой жизни страны. И поэтому совершенно правъ Ганзенъ, когда онъ говоритъ, въ сущности формулируя общераспространенную идею, что вопросъ о томъ, какъ банки распоряжаются своими средствами, есть вопросъ соціальнаго законодательства. Надо, конечно, принять возможныя въ этомъ отношеніи мѣры, но вмѣстѣ съ тѣмъ надо помнить, что какъ бы ни былъ урегулированъ этотъ вопросъ, это не устраняетъ необходимости организовать отношенія эмиссіоннаго банка къ банкамъ краткосрочнаго кредита такимъ образомъ, чтобы этотъ послѣдній могъ играть роль гарантійнаго базиса на случай необходимости быстрой реализаціи солидныхъ активовъ банковъ краткосрочнаго кредита.

Необходимость созданія гарантійнаго базиса, такимъ образомъ, вытекаетъ не изъ односторонности или легкомысленности банковыхъ дѣятелей (хотя наличность этихъ элементовъ, и притомъ порой въ весьма значительной дозѣ, какъ обостряющую тяжесть положенія, мы отнюдь не думаемъ отрицать), но изъ самой постановки банковаго дѣла, соотвѣтственно интересамъ правильно развивающагося народнаго хозяйства. И вмѣстѣ съ тѣмъ, въ моментъ кризиса задача эта становится исключительно тяжелой. Очевидно, необходимость для страны въ деньгахъ, какъ средствахъ расчета, не уменьшается въ эти моменты. Наоборотъ, въ такіе минуты большія суммы исчезаютъ изъ оборота, прячутся «въ чулокъ» осторожными людьми. Размѣръ кредитныхъ денегъ обусловливается размѣрами производства въ связи съ быстротой циркуляціи. Въ моменты депрессіи или, тѣмъ болѣе, кризиса циркуляція становится гораздо болѣе медленной, между тѣмъ производство не можетъ такъ же быстро сокращаться. Естественно поэтому, что въ такіе моменты количество необходимыхъ денежныхъ знаковъ не уменьшается. И понятно, когда эти «кредитныя деньги», т.-е. всякаго рода цѣнныя бумаги, выпускаемыя банками, обезцѣниваются, ихъ мѣсто должны замѣнить государственныя

бумаги [1]. Такимъ образомъ, въ конечномъ результатѣ предѣлы возможной поддержки банковъ краткосрочнаго кредита со стороны государственнаго обусловливаются предѣлами возможнаго для этого послѣдняго выпуска банкнотъ.

И совершенно очевидно, что въ настоящее время въ нѣкоторыхъ странахъ для эмиссіонныхъ банковъ становится крайне затруднительнымъ оказывать кредитнымъ банкамъ ту поддержку, въ которой, по условіямъ своей дѣятельности, они въ такой мѣрѣ порой нуждаются. Въ то время какъ народно-хозяйственные обороты обнаруживаютъ лихорадочный ростъ, въ то время какъ, слѣдя за этимъ ростомъ и оказывая ему весьма существенную поддержку, банки увеличиваютъ свои обороты и соотвѣтственно этимъ увеличивающимся оборотамъ растутъ и обязательства банковъ и въ первую очередь обязательства по вкладной операціи, средства эмиссіонныхъ банковъ измѣняются въ весьма слабой степени, такъ какъ мало измѣняется металлическій фондъ, служащій базисомъ для выпуска банкнотъ. Такъ, въ Германіи за пятилѣтіе 1906—1910 г. сравнительно съ пятилѣтіемъ 1891—1895 металлическій фондъ германскаго имперскаго банка возросъ всего на 46 мил. И это въ Германіи, гдѣ за этотъ же періодъ времени ростъ промышленности, торговли и спеціально банковаго оборота обнаружилъ поистинѣ колоссальный прогрессъ. Не удивительно поэтому, что при каждомъ напряженіи банковаго кредита, когда увеличиваются въ свою очередь требованія банковъ по отношенію къ имперскому банку, это вызываетъ чрезмѣрное напряженіе средствъ этого послѣдняго, заставляющее его заботиться о принятіи мѣръ къ ослабленію предъявляемыхъ къ нему кредитными банками требованій. А такъ какъ надо полагать, что германскіе кредитные банки обращаются къ содѣйствію имперскаго только въ крайности, когда другіе нормальные источники уже исчерпаны, то точно такъ же понятно, что всѣ эти мѣропріятія въ конечномъ результатѣ не даютъ сколько-нибудь серьезныхъ результатовъ. Въ этомъ отношеніи чрезвычайно поучительна судьба мѣръ, предпринятыхъ имперскимъ банкомъ, въ значительной мѣрѣ подъ вліяніемъ тѣхъ самыхъ взглядовъ, которые Луммъ проводитъ въ вышеуказанныхъ статьяхъ, противъ усиленныхъ требованій банковъ въ концѣ кварталовъ. Такъ какъ къ этимъ періодамъ въ Германіи пріурочена масса денежныхъ расчетовъ, то естественно, что именно въ это время предъявляется къ банкамъ наибольшее количество денежныхъ требованій. И такъ какъ эти именно исключительно высокія требованія носятъ къ тому же только кратковременный характеръ, то для удовлетворенія этихъ требованій банки не извлекаютъ средствъ изъ обычныхъ своихъ операцій, но стараются обойтись экстраординарнымъ способомъ ихъ пополненія, именно обращеніемъ къ имперскому банку. Но и имперскій банкъ оказывается въ такомъ же затруднительномъ положеніи, какъ и кредитные банки. Связанный въ количествѣ выпускаемыхъ банкнотъ металлическимъ запасомъ,

---

[1] *Hilfferding,* Das Finanzkapital, стр. 55.

достаточнымъ для обезпеченія денежнаго оборота въ моменты обычнаго состоянія рынка, онъ не въ состояніи, безъ крайняго для себя напряженія, удовлетворять усиленному требованію кредитовъ въ концѣ кварталовъ. И посредствомъ измѣненія процентныхъ ставокъ имперскій банкъ затруднилъ пользованіе кредитомъ въ эти сроки. Въ результатѣ. оказалось напряженіе кредитовъ не только въ концѣ кварталовъ, но вообще носящее болѣе длительный характеръ. Естественно, что при такомъ напряженіи своихъ средствъ въ моменты въ сущности нормальнаго увеличенія требованій къ имперскому банку, онъ оказывается въ моменты чрезвычайнаго напряженіи не въ силахъ остаться въ законныхъ границахъ, установленныхъ для выпуска банкнотъ. И въ теченіе одного пятилѣтія металлическое покрытіе четыре раза падало даже ниже установленной закономъ минимальной нормы въ одну треть. Банкноты англійскаго банка, благодаря широкому развитію чековаго оборота и превосходно функціонирующимъ расчетнымъ палатамъ, не имѣютъ особаго значенія въ денежномъ обращеніи, и тѣмъ не менѣе и въ 1890 и въ 1907 г. англійскій банкъ выручала только помощь, оказываемая иностранными эмиссіонными банками, въ правильномъ сознаніи связывающей ихъ солидарности и болѣе чѣмъ достаточной солидности англійскаго банка, для того, чтобы при всякихъ обстоятельствахъ легко выполнить всѣ принятыя имъ на себя обязательства.

Г. Эпштейнъ считаетъ поэтому принципіально неправильными всѣ палліативы для того, чтобы облегчить эмиссіоннымъ банкамъ обслуживаніе денежнаго рынка, не освобождая ихъ отъ обязанности соблюдать закономъ установленное соотношеніе между количествомъ выпускаемыхъ банкнотъ и наличнымъ металлическимъ покрытіемъ. И необходимо признать, что тѣ соображенія, которыя приводятся при этомъ авторомъ, отличаются большой убѣдительностью. Авторъ не довольствуется указаніемъ тѣхъ практическихъ затрудненій, которыя обусловливаются требованіемъ опредѣленнаго обезпечительнаго металлическаго фонда. Онъ идетъ въ глубь вопроса и старается доказать, что по существу требованіе это представляется неправильнымъ. Именно, авторъ указываетъ, что опредѣленный металлическій фондъ могъ имѣть серьезное значеніе какъ гарантія того, что банкноты будутъ безпрепятственно обмѣниваться на золото, когда банкноты были главнымъ платежнымъ средствомъ, когда вкладная операція не играла сколько-нибудь значительной роли. Въ такихъ условіяхъ наличность большаго металлическаго фонда въ значительной степени обезпечивала возможность безпрепятственнаго обмѣна, тѣмъ болѣе что вся масса банкнотъ распылялась между громаднымъ количествомъ владѣльцевъ, и одновременное предъявленіе не только всѣхъ, но даже значительной части банкнотъ было невозможно, И тѣмъ не менѣе, и при такихъ благопріятныхъ для эмиссіонныхъ банковъ условіяхъ имъ приходилось нарушать законъ о металлическомъ обезпеченіи. Совершенно иначе обстоитъ дѣло въ настоящее время. Въ критическіе для кредитныхъ учрежденій моменты придется считаться не столько съ количествомъ имѣющихся въ оборотѣ банкнотъ, сколько

съ требованіемъ золота со стороны вкладчиковъ какъ эмиссіонныхъ, такъ и всѣхъ вообще банковъ краткосрочнаго кредита. Между тѣмъ, сумма вкладовъ въ Англіи, Франціи, Германіи и Россіи приблизительно въ 12 разъ больше металлическихъ фондовъ. И при этомъ необходимо имѣть въ виду, что вклады не распредѣлены между такимъ значительнымъ количествомъ лицъ, какъ банкноты, и, слѣдовательно, одновременно предъявляемыя вкладчиками требованія будутъ гораздо болѣе значительны, нежели возможныя требованія владѣльцевъ банкнотъ. Конечно, эмиссіонный банкъ не несетъ обязанности обмѣнивать на золото вкладные билеты банковъ краткосрочнаго кредита. Но разъ публика обнаружитъ недовѣріе къ банкнотамъ, то она пожелаетъ всякія бумажныя цѣнности, путемъ тѣхъ или другихъ, всегда возможныхъ, манипуляцій, обмѣнять на золото и имѣетъ къ тому полную возможность. Вкладчики банковъ краткосрочнаго кредита могутъ такимъ образомъ легко добраться до золотыхъ кладовыхъ эмиссіоннаго банка, который не будетъ имѣть возможности отказать въ кредитахъ и слѣдовательно, въ конечномъ результатѣ — въ тѣхъ же банкнотахъ для обмѣна на золото банкамъ краткосрочнаго кредита.

Положеніе къ тому же значительно обостряется благодаря сберегательнымъ кассамъ, въ которыхъ въ настоящее время сосредоточены колоссальныя сбереженія громадной массы сравнительно мало достаточнаго населенія, которое быстро обращается съ требованіями возврата вкладовъ при первыхъ тревожныхъ политическихъ или экономическихъ извѣстіяхъ. Мы имѣемъ въ этомъ отношеніи поучительный опытъ въ видѣ стремительнаго наплыва требованій отъ сберегательныхъ кассъ во время мароккскихъ событій, и даже во время послѣднихъ осложненій на Балканахъ, хотя непосредственное значеніе этихъ послѣднихъ для Германіи было болѣе нежели проблематическое.

Такимъ образомъ, по мнѣнію г. Эпштейна, въ конечномъ результатѣ въ минуты серьезныхъ затрудненій металлическій фондъ въ дѣйствительности не обезпечиваетъ безпрепятственнаго обмѣна банкнотъ на золото, а въ эпохи споконйаго экономическаго развитія необходимость такого фонда порой тормозитъ правильное функціонированіе эмиссіоннаго банка, какъ резервуара для банковъ краткосрочнаго кредита.

Г. Эпштейнъ является поэтому рѣшительнымъ сторонникомъ системы, положенной въ основу дѣятельности французскаго государственнаго банка. Максимумъ количества банкнотъ, которыя имѣетъ право выпустить французскій банкъ, устанавливается французскимъ парламентомъ, и этотъ максимумъ не находится ни въ какомъ соотношеніи съ размѣромъ металлическаго фонда банка. На банкъ возложена лишь обязанность безпрепятственнаго обмѣна своихъ банкнотъ на золото. И не смотря на такую сравнительную свободу выпуска банкнотъ, французскій банкъ ни разу не оказывался въ затрудненіи при оплатѣ своихъ банкнотъ, если не считать, конечно, франко-прусской войны, когда при любой системѣ выпуска банкнотъ государственнный банкъ оказался бы въ невозможности поддерживать металлическое обращеніе.

Далѣе г. Эпштейнъ внимательно останавливается на одномъ доводѣ въ пользу обязательнаго металлическаго фонда, которому онъ самъ придаетъ наибольшее значеніе, именно на томъ соображеніи, что въ конечномъ результатѣ международный балансъ приходится уравнивать посредствомъ золотой валюты. Но и этотъ доводъ не имѣетъ въ его глазахъ рѣшающаго значенія. Какъ совершенно справедливо указываетъ авторъ, участіе золота въ международныхъ денежныхъ расчетахъ, даже въ моменты острыхъ пертурбацій въ міровомъ денежномъ рынкѣ, не такъ уже велико. «Вѣдь необходимо же отдать себѣ отчетъ», замѣчаетъ авторъ, «что временная недостача золота у эмиссіоннаго банка не есть еще доказательство пассивности платежнаго баланса данной страны, и что если онъ спорадически даже бываетъ пассивенъ, то при современной солидарности денежныхъ рынковъ, подвижности денежныхъ капиталовъ и громадной роли бумажныхъ цѣнностей въ балансѣ международныхъ денежныхъ расчетовъ, привлеченіе временно необходимыхъ суммъ совсѣмъ не представляетъ такихъ затрудненій, чтобы изъ за нихъ надо было тормозить и періодически подвергать крайнимъ опасностямъ весь народно-хозяйственный аппаратъ. Если же расчетный балансъ данной страны пассивенъ неслучайно, а постоянно, тогда ей все равно не помогутъ самые грандіозные металлическіе фонды эмиссіоннаго банка. Такія страны имѣютъ только опредѣленные, неизбѣжные способы урегулированія своихъ внѣшнихъ расчетныхъ балансовъ, заключающіеся въ форсированномъ á tout prix вывозѣ своихъ продуктовъ, сокращеніи внутренняго потребленія и внѣшнихъ займахъ».

Конечно, авторъ не ищетъ спасенія въ старыхъ, уже такъ наглядно доказавшихъ свою несостоятельность, средствахъ—государственныхъ бумажныхъ деньгахъ, но въ выпускѣ «въ экстренныхъ случаяхъ единственно раціональныхъ, абсолютно обезпеченныхъ и автоматически погашающихся денежныхъ знаковъ, покрытыхъ срочными обязательствами безусловно экономическаго происхожденія».

Авторъ приводитъ любопытный примѣръ, прекрасно иллюстрирующій его основную идею, именно американскій денежный кризисъ 1907 г. Тогда громадные денежные резервы, которыхъ требуетъ законъ отъ американскихъ банковъ и которые составляли около милліарда рублей, исчезли въ теченіе двухъ-трехъ дней. И это не помогло. Засимъ около 200 банковъ прекратило платежи. Этотъ процессъ захватилъ бы и всѣ остальные банки, если бы корпорація Associated Banks не поняла необходимости самопомощи, помимо которой въ Америкѣ, въ виду отсутствія центральнаго эмиссіоннаго баска, не откуда было ждать спасенія. Съ разрѣшенія правительства и за солидарной отвѣтственностью всѣхъ банковъ были выпущены временныя платежныя средства подъ названіемъ «заемныхъ свидѣтельствъ». Реальнымъ обезпеченіемъ этихъ свидѣтельствъ являлись такимъ образомъ фонды и векселя учетныхъ портфелей всѣхъ банковъ.

Одно появленіе этихъ свидѣтельствъ, хотя и безъ спеціальнаго металлическаго обезпеченія, успокоило публику, прекратило обратное

требованіе вкладовъ и даже повело къ возвращенію въ банки уже востребованныхъ отъ нихъ вкладовъ.

Можно безусловно согласиться съ авторомъ, что въ минуты общественной тревоги, когда подрывается довѣріе не только къ частнымъ кредитнымъ учрежденіямъ, но и къ финансовой мощи государства, даже весьма значительный металлическій запасъ не спасетъ страны отъ денежнаго потрясенія и не дастъ возможности эмиссіонному банку безпрепятственно обмѣнивать свои банкноты на золото. Въ такія минуты единственное средство спасенія — прекращеніе свободнаго обмѣна. И можно согласиться съ авторомъ, что когда такое прекращеніе обмѣна становится дѣйствительно неизбѣжнымъ, то чѣмъ скорѣе къ нему прибѣгнуть, тѣмъ лучше. Но необходимо при этомъ не въ меньшей мѣрѣ опасаться и прекращенія обмѣна, не вызываемаго крайностью, такъ какъ отнюдь не каждая, даже и весьма тяжелая, война влечетъ за собой необходимость прекращенія свободы обмѣна денежныхъ знаковъ. А между тѣмъ, угроза быстраго прекращенія свободнаго обмѣна при первой грозящей денежному рынку опасности можетъ сдѣлать публику еще болѣе боязливой, еще менѣе довѣрчивой. Хорошо извѣстно, что, напр., во Франціи привычка извлекать изъ банковыхъ кладовыхъ золотые запасы при первыхъ слухахъ о возможныхъ осложненіяхъ принимаетъ въ послѣднее время размѣры, тормозящіе спокойный ходъ дѣлъ даже и въ такое время, когда для того нѣтъ реальныхъ основаній. Вѣроятно, значительную въ этомъ вину несутъ воспоминанія о прекращеніи свободнаго обмѣна во время франко-прусской войны. И если бы къ этому же средству открыто прибѣгло и русское правительство во время послѣдней войны, то, мы полагаемъ, послѣднія балканскія осложненія были бы пережиты страной куда острѣе, нежели это въ дѣйствительности имѣло мѣсто.

Мы думаемъ поэтому, что, не вызывая безъ крайности опаснаго призрака бумажныхъ денегъ, не обмѣниваемыхъ свободно на золото, необходимо однако заранѣе учесть возможность и этого способа борьбы съ временнымъ разстройствомъ денежнаго обращенія. Необходимо заранѣе учесть и тѣ средства, которыя находятся въ рукахъ эмиссіоннаго банка для того, чтобы эта пріостановка обмѣна была не только временной, но еще и кратковременной. Для этого необходимо заранѣе создать эмиссіонному банку то обезпеченіе, которое оказалось въ такой мѣрѣ дѣйствительнымъ въ Америкѣ въ 1907 г., т.-е. первоклассный учетный портфель и первоклассные фонды. Понятно, что подготовлять такую обезпеченность будетъ слишкомъ поздно въ то время, когда громъ грянетъ. Въ такіе моменты приходится прикрывать и дѣйствительно слабые банки для того, чтобы вполнѣ заслуженная ими катастрофа не повлекла за собой катастрофу и для вполнѣ солидныхъ кредитныхъ учрежденій. Солидность этого возможнаго обезпеченія надо подготовлять въ ожиданіи критическаго момента.

Было бы легкомысленно возлагать въ этомъ отношеніи серьезныя надежды на правительственную опеку. Всѣ увѣщанія власть имущихъ

оказываются гласомъ вопіющаго въ пустынѣ даже въ тѣхъ случаяхъ, когда эти власть имущіе оказываются достаточно предусмотрительными и достаточно безкорыстными (то и другое не всегда бываетъ налицо) для того, чтобы давать дѣйствительно хорошіе совѣты благоразумія. А между тѣмъ, такая призрачная по существу система опеки представляетъ еще и ту опасность, что она снимаетъ часть отвѣтственности съ частныхъ предпринимателей и, что всего опаснѣе, вмѣстѣ съ тѣмъ усыпляетъ бдительность самой публики. Конечно, не слѣдуетъ преувеличивать значенія этого послѣдняго элемента. Но чѣмъ вообще менѣе способна публика оцѣнивать положеніе предпріятій, въ которыхъ она, въ качествѣ акціонеровъ, принимаетъ участіе, тѣмъ съ большей бережностью необходимо относиться и къ самымъ слабымъ проявленіямъ этой самопомощи со стороны публики, тѣмъ въ лучшія условія необходимо поставить ее въ этомъ отношеніи. Какъ мы выше уже отмѣчали, нормировка дѣятельности банковъ, оперирующихъ съ огромными вкладными капиталами, представляетъ такое громадное общественное значеніе, что принципіально нельзя было бы ничего возражать противъ извѣстнаго вмѣшательства государства въ способы пользованія банками ввѣренными имъ деньгами. Насколько мысль о таковомъ вмѣшательствѣ при данныхъ условіяхъ является естественной, видно изъ того, что вопросъ этотъ возбуждается и въ германской литературѣ, и въ германскомъ дѣловомъ мірѣ. И если мысль эта тѣмъ не менѣе рѣшительно отвергается, то только потому, что не найденъ способъ цѣлесообразнаго ея осуществленія. Дѣло не въ томъ, слѣдовательно, что банки распоряжаются добровольно ввѣренными имъ деньгами и, слѣдовательно, имѣютъ право давать имъ назначеніе по своему усмотрѣнію, а въ томъ, что государство фактически лишено возможности цѣлесообразно вліять на способы его употребленія. И слѣдовательно, до тѣхъ поръ, пока оно считаетъ возможнымъ и полезнымъ предоставлять банкамъ, при наличности извѣстныхъ гарантій, брать частные вклады, до тѣхъ поръ оно должно считаться съ возможностью и плохого употребленія этихъ вкладовъ.

Но именно потому законодательство должно съ своей стороны предпринимать рѣшительно все, что необходимо для того, чтобы дать возможность публикѣ слѣдить за степенью обезпеченности вкладовъ, довѣренныхъ ею банкамъ. Наиболѣе подходящимъ для этого средствомъ является серьезная публичная отчетность, которая давала бы возможность до извѣстной степени опредѣлять солидность кредитнаго учрежденія.

Но и помимо этихъ общихъ соображеній, правительство имѣетъ право требовать настоящей отчетности со стороны банковъ, такъ какъ въ сущности, несмотря на громадные вклады, эти кредитныя учрежденія не въ состояніи обходиться безъ государственной помощи, и кредиты, которые обязательно оказываются имъ государственнымъ банкомъ, есть именно государственная помощь этимъ учрежденіямъ. Необходимо имѣть при этомъ въ виду не только тѣ кредиты, которые оказываются этимъ банкамъ въ нормальныхъ условіяхъ, но въ такой же мѣрѣ и тѣ кре-

диты, которые государственный банкъ будетъ вынужденъ оказать этимъ банкамъ въ тяжелыя минуты испытаній. И притомъ слѣдуетъ заранѣе учесть то обстоятельство, что чѣмъ несолиднѣе веденіе дѣла банкомъ, тѣмъ большій кредитъ придется ему оказать въ тяжелыя для всего денежнаго рынка минуты. Такимъ образомъ, государственный банкъ, которому въ послѣдній моментъ на своихъ плечахъ придется выносить всю тяжесть денежныхъ осложненій, долженъ заблаговременно имѣть совершенно ясное представленіе о дѣйствительномъ балансѣ отдѣльныхъ кредитныхъ учрежденій. На 4-мъ съѣздѣ банковыхъ дѣятелей въ Мюнхенѣ представители банковъ энергично защищали принципъ банковой автономіи, необходимость для законодателя не налагать своихъ путъ на эту дѣятельность. Но при этомъ директора германскихъ банковъ не шли такъ далеко, чтобы этотъ принципъ невмѣшательства обращать въ догматъ, предъ которымъ все должно склоняться. Вопросъ сводился лишь къ тому, какова должна быть форма вмѣшательства. Какъ справедливо указалъ одинъ изъ ораторовъ, законъ не устанавливаетъ никакихъ правилъ для вмѣшательства банковъ въ дѣятельность тѣхъ учрежденій, которыя онъ патронируетъ. Но изъ этого отнюдь не слѣдуетъ, что банки остаются равнодушными къ тому, какъ ихъ кліенты ведутъ свои дѣла. И если способъ веденія перестаетъ внушать банку довѣріе, онъ или закрываетъ кредитъ, или даетъ указанія относительно дальнѣйшаго ихъ поведенія. И при этомъ сообразуется не только съ кредитоспособностью кліента въ данный моментъ. Банкъ предусмотрительно учитываетъ и будущія перспективы, учитываетъ, въ какомъ положеніи окажется кліентъ при ухудшеніи дѣловой конъюнктуры, вынуждаетъ своихъ кліентовъ, въ дальновидномъ предвидѣніи возможныхъ будущихъ затрудненій, къ болѣе солидной постановкѣ дѣлъ, отлично понимая, что когда бѣда разразится, будетъ поздно стѣснять кредиты, наоборотъ, чтобы не дать окончательно погибнуть, придется оказывать ихъ въ усиленномъ размѣрѣ. И совершенно таково должно быть отношеніе государственнаго банка къ банкамъ краткосрочнаго кредита, по отношенію къ которымъ, что долженъ заранѣе учесть государственный банкъ—онъ является и долженъ являться послѣдней опорой и достаточной гарантіей ликвидности его актива, возможности получить подъ его обезпеченіе въ тяжелый моментъ достаточные кредиты.

Соотвѣтственно дѣйствительному балансу банка необходимо заранѣе учесть возможный кредитъ въ моментъ тяжелыхъ потрясеній и не допускать до того, чтобы этотъ кредитъ былъ исчерпанъ въ нормальномъ положеніи денежнаго рынка. Дѣло частнаго рынка распредѣлить между отдѣльными операціями свои средства, но въ зависимости отъ степени солидности этого распредѣленія, отъ степени «ликвидности» банковыхъ активовъ долженъ оказываться и кредитъ эмиссіоннымъ банкомъ. Доставленіе эмиссіоннымъ банкомъ частнымъ банкамъ средствъ для веденія ими своихъ текущихъ операцій вовсе не составляетъ обязанности эмиссіоннаго банка. Конечно, поскольку этотъ банкъ можетъ удѣлять извѣстныя суммы для поддержанія промышленности и торговли,

отнюдь не исключена цѣлесообразность предоставленія части этихъ средствъ кредитнымъ банкамъ. Наоборотъ, поскольку ихъ дѣятельность признается полезной, предоставленіе частнымъ банкамъ кредитовъ въ связи съ этой дѣятельностью должно быть признано полезнымъ. Это полезно въ особенности во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда предоставленіемъ такихъ кредитовъ государственный банкъ избавляется отъ необходимости непосредственной поддержки соотвѣтственныхъ областей промышленной и торговой дѣятельности или по меньшей мѣрѣ достигаетъ соотвѣтственнаго ея уменьшенія: государственный банкъ несетъ такія серьезныя и сложныя задачи, которыя только онъ одинъ и можетъ выполнять, что онъ не имѣетъ никакихъ рѣшительно основаній конкуррировать съ кредитными банками тамъ, гдѣ они могутъ замѣнить государственный. Наоборотъ, онъ долженъ имъ по возможности эту дѣятельность облегчить. Конечно, поскольку условія содѣйствія, оказываемаго кредитными банками торговлѣ и промышленности, оказались бы чрезмѣрно обременительными, не соотвѣтствующими условіямъ денежнаго рынка, государственный банкъ долженъ вмѣшиваться въ дѣло, непосредственно вступая въ эти сдѣлки съ торгово-промышленнымъ міромъ, но это уже совершенно другой вопросъ. Во всякомъ случаѣ, необходимо строго различать тотъ кредитъ, который государственный банкъ признаетъ возможнымъ оказывать въ нормальныхъ условіяхъ дѣятельности кредитныхъ банковъ, и тотъ, который онъ вынужденъ оказывать въ минуты катастрофическія, когда рѣчь идетъ не о томъ, чтобы оказывать содѣйствіе, а о томъ, чтобы спасать. Поэтому кредитованіе въ нормальныхъ условіяхъ ни въ коемъ случаѣ не должно идти такъ далеко, чтобы частные банки могли исчерпать этотъ кредитъ въ условіяхъ нормальнаго состоянія денежнаго рынка. Англійскіе банки считаютъ для себя неприличнымъ въ повседневной работѣ прибѣгать къ кредиту англійскаго банка[1]. И это, конечно, не потому, что они не умѣютъ учесть той пользы, которую они могли бы отсюда извлечь, а только потому, что они сознаютъ, что имъ необходимъ извѣстный резервъ въ тяжелую минуту, и что нельзя потому исчерпать этотъ резервъ въ обычныхъ условіяхъ работы. Мы заимствовали многіе западно-европейскіе навыки въ области банковаго дѣла. Необходимо признать, что широкое развитіе банковъ въ Россіи, процессъ концентраціи, сдѣлавшій въ этой области громадный шагъ впередъ въ теченіе послѣдняго десятилѣтія, свидѣтельствуетъ о томъ, что многіе пріемы большихъ европейскихъ банковъ хорошо нами усвоены. Но усваивая себѣ западно-европейскую практику веденія крупнаго дѣла, необходимо усвоить себѣ и тѣ пріемы сдержанности и осторожности, къ которымъ обязываетъ отвѣтственное положеніе крупнаго банка. Тамъ, на Западѣ, крупные банки, занявъ рѣшающее положеніе въ области промышленности и торговли, вмѣстѣ съ тѣмъ усвоили себѣ сознаніе лежащей на нихъ отвѣтственности за ихъ преуспѣяніе. И если интересы торговли и промышленности требуютъ съ ихъ стороны

[1] *Lansburgh,* Zwanzig Jahre englisches Bankwesens, Die Bank, 1911 г., № 7 и 8.

извѣстныхъ жертвъ, онѣ приносятся ими въ правильномъ пониманіи своихъ дѣйствительныхъ выгодъ, отнюдь не совпадающихъ съ стремленіемъ выдать какъ можно большій дивидендъ и связанныя съ этимъ громадныя тантьемы. И поэтому, напр., въ Германіи, гдѣ банки играютъ особенно замѣтную роль въ промышленности, и именно съ тѣхъ поръ, какъ они заняли такую исключительно видную позицію, они, какъ это доказалъ опытъ годовъ депрессіи 1901 и 1907 гг.[1], уже задолго до наступленія депрессіи, когда въ промышленности еще раздаются торжествующіе голоса, прославляющіе ея ростъ, предупреждаютъ публику о предстоящихъ годахъ испытаній. И сообразно съ этимъ въ своей дѣятельности они проявляютъ крайнюю сдержанность. Наоборотъ, когда предсказанія ихъ начинаютъ оправдываться, когда наступаетъ реакція, и паника охватываетъ всю публику, банки выступаютъ въ качествѣ умиротворяющаго элемента съ словами успокоенія, обращенными къ тѣмъ трусамъ, которые еще наканунѣ гордо увѣряли въ безпредѣльности промышленнаго расцвѣта. И они дѣйствуютъ въ это время не только словами успокоенія, но и активно вмѣшиваются, интервенируя всюду, гдѣ паденіе цѣнъ и закрытіе кредита не оправдывается особенностями предпріятія.

Такіе навыки пріобрѣтаются только съ годами, подъ вліяніемъ серьезнаго изученія дѣла, когда новыя идеи получаютъ достаточное распространеніе въ общественномъ сознаніи, становятся силой, съ которой приходится считаться банковымъ дѣятелямъ. Тамъ, гдѣ традиціи банковаго оборота еще не находятся на такой высотѣ, гдѣ нѣтъ и достаточно вліятельнаго общественнаго мнѣнія, гдѣ возможность расширенія оборотовъ является высшимъ идеаломъ, для котораго порой приносятся въ жертву солидность веденія дѣла и обезпеченность въ минуты серьезной опасности, тамъ дѣло учрежденія, которому придется приходить на помощь въ эту тяжелую минуту, заранѣе учесть эту необходимость и не позволить исчерпывать кредиты въ нормальное время.

Нельзя избѣжать періодовъ депрессіи въ народномъ хозяйствѣ, нельзя избѣжать и связаннаго съ этимъ денежнаго разстройства. Но необходимо заранѣе знать, что̀ придется дѣлать въ такую минуту и къ этому необходимо соотвѣтственно подготовиться. И въ брошюрѣ г. Эпштейна мы находимъ интересныя по этимъ вопросамъ указанія. Совершенно очевидно, что въ такіе періоды депрессіи эмиссіонный банкъ будетъ вынужденъ придти на помощь банкамъ краткосрочнаго кредита, и необходимо заранѣе подготовиться къ тому, чтобы дать ему возможность въ надлежащей мѣрѣ это сдѣлать. Но вмѣстѣ съ тѣмъ слѣдуетъ сдѣлать все для того, чтобы по возможности предупредить чрезмѣрность требованій къ государственному банку, и для того надо кредитъ чрезвычайный не смѣшивать съ кредитомъ нормальнымъ. Необходимо освоиться съ тѣмъ, что неприлично исчерпать кредитъ государственнаго

---

[1] *Hilfferding,* Das Finanzkapital, стр. 365 и, въ особенности, *Wiewiorowsky,* Einfluss der deutschen Bankenkonzentration.

банка въ нормальныхъ условіяхъ, уповая на то, что когда грянетъ громъ, то окажутъ вновь помощь. При этомъ упускаютъ, однако, изъ виду, что въ такихъ ненормальныхъ условіяхъ помощь можетъ оказаться не по силамъ даже и эмиссіонному банку. Въ этихъ соображеніяхъ заключается извѣстная защита пилевскаго законодательства противъ крайностей современной его критики. И если Франція могла до сихъ поръ успѣшно обходиться безъ соотвѣтственнаго закона, то необходимо, прежде нежели заимствовать особенности французскаго законодательства въ этомъ вопросѣ, учесть то значеніе французскаго парламента, то вліяніе французской буржуазіи, боязливо отстаивающей всѣ свои прерогативы, которыя свойственны не всѣмъ странамъ. Быть можетъ и слишкомъ тѣсно затянутая, и теоретически плохо мотивируемая, узда для эмиссіонныхъ банковъ, представляетъ серьезное практическое значеніе въ томъ отношеніи, что вынуждаетъ эмиссіонные банки сдерживать банки краткосрочнаго кредита въ нормальныхъ условіяхъ денежнаго рынка и такимъ образомъ обезпечиваетъ имъ возможность поддержки въ условіяхъ чрезвычайныхъ. Но, само собой, вдвойнѣ скверно, если, несмотря на эту узду закона, эмиссіонный банкъ не проявитъ сдерживающихъ тенденцій въ нормальныхъ условіяхъ. Тогда ненормальное положеніе можетъ оказаться исключительно тяжелымъ.

А. Каминка.

Дѣйствительность духовныхъ завѣщаній, писанныхъ на пишущей машинѣ.

«Нѣтъ препятствій къ тому, чтобы домашнее завѣщаніе было написано на пишущей машинѣ». Г. Ф. Шершеневичъ Учебникъ р. гр. пр., § 68, V, A, 2.

Развитіе техники—одна изъ причинъ пробѣловъ въ законѣ, и притомъ пробѣловъ, въ которыхъ законодатель не повиненъ ни dolo, ни culpa. Къ числу техническихъ усовершенствованій принадлежитъ и пишущая машина, повсюду постепенно проникающая и въ частный обиходъ, дѣловой она уже покорила. Съ внѣдреніемъ ея въ частную жизнь все болѣе учащаются случаи написанія на ней завѣщаній, и передъ юристомъ встаетъ вопросъ объ ихъ дѣйствительности.

Рядъ гражданскихъ уложеній появился до изобрѣтенія пишущей машины. Новѣйшія нерѣдко уже забывали о ней, говоря о завѣщаніяхъ: ни въ мотивахъ, ни въ преніяхъ по германскому, напримѣръ, уложенію, о ней ничего не упоминается, только въ преніяхъ по швейцарскому мы впервые встрѣчаемъ у законодателей прямое указаніе на завѣщанія на пишущей машинѣ. Наша литература вопросъ уже затронула. Первый К. Н. Анненковъ въ своей системѣ, не всѣ рѣшенія котораго, къ сожалѣнію, можно принять, Г. Ф. Шершеневичъ (см. эпиграфъ), а затѣмъ и другіе авторы учебниковъ—А. М. Гуляевъ, В. И. Синайскій, послѣдніе, однако, сообразно цѣлямъ ихъ учебниковъ слишкомъ кратко. Совершенно молчатъ различныя практическія изданія по составленію завѣщаній, даже Н. Н. Товстолѣсъ, Законодательство общее и мѣстное о духовныхъ завѣщаніяхъ . . . . . 1900. Кассаціонная практика къ нашему вопросу еще не обращалась—по крайней мѣрѣ о немъ нѣтъ ничего въ напечатанныхъ департаментскихъ рѣшеніяхъ. Суды же и судебныя палаты, безъ сомнѣнія, не разъ имъ уже занимались, при чемъ имъ подчасъ приходилось встрѣчаться съ весьма запутанными положеніями (ср., напр., ниже въ II). Къ сожалѣнію, практика ихъ остается до сихъ поръ удѣломъ ихъ архивовъ и не проникаетъ на страницы печати. Не будетъ поэтому, надѣюсь, совсѣмъ безполезнымъ появленіе этой статьи, умѣстна она и въ настоящемъ сборникѣ, такъ какъ краткія слова дорогого

учителя даютъ правильное указаніе, въ какомъ направленіи надо вести изслѣдованія по заполненію даннаго пробѣла: искать, нѣтъ ли въ нашемъ законѣ, изданномъ за нѣсколько десятковъ лѣтъ до появленія пишущей машины, такихъ постановленій, которыя бы явились «препятствіями» къ признанію дѣйствительнымъ завѣщанія, писаннаго на ней.

Такъ какъ машина распространилась на Западѣ ранѣе, чѣмъ у насъ, то разбору нашего дѣйствующаго права (II) и проекта (III) предпосылается (I) краткій обзоръ типичнѣйшихъ западныхъ законодательствъ.

I.

Обращаясь къ континентальнымъ законодательствамъ, мы можемъ раздѣлить формы завѣщаній на двѣ категоріи: на особенныя, допускаемыя въ исключительныхъ обстоятельствахъ, въ родѣ походныхъ, чумныхъ, морскихъ французскаго права (ст. 981, 988 фр. гр. ул. по закону 1893 года), съ нѣкоторымъ ослабленіемъ формальностей, и аналогичныя имъ, но неизмѣримо болѣе свободныя, устныя при трехъ свидѣтеляхъ германскія (морскія, въ отрѣзанныхъ мѣстностяхъ §§ 2251, 2250 герм. гр. ул.) и также устныя всего при двухъ свидѣтеляхъ завѣщанія новаго швейцарскаго уложенія (ст. 506, близость смерти, отрѣзанность мѣстности, эпидемія, война). Всѣ эти устныя завѣщанія допускаются и въ Германіи, и въ Швейцаріи только при невозможности совершить завѣщаніе нормальнаго типа. Указанныя особыя формы завѣщанія для нашихъ цѣлей интереса не представляютъ, для насъ важны письменныя завѣщанія. Письменная форма является по всѣмъ этимъ правамъ необходимою принадлежностью дѣйствительности обычнаго—нормальнаго—завѣщанія. При этомъ всѣ три разбираемыя законодательства знаютъ два вида завѣщаній: домашнія, съ одной стороны, а съ другой—совершаемыя при участіи органовъ публичной власти. Форма домашнихъ завѣщаній во всѣхъ трехъ законодательствахъ совершенно одинакова—собственноручное завѣщаніе (testament olographe), существенными моментами котораго являются указаніе мѣста и времени совершенія и изложеніе всего завѣщанія собственною рукою завѣщателя (§ 2231 герм. гр. ул.) всего цѣликомъ (écrit en entier, daté et signé de la main du testateur, ст. 970 фр. гр. ул.), отъ начала до конца (von Anfang bis zu Ende mit Einschluss der Angabe von Ort, Jahr, Monat und Tag der Errichtung von Hand niederzuschreiben, sowie mit seiner Unterschrift zu versehen, ст. 505 шв. гр. ул.). «Цѣликомъ собственноручное»—таково и буквальное значеніе варваризма «олографическое», проникшаго черезъ Западъ и въ нашъ юридическій языкъ изъ римскаго права, гдѣ оно, впрочемъ, также было варваризмомъ (ὁλόγραφον новеллы Валентиніана III, tit. 20, 2 § I Nov. 107). Категоричность предписанія объ изложеніи непремѣнно рукою завѣщателя ведетъ къ тому, что даже тамъ, гдѣ, какъ въ германскомъ уложеніи, законъ не говоритъ о написаніи рукою всего завѣщанія «цѣликомъ отъ начала до конца этою рукою», комментаторы совершенно единодушно утверждаютъ, что никакіе механическіе способы написанія

завѣщанія, въ томъ числѣ и написаніе его самимъ завѣщателемъ на пишущей машинѣ, безусловно не допустимы [1]. Наибольшая допускаемая ими льгота заключается въ разрѣшеніи изложить завѣщаніе не обыкновенной прописью, а стенографіей. Другая форма, какъ я уже говорилъ,— совершеніе завѣщанія при участіи органа власти. Эта форма въ свою очередь можетъ быть раздѣлена на двѣ. Или органъ власти знакомится съ содержаніемъ воли завѣщателя, или же она остается для него тайной. Во второмъ случаѣ органъ власти и свидѣтели удостовѣряютъ только то, что принесшій бумагу заявилъ имъ, что онъ ее читалъ, что это его завѣщаніе и что онъ дѣеспособенъ. Въ первомъ же случаѣ органъ власти составляетъ со словъ завѣщателя самое завѣщаніе, а затѣмъ это завѣщаніе читается завѣщателю, и органъ власти и свидѣтели удостовѣряютъ обыкновенно и содержаніе завѣщанія или по крайней мѣрѣ заявленіе завѣщателя; что ему прочитано содержаніе этого акта (шв. гр. ул., ст. 500—502; завѣщанія тайнаго и для самого чиновника швейцарское право не знаетъ). Самыя формы здѣсь довольно разнообразны, особенно различно число лицъ, участіе которыхъ тутъ обязательно. Во французскомъ тайномъ завѣщаніи (ст. 976 фр. гр. ул.), кромѣ нотаріуса, подписываютъ протоколъ 6 свидѣтелей, а открытое пишетъ самъ нотаріусъ и, кромѣ него, подписываютъ еще одинъ нотаріусъ и два свидѣтеля, а если нѣтъ второго нотаріуса, то четыре свидѣтеля (ст. 971 фр. гр. ул.). Въ Германіи (§ 2233 герм. гр. ул.) достаточно судьи и его секретаря или двухъ нотаріусовъ, при чемъ секретарь или второй нотаріусъ могутъ быть замѣнены двумя свидѣтелями. Швейцарское уложеніе (ст. 500—501) требуетъ, кромѣ органа власти, имѣющаго право удостовѣрять публичные акты, двухъ свидѣтелей. Всѣ эти подробности не имѣютъ, конечно, значенія для интересующаго насъ вопроса. Для насъ

---

[1] Для Германіи уже первая монографія *Brock*, Das eigenhändige Testament, 1900, S. 79; комментаріи, B. G. B. erläutert von *Planck* 5^3 622, *Staudingers* Kommentar 5^{3-4} 563 (Herzfelder), курсы *Srohal*, Erbrecht § 21 a, *Dernburg*, Das bürgerl. Recht 5^2 72 кратко и отчетливо объясняющій причину: Die Benutzung der Schreibmaschine ist als ausgeschlossen zu erachten, weil ihre Zeichen den Ursprung von der Hand der Erblassers nicht erkennen lassen. Дѣло идетъ именно о томъ, можно ли узнать по характеру почерка написаннаго, что писалъ именно завѣщатель, а не собственно о писаніи рукою, рукою пишутъ и на машинѣ, зато «собственноручно» завѣщатель можетъ написать, какъ справедливо отмѣчаетъ *Crome*, System des bürg. Rechts, 5 (1912) 58 Anm. 5, и ногой и ртомъ. Того же мнѣнія для Швейцаріи *Escher* въ Kommentar zum Schweiz. ZGB. hrsgg. von. Egger... 3 88 Bem. 4, *Roussel*, Manuel, I 389. Если для германскаго права приходится говорить объ единодушномъ мнѣніи комментаторовъ, то для швейцарскаго можно прибавить и мнѣніе составителей закона, въ преніяхъ въ совѣтѣ кантоновъ докладчикъ комиссіи Hoffmann указалъ, что комиссія въ текстъ проекта (sten. Büll. 1906 S. 193) нарочно внесла небольшое измѣненіе—слова «собственною рукою» (selbst von Hand). Этимъ мы желали исключить возможность пользованія пишущей машиной» (ibidem 197). То же слѣдуетъ вывести изъ объясненій, даваемыхъ Планьолемъ (*Planiol*, III, 3 éd. n° 2688) и Бодри Лакантинери и Колэномъ (*Baudry-Lacantinerie* et *Colin*, Traité, t. X, n° 1883), о французскомъ собственноручномъ завѣщаніи, хотя они прямо о пишущей машинѣ не упоминаютъ.

могутъ имѣть важность только предписанія о самой записи содержанія завѣщанія. Законодательства сходятся въ томъ, что они вовсе не говорятъ, какъ должно быть написано завѣщаніе, содержаніе котораго остается тайной. Отсюда комментаторы приходятъ къ выводу, что законъ здѣсь не предписываетъ никакихъ формальностей. Текстъ тайнаго завѣщанія можетъ быть написанъ и самимъ завѣщателемъ, и лицомъ постороннимъ, даже наслѣдникомъ, какимъ угодно способомъ, какъ рукою, такъ и механическими способами, такъ и на пищущей машинѣ [1]. Такого единодушія нѣтъ по отношенію къ публичному открытому завѣщанію. По буквѣ французскаго уложенія такое завѣщаніе должно быть написано самимъ нотаріусомъ, его рукою. Законъ рисуетъ такую картину: завѣщатель диктуетъ въ присутствіи свидѣтелей нотаріусу, который собственноручно пишетъ подъ диктовку. Хотя практика допускаетъ, что нотаріусъ сначала записываетъ начерно, а потомъ перебѣливаетъ, но бѣловая должна быть непремѣнно совершена имъ лично, его рукою [2]. Напротивъ, какъ германское, такъ и швейцарское право прямо разрѣшаютъ органу, составляющему завѣщаніе, поручить это составленіе кому-либо изъ своихъ служащихъ. Швейцарское позволяетъ притомъ выдавать подлинникъ завѣщателю, оставляя въ дѣлахъ только копію (ст. 504). Отсюда приходится сдѣлать такой выводъ: французское право и въ этомъ случаѣ не допускаетъ завѣщанія на пишущей машинѣ. Германское же и швейцарское не даютъ отвѣта ни за, ни противъ. Дѣло будетъ зависѣть отъ того, допускается ли употребленіе пишущихъ машинъ въ судахъ, у нотаріусовъ, вообще у тѣхъ должностныхъ лицъ, которыя имѣютъ право совершать въ Германіи и Швейцаріи публичныя завѣщанія. Употребленіе машинъ, какъ извѣстно, допускается съ небольшими ограниченіями, сводящимися главнымъ образомъ къ тому, что въ Германіи министерства даютъ разрѣшеніе на употребленіе тѣхъ или другихъ лентъ или красокъ, допускаются только такія, слѣды стиранія которыхъ явно замѣтны.

Наиболѣе просто рѣшается вопросъ по англійскому праву. По донынѣ дѣйствующему закону 1837 года (The Wills act), воспретившему устныя завѣщанія, англійское право знаетъ на родинѣ только одну форму— письменную, условіями дѣйствительности которой являются два: подпись завѣщателя и двухъ свидѣтелей [3]. Отсюда свободное допущеніе пишущей машины.

---

[1] Таковъ выводъ изъ Planiol, III n⁰ 2714, Baudry-Lacantinerie et Colin, X nos 2123—2125, считающихъ дѣйствительнымъ testament mystique даже написанный рукою самого наслѣдника. Прямо Staudinger 5^{3-4} 573, Kipp въ Enneccerus, Lehrbuch der bürg. Rechts 4—5. 3. Abt. 43 Anm. 9, мотивируетъ отсутствіемъ въ законѣ требованія собственноручности. Da die Schrift nicht vom Erblasser eigenhändig hergestellt sein muss, so kann das Gesetz nicht die Absicht haben zu verlangen, dass irgend jemand die Buchstabenschrift mit der Hand gezogen haben muss.

[2] Baudry-Lacantinerie et Colin X, n⁰ 2048, Planiol III, n⁰ 2703.

[3] *Stephen's* Commentaries on the laws of England, 14 edit., vol. II, 1903, p. 235 (chap. VII revised by Leonard West; I, p. 36i).

II.

Въ прямую провотиположность англійскому наиболѣе трудно рѣшается занимающій насъ вопросъ по русскимъ законамъ гражданскимъ.

Наше дѣйствующее право различаетъ нотаріальныя завѣщанія отъ домашнихъ.

А. Что касается нотаріальныхъ, то вопросъ о примѣненіи къ нимъ пишущей машины разрѣшается довольно просто не по юридическимъ, а по техническимъ соображеніямъ. Законъ (1039 зак. гр.) считаетъ подлиннымъ нотаріальнымъ завѣщаніемъ, внесенное въ актовую книгу. Техника веденія актовыхъ книгъ почти исключаетъ возможность писанія въ нихъ на пишущей машинѣ, по крайней мѣрѣ практичныхъ образцовъ. Ст. 27 Нотаріальнаго положенія требуетъ, чтобы книги, хотя изготовленныя самимъ нотаріусомъ, были затѣмъ прошнурованы, снабжены печатью и скрѣплены по листамъ секретаремъ окружнаго суда и имѣли подпись члена окружнаго суда, а по установленной ихъ формѣ онѣ должны быть еще переплетены (2 П. С. З. 1867 г. № 44456). При такихъ условіяхъ (переплетъ, шнуръ) машина современнаго типа фактически примѣняться не можетъ. Другое дѣло выпись нотаріальнаго завѣщанія. Ни законъ, ни циркуляры министерства не устанавливаютъ какихъ-либо правилъ о примѣненіи или непримѣненіи къ нимъ пишущихъ машинъ. Какъ извѣстно, на практикѣ охотно пользуются машинами. Никакихъ особыхъ затрудненій здѣсь быть не можетъ, такъ какъ, съ одной стороны, нотаріусы обязаны оговаривать всякую поправку, какъ въ подлинникѣ, такъ и въ копіи, а съ другой стороны, ст. 1040 зак. гр. отдаетъ преимущество при несходствѣ выписи съ книгой актовой книгѣ, «если въ ней не окажется въ спорныхъ статьяхъ подчистокъ или поправокъ, надлежащимъ образомъ не оговоренныхъ».

Б. Другое дѣло домашнее завѣщаніе. Законъ даетъ очень много постановленій о формѣ ихъ составленія, и до сихъ поръ и въ теоріи и въ практикѣ ведутся споры о значеніи отдѣльныхъ формальностей. Споры эти осложняются еще тѣмъ, что значеніе формальностей, по мнѣнію многихъ комментаторовъ, можетъ быть различнымъ, если дѣло идетъ объ утвержденіи духовнаго завѣщанія въ порядкѣ охранительномъ (ср. 1066[5]), или же когда разсматривается то же завѣщаніе въ порядкѣ исковомъ (ср. 1066[11]). Эти тенденціи можно намѣтить въ разнообразныхъ высказываемыхъ здѣсь мнѣніяхъ. Одни наклонны приписывать всѣмъ формальностямъ безусловный характеръ (essentialia negotii) и притомъ безразлично, идетъ ли дѣло въ охранительномъ или спорномъ порядкѣ. Другіе стоятъ на прямо противоположной точкѣ зрѣнія, для нихъ суть лежитъ только въ убѣжденіи суда, является ли завѣщаніе подлинной волей завѣщателя. Поэтому они считали возможнымъ въ спорномъ порядкѣ отрицать значеніе всѣхъ формъ и приписывать имъ важность только для охранительнаго порядка. Только въ охранительномъ порядкѣ судъ стѣсненъ предписаніями о формѣ завѣщанія, въ спорномъ же къ его услугамъ всѣ средства доказыванія. Наконецъ, среднее воззрѣніе видитъ

въ формахъ существенныя принадлежности сдѣлки, безъ которыхъ завѣщаніе ни въ коемъ случаѣ не получаетъ юридическаго значенія, но въ отличіе отъ перваго мнѣнія представители третьяго стремятся очень сузить количество формальностей, предписанныхъ въ законѣ, объявляя значительную часть ихъ вовсе несущественными, считая зато остальныя за essentialia и при исковомъ порядкѣ (ср. р. гр. касс. деп. 1896 № 122). Къ счастью, намъ нѣтъ необходимости входить въ обсужденіе этихъ сложныхъ споровъ[1], переданныхъ нами, сказать кстати, въ чрезвычайномъ упрощеніи—даже, напр., не всѣ 4 указанныхъ нами автора укладываются прямо въ одну изъ этихъ категорій. Дѣло въ томъ, что вторая точка зрѣнія совершенно не мирится съ буквой закона, и попытки нѣкоторыхъ судовъ ее проводить (А. Г. Гасманъ, 218) потерпѣли полную неудачу въ Сенатѣ. Такое же полное отверженіе нашло въ Германіи[2] аналогичное воззрѣніе профессора и члена судебной палаты въ Іенѣ Е. Данца въ его извѣстной книгѣ о толкованіи юридическихъ сдѣлокъ, выставляющее такое положеніе: «всегда необходимо поддержать (aufrecht zu erhalten) завѣщаніе съ формальными[3] недостатками, разъ установлено, что документъ (Urkunde) дѣйствительно содержитъ волю завѣщателя».

Вездѣ законы, въ виду особо важнаго значенія завѣщаній, устанавливаютъ нѣкоторыя для нихъ формальности какъ безусловно существенныя части сдѣлки, при отсутствіи которыхъ завѣщанія юридически не существуетъ вовсе. Другое, конечно, дѣло доводить требованія формальностей до Геркулесовыхъ столбовъ, совершенно упуская изъ виду цѣль самихъ формальностей. Въ этомъ отношеніи нельзя не пожалѣть, что наша сенатская практика не нашла столь же сильнаго критика, какъ германская въ лицѣ Данца. Хотя практика и не раздѣляетъ цѣликомъ первой тенденціи и можетъ совершенно справедливо считаться представительницей третьей, однако, въ дѣлѣ сокращенія формальностей она все еще недостаточно рѣшительна, слишкомъ опирается на букву закона, а не цѣль. Если такимъ образомъ оставить второе мнѣніе, то примкнуть къ первому или третьему, болѣе вѣрному для нашей узкой цѣли, безразлично. Въ дальнѣйшемъ намъ придется имѣть дѣло только съ такими требованіями закона въ родѣ необходимости подписей свидѣтелей, переписчика и т. д., которыя и почти всѣми представителями 3-ей группы считаются за существенныя.

Итакъ, посмотримъ на какія же препятствія можетъ натолкнуться написаніе завѣщанія на пишущей машинѣ и прежде всего, нѣтъ ли въ

---

[1] Подробности можно найти въ статьяхъ В. Л. Исаченка. Значеніе формъ домашняго духовнаго завѣщанія. Журн. Мин. Юст. 1897 № 6 стр. 1 сл. и А. Г. Гасмана. Нѣсколько словъ о порядкѣ утвержденія къ исполненію духовныхъ завѣщаній. Журн. Мин. Юст. 1899 № 2, 215 сл. и въ болѣе раннихъ статьяхъ сенаторовъ же К. Змирлова, Юр. Вѣст. 1886 № 1 и Маттеля, Журн. гр. и уг. пр. 1889 № 3

[2] *Staudingers* Kommentar 5^{3-4} 561.

[3] Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, S. 302 и вообще 292 ff.

Однако, и онъ, конечно, не идетъ на то, чтобы признать и устное завѣщаніе (ср. «Urkunde»).

законѣ прямого указанія на то, какъ надо писать завѣщаніе? Не надо ли писать его рукою? Слѣдующія формальности необходимо имѣть въ виду прежде всего. Наше домашнее духовное завѣщаніе требуетъ не только подписи завѣщателя или за завѣщателя, но и подписи свидѣтелей, при чемъ число свидѣтелей зависитъ между прочимъ и отъ того, какъ написанъ текстъ завѣщанія. Ст. 1046 зак. гр. говоритъ: «домашнее духовное завѣщаніе пишется или во всемъ его пространствѣ рукою завѣщателя, или, по просьбѣ и со словъ его, другимъ». Въ первомъ случаѣ, кромѣ подписи завѣщателя, должна имѣться подпись двухъ свидѣтелей. Какъ говоритъ ст. 1051, «домашнее завѣщаніе, писанное все рукою завѣщателя должно быть подписано двумя свидѣтелями съ соблюденіемъ тѣхъ же правилъ, какія въ статьяхъ 1046—1049 о завѣщаніяхъ, не рукою завѣщателя писанныхъ, но имъ подписанныхъ, постановлены». О рукѣ завѣщателя говорятъ еще ст. ст. 1046[1]—1046[2]; одна говоритъ, что не оговоренныя въ подписи завѣщателя описки, подчистки, поправки и приписки между строкъ почитаются дѣйствительными, разъ онѣ «сдѣланы рукою завѣщателя», учиненныя же постороннимъ лицомъ, безъ всякой о томъ оговорки, признаются ничтожными. А ст. 1046[2] предписываетъ скрѣплять по листамъ «духовныя завѣщанія, писанныя на нѣсколькихъ листахъ не рукою завѣщателя». Требуется три свидѣтеля, когда завѣщаніе написано другимъ, при чемъ тутъ еще «должна быть на немъ подпись того, кто писалъ завѣщаніе» (1048). По твердой практикѣ, вполнѣ согласной съ буквой закона, разъ налицо есть подпись переписчика, онъ не допрашивается судомъ при утвержденіи завѣщанія (1066[5]), за исключеніемъ случая, такъ описаннаго въ 1049 статьѣ: «завѣщанія, безъ подписи переписчиковъ, не утверждаются къ исполненію, развѣ бы писецъ, въ продолженіи того срока, въ который завѣщаніе, по общимъ постановленіямъ, должно быть представлено для утвержденія къ исполненію (ср. ст. 1060), явясь въ судебное мѣсто, письменнымъ показаніемъ утвердилъ, что духовная дѣйствительно писана имъ, и, по сличеніи почерка руки, таковое показаніе было бы достаточно доказано. Подпись писца должна быть въ самомъ окончаніи завѣщанія, предъ подписью завѣщателя, но не теряетъ своей дѣйствительности и въ такомъ случаѣ, если сдѣлана будетъ и въ другомъ мѣстѣ».

Изъ текста упомянутыхъ статей, особенно изъ подчеркнутыхъ словъ, видно, что законодатель исходитъ изъ предположенія, что завѣщаніе пишетъ самъ завѣщатель или посторонній рукою, представляя себѣ обычный способъ писанія отъ руки. Изъ этого, конечно, не слѣдуетъ прямо, что написаніе завѣщанія на пишущей машинѣ уже воспрещается. Завѣщаніе на пишущей машинѣ—это пробѣлъ въ законѣ, который долженъ быть восполненъ путемъ толкованія.

Законодатель описываетъ наиболѣе частый въ дѣйствительности порядокъ. Это—одинъ изъ тѣхъ случаевъ, на которые обратилъ въ наукѣ особое вниманіе Мальэ[1].

---

[1] *Mailleux*, L'exégèse des codes et la nature du raisonnement juridique, 1908, о немъ мое Къ ученію о толкованіи гражд. законовъ, § 19 и прил. стр. XV сл.

Во время составленія нашихъ статей законодатель не могъ, конечно, представить себѣ завѣщанія, писаннаго на машинѣ: первая практически годная машина была изобрѣтена только въ 1867 году въ Америкѣ.

Однако возможность написанія завѣщанія посредствомъ печатнаго станка, гравировальной доски, литографіи и тогда имѣлась. Если этихъ случаевъ не представляетъ себѣ конкретно законодатель, если онъ занятъ исключительно одною картиною—наиболѣе обыденнаго вида, значитъ ли это, что онъ иной картины и не допускаетъ, значитъ ли это, что онъ предписываетъ только эту картину? Приходится отвѣчать нѣтъ: иная картина недопустима только тогда, когда ея подробности натыкаются на прямое воспрещеніе закона, буквальное или выводимое изъ его цѣли. Законъ предписываетъ прямо писать на перегнутой бумагѣ. Поэтому завѣщаніе, написанное арестантомъ собственноручно пальцемъ кровью на стѣнѣ камеры, хотя бы было снабжено и двумя подписями двухъ свидѣтелей, будетъ по нашему праву недѣйствительно. Между тѣмъ такое завѣщаніе свободно признаютъ вполнѣ дѣйствительнымъ, какъ «собственноручное», нѣмецкіе комментаторы, такъ какъ тамъ законъ не предписываетъ матеріала для изложенія завѣщанія. Итакъ, хотя нашъ законъ говоритъ, что завѣщанія пишутся или рукою завѣщателя или рукою переписчика, все-таки можно въ конечномъ выводѣ согласиться съ проф. В. И. Синайскимъ, считающимъ: «нашъ законъ не говоритъ, какимъ способомъ должно быть написано завѣщаніе: рукою или на машинѣ, чернилами или карандашомъ. Вслѣдствіе такого молчанія слѣдуетъ считать дѣйствительнымъ завѣщаніе, написанное чернилами и карандашомъ» (Русское гражданское право. Кіевъ, 1912 г., 370), если, конечно, подчеркнуть въ этой выдержкѣ слова «должно быть». Какъ можно согласиться и съ мнѣніемъ проф. А. М. Гуляева: «завѣщаніе, текстъ коего написанъ на пишущей машинѣ, не можетъ быть признано по этой причинѣ недѣйствительнымъ» (Русское гражданское право, изд. 4, 1913 г., 581, № 621).

Но если нѣтъ прямого запрещенія въ законѣ завѣщаній на пишущей машинѣ, то это не дѣлаетъ ихъ тѣмъ самымъ и дѣйствительными во всякомъ случаѣ. Нѣтъ ли юридическихъ препятствій къ этому въ другихъ формальностяхъ, предписанныхъ для составленія завѣщаній. Въ связи съ уже указанными выше статьями закона мы можемъ различать здѣсь два случая, каждый распадающійся, въ смыслѣ доказательствъ въ свою очередь на два, всего такимъ образомъ четыре. I. Завѣщатель самъ пишетъ духовное завѣщаніе на пишущей машинѣ. 1) Это видно изъ текста; въ самомъ текстѣ или передъ подписью завѣщатель сообщаетъ, что онъ самъ пишетъ это на пишущей машинѣ, можетъ быть даже дѣлаетъ эту оговорку отъ руки. 2) Этого не видно изъ текста завѣщанія. За текстомъ, написаннымъ на машинѣ, просто слѣдуетъ подпись завѣщателя. Второй случай — завѣщаніе пишетъ посторонній. 3) Онъ также можетъ это явно указать—достаточно, что имѣется на завѣщаніи подпись переписчика. Или же 4) изъ самого завѣщанія не видно, кто его писалъ на машинѣ. Прежде чѣмъ давать свои отвѣты, необходимо

указать, что въ нашей литературѣ К. Н. Анненковымъ уже сдѣлана попытка дать обоснованное рѣшеніе. Вотъ оно (Система, VI, 2 изд., стр. 112). «Самое изложеніе на бумагѣ завѣщаній должно считаться допустимымъ не только чернилами всякаго цвѣта и перомъ, но также карандашомъ, или же какой-либо краской или тушью, кистью или иными какими-либо орудіями, а также и способами механическими, напр., пишущей машиной, гектографіей, или даже посредствомъ литографіи и печатанія, въ виду отсутствія въ законѣ воспрещенія излагать его и такими способами». Далѣе, К. Н. Анненковъ ставитъ вопросъ: «возможно ли считать допустимымъ когда либо признаніе такого завѣщанія за завѣщаніе собственноручное завѣщателя, или же напротивъ, его всегда слѣдуетъ признавать за завѣщаніе написанное другимъ?» Отвѣтъ дается отчасти опредѣленно, отчасти только предположительно: «по отношенію разумѣется, тѣхъ случаевъ, когда бы на такомъ завѣщаніи была подпись его переписчика, вопросъ этотъ возникать не можетъ, вслѣдствіе того, что такое завѣщаніе несомнѣнно представляется написаннымъ другимъ и вслѣдствіе чего, вопросъ этотъ можетъ возникать по отношенію только тѣхъ случаевъ, когда бы подписи переписчика на завѣщаніи не было». Итакъ, нашъ третій случай разрѣшается Анненковымъ совершенно опредѣленно за признаніе такого завѣщанія дѣйствительнымъ при наличіи, конечно, подписи завѣщателя или за завѣщателя и трехъ свидѣтелей. К. Н. Анненковъ продолжаетъ: «въ виду того обстоятельства, что такое завѣщаніе даже и безъ подписи переписчика все-же не представляется по виду завѣщаніемъ, писаннымъ самимъ завѣщателемъ, если и считать даже возможнымъ признавать когда либо за завѣщаніе имъ самимъ писанное, то, быть можетъ, развѣ только въ тѣхъ случаяхъ, когда бы въ подписи его было означено, что оно написано, хотя и механическимъ способомъ, но имъ самимъ (нашъ случай 1-й), а во всѣхъ другихъ случаяхъ, когда на немъ нѣтъ только подписи переписчика, считать, напротивъ, что оно, бывъ написано другимъ, не удовлетворяетъ по формѣ его требованію 1048 ст.» (нашъ 2 случай или 4?). Несмотря на нѣкоторую туманность и предположительность этого мнѣнія и даже отсутствіе столь обычныхъ для нашего знаменитаго комментатора подробныхъ указаній на законъ, за К. Н. Анненковымъ остается честь первымъ поставить вопросъ и дать на него отвѣтъ. Наше дѣло провѣрить и развить его доводы.

1) Съ собственноручностью написанія или съ несобственноручностью законъ нашъ связываетъ различіе въ количествѣ свидѣтелей. При собственноручномъ завѣщаніи ихъ требуется только два. Это уменьшеніе числа свидѣтелей показываетъ, что законъ приписываетъ собственноручному написанію особую доказательную силу—большую вѣроятность подлинности духовнаго завѣщанія. Мы имѣемъ здѣсь нѣчто аналогичное тому, какъ новѣйшія западныя законодательства за послѣднее время одно за другимъ освобождаютъ такія собственноручныя завѣщанія отъ всякаго участія свидѣтелей. Завѣщатель не могъ предвидѣть изобрѣте-

ніе пишущихъ машинъ. Въ законѣ пробѣлъ, и мы должны толковать въ данномъ случаѣ только по духу закона, по ст. 9 уст. гр. суд. Мы могли бы рѣшать за равенство завѣщанія, написаннаго на пишущей машинѣ, съ написаннымъ собственноручно только тогда, когда бы могли считать научно доказаннымъ, что при писаніи на пишущей машинѣ разными лицами написанное каждымъ изъ нихъ столь же значительно отличается отъ написаннаго на той же машинѣ другимъ, какъ написанное каждымъ изъ нихъ отъ руки. Всякому ясно, что если у меня оказывается въ обладаніи пишущая машина завѣщателя, то, имѣя его собственноручную подпись, я могу написать текстъ завѣщанія на этой машинѣ и хотя нѣкоторая разница и будетъ, но она гораздо труднѣе уловима, чѣмъ если бы я написалъ текстъ завѣщанія прямо своимъ почеркомъ. Здѣсь для подлога мнѣ не придется поддѣлывать свой почеркъ подъ почеркъ завѣщателя. Отсюда слѣдуетъ, что мы ни въ коемъ случаѣ не можемъ отожествлять это завѣщаніе со своеручнымъ. Не можемъ этого дѣлать и въ томъ случаѣ, въ которомъ это допускаетъ, хотя и самъ съ нѣкоторымъ сомнѣніемъ К. Н. Анненковъ, т.-е. если изъ текста завѣщанія видно, что его писалъ на машинѣ самъ завѣщатель, даже если это заявленіе исполнено не на машинѣ, не механическимъ способомъ, а отъ руки самимъ завѣщателемъ. Не обращается отъ подобнаго заявленія въ собственноручное (олографическое) завѣщаніе такое, которое написано отчасти постороннимъ, отчасти самимъ завѣщателемъ на Западѣ. Мы приходимъ такимъ образомъ къ выводу, что разъ текстъ завѣщанія написанъ на пишущей машинѣ, то хотя бы оно было написано на ней самимъ завѣщателемъ, необходима подпись трехъ, а не двухъ свидѣтелей. Мнѣ думается при этомъ, что совершенно достаточно, что въ самомъ текстѣ завѣщанія, писанномъ пишущей машиной сказано, что я, такой то, самъ на пишущей машинѣ писалъ это завѣщаніе[1]. Въ самомъ дѣлѣ законъ требуетъ, чтобы подпись переписчика непремѣнно имѣлась, но онъ не говоритъ, что эта подпись должна быть на всякомъ завѣщаніи, написаннномъ не собственноручно, онъ говоритъ о томъ случаѣ, когда оно «написано другимъ». Такимъ образомъ прилагать безусловно къ этимъ случаямъ ст. 1048, какъ это дѣлаетъ К. Н. Анненковъ, невозможно и отсутствіе особаго переписчика въ этомъ случаѣ не можетъ вредить. Итакъ, даже при собственноручномъ заявленіи завѣщателя, что онъ писалъ это завѣщаніе на пишущей машинѣ, оно, вопреки мнѣнію К. Н. Анненкова, будетъ дѣйствительно только при наличіи трехъ свидѣтелей и вообще къ нему придется примѣнять всѣ правила, установленныя для завѣщаній , написанныхъ чужою рукою (напр., скрѣпа, оговорка, вписываніе среди строкъ и т. д.), за исключеніемъ одного лишь: не требуется подписи переписчика. Наличность двухъ только имо-

---

[1] При склонности къ буквѣ, по аналогіи, можно было бы даже требовать двухъ подписей самого завѣщателя или, по крайней мѣрѣ, собственноручнаго, а не на машинѣ, заявленія, что именно онъ и писалъ на машинѣ.

вѣрныхъ свидѣтелей (если, конечно, одинъ изъ нихъ не духовный отецъ завѣщателя) губитъ такое завѣщаніе окончательно [1].

2) Болѣе сложнымъ представляется вопросъ тогда, когда завѣщатель самъ не засвидѣтельствовалъ, что онъ лично писалъ на пишущей машинѣ завѣщаніе. Кто можетъ это удостовѣрить? Намъ приходится рѣшать по аналогіи съ 1049 статьею. Если завѣщаніе писало лицо постороннее, то хотя бы это писаніе происходило на глазахъ свидѣтелей завѣщателя, они объ этомъ удостовѣрять не могутъ. Только самъ переписчикъ, если онъ не поставилъ своей подписи на завѣщаніи, можетъ явиться и подписать завѣщаніе, по крайней мѣрѣ дать о томъ показаніе. Это единственный способъ, при которомъ завѣщаніе спасается отъ недѣйствительности. Безъ подписи переписчика оно не можетъ быть утверждено. По аналогіи мы получаемъ такой выводъ: если завѣщатель написалъ завѣщаніе на пишущей машинѣ и не оговорилъ самъ этого въ текстѣ завѣщанія, то такое упущеніе явится непоправимымъ. Какъ ни жестокъ такой выводъ, приходится считать его единственнымъ соотвѣтствующимъ закону. Только въ одномъ случаѣ законъ разрѣшаетъ обойтись безъ подписи переписчика или засвидѣтельствованія о томъ, кѣмъ писано завѣщаніе—когда оно написано все цѣликомъ собственноручно самимъ завѣщателемъ. Какъ мы однако уже видѣли, приравнивать писаніе на пишущей машинѣ къ собственноручности не рѣшаются и на Западѣ, даже прямо это подчеркиваютъ. Прибѣгнуть же къ чему-либо аналогичному требованію ст. 1049 въ данномъ случаѣ—за смертью самого завѣщателя нѣтъ возможности. Совершенно въ такомъ же положеніи оказывается впрочемъ и теперь завѣщаніе, переписанное, но не подписанное третьимъ лицомъ, если это лицо умерло раньше самого завѣщателя. Этотъ послѣдній выводъ допускается всѣми, какъ вполнѣ соотвѣтствующій закону, хотя его обычно вполнѣ справедливо считаютъ крайне тяжелымъ для жизни и единодушно просятъ объ его отмѣнѣ [2].

---

[1] Примкнуть въ этомъ случаѣ къ мнѣнію К. Н. Анненкова было бы можно только, если раздѣлять мнѣніе Любавскаго (О внѣшней формѣ завѣщаній. Юрид. моногр., 2, стр. 159), которое, повидимому, поддерживаетъ для дѣйствующаго права Н. Н. Товстолѣсъ (Законодательства общее и мѣстное о духовныхъ завѣщаніяхъ въ связи съ судебною практикою и литературою вопроса, 1900, стр. 53—54; ср., однако, стр. 45), считающаго, что при собственноручной подписи завѣщателя всегда достаточно подписи только двухъ свидѣтелей. Мнѣніе это идетъ рѣзко въ разрѣзъ со ст. 1051 зак. гр. и совершенно твердою практикою Сената, допускающаго двухъ свидѣтелей только для собственноручныхъ завѣщаній. Правда, проф. В. И. Синайскій (стр. 371) считаетъ, что сенатская практика въ этомъ отношеніи не вполнѣ послѣдовательна и указываетъ на разнорѣчіе рѣшеній 1891 № 70 и 1898 № 106, съ одной стороны, и рѣшеніе 1875 г. № 322—съ другой. Оставляя въ сторонѣ рѣшеніе 1898 г. № 106, какъ касающееся законовъ Царства Польскаго, едва ли, однако, можно найти какое-либо противорѣчіе другъ другу остальныхъ, уже по одному тому, что въ случаѣ Бѣлозеровой (1875 № 322) въ числѣ свидѣтелей былъ духовный отецъ завѣщателя (см. еще рѣшеніе 1890 № 96).

[2] Еще „Замѣчанія о недостаткахъ дѣйствующихъ гражданскихъ законовъ“ СПБ. 1891, № 544.

3) Случай третій рѣшается просто. Разъ есть подпись переписчика практика наша, какъ я уже говорилъ, вполнѣ согласно съ закономъ не требуетъ допроса переписчика, лишь бы была подпись завѣщателя (или за завѣщателя) и три имовѣрныхъ свидѣтеля. Итакъ, здѣсь К. Н. Анненковъ вполнѣ правъ, какъ былъ онъ правъ и во второмъ, гдѣ намъ пришлось только развить его доводы болѣе подробно.

4) Труднѣйшимъ представляется четвертый видъ: на машинѣ писалъ завѣщаніе не самъ завѣщатель, но этотъ переписчикъ не подписался на завѣщаніи. К. Н. Анненковъ справедливо считаетъ (ср. ст. 1048) завѣщаніе недѣйствительнымъ, но совершенно обходитъ молчаніемъ вопросъ о приложимости здѣсь статьи 1049 зак. гр. Недавно имѣлъ мѣсто въ дѣйствительной жизни случай, въ которомъ мнѣ пришлось уже по разсмотрѣніи дѣла 1-ой инстанціей давать консультацію—завѣщаніе принадлежало лицу, служившему въ Казанскомъ университетѣ. За отсутствіемъ въ литературѣ описанія другихъ дѣлъ, привожу его подробно.

Въ Казанскій судъ предъявлено было на утвержденіе духовное завѣщаніе, написанное на пишущей машинѣ. Подъ текстомъ стояли подписи самого завѣщателя П. и трехъ свидѣтелей. Послѣ представленія завѣщанія въ судъ, въ судебное засѣданія явился г. Б., подписавшій завѣщаніе, и показалъ, что завѣщаніе написано имъ такого-то числа и года подъ диктовку завѣщателя на пишущей машинѣ. Судъ отказалъ въ утвержденіи духовнаго завѣщанія и даже въ допросѣ свидѣтелей, принявъ во вниманіе: «1) что завѣщаніе умершаго... написано не отъ руки, а на пишущей машинѣ и не содержитъ подписи переписчика; 2) что въ судебное засѣданіе явился мѣщанинъ Б. и удостовѣрилъ своей подписью, что то завѣщаніе написано имъ на машинѣ подъ диктовку завѣщателя; 3) что при такихъ обстоятельствахъ судъ лишенъ возможности исполнить требованіе ст. 1049 ст. зак. гр. и произвести сличеніе почерка руки Б. съ почеркомъ, коимъ написано завѣщаніе».

На первый взглядъ буква ст. 1049 говоритъ, какъ будто бы за судъ: «завѣщанія безъ подписи переписчика не утверждаются къ исполненію развѣ бы писецъ, въ продолженіе того срока, въ который завѣщаніе, по общимъ постановленіямъ, должно быть представлено для утвержденія къ исполненію (ср. ст. 1060), явясь въ судебное мѣсто, письменнымъ показаніемъ утвердилъ, что духовная дѣйствительно написана имъ, и, по сличеніи почерка руки, таковое показаніе было бы достаточно доказано...» Однако цѣлый рядъ доводовъ говоритъ противъ такого буквальнаго вывода.

а) Даже, когда завѣщаніе написано переписчикомъ отъ руки, могутъ быть случаи, когда осуществить требованіе буквы этой статьи совершенно невозможно: переписчикъ потерялъ руку на войнѣ, у него рука парализована отъ болѣзни. Отъ составленія завѣщанія до времени допроса переписчика прошло много лѣтъ, можетъ быть, нѣсколько десятковъ, и почеркъ переписчика совершенно измѣнился или отъ болѣзни рука переписчика дрожитъ, такъ что теперешній почеркъ мало похожъ на прежній, хотя бы и сравнительно недавній. Ясно, что законодатель,

создавая ст. 1049, опять-таки имѣлъ въ виду только одинъ ясно рисовавшійся ему типичный случай: завѣщаніе составляется передъ самой смертью, съ переписчикомъ ничего не случилось за нѣсколько мѣсяцевъ или дней, прошедшихъ отъ переписки имъ завѣщанія. Всѣ остальные случаи, какъ явно прямо не предусмотрѣнные законодателемъ, должны рѣшаться не по буквѣ, а по разуму этой статьи.

б) Несомнѣнно, не по буквѣ этой статьи можетъ рѣшаться и нашъ случай, когда завѣщаніе оказалось написаннымъ на пишущей машинѣ. Этотъ случай и не могъ быть предусмотрѣнъ закономъ, такъ какъ въ моментъ его написанія пишущія машины еще не были изобрѣтены. По какой же статьѣ мы должны разрѣшать этотъ случай? По аналогіи (ст. 9 Уст. гр. суд.) несомнѣнно по той же 1049, но опять-таки не по ея буквѣ, а по ея внутренному смыслу.

в) Каковъ же истинный смыслъ 1049 ст.? Ея мысль самое большее такова,—судъ не имѣетъ права вѣрить одному свидѣтельскому показанію самого переписчика. Показаніе это должно быть провѣрено еще объективно, путемъ сличенія почерка переписчика съ почеркомъ завѣщанія. Поэтому въ случаяхъ, указанныхъ выше буквою а), было бы совершенно невозможно провѣрить почеркъ завѣщанія съ современнымъ, совершенно измѣнившимся почеркомъ переписчика, или отказывать въ утвержденіи завѣщанія только потому, что въ данный моментъ переписчикъ уже лишенъ вовсе способности писать. Сличеніе должно производиться, понятно, только съ образцами почерка переписчика того же времени, къ которому относится составленіе завѣщанія. Возникаетъ вопросъ, возможна ли такая или подобная объективная повѣрка по отношенію къ пишущей машинѣ. Несомнѣнно, возможна. Въ нашей уголовной практикѣ (наиболѣе извѣстно дѣло де Ласси) экспертиза писаннаго на пишущей машинѣ уже производилась, но по гражданскимъ дѣламъ свѣдѣній о ней въ печать не проникало. Поэтому въ высшей степени поучительно, что говорятъ объ этой экспертизѣ въ той странѣ, гдѣ были изобрѣтены пишущія машины и гдѣ онѣ гораздо въ большомъ ходу, чѣмъ теперь у насъ.

Чрезвычайно любопытныя данныя по этому вопросу сообщаетъ авторъ и вообще весьма поучительнаго изслѣдованія о цѣнности различнаго рода доказательствъ, Чарльзъ Муръ. Книга его [1] интересна особенно тѣмъ, что она представляетъ изъ себя собственно обобщенія самой судебной практики Сѣверо-Американскихъ Штатовъ, Англіи и Канады. Оказывается, что, по единодушному заявленію англо-американскихъ судей (тамъ приводятся рѣшенія судовъ высшаго въ Квебекѣ, въ Утахѣ, въ Онтаріо) [2], открыть подлогъ, сдѣланный подъ пишущую машину, гораздо легче, чѣмъ поддѣлку руки. Въ одномъ изъ случаевъ [3], въ которомъ оспаривалась подлинность расписокъ въ полученіи, выданныхъ

---

[1] *Ch. C. Moore,* A Treatise of facts or the weight and value of evidence, vol. I, 1908, § 676.

[2] Op. cit., p. 726, 730.

[3] Op. cit., 726—730.

однимъ солиситоромъ изъ своей конторы, при чемъ текстъ расписки былъ написанъ на машинѣ, а подпись была сдѣлана отъ руки, оказалось, что эксперты калиграфы не могли опредѣлить, подложна ли самая подпись солиситора, тогда какъ экспертъ по пишущимъ машинамъ блестяще, совершенно убѣдительно, вполнѣ объективными данными доказалъ, что текстъ расписокъ несомнѣнно не написанъ на той пишущей машинѣ, которая стояла въ конторѣ солиситора въ годъ написанія этихъ расписокъ. Изъ той же книги я заимствую указанія, сдѣланныя Гриномъ въ его статьѣ о поддѣлкѣ писаннаго на пишущихъ машинахъ, появившейся еще въ 1904 году [1]. Надо не только выбрать типъ машины (Ремингтонъ, Смисъ Премье и т. д.), не только тотъ же ея номеръ, не только тотъ же типъ шрифта, но еще поддѣлать индивидуальность данной машины, что въ дѣйствительности оказывается почти немыслимымъ. Во-первыхъ, необходимо, чтобы машина была почти одинаковое время въ употребленіи: «буквы стираются съ употребленіемъ и часто ломаются, поэтому нѣкоторыя буквы проявляютъ явныя особенности. Затѣмъ, валъ зазубривается въ мѣстахъ постояннаго удара, а поэтому написанное на однѣхъ линіяхъ оказывается менѣе свѣтлымъ, чѣмъ въ другихъ. Затѣмъ новыя буквы болѣе способны прорывать бумагу, чѣмъ старыя, особенно это касается знаковъ препинанія». Другая индивидуальность—расположеніе буквъ на каждой машинѣ. Сплошь и рядомъ одна буква стоитъ нѣсколько ближе къ другой, чѣмъ остальныя. Точно также та или другая буква нѣсколько выпадаетъ, то вверхъ, то внизъ. Чрезвычайно важно, что эти индивидуальныя особенности машины чрезвычайно явственны съ одной стороны, а съ другой стороны—вполнѣ объективны. Если какое-либо лицо пишетъ обыкновенно букву «т» въ формѣ палочки, спускающейся подъ строчку, то бываетъ, что оно ее напишетъ и въ три палочки, не выпуская ихъ ни вверхъ, ни внизъ строчки, но если въ пишущей машинѣ буква «т» стерлась, разбилась или выпала, хотя бы минимально ниже строки, то этотъ недостатокъ будетъ повторяться безусловно во всѣхъ буквахъ «т» данной рукописи съ того самаго момента, какъ этотъ недостатокъ появился.

Изъ сказаннаго слѣдуетъ, что при самомъ строгомъ толкованіи разума статьи 1049, при требованіи объективной повѣрки показаній переписчика, такая повѣрка вполнѣ возможна. Достаточно сравнить рукопись завѣщанія съ бумагами, вышедшими изъ-подъ указанной переписчикомъ пишущей машины въ то же самое время, когда по указанію переписчика или по самой датѣ завѣщанія оно составлялось.

Приблизительно такого рода соображенія были предъявлены судебной палатѣ въ частной жалобѣ на указанное опредѣленіе суда и развивались при устной защитѣ ея въ засѣданіи судебной палаты. Къ нимъ прибавлялось еще соображеніе, что, согласно сенатскому разъясненію, судъ обязанъ сличать почеркъ переписчика только по ходатайству о

---

[1] *Noyes-Green*, Forgery of Typewriting (Law Notes, November 1904), *Moore* op. cit., 727.

томъ стороны (гр. кас. деп. 1876 № 292). Судебная палата, не назначая какой бы то ни было экспертизы, постановила допросить свидѣтелей завѣщанія. Опредѣленіе это было не мотивировано. Мотивированнымъ же опредѣленіемъ по допросѣ свидѣтелей палатѣ пришлось отказать въ утвержденіи завѣщанія по новому формальному недостатку. «Помимо вопроса объ изображеніи его (духовнаго завѣщанія) не рукою завѣщателя или посторонняго переписчика, какъ о томъ предписываютъ правила объ утвержденіи духовныхъ завѣщаній, а на пишущей машинѣ, не можетъ быть принято къ утвержденію по тому главному соображенію, что изъ свидѣтелей только одинъ... подписалъ это завѣщаніе по просьбѣ завѣщателя, лично его видѣлъ во время подписанія завѣщанія и нашелъ его въ здравомъ умѣ и твердой памяти, а два другихъ свидѣтеля..., какъ видно изъ ихъ показаній, подписывали завѣщаніе не въ квартирѣ завѣщателя и не въ его присутствіи и по просьбѣ не его самого, а свидѣтеля Г., и, такимъ образомъ, подписи этихъ двухъ свидѣтелей не удовлетворяютъ требованію 1050 ст. т. X, ч. I, и хотя тѣ же свидѣтели подтвердили, что раньше завѣщатель П. просилъ ихъ быть свидѣтелями его завѣщанія, но изъ ихъ показаній нельзя убѣдиться въ томъ, что онъ просилъ ихъ подписать то самое завѣщаніе, которое они впослѣдствіи подписали по просьбѣ Г. и предъявленное къ утвержденію (1906 № 102)».

«На основаніи изложеннаго и принимая во вниманіе, что при написаніи завѣщанія П. не были соблюдены требуемыя закономъ формы, и оно подписано только однимъ имовѣрнымъ свидѣтелемъ», судебная палата утвердила опредѣленіе суда.

Такимъ образомъ, палата, видимо, склонялась къ признанію въ данномъ случаѣ духовнаго завѣщанія, писаннаго на пишущей машинѣ дѣйствительнымъ, но другой формальный недостатокъ, обнаружившійся въ завѣщаніи, повелъ къ тому, что палата не вошла въ принципіальное обсужденіе («помимо вопроса...») интересующаго насъ вопроса.

Какъ консультантъ, само собою, я вполнѣ раздѣляю доводы частной жалобы, съ одной существенной оговоркой. Кассаціонное рѣшеніе 1876 г. № 292 дѣйствительно говоритъ, что сличеніе почерка производится только по требованію сторонъ. Основанія Сената—«требованія о повѣркѣ, посредствомъ сличенія почерка, правильности сдѣланнаго переписчикомъ заявленія о написаніи имъ... завѣщанія во все время производства дѣла предъявлено не было. По ст. 339 и 367 уст. гр. суд. на судебныя мѣста возложена обязанность разсматривать тяжбы, не выходя изъ предѣловъ требованій и указаній сторонъ, а по ст. 545 уст. гр. суд., изслѣдованіе подлинности акта производится не иначе, какъ по заявленію одной изъ сторонъ, сдѣланному немедленно по предъявленіи акта, признаваемаго ею сомнительнымъ. Въ виду сихъ положительныхъ указаній закона палата не могла сама собою, помимо всякаго о томъ ходатайства, приступить къ сличенію почерка лица, переписавшаго..., такъ какъ содержащееся въ ст. 1049 т. X. ч. I указаніе о сличеніи почерка должно быть сочтено обязательнымъ для судебныхъ мѣстъ, дѣйствующихъ по судопроизводственнымъ правиламъ,

начертаннымъ въ уставѣ гр. суд. 20 ноября 1864 г. только въ томъ случаѣ, когда предъявлено своевременно и въ установленномъ порядкѣ надлежащее по сему предмету требованіе». Подчеркнутыя слова распространяющія дѣйствіе этого разъясненія вообще на новыя судебныя мѣста, повели къ тому, что наши комментаторы (Боровиковскій, Гауеръ, Тютрюмовъ) и справочники приводятъ это разъясненіе подъ 1049 ст. зак. гр., видимо, считая, что оно имѣетъ силу и для судебныхъ мѣстъ, дѣйствующихъ въ охранительномъ порядкѣ. Едва ли это вѣрно. Если рѣшеніе Сената должно быть признано вѣрнымъ, когда дѣло идетъ объ утвержденіи духовнаго завѣщанія въ спорномъ порядкѣ, то нельзя этого признать и для охранительнаго. Если въ охранительномъ порядкѣ суду приходится въ общемъ пользоваться законами, установленными для спорнаго, то только по ст. 9 уст. гр. суд., т.-е. сообразуясь каждый разъ съ цѣлью самого охранительнаго процесса и во всякомъ случаѣ только постольку, поскольку нѣтъ спеціальныхъ нормъ для самого охранительнаго порядка. Между тѣмъ ст. 1049 и есть такая спеціальная норма. Не надо забывать, что законъ 5 апрѣля 1869 г. (теперешнія статьи 1046 и 1066 со знаками) позднѣйшій, чѣмъ судебные уставы, не отмѣнилъ этой статьи, а онъ долженъ былъ бы это сдѣлать для новыхъ мѣсть, если встать на точку зрѣнія нашихъ комментаторовъ. Для меня поэтому не подлежитъ сомнѣнію, что судъ, усмотрѣвъ, что почеркъ переписчика рѣзко расходится съ почеркомъ завѣщанія (ср. однако выше доводъ а) долженъ не утверждать завѣщанія—за стороною останется еще право проводить его въ жизнь въ исковомъ порядкѣ.

Остается еще впередъ отвѣтить на одно весьма возможное возраженіе. Нѣтъ ли противорѣчія между отвѣтами на 1 и 4 случаи? Тамъ мы приписывали собственноручности громадное значеніе и отказались даже собственное заявленіе завѣщателя о написаніи именно имъ на машинѣ признать за основаніе для сокращенія числа свидѣтелей. Здѣсь мы считаемъ возможнымъ свести въ сущности сравненіе индивидуальнаго почерка на объективную провѣрку того, на той ли машинѣ писалось завѣщаніе, какъ это утверждаетъ переписчикъ. Объясняется это тѣмъ, что и законъ придаетъ разное значеніе почерку завѣщателя и почерку подписи переписчика. Съ почеркомъ завѣщателя связывается уменьшеніе числа свидѣтелей. Переписчика же не требуется по закону допрашивать, разъ имѣется его подпись. Судъ въ охранительномъ порядкѣ не входитъ въ разсмотрѣніе даже того, существовалъ ли вообще тотъ человѣкъ, фамилія котораго изображена на завѣщаніи. Значитъ, формальность сличенія установлена только для того, не уговорили ли заинтересованныя лица явиться въ качествѣ переписчика такое лицо, которое вовсе и не переписывало. Отъ этого до нѣкоторой степени достаточно ограждаетъ и возможность провѣрить заявленіе о томъ, на той ли машинѣ писано завѣщаніе. Какъ мы выше видѣли, открыть ложность заявленія здѣсь будетъ также очень легко. Иной выводъ слишкомъ бы сильно противорѣчилъ также свободному утвержденію завѣщанія съ простой подписью на немъ переписчика (случай 3).

Подводя итоги, мы должны признать: завѣщаніе на пишущей машинѣ не есть собственноручное, отсюда къ нему приложимы всѣ формальности завѣщаній, писанныхъ чужою рукою, кромѣ необходимости подписи переписчика, если въ завѣщаніи оговорено, что его писалъ на машинѣ самъ завѣщатель (случай 1). Такимъ образомъ, необходима скрѣпа по листамъ и недѣйствительны вписыванія между строкъ, написанное на подчищенномъ, сдѣланныя на машинѣ же, буде они не оговорены (1046²) и т. д. Послѣднее особенно важно въ виду привычки, распространенной среди пишущихъ на машинахъ постоянно подчищать свои ошибки. Напротивъ, все вписанное въ текстъ на пишущей машинѣ отъ руки завѣщателемъ будетъ вполнѣ дѣйствительно (1046¹).

III.

Неизмѣримо проще будетъ рѣшаться вопросъ, если будетъ утвержденъ проектъ нашего уложенія, хотя и его составители нигдѣ въ мотивахъ не возбуждаютъ вопроса о примѣнимости или непримѣнимости пишущихъ машинъ къ завѣщанію: мы переходимъ тамъ къ «собственноручной» въ континентальномъ смыслѣ этого термина и къ англійской формамъ. Нотаріальное завѣщаніе проектъ оставляетъ въ современномъ его видѣ (ст. 60—62 проекта 1902 г.). Домашнее же завѣщаніе подвергается существеннымъ преобразованіямъ. Устанавливаются два вида нормальнаго домашняго завѣщанія: 1) «все написанное собственноручно завѣщателемъ и имъ подписанное» (59 ст. проекта 1902 г., 57 проекта 1905), при чемъ «въ завѣщаніи должно быть обозначено время его совершенія» (прибавка позднѣйшей редакціи ст. 1398 гр. ул. 1905 г.).

Первоначально комиссія считала обозначеніе даты и мѣста стѣснительными (гр. ул., кн. 4, насл. право, проектъ Выс. учр. ред. Ком. по сост. гр. ул. СПБ. 1903 г., стр. 161); въ окончательной редакціи всего уложенія прибавлено требованіе даты, какъ необходимое для опредѣленія дѣеспособности завѣщателя. На исключеніи требованія указанія мѣста совершенія и на оставленіи одной даты усиленно настаивалъ Шефферъ при преніяхъ по швейцарскому уложенію. Согласіе съ этимъ нашего проекта нельзя не привѣтствовать.

Проектъ вводитъ, такимъ образомъ, собственноручное (олографическое) завѣщаніе западнаго права. Написаніе его на пишущей машинѣ будетъ невозможно у насъ, какъ и на Западѣ, только такъ придется толковать слово «собственноручно», хотя и на машинѣ можно писать собственной рукой.

Другою формою явится завѣщаніе, болѣе близкое къ современнымъ «домашнее завѣщаніе должно быть подписано самимъ завѣщателемъ и свидѣтелями въ числѣ не менѣе 2-хъ» (ст. 48 проекта 1902 г., 46 проекта 1905, 1387 улож.). Свидѣтели могутъ не знать содержанія написаннаго, но если завѣщатель не грамотенъ, и за него подписываетъ другой, то свидѣтели должны удостовѣрить и то, что завѣщаніе было неграмотному завѣщателю прочитано (52 ст. проекта 1902 г., 50—1905 г., 1391 улож.). Лицо переписчика уничтожается вовсе. Проектъ требуетъ здѣсь только подписи завѣщателя или за завѣщателя, но не устанавли-

ваетъ никакихъ требованій къ формѣ написанія текста завѣщанія, кромѣ того, что оно должно быть письменнымъ, противополагая это понятіе устности. Ясно, такимъ образомъ, что такое завѣщаніе можетъ быть написано на пишущей машинѣ, притомъ совершенно безразлично кѣмъ, самимъ ли завѣщателемъ или третьимъ лицомъ, хотя бы это было даже такое лицо, которому воспрещается быть свидѣтелемъ завѣщанія. Остается еще вопросъ, доставившій трудности и редакціонной комиссіи,— вопросъ о подчисткахъ и поправкахъ. Первоначально въ проектѣ 1902 г. предполагалось ввести такую статью: «подчистки, поправки и приписки должны быть оговорены въ концѣ завѣщанія передъ подписью завѣщателя или рукоприкладчика за него. Не оговоренныя поправки, а равно не оговоренныя приписки, имѣющія значеніе поправокъ, сохраняютъ силу, если онѣ сдѣланы рукою завѣщателя» (ст. 55 проекта 1902 г.). Комиссія (гр. ул., кн. 4, насл. право... съ объясненіями. СПБ. 1903, стр. 146) мотивировала эту статью тѣмъ, что аналогичное дѣйствующей ст. 1046[1] зак. гр. постановленіе будетъ теперь въ полномъ соотвѣтствіи съ проектомъ: собственноручныя поправки—то же, что собственноручное завѣщаніе, почему онѣ и дожны имѣть полную силу. Однако эта статья вызвала замѣчанія со стороны министровъ военнаго и особенно земледѣлія и государственныхъ имуществъ (гр. ул., кн. 4, насл. право... 2 редакція съ объясненіями. СПБ. 1905). Комиссія согласилась съ замѣчаніями и нашла, что поправки, хотя бы собственноручныя, еще не собственноручное завѣщаніе, такъ какъ оно должно быть написано цѣликомъ рукою завѣщателя, а, во-вторыхъ, по послѣдней редакціи собственноручныя завѣщанія требуютъ еще собственноручной даты, съ которой можетъ не совпадать дата поправки. Комиссія остановилась поэтому на такомъ рѣшеніи: она оставила только первую часть приведенной нами статьи и исключила вовсе всю вторую, начиная со слова «не оговоренныя» (ст. 1394 ул.). Зато въ особой статьѣ указывается, что собственноручное завѣщаніе можетъ быть помѣщено не только на чистой бумагѣ или другомъ матеріалѣ, но и на готовомъ уже духовномъ завѣщаніи. Такимъ образомъ, завѣщатель можетъ, послѣ совершенія завѣщанія въ формѣ со свидѣтелями, на немъ же написать поправку, измѣненіе, разъясненіе и т. д., но они будутъ дѣйствительными только, если онъ напишетъ ихъ всѣ цѣликомъ собственноручно и снабдитъ датою и особо подпишетъ. Для нашего вопроса мы получаемъ такой выводъ. Всѣ подчистки, поправки и приписки, сдѣланныя въ текстѣ, написанномъ на пишущей машинѣ, должны быть непремѣнно оговорены передъ подписью завѣщателя. Оговорка эта можетъ быть сдѣлана въ свою очередь на пишущей же машинѣ, можетъ быть сдѣлана и иначе, это безразлично, но оговорка должна быть сдѣлана. Что касается толкованія не оговоренныхъ подчистокъ и поправокъ, то вопросъ рѣшается, какъ и теперь по отношенію къ поправкамъ, признаннымъ сдѣланными не рукою завѣщателя, хотя бы эти поправки, при дѣйствіи будущаго уложенія, сдѣланы были и собственною рукою завѣщателя, третьимъ лицомъ или пишущею машиною, кто бы на ней ни писалъ, хотя бы и самъ завѣщатель.

А. В. Завадскій.

Къ ученію объ основныхъ принципахъ гражданскаго процесса.

Темой настоящаго очерка мы выбираемъ ученіе о принципахъ состязательности, диспозитивности и свободнаго почина сторонъ въ гражданскомъ процессѣ.

Тема—«избитая» и трудная для изложенія ея въ статьѣ, стѣсненной рамками настоящаго «Сборника». И все же мы рѣшаемся остановиться именно на ней, ибо почитаемъ своимъ долгомъ воспользоваться случаемъ, чтобы поддержать то научное направленіе—столь сильное на Западѣ и почти неизвѣстное у насъ,—которому предстоитъ—надѣемся—все будущее не только въ области теоретической мысли, но и въ практикѣ положительныхъ законодательствъ.

Въ двухъ словахъ содержаніе нашей концепціи гражданскаго процесса то, что процесс. отношеніе есть цѣлевое отношеніе κατ' ἐξοχήν. Гражданскій процессъ, направленный на разрѣшеніе правовыхъ конфликтовъ, не покоится ни на какихъ самостоятельныхъ, извнѣ взятыхъ постулатахъ; онъ покоится на рядѣ правилъ цѣлесообразности, имѣющихъ одинъ критерій ихъ правильности—ихъ приспособленность къ возможному достиженію цѣли процесса: установленіе матеріальной правды,—подъ коей мы понимаемъ соотвѣтствіе рѣшенія закону и дѣйствительнымъ обстоятельствамъ дѣла, послужившимъ поводомъ къ спору между сторонами.

I.

Формулировка и теоретическая разработка ученія о «состязательности» («Verhandlungsmaxime») гражданскаго процесса уже справили свой столѣтній юбилей. Въ 1804 году нѣмецкій процессуалистъ Gönner (Handbuch des deutschen gem. Prozesses. Bd. I § VIII стр. 175 сл., Bd. II, гл. XLIII) формулировалъ (въ противоположность «Untersuchungsmaxime» Прусскаго процесс. Кодекса 6 іюля 1793 г.) это понятіе, какъ такой строй процесса, при которомъ стороны состязаются передъ судьею, какъ самостоятельные субъекты процесса. Судья не ведетъ съ ними, какъ средствами познанія правды, слѣдствіе [1]. Этотъ «принципъ состязатель-

[1] Однако, Gönner, ук. соч. 190, полагаетъ, что каждый принципъ (слѣдств., состязат.) «lässt sich aus Vernunftgründen rechtfertigen, keine ist die ausschliessend

ности» Геннеръ разлагалъ на цѣлый рядъ положеній: Nemo judex sine actore. Nemo invitus ad agendum cogitur. Ne procedat judex ex officio. Ne eat judex ultra petita partium. Judex secundum allegata et probata judicare debet, non secundum conscientiam. Judici fit probatio.

Подъ девизомъ: «der Prozessstoff ist Eigentum der Parteien» въ научной и практической юриспруденціи «общаго права» (Gemeines Recht) принципъ пассивности судьи и исключительной активности сторонъ укоренился, какъ «постулатъ» процесса. Оправданіе такой структуры процесса не искали глубже, какъ въ природѣ частныхъ правъ, составляющихъ предметъ спора.

Гражданское право характеризуется исключительностью и произвольностью (т.-е. исключительной возможностью осуществленія права управомоченнымъ). Изъ этой «свободной распоряжаемости» гражд. правъ слѣдуетъ, что «тамъ, гдѣ рѣчь идетъ объ отчуждаемыхъ правахъ, государственная защита дается лишь тогда, если она истребуется и лишь въ той мѣрѣ и тѣми средствами, которыя сторона того желаетъ» (Gönner). Такимъ образомъ, установившаяся доктрина въ Германіи обосновывала «состязательное начало» не на самостоятельныхъ постулатахъ процесса, вытекающихъ изъ цѣли и сущности процесса, а на характерномъ свойствѣ гражданскихъ правъ—ихъ диспозитивности. «Изъ матеріально-правового полномочія распоряженія сторонъ спорнымъ правомъ необходимо слѣдуетъ, что онѣ могутъ располагать и частнымъ правомъ въ томъ процессуальномъ образѣ, въ которомъ оно выступаетъ въ процессѣ» (*W. Endemann,* Der deutsche Civilprozess, Bd. I (1878) стр. 436). «Участвующія лица могутъ справедливымъ образомъ ожидать, что законодатель установленіемъ принципа состязательности сохранитъ за всерѣшающей внѣ процесса волей ихъ ту же авторитетную силу и внутри судебнаго производства» (Planck, Lehrbuch 1, 197; W. Endemann ук. с. 437). Эта идея казалась такъ непоколебимо вѣрной, что ея соблазну подпали всѣ представители «общаго права» въ Германіи [1], она составляетъ господствующее ученіе и въ настоящее время какъ на Западѣ [2], такъ и въ Россіи [3]. (См. примѣч. [2] и [3] стр. 277).

Согласно этому господствующему ученію, господство сторонъ надъ процессуальнымъ матеріаломъ состоитъ во власти ихъ количественно

---

denkbare und rechtmässige». По справедливому замѣчанію *Fr. Klein.*—Pro futuro (Wien 1891), стр. 12, «естественно-правовое направленіе Gönner' а дѣлаетъ особенно цѣннымъ этотъ его взглядъ на принципіальную сторону вопроса».

[1] *Wetzell.* System des gem. Civilprozessrechts 1879 § 13, стр. 61: Обратной стороной полномочія свободно распоряжаться своими частно-правовыми отношеніями является принципъ состязательности, ибо отъ ходатайствъ сторонъ зависитъ «dass und wie der Richter tätig werde». *Bayer.* Vorträge über den deutschen gemeinen ordentlichen Civilprozess (München 1869), стр. 32, 37, 704 сл. (§ 11). *Martin.* Vorlesungen über die Theorie des gem. bürg. Prozesses. Leipzig 1862 Bd. 1 § 16, стр. 125 сл.: главное основаніе принципа состязательности—«freie Dispositionsbefugniss der Parteien über das Ihrige». *Renaud,* Lehrbuch des gem. deutsch. Civilproz. (Leipz. 1887), 245 сл.

суживать мѣру источниковъ и способовъ познанія судьею изслѣдуемаго права.

Выраженіями этого господства являются: 1) право сторонъ представить суду на разрѣшеніе не дѣйствительно бывшія событія, а тѣ, на бытіе которыхъ согласятся онѣ въ процессѣ. Сюда входитъ право изъять изъ настоящаго положенія дѣла (Sachverhalt) любое количество правово важныхъ событій и потребовать отъ судьи дать рѣшеніе на оставшійся кругъ событій (распоряженіе фактами). Въ этой свободѣ фактическаго обоснованія притязаній сторонъ лежитъ активная сторона состязательнаго начала [4].

Эта идея получила въ новѣйшей литературѣ и дальнѣйшую разработку. Представители этого направленія стали конструировать эту свободу фактическаго обоснованія притязаній, какъ особое «право»: стороны, утверждая или оспаривая въ процессѣ фактъ, осуществляютъ ихъ особое субъективное процессуальное право «устанавливать спорную основу судебнаго рѣшенія» (Feststellungsrecht) [5], каковому праву соотвѣтствуетъ обязанность суда положить въ основу рѣшенія

---

[2] *Endemann.* Deutsche C. P. R. 365, 379: «Die Parteien nicht bloss über den Streitgegenstand und den Prozess im Ganzen, sondern auch über den prozessualischen Inhalt zu disponiren haben». *Wach.* Vorträge (2 Aufl.), 61: «die Parteiherrschaft über die Streitsache ergibt die Parteiherrschaft über das Streitverhältniss». Стр. 199: «So eliminirt in der civilprocessualischen Sachverhandlung die privatrechtliche Natur der Streitsache die «freie Forschungsmaxime» und damit den Processzweck der objectiven Feststellung des wahren Sachverhalts». *Schultzenstein.* Zeit. f. d. Civilpr. Bd 43, H. 3 (1913) стр. 342. *K. v. Canstein.* Der Zweck des Civilprocesses. (Graz 1902) (Rede) 8, идетъ далѣе Gönner'a и «инквизиціонный принципъ» считаетъ совершенно несовмѣстимымъ съ сущностью гражданскаго процесса. Здѣсь должно господствовать начало: «jeder vertrete seine Interessen selbst» (14).

[3] *М. Малининъ.* Убѣжденіе судьи. Одесса 1873, стр. 105. Его же. Записки И. Н. У. 1878, стр. 245 сл. *А. Окольскій.* Ж. Гр. и Уг. Пр. 1880, кн. 2, стр. 165 сл. *А. Гольмстенъ.* Юрид. Изслѣд. т. I (1894), Гл. VIII (статья 1879 г.), стр. 404: «Это начало личной автономіи тяжущихся, начало иниціативы и самостоятельности ихъ въ процессѣ вытекаетъ изъ самаго существа гражданскихъ правъ, къ защитѣ которыхъ направлена дѣятельность судьи». Это совпадаетъ съ общей концепціей автора вз. отношенія гражданскаго права и процесса. Стр. 239: «Исключительная возможность осуществленія права управомоченнымъ приводитъ логически къ отрицанію и за судомъ возможности этого осуществленія»... Такимъ образомъ, ученіе о состязательности авторъ ставитъ въ связь съ такимъ взглядомъ: «процессъ есть одна изъ формъ осуществленія права» (405).

[4] Обратной стороной этого начала является: 1) запрещеніе судьѣ предлагать сторонамъ, чтобы онѣ заявили извѣстные обосновывающіе факты, а тѣмъ паче запрещеніе суду самому подыскивать эти факты, и 2) судъ рѣшаетъ дѣло на основаніи фактовъ, только заявленныхъ сторонами. *Ср. А. Гольмстенъ.* Ук. соч. 427, 447. *А. Окольскій.* Ук. соч. 167: «Судъ въ правѣ подвергнуть своему разсмотрѣнію только тотъ фактическій матеріалъ, который стороны сами собрали». *Wach.* Vorträge, 61.

[5] *Wach.* Defensionspflicht (Grünh. Zeit. Bd. VI). Präklusion (Grünh. Z. Bd. VII). Vorträge, 61, 218, 224. Общей основой рѣшенія авторъ выставляетъ не доказанность, а болѣе широкое понятіе—установленіе фактическихъ утвержденій. «Die thatsächliche Behauptung ist feststellungsbedürftig». Но болѣе глубокаго анализа этого понятія (Feststellung) авторъ не даетъ.

установленные сторонами факты, независимо отъ своего убѣжденія [1]. Какъ присяга, такъ и судебное признаніе суть, съ точки зрѣнія этого ученія, процессуальныя сдѣлки, которыми измѣняется процессуальное отношеніе, и именно тѣмъ, что, кромѣ первоначальныхъ процессуальныхъ правъ (требованія, утвержденія, спора, доказательства), создается новое право: установленіе фактовъ [2] (Tatsachenfeststellung).

Основаніемъ и оправданіемъ такого процессуальнаго права доктрина выставила матеріально правовое право субъектовъ процесса «распоряжаться своими частными интересами и своимъ имуществомъ по своему усмотрѣнію». Въ этомъ правѣ распоряженія и лежитъ основаніе связующей силы судебнаго признанія, установленной всѣми законодательствами [3].

И обратной стороной этой матеріально-правовой основы принципа состязательности является процессуальное положеніе судьи при наличности признанія: «черезъ такое признаніе болѣе или менѣе сужи-вается область спорнаго между сторонами, на счетъ которой ожидается отъ судьи рѣшеніе»... «А такъ какъ судья призванъ лишь къ тому, чтобы разрѣшать споръ сторонъ, то черезъ каждое судебное признаніе задача судьи по ея объему опредѣляется и ограничивается болѣе точно» (*Savigny*. System VII, 30 сл. 41) [4].

Несмотря на внутреннюю несогласованность такого построенія [5],

---

[1] *Dr. J. Trutter.* Ueber prozessualische Rechtsgeschäfte. München 1890. Стр. 291 сл. Авторъ конструируетъ присягу и признаніе какъ процессуальныя сдѣлки, черезъ которыя процессуальное отношеніе, согласно намѣренію сторонъ, измѣняется такъ, что на мѣсто «Beweisrecht» сторонъ заступаетъ ихъ «Feststellungsrecht», а судъ освобождается отъ обязанности изслѣдовать предложенные ему факты касательно ихъ правдивости. На почвѣ этой же конструкціи: *A. Schulze.* Privatrecht und Process (1883) стр. 49 («die rechtsgeschäftliche Natur»). *O. Bulow.* Arch. f. Civ. Pr. LXII. стр. 79. Но въ его же «Prozessvoraussetzungen» (1868) онъ оговаривается, что здѣсь нѣтъ «novatio». *Planck.* Lehbruch., 321. То наблюденіе, что судебное признаніе имѣетъ безповоротную силу, связывающую и судъ и стороны, и притомъ—«независимо отъ правды» («unangesehen die Wahrheit») родило цѣлое направленіе въ области ученія о юридической природѣ признанія: «Feststellungswillenstheorie».

[2] *Dr. J. Trutter,* ук. с. 310, «wird das Bestreitungsrecht und damit auch das Beweisrecht beendet». Но въ болѣе позднемъ сочиненіи *Trutter.* Bona fides im Civilprozesse. München 1892, стр. 59 сл., 66 сл., выставляетъ юридической обязанностью сторонъ пользоваться лишь тѣми фактами, въ истинности коихъ онѣ убѣждены.

[3] *Savigny.* System VII, 41. О мотивахъ признанія и не спрашивается, ибо въ основаніи признанія могли лежать совсѣмъ другія намѣренія чѣмъ признаніе правды, напр. намѣреніе одарить. *Wetzell.* System § 19; стр. 103. *Ch. Martin.* Lehrbuch (1862). § 128. стр. 259.

[4] Эта теорія «Begränzung des Rechtsstreites» талантливо развита Savigny, но была высказываема много разъ и до него. См. напр. *Brackenhöft.* Arch. f. d. civ Pr. XX (1837), 276: «das Einigseyn der Parteien (nulla lis est)». *Gensler.* Arch. f. d. c. Prax. I (1829), 43.

[5] Процессуальная точка зрѣнія («устраненіе спора») гораздо шире матеріально правовой точки зрѣнія («право распоряженія»). Предметъ спора можетъ не подлежать свободному распоряженію сторонъ (напр. права состоянія, вопросъ о

эта концепція судебнаго признанія должна почитаться, со временъ Savigny господствующимъ ученіемъ какъ на Западѣ [1], такъ и въ Россіи [2].

2) Вторымъ истеченіемъ изъ указанной выше концепціи принципа состязательности является свободное отношеніе сторонъ къ правиламъ доказыванія. «Такъ какъ въ силу состязательнаго строя процесса дѣйствія сторонъ содержатъ лишь то, что выгодно сторонѣ, и государство ждетъ отъ противника контроля надъ правдивостью этихъ дѣйствій, то всякое заявленіе, всякое утвержденіе, всякое предложеніе доказательства ставитъ противную сторону въ процессуальное положеніе» (*J. Kohler.* Prozess als Rechtsv., 62), при которомъ она должна высказаться по этому вопросу. И законодатель всегда поведенію тяжущагося, вынужденнаго къ заявленію, придаетъ процессуальный эффектъ (prozessgestaltende Kraft): лишь если онъ оспариваетъ факты, они нуждаются въ доказательствахъ [3]. Такого рода «процессуальное положеніе» въ области доказыванія претерпѣло ту же участь, которая выпала, какъ мы видимъ выше, на долю «распоряженія фактами»: нѣкоторые ученые возвели это положеніе на степень особаго процессуальнаго «права»: «Bestreitungsrecht» [4].

Эта теорія имѣетъ исходнымъ пунктомъ особую концепцію сущности доказательства. Она разсматриваетъ «доказательство» какъ удовлетвореніе, чинимое одной стороной другой сторонѣ, и ставитъ его въ этомъ смыслѣ подъ дѣйствіе принципа состязательности.

Лишь если сторона требуетъ это удовлетвореніе, оно должно быть сдѣлано, иначе оно можетъ быть опущено [5]. Отсюда дѣлался тотъ выводъ, что лежащая въ основѣ процессуальнаго отношенія обязанность суда убѣдиться въ справедливости утверждаемаго факта существуетъ не изначала, но возникаетъ впервые, какъ скоро сторона осуществитъ касательно этихъ фактовъ свое право оспариванія (Bestreitungsrecht) [6].

выкупѣ родового имѣнія и пр.), но признаніе можетъ прекратить въ цѣломъ или въ части дѣятельность суда, разрѣшающаго споръ.

[1] *F. Klein.* Die schuldhafte Parteihandlung. Wien 1885, стр. 32. Его же: Pro futuro 1891, стр. 30, 215.—*Laurent.* Principes XX (1876). 189, 205: «Если отвѣтчикъ признаетъ свой долгъ, споръ разрѣшенъ; судья въ своемъ собственномъ дѣлѣ, должникъ постановилъ рѣшеніе противъ самого себя». *Planiol.* Traité II (1902), 9. *E. Bonnier.* Traité des preuves (1873). T. I, 441. *Fr. Stein.* Das private Wissen des Richters (Leipzig 1893), 91.

[2] *Анненковъ.* Опытъ Комм. II, 335. *Малышевъ.* Курсъ I (1876). 301,—*И. Энгельманъ.* Курсъ. (1912), 293. *Думашевскій.* Систем. Сводъ (1874), 402. *Малининъ.* Зап. И. Н. У. XXII (1877), 9, 15. *Исаченко.* Практ. Ком. т. II, вып. 2 (1892), 630. *Сенатская практика*: К. Р. 1886/51; 1893/4, 1876/97.

[3] *Fr. Stein.* Das private Wissen des Richters. Leipzig 1893, стр. 90.

[4] *O. Bülow.* Arch. f. d. civ. Pr. LXII стр. 31: «Der Gegner hat ein Bestreitungsrecht».

[5] *K. Schneider.* Ueber richterliche Ermittlung und Feststellung des Sachverhalts im Civilprozesse (Leipzig 1888), стр. 44.

[6] *J. Trutter.* Ueber prozess. Rechtsgeschäfte. München 1890, стр. 312, 313: «Послѣдствіемъ принципа состязательности является то, что судъ не смѣетъ изслѣ-

Это положеніе было использовано многими процессуалистами въ области ученія о судебномъ признаніи, и дало жизнь особой «теоріи отреченія» (Verzichtstheorie). Представители этой теоріи [1] подчеркиваютъ въ признаніи не моментъ распоряженія спорнымъ правомъ, а отреченіе отъ процессуальнаго права требовать отъ противника представленія доказательствъ. «Если признаніе ставитъ судейскому изслѣдованію предѣлы, то къ этому оно приводитъ тѣмъ, что освобождаетъ противника отъ onus probandi» [2].

3) Третьимъ истеченіемъ изъ традиціоннаго ученія о принципѣ состязательности, само по себѣ вытекающимъ изъ первыхъ двухъ вышеуказанныхъ выводовъ (право распоряженія фактами, право распоряженія доказательствами) является творческая сила воли сторонъ въ процессѣ въ дѣлѣ созданія между ними желаемыхъ ими матеріально правовыхъ отношеній. Ихъ дѣйствія въ процессѣ почитаются «процессуальными дѣйствіями». Это суть матеріальныя сдѣлки съ процессуальнымъ эффектомъ! [3]. Сюда относятся: 1) отреченіе истца отъ части или цѣлаго притязанія. 2) Признаніе отвѣтчикомъ части или цѣлаго искомаго требованія (Anerkenntnis). 3) Мировая сдѣлка.—Все это суть матеріально правовые акты распоряженія предметомъ иска, дѣйствительность коихъ должна быть обсуждаема по матеріальному праву. Такимъ образомъ, процессуальный представитель тяжущагося долженъ быть спеціально уполномоченъ на учиненіе призна-

---

довать факты, въ отношеніи ихъ истинности, поскольку они не оспорены противникомъ утверждающаго».

[1] Motive zu § 251 Entw. von D. C. P. O. 1874. (§ 261. C. P. O.): «Das Gerichtliche Geständnis ist eine durch Verzicht auf den Beweis bewirkte Disposition über das streitige Recht». Той же конструкціи держится германская судебная практика: «die eine Partei der anderen den ihr obliegenden Beweis erlässt». См. рѣшенія R. G. у *O. Bülow.* Das Geständnissrecht (Freiburg 1899), стр. 271. Наиболѣе талантливо обосновано это ученіе у *Planck* Lehrbuch I (1887), стр. 317: судебное признаніе есть «eine Willenserklärung und zwar des Inhalts von dem Processrecht der Verteidigung durch reine Verneinung keinen Gebrauch machen zu wollen». *Wetzell.* System § 19, стр. 171: «Verzicht auf den Beweis». *Trutter.* Proz. Rechtsg. 379: «Verzicht auf das Bestreitungsrecht». *K. Schneider.* Ueber richterliche Ermittelung. (Leipzig 1888). 40: «Nicht Bestreitungserklärung». *V. Canstein.* Anerkennung und Geständniss. Busch' Zeitsch. (1879). Bd. I. 257 сл.: признаніе есть «Beweisvertrag», въ силу коего признающійся освобождаетъ своего противника отъ падающаго на него onus probandi.

[2] *A. Wach.* Das Geständniss. Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 64, (1881) стр. 215. Здѣсь авторъ доказываетъ, что «die Parteien bekämpfen und verständigen sich unter wesentlich unthätiger, rezeptiver Assistenz des Gerichts», стр. 211. Поэтому «beeinflusst das Geständniss nicht die Rechtsstellung des Richters, sondern der Partei» (215).

[3] *J. Trutter.* Proz. Rechtsg. 123 сл., 292: Это—«одностороннія матеріально правовыя сдѣлки». Судья долженъ къ нимъ примѣнять нормы матеріальнаго права, касательно условій и допустимости распоряженія этимъ притязаніемъ. Ср. Мотивы къ § 501 Entw. a. C. P. O.: «eine Disposition der Partei über den Gegenstand des Prozesses». *Stein-Gaupp.* Komm. z. Z. P. O. zu § 307 I; *Wach.* Handbuch I, стр. 571, разсматриваютъ признаніе иска, какъ «im Prozess vorkommenden privatrechtlichen Verfügungen über den Streitgegenstand».—*Eccius.* Gruchot. Beitr. XXX, стр. 465. *Dr. E. Schrutka.* Grundriss des Civilprozessrechts (Leipzig 1909), 186.

нія, предметъ «процессуальнаго распоряженія» долженъ находиться въ свободномъ распоряженіи тяжущагося [1] и т. п.

Съ точки зрѣнія этой концепціи признаніемъ иска создается для притязанія самостоятельное правовое основаніе (Verpflichtungsgrund), безразлично, существовало ли оно до этого или нѣтъ [2].

4) Такъ какъ стороны могутъ распоряжаться (disponieren) своими частными правами, то отсюда вытекаетъ, наконецъ, что имъ должно быть предоставлено и право распоряженія (Disposition) не только «über Stoff», но и «über Gang des Verfahrens», въ которомъ осуществляются ихъ частныя права. Задача сторонъ: 1) возбудить процессъ («den Prozess in Gang zu setzen») и 2) сохранить его въ поступательномъ движеніи (ihn im Gang zu erhalten). Таково содержаніе принципа свободнаго почина сторонъ (Privatbetrieb) [3].

То явленіе, что рѣшеніе покоится не на основаніи фактовъ и событій, въ истинности коихъ судъ убѣжденъ, а на основаніи того «спорнаго матеріала», который ему поднесенъ сторонами [4], привело многихъ юристовъ къ тому выводу, что изысканіе матеріальной истины, т.-е. истины, соотвѣтствующей обстоятельствамъ дѣла, не достижимо (фактически) и не совмѣстимо (не желательно) съ сущностью состязательнаго процесса. Изслѣдованіе бытія фактовъ переносится,—съ точки

---

[1] См. ниже объ этомъ подробнѣе.

[2] *Hölder.* Zeit. f. d. deut. Zivilpr. Bd. 28, стр. 893: «Das Anerkenntnis ist Obligierungsakt». *Wach.* Arch. civ. Pr. 64, стр. 254: «судебное признаніе есть für sich самостоятельный «Verpflichtungsgrund», способный родить свой искъ на исполненіе». *J. Kohler.* Zeitsch. f. d. Zivilpr. Bd. 29, стр. 36 идетъ такъ далеко, что признаетъ за судебнымъ признаніемъ («матеріальная сдѣлка») силу, независимо отъ законности или незаконности самого процесса. Признаніе иска, какъ всякая сдѣлка, имѣетъ матеріально-правовое дѣйствіе, т.-е. рождаетъ новое правовое основаніе для существованія притязанія.

Ср. К. Р. 1876/97: Въ случаѣ признанія отвѣтчикомъ иска, судъ не въ правѣ отказать въ искѣ на томъ основаніи, что документъ, по которому истецъ ищетъ, представляется, по убѣжденію суда, безденежнымъ. (М. съѣздъ отказалъ въ искѣ, ибо призналъ «искъ предъявленнымъ съ очевидною цѣлью сохранить часть имущества Т. въ ущербъ его дѣйствительнымъ кредиторамъ»). Теперь эта матеріально-правовая точка зрѣнія на признаніе, какъ актъ распоряженія, настолько окрѣпла и утрамбовалась, что въ К. Р. 1912/112 Сенатъ дѣлаетъ уже обратную аналогію, и изъ условій дѣйствительности признанія, сдѣланнаго повѣреннымъ (признаніе, сдѣланное по стачкѣ съ противникомъ можетъ быть оспорено), дѣлаетъ выводы по аналогіи для актовъ отчужденія: купчая крѣпость можетъ быть уничтожена довѣрителемъ, если она совершена повѣреннымъ по стачкѣ съ покупателемъ, во вредъ довѣрителя!!

[3] *Dr. E. Schrutka.* Grundriss (1909) § 111, стр. 129.

[4] *Savigny.* System VII, 11: «судебное признаніе есть фикція истины, т.-е. обосновываетъ формальную истину». *Wetzell.* System 173: признанный фактъ долженъ для судьи «als wahr gelten». *A. Renaud.* Lehrbuch des gem. d. Civilpr. (Leipzig, 1867), 272: «formelle Wahrheit». *Planck.* Lehrbuch I, 339: «formelle Beweis». *Wach.* Vorträge 199: «als wahr behandeln».

зрѣнія этого ученія—первымъ дѣломъ на стороны, и лишь въ случаѣ спора между ними—на судъ [1]. И даже наиболѣе убѣжденные представители новаго направленія, которые выдвигаютъ «обязанность сторонъ къ правдивости» и выводятъ ее, за неимѣніемъ позитивнаго обоснованія, изъ общей цѣли процесса, «der Pflege des Rechtes ist» (*K. Hellwig,* Lehrbuch, II (1907), 44), признаютъ, что «принципъ состязательности вноситъ извѣстное ограниченіе «принципу правдивости» (стр. 42) [2].

Такимъ образомъ, одни юристы подчеркиваютъ фактическое безсиліе законодателя и суда достигнуть матеріальной правды [3] и за судебнымъ рѣшеніемъ признаютъ лишь выраженіе «формальной правды» [4]; другіе юристы идутъ дальше и утверждаютъ, что ставить судебную защиту правъ безусловно и абсолютно въ зависимость отъ убѣжденія суда въ правдивости всѣхъ фактическихъ правово-важныхъ утвержденій значило бы переносить идеальную задачу уголовной юстиціи въ область гражданской юстиціи, гдѣ ей нѣтъ почвы [5]. Исканіе объективной истины «противно интересу тяжущихся, существу гражданскаго права» [6]. «Задача суда—повѣрка выводовъ, дѣлаемыхъ тяжущимися изъ нормъ и фактическихъ обстоятельствъ» (*Васьковскій.* Курсъ I. 381).

---

[1] И даже тѣ юристы, какъ *Trutter,* Ueber proz. Rechtsg. 313, которые вообще не покидаютъ почвы ученія: judici fit probatio сдаются здѣсь: право сторонъ устанавливать факты «измѣняетъ судебной обязанности судить справедливо».

[2] *Hellwig,* ук. соч. 42: «Такъ какъ судья не можетъ знать все, онъ не можетъ уберечься отъ того, что сторона выставляетъ неправильныя утвержденія, но принципъ состязательности запрещаетъ ему спрашивать о справедливости заявленій стороны, разъ ея противникъ признаетъ таковую (§§ 288, 306/7 *D.* C. P. O)».

[3] *J. Trutter.* Proz. R., 468: «da es sich ja in ihm immer nur um formelle Wahrheit handeln kann, wenn auch materielle erstrebt werden soll». *R. Pollak.* Gerichtliches Geständniss im Civilprozesse (Berlin 1893), стр. 97: говоритъ, что въ основѣ его пониманія принципа состязательности «не лежитъ принципіальнаго отреченія отъ установленія правды». Но недостиженіе правды въ процессѣ есть случай (Zufall) «den die Prozessordnung lediglich hinnimmt». Это явленіе (неправильныя рѣшенія) получило остроумную правовую формулировку и юридическое оправданіе въ работѣ *P. Krückmann.* Einführung in das Recht. Tübingen 1912, стр. 172 сл. Онъ на ряду съ «субъективнымъ правомъ» регуляторомъ правовой жизни выставляетъ владѣніе правомъ (Rechtsbesitz), въ смыслѣ «возможности осуществлять содержаніе права». Судебное рѣшеніе даетъ неоспариваемую легитимацію (независимо отъ наличности права!) къ этому владѣнію правомъ.

[4] Таково господствующее ученіе на Западѣ и у насъ. См., напр., *A. Wach.* Vorträge 210: «Die materielle Wahrheit nicht das Ziel des Civilprocesses sein kann, da die in ihm herrschende Parteidisposition die Vollständigkeit des Beweismaterials nicht verbürgt». *O. Bülow.* Das Geständniss. 227 говоритъ, что отношеніе судьи къ правдѣ при наличности признанія—безразличное, но онъ горячо протестуетъ противъ «Zwangswahrheit» «формальной правды». (По нашему мнѣнію—это споръ о словахъ!)

[5] *O. Bülow.* Das Geständnissrecht, 229, 230: «Государство не должно быть болѣе рачительнымъ объ охранѣ частныхъ благъ, чѣмъ сами заинтересованные. Es darf es nicht».

[6] *А. Гольмстенъ.* Юрид. изсл. т. I, стр. 409. Авторъ высмѣиваетъ, какъ отжившую (!) теорію (Пухты), что судъ обязанъ доискиваться матеріальной, т.-е.

Это пониманіе «принципа состязательности» находитъ себѣ поддержку въ ученіи, что въ гражданскомъ процессѣ государство не имѣетъ непосредственнаго интереса въ конкретномъ изслѣдованіи и рѣшеніи,—ни лично, ни даже въ качествѣ представителя государственной власти [1].

А отсюда дѣлался выводъ, что «обязанность сторонъ говорить правду» (Wahrheitspflicht) есть не правовая, а лишь этическая обязанность: въ законахъ не содержится «запрещенія лжи» (Lügenverbot), и такого нельзя вывести изъ сущности и цѣли гражданскаго процесса [2].

Такого рода воззрѣнія на сущность состязательности родило (въ спеціальной монографической литературѣ о судебномъ признаніи), такой взглядъ на задачи и цѣли гражданскаго процесса. Задача суда—не разрѣшить споръ, въ смыслѣ примѣненія закона къ тому составу дѣйствительно бывшихъ фактовъ, который родилъ тяжбу, а—какъ можно скорѣе—положить конецъ спору: подавить, потушить ссору. Изъ казавшейся непогрѣшимой аксіомой предпосылки: «въ гражданскомъ процессѣ судъ долженъ оказывать лишь содѣйствіе къ устраненію коллизіи между сторонами, которыя, преслѣдуя свои эгоистическія стремленія, сами должны озаботиться о приведеніи полезнаго имъ фактическаго матеріала»—былъ сдѣланъ выводъ: «поскольку между самими участниками господствуетъ о спорномъ правѣ и касательно правильности фактическихъ данныхъ за и противъ спорнаго права миръ и согласіе (Ruhe und Frieden), совсѣмъ не заинтересованное въ исходѣ процесса государство можетъ сохранить полный покой и уклониться отъ всякаго изслѣдованія истины» [3]. Правовый порядокъ (Rechtsordnung) есть поря-

---

объективной истины. Но на стр. 411: «состязательное начало есть принципъ, правило; но коль скоро жизнь указываетъ на вредъ, проистекающій отъ безусловнаго примѣненія его, оно должно быть ограничено». Въ какомъ отношеніи «вредъ»? Къ тому же, разъ «процессъ есть средство осуществленія гражданскаго права», то о какомъ «вредѣ» можетъ быть рѣчь?! Иное пишетъ авторъ въ 1890 г. См. въ томъ же т. I ст.: «Правда и милость», стр. 245: «Если стремленіе къ этой неполной, формальной истинѣ есть задача суда, то значитъ, гражданскій судъ не есть судъ правды».

[1] *A. Plosz.* Beiträge zur Theorie des Klagrechts. Leipz. 1880, стр. 146: «Его интересъ ограничивается тѣмъ, чтобы вообще было судоотправленіе (Rechtspflege), чтобы были охранены правомочные интересы сторонъ». *R. Canstein*, ук. с. (Rede), 8. *Е. Васьковскій*, т. I. 380: «для него важно лишь, чтобы побѣда была одержана безъ нарушенія установленныхъ правилъ процессуальнаго поединка». *A. Wach.* Vorträge, 53, 199.

[2] Наиболѣе энергично отрицаетъ Lügenverbot («weil dem Staate alles Interesse an dem Objecte des Civilprozesses mangle») *A. Wach,* Defensionspflicht, Grünh. Z. VI, 547 сл., Vorträge 218. Авторъ озабоченъ и тѣмъ, что при принципѣ состязательности многія нарушенія запрещенія лжи останутся ненаказанными. Но онъ признаетъ (Grünh. Z. VII, 171), что «принципіально» недобросовѣстное поведеніе въ процессѣ не имѣетъ права на существованіе. Изъ старыхъ юристовъ: *Wetzell* System § 19 «правдивость—дѣло совѣсти». *R. Pollak,* Ger. Gest. стр. 15 сл. ставитъ во взаимную связь ростъ авторитета принципа диспозитивности (со временъ Savigny) съ крушеніемъ доктрины «обязанности къ правдивости».

[3] *O. Bülow.* Das Geständniss., 231, 244.

докъ мира (Friedensordnung). А задача суда—возстановленіе Rechtsfriedens. Поэтому государство противорѣчило бы своей задачѣ, оно нарушило бы правовый миръ, если вмѣшивалось бы въ частныя дѣла, гдѣ царитъ миръ и согласіе [1].

Отсюда и непосредственный выводъ: задача суда — достигнуть согласныхъ утвержденій сторонъ, и разъ таковыя сдѣланы— положить ихъ въ основу своего рѣшенія, — независимо отъ убѣжденія суда въ ихъ правдивости [2].

II.

Представители той традиціонной доктрины, которая нами представлена въ предшествующей главѣ, сущность состязательнаго начала,—въ смыслѣ пассивности судьи—понимали, какъ постулатъ гражданскаго процесса, вытекающій изъ природы частныхъ правъ, защищаемыхъ на судѣ. Стороны имѣютъ монопольное «право» представлять процессуальный матеріалъ суду, и этому праву соотвѣтствуетъ «обязанность» судьи воздержаться отъ активнаго вмѣшательства въ ходъ процесса. Эта школа, такимъ образомъ, ставитъ принципы состязательности, диспозитивности и свободнаго почина сторонъ въ неразрывную связь съ началомъ распоряжаемости частныхъ правъ, каковые и объединяетъ въ одномъ общемъ принципѣ «состязательности» въ широкомъ смыслѣ слова. (См. напр., *Wach.* Vorträge 55 сл.).

Родоначальникомъ и виновникомъ смѣшенія (вѣрнѣе—объединенія) этихъ понятій обычно выставляютъ Gönner'a (Handb. § VIII), который расширилъ понятіе открытаго имъ «Verhandlungsmaxime», включивъ сюда и положенія, вытекающія изъ другихъ процессуальныхъ принциповъ. Эта ошибка издавна чувствовалась уже старыми юристами, какъ *Wetzell* (System §§ 13, 43), *W. Endemann* (Der d. Civilpr. Bd. I, 1888, стр. 436 сл.), *Birkmeyer* (Zeit. f. d. Civilpr. VII, стр. 159, прим. 79).

Но и эти юристы, хотя и противопоставляли съ внѣшней стороны принципъ состязательности—(положеніе, вліяющее на положе-

---

[1] *O. Bülow*, ук. с. 244: «Das quieta non movere!» ist auch für das Verhalten des Staates zu den Privatangelegenheiten, die einzig richtige Politik!» *V. Canstein* Rat. Grundl. 11, считаетъ, повидимому, достаточнымъ если въ результатѣ рѣшенія спокойствіе получитъ судья. «Судья, обязанный дать рѣшеніе согласно своему убѣжденію, желаетъ успокоенія своей совѣсти (Beruhigung für sein Gewissen) въ томъ, что онъ достигъ матеріальной правды».

[2] *R. Pollak.* Zur Lehre von Stoffsammlung 14: «Das Ziel ist hiebei die Erzielung ubereinstimmender Geschichtserzählungen der Parteien». Ср. *I. Kohler.* Der Prozess als Rechts. (1888), 124. *Е. Васьковскій.* Курсъ I, 386. *К. Анненковъ.* Опытъ II, 337; *Hartzfeld.* Der Streit der Parteien. Berlin 1911, гл. III, говоритъ о борьбѣ съ «Streitlust» и объ обезпеченіи миролюбиваго настроенія (Friedensatmosphäre) сторонъ. Судья, вмѣшивающійся энергично въ дѣло, есть «ein durch Streitlust irritierter Richter». Практическіе выводы изъ этой идеи дѣлаетъ *Degenkolb*, Einlassungszwang und Urteilsnorm. Leipzig 1877, 43 сл., 152 сл. Невступленіе отвѣтчика въ процессъ должно быть разсматриваемо, какъ молчаливое «Einlassung», и въ смыслѣ изъявленія не желанія спорить. «Die Einlassung eine Notwendigkeit ist, um die Rechtsordnung zur Friedensordnung zu gestalten». (Довольно натянутый выводъ)!

ніе судьи) принципу диспозитивности—(положеніе, указывающее на зависимость преслѣдованія права отъ частнаго произвола сторонъ), но это различеніе не идетъ у нихъ далѣе внѣшней стороны. Всѣ они объявляютъ принципъ состязательности «обратной стороной» принципа диспозитивности (*Wetzell* § 43; *Endemann* Arch.-Prax. 49, стр. 18, ук. с. 436), и, наконецъ, окончательно стираютъ внутреннее различіе этихъ принциповъ тѣмъ, что изъ господства сторонъ надъ спорнымъ правомъ (притязаніемъ!) выводятъ господство сторонъ надъ спорнымъ отношеніемъ (составомъ фактовъ!)

Мы не останавливались бы поэтому дольше надъ этимъ этапомъ въ развитіи ученія о состязательности гражданскаго процесса, если бы нѣкоторые юристы, съ крупнымъ научнымъ именемъ, не присваивали бы себѣ пріоритетъ и не ставили бы себѣ въ заслугу строгое разграниченіе по внутреннимъ признакамъ понятій «до нихъ смѣшиваемыхъ»: состязательности, диспозитивности, свободнаго почина сторонъ.

Такъ, австрійскій ученый *R. v. Canstein,* Die rationellen Grundlagen des Civilprozesses. Wien 1877, упрекая (стр. 185) Wetzell'a и Endemann'a въ «невыдержанности» сознаваемаго ими различенія указанныхъ понятій, указываетъ на свою заслугу (170) устранить эту погрѣшность. Этотъ ученый даетъ такую схему (стр. 179 сл.). «Право распоряженія сторонъ» выражается въ трехъ направленіяхъ: 1) Сторонамъ предоставлено возбужденіе и сохраненіе внѣшняго хода процесса—(Prozessenbetrieb). 2) Судья долженъ уважать право распоряженія сторонами ихъ правовыми притязаніями—(Dispositionsmaxime). 3) Стороны суть хозяева фактическаго и доказательнаго матеріала (Sachverhalt) — (Verhandlungsmaxime). Въ основѣ «принципа диспозитивности лежитъ» die Verzichtbarkeit der Privatrechte (стр. 186). Но... «тотъ кто можетъ распоряжаться притязаніемъ, тотъ можетъ распоряжаться и средствами для осуществленія онаго. А этими послѣдними являются не только требованія и контръ-требованія, но и обосновывающіе ихъ факты и доказательства» (Der Zweck des Civilpr., 16, Rat. Grundlag. 195)!

А отсюда выводъ — «принципъ состязательности есть полномочіе сторонъ касательно спорнаго предмета и всего процесса въ цѣломъ» (Rat. Grund. 185)! «Поэтому, требованія, обнимаемыя принципомъ состязательности (касательно положенія судьи), суть слѣдствія (Folgen, «Kehrseite») (!) «принципа диспозитивности» (стр. 189) [1]. На основаніи принципа состязательности, стороны являются хозяевами фактической стороны дѣла и доказательствъ [2].

---

[1] *Canstein,* Rat. Gr. 189: «Требованія принципа состязательности суть не самостоятельныя требованія особой процессуальной максимы, а только, слѣдствіе (Folge) (!!) формальнаго диспозитивнаго права состязающихся процессуальныхъ субъектовъ. Поэтому, положенія: «judex non procedat ex officio», «et ne eat ultra petita partium», оправдываются лишь въ той мѣрѣ, поскольку хватаетъ формальныхъ распорядительныхъ полномочій сторонъ».

[2] Стр. 197: «Сторонамъ предоставлена свобода признавать невѣрные факты, какъ истинные (формальное признаніе), и отрицать дѣйствительно бывшіе факты (формальное возраженіе)».

А посему, въ силу принципа состязательности, судья не можетъ отнять у сторонъ права (!) свободно распоряжаться составомъ фактовъ (стр. 198).

Не трудно замѣтить, что научная заслуга, виндицируемая себѣ v. Canstein'омъ, не велика. Gönner три принципа объединялъ подъ общимъ терминомъ «Verhandlungsmaxime», а v. Canstein объединяетъ ихъ подъ инымъ терминомъ «Dispositionsrecht». Принципъ диспозитивности, какъ распоряжаемость притязаніемъ ведетъ къ принципу состязательности: распоряжаемости фактами—(«Substanciirung der Rechtsansprüche»). На стр. 189 авторъ принципъ состязательности обосновывалъ и оправдывалъ диспозитивностью; а на стр. 198 уже диспозитивность у него вытекаетъ изъ принципа состязательности! И, въ концѣ-концовъ, одно есть «Folge» другого! И добавимъ, ко всему этому то, что и *v. Canstein* нигдѣ не указываетъ какую научную цѣнность имѣетъ предлагаемое имъ различеніе. Да это и было бы трудно сдѣлать, разъ все различеніе покоится на внѣшнихъ проявленіяхъ.

Ученіе v. Canstein'a со всѣми его погрѣшностями было перенесено на русскую почву проф. *Е. Васьковскимъ*. (Курсъ I, §§ 36, 37, 41, 48, 49; учебникъ гражданскаго процесса, 1914 г. §§ 25, 29, 36).

Лейтъ-мотивъ и исходный пунктъ всего его построенія—все та же старая доктрина. «Если обладатель гражданскаго права можетъ свободно распоряжаться имъ до процесса и внѣ процесса, если онъ можетъ даже совершенно отказаться отъ него, то нѣтъ основанія лишать его такого же свободнаго распоряженія во время процесса». (Курсъ 367; учебникъ, 146). Такъ же, какъ и Канштейнъ, авторъ различаетъ: 1) диспозитивность, въ смыслѣ распоряжаемости требованіями[1] (Курсъ стр. 355, 365, 367); 2) состязательность въ смыслѣ права сторонъ свободно распоряжаться фактическимъ матеріаломъ въ процессѣ[2] (стр. 379, 381, 391, 393); и 3) свободный починъ сторонъ, въ смыслѣ почина въ поступательномъ движеніи процесса (стр. 457 сл.).

Авторъ не одобряетъ объединенія этихъ принциповъ подъ общимъ названіемъ «состязательности»: «каждый изъ нихъ имѣетъ самостоятельное значеніе и можетъ существовать безъ другихъ» (стр. 464).

Но болѣе внимательное чтеніе сотвѣтствующихъ страницъ «курса» показываетъ, что авторъ его въ своихъ воззрѣніяхъ не пошелъ далѣе того историческаго пункта въ развитіи научной мысли, который отмѣчается работами v. Canstein'a. И у него принципъ состязательности обусловливается «характеромъ тѣхъ правъ, о которыхъ идетъ рѣчь въ гражданскомъ процессѣ» (381, 391), и является дальнѣйшимъ развитіемъ «принципа формальной диспозитивности» (381). Изъ принципа диспозитивности дѣлается выводъ о монопольномъ правѣ сторонъ «собирать

---

[1] Такъ же какъ *Канштейнъ* (Rat. Gr. 189), и *Е. Васьковскій* (369) процессуальную диспозитивность строго измѣряетъ матеріально правовой распоряжаемостью предметомъ процесса.

[2] Т.-е. принципъ состязательности есть норма поведенія для тяжущихся, а не для суда!

фактическій матеріалъ» (382), что сводится—замѣтимъ здѣсь словами *Klein'a* (Pro futuro 13—14) къ «праву» сторонъ на постановленіе судами неправильныхъ рѣшеній, т.-е. рѣшеній, не соотвѣтствующихъ фактическимъ обстоятельствамъ каждаго разбираемаго дѣла. А какъ согласовать этотъ неизбѣжный выводъ съ «постулатомъ матеріальной правды», который выставляется на стр. 356 авторомъ (и подъ коимъ онъ, именно, понимаетъ указанное соотвѣтствіе!),—это мы рѣшительно не понимаемъ [1]!

Мы видимъ, такимъ образомъ, что доктрина Canstein'a отнюдь не можетъ претендовать на такое самостоятельное научное значеніе, которое она себѣ приписываетъ: поворотнымъ пунктомъ въ исторіи доктрины состязательности гражданскаго процесса она считаться не можетъ [2]. Первый дѣйствительно важный этапъ въ интересующемъ насъ вопросѣ научная мысль достигла тогда, когда процессуалисты дошли до сознанія, что состязательное начало не истекаетъ изъ диспозитивности, а обязано особымъ процессуальнымъ же требованіямъ [3]. Частное право всюду и всегда было «распоряжаемо», а процессъ строился въ различныхъ странахъ на слѣдственномъ (напр., Прусскій Проц. Кодексъ Фридриха II) или состязательномъ началѣ, смотря по взглядамъ законодателя на цѣлесообразность того или иного начала [4].

Самое слабое мѣсто въ традиціонной концепціи состязательности (и послѣ Canstein'a) было ученіе о «правѣ» сторонъ распоряжаться

---

[1] На часто высказанное въ литературѣ соображеніе, что процессъ долженъ служить реальнымъ потребностямъ жизни: судъ долженъ охранять дѣйствительно существующія правоотношенія,—авторъ отвѣчаетъ (386): «Конечно, процессъ долженъ служить реальнымъ, а не призрачнымъ потребностямъ жизни. Но граждане испытываютъ потребность не въ томъ, чтобы ихъ взаимно-юридическія отношенія въ области частной жизни изслѣдовались и устанавливались судомъ помимо и даже вопреки ихъ волѣ, а въ томъ, что бы они, въ случаѣ надобности, могли обратиться къ посредничеству суда и при его содѣйствіи осуществить свои юридическія требованія». Но это—не отвѣтъ на вопросъ! «Случай надобности» не есть случай блажи сторонъ!

[2] А въ болѣе поздней работѣ, громкой по заглавію, но довольно безсодержательной: «Der Zweck des Civilprocesses» (Graz 1902. Rede) авторъ впадаетъ совершенно въ ультра-консервативный тонъ и задачей процесса отводитъ логическую повѣрку судомъ правильности вывода сторонъ изъ закона и выставляемыхъ ими обстоятельствъ дѣла.

[3] *Н. Гредескулъ.* Къ оцѣнкѣ теоріи состязательнаго начала. Ж. Спб. ю. о. 1898, кн. 2, отмѣчая это явленіе, поднимаетъ вопросъ: «Не вытекаетъ ли состязательное начало всецѣло изъ требованій, вполнѣ процессуальныхъ, не имѣющихъ ничего общаго съ характеромъ матеріальныхъ правъ и стремящихся осуществить только цѣль, присущую процессу, какъ совершенно особому, вполнѣ самостоятельному юридическому институту?»—На этотъ вопросъ авторъ отвѣта не даетъ. Но на это отвѣтъ данъ въ литературѣ 90-хъ годовъ. См. въ особенности работы *R. Pollak.* Gerichtliches Geständniss im Civilprozesse. Berlin 1893. стр. 73 сл., *Fr.Klein.* Pro futuro. Betrachtungen über Probleme der Civilprocessreform in Oesterreich. Wien 1891, стр. 12 сл.

[4] Исторію состязательнаго начала въ разныхъ странахъ см. *Fr. Klein,* ук. соч. 24 сл. *Pollak,* Ger. Gest. 74 сл. *Fr. Klein,* Schuldh. Part. 126 сл.

фактической основой ихъ притязаній: обстоятельствами дѣла, доказательствами. На это центральное мѣсто старой доктрины и направили свои стрѣлы юристы новой школы.

Въ остроумной брошюрѣ «Der Prozess als Rechtsverhältniss (Mannheim 1888) *J. Kohler* высмѣиваетъ это воззрѣніе. «Стороны могутъ распоряжаться ихъ притязаніями, но отсюда отнюдь не слѣдуетъ, что онѣ имѣютъ право, вмѣсто дѣйствительно существующаго состава фактовъ, подставлять любую ими выдуманную категорію фактовъ и объявлять ее существующей. Процессъ приноровленъ къ дѣйствительности, а не къ фиктивнымъ отношеніямъ (стр. 18) «Ueber Thatsachen gibt es keine Disposition. Thatsachen sind wahr oder nicht wahr; keine Macht der Erde kann den Bann der Vergangenheit brechen und in die Zeiten die nicht mehr sind, Thatsachen legen, welche jenen Zeiten fremd geblieben sind». Стр. 19: «Die Rechtsprechung ist nicht dazu da, den Launen der Parteien zu fröhnen: sie ist dazu da, den realen Bedürfnissen des Lebens zu entsprechen». Поэтому,—основной принципъ процесса есть не право, а отсутствіе права сторонъ распоряжаться фактами и доказательствами. И если этотъ «основной принципъ въ отдѣльныхъ случаяхъ нарушается,—это покоится на томъ, что къ услугамъ судьи—не стоятъ всѣ источники познанія» (стр. 11).

Положеніе:—общаго субъективнаго права утверждать или оспаривать въ процессѣ любые факты не существуетъ—было подвергнуто глубочайшему анализу и юридическому обоснованію въ трудахъ: *Fr. Klein* Die Schuldhafte Parteihandlung. Wien 1885, стр. 31, и его же «Pro futuro». Wien 1891, стр. 21 сл., гдѣ авторъ убѣдительно доказываетъ, что «Disposition über das Privatrecht» не то же, что и «Souveränität über das Processinstitut». Та же мысль развивается и подкрѣпляется солидными аргументами у *Dr. J. Trutter*. Bona fides im Civilprozesse. (München 1892), стр. 59 сл., 76 сл. [1]), и еще болѣе обширномъ изслѣдованіи *Dr. R. Pollak*, Gerichtliches Geständniss (Berlin 1893), стр. 74 сл. Послѣдній юристъ доказываетъ, что «стороны не имѣютъ никакого права господствовать надъ составомъ фактовъ, фиксировать ихъ. Существуетъ для нихъ лишь принужденіе (Nöthigung) представить суду этотъ составъ фактовъ, согласно истинѣ» [2]. Принципъ состязательности, такимъ образомъ, долженъ быть понимаемъ не какъ право, а какъ принужденіе сторонъ къ представленію оправдывающаго ихъ притязанія матеріала [3].

Но институтъ судебнаго признанія оказался подводнымъ камнемъ, о которомъ разбилась доктрина только что представленныхъ

---

[1] Въ болѣе консервативномъ духѣ написанъ трудъ того же автора: «Ueber prozessualische Rechtsgeschäfte» München 1890. Здѣсь (стр. 310 сл.) авторъ уже говоритъ о «Feststellungsrecht» сторонъ, касательно обстоятельствъ дѣла.

[2] Такимъ образомъ, различіе концепціи *Pollak'a* отъ господствующаго мнѣнія то, что онъ на мѣсто «Behauptungsrecht» выдвигаетъ »Behauptungslast». Здѣсь—приглашеніе сторонамъ: если онѣ желаютъ такого-то постановленія суда, имъ надлежитъ представить такой-то фактическій матеріалъ.

[3] Принципъ диспозитивности этотъ и другіе юристы понимаютъ въ смыслѣ полномочія сторонъ распоряжаться ихъ притязаніями.

юристовъ. Всѣ представители указаннаго направленія должны были считаться съ тѣми нормами положительныхъ законодательствъ, въ коихъ судебному признанію придается безусловная связывающая сила, обязательная для суда, независимо отъ правдивости признанныхъ фактовъ. Логика требовала сдѣлать тотъ выводъ, что разъ каждая изъ сторонъ не имѣетъ «права» устанавливать любые (вымышленные) факты, то и обѣ стороны также не могутъ имѣть этого права. Но по какимъ же соображеніямъ исключать дѣятельность судьи при фиксаціи фактовъ согласнымъ заявленіемъ сторонъ (суд. признаніе)?!

На этотъ вопросъ юристы указаннаго направленія, исходя изъ различныхъ исходныхъ пунктовъ своихъ разсужденій и пользуясь иной терминологіей, приходятъ въ сущности къ одному выводу, который сводится къ слѣдующему. Сторона, которая не дѣйствуетъ такъ, гдѣ и какъ она должна дѣйствовать, должна приписать себѣ самой неблагопріятныя послѣдствія своего поведенія. Ея интересъ долженъ ее побуждать дѣйствовать,—и дѣйствовать добросовѣстно. Послѣдствія признанія подчинены тому же принципу отвѣтственности сторонъ передъ самими собою (Selbtsverantwortlichkeit). Jus caventibus scriptum est! [1].

Принципъ состязательности нуждается еще и въ другомъ оправданіи. Возможно, что сторона или стороны представятъ ложный или неполный составъ фактовъ. Почему гражданскій процессъ терпитъ эту ложь? Ибо ясно, что «Selbstverantwortlichkeit» покрываетъ ущербъ, падающій на сторону, а не ея пользу. Но искоренить ложь въ процессѣ немыслимо. Она всегда сумѣетъ проникнуть въ процессъ.

И бороться съ этимъ явленіемъ во что бы то ни стало всѣми мѣрами запрещаетъ постулатъ процессуальной экономіи (Prozessökonomie). Въ уголовномъ процессѣ признаніе есть только доказательство. Въ гражданскомъ процессѣ—формальное доказательство (formaler Beweis). Въ гражданскомъ процессѣ «ist der Staat sparsamer, oekonomischer». Судьѣ разъ навсегда запрещается изслѣдовать истинность судебнаго признанія, ибо не стоитъ допускать такое изслѣдованіе

---

[1] *R. Pollak.* Ger. Gest. 95; *K. Schneider.* Treu und Glauben im Civilprozesse. (München 1903), 41: изъ «Selbstbestimmungsrecht» и «Selbstverantwortlichkeit» сторонъ дѣлаетъ выводъ: «Für eine richterliche Mitwirkungspflicht ist da, wo die Thätigkeit der Partei selbst ruht, offensichtlich kein Platz»—*I. Kohler.* Der Prozess als Rechtsv., 24..... «если стороны желаютъ терять ихъ деньги,—это ихъ дѣло».—*Carstein.* Rede 16.... «es kann sich auch keine Partei darüber beklagen»..... *Fr. Klein.* Pro futuro, 31 говоритъ о «Selbstbestimmungsrecht» сторонъ,—*O. Bulow.* Das Geständnissr. 230: Сторона должна упрекать не правительств. учрежденіе, а самое себя, если она сама ухудшитъ свое положеніе. «Jus vigilantibus scriptum est». Его же Civilpr. Fict-Arch. Praxis LXII 75: «Selbstverantwortlichkeit». *R. Schmidt.* Lehrbuch (190[illegible]), 494: «Die Partei allein ist der berufene Hüter ihrer Interessen». *O. Bulow.* Dispositives Prozessrecht. Arch. f. d. civ. Praxis, Bd. 64, стр. 12 сл. *K. Hellwig.* Lehrbuch II, 13: Отвѣтчикъ, не оспаривающій необоснованный искъ истца, нарушаетъ свой интересъ, но не правовую обязанность.

ради тѣхъ немногочисленныхъ случаевъ, когда оно имѣло бы цѣну. (Правило—суд. признаніе истинно) [1].

Такимъ образомъ, только что изложенная нами доктрина знаменуетъ собою поворотный пунктъ въ исторіи развитія ученія о состязательности процесса. Понимая въ общемъ и цѣломъ—принципъ диспозитивности такъ же, какъ и старая школа, она въ ученіи о состязательности отнимаетъ у старой школы основу всего традиціоннаго построенія гражданскаго процесса: «право сторонъ на произвольное установленіе фактической стороны дѣла». Но замѣтимъ теперь же: это завоеваніе научной мысли не было послѣднимъ словомъ науки. Какъ только дѣло дошло до положительнаго установленія иного основанія принципа состязательности, новая школа не имѣла мужества сдѣлать всѣ логическіе выводы изъ своихъ критическихъ разсужденій. На мѣсто «диспозитивности» она поставила иные постулаты: «Selbstverantwortlichkeit» и «Prozessökonomie». Если старая школа говорила: «Процессъ необходимо построить на принципѣ состязательности; вмѣшательство же суда допустимо въ той мѣрѣ, въ какой оно не противорѣчитъ принципу диспозитивности»,—то новая школа говоритъ: «Процессъ необходимо построить на принципѣ состязательности; вмѣшательство же суда допустимо въ той мѣрѣ, въ какой оно не противорѣчитъ постулатамъ самоотвѣтственности сторонъ и процессуальной экономіи».

III.

Наше убѣжденіе таково, что господствующія ученія о диспозитивности и состязательности процесса покоятся или на невѣрномъ пониманіи цѣли гражданскаго процесса (Гл. I) или на непримѣненіи вѣрной концепціи гражданскаго процесса къ интересующему насъ вопросу (Гл. II). Постараемся выяснить, что есть цѣннаго въ новѣйшихъ ученіяхъ о сущности и задачахъ гражданскаго процесса и какъ это цѣнное должно быть использовано въ дѣлѣ установленія основныхъ началъ гражданскаго процесса [2].

---

[1] *R. Pollak.* Ger. Gest. 96 сл., 113. *O. Bülow.* Das Gest. 235: суду ставятся «so viele knappe zeitliche Schranken», что о достиженіи матеріальной правды нельзя и мечтать. Изъ старыхъ юристовъ: *Dr. Fh. Heidenfeld.* Die Dispositionsbefugniss der Parteien im Civilprozess. Berlin, 1868, стр. 100: «Не считаясь съ признаніемъ, мы хватили бы далеко за цѣль процесса—установить спорное, была бы вызвана опасность продолжительныхъ повѣрокъ доказательствъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ и проволочекъ процессовъ»... *Проф. Е. Васьковскій.* Курсъ, 362, также выставляетъ «постулатъ процессуальной экономіи»: «съ наименьшими усиліями достигать наибольшихъ результатовъ». Но авторъ не углубляетъ проблемы, и его соображенія не касаются вопроса о вынужденномъ оправданіи фиксаціи фактовъ (вѣдь авторъ принципіально принимаетъ это право сторонъ: въ этомъ вся сущность и содержаніе принципа состязательности). Способами этой «процессуальной экономіи» авторъ выставляетъ: обезпеченіе быстроты (§ 49) и дешевизны (§ 50) производства.

[2] Въ интересахъ краткости намъ приходится сократить догматическую разработку нашей темы.

1.

Совершенно недопустимому перенесенію въ публично-правовую область гражданскаго процесса цивилистическихъ представленій, понятій и терминовъ надо приписать ученіе о незаинтересованности государства въ конкретномъ изслѣдованіи и рѣшеніи, — ни лично, ни даже въ качествѣ представителя государственной власти. Конечно, обществу все равно — *A* или *B* — собственникъ предмета *X*. Государственная власть непосредственнаго интереса въ осуществленіи даннаго конкретнаго гражданскаго права не имѣетъ. Но было бы логической ошибкой заключать, что государство заинтересовано только въ «ненарушеніи установленныхъ правилъ процессуальнаго поединка» (*Е. Васьковскій*, I, 380), и не имѣетъ высокаго публично-правового интереса въ правильномъ разрѣшеніи споровъ. Предоставляя свои услуги въ дѣлѣ возстановленія нарушеннаго права, государство устраняетъ тѣмъ самымъ другіе пути (напр. самоуправство) къ возстановленію нарушенныхъ правъ, которые повредили бы правовому порядку. Но если бы государство организовало процессъ такъ, что несуществующія права получали бы свое «установленіе» путемъ процесса, государство всегда рисковало бы, что та или иная тяжущаяся сторона, сама вызвавшая въ данный моментъ своимъ поведеніемъ конкретное рѣшеніе, послѣ будетъ сѣтовать на государственную власть и обвинять ее въ постановленіи неправильнаго рѣшенія. (О «Selbstverantwortlichkeit» рѣчь будетъ идти ниже) [1].

Публичный интересъ заинтересованъ и непосредственно въ постановкѣ правильныхъ рѣшеній, ибо неправильныя рѣшенія всегда служатъ открытымъ, временно засыпаннымъ источникомъ новыхъ раздоровъ и ссоръ между сторонами [2]. Посему, государство существенно заинтересовано въ томъ, чтобы лишь дѣйствительно управомоченный и лишь противъ неуправомоченнаго былъ защищенъ, чтобы офиціальная власть не служила тому, чтобы сдѣлать длящимися и

---

[1] И это сѣтованіе тѣмъ болѣе будетъ справедливо, что процессуальныя послѣдствія дѣятельности сторонъ отнюдь не базируются на волѣ сторонъ. Процессъ считается не съ волею, а съ изъявленіемъ ея. А это изъявленіе можетъ быть провоцировано болѣе ловкимъ противникомъ. Пользованіе цивилистическими понятіями въ области гражданскаго процесса привело къ невѣрной трактовкѣ проблемы.

[2] *K. Hellwig.* Lehrbuch II, 41: «Гражданскій процессъ не менѣе, чѣмъ и уголовный, есть государственное учрежденіе, которое назначено къ охраненію права, и вовсе не есть учрежденіе, при которомъ отъ случая или ловкости или безсовѣстности сторонъ зависитъ, кто выйдетъ побѣдителемъ». «И въ гражданскомъ процессѣ судебное рѣшеніе, не являющееся выраженіемъ права, есть явленіе, на которое не только можетъ сѣтовать неправильно побѣжденная сторона, но которое противорѣчитъ публичному интересу. Авторитетъ юстиціи будетъ оскорбленъ, если судоотправленіе будетъ учрежденіемъ, черезъ посредство котораго право превращается въ неправо».

санкціонировать исходящія отъ отдѣльныхъ лицъ правонарушенія. «Незаинтересованность государства оканчивается при частно-правовыхъ столкновеніяхъ съ момента обращенія къ суду» [1].

Если эта простая и ясная истина не получала признанія, то, намъ думается, по той причинѣ, что процессуалисты, ослѣпленные «диспозитивной теоріей», не отдавали должнаго уваженія самостоятельному публично-правовому авторитету, который надлежитъ цѣли и сущности гражданскаго процесса. Цѣль процесса — защита, установленіе и осуществленіе гражданскихъ правъ; но отнюдь не созданіе гражданскихъ правъ [2]. И судебное рѣшеніе, тѣмъ и отличается отъ гражданской сдѣлки, что оно не имѣетъ цѣлью и не обладаетъ силою измѣнить существующее правовое состояніе [3].

По справедливому выраженію проф. *Б. Попова*, судъ не есть нотаріальная контора, гдѣ заключались бы полюбовныя сдѣлки съ контрагентомъ, не такова и задача правосудія [4]. И если бы мы оспаривали это положеніе, то мы пришли бы къ совершенно непріемлемому выводу, что судебное рѣшеніе, благопріятное истцу, снабжаетъ его не принадлежащими ему правами, а рѣшеніе истцу неблагопріятное отнимаетъ ему принадлежащія права. Иначе говоря, судебное рѣшеніе, вмѣ-

---

[1] *Klein.* Die Schuldh. Parteih., 128; *I. Kohler,* Der Proz. als Rechtsv. 24, утверждаетъ, что «право распоряженія сторонъ, какъ основной принципъ процесса, деградируетъ судъ и превращаетъ правосудіе въ неправосудіе. Но если, вслѣдствіе согласія сторонъ ими будетъ достигнутъ другой результатъ, — это совмѣстимо съ положеніемъ и авторитетомъ юстиціи» («negirt ebensowenig die Stellung und Autorität der Justiz»). Съ этимъ согласиться нельзя. Конечно, объ оскорбленіи суда не можетъ быть и рѣчи, но не въ этомъ смыслѣ и идетъ рѣчь, когда говоримъ о «деградаціи суда». Но и при «согласіи сторонъ» цѣль процесса остается недостигнутой,—а въ этомъ вся суть проблемы.

[2] *R. Pollak.* Ger. Gest. 77: «Bestehende Rechte sollen geschützt, festgestellt, durchgesetzt, nicht neue in ihm geschaffen werden». *F. Vierhaus.* Ueber die socialen und wirtschaftlichen Aufgaben des Zivilprozesgesetzgebung. Berlin, 1903, стр. 50.

[3] *Fr. Klein.* Pro futuro 13: недопустимо пользованіе процессомъ «zu Rechtsgeschäftszwecken». Кромѣ того, нельзя исходить изъ неправдоподобнаго предположенія: «rechtsgeschäftliche Absicht» у лицъ, начинающихъ и ведущихъ процессъ. *O. Bülow.* Das Gest. 89: «Das Gericht macht im Prozess nie Geschäfte!» Истинную роль судебнаго рѣшенія, какъ «Stempel staatlicher Rechtsgewähr» выясняетъ *O. Bülow.* Absolute Rechtskraft des Urteils. Arch. Prax. 83 (1894), стр. 1 — 152. По нашему мнѣнію, напрасно смущаются *Pollak* (стр. 77) и *O. Bulow* (Das Gest. 89), «правообразующими исками», объявляя ихъ «исключеніями», снабжающими судъ несвойственными ему функціями. На самомъ же дѣлѣ, рѣшеніями и по этимъ искамъ не создается впервые новаго права. «Право» родилось до суда, въ тотъ моментъ, когда совпали всѣ условія для измѣненія прежняго правосостоянія; и эти рѣшенія не имѣютъ конститутивнаго значенія!

[4] *Б. Поповъ.* Распредѣленіе доказательствъ. (Харьковъ. 1905 г.), стр. 116. Разъ судъ выступилъ въ роли изыскателя матеріальной истины, съ цѣлью воздать Suum cuique, всѣ его дѣйствія, направленныя на выясненіе истины, правомѣрны. «Словомъ, судиться, такъ судиться, мириться, такъ мириться; а смѣшивать «два эти ремесла» можно только ко вреду ихъ обоихъ» (117). Подробно эту мысль развиваетъ *Th. Heidenfeld.* Die Dispositionsbefugniss der Parteien im Civilprozess. Berlin. 1868, стр. 70 сл.

сто того, чтобы охранять существующія права, совершало бы несправедливость [1].

Но имѣютъ ли право частныя лица такъ использовать судебныя учрежденія? Совмѣстимо ли съ организаціей государственныхъ учрежденій право частныхъ лицъ распоряжаться назначеніемъ и цѣлью, ради которой они созданы?

Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что такое распоряженіе, и, вмѣстѣ съ тѣмъ, и возможность смѣшивать функціи отдѣльныхъ учрежденій, стоитъ въ противорѣчіи съ основною идеей раздѣленія труда между разными учрежденіями [2]. Напримѣръ, судебныя казначейства для пріема судебныхъ депозитовъ не могутъ принимать частныхъ депозитовъ. Также судъ, организованный для охраны частнаго права (Privatrechtsbewährung) не можетъ брать на себя функцій нотаріуса, превращающихъ тяжбу въ «фиктивный» или «конвенціональный» процессъ, недѣйствительность коихъ для современнаго права общепризнана [3].

Итакъ, мы приходимъ къ тому выводу, что какое содержаніе мы ни вливали бы въ принципъ состязательности, — сильнѣе этого принципа является сущность и цѣль гражданскаго процесса! Изъ полномочія къ распоряженію ихъ частно-правовыми отношеніями никакъ нельзя вывести «право» сторонъ, какъ на искаженіе назначенія суда, такъ и на опредѣленіе мѣры истинности рѣшенія [4].

---

[1] *O. Bülow.* Das Gest. 90. Авторъ (стр. 74 сл.) опровергаетъ воззрѣніе, что процессуальными дѣйствіями можно распоряжаться матеріальнымъ правомъ. Объектомъ воздѣйствія ихъ является дѣятельность судьи по постановленію судебнаго рѣшенія. Съ этой точки зрѣнія, процессуальныя дѣйствія имѣютъ на содержаніе рѣшенія процессуально-правовое, т.-е. публично-правовое вліяніе. Ихъ творческая сила не выходитъ за предѣлы чисто подготовительной, процессуальной службы, а потому они не могутъ быть обсуждаемы, какъ «актъ распоряженія». Процессуальный обликъ даетъ «теоріи распоряженія» *Laurent.* Principes XX (1876), стр. 205: «Если отвѣтчикъ признаетъ свой долгъ, споръ разрѣшенъ; судья въ своемъ собственномъ дѣлѣ, должникъ постановилъ рѣшеніе противъ самого себя». Это невѣрно. Разъ есть процессъ, значитъ, что стороны довѣрили свой споръ суду, какъ органу власти, отъ котораго каждая изъ сторонъ ждетъ не рѣшенія, какое ей угодно, а объективно правильное рѣшеніе. Ни въ одномъ процессѣ сторона не можетъ разсматриваться, какъ «судья въ своемъ собственномъ дѣлѣ», ибо судятъ не стороны, а судъ. Близко къ выводамъ Бюлова, но изъ иныхъ разсужденій, подходитъ *Dr. I. Trutter.* Ueber prozess. Rechtsg., 10: Юридическій интересъ — необходимое предположеніе всякаго субъективнаго права,—совсѣмъ другой при субъективномъ гражданскомъ правѣ, чѣмъ при суб. процессуальномъ правѣ. Процессуальный интересъ отличается своею несамостоятельностью. «Отд. проц. дѣйствіемъ не осуществляется никакого частно-правового самостоятельнаго интереса; оно не имѣетъ самостоятельной цѣнности, а есть лишь средство къ цѣли: охраненію права».

[2] Это положеніе доказываетъ на почвѣ австрійскаго права *F. Klein,* Pro futuro, 15.

[3] Литературу вопроса см. у *Pollak,* Ger. Gest. стр. 83, прим. 227.

[4] *R. Pollak,* Ger. Gest. 79: «Обращаться ли къ суду и защищаться противъ иска — это дѣло тяжущихся. Но какъ устроенъ гражданскій процессъ, — это есть исключительное дѣло государства; на этотъ вопросъ частно-правовая природа

Этими соображеніями опредѣляется здравое отношеніе процессуальной науки къ постулату матеріальной правды. Странную судьбу терпитъ этотъ пасынокъ процессуальной науки! Всѣ его гладятъ по головкѣ, но рѣдко кто желаетъ принять въ немъ участіе. *A. Wach* (Vorträge 199, 210, 214) говоритъ, что «установленіе истины не есть цѣль гражданскаго процесса», «но если матеріальная правда есть лишь случайный результатъ, то, съ другой стороны, это есть результатъ aufs Jehnlichste zu wünschen».

Но изъ того, что невозможно всегда добиться истины, отнюдь нельзя заключить, что завѣдомая неправда должна быть изначала принимаема въ уваженіе, ибо правда и только правда должна быть повсюду и оставаться цѣлью процесса! [1].

Господствующее ученіе держится не менѣе неопредѣленнаго отношенія къ этому постулату. *V. Canstein* (Rede 6, сл.) выставляетъ подъ рядъ два положенія: «установленіе правды есть цѣль всякаго процесса» и «выясненіе правды черезъ судъ или др. публичные органы власти допустимо лишь тамъ, гдѣ задѣты публичные интересы». «Съ точки зрѣнія гражданскаго права и гражданскаго процесса, инквизиціонное начало въ гражданскомъ процессѣ безусловно не можетъ быть оправдано и принято» (стр. 8) [2].

Въ другомъ сочиненіи (Rat. Grundl. стр. 29 сл.) v. Canstein высказывается болѣе обстоятельно. Гражданскій процессъ имѣетъ цѣлью рѣшеніе, соотвѣтствующее «dem wirklichen Sachverhalte». Большая ошибка думать, что гражданскій процессъ удовлетворяется «формальной» правдой. Но постулатъ матеріальной правды примѣняется не во всей области тяжебнаго производства. «Въ гражданскомъ процессѣ, вслѣдствіе отрекаемости правъ, сначала сторона рѣшаетъ, оспаривается ли ею правдивость факта и требуется ли ею поэтому установленіе правды, или же ею признается фактъ и потому не требуется установленія правды» [3].

Итакъ, по мнѣнію автора, принципъ матеріальной правдивости вступаетъ въ свои права лишь послѣ того, какъ путемъ су-

---

спорнаго предмета не имѣетъ никакого вліянія. Дѣло идетъ исключительно о формѣ удовлетворенія частнаго права, принять которую стороны могутъ лишь въ томъ видѣ, какъ она имъ предложена».

[1] Самъ *Wach*. Grünh. Z. VII, 171 признаетъ: «Im processualischen Rechtsverkehre, wie im ausserprocessualischen, kann principiell die rechtswidrige, auf Rechtsvereitelung abzielende Gesinnung keine legitime Stätte finden».

[2] *K. Canstein*. Rat. Grundl. 43: «Принципъ матеріальной истины есть требованіе свободы судьи и сторонъ въ пользованіи всѣми возможными средствами и путями къ установленію матеріальной истины въ спорныхъ отношеніяхъ и (противоположеніе инквизиціонному принципу!) безъ возложенія на судью обязанности изыскивать ему неизвѣстныя средства или требовать отъ сторонъ предоставленія такихъ средствъ».

[3] Стр. 29: «Сколь долго продолжается спорность извѣстнаго факта, установленіе правды, какъ и во всякомъ другомъ процессѣ, есть общее право и обязанность сторонъ и судьи».

дебнаго признанія будетъ ограничена и очерчена область спорнаго, и дѣйствуетъ лишь въ этой узкой области [1].

Для насъ ясно, что это—призрачная уступка. Нельзя согласиться съ тѣмъ, что «Dispositionsmaxime» указываетъ на тѣ условія, при коихъ (= спорность факта) матеріальная правда должна быть установлена. Разъ это есть постулатъ «всякаго процесса» (Rede, стр. 6), то это есть постулатъ—въ теченіе всего процесса: онъ долженъ вступать въ свои права не въ какой-либо болѣе поздній моментъ, а уже—съ момента начатія процесса.

Непостижимо въ ученіи v. Canstein'a и взаимное отношеніе «постулата матеріальной правды» и принципа состязательности [2].

Какъ логически можно примирить, что цѣль (Zweck) процесса есть матеріальная правда, а средство для достиженія этой цѣли («Ermittlung der Wahrheit») не находится въ рукахъ судьи?! И какъ согласовать эту «матеріальную правду» съ дальнѣйшими разсужденіями автора (Rede, стр. 8), гдѣ рѣчь идетъ о «Verfügungsrecht» сторонъ, а суду отводится скромная роль «blosse Prüfung des von den Parteien zusammengetragenen Materials» ?! ...

Нѣтъ! Изслѣдуемый въ своей сущности и своихъ цѣляхъ гражданскій процессъ ставитъ насъ въ совершенно иное положеніе къ «постулату матеріальной правды». Право на искъ есть требованіе, обращенное къ суду,—какъ органу власти,—имѣющее своимъ содержаніемъ объективно правильное судебное рѣшеніе, т.-е. сужденіе объ утверждаемомъ правѣ. И отвѣтчикъ имѣетъ право лишь на законномѣрную дѣятельность суда. Но разъ это такъ, то ясно, что стороны должны поставить судъ въ положеніе, при которомъ онъ могъ бы постановить рѣшеніе, соотвѣтствующее дѣйствительному правовому составу фактовъ, т.-е. объективно-правильное рѣшеніе. А это послѣднее возможно только тогда, когда факты, подлежащіе обсужденію суда, будутъ истинными, а не вымышленными. Нашъ выводъ не можетъ быть

---

[1] Въ томъ же смыслѣ: *I. Kohler,* ук. с. 24; *Hellwig.* Lehrbuch II, 42: принципъ состязательности вноситъ извѣстное ограниченіе принципу правдивости. *Азаревичъ.* Ж. Гр. и Уг. Пр. 1888, № 1, стр. 3. *Trutter,* Proz. Rechtsg. 312: Судъ приступаетъ къ выработкѣ своего убѣжденія лишь послѣ того, какъ сторона осуществитъ касательно этихъ фактовъ свое право спора (Bestreitungsrecht).

[2] *Canstein,* Rat. Gr. 30 предупреждаетъ отъ смѣшенія этихъ понятій. «Ибо при слѣдственномъ началѣ судьѣ надлежитъ, какъ обязанность, не только установленіе матеріальной правды, но и изысканіе доказательныхъ средствъ, служащихъ къ этому. Согласно же принципу матеріальной правды установленіе правды надлежитъ, какъ общая обязанность и общее право судьи и сторонамъ, а указаніе на доказательства предоставлено исключительно сторонамъ». Непонятно, почему «общая обязанность» исключаетъ обязанность судьи!! Средствомъ достиженія матеріальной правды должно быть признано, именно «Forschen nach Beweismittel!» Но и этой аргументаціи мы не находимъ у проф. *Е. Васьковскаго,* 1, 356: его «постулатъ матеріальной правды» ни изъ чего не вытекаетъ и стоитъ одиноко и забытымъ среди прочихъ разсужденій о выгодахъ и невыгодахъ того или иного принципа процесса.

лучше выраженъ, какъ словами I. Unger'a (Rede über C. P. O. 1895, стр. 6): «Die Parteien sind die Herren ihrer Ansprüche, nicht aber die Herren der Processstoffes».

Разъ стороны требуютъ отъ судьи разрѣшенія ихъ правового спора, онѣ должны терпѣть то, что судья изслѣдуетъ все дѣло [1].

Съ точки зрѣнія защищаемаго нами правовоззрѣнія, и дѣятельность судьи получаетъ совершенно опредѣленное содержаніе. Мы видѣли выше, что многіе ученые (O. Bülow, Hartzfeld и др.) опредѣляютъ «Rechtsordnung» какъ «Friedensordnung». Тамъ, гдѣ господствуетъ «Ruhe und Frieden» тамъ нѣтъ вмѣшательства суда. Quieta non movere! Задача суда возстановленіе мира (Rechtsfriedens). Судья не долженъ вмѣшиваться, чтобы не раздувать спора. Это построеніе мы считаемъ неправильнымъ.

Теорія O. Bülow'a о «мирѣ и согласіи» ни на чемъ не основана. Она выплыла deus ex machina изъ трафаретныхъ разсужденій автора (стр. 240—246) о сущности частныхъ правъ и принципа состязательности. Ни одно законодательство не ограничиваетъ функцій суда «охраной мира» (это дѣло полиціи). Судъ возстанавливаетъ нарушенныя права. Это—его первая и ближайшая задача! Рѣшеніе слѣдуетъ не для того, что бы использовать первый удобный моментъ, чтобы окончить процессуальное отношеніе, а постановляется для того, чтобы осуществить процессуальную цѣль: авторитетное примѣненіе права къ дѣйствительному составу фактовъ. Процессуальное отношеніе умираетъ, какъ цѣлевое отношеніе. Задача суда—не окончить какъ можно скорѣе споръ, а—разрѣшить споръ. Если судъ (въ силу велѣній закона) и склоняетъ стороны къ миру, то это—не есть то, что характеризуетъ содержаніе судебной дѣятельности. Такъ же, какъ нельзя сказать, что цѣль дуэли—«примиреніе противниковъ», хотя секунданты и обязаны сдѣлать все, что въ ихъ силахъ, чтобы не допустить до дуэли.

Поэтому, ратованіе C. Harfzfeld (Der Streit der Parteien гл. III) за обезпеченіе «примирительнаго настроенія» тяжущихся обязано недоразумѣнію. Ничего плохого въ «спорѣ», какъ таковомъ,—нѣтъ, и процессъ есть споръ, и не теряетъ отъ одного этого своей этической основы. Предосудительно «Streitlust», а не споръ. Точно также и судья, выясняющій дѣйствительное положеніе спорнаго дѣла, отнюдь не выступаетъ въ роли разрушителя миролюбія сторонъ!

Въ свѣтѣ защищаемаго нами ученія, принципы состязательности, диспозитивности и свободнаго почина получаютъ новое содержаніе, иной смыслъ, и иное взаимное отношеніе.

Какъ мы видѣли выше, представители господствующей доктрины сущность этихъ «постулатовъ» гражданскаго процесса не дифференцируютъ съ той строгостью, съ какой они сами приступаютъ къ дѣлу. Состязательность ими всѣми понимается, въ концѣ-концовъ, какъ обратная сторона диспозитивности; а диспозитивность понимается ими какъ

---

[1] *I. Unger.* ук. с. 6: «Der Richter hat sich nicht mit dem Bruchstück der Wahrheit zufriedenzugeben, sondern er hat die volle Wahrheit zu erfahren».

такой строй процесса, при коемъ «хозяевами» процессуальнаго матеріала—«требованій, утвержденій (фактовъ), доказательствъ» являются стороны.

Подвергнемъ теперь критикѣ эти ученія.

2.

1. Выраженіе, встрѣчаемое почти во всѣхъ положительныхъ законодательствахъ: факты, признанные стороною, «ненуждаютсявъ (дальнѣйшихъ) доказательствахъ» (Ст. 480 У. Г. С.; «bedürfen keines Beweises» § 288 D. C. P. O., § 266 австр. C. P. O., § 263 венгерск. C. P. O. 1911 г. и др.) дало жизнь весьма популярному воззрѣнію, что стороны имѣютъ право располагать доказательствами.

Сторона въ правѣ оспаривать всякое показаніе противника. Она «имѣетъ право на доказательство» [1]. «Если признаніе ставитъ судебному изслѣдованію предѣлы, то къ этому оно приводитъ тѣмъ, что освобождаетъ противника отъ onus probandi [2]». Посему судебное признаніе есть волеизъявленіе нежеланія осуществлять свое процессуальное право защиты [3]: отказъ отъ права требоватьдоказательства. Судья связанъ такимъ распоряженіемъ. «Die Parteien bekämpfen und verständigen sich unter wesentlich unthätiger, rezeptiver Assistenz des Gerichts» (*Wach*, ук. с. 211).

Эта теорія (Verzichtstheorie) настолько соотвѣтствуетъ господствующему ученію о диспозитивной природѣ всѣхъ процессуальныхъ правъ, что никакія возраженія не могли поколебать ея авторитета. Сами противники ея должны, въ концѣ-концовъ, вспомнить объ ими же проповѣдуемомъ принципѣ состязательности, въ силу коего надъ всѣмъ процессуальнымъ матеріаломъ (фактическимъ и доказательнымъ) хозяевами являются стороны въ процессѣ.

Мы лично держимся того воззрѣнія, что эта популярная теорія не выдерживаетъ научной критики.

Изслѣдованіе доказанности фактовъ не можетъ подлежать принципу диспозитивности. Во-первыхъ, согласно оспариваемой нами концепціи, судъ отодвигается въ сторону и получаетъ роль какого-то «Testis spectabilis»,—пассивнаго наблюдателя совершающагося передъ его глазами состязанія. Мы полагаемъ, что судъ—активный участникъ процесса [4]. Всѣ заявленія сторонъ о спорныхъ обстоятельствахъ дѣла и всѣ про-

---

[1] *K. Schneider,* Treu und Glauben im Civilprozesse. München 1903, стр. 4: «Die Partei soll ein Recht auf Beweis haben». *Trutter.* Proz. Rechtsg. 310: судебнымъ признаніемъ «wird das Bestreitungsrecht und damit auch das Beweisrecht beendet». *Wetzell.* System § 19. Признаніе = «Verzicht auf den Beweis».

[2] *Wach.* Arch. Pr. 64, 215.

[3] *Planck,* Lehrbuch, I, 319: «Eine Erklärung des Verzichtswillens das Vorbringen des Angreifers nicht bestreiten zu wollen». Перечисленіе многочисленныхъ представителей «Verzichtstheorie» см. у *O. Bulow,* Das Gest. стр. 5 сл.

[4] *K. Hellwig.* Lehrbuch II, 35 сл.

цессуальныя дѣйствія, коими подводится фундаментъ подъ судебное рѣшеніе, обращены къ суду (потому-то возможно производство и въ отсутствіи противника). Судьѣ предлагается для изслѣдованія доказательный матеріалъ, ибо судъ, а не противникъ долженъ быть убѣжденъ въ истинности оспариваемыхъ обстоятельствъ [1]. Iudici fit probatio [2]. Поэтому, процессуальныя сдѣлки сторонъ, касательно probatio не могутъ повліять на положеніе судьи. Оспариваемая нами теорія разсматриваетъ доказательство, какъ удовлетвореніе, чинимое одной стороной другой сторонѣ и ставитъ его въ этомъ смыслѣ подъ дѣйствіе принципа состязательности. Лишь если сторона требуетъ это удовлетвореніе, оно должно быть сдѣлано,—иначе оно можетъ быть опущено. Но—повторяемъ—эта концепція ложна! Доказательства адресуются судьѣ, ибо цѣль доказательства убѣдить судью въ правдивости заявленій. Во-вторыхъ, сами представители оспариваемой нами теоріи (Trutter, ук. с. 314) признаютъ, что «обязанность суда убѣждаться въ правдивости спорныхъ фактовъ покоится на публичномъ интересѣ государства въ поддержаніи правильнаго судоотправленія». Но какимъ же образомъ этотъ публичный интересъ можетъ быть предметомъ распоряженія сторонъ?! Обязанности суда, касательно выработки убѣжденія, всегда—публично-правовыя, и ихъ не можетъ измѣнить частная воля! [3].

Наконецъ, и это самое важное,—въ наукѣ процессуальнаго права давно уже установлено, что нѣтъ ни «Beweispflicht» ни «Beweisrecht». Существуетъ лишь правило, что тотъ, кто утверждаетъ правдивость извѣстнаго факта, долженъ, по принципамъ распредѣленія onus probandi доказать судьѣ этотъ фактъ, если онъ желаетъ выиграть дѣло [4]. Но этимъ не создается ни на чьей сторонѣ отчуждаемое, «субъективное право» на доказательство. Тяжущійся можетъ оспаривать заявленія противника, но это не субъективное право, а просто полномочіе (Befugniss) [5],

---

[1] Противорѣчіемъ звучитъ у *Trutter*. Proz. Rechtsg. 313 признаніе принципа: «judici fit probatio» и въ то же время ратованіе за «Feststellungsrecht» сторонъ. Болѣе послѣдовательны *A. Wach*. Arch. Pr. 64, 215. *Degenkolb*. Einlass. 16, 24; *Schulze*. Privatrecht und Proz. 49: «заявленія о спорныхъ обстоятельствахъ дѣла обращены не къ суду, а къ противной сторонѣ». Отсюда ихъ выводъ: «beeinflusst das Geständniss nicht die Rechtsstellung des Richters, sondern der Partei».

[2] *G. Demelius*. Die Confessio im römischen Civilprozess. Graz 1880. стр. 373: «Признаніе есть заявленіе, адресованное не къ противнику, а къ судьѣ, а судья вовсе не есть представитель противника, который на имя послѣдняго могъ бы пріобрѣсти какія-либо права. Поэтому, здѣсь не можетъ быть рѣчи о сдѣлкѣ отреченія или отчужденія спорнаго права». *Heffler-Weber*. Beweisführung. 5: «judici fit probatio, weil der Gegner sich einfach nie würde überzeugen lassen»! *K. Schneider*. Ueber richterliche Ermittelung (Leipz. 1888), 13: «denn sonst wäre sie ein Schlag ins Wasser, da Beklagter ja gerade nicht die Absicht hat, darauf anzugehen».

[3] *A. Wach*, Arch. Pr. 64, 225: «Die Parteien nicht befugt sind über die Beweislast zu pactieren».

[4] *K. Hellwig*, Lehrbuch II, 34: «Es gibt keine Beweispflicht, sondern nur ein onus probandi».

[5] *Pollak*, Ger. Gest. 25, 93: Если говорится въ законахъ, что стороны «могутъ» заявлять суду требованія, или «должны» привести соотвѣтственный фактическій

т.-е. часть личной способности къ дѣйствію и распоряженію. Это есть личное правовое состояніе. И, какъ таковое, оно не можетъ быть предметомъ отреченія! «Man kann sich nicht selbst entmündigen» [1].

Само ученіе объ этомъ «правѣ спорить» кроетъ въ себѣ величайшую опасность соблазна! Сторона, по убѣжденію совѣсти, т.-е. въ сознаніи правдивости факта, признающая фактъ, утверждаемый противникомъ, далека отъ мысли, что она совершаетъ, «актъ великодушія», или, какъ учитъ Planck, отрекается отъ «права спорить», т.-е. цѣною процессуальной лжи—вредить своему противнику [2]!

Но оспариваемая нами концепція обязана, очевидно, ложной исходной точкѣ зрѣнія, что тяжущійся обязательно долженъ говорить на судѣ только въ свою пользу (хотя бы завѣдомую ложь)! Иначе онъ непремѣнно совершаетъ актъ отреченія и тѣмъ самымъ распоряжается своимъ правомъ [3].

Стороны не могутъ распоряжаться цѣлью процесса.

Поэтому, если и могла бы итти рѣчь о «правѣ» на то или другое дѣйствіе въ цѣляхъ нападенія или защиты, то это «право» признавать или оспаривать надлежало тяжущемуся лишь тогда, когда онъ убѣжденъ въ соотвѣтствіи своего поведенія дѣйствительнымъ обстоятельствамъ дѣла [4]. Отсюда явствуетъ неправильность теоріи Wetzell'a что признаніе или оспариваніе утвержденій противника есть «актъ свободнаго распоряженія». Признаніе есть «ein durch Verzicht auf den Beweis bewirkte Disposition über das streitige Recht». Кто упускаетъ дѣйствіе, совершеніе коего было бы неправдою (Unrecht), про того нельзя сказать, что онъ «отрекается отъ своего права» [5].

матеріалъ, то тѣмъ самымъ выражается приглашеніе сторонъ: если они желаютъ постановленія суда извѣстнаго содержанія,—имъ надлежитъ представить фактическій матеріалъ («Behauptungslast»). Стр. 25: «Ибо «право» есть правовая возможность принудить кого-либо къ дѣйствію или упущенію. «Полномочіе» есть правовая возможность самому совершать правово-важныя дѣйствія».

[1] *O. Bülow,* Das Gest. 38, 39: всѣ процессуальныя и матеріальныя правомочія, «sind blosse Entlassungen der von der Rechtsordnung jeder handlungs—und verfügungsfähigen Person zugesicherten Macht... Diese Rechtshandlungsmacht ist nicht selbst wieder ein subjectives Recht». Оно стоитъ передъ и надъ всѣми субъективными правами! (Раньше: Arch. Pr. 62, стр. 22, 59, авторъ говорилъ о «Bestreitungsrecht»).

[2] *O. Bülow,* ук. с. II, «Das wäre ein Stück der allerschlimmsten Adwokatenmoral, eine civilprozessualische Kriegstaktik, die... gewiss den selbstprozessirenden Parteien, die nicht etwa von Winkeladwokaten aufgehetzte Prozesskrämer sind, immer fremd bleiben wird». Стр. 52: сторонѣ навязывается намѣреніе отречься отъ «unlautere Prozessprofitmacherei».

[3] Такова откровенная формула *Laurent* ук. с., 200: «разъ есть процессъ, надо думать, что само право болѣе или менѣе сомнительно, а потому предоставляя доказательство противъ меня, я дарую выигрышъ дѣла моему противнику».

[4] Я не подвергаю здѣсь анализу «Wahrheitspflicht» сторонъ въ процессѣ. Этому трудному и сложному вопросу я предлагаю посвятить особую работу. См. *Dr. I. Trutter,* Bona fides im Civilprozesse. München 1892, стр. II сл.

[5] *Dr. Th.Heidenfeld,* Die Dispositionsbefugniss, 82 (ср. 121):... «Такъ же какъ нельзя сказать о комъ-либо, кто имѣетъ физическую возможность обокрасть другого и не дѣлаетъ этого,—что онъ отрекается отъ выполненія наказуемаго дѣянія».

Итакъ, доказательная часть процессуальнаго матеріала не подлежитъ диспозитивности и не обнимается началомъ состязательности! Взятіе на себя onus probandi вопреки правиламъ закона недопустимо. Эта обязанность лежитъ на каждой сторонѣ на основаніи спорнаго отношенія, она существуетъ—передъ судьею и потому не можетъ быть сложена соизволеніемъ противника. Это было бы явное вторженіе въ судейскія функціи!

2. Изъ природы частныхъ правъ можно для гражданскаго процесса сдѣлать одинъ выводъ: судебная защита ихъ не можетъ быть навязана. Отъ усмотрѣнія субъекта права зависитъ—обращаться ли или нѣтъ къ суду, обжаловать (или не обжаловать) судебное рѣшеніе [1]. Господствующая теорія принципъ диспозитивности понимаетъ шире,—а именно, въ смыслѣ права сторонъ распоряжаться своими требованіями въ процессѣ.

«Поэтому истецъ не можетъ быть лишенъ права отказаться отъ иска (ст. 718 У. Г. С.), помириться съ противникомъ (ст. 1357), признать его возраженія правильными (ст. 480)» (*Е. Васьковскій.* I, 268). Сюда другіе юристы прибавляютъ—«окончить дѣло присягой». Все это должно быть проявленіями указаннаго «права распоряженія требованіями (притязаніями)» въ процессѣ.

Отсюда въ области ученія о судебномъ признаніи юристами дѣлался тотъ выводъ, что признаніемъ исковыхъ требованій создается для притязанія самостоятельное правовое основаніе,—безразлично—существовало ли оно до этого или нѣтъ [2]. Отсюда одинъ шагъ былъ до того, что бы объявить признаніе, какъ матеріально-правовую [3]

---

[1] Нельзя согласиться съ Dr. *Th. Heidenfeld* ук. с. 97: недопустимъ отказъ отъ апелляціи неправильнаго рѣшенія. «Denn die Gesetzgebungen haben den Instanzenzug eingeführt, um der Gerechtigkeit einen möglichst adäquaten Ausdruck zu verschaffen und desshalb Irrthümer und Verzehen der Parteien oder des Richters in gewissen möglichen Grenzen zu beseitigen». Это уже слишкомъ! Предъявленіе апелляціи открываетъ «novum judicium» и должно быть обсуждаемо на тѣхъ же началахъ, какъ подача иска. Цѣль процесса не будетъ оскорблена проигравшимъ процессъ въ 1-й инстанціи не обжалованіемъ рѣшенія суда, если онъ не нарушалъ цѣль процесса раньше представленіемъ ложныхъ фактовъ. Рѣшеніе уже первой инстанціи имѣетъ нормативную силу. Оно закончило процессъ; 2-ая инстанція не есть неизбѣжное и необходимое продолженіе производства 1-ой инстанціи! Если, конечно, производство 2-ой инстанціи возбуждено, то рѣчь можетъ итти опять о «bona fides» въ предѣлахъ этого производства. Но сдѣлать или не сдѣлать этого шага—отъ 1-ой ко 2-ой инстанціи—зависитъ отъ произвола лица и безъ ущерба для публичнаго интереса.

[2] *Hölder*, Busch. Z. XXVIII, 893 («Obliegierungsakt»); *Wach.* Arch. Pr. 64, 254 («Verpflichtungsgrund») *R. G.* Jur. Woch. Bd. 89, стр. 431 (VII); Bd. 94, стр. 314 (VI) указываетъ, что не имѣетъ значеніе «die Richtigkeit der dem Anspruch zugrunde liegenden Tatsachen». *Gönner,* Handbuch II (1804), 371: In jedem Geständnisse mussten daher unsere Gesetze eine Dahingebung eines Rechts erkennen.

[3] *I. Kohler*, Busch. Z, Bd. XXIX, 36 логично изъ этой концепціи дѣлаетъ выводъ, что сила признанія не зависитъ отъ законности или незаконности самого процесса. *Stein-Gaupp,* Komm. z. C. P. O. zu § 307, I; *Wach,* Handbuch I, 571: разсматриваютъ признаніе иска, какъ «im Prozess vorkommenden privatrechtlichen Verfügungen über den Streitgegenstand».

или процессуальную [1] сдѣлку, каковое построеніе призвано было объяснить вѣчную проблему о связующей (неопровержимой) силѣ признанія: актъ признанія создалъ у противника права, которыя у послѣдняго нельзя уже отнять одностороннимъ актомъ опроверженія [2].

Всѣ эти научныя положенія весьма сомнительны въ ихъ научности. Говорить, что признаніе и др. процессуальныя дѣйствія суть «акты распоряженія» равносильно тому, чтобы форму процесса возводить на степень самоцѣли. И нельзя сказать, что напр., признаніе есть законная форма распоряженія своимъ правомъ, ибо стороны, вступая въ процессуальное отношеніе, именно отказываются отъ свободы распоряженія, и слѣдовательно, права отреченія [3].

Тоже мы должны сказать о взятіи обратно иска, мировой сдѣлкѣ, присягѣ. Все это—не суть акты распоряженія внутри спорнаго процессуальнаго отношенія, они не измѣняютъ содержаніе послѣдняго, а суть такія сдѣлки касательно матеріальнаго правоотношенія, которыя преслѣдуютъ цѣль, именно, уничтожить, разрушить это процессуальное отношеніе! Исковое производство имѣетъ цѣлью охранять права отъ нарушенія, но не—производить, измѣнять или уничтожать субъективныя права [4]. Творческой волѣ сторонъ въ процессѣ нѣтъ мѣста!

Воля сторонъ можетъ быть направлена лишь на то, чтобы признать притязаніе такъ, какъ оно объективно существовало до этого, но отнюдь не можетъ быть направлено на возникновеніе или погашеніе спорнаго права, а потому не можетъ образовать самостоятельнаго правового основанія для притязанія (каковымъ въ матері-

---

[1] *I. Trutter,* Proz. Rechts. 291 сл.; *R. Schmidt,* Lehrbuch (1898), стр. 453; *A. Schultze,* Privatrecht und Prozess. Th. I (1883), 48, 287 сл.

[2] *V. Canstein,* Anerkennung und Gest., Busch. Z. I (1879), стр. 340; *Wach,* Arch. Pr. 64, стр. 211. Той же конструкціи: *К. Малышевъ.* Курсъ I (1876), стр. 303: признаніе безповоротно, такъ какъ... «на этихъ актахъ утверждаются права другихъ лицъ». К. Р. 1886/51, тоже въ 1896/118: «въ виду же того, что пріобрѣтенныя въ силу этого признанія другою стороною имущественныя права не могутъ находиться въ зависимости отъ послѣдующихъ измѣненій воли лица, сдѣлавшаго признаніе, то законъ придаетъ послѣднему характеръ безповоротности». Ср. 1911/51:... «такимъ признаніемъ, влекущимъ за собою отсужденіе части имущества въ пользу третьяго лица».

[3] *Heidenfeld,* ук. с. 93: «такъ же какъ, напр., если кто-либо приметъ наслѣдство (съ долгами), тотъ беретъ на себя и обязанность наслѣдника, хотя онъ былъ въ правѣ отречься отъ наслѣдства».

[4] *O. Bülow,* Die Lehre von den Prozesseinreden (1868), стр. I сл. авторъ убѣдительно и непоколебимо доказалъ, что отдѣльныя процессуальныя дѣйствія (въ томъ числѣ и признаніе) отличаются своею несамостоятельностью. Тотъ же ученый въ «Geständnissrecht» (1899), стр. 74 сл. подробно развиваетъ эту мысль. Эффектъ, который вызываютъ отдѣльныя процессуальныя дѣйствія сторонъ, лежитъ не въ области матеріальнаго права. Объектомъ воздѣйствія ихъ является лишь дѣятельность судьи по постановкѣ судебнаго рѣшенія—(публично-правовое вліяніе)! До постановки судебнаго рѣшенія судебное признаніе не имѣетъ даже объекта, надъ которымъ оно могло бы оказать свое процессуально-правовое дѣйствіе.

альномъ гражданскомъ правѣ является для долговыхъ отношеній, напримѣръ, «отвлеченное обѣщаніе уплаты долга» §§ 780 сл. Герм. Ул.). Согласно оспариваемому нами ученію (Verschiebungstheorie), судебное рѣшеніе базируется не на первоначальномъ исковомъ домогательствѣ, а на новомъ основаніи, напр.,—признаніи,— и имѣетъ лишь формально декларативное значеніе. «Актъ распоряженія требованіемъ» получаетъ самодовлѣющую, бланкетную силу!

Несостоятельность этого ученія бросается въ глаза. На самомъ дѣлѣ, присужденіе иска не можетъ послѣдовать, несмотря на признаніе притязанія отвѣтчикомъ, если ему препятствуютъ пороки матеріально-правового притязанія, т.-е. если или правовое основаніе иска запрещено законами (напр., сватовство, игра, пари, лоттерея и пр.), или само притязаніе погрѣшаетъ противъ законнаго запрещенія [1]. Ни одно судебное рѣшеніе не можетъ быть отвѣтомъ на нѣчто другое, какъ на исковое прошеніе: т.-е. на первоначальное исковое домогательство [2]. Поэтому и судебное рѣшеніе направлено не на декларацію признанія иска, а на разрѣшеніе покрывающагося признаніемъ искового домогательства [3].

Теперь посмотримъ, къ какимъ выводамъ,— по нашему мнѣнію явно несостоятельнымъ,— приводитъ оспариваемая нами «диспозитивная теорія». Возьмемъ для нашей критики русскую судебную практику. Сенатъ твердо держится убѣжденія, что судебное признаніе черпаетъ свою силу въ томъ, что «всякое частное лицо можетъ свободно распоряжаться своими имущественными правами» (1886/51; ср. 1893/4). Изъ этого оправданія неопровержимой силы признанія Сенатъ, въ духѣ оспариваемаго нами ученія, сдѣлалъ положительный выводъ: признаніе есть самостоятельное основаніе отвѣтственности. Въ цѣломъ рядѣ К. Р. (1867/247, 1868/371, 1874/343, 1878/1136) Сенатъ утверждаетъ: «признаніе лицомъ совершеннолѣтнимъ долга по обязательству (т.-е. подтвержденіе существованіе долга), выданному до его совершеннолѣтія, можетъ служить основаніемъ (!) къ присужденію взысканія этого долга».

Съ этимъ нельзя согласиться! Самъ Сенатъ разъяснилъ 1893/4, что «предметомъ признанія могутъ быть факты, обстоятельства, а не права противника, на законѣ основанныя». И въ данномъ случаѣ, признаніе имѣетъ предметомъ право истца, которое за нимъ по за-

---

[1] Ибо иначе, какъ выражается *K. Hellwig,* Anspruch und Klagrecht, стр. 158: «процессъ не былъ бы производствомъ, направленнымъ на выясненіе права,— онъ давалъ бы возможность при содѣйствіи правительства предпринимать юридическія сдѣлки матеріальнаго права въ такомъ видѣ, который стоялъ бы съ принципами гражданскаго права въ самомъ рѣзкомъ противорѣчіи».

[2] *Degenkolb,* Beiträge zum Z. P. Das Anerkenntnissurteil (Leipz. 1905), стр. 20, 43.

[3] То, что судебное рѣшеніе не есть «Anspruch des in allen Prämissen bereits vorliegenden Urteils» (*Wach,* Vorträge 160), явствуетъ изъ того, что судья обязанъ постановить «absolutio ab instantia» и при наличности признанія, при отсутствіи абсолютныхъ процессуальныхъ предположеній.

кону не числилось. Обязательство лица было натуральное, т.-е. платежъ долга былъ бы «solutio» (а не donatio). Но это «solutio» должно быть внѣ суда. Иска кредиторъ не имѣетъ, ибо у него нѣтъ искового притязанія. Если онъ возбудилъ исковое производство, то ни отъ этого (предъявленія иска), ни отъ послѣдующаго процессуальнаго дѣйствія право у него родиться не можетъ. Если бывшему малолѣтнему угодно платить долгъ,— онъ можетъ заплатить его внѣ суда,— лично или черезъ нотаріуса. А судъ — не нотаріальная контора! Судъ не можетъ присудить долга на основаніи признанія. Вѣдь признаніе имѣетъ лишь ту функцію, что оно дѣлаетъ излишними доказательства по тѣмъ обстоятельствамъ, onus probandi коихъ лежалъ на противникѣ. Родить право лежитъ внѣ функціи признанія. Вѣдь если бы не было признанія, судъ безспорно долженъ былъ бы отказать истцу въ искѣ. Почему? Развѣ потому, что не доказанъ былъ долгъ? Нѣтъ! Долгъ доказанъ «manifestissimis probationibus» и судъ въ этомъ не сомнѣвается! Какая же роль здѣсь признанія? Она указана въ ст. 117, 480 У. Г. С.: «обстоятельство (признанное) считается не требующимъ дальнѣйшихъ доказательствъ». А у Сената, вмѣсто того, что «освобождать отъ доказательства», признаніе сразу получаетъ значеніе «акта распоряженія», помимо скромной доказательной функціи! Лицо «признаетъ долгъ, т.-е. подтверждаетъ существованіе долга» (1870/1136). Ну, и Богъ съ нимъ! Какое дѣло до этого суду? Признаніе не можетъ отмѣнить дѣйствіе ст. 222, т. X, ч. I, въ силу коей несовершеннолѣтній «не подвергается (по обязательству своему) никакому взысканію и по вступленіи его въ совершеннолѣтній возрастъ». Вступивъ въ совершеннолѣтній возрастъ, онъ можетъ только подтвердить наличность своего бывшаго и оставшагося неискового долга. Но и только: сдѣлать его исковымъ онъ не можетъ.

Оспариваемая нами доктрина ведетъ и къ дальнѣйшимъ совершенно непріемлемымъ выводамъ. «Актъ распоряженія» долженъ быть подчиненъ общимъ правиламъ о силѣ договоровъ. Объектомъ его можетъ быть лишь вещь или право отчуждаемое. Субъектомъ его можетъ быть лишь лицо, имѣющее соотвѣтствующую дѣеспособность. Процессуальный представитель (повѣренный, опекунъ) долженъ имѣть спеціальное полномочіе на него.

Что касается, во-первыхъ, объекта, то весьма многіе юристы вполнѣ послѣдовательно не допускаютъ предметомъ признанія: 1) вещи, не находящіяся въ оборотѣ, напр., права состоянія [1] и 2) вещи оборотныя, но для перехода коихъ требуется особая форма, напр., вещныя права на недвижимости [2].

Нельзя признать правильность такого ограниченія дѣйствія процессуальнаго института судебнаго признанія, но нельзя отрицать логичности такого вывода! А вотъ, Сенатъ и господствующая литера-

---

[1] *Laurent*, ук. с. 204.

[2] *М. Малининъ*. Судебное признаніе. Зап. И. Н. У. XXII, 92.

тура, не замѣчая самопротиворѣчія, настаиваютъ на томъ, что и права состоянія (К. Р. 1912/69: для исковыхъ дѣлъ о наслѣдствѣ) (*В. Исаченко.* Прак. Ком. т. II, вып. 2-й, стр. 634) и права на недвижимости (К. Р. 1869/1081, 1871/456, 1879/56; *Думашевскій.* Сводъ, II, 319; *Анненковъ.* Опытъ, т. II, 337; *Исаченко*, т. II, 639), могутъ быть предметомъ признанія, ибо иначе судъ былъ бы поставленъ въ несвойственное ему положеніе продолжать считать предметъ, положенный въ основаніе спора, спорнымъ, когда таковымъ онъ не является! Это вполнѣ вѣрно, но въ корнѣ подрываетъ конструкцію этихъ авторовъ признанія, какъ акта распоряженія!

Далѣе, указанная концепція признанія ведетъ къ требованію: субъектомъ признанія можетъ быть лишь лицо, имѣющее дѣеспособность располагать соотвѣтствующимъ предметомъ отчужденія. Отсюда выводъ: не могутъ дѣлать признанія: расточители (*Анненковъ*, ук. с. 336; *Исаченко*, Пр. Ком. II, 632), несовершеннолѣтніе безъ согласія опекуновъ (*Исаченко*, II, 630; К. Р. 1886/51) [1].

Но здѣсь дѣло гораздо проще. Просто до достиженія 17 лѣтъ совершенно, а съ 17 до 21 года по извѣстнымъ дѣламъ несовершеннолѣтній не имѣетъ процессуальной дѣеспособности. Онъ не можетъ дѣлать признанія «не потому, что это—актъ распоряженія», а потому, что онъ вообще не можетъ совершать никакихъ процессуальныхъ дѣйствій, ибо не можетъ участвовать въ процессѣ. Признаніе же въ кругу его процессуальной дѣеспособности онъ дѣлать можетъ [2].

Неправильна ссылка и на расточителей. Правда, ст. 20 У. Г. С. говоритъ, что расточители не могутъ «дѣлать на судѣ какія либо уступки», но запрещенія дѣлать признанія она не содержитъ. *Анненковъ* (стр. 336) аргументируетъ такъ: «послѣдствія признанія всегда (!) бываютъ вредны для лица, сдѣлавшаго его и всегда (!) ведутъ къ какой либо уступкѣ въ пользу стороны противной». Но, если я заявляю, что я — не собственникъ вещи, которую у меня виндицируютъ,—развѣ я распоряжаюсь своей вещью, ее отчуждаю? Я просто отрицаю свое право на эту вещь, и, какъ правильно,—но не замѣчая самопротиворѣчія указываетъ Laurent (стр. 199), «невозможно отчуждать вещь въ тотъ моментъ, когда я признаю, что не имѣю никакого права на эту вещь».

Итакъ, не можетъ быть рѣчи объ «отреченіи» или «отчужденіи», если признаніе правильно. Но, съ другой стороны, нѣтъ рѣшительно

---

[1] К. Р. 1886/51: «Для дѣйствительности признанія, какъ судебнаго доказательства, безусловно необходимо, чтобы оно было сдѣлано лицомъ полноправнымъ и по закону способнымъ распоряжаться своимъ имуществомъ». Посему Сенатъ призналъ, что Грековы, не достигшіе 17-лѣтняго возраста, «по достиженію только котораго несовершеннолѣтній пріобрѣтаетъ съ согласія попечителя право распоряженія (ст. 219, 220, т. X, ч. I)», не могутъ дѣлать признанія даже съ согласія ихъ опекуна.

[2] Самъ Исаченко, ук. с. 631, признаетъ: «но признаніе его можетъ быть принято за доказательство, когда онъ признаетъ, что обязательство или договоръ, выданные имъ съ согласія и за подписью его попечителя, невыполнены имъ...»

никакихъ основаній утверждать, что причина правового эффекта при истинномъ признаніи (Wissenserklärung) была бы иной, чѣмъ при признаніи ложномъ (Willenserklärung). Судъ не знаетъ,—правду ли или ложь говоритъ признающійся, а связанъ онъ признаніемъ во всякомъ случаѣ, ибо сила признанія формальна и покоится на одномъ нами искомомъ основаніи.

Наконецъ, оспариваемая нами концепція признанія ведетъ къ отрицанію права повѣренныхъ и законныхъ представителей на судѣ дѣлать признаніе, разъ на это нѣтъ у нихъ спеціальнаго полномочія. Разъ признаніе есть актъ распоряженія, то опекунъ (внѣ своей facultas disponendi) и повѣренный (не имѣющій спеціальнаго полномочія) не могутъ его учинять. «Qui non potest donare non potest confiteri [1].

Въ самомъ дѣлѣ, «обыкновенной довѣренностью на веденіе дѣла повѣренный уполномачивается только на совершеніе отъ имени довѣрителя всѣхъ процессуальныхъ дѣйствій, но не акта расторженія» (*Анненковъ,* 342).

Этотъ выводъ вполнѣ логиченъ, но онъ несостоятеленъ во всѣхъ отношеніяхъ и показываетъ лишь ложность исходной точки зрѣнія [2]. Признаніе, именно, есть процессуальное дѣйствіе (сила судебнаго признанія ограничена рамками даннаго процесса). Для учиненія его повѣренный, уполномоченный общей процессуальной довѣренностью, не нуждается (по У. Г. С.) еще въ спеціальномъ полномочіи [3]. Къ тому же, какъ можно все предусмотрѣть и предвидѣть при дачѣ довѣренности и

---

[1] *Анненковъ*, ук. с. 340, 342: судъ обязанъ слѣдить за этимъ ex officio. *В. Исаченко.* Пр. Ком. II, 649: «Сюда же слѣдуетъ отнести и превышеніе предѣловъ полномочій повѣренными и превышеніе опекунами предоставленныхъ имъ правъ распоряженія подопечнымъ имѣніемъ, какъ напр., признаніе опекуна, что отыскиваемое изъ незаконнаго якобы владѣнія опекаемаго недвижимое имѣніе дѣйствительно не принадлежитъ подопечному, а захвачено имъ незаконно у истца, такъ какъ сила признанія заключается въ правѣ частныхъ лицъ свободно распоряжаться своимъ имуществомъ, а опекунамъ не предоставлено право распоряжаться по своему усмотрѣнію находящимся подъ его опекой имѣніемъ». «Напротивъ того, признаніе, сдѣланное законнымъ представителемъ, напримѣръ, опекуномъ въ предѣлахъ его власти распоряженія, Сенатъ признаетъ обязательнымъ для опекаемаго (1880/206)».—Эта ссылка на К. Р. невѣрна, ибо какъ разъ здѣсь идетъ рѣчь о наслѣдованіи въ недвижимости! А все разсужденіе автора противорѣчитъ стр. 646: «опекунъ... дѣйствуетъ какъ бы онъ самъ», и стр. 635: допустимость признанія касательно недвижимости!

[2] Этой послѣдовательности нѣтъ у *Wetzell* § 19; онъ разсматриваетъ признаніе сквозь призму права распоряженія. Но на стр. 69 и 103 говоритъ: «признаніе есть чисто процессуальное дѣйствіе, для предпринятія коего уполномоченный къ веденію процесса не нуждается въ спеціальномъ полномочіи».

[3] См. ст. 249, 250 У. Г. С.—Иначе—во французскомъ правѣ. См. § 352 Code de Proc. Civ. (§ 1356 Code Civil): «Aucun aveu ne pourra être fait sans un pouvoir special, à peine de desaveu». Ср. ст. 334 Проекта У. Г. С. 1864 г. (Объясн. Зап., ч. I, стр. 302). «Признаніе справедливости всего иска или части онаго, учиненное не самимъ тяжущимся, но его повѣреннымъ, обязательно для довѣрителя въ такомъ только случаѣ, когда повѣренный дѣйствовалъ по такой довѣренности, въ которой ему было предоставлено право мириться по своему усмотрѣнію». Эта статья не попала въ У. Г. С.

точно перечислить всѣ тѣ факты и обстоятельства, на признаніе коихъ уполномачивается повѣренный?[1] То же надо сказать и о законныхъ представителяхъ. Разъ опекунъ имѣетъ способность вступить въ обязательство, почему онъ не имѣетъ права и признавать его на судѣ?

На стр. 337 своего труда Анненковъ сущность всякаго признанія объясняетъ такъ: «признаніе устраняетъ дѣятельность суда, такъ какъ дѣлаетъ предметъ сознанія безспорнымъ». Ну, а если законный представитель тяжущагося, въ рамкахъ своей процессуальной дѣеспособности, признаетъ дѣйствительность какого-либо обстоятельства, развѣ въ этомъ случаѣ споръ можетъ почитаться продолжающимся? А если настаивать на томъ, что заявленіе опекуна не можетъ устранить наличность спора, то поистинѣ незавидное положеніе опекуна, обреченнаго на споръ во что бы то ни стало и лишеннаго возможности «optima fide» прекратить этотъ споръ (быть можетъ,—въ интересахъ своего подопечнаго, сохранивъ ему судебныя издержки).

Замѣтимъ, что Сенатъ въ этомъ вопросѣ допускаетъ явную непослѣдовательность. Съ одной стороны, «признаніе можетъ быть сдѣлано лишь лицомъ по закону способнымъ распоряжаться имуществомъ» (1886/51), а съ другой стороны, по общему принципу, признаніе, учиненное договорнымъ (1872/1268, 1880/33) или законнымъ (1880/206, 1886/51) представителемъ, обязательно для довѣрителя!

Итакъ, и съ теоретической и съ практической точекъ зрѣнія, концепція признанія, какъ «акта распоряженія» своимъ исковымъ требованіемъ должна быть отброшена[2].

3. Наконецъ, третьимъ проявленіемъ принципа состязательности господствующая доктрина выставляетъ право сторонъ распоряжаться фактической стороной дѣла. Институтъ судебнаго признанія (Geständniss) долженъ и здѣсь нести всѣ тяжести, связанныя съ защитой этой теоріи. Факты, признанные стороною, связываютъ и судъ и стороны! Судъ, слѣдовательно, не въ въ правѣ изслѣдовать прав-

---

[1] Къ процесуальнымъ дѣйствіямъ причисляютъ признаніе, а потому включаетъ въ кругъ полномочій представителя *J. Rosenberg,* Stellvertretung im Prozess (Berlin 1908), стр. 85: «Sie bewirken unmittelbar die Entwicklung des Prozessverhältnisses, veranlassen das Gericht zu Entscheidungen und geben ihm den Stoff zu deren Begründung» (Литер. указанія стр. 86, прим. 1). Авторъ развиваетъ (стр. 94 сл.) ту мысль, что «Die Beschaffung des Urteilsstoffes ist nie Rechtsgeschäft».

[2] Конечно заявленіе стороны можетъ быть и актомъ распоряженія и обсуждаться по всей строгости принциповъ состязательности гражданскаго процесса. Но это только на сторонѣ истца при формулированіи имъ его исковыхъ требованій. Если истецъ, въ искѣ объ истребованіи отчетности, заявитъ, что за три года онъ получилъ 0/0 0/0 съ отвѣтчика, его заявленіе будетъ безпрекословно принято судомъ къ свѣдѣнію, (хотя бы оно оспаривалось отвѣтчикомъ!) Но имѣемъ ли мы здѣсь признаніе? Мы не должны забывать принципа ст. 706 У. Г. С.: «судъ не имѣетъ права ни постановлять рѣшенія о такихъ предметахъ, о коихъ не предъявлено требованія, ни присуждать болѣе того, что требовалось тяжущимися». Здѣсь нѣтъ мѣста ученію о доказательствахъ, ибо нѣтъ самого требованія.

дивость признанія. Стороны имѣютъ право суверенно устанавливать составъ спорныхъ фактовъ.

Таковы трафаретныя положенія господствующей доктрины. Мы рѣшительно отрицаемъ ихъ правильность. Конечно, законодатель поставилъ бы судью въ затруднительное положеніе, если бы заставлялъ его искать всей правды, черезъ головы обоихъ тяжущихся. Но можно ли изъ безсилія суда выводить право свободнаго распоряженія сторонъ фактами внѣшняго міра? Утверждать это было бы такъ же неосновательно, какъ неосновательно было бы изъ ст. 277 У. У. С. выводить право неуличеннаго или необнаруженнаго преступника совершать преступленіе [1].

Возьмемъ такой примѣръ. Отвѣтчикъ отвѣчаетъ: «утверждаемый истцомъ фактъ не имѣлъ мѣста, но я признаю его за правдивый». Или: «требованіе истца лишено основанія, но я дарю ему его». Можетъ ли судъ считаться съ такимъ заявленіемъ? Съ точки зрѣнія «теоріи распоряженія»,—да, ибо здѣсь воля лица (та воля, въ одномъ предположеніи которой установлена сила признанія!) выражена положительно и опредѣленно!

Но ясно, что такія заявленія не имѣютъ правовыхъ послѣдствій. Отвѣтчикъ, именно, отрицаетъ факты, лежащіе въ основѣ притязанія истца; само «дареніе» указываетъ, что онъ споритъ противъ правильности исковыхъ требованій. Такимъ образомъ, факты продолжаютъ быть спорными, а «дареніе», если бы имъ пожелалъ воспользоваться истецъ, есть новое основаніе его претензіи, и съ нимъ такъ же не смѣетъ считаться судъ [2]. Онъ не можетъ давать своего соизволенія на такого рода pacta сторонъ, ибо иначе онъ нарушилъ бы ввѣренныя ему государствомъ функціи!

И не трудно путемъ «reductio ad absurdum» показать несостоятельность всего ученія о «распоряжаемости фактами». Идетъ споръ о томъ—перепрыгнулъ ли Альпы истецъ, и отвѣтчикъ признаетъ бытіе этого «факта». § 291 герм. С. Р. О. и § 269 австр.С. Р. О. говорятъ, что ноторные факты «не нуждаются въ доказательствахъ» [3], т.-е. приписываютъ

---

[1] *F. Klein*, Schuld. Parteih. 127 въ другомъ порядкѣ идей поднимаетъ вопросъ: «и что привело къ установленію, напр., запрещенія убивать: предположенная возможность уличить каждаго убійцу въ его винѣ, или подлость и опасность его дѣянія?»... «Вопросъ о доказательствѣ есть вопросъ второстепенный!» Основательное опроверженіе воззрѣнія о существованіи субъективнаго права сторонъ на фактическую сторону дѣла даетъ *Trutter,* Bona fides 66 сл., путемъ подробнаго анализа понятія «субъективнаго права». Авторъ держится теоріи Schuppe «всякое судебное право есть всегда нѣчто желанное объектив. правомъ (дѣйствіе, упущеніе), но въ согласіи съ волею управомоченнаго».

[2] *Heidenfeld* ук. с., 81: «Die Verfügung, welche in diesen Rechtsachen liegt, hat überdiess mit dem aus dem Streitverhältnisse hervorgehenden Rechte der Parteien, dessen Gegenstand die Festellung des streitigen Recht ist, nichts zu schaffen, sondern sie betrifft Rechte, welche ausserhalb des Prozesses liegen».

[3] Нѣкоторые юристы защищаютъ даже то положеніе, что «notoria non egent prolatione». *J. Kohler.* Der Prozess als Rechtsv. 26. Вопросъ объ объемѣ «Offenkundigkeit» споренъ. *V. Bayer.* Vorträge (München 1869), 709 подводитъ сюда и случаи физической и правовой невозможности. (l. 14 § 1 D. 11. 1.... «id, quod in con-

имъ равную силу съ признаніемъ. Но какъ быть, если судебное признаніе вступитъ въ конфликтъ съ notorietas? Чему мы должны придать рѣшающее значеніе? Одни юристы перевѣсъ даютъ «признанію». «Das Geständniss vor Notorietät gehe» [1] «Geständniss die Notorietät überwindet» [2] ибо признаніе невозможныхъ фактовъ всегда будетъ Willensgeständniss.

Этотъ выводъ вполнѣ логиченъ. Вѣдь, право сторонъ на фиксацію фактовъ, съ точки зрѣнія этой теоріи, покоится вовсе не на идеѣ неизвѣстности фактовъ, а на природѣ защищаемыхъ ими частныхъ правъ: эта фиксація происходитъ, независимо отъ ихъ правдивости или неправдивости. Даже болѣе того,—чѣмъ явнѣе лживость признанія, тѣмъ сильнѣе выступаетъ на первый планъ элементъ воли признающагося связать себя этимъ заявленіемъ!

Другіе юристы—и ихъ большинство—преимущественную силу придаютъ notorietas [3].

Это,—какъ увидимъ сейчасъ,—вѣрно, но не разрушаетъ ли это въ самомъ основаніи «теорію распоряженія»?! [4] *Demelius* (Confessio, 406), который держится «теоріи распоряженія» и въ то же время отрицаетъ связующую силу признанія фактически невозможнаго, выходитъ изъ затрудненія такимъ разсужденіемъ: «Факты, несуществованіе которыхъ не можетъ быть оспариваемо никакимъ разумнымъ человѣкомъ, вообще не могутъ быть положены въ основу искового домогательства и въ этомъ отношеніи не могутъ быть предметомъ процессуальнаго спора. А разъ это такъ, то на нихъ не распространяется право распоряженія сторонами обстоятельствами дѣла и доказательнымъ матеріаломъ, и признаніе невозможнаго не можетъ связать судью. Если мы не желаемъ процессъ сдѣлать комедіей и ставить его къ услугамъ тѣхъ цѣлей, которыя лучше могутъ быть достигнуты инымъ путемъ,—то недѣйствительность признанія абсолютно невозможнаго является вполнѣ обоснованной».

Такимъ образомъ, Demelius поле, на которомъ стороны могутъ упражнять ихъ право распоряженія, суживаетъ новымъ самостоятельнымъ принципомъ: «извѣстныя вещи вообще изъяты изъ процессуальнаго состязанія».

---

fessionem venit, et jus et naturam recipere potest»). *J. Kohler,* ук. с. 26 включаетъ сюда и судейскій и житейскій опытъ судьи. Противъ такого расширенія *Fr. Stein,* Das private Wissen des Richters (Leipz. 1893), 167, *Demelius* 404; *Renaud,* 275.

[1] *Langenbeck* Busch. Zeit. IV, стр. 493. Прочую литературу см. у *Pollak,* Ger. Gest. 88, прим. 238.

[2] *K. Schneider,* Ueber richterliche Ermittlung., 61; *J. Planck.* Lehrbuch I (1887), стр. 332: «признаніе невозможныхъ фактовъ дѣйствительно, если судебное рѣшеніе, основывающееся на немъ, содержитъ нѣчто вполнѣ возможное».

[3] *J. Kohler,* 18 сл., *Canstein,* Busch. Z. I, 276. *Fr. Stein,* Urkundenprozess, 131.

[4] А съ точки зрѣнія ученія: «notoria non egent prolatione» должно быть отброшено ученіе, что «спорный матеріалъ есть то, что представляютъ стороны». Ибо стороны не утверждали notorietas, и все же они обязательны для суда и ограничиваютъ свободу распоряженія сторонъ.

Съ этимъ разсужденіемъ согласиться нельзя. Никто изъ ученыхъ (*O. Bülow, K. Hellwig* и др.) не упоминаетъ о «фактической возможности спора», какъ «процессуальномъ предположеніи» или даже «процессуальномъ предположеніи иска». Если «фактическая невозможность» спора совмѣстима съ наличностью правоваженаго интереса (чего, напр., нѣтъ въ искѣ изъ выиграннаго пари: перепрыгнуть черезъ Альпы), мы не можемъ отрицать даже возникновенія «процессуальнаго состязанія» [1].

Далѣе. Мы не можемъ понять, почему «процессъ становится комедіей», когда въ основѣ иска лежатъ «фактически невозможныя вещи» и перестаетъ быть комедіей, когда ясно, что стороны пришли въ судъ не для разрѣшенія спора, а для иныхъ цѣлей. Вѣдь, въ томъ и другомъ случаѣ, «мы ставимъ его къ услугамъ тѣхъ цѣлей, которыя лучше могутъ быть достигнуты инымъ путемъ»!

K. Schneider (ук. с. 61 сл.) примыкаетъ къ господствующему въ литературѣ воззрѣнію, что надо проводить различіе между «Willenserklärung» и «Wissenserklärung». Первое есть (неопровержимое) волеизъявленіе, послѣднее—(опровержимое) свидѣтельское показаніе по убѣжденію совѣсти. Признаніе невозможныхъ фактовъ всегда—волеизъявленіе. Соотвѣтственно этому, онъ ставитъ выясненіе воли сторонъ, какъ самостоятельную и вполнѣ правомѣрную цѣль суда! «Судейская дѣятельность направлена на выясненіе и изслѣдованіе не только того, что было въ дѣйствительности, но и того, что стороны желали въ ихъ заявленіяхъ».

Но и законодательства (см. напр. § 139 D. C. P. O.; ст. 335, 338, 339 У. Г. С.) и наука (напр. *Hellwig*. Lehrbuch 1, 2) задачей суда выставляютъ только «Feststellung des Sachverhältnisses», а вовсе не воли сторонъ! И къ чему приводитъ иная концепція признанія? Чѣмъ явно недостовѣрнѣе было заявленіе, тѣмъ сильнѣе, по мнѣнію ученыхъ, выдвигается моментъ воли въ лицѣ заявляющаго. Иначе говоря,—чѣмъ лживѣе было заявленіе, тѣмъ большей силой оно обладало въ процессѣ! Наоборотъ, если сторона «изъ кожи лѣзла», чтобы optima fide выяснить положеніе вещей, даже, можетъ быть, въ ущербъ себѣ, ея заявленіе сводится къ авторитету ея личнаго мнѣнія (Wissenserklärung) ни для кого, даже для ея автора не обязательнаго! [2]

Мы лично вполнѣ примыкаемъ къ воззрѣнію Fr. Stein'a (Priv. Wissen 167 сл.), что вся проблема (о конфликтѣ между ноторностью и признаніемъ) сводится къ слѣдующему недоумѣнію. Долженъ ли судья пре-

---

[1] K. *Schneider*, Ueber richterliche Ermittlung, 61.

[2] Ср. *И. Е. Энгельманъ*. Курсъ рус. гр. суд. (изд. 3, 1912 г.) § 42, стр. 292: «Признаніемъ называется какъ объявленіе воли стороны о ненамѣреніи оспаривать правильности иска или извѣстнаго обстоятельства, для него невыгоднаго, такъ и объявленіе о томъ, что ей извѣстна наличность такого обстоятельства». «Въ первомъ случаѣ доказательная сила безусловна и независима отъ убѣжденія судьи,—во второмъ она подлежитъ оцѣнкѣ судьи».—Въ этихъ словахъ нельзя не узнать отраженія того ученія, которое различаетъ въ предѣлахъ признанія Willenserklärung и Wissenserklärung.

ж д е в с е г о разрѣшить вопросъ: спорно ли обстоятельство, и з а т ѣ м ъ— не нуждается ли оно, независимо отъ оспариванія, въ доказательствѣ.

Или судья долженъ п р е ж д е в с е г о спросить себя: нуждается ли вообще данный фактъ въ доказательствѣ, и з а т ѣ м ъ лишь,—спорно ли оно въ данномъ случаѣ.

«Послѣдняя точка зрѣнія—единственно правильная, ибо несомнѣнно, что всегда сначала принимается въ соображеніе п р а в о в а я в а ж н о с т ь факта и эвентуально лишь—его оспоримость и доказуемость. Но если въ этихъ послѣднихъ случаяхъ о с п а р и в а н і е факта остается безъ значенія, т. к. вообще и не спрашивается о д о к а з а т е л ь с т в ѣ, то тѣмъ болѣе это вѣрно въ тѣхъ случаяхъ, когда обстоятельство, вслѣдствіе его общеизвѣстности, не требуетъ доказательства» [1].

Такимъ образомъ, дѣйствіе неоспариванія обстоятельства можетъ проявиться лишь въ томъ случаѣ, если альтернатива—спорить или предоставить обстоятельствамъ говорить противъ себя—вообще способна имѣть силу вліять на ходъ процесса. Тамъ же, гдѣ и оспариваніе не было способно сдѣлать факты неизвѣстными, нуждающимися въ доказательствахъ,—ибо судъ въ силу своихъ житейскихъ знаній долженъ отклонить доказательства,—тамъ признаніе не можетъ проявить своей силы. Судъ имѣетъ уже у б ѣ ж д е н і е, прежде чѣмъ сторона высказалась по данному вопросу.

Но если это такъ, то какъ совмѣстить эту условную силу признанія съ в о л е в о й т е о р і е й, возводящей в о л ю на степень высшаго правообразующаго фактора! Ученіе о «ноторности» (Notorietät) на голову разбиваетъ и опровергаетъ ученіе о распоряжаемости доказательствами и фактами въ процессѣ!

4. Проблема объ юридической природѣ признанія есть въ сущности проблема объ оправданіи установленной въ весьма многихъ законодательствахъ (§ 290 D. C. P. O., ст. 481 У. Г. С.) б е з п о в о р о т н о с т и признанія. Взять обратно сдѣланное признаніе нельзя. Надо доказать: 1) что признанный фактъ н е с о о т в ѣ т с т в у е т ъ д ѣ й с т в и т е л ь н о с т и и 2) что сдѣланное признаніе было обязано з а б л у ж д е н і ю (Irrtum, error). Отсюда господствующее мнѣніе въ литературѣ учитъ, что для судьи не важно—хотѣлъ ли признавшійся только с в и д ѣ т е л ь с т в о в а т ь или же волеизъявлять. Онъ считается только съ фактомъ признанія. А законъ облагаетъ каждое признаніе максимумомъ юридическихъ послѣдствій [2]. Если признаніе было бы обезсилено противодоказательствами (какъ—свидѣтельствованіе правды),—оно сохранитъ свою силу, какъ в о л е и з ъ я в л е н і е, направленное на установленіе извѣстнаго факта. И, наоборотъ, если «воля распоряженія» будетъ опровергнута

---

[1] Другой выводъ, по мнѣнію *Fr. Stein* (стр. 98) было бы «Verzehrung des Gedankens der Parteidisposition».

[2] *R. Schmidt.* Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts (Leipz. 1906). II Hälfte стр. 497: «Die Rechtsnatur des Geständnisses nach der Absicht des Gesetzes d a h i n g e s t e l l t b l e i b e n, oder anders ausgedrückt nur a l t e r n a t i v bestimmt werden soll». Авторъ не точенъ. «Не «alternativ», а «cumulativ»!

черезъ доказательство error, признаніе останется, какъ доказательство! «Nur die doppelte Entkräftung schafft es aus der Welt» (*R. Schmidt* 497).

Но не только сторона признавшаяся, но и судъ связанъ признаніемъ. Онъ долженъ положить его въ основу своего рѣшенія, не входя въ дальнѣйшую повѣрку правдивости такого заявленія.

На предшествующихъ страницахъ мы старались доказать неправильность той доктрины, которая гражданскій процессъ строитъ на широкомъ принципѣ диспозитивности, и выраженіе этого принципа усматриваетъ въ институтѣ судебнаго признанія, каковой она разсматриваетъ сквозь призму воли лица (—«актъ распоряженія»). Внѣ рамокъ этой статьи лежитъ опроверженіе и дальнѣйшихъ выводовъ этой теоріи, примѣнительно къ конструированію ею (напр. какъ condictio indebiti) института опроверженія (Widerruf) судебнаго признанія. Но мы не считаемъ себя въ правѣ оставить нашихъ читателей при «пиковомъ интересѣ», касательно нашихъ положительныхъ выводовъ объ юридическомъ оправданіи связующей силы судебнаго признанія.

И прежде всего укажемъ на то, что говорить о «диспозитивности» въ этой области обязано недоразумѣнію. «Jus dispositivum» устанавливается законодателемъ примѣнительно къ типическимъ намѣреніямъ даннаго заинтересованнаго лица, устанавливаемымъ путемъ наблюденія.

Но можно ли утверждать, что эффектъ признанія—безповоротное исключеніе «дальнѣйшихъ доказательствъ» — есть типическое намѣреніе признавшагося? Можно ли утверждать, что признающійся на судѣ по большей части желаетъ наотрѣзъ отказаться отъ изслѣдованія правды, даже и на случай, если признанный фактъ на самомъ дѣлѣ не истиненъ? Такого рода предположеніе (не говоря уже о неумѣстности «animus contrahendi» въ процессѣ) рѣшительно ни на чемъ не основано. Ясно, что мы имѣемъ здѣсь не «диспозитивное право», а—jus cogens[1]. Ограниченіе опроверженія признанія можетъ найти свое оправданіе не въ идеѣ «распоряженія своимъ благомъ», а лишь въ правно-политическихъ основаніяхъ, т.-е. въ соображеніяхъ, имѣющихъ процессуальный характеръ, и преслѣдующихъ процессуальныя цѣли. Именно,—въ области гражданскаго процесса всѣ заявленія должны дѣлаться серьезно и обдуманно, иначе само судоговореніе обратилось бы въ болтовню, и судоговореніе покоилось бы на шаткихъ осно-

---

[1] Не можетъ служить подкрѣпленіемъ волевой теоріи, разсматривающей признаніе, какъ волеизъявленіе, и требованіе закона наличности ошибки (Irrtum) для допустимости опроверженія (Widerruf) признанія. Дѣло въ томъ, что ошибка, какъ условіе опроверженія юрид. сдѣлки (§ 119 BGB), имѣетъ совсѣмъ другое содержаніе, чѣмъ ошибка въ признаніи (§ 290 *D.* Z. P. O.) *Rosenberg.* Stellv., 97 доказалъ, что въ ученіи о признаніи «das ist kein Willens-sondern ein Wissensfehler». Признавшійся долженъ доказать, что онъ ошибочно пришелъ къ принятію истины. Это заблужденіе есть error въ мотивахъ, что въ матеріальномъ правѣ не обосновываетъ права опроверженія акта. А, съ другой стороны, извѣстный BGB «Irrtum im Inhalte der Erklärung» не имѣетъ значенія для опроверженія признанія!

ваніяхъ. Это была бы серьезная угроза для bona fides: сдѣланными широкими признаніями была бы усыплена бдительность противника, который въ виду признанія могъ уничтожить и послѣдніе слѣды имѣвшихся у него доказательствъ своихъ кредиторскихъ полномочій, а затѣмъ эти признанія были бы взяты обратно, «in fraudem» этого довѣрчиваго противника. Да, наконецъ, въ такомъ дѣйствіи можетъ лежать шикана съ цѣлью проволочки процесса [1].

Снабженіе судебнаго признанія связующей силой, съ нашей точки зрѣнія, вовсе не есть наказаніе, огульно наложенное законодателемъ на всѣхъ правыхъ и неправыхъ, въ поискахъ за виновнымъ [2], а есть выраженіе извѣстнаго намъ во многихъ процессуальныхъ институтахъ (напр., смѣшеніе исковъ, соучастіе, измѣненіе основанія иска, заочное производство и пр.) принципа доброй вѣры, устраняющаго все, что можетъ нарушать правомѣрные интересы противника или вызвать судопроизводственныя затрудненія. То, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ предоставляется (дискреціонно, или въ предѣлахъ нормы) регулировать самому суду «въ уваженіе къ обстоятельствамъ каждаго отдѣльнаго дѣла» (К. Р. 1911/100), то въ другихъ случаяхъ, какъ въ институтѣ признанія, законъ самъ фиксируетъ всѣ послѣдствія нарушенія извѣстнаго запрета. Мы имѣемъ здѣсь ту «Disciplinirung des Streites» (Ihering, Geist. III, 24), безъ коей процессъ превратился бы въ одну сплошную шикану.

Какъ далеко идетъ законодатель въ выборѣ средствъ для установленія истины и въ дѣлѣ борьбы съ шиканой есть исключительно вопросъ цѣлесообразности, а не вопросъ, разрѣшаемый изъ природы гражданскаго процесса. Въ однихъ законодательствахъ опроверженіе (Widerruf) признанія стѣснено требованіемъ (вопреки правиламъ объ onus probandi) представленіемъ противодоказательства (австр. С. Р. О. § 226, венгерск. У. Г. С., 1911 г. § 265), въ другихъ законодательствахъ—требованіемъ противодоказательства и заблужденія (D. C. P. O. § 290), въ русскомъ, наконецъ, У. Г. С., кромѣ этихъ двухъ послѣднихъ условій, установлены еще другія ограниченія: обстоятельство не должно отно-

---

[1] Вотъ почему, внѣсудебное признаніе не можетъ имѣть силы судебнаго: требованія осторожности и серьезности мы не можемъ выставить къ частнымъ лицамъ, въ качествѣ общаго правила внѣ процесса.

[2] Къ этому сводится теорія *O. Bülow'a,* Das Gest. 99. Неопровержимая сила признаніе есть наказаніе за «frivole Spiel mit dem Entscheidungsernst der Gerichtsverhandlung». Но сознательное ложное признаніе можетъ быть сдѣлано и не изъ побужденій «frivoles Spiel». (См. богатую коллекцію случаевъ ложнаго признанія у *Demelius,* Die Confessio, стр. 387 сл.) Эффектъ признанія независимъ отъ намѣренія, съ коимъ сдѣлано признаніе: завѣдомо ложное или по ошибкѣ. Какую силу (преслѣдуя тѣ или другія цѣли правовой политики) придаетъ законодатель признанію,—этотъ вопросъ не стоитъ въ тѣсной связи съ вопросомъ о содержаніи понятія признанія. Содержаніе признанія сводится къ заявленію невыгодныхъ для себя обстоятельствъ дѣла. Желало ло лицо свидѣтельствовать или распоряжаться,—это только мотивы признающагося. Законодатель своей нормой покрываетъ всѣ эти мотивы, но это не уполномачиваетъ насъ вносить эти послѣдніе въ опредѣленіе понятія признанія, какъ это дѣлаетъ, напр. Энгельманъ. Курсъ 292.

ситься до личныхъ дѣйствій признавшагося и должно открыться лишь впослѣдствіи (ст. 481). Различныя законодательства, держащіяся различныхъ воззрѣній на сущность признанія, выставляютъ, однако, одни и тѣ же ограниченія для опроверженія. Это показываетъ, что правила о связующей силѣ признанія обязаны особымъ соображеніямъ законодателей. Противорѣчило бы bona fides въ процессѣ, если признаніе можно было просто взять обратно простымъ заявленіемъ: «прошу судъ считать мое признаніе не существующимъ». Съ чѣмъ большимъ недовѣріемъ относится законодатель къ такого рода заявленіямъ, — тѣмъ большими ограниченіями онъ обставляетъ такое опроверженіе [1].

Такимъ образомъ, ученіе о признаніи имѣетъ не нормативное, а превентивное значеніе. Вся проблема о предѣлахъ связанности тяжущихся и суда признаніемъ не можетъ быть разрѣшена иначе, какъ на почвѣ цѣлесообразности. Съ этой-то только точки зрѣнія и подлежатъ критикѣ отдѣльныя нормы положительнаго законодательства [2]. Этими соображеніями вполнѣ опредѣляется наше отношеніе къ упомянутымъ выше началамъ «самоотвѣтственности» и «процессуальной экономіи». *Dr. R. Pollak* (Ger. Gest. стр. 113 сл.) устанавливаетъ правило: судебное признаніе истинно. Исключенія (не оправдывающія въ отдѣльномъ случаѣ этого правила) покрываются въ большей части принципомъ «Selbstverantwortlichkeit», въ меньшей части — «Prozessökonomie».

Такая концепція судебнаго признанія (покоющаяся на 3-хъ моментахъ: истина, самоотв., проц. экономія), по мнѣнію автора, совмѣстима съ цѣлью процесса: «sie verträgt sich mit dem Prozesszweck».

Съ этимъ согласиться нельзя. *Pollak* говоритъ, что обычно («regelmässig») признаніе правильно, а потому оно имѣетъ обязательную формальную силу («formaller Beweis»). Но вѣдь и публичные акты обычно подлинны, но это не мѣшаетъ тому, что ихъ можно оспаривать заинтересованной сторонѣ, и сила ихъ свободно оцѣнивается судомъ! А почти всѣ законодательства не даютъ касательно опроверженія, а тѣмъ паче — силы признанія какого-либо простора судебному усмотрѣнію! [3].

---

[1] Напр. У. Г. С. не допускаетъ опроверженія признанія, касающагося личныхъ дѣйствій признавшагося (ср. ст. 542 У. Г. С.), полагая, что опроверженіе такого признанія обязано недобросовѣстности тяжущагося.

[2] А сдвинутая въ эту плоскость, проблема de lege ferenda должна быть разрѣшена путемъ отсылки судьи къ оцѣнкѣ всѣхъ обстоятельствъ конкретнаго дѣла. Фиксированіе законодателемъ условій опроверженія признанія можетъ вести къ несправедливостямъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Достоинъ одобренія принципъ свободнаго судейскаго усмотрѣнія въ § 266 австр. С. Р. О. и § 265 венг. Уст. Г. С. (1911 г.).

[3] На стр. 171 *Pollak* говоритъ: «Эффектъ судебнаго признанія ограничивается тѣмъ процессомъ, въ которомъ оно сдѣлано. Это — потому, что признаніе есть формальное средство доказательства, доказательная сила коего не всегда черпается изъ презумпціи истинности. Внѣ же процесса эта фикція правдивости не оправдывается принципами самоотвѣтственности и проц. экономіи». Нѣтъ послѣдовательности! Раньше авторъ доказывалъ, что лживыя

«Самоотвѣтственность» также не имѣетъ всеобъемлющаго авторитета въ гражданскомъ процессѣ. Если тяжущійся представитъ свидѣтеля, который говоритъ не въ его пользу, то, вѣдь, судъ въ правѣ критически отнестись къ его показанію и здѣсь такимъ образомъ нѣтъ мѣста самоотвѣтственности стороны!

Нельзя къ тому же упускать изъ виду, что ложь настолько несовмѣстима съ цѣлью процесса, что во имя какихъ бы то ни было принциповъ мы ни допустимъ ложь въ процессъ — цѣль процесса въ данномъ конкретномъ дѣлѣ все же останется объективно не достигнутой! Даже «согласное заявленіе сторонъ» не въ состояніи покрыть лжи, ибо правда есть абсолютное и объективное понятіе, а не явленіе, коимъ, по своему произволу, могли бы распоряжаться стороны.

Очевидно, что «процессуальная экономія» есть ничто иное, какъ правило, обязанное соображеніямъ удобства, коими руководствуется законодатель при нормировкѣ отдѣльныхъ стадій и этаповъ процесса. Это не есть постулатъ процесса, направленный на обезпеченіе правильности рѣшенія дѣла [1]. Точно также и «самоотвѣтственность» не можетъ претендовать на самодовлѣющее значеніе [2]. Это есть ложе, на которомъ отдыхаетъ совѣсть судьи, не добившагося матеріальной правды въ процессѣ: «если кто виноватъ въ этомъ, то не я (судья), а нерадивый тяжущійся!»

Наше пониманіе принципа «самоотвѣтственности» имѣетъ большое практическое значеніе и de lege lata.

Рождается вопросъ: связываетъ ли судью признаніе, учиненное послѣ того, какъ судья составилъ себѣ убѣжденіе о спорныхъ фактахъ, и наперекоръ этому убѣжденію? *Trutter* (Proz. Rechtsg. 269) говоритъ: «можно было бы утверждать, что права установленія (Feststellungsrecht) нѣтъ по поводу фактовъ, о которыхъ судъ составилъ уже себѣ убѣжденіе, въ результатѣ состязанія или доказательствъ. Но такого ограниченія нѣтъ въ законѣ! Законъ говоритъ, что признанные факты не нуждаются въ доказательствахъ, т.-е. ясно говоритъ, что судъ не обязанъ повѣрять истинность такихъ фактовъ, которые признаны. А потому, судъ не смѣетъ считаться съ полученнымъ такимъ образомъ убѣжденіемъ».

признанія суть «Ausnahmsfälle» которыя покрываются «Selbstverantwortlichkeit» и «Prozessökonomie» (и потому-то съ ними не считаются!). А теперь при обсужденіи силы признанія внѣ даннаго процесса эти лживыя признанія возводятся въ принципъ. О «презумціи истинности» забывается, и, благодаря немногимъ «Ausnahmsfälle» опорочиваются сразу всѣ признанія!

[1] «Процессуальную экономію» *Pollak* понимаетъ то какъ отказъ отъ того «dass jede Partei den ganzen Stoff vorlegt» (стр. 58), то какъ «stehe bei deiner Handlung» (62). Но не всегда достиженіе такъ понимаемой процессуальной экономіи совмѣстимо съ bona fides лежащей на обѣихъ сторонахъ!

[2] Остріе этого принципа всегда можетъ обернуться противъ суда, какъ органа власти, ибо сторона, проигравшая правый процессъ, не утѣшится принципомъ самоотвѣтственности, а обвинитъ судъ. Наврядъ ли въ интересахъ государства организовывать судопроизводство такъ, чтобы судъ дискредитировался на глазахъ населенія!

Съ этимъ разсужденіемъ согласиться нельзя. Оно не согласуется съ правильно понятымъ принципомъ процессуальной экономіи. Разъ на основаніи состязанія или повѣрки доказательствъ судъ составилъ себѣ убѣжденіе,— признанію не должно быть мѣста, ибо не для того же производилась эта работа, чтобы ея результаты были выкинуты за бортъ. Признаніе есть суррогатъ правды, допущенный, какъ терпимое, неизбѣжное зло въ процессѣ: оно должно стушеваться передъ истиной, судомъ установленной. Авторъ говоритъ: «судъ не долженъ убѣждаться...» Но законъ о признаніи есть правило прежде всего регулирующее «onus probandi» между сторонами, а вовсе не объемъ убѣжденія судьи [1]. Убѣжденіе судьи — къ тому же не можетъ быть объектомъ договорнаго соглашенія сторонъ.

Вотъ почему, мы полагаемъ, что и при дѣйствіи статей нашего У. Г. С., признаніе не свяжетъ судью, если оно противорѣчитъ прочимъ обстоятельствамъ дѣла, твердо установленнымъ судоговореніемъ (экспертизой и пр.).

IV.

Уже изъ предшествующаго изложенія достаточно выясняется нашъ взглядъ на сущность состязательнаго начала въ гражданскомъ процессѣ.

Традиціонная теорія, ставящая состязательность во взаимную связь съ диспозитивностью, приходитъ въ конечномъ выводѣ къ результату, что сущности гражданскихъ правъ соотвѣтствуетъ исключительно состязательный строй процесса, при чемъ всякое вмѣшательство судьи въ интересахъ выясненія матеріальной истины есть посягательство на свободу тяжущихся въ дѣлѣ защиты ими ихъ частныхъ правъ.

Съ этой точки зрѣнія, процессъ есть борьба (Kampf) двухъ враждующихъ сторонъ, въ коей пальму первенства («выиграетъ» процессъ) получитъ тотъ, кто въ результатѣ состязанія на глазахъ судьи окажется побѣдителемъ. Гражданскій процессъ есть ничто иное, какъ хорошо организованная партія въ боксъ, при коей судья играетъ роль безпартійнаго арбитра.

Съ точки зрѣнія этой концепціи, для того, чтобы получить удовлетвореніе своему оскорбленному праву, недостаточно обратиться къ суду, надо еще завоевать,—или вѣрнѣе—отвоевать у противника свое право. Побѣдителемъ выйдетъ не болѣе правый, но болѣе сильный, болѣе искусный и опытный въ техникѣ борьбы.

Въ литературѣ вопроса давно уже указывалось, что такъ понимаемое состязательное начало лишаетъ гражданскій процессъ его настоящаго характера государственнаго учрежденія, какъ органа

---

[1] Признаніе не есть доказательство (judici fit probatio), а есть одно изъ правилъ, регулирующихъ onus probandi между сторонами. Въ большинствѣ законодательствъ «признаніе» помѣщено не въ отдѣлѣ о «средствахъ доказательства», а въ общихъ ученіяхъ о доказательствахъ. Такъ, въ австр., герм., венгерс. У. Г. С.

власти. Эта «свобода распоряженія» есть въ сущности свобода шиканы и окаменѣлаго формализма, который, вмѣсто того, чтобы содѣйствовать упроченію существующаго матеріальнаго права, роетъ ему могилу.

Историческія изслѣдованія въ области процесса доказали, что та или иная форма процесса (состязательная или слѣдственная) не составляетъ понятія процесса, которое было бы необходимо связано съ природой спорнаго права [1].

Давно историческими изслѣдованіями опровергнуто и то воззрѣніе (*Wach*, Grünh. Z. VI, 547), что «запрещеніе лжи» (Lügenverbot) несовмѣстимо съ принципомъ состязательности [2]. Ни слѣдственный строй процесса, ни постулатъ правдивости не есть «specificum» уголовнаго производства!

Во всѣ времена и у всѣхъ народовъ задачей суда выставлялось разрѣшеніе жизненныхъ отношеній, кроющихъ въ себѣ столкновеніе интересовъ.

Процессъ былъ всегда призванъ обслуживать реальныя, а не призрачныя потребности жизни. Если въ исторіи права мы видимъ смѣну и взаимное сочетаніе то того, то другого начала (состязат., слѣдств.), то это не потому, что иначе понималась задача суда (возстанавливать нарушенное право), а потому, что съ точки цѣлесообразности (т.-е. лучшаго достиженія процессуальной цѣли) законодатель находилъ нужнымъ болѣе или менѣе суживать или расширять дѣятельность суда. Но отсюда не вытекаетъ, что задача суда и понятіе процесса измѣнились бы и свелись бы къ «простой повѣркѣ представленныхъ доказательствъ». Это всегда было средствомъ, а не цѣлью процессуальной дѣятельности! Состязаніе не имѣетъ самостоятельнаго значенія. Оно не преслѣдуетъ иной цѣли, какъ выяснить судьѣ спорныя обстоятельства дѣла и дать ему соотвѣтствующій матеріалъ, необходимый ему для рѣшенія. Состязаніе, такимъ образомъ, есть въ сущности побочное явленіе (Nebensache), необходимое для информаціи суда [3].

А съ этой точки зрѣнія,—разъ мы отвергаемъ связь диспозитивности съ состязательностью, и роль состязанія сводимъ къ средству для надлежащей информаціи суда въ цѣляхъ постановки имъ правильнаго

---

[1] *R. Pollak*, Ger. Gest. 74 историческимъ экскурсомъ доказываетъ, что частно-правовая природа спорнаго дѣла уживалась въ различныхъ странахъ (прусс., англ.) съ принципомъ слѣдственнымъ, и обратно: въ уголовномъ процессѣ господствовалъ принципъ состязательности. То же доказано, касательно англ., франц., итал. гражданскаго процесса *Fr. Klein*'омъ, Die Schuldh. Parteih. 126 сл.

[2] И римская и каноническая и др. процессуальныя системы построены были на состязательномъ принципѣ, и въ то же время знали запрещеніе лжи. *Fr. Klein*, ук. соч. 126, на основаніи историческихъ данныхъ доказываетъ, что «das Lügenverbot weder ein Specificum dieses noch jenes Prozessprincips sei und bei der volligen Passivität des Richters wie bei dessen Altätigkeit bestehe».

[3] Правильно замѣчаетъ *Hartzfeld*, Der Streit 51, что «если бы судья зналъ дѣло такъ же хорошо, какъ и стороны, онъ могъ бы постановить рѣшеніе безъ дальнѣйшихъ обрядностей».

рѣшенія—(а лишь на такое рѣшеніе имѣютъ право стороны),—какія принципіальныя возраженія мыслимы противъ неограниченнаго вмѣшательства судьи въ ходъ процесса! Поднятый ссорой («свободное состязаніе тяжущихся») столбъ пыли наврядъ ли способенъ наставить судью [1]! Нѣтъ! Слѣдственный принципъ не только не противорѣчитъ сущности гражданскаго процесса,—наоборотъ, принимая въ соображеніе цѣль процесса—не рождать, а возстанавливать права (ср. § 5 Code Civ.),—онъ—единственно адэкватный сущности гражданскаго процесса!

Однако, всѣ современныя законодательства построены на томъ принципѣ, что состязательный матеріалъ собирается сторонами, а не судомъ. А судъ даетъ рѣшеніе—«формальную истину»! Опровергаетъ ли это наблюденіе нашу концепцію гражданскаго процесса? Нисколько! Указанныя положенія не вытекаютъ изъ матеріальной «диспозитивности» гражданскихъ правъ, а суть явленія, обязанныя процессуальнымъ соображеніямъ правовой политики. Какъ сами они не выводятся изъ распоряжаемости гражданскихъ правъ, такъ, съ другой стороны, они не могутъ обосновать право сторонъ распоряжаться процессомъ по своему произволу. Дѣло въ томъ, что въ предѣлахъ власти суда въ собираніи доказательствъ и фактическаго матеріала законодатель сталкивается съ однимъ непреодолимымъ затрудненіемъ: судъ безсиленъ собрать самъ фактическій матеріалъ, нужный для рѣшенія дѣла. Мало того! Законодатель, преслѣдуя извѣстныя цѣли цивильной политики, не рѣшается даже предоставить въ этой работѣ первую роль суду: иниціативу собиранія процессуальнаго матеріала онъ предоставляетъ самимъ тяжущимся. Въ самомъ дѣлѣ, если бы не частныя лица, заинтересованныя въ исходѣ процесса, а самъ судъ «ex officio» собиралъ доказательства, то у частныхъ лицъ не было бы побужденія къ тому, что бы напрягать всѣ свои силы къ энергичной защитѣ своихъ правъ: они положились бы на трудъ суда, а этотъ, какъ мы указали, не далъ бы богатыхъ результатовъ. Въ концѣ-концовъ, сами стороны были бы въ проигрышѣ!

Такимъ образомъ, проведеніе въ положительныхъ законодательствахъ началъ состязательности есть лишь результатъ безсилія суда выяснить самому всю правду. Состязательность не только не есть «постулатъ» процесса, но сама, какъ производное явленіе, допустима въ процессѣ лишь постольку, поскольку она совмѣстима съ нахожденіемъ правды. Въ этомъ отношеніи мы вполнѣ присоединяемся къ мнѣнію *I. Kohler* (Krit. Viertelz. XXII 473): «die Verhandlungsmaxime ist nicht prinzipielle Regel, sondern eine Zweckmässigkeitseinrichtung, die überall da cessiert, wo das Offizialprinzip eine grössere Harantie für die Erreichung der Zwecke des Prozesses bietet».

---

[1] Вѣрно говоритъ *Dr. Neukamp* (Gutachten für den 26 deutschen Juristentag. Verhandl. des d. S. 1902, стр. 141), что процессъ съ состязаніемъ сторонъ стоитъ очень близко къ давно устарѣвшему институту самопомощи. И дѣйствительно къ этой древней системѣ «контролируемой самопомощи» стоитъ близко процессъ, въ коемъ потерпѣвшій, требующій отъ государства защиты, долженъ прежде всего право свое отвоевать у своего противника!

Нѣкоторыми старыми юристами эта идея сознавалась, но не формулировалась правильно. Такъ Dr. Phil. *Th. Heidenfeld.* Die Dispositionsbefugniss der Parteien. Berlin 1868, выражается такъ: «стороны имѣютъ обязанность, сами блюсти ихъ правое дѣло, и именно такъ законно, полно и честно, какъ только возможно. Вотъ эта обязанность, вытекающая изъ природы спорнаго процессуальнаго отношенія, и связывающая взаимныя стороны другъ къ другу и къ судьѣ, была названа «правомъ» сторонъ, которому противополагали «обязанность» судьи воздержаться отъ веденія процесса въ пользу самодѣятельности сторонъ». (стр. 128). «Принципъ состязательности покоится на обязанностяхъ сторонъ, вытекающихъ изъ процессуальнаго отношенія, а не на правѣ распоряженія» (стр. 129).

Мы лично полагаемъ, что нельзя сказать, что принципъ состязательности [пассивность судьи! Quod non est in actis, non est in mundo (a)] покоится на обязанности сторонъ (b). Эти два положенія a и b вполнѣ самостоятельны. И принципъ слѣдственный можетъ уживаться съ обязанностью сторонъ «блюсти свое правое дѣло» т.-е. содѣйствовать суду въ установленіи матеріальной правды, т.-е. въ постановленіи рѣшенія, согласнаго съ истинными фактами. Центръ тяжести лежитъ не въ томъ, чтобы стороны сами (а не судъ)! должны охранять свои правомѣрные интересы, а въ томъ, что онѣ обязаны въ мѣрѣ пассивности судьи быть активными.

Но съ основною идеею этого юриста мы вполнѣ согласны: принципъ самодѣятельности сторонъ покоится не въ правѣ сторонъ, а на тяготѣющемъ на нихъ onus. Но мы должны оговориться: принципъ состязательности, запрещающій въ видѣ правила, суду самому собирать доказательства и фактическій матеріалъ, есть норма поведенія для суда. Но отсюда нельзя выводить норму поведенія для тяжущихся. Точно такъ же,—изъ того что процессъ весьма часто ведетъ къ нежелательному явленію: рѣшеніе не соотвѣтствуетъ «дѣйствительнымъ обстоятельствамъ»—нельзя сдѣлать вывода, что судъ ищетъ лишь «формальной правды». Изъ того, что судъ безсиленъ самъ собрать весь фактическій матеріалъ, и волей-неволей принужденъ иногда класть въ основу рѣшенія факты, не соотвѣтствующіе дѣйствительности, вовсе не вытекаетъ, что весь процессъ долженъ былъ построенъ и приноровленъ къ такому типу неправаго процесса!

Много, много выводовъ и de lege lata и de lege ferenda мы могли бы сдѣлать изъ нашей концепціи основныхъ началъ гражданскаго процесса, но рамки статьи—и безъ того разросшейся—не позволяютъ намъ, къ сожалѣнію, сдѣлать это.

Т. М. Яблочковъ.

Вопросъ объ отвѣтственности за вредъ, причиненный при осуществленіи права, въ проектѣ нашего гражданскаго уложенія.

Наша кассаціонная практика является весьма рѣшительной поборницей правила: «Осуществляющій свое право не отвѣчаетъ за вредъ, причиняемый имъ при этомъ окружающимъ», считая его не только вполнѣ цѣлесообразнымъ и разумнымъ, но и находящимся въ полномъ соотвѣтствіи съ основными положеніями нашего законодательства о гражданской отвѣтственности. Не будучи выражено въ законѣ прямо, это правило, по мнѣнію сената, съ достаточной ясностью вытекаетъ изъ общаго смысла ст. 574-й и 684-й Т. X. ч. I. Первая изъ названныхъ статей вполнѣ опредѣленно указываетъ, что отвѣтственность устанавливается только за лишеніе кого-либо «правъ ему принадлежащихъ», т.-е. за правонарушенія, но не за осуществленіе правъ, то же самое выражается и въ ст. 684, гласящей: «Всякій обязанъ вознаградить за вредъ и убытки, причиненные кому-либо его дѣяніемъ или упущеніемъ, хотя бы сіе дѣяніе или упущеніе и не составляли ни преступленія, ни проступка, если только будетъ доказано, что онъ не былъ принужденъ къ тому требованіями закона, или правительства, или необходимою личною обороною, или же стеченіемъ такихъ обстоятельствъ, которыхъ онъ не могъ предотвратить», такъ какъ несомнѣнно, что здѣсь «законъ говоритъ о такомъ дѣяніи, которое учинено лицомъ не имѣющимъ на то права, и о такихъ упущеніяхъ, которыя допущены лицомъ обязаннымъ и имѣвшимъ возможность ихъ предупредить или предотвратить, такъ какъ нѣтъ правила, чтобы лицо, дѣйствовавшее по праву закономъ ему предоставленному, могло подвергаться за дѣяніе свое какой бы то ни было отвѣтственности». Впервые такой взглядъ на значеніе ст. 684 установленъ въ рѣшеніи гражд. кассац. департамента 1870 г. № 403 и затѣмъ онъ послѣдовательно проводится въ рѣшеніяхъ: 1871 г. № 785 и 1106, 1872 г. № 1015 и 1135, 1877 г. № 230, 1878 г. № 242 и 249, 1879 г. № 398, 1883 г. № 85, 1884 г. № 84, 1885 г. № 81, 1886 г. № 69, 1891 г. № 22, 1893 г. № 93, 1894 г. № 63, 1904 № 16 и нѣкоторыхъ др. Но вмѣстѣ съ тѣмъ Сенатъ счелъ необходимымъ указать (1871 г. № 785, ср. 1871 г. № 1106)

и неоднократно подтвердить, что «пользованіе своими правами, если отъ такового происходятъ для другого вредъ и убытки, можетъ избавлять отъ обязанности вознагражденія таковыхъ только тогда, когда сами права эти будутъ законныя, и пользованіе ими не выходило изъ законныхъ предѣловъ ихъ». Исходя изъ такой точки зрѣнія, сенатъ призналъ, что лицо, совершившее подтопъ сосѣднихъ земель путемъ высокаго поднятія воды, должно отвѣчать за причиненные этимъ убытки, такъ какъ дѣйствія его составляютъ превышеніе законнаго права относительно поднятія водъ (1871 № 785); что превышеніе права должно быть усмотрѣно и въ дѣйствіяхъ лѣсного сторожа, загнавшаго забравшихся въ охраняемый имъ участокъ козъ въ слишкомъ узкій хлѣвъ, въ которомъ онѣ погибли отъ тѣсноты помѣщенія (1880 г. № 255); что желѣзная дорога, завалившая при проведеніи колеи канаву для стока воды и благодаря этому подтопившая крестьянскіе луга, также несомнѣнно превысила свои права, такъ какъ «дачею концессіи на изысканіе линіи или на желѣзнодорожныя сооруженія нисколько не разрѣшается лишать сосѣднихъ владѣльцевъ земли всѣхъ выгодъ пользованія имуществомъ въ предѣлахъ права собственности» (1871 г. № 1106). Такимъ образомъ, согласно руководящимъ указаніямъ сената, во всѣхъ случаяхъ, когда лицо, причинившее кому-либо вредъ, настаиваетъ на правомѣрности своихъ поступковъ, суды должны разрѣшить вопросъ, дѣйствительно ли оно сумѣло соблюсти законныя границы своихъ правомочій, являются ли его дѣйствія осуществленіемъ права, въ истинномъ смыслѣ слова, или же представляютъ изъ себя скрытое подъ видомъ правопользованія правонарушеніе. Если причинившій вредъ будетъ признанъ дѣйствовавшимъ въ предѣлахъ предоставленнаго ему закономъ права, то никакой отвѣтственности за происшедшій отъ дѣйствій его ущербъ на него возлагаемо быть не можетъ. Опытъ жизни не замедлилъ указать, что по вопросу о границахъ отдѣльныхъ правъ можетъ существовать множество діаметрально противоположныхъ взглядовъ и что въ поискахъ этихъ границъ суды, не имѣя передъ собою никакихъ общихъ началъ, легко могутъ быть вовлечены въ цѣлый рядъ роковыхъ для частныхъ лицъ и небезопасныхъ для самой устойчивости гражданскихъ правъ ошибокъ.

Въ исковомъ прошеніи, поданномъ въ Либавскій окружный судъ, нѣкто Козловскій объяснилъ, что въ первыхъ числахъ декабря 1896 г. восьмилѣтній сынъ его, вскочивъ на запятки саней-возка проѣзжавшаго по улицѣ Арнольда Рейсгофа, поранилъ себѣ колѣно однимъ изъ гвоздей, воткнутыхъ остріемъ вверхъ въ ремень, прикрѣпленный, по распоряженію Рейсгофа, вдоль наружнаго края площадки саней съ цѣлью воспрепятствовать дѣтямъ вскакивать на запятки. Въ виду того, что упомянутое пораненіе сдѣлало сына его калѣкой на всю жизнь, Козловскій просилъ взыскать съ Рейсгофа 300 рублей за лѣченіе и 3000 рублей за тѣлесное поврежденіе сына, повлекшее за собою уменьшеніе его трудоспособности. Окружный судъ въ этомъ искѣ отказалъ, находя, что Рейсгофъ, набивая гвозди на запяткахъ саней, дѣйствовалъ въ предѣлахъ своего права, а потому и не обязанъ отвѣчать за полученное Козловскимъ увѣчье. С.-Петербургская судебная палата признала рѣшеніе окружнаго суда совершенно правильнымъ, утверждая, что придуманное Рейсгофомъ огражденіе возка отъ уличныхъ шалуновъ «не можетъ быть отнесено къ дѣйствіямъ недозволеннымъ», что «на огражденіе своей собственности

отъ посторонняго самовольнаго посягательства отвѣтчику принадлежало несомнѣнное право». Сенатъ, однако, призналъ такое широкое истолкованіе правъ собственника неправильнымъ и рѣшеніе палаты отмѣнилъ (Засѣданіе гр. касс. деп. янв. 1903 г.).

Вполнѣ сознавая затруднительность положенія, созданнаго его толкованіемъ ст. 574 и 684, сенатъ тѣмъ не менѣе весьма долго не рѣшался преподать какихъ-либо общихъ основаній, которыя могли бы служить руководствомъ въ вопросѣ о предѣлахъ законнаго использованія правомочій. Только въ 1902 году въ рѣшеніи, опубликованномъ за № 126-мъ, сенатъ впервые отваживается указать одно изъ такихъ основаній, которое должно, по его мнѣнію, всегда имѣть въ виду при разрѣшеніи споровъ между сосѣдними владѣльцами земельныхъ участковъ. Указаніе это сводится къ слѣдующему: «Правило, что никто не отвѣчаетъ за дѣйствія, совершонныя въ предѣлахъ своего права, не можетъ быть понимаемо въ томъ смыслѣ, будто смежные и вообще сосѣдніе владѣльцы земельныхъ участковъ вольны располагать ими, какъ заблагоразсудятъ, не принимая ни въ какое вниманіе интересовъ другъ друга. Немыслимо было бы общежитіе безъ права сосѣдства, безъ обязанности сосѣдей взаимно поступаться неограниченностью своего обладанія... Законъ далеко не исчерпываетъ всѣхъ ограниченій, налагаемыхъ сосѣдскимъ правомъ, но существующія постановленія обобщаются ихъ общимъ основаніемъ, которое слѣдуетъ выразить такимъ положеніемъ: никто не свободенъ пользоваться своимъ правомъ такъ, чтобы лишать другого возможности пользоваться его правомъ». Сообразно этому положенію, въ 1903 году въ рѣшеніи по дѣлу Буровой (см. «Право» 1903 г. № 10 стр. 699) сенатъ разъяснилъ, что собственникъ земельнаго участка не можетъ производить работъ, вызывающихъ обвалы у сосѣда, безъ принятія мѣръ къ достаточному укрѣпленію почвы, а въ 1906 году (рѣш. № 82) указалъ, что «домогательство о пропускѣ воды черезъ сосѣдній участокъ и объ уничтоженіи искусственно воздвигнутыхъ преградъ подлежитъ удовлетворенію при установленіи того обстоятельства, что такой стокъ воды представляется естественнымъ и что инымъ путемъ вода никоимъ образомъ удалена быть не можетъ».

Созданная сенатомъ въ поясненіе правила о свободномъ осуществленіи правъ, нѣсколько смягчающая его суровое значеніе, общая формула не представляется особенно удачной. По совершенно справедливому замѣчанію Винавера, «условность и искусственность этого построенія, на видъ столь симпатичнаго и популярнаго, несомнѣнна, ибо его право вѣдь и есть то искомое относительное понятіе, объемъ котораго подлежитъ опредѣленію въ зависимости отъ степени стѣсненія моей свободы» (Вѣстн. Гр. Права 1913 г. № 3 стр. 106). Въ какой моментъ и за какою гранью свобода управомоченнаго должна быть парализована, въ виду соприкосновенія съ правовою сферою сосѣда, сенатская конструкція не выясняетъ совершенно.

Если изъ двухъ равно управомоченныхъ лицъ одно не можетъ

использовать своихъ правъ безъ вреда для другого, а это послѣднее, не желая поступиться своими правами, настаиваетъ на ихъ неприкосновенности, то кто же долженъ уступить? По ученію сената, общежитіе немыслимо безъ права сосѣдства, безъ обязанности сосѣдей-собственниковъ взаимно поступаться неограниченностью своего обладанія; но когда и кто долженъ поступаться, когда совершающій тѣ или иныя дѣйствія собственникъ долженъ остановиться передъ правовою сферою сосѣда, или когда, наоборотъ, долженъ терпѣть воздѣйствіе на эту сферу послѣдній, остается въ сенатской доктринѣ неразрѣшеннымъ. Судамъ предоставляется разрѣшать подобные вопросы совершенно самостоятельно, въ зависимости отъ конкретной обстановки отдѣльныхъ случаевъ правопользованія. Такимъ образомъ, все сенатское обобщеніе въ концѣ-концовъ низводится къ частностямъ и растворяется въ нихъ безъ остатка.

Пользуясь правомъ такъ, что благодаря этому кто-либо другой лишается возможности использовать всю полноту своего правового господства, управомоченный, по воззрѣнію сената, выходитъ за границы своихъ правъ и совершаетъ правонарушеніе. При послѣдовательномъ проведеніи такой конструкціи, слѣдовало бы, конечно, признать, что потерпѣвшій отъ подобнаго неумѣреннаго правопользованія можетъ требовать не только возмѣщенія причиненныхъ ему убытковъ, но и настаивать на устраненіи созданнаго неправомѣрнымъ дѣяніемъ положенія. На практикѣ такая послѣдовательность способна, однако, вызвать весьма существенныя затрудненія.

Въ поданномъ окружному суду прошеніи потомственный почетный гражданинъ Петровъ объяснилъ, что Рязанско-Уральская желѣзная дорога поставила на его землѣ щиты для огражденія желѣзнодорожнаго полотна отъ снѣжныхъ заносовъ; возлѣ этихъ щитовъ скопилось громадное количество снѣга, позднее таяніе котораго лишило истца возможности обработать находящуюся подъ нимъ площадь земли и получить съ нея обычный доходъ. Въ виду изложенныхъ обстоятельствъ, Петровъ просилъ взыскать въ его пользу съ Рязанско-Уральской желѣзной дороги 1027 руб. 60 коп. Повѣренный желѣзной дороги возражалъ, что щиты поставлены не на землѣ Петрова, а на межѣ и что вина дороги и размѣръ убытковъ истцомъ не доказаны. Окружный судъ прошеніе истца удовлетворилъ. Судебная палата съ его рѣшеніемъ вполнѣ согласилась. То обстоятельство, что щиты были поставлены не на землѣ истца, а на межѣ, по мнѣнію палаты, не могло освободить желѣзную дорогу отъ отвѣтственности по 684 ст. Т. Х. ч. I, такъ какъ, согласно рѣшенію правит. сената отъ 1902 г. за № 126, никто не свободенъ пользоваться своимъ правомъ такъ, чтобы лишать другого возможности пользоваться его правомъ.

Признавъ претензіи истца основательными, окружный судъ и судебная палата тѣмъ самымъ установили, что, ставя на межѣ полосы отчужденія щиты въ защиту отъ снѣга, желѣзная дорога превысила свое право, дѣйствовала неправомѣрно и что, слѣдовательно, истецъ могъ бы

требовать не только возмѣщенія причиненнаго ему вреда, но и устраненія защитныхъ сооруженій. Чувствуя, что при такомъ направленіи судебной практики цѣлая сѣть подобныхъ сооруженій, обезпечивающихъ правильныя функціи предпріятій огромной общественной и государственной важности, оказалась бы подъ угрозой запрещенія со стороны сосѣднихъ землевладѣльцевъ, сенатъ счелъ необходимымъ въ весьма значительной степени поступиться своими обобщеніями, внеся въ нихъ весьма существенныя оговорки и поправки. Рѣшеніе 1902 года, на которомъ суды низшихъ инстанцій базировали свои положенія въ дѣлѣ Рязанско-Уральской дороги, «не входитъ въ опредѣленіе самаго свойства тѣхъ дѣйствій, совершеніе коихъ можетъ почитаться воспрещеннымъ собственнику недвижимости»; восполняя этотъ пробѣлъ, сенатъ нашелъ необходимымъ разъяснить, что «огражденіе имѣнія и пользованія онымъ составляетъ безспорное право собственника, и если предпринятыя имъ мѣры не составляютъ прямого воздѣйствія на сосѣднюю недвижимость, то нельзя говорить о нарушеніи владѣнія сосѣда, хотя бы косвеннымъ послѣдствіемъ такихъ мѣръ, вслѣдствіе дѣйствія природныхъ силъ, явилось извѣстное обремененіе сосѣдняго участка» (Рѣш. 1910 г. № 81). Приведенное «разъясненіе» является, въ сущности, полнымъ отказомъ отъ обобщающей формулы рѣшенія 1902 года. Въ самомъ дѣлѣ, согласно этому разъясненію, осуществляющій свое право остается безотвѣтственнымъ и тогда, когда благодаря его дѣйствіямъ кто-либо лишается возможности использовать свои правомочія, разъ только на лицо нѣтъ прямого воздѣйствія на чужое благо, т.-е. явнаго правонарушенія. Говоря другими словами, отвѣтственности за осуществленіе правъ, согласно разъясненію рѣшенія 1910 г. № 81, вообще не существуетъ, а есть лишь отвѣтственность за правонарушенія. Что мѣры прямого воздѣйствія отожествляются въ глазахъ сената съ простыми правонарушеніями, рельефно выступаетъ въ рѣш. 1912 г. № 51.

Въ исковомъ прошеніи, поданномъ мировому судьѣ Бѣльскаго судебнаго округа, мѣщанинъ Максимъ Пасынюкъ изложилъ, что вѣтви деревьевъ изъ сосѣдняго сада Ванды Фуровичъ, примыкающаго съ южной стороны къ его огороду, свѣшиваются въ сторону послѣдняго и своей тѣнью закрываютъ отъ солнечныхъ лучей его гряды, по длинѣ 80 саженъ, отчего на означенномъ пространствѣ огорода въ теченіе 6-ти лѣтъ ничего не растетъ. Ссылаясь въ подтвержденіе изложеннаго на свидѣтелей, Пасынюкъ просилъ обязать отвѣтчицу обрубить означенныя вѣтви ея деревьевъ и присудить въ его пользу 30 руб. убытковъ. Мировой судья въ искѣ Пасынюку отказалъ.

Мировой съѣздъ призналъ его рѣшеніе правильнымъ, находя, что хотя въ силу ст. 424 т. X ч. I и рѣш. гражд. касс. деп. 1887 г. № 93, собственнику принадлежитъ право и на воздушное пространство, и съ этой точки зрѣнія Пасынюкъ имѣетъ право требовать, чтобы вѣтви деревьевъ, растущихъ на смежномъ участкѣ, не свѣшивались на его дворъ, но такъ какъ общежитіе немыслимо безъ обязанностей сосѣдей поступаться неограниченностью своего обладанія, а исполненіе требованій

истца можетъ повлечь за собой гибель сада отвѣтчицы, то домогательство Пасынюка надлежитъ оставить безъ уваженія.

Разсматривая вышеизложенное дѣло по кассаціонной жалобѣ истца, сенатъ нашелъ, что ссылка органовъ мировой юстиціи на рѣш. 1902 года не можетъ быть признана правильной, такъ какъ въ дѣлѣ Ванды Фуровичъ находятся на лицо всѣ признаки прямого воздѣйствія на участокъ сосѣда. «Отвѣтчица», говоритъ сенатъ въ своемъ опредѣленіи, «посадивъ деревья и дозволивъ имъ стать въ такое положеніе, при которомъ они, простираясь въ воздушное пространство надъ землею истца, оказываютъ вредное воздѣйствіе на участокъ послѣдняго, совершила тѣмъ самымъ дѣйствія неправомѣрныя». Въ рѣшеніхъ 1910 г. № 81 и 1911 г. № 38 сенатъ находилъ, что постановка на межѣ щитовъ въ защиту отъ снѣга или посадка съ тою же цѣлью деревьевъ являются ни къ чему не обязывающимъ косвеннымъ воздѣйствіемъ на участокъ сосѣда; въ рѣш. 1912 года посадка дерева на межѣ разсматривается уже какъ воздѣйствіе прямое, равносильное правонарушенію.

И это вполнѣ естественно: приведенныя рѣшенія 1910-го и 1911-го года касаются того случая, когда вредъ причиненъ не простирающимися на сосѣдній участокъ вѣтвями посаженныхъ на межѣ деревьевъ или частями защитныхъ сооруженій, а снѣгомъ, скопившимся возлѣ нихъ на землѣ потерпѣвшаго.

Защитныя насажденія и сооруженія находились въ чертѣ правового господства создавшихъ ихъ лицъ, и вредъ, понесенный сосѣдними землевладѣльцами признавался поэтому вредомъ косвеннымъ, воспослѣдовавшимъ отъ дѣйствія природныхъ силъ. Въ дѣлѣ Ванды Фуровичъ вредъ былъ нанесенъ вѣтвями, простирающимися въ область сосѣдняго участка, находящимися уже внѣ черты ея собственническаго господства; дозволяя вѣтвямъ своихъ деревьевъ встать въ такое положеніе, отвѣтчица, по воззрѣнію сената, допускаетъ прямое воздѣйствіе на чужую собственность, т.-е. превышаетъ свое право и нарушаетъ права сосѣда-собственника. Но если «мѣры прямого воздѣйствія» и правонарушенія являются въ глазахъ сената понятіями равнозначущими, то очевидно обобщающая формула рѣшенія 1902 года позднѣйшими рѣшеніями уничтожается совершенно, и положеніе: «дѣйствовавшій по праву закономъ ему предоставленному не можетъ подвергаться какой бы то ни было отвѣтственности» воскрешается во всей его неумолимой строгости.

Такимъ образомъ, попытка сената указать какое-либо общее основаніе, изъ котораго слѣдуетъ исходить при разрѣшеніи вопроса о закономѣрности различныхъ дѣйствій, совершаемыхъ при осуществленіи субъективныхъ правъ, окончилась печальной неудачей. Широкія обобщенія кассаціонной инстанціи оказались практически непригодными и потому старательно затушеванными и обезвреженными искусственнымъ ученіемъ о мѣрахъ прямого и косвеннаго воздѣйствія.

Настаивая на положеніи, что осуществляющій право свободенъ отъ отвѣтственности за проистекающій изъ его дѣйствій вредъ, сенатъ пытается ограничить произволъ управомоченныхъ напоминаніемъ о необ-

ходимости соблюдать законныя границы правъ и отнюдь не выступать за дѣйствительные ихъ предѣлы. Вопросъ о предѣлахъ, въ которыхъ можетъ быть допущено использованіе отдѣльныхъ правъ, остается при этомъ попрежнему чрезвычайно спорнымъ и рѣшается весьма разнообразно.

Въ періодъ подготовительныхъ работъ по составленію новаго гражданскаго уложенія положеніе: «Дѣйствовавшій въ предѣлахъ предоставленнаго ему по закону права не отвѣчаетъ за причиненный вредъ» встрѣтило полное одобреніе со стороны составителей проекта, которые сочли необходимымъ прямо выразить его въ 1066 статьѣ проектируемаго кодекса. Въ примѣчаніяхъ къ этой статьѣ указывалось, что выражаемое въ ней правило должно служить поясненіемъ понятія «недозволенныхъ дѣяній», о которомъ упоминается въ ст. 1065-й. Статья 1066-я освобождаетъ пользовавшагося своимъ правомъ отъ отвѣтственности за нанесенный имъ вредъ только въ томъ случаѣ, если онъ дѣйствовалъ въ предѣлахъ своего права или, что само собою разумѣется, въ предѣлахъ своей обязанности. Отмѣчая, что нѣкоторые авторитетные цивилисты (Лоранъ, Сурда) признаютъ отвѣтственными и тѣхъ, которые, не выходя за предѣлы своихъ правъ, злоупотребляютъ ими и намѣренно причиняютъ вредъ ближнимъ и что направленныя противъ подобныхъ злоупотребленій нормы имѣются въ нѣкоторыхъ европейскихъ уложеніяхъ, составители проекта указываютъ на свое вполнѣ сознательное стремленіе уклониться отъ рецепціи подобныхъ положеній. «Настоящій проектъ», говорится въ объясненіяхъ, «не признаетъ цѣлесообразнымъ установить отвѣтственность за вредъ, причиненный недобросовѣстнымъ пользованіемъ своимъ правомъ, такъ какъ случаи подобнаго рода едва ли часто встрѣчаются, а, съ другой стороны, установленіе такой отвѣтственности стѣсняло бы лицъ въ осуществленіи своихъ правъ въ виду сопряженнаго съ симъ нарушенія чужихъ имущественныхъ интересовъ и колебало бы твердость пріобрѣтенныхъ правъ» (Проектъ 1-й редакціи, кн. 5, стр. 456—457). Въ литературной критикѣ проекта статья 1066-я осталась почти незамѣченной [1]. Въ замѣчаніяхъ, представленныхъ непосредственно редакціонной комиссіи указывалось, что «нельзя допустить безпредѣльное пользованіе своимъ правомъ, не обращая вниманія на чужое право и что, кромѣ сего, пользованіе правами не должно имѣть цѣлью причиненіе вреда другому» и предлагалось дополнить названную статью указаніемъ, которое обязывало бы лицо, осуществляющее свое право, дѣйствовать съ должною осмотрительностью и не имѣть при этомъ цѣлью одно только причиненіе вреда другому (Сводъ замѣчаній на проектъ гражд. уложенія, № 1266. Цит. по проекту второй редакціи кн. 5, стр. 420, 421.)

---

[1] Нѣкоторыя измѣненія въ ея текстѣ были предложены въ замѣчаніяхъ членовъ Спб. Юрид. Общ. на проектъ 5-й книги гражд. уложенія. Вѣстникъ Права 1900 г. кн. 10, прилож. стр. 134. *Змирловъ* указывалъ, что положеніе 1066-й статьи практически совершенно безполезно. Ж. М. Ю. 1900 г. № 4 стр. 87, 88; *Гуссаковскій*. Вознагражденіе за вредъ, причиненный недозволенными дѣяніями. Спб. 1912 г. гл. VI.

Разсмотрѣвъ это замѣчаніе, комиссія не нашла возможнымъ принять его къ руководству, «такъ какъ, съ одной стороны, въ силу ст. 1066 (въ проектѣ второй редакціи—1037) не отвѣчаетъ за причиненный вредъ лишь дѣйствовавшій въ предѣлахъ предоставленнаго ему по закону права, но законъ не только не предоставляетъ никому нарушать чужія права, а, напротивъ того, устанавливаетъ въ интересахъ общественныхъ извѣстныя ограниченія въ пользованіи каждымъ своими правами, а, съ другой стороны, включеніе въ законъ правила о недопущеніи осуществленія права, единственная цѣль котораго причинить вредъ другому, не только не принесло бы никакой пользы, но способно было бы породить на практикѣ трудно разрѣшимые споры уже въ виду того, что изслѣдованіе въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ внутреннихъ побужденій лица осуществляющаго свое право... можетъ повести къ однимъ лишь сомнительнымъ результатамъ» (Проектъ второй редакціи, кн. 5, стр. 420, 421). Въ силу этихъ соображеній ст. 1066-я была воспроизведена и въ проектѣ второй редакціи (ст. 1037-я) и въ проектѣ 1905 года (ст. 2602-я). Но въ проектѣ послѣдней редакціи, внесенномъ на разсмотрѣніе Государственной Думы, положеніе: «дѣйствовавшій въ предѣлахъ предоставленнаго ему по закону права не отвѣчаетъ за причиненный вредъ» совершенно неожиданно получило прибавку «развѣ бы онъ осуществлялъ свое право единственно съ намѣреніемъ причинить вредъ другому» (ст. 1174). Въ запискѣ мин. юстиціи по проекту книги V гражданскаго уложенія внесеніе этой прибавки мотивируется слѣдующимъ образомъ: «проектъ безусловно освобождаетъ отъ отвѣтственности за вредъ лицо, дѣйствовавшее въ предѣлахъ своего права, хотя бы оно причинило вредъ, недобросовѣстно пользуясь своимъ правомъ. Между тѣмъ въ германскомъ гражданскомъ уложеніи (ст. 226) не допускается осуществленіе права, если только цѣлью такого осуществленія является исключительно причиненіе вреда другому. Подобное постановленіе должно быть почитаемо безусловно правильнымъ».

Дѣйствительно, нельзя не признать, что осуществленіе права, направленное исключительно на причиненіе вреда другому, безъ всякой пользы для себя, является въ сущности ничѣмъ инымъ, какъ извращеніемъ права, вопреки его экономическому и историческому назначенію, т.-е., другими словами, дѣяніемъ явно неправомѣрнымъ». Какъ уже было отмѣчено, редакціонная комиссія вполнѣ сознательно уклонилась отъ рецепціи положенія, выраженнаго въ 226-мъ параграфѣ германскаго кодекса и весьма обстоятельно мотивировала свое стремленіе остаться вѣрной исконнымъ завѣтамъ кассаціонной практики.

Пересмотрѣть эту мотивировку при внесеніи проекта въ Государственную Думу имѣлось полное основаніе, такъ какъ за время его продолжительныхъ странствованій по различнымъ комиссіямъ и безплоднаго пребыванія въ нѣдрахъ министерской канцеляріи накопился весьма солидный матеріалъ для переоцѣнки прежнихъ заключеній. Въ 1905 году вопросъ о мѣрахъ законодательной борьбы съ злоупотребленіями правовымъ господствомъ обсуждался въ подкомиссіи комиссіи по пересмотру

французскаго гражданскаго уложенія; въ 1906 году этотъ вопросъ, послѣ многочисленныхъ предварительныхъ обсужденій въ различныхъ комиссіяхъ, дебатировался въ швейцарскомъ Союзномъ Собраніи, при чемъ была выработана соотвѣтствующая статья закона, безъ измѣненій вошедшая затѣмъ въ гражданскій кодексъ Швейцаріи; въ 1907 году этотъ вопросъ былъ затронутъ въ австрійскомъ проектѣ частичныхъ измѣненій гражданскаго уложенія, который въ 1912-мъ году представленъ въ законодательныя учрежденія въ его обновленной редакціи; по этому вопросу создалась, наконецъ, уже довольно значительная литература и накопилось множество судебныхъ рѣшеній. Къ сожалѣнію, не къ этому богатому матеріалу обратилось, повидимому, Особое Совѣщаніе при Министерствѣ Юстиціи и не изъ него почерпнуло свое проектируемое дополненіе ст. 2602-й.

Въ запискѣ министра юстиціи кромѣ ссылки на 226 ст. германскаго уложенія и замѣчанія, что содержащееся въ этой статьѣ положеніе дѣйствительно должно быть почитаемо безусловно правильнымъ, нельзя найти никакихъ указаній, почему германская редакція запрещенія злоупотребленій правомъ предпочитается всѣмъ другимъ. 226-я статья германскаго уложенія какъ бы представляется Особому Совѣщанію единственнымъ безукоризненнымъ образцомъ, который не съ чѣмъ и не къ чему сравнивать. Не обращается никакого вниманія и на историческую связь § 226 съ § 826 BGB, реципировать который признается излишнимъ, безъ всякихъ поясненій, почему изъ этихъ двухъ исторически неразрывно связанныхъ параграфовъ въ нашемъ уложеніи воспроизводится только первый. Между тѣмъ эта связь представляется весьма существенной и характерной. Какъ извѣстно, ни первый ни второй проекты германскаго уложенія не содержали никакихъ запрещающихъ злоупотребленія правами положеній. Составители проектовъ сознательно уклонились отъ воспроизведенія на страницахъ новаго кодекса имѣющагося въ прусскомъ ландрехтѣ запрещенія шиканы, т.-е. пользованія правомъ съ исключительной цѣлью вредить кому-либо, полагая, что подобная норма не сулитъ положительныхъ результатовъ и можетъ только создать весьма удобную почву для всевозможныхъ кляузъ.

Но зато составители проекта сочли необходимымъ создать запрещеніе злоупотребленія той общей свободой дѣйствій, которой располагаетъ каждый членъ человѣческаго общежитія. Параграфъ 705-й проекта опредѣлялъ, что дѣйствія, являющіяся сами по себѣ, въ силу общей свободы, дозволенными, должны быть признаваемы противоправными, если они предприняты вопреки добрымъ нравамъ и расчитаны на причиненіе вреда третьимъ лицамъ. Несмотря на авторитетное указаніе проф. Гирке, что пользованіе общей свободой дѣйствій на практикѣ очень трудно отграничить отъ дѣйствій по осуществленію субъективныхъ правъ и что поэтому шикана должна быть признана столь же недопустимой, какъ и противное добрымъ нравамъ употребленіе свободы вообще, комиссія не только не отказалась отъ своей точки зрѣнія, но и сочла необходимымъ въ проектѣ второй редакціи прямо указать, что выра-

женное въ 705 параграфѣ перваго проекта правило къ дѣйствіямъ по осуществленію субъективныхъ правъ примѣненія имѣть не можетъ.

Вслѣдствіе этого § 705, во второмъ проектѣ—749, принялъ слѣдующій видъ: «Кто противно добрымъ нравамъ умышленно причинитъ вредъ третьему лицу путемъ дѣйствія, не составляющаго осуществленія принадлежащаго ему права, тотъ обязанъ этотъ вредъ возмѣстить». При третьемъ пересмотрѣ проекта отношеніе къ вопросу о законодательномъ запрещеніи шиканы однако же рѣзко измѣнилось. По настоянію Союзнаго Совѣта въ опредѣляющій содержаніе собственническаго господства § 887 было внесено положеніе: «Осуществленіе права собственности съ единственной цѣлью причинить вредъ третьему лицу является недопустимымъ». Комиссія въ концѣ-концовъ высказалась, такимъ образомъ, за желательность направленной противъ шиканы законодательной нормы, но находила необходимымъ ограничить примѣненіе этой нормы областью права собственности, полагая, что распространеніе ея на всѣ области права представляется и рискованнымъ и излишнимъ.

Въ комиссіи Рейхстага было указано, что частичное запрещеніе шиканы не отвѣчаетъ ни требованіямъ оборота ни правильной теоретической конструкціи: если пользованіе правомъ съ исключительной цѣлью, причинить вредъ ближнему недопустимо для собственника, то оно должно быть недопустимо и для всякаго управомоченнаго, т. к. никакихъ внутреннихъ основаній для проведенія какихъ-либо различій въ данномъ случаѣ не имѣется. Запрещеніе шиканы должно получить болѣе широкое выраженіе и найти мѣсто въ самостоятельной статьѣ, помѣщенной въ общей части гражданскаго уложенія [1]. Формулировать эту статью предлагалось слѣдующимъ образомъ: «Осуществленіе права является недопустимымъ въ томъ случаѣ, если единственною цѣлью его можетъ быть причиненіе вреда третьему лицу». Рѣшившись внести въ проектъ это общее запрещеніе шиканы, комиссія сочла необходимымъ нѣсколько измѣнить и текстъ § 749, находя, что его первоначальная редакція не согласуется съ новой нормой объ осуществленіи правъ. Въ 749 параграфѣ проекта опредѣлялось, что тотъ, кто умышленно и противно добрымъ нравамъ причинитъ вредъ третьему лицу путемъ дѣйствія, не составляющаго осуществленія принадлежащаго ему права, обязанъ этотъ вредъ возмѣстить; слова: «путемъ дѣйствія, не составляющаго осуществленія принадлежащаго ему права» комиссія признала подлежащими исключенію, т. к. они создаютъ представленіе, будто за дѣйствія, совершенныя въ предѣлахъ права, отвѣтственности быть не можетъ, тогда какъ въ дѣйствительности проектъ такую отвѣтственность, при наличности извѣстныхъ условій, допускаетъ. Благодаря такому измѣненію, въ гражданскомъ уложеніи Германіи получились двѣ различно формулированныя и размѣщенныя статьи, одинаково примѣнимыя къ случаямъ злоупотребленій правомъ; первая при окончательной редакціи текста уложенія соста-

---

[1] Bericht der Reichstags-Kommission S. 53. См. къ изложенному *Blümner*. Die Lehre vom böswilligen Rechtsmissbrauch. Berlin 1900. § 8.

вила 226-й параграфъ его общей части, а вторая вошла въ отдѣлъ «о недозволенныхъ дѣйствіяхъ» въ видѣ § 826-го. Взаимоотношенія этихъ статей комиссія не установила; въ виду этого вопросъ о немъ въ литературѣ и практикѣ вызвалъ значительныя разногласія: въ то время какъ одни считали § 826-й примѣнимымъ къ злонамѣренному и недобросовѣстному пользованію правами только въ томъ случаѣ, когда на лицо имѣются всѣ реквизиты § 226-го, другіе упорно отстаивали за нимъ совершенно самостоятельное значеніе [1].

Весьма сильнымъ стимуломъ къ этому служило то обстоятельство, что § 226, признающій недозволенными только такія дѣйствія, при которыхъ причиненіе вреда кому либо является единственной цѣлью управомоченнаго, оказывается крайне трудно примѣнимымъ на практикѣ, благодаря чему въ литературѣ встрѣчаются даже утвержденія, будто запрещеніе шиканы въ нѣмецкомъ правѣ носитъ исключительно декоративный характеръ [2]. Во всякомъ случаѣ очень многіе видные нѣмецкіе цивилисты, опираясь на историческое происхожденіе § 826-го, усматриваютъ въ немъ совершенно самостоятельную норму, открывающую возможность бороться не только съ шиканой, но и со всякими злоупотребленіями правомъ, и практика весьма охотно становится на ихъ точку зрѣнія (см. Heine, ук. соч., стр. 45, 46).

Такимъ образомъ, Особое Совѣщаніе при Министерствѣ Юстиціи, предлагая реципировать въ нашемъ уложеніи опредѣленіе 226-го параграфа германскаго кодекса и замалчивая неразрывно связанное съ нимъ положеніе § 826-го, совершенно произвольно и безъ всякихъ видимыхъ основаній суживаетъ намѣченную германскимъ уложеніемъ область парализующихъ злоупотребленія правами мѣръ. Весьма характернымъ представляется и самый способъ пересадки § 226-го на русскую почву. Въ нѣмецкомъ кодексѣ этотъ параграфъ составляетъ совершенно самостоятельную статью, помѣщенную въ его общей части; въ проектѣ нашего гражданскаго уложенія соотвѣтствующее опредѣленіе присоединяется къ ст. 1174, помѣщаемой въ отдѣлѣ обязательственнаго права. Такое перемѣщеніе могло бы, конечно, найти извѣстное оправданіе въ томъ, что нашъ проектъ предполагается проводить черезъ законодательныя учрежденія частями, благодаря чему въ идущемъ въ первую очередь проектѣ обязательственнаго права включены и нѣкоторыя положенія общаго характера, подлежащія въ дальнѣйшемъ перенесенію на подобающее мѣсто. Но авторы проекта совершенно упускаютъ изъ вида, что благодаря ихъ редакціи запрещенія шиканы оно въ нашемъ кодексѣ получаетъ уже совсѣмъ не то значеніе, какое имѣетъ оно въ кодексѣ германскомъ: § 226 BGB гласитъ, что пользованіе правомъ съ единственною цѣлью причинить кому-либо вредъ является недопустимымъ; по статьѣ же 1174-й проекта такое правопользованіе влечетъ за собою лишь обя-

---

[1] Сводку литературныхъ мнѣній см. у *Heine*. Ueber das Verhältniss der §§ 226 und 826 des B G B zueinander, S. 25, 26, 41, 42—44.

[2] См. напр., *Huber*. Ueber den Rechtsmissbrauch. S. 29. Ср. *Martin*. Das Chikaneverbot des Bürgerl. Gesetzbuches. Borna-Leipzig 1907. S. 91.

занность возмѣщенія ущерба[1]. Весьма любопытнымъ представляется далѣе и то обстоятельство, что въ нашемъ проектѣ при переводѣ § 226-го выраженіе «съ единственной цѣлью» замѣняется почему-то выраженіемъ «съ единственнымъ намѣреніемъ». Никакой мотировки подобной замѣны не приводится, а т. к. въ относящемся къ данному тексту мѣстѣ объяснительной записки говорится тоже не о намѣреніи, а о цѣли правопользованія, то становится совершенно очевиднымъ, что эта замѣна не является умышленной и объясняется просто извѣстной редакціонной небрежностью, тѣмъ менѣе извинительной, что нѣмецкіе авторы, какъ извѣстно, весьма настойчиво подчеркиваютъ практическія преимущества употребленнаго въ 226-мъ параграфѣ термина «Zweck» передъ выраженіемъ «Absicht»[2]. Итакъ, составители нашего проекта, реципируя изъ германскаго кодекса направленную противъ злоупотребленія правомъ норму, не только безъ всякаго основанія обузили ея объемъ, но и значительно ее исказили. Но можетъ быть за болѣе осторожную редакцію подобной нормы говорилъ законодательный опытъ другихъ европейскихъ государствъ, на который Особое Совѣщаніе сочло почему-либо излишнимъ ссылаться? На нашъ взглядъ, этотъ опытъ долженъ былъ бы дать совершенно обратныя указанія. Правда, въ проектѣ частичныхъ измѣненій австрійскаго кодекса положенія 226-го и 826-го параграфовъ германскаго уложенія заимствуются въ такомъ сочетаніи, которое весьма существенно умаляетъ значеніе каждаго изъ нихъ, но этотъ примѣръ врядъ ли можетъ быть особенно поучительнымъ, какъ въ виду дружнаго осужденія, какое встрѣчаетъ занятая проектомъ позиція со стороны австрійскихъ и иноземныхъ цивилистовъ, такъ и въ виду особыхъ обстоятельствъ самаго появленія проекта. Проектъ частичнаго измѣненія австрійскаго уложенія былъ вызванъ появившейся въ 1904 году въ Grünhuts Zeitschrift (B. 31. S. 389—406) статьей извѣстнаго австрійскаго цивилиста Унгера, настаивавшаго на необходимости пересмотра и дополненія нѣкоторыхъ опредѣленій гражданскаго кодекса, въ виду ихъ полнаго несоотвѣтствія измѣнившимся правовоззрѣніямъ. Вполнѣ раздѣляя точку зрѣнія маститаго ученаго, правительство въ тотъ же годъ избрало соотвѣтствующую комиссію, поручивъ предсѣдательствованіе въ ней самому Унгеру. Работа комиссіи, благодаря цѣлому ряду начатыхъ ею анкетъ, чрезвычайно замедлилась. Вслѣдствіе этого правительство рѣшило не ожидать ея результатовъ и предложить законодательнымъ учрежденіямъ свой собственный проектъ частичнаго обновленія гражданскаго кодекса. Слѣдуя примѣру германскаго уложенія, правительственный проектъ устанавливаетъ отвѣтственность за вредъ, причиненный дѣй-

---

[1] Правда, въ объяснительной запискѣ министра юстиціи совершенно ясно указывается, что шикана, являясь извращеніемъ права, должна быть почитаема дѣяніемъ неправомѣрнымъ, но это, конечно, не исключаетъ еще возможности крупныхъ разногласій при толкованіи новой нормы.

[2] См. напр., *Blümner,* о. с., S. 135, 151; *Heine,* о. с., S. 14; *Knuth.* Über die sogenannte Chikane nach gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuche. Königsberg. 1900. S. 7.

ствіями противными добрымъ нравамъ и осуществленіемъ правъ изъ исключительно злостныхъ побужденій. Соотвѣтствующее положеніе излагается въ § 152, который, по мысли составителей проекта, долженъ составить дополненіе § 1295 ABGB. По своей редакціи § 152 представляетъ довольно своеобразное соединеніе опредѣленій, содержащихся въ 226-й и 826-й статьяхъ германскаго уложенія: «Тотъ, кто противнымъ добрымъ нравамъ и общественному порядку образомъ умышленно причинитъ вредъ кому-либо, обязанъ этотъ вредъ возмѣстить. Если вредъ причиненъ при осуществленіи права, то настоящее положеніе примѣняется лишь въ томъ случаѣ, если пользованіе правомъ могло имѣть единственную цѣль—причинить вредъ другому». Явившійся полной неожиданностью для общества, правительственный проектъ былъ встрѣченъ въ научной средѣ съ вполнѣ естественнымъ недоумѣніемъ и недовѣріемъ. Далеко не радушный пріемъ былъ, въ частности, оказанъ и положеніямъ § 152-го. Въ цѣломъ рядѣ газетныхъ и журнальныхъ статей и посвященныхъ проекту монографій указывалось, что § 152-й представляетъ изъ себя крайне неудачное, безполезное и даже, пожалуй, вредное заимствованіе изъ германскаго уложенія [1].

Неудачнымъ заимствованіемъ опредѣленіе § 152-го должно быть признано потому, что оно путемъ своеобразнаго сочетанія двухъ отдѣльныхъ нормъ германскаго уложенія совершенно искажаетъ значеніе каждаго изъ нихъ. Въ то время, какъ германскій кодексъ признаетъ осуществленіе права съ единственной цѣлью нанесенія вреда кому-либо недопустимымъ, проектъ австрійскаго уложенія ограничивается возложеніемъ на виновника шиканы обязанности возмѣстить причиненный ущербъ, благодаря чему утрачивается все профилактическое значеніе направляемой противъ шиканы нормы, какимъ несомнѣнно обладаетъ соотвѣтствующее опредѣленіе германскаго свода. Далѣе, проводя въ § 152 рѣзкое различіе между дѣйствіями по осуществленію субъективныхъ правъ и дѣйствіями просто незапрещенными, проектъ становится на очень скользкую почву, т. к. это различіе представляется далеко не безспорнымъ и нѣкоторыми теоретиками даже совершенно отвергается (См. *Mihurko,* ук. соч., стр. 299 и сл.).

Безполезнымъ и даже, пожалуй, вреднымъ положеніе § 152-го представляется потому, что внося въ § 1295 неимѣющее почти никакого практическаго значенія добавленіе, создаетъ какую-то совершенно непонятную привилегію для дѣйствій, противныхъ добрымъ нравамъ. Въ самомъ дѣлѣ, по смыслу § 1295-го, за вредъ, причиненный не противнымъ добрымъ нравамъ образомъ, отвѣчаетъ всякій, въ поведеніи кото-

---

[1] *Ehrenzweig.* Neue Freie Presse 22 Dez. 1907 № 15567. S. 4—5; его же, Gutachten über den Entwurf eines Nachtragsgesetzes zum A B G B. Wien. 1908. S. 13—14; *Krasnopolski.* Die Aenderung und Ergänzung einiger Bestimmungen des ABGB. Wien 1908. S. 13, 26; *Mayr.* Betrachtungen über den Revisionsentwurf. Wien 1908. S. 77—78; *Wellspacher.* Kritische Bemerkungen zur Zivilgesetznovelle. Allg. österr. G. Ztg. 1908 № 10. S. 80; *Mihurko.* Die Revision des Schadenersatzrechtes in den Entwürfen einer Novelle zum allg. bürgerl. Gesetzbuche. Ibidem. 1911. № 38. S. 298—300.

раго усматривается вина, т.-е. неосторожность, невнимательность, неосмотрительность, за вредъ же причиненный дѣйствіями противными добрымъ нравамъ, въ силу § 152-го, отвѣчаетъ только тотъ, кто совершаетъ ихъ умышленно! Если составители проекта были убѣждены въ совершенной необходимости положеній, направленныхъ противъ шиканы и не соотвѣтствующихъ добрымъ нравамъ оборота дѣйствій, то имъ, по мнѣнію нѣкоторыхъ критиковъ проекта, было бы лучше остаться при редакціи германскаго кодекса; тогда австрійская практика могла бы, по крайней мѣрѣ, воспользоваться богатымъ опытомъ нѣмецкихъ судовъ. Несмотря на дружныя нападки критики, § 152 перешелъ и въ проекты дальнѣйшихъ редакцій, при чемъ первоначальный текстъ его остался почти безъ измѣненій [1]. Такимъ образомъ, стремленіе составителей австрійскаго проекта реципировать положенія 226-го и 826-го параграфовъ BGB въ значительно урѣзывающей ихъ объемъ и значеніе редакціи въ научной литературѣ встрѣчаетъ почти единогласное осужденіе.

Въ 1905 году вопросъ о законодательномъ запрещеніи злоупотребленій правомъ былъ поставленъ на очередь и во Франціи. Одинадцатаго марта этого года въ подкомиссіи комиссіи по пересмотру гражданскаго уложенія было указано, что въ цѣляхъ установленія единообразія практики необходимо внести въ кодексъ запрещеніе такихъ дѣйствій по осуществленію правъ, которыя не соотвѣтствуютъ интересамъ общежитія и добрымъ нравамъ оборота. Такое запрещеніе, по мысли его иниціаторовъ, должно было составить естественное продолженіе art. 6-го, опредѣляющаго: «On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs». Этому предложенію было противопоставлено указаніе, что въ борьбѣ съ такими дѣйствіями практика искони опиралась на art. 1382 C. civ. и что поэтому новую норму, подсказанную и подготовленную судебной практикой, гораздо удобнѣе присоединить къ положенію, послужившему ея подготовительной базой. Въ виду возникшихъ по этому поводу разногласій, подкомиссія пришла къ заключенію, что въ столь важномъ вопросѣ нельзя отважиться на какое-либо рѣшеніе, руководясь исключительно отвлеченными теоретическими соображеніями и что необходимо произвести тщательное изслѣдованіе, насколько дѣйствительно art. 1382-й послужилъ основаніемъ для накопившагося по интересующему собраніе вопросу практическаго матеріала и не является ли болѣе цѣлесообразнымъ создать для практики совершенно самостоятельный опорный пунктъ, независимый отъ прежней базы. Изслѣдованіе было поручено Салейлю. Въ своемъ докладѣ подкомиссіи Салейль указывалъ, что въ борьбѣ съ

---

[1] Послѣдняя редакція проекта относится къ іюню 1912 года. Въ этой редакціи добавленіе къ § 1295-му изложено слѣдующимъ образомъ: «Auch wer in einen gegen die guten Sitten verstossenden Weise absichtlich Schaden zufügt, ist dafür verantwortlich, jedoch falls dies in Ausübung eines Rechtes geschah nur dann, wenn die Ausübung des Rechtes lediglich den Zweck haben konnte, den anderen zu schädigen». См. 78 Beilage zu d. stenogr. Protokollen des Herrenhauses, XXI Session.

различными злоупотребленіями правомъ практика, дѣйствительно, всегда брала исходнымъ пунктомъ art. 1382-й. Злоупотребленіе же правомъ практика усматривала въ цѣломъ рядѣ весьма разнообразныхъ и характерныхъ явленій: и въ превышеніи предоставляемыхъ субъективнымъ правомъ полномочій, и въ дѣйствіяхъ, неизбѣжно влекущихъ за собою для окружающихъ особыя необычныя стѣсненія и особый рискъ, и въ пользованіи правомъ съ исключительною цѣлью нанести кому либо вредъ. Если принять во вниманіе, что дѣйствія первой категоріи не составляютъ осуществленіе правъ, а возмѣщеніе ущерба, причиняемаго дѣйствіями второй категоріи, правильнѣе мотивировать положеніями о профессіональномъ рискѣ, то станетъ совершенно яснымъ, что злоупотребленіе правомъ слѣдуетъ усматривать лишь въ дѣяніяхъ третьей категоріи, т.-е. въ пользованіи правомочіями съ исключительною цѣлью причиненія вреда третьимъ лицамъ. Въ отношеніи этихъ дѣяній art. 1382-й непримѣнимъ, т. к. эти дѣйствія въ силу ихъ антисоціальнаго и противоправнаго характера должны быть признаны недопустимыми, а не только влекущими отвѣтственность за причиненный ими ущербъ. Эти дѣйствія должны быть предупреждаемы, а всѣ послѣдствія ихъ, по возможности, устраняемы, что, разумѣется, не можетъ быть достигнуто на почвѣ опредѣленій имѣющаго совершенно иное значеніе art. 1382-го. Поэтому и проектируемое запрещеніе злоупотребленій правомъ было бы гораздо цѣлесообразнѣе присоединить не къ этому art., а къ art. 6 общей части C. civ., формулируя его въ слѣдующихъ выраженіяхъ: «Un act dont l'effet ne peut être que de nuire à autrui, sans interêt appreciable et légitime pour celui qui l'accomplit, ne peut jamais constituer un exercice licite d'un droit» [1]. Хотя задачей доклада Салейля являлось исключительно выясненіе вопроса о мѣстѣ, которое должно занять въ кодексѣ запрещеніе злоупотребленій правомъ, вопросъ же о необходимости такого запрещенія считался, повидимому, предрѣшеннымъ, въ проектъ оно не было внесено, благодаря чему французская практика въ борьбѣ съ нелояльнымъ пользованіемъ правомочіями остается до сихъ поръ вѣрна своей прежней излюбленной базѣ — art. 1382-му. Что именно заставило подкомиссію внезапно отказаться отъ принятія въ проектъ опредѣленія о запрещеніи злоупотребленій правомъ, за неопубликованіемъ соотвѣтствующихъ матеріаловъ, осталось невыясненнымъ. Однако съ весьма большимъ основаніемъ можно предположить, что нѣкоторыя вѣскія данныя для этого могли быть усмотрѣны и въ самомъ докладѣ Салейля. Въ самомъ дѣлѣ, практика, согласно указаніямъ докладчика, въ понятіе злоупотребленія правомъ влагала весьма широкое содержаніе, подводя подъ это понятіе и дѣйствія, которыми сверхъ обычной мѣры стѣсняются права другихъ лицъ, и пользованіе правами изъ исключительно злостныхъ побужденій, и дѣйствія, создающія особый профессіональный рискъ. Такимъ образомъ, понятіемъ злоупотребленія правомъ въ прак-

[1] *Saleilles*. Rapport présentè à la premiére Sous-Commission de la Commission de revision du Code civil. Paris, 1905, p. 17, 18.

тикѣ обнимались всѣ случаи причиненія вреда при осуществленіи правъ и закономъ невозбраняемыхъ дѣйствіяхъ, въ которыхъ казалось необходимымъ и справедливымъ возложить отвѣтственность на виновниковъ ущерба. По мнѣнію докладчика, цѣлый рядъ такихъ случаевъ покрывается теоріей профессіональнаго риска, сущность которой онъ излагаетъ лишь въ самыхъ краткихъ поверхностныхъ чертахъ. Указаніе на эту только еще намѣчающуюся, но уже пріобрѣтающую громадное практическое значеніе теорію должно было неминуемо внести существенное осложненіе въ вопросъ о законодательномъ запрещеніи злоупотребленій правомъ, т. к. отношеніе комиссіи къ этой теоріи должно было, очевидно, повліять и на опредѣленіе злоупотребленія правомъ и на редакцію его запрещенія [1].

Въ Швейцаріи понятіе злоупотребленія правомъ привлекаетъ къ себѣ вниманіе юристовъ-теоретиковъ лишь въ періодъ подготовительныхъ работъ по составленію обще-швейцарскаго гражданскаго уложенія. Изъ законодательныхъ сборниковъ отдѣльныхъ кантоновъ спеціальныя опредѣленія относительно злоупотребленія правомочіями содержатъ только гражданскіе кодексы Аргау и Цюриха (*Aargau,* B. G. § 480; *Zürich,* B. G. § 189 Al. 1.2 (618, 619), но и эти опредѣленія разсчитаны исключительно на отношенія, вытекающія изъ сосѣдства.

Однако, по свидѣтельству *Trüeb*'а, пытавшагося выяснить путемъ анкеты отношеніе кантональныхъ судовъ къ различнымъ случаямъ нелояльнаго использованія правомочій, не только судебныя учрежденія Цюриха и Аргау, но и суды другихъ кантоновъ, въ кодексахъ которыхъ не имѣется никакихъ постановленій о злоупотребленіи правомъ, довольно согласно проводили взглядъ о недопустимости шиканы при осуществленіи какихъ бы то ни было правъ. За отсутствіемъ спорныхъ пунктовъ въ законѣ, кантональные суды мотивировали свои рѣшенія весьма разнообразно. Но во всякомъ случаѣ практика кантональныхъ судовъ по названному вопросу не была обширной и никакихъ поучительныхъ обобщеній не дала. Подъ злоупотребленіемъ правомъ кантональные суды всегда разумѣли шикану [2]. Съ появленіемъ обще-швейцарскаго кодекса обязательственнаго права, практика нерѣдко пыталась обосновать свои опредѣленія о противоправности шиканы нормами этого свода. Отмѣчая, что союзный кодексъ во второмъ пунктѣ art. 27-го и въ art. 283 ясно признаетъ злоупотребленіе правами явленіемъ недопустимымъ и ссылаясь на art. 50 и 55 того же кодекса, судебныя мѣста отдѣльныхъ кантоновъ и Союзный Судъ, указывали, что въ этихъ положеніяхъ нужно видѣть выраженіе общаго правила, примѣнимаго къ весьма широкому кругу жизненныхъ явленій [3]. Въ изданномъ въ 1900 г.

---

[1] Къ изложенному см. *Porcherot.* De l'abus de droit. Dijon, 1901; *Josserand.* De l'abus des droits. Paris, 1905; *Buttin.* L'usage abusif du droit. Grenoble, 1904; *Roussel.* L'abus du droit. Paris, 1913; *Huchard.* Le risque professionnel. Paris, 1898; *Josserand.* De la responsabilité du fait des choses inanimées. Paris, 1897.

[2] *Trüeb.* Der Rechtsmissbrauch (Schikane) im modernen Recht. Bern, 1909, S. 56 — 63.

[3] См. *Huber,* Über den Rechtsmissbrauch. Bern. S. 41, 42.

предварительномъ проектѣ обще-швейцарскаго гражданскаго уложенія, составленномъ извѣстнымъ швейцарскимъ юристомъ Губеромъ, запрещеніе шиканы было выражено въ art. 644-мъ: «Собственникъ вещи можетъ располагать ею, въ законныхъ границахъ, по своему усмотрѣнію. Онъ воленъ дать ей любое назначеніе, за исключеніемъ того, единственной цѣлью котораго являлось бы причиненіе вреда другимъ лицамъ».

Хотя приведенное опредѣленіе помѣщалось въ отдѣлѣ вещныхъ правъ, составитель проекта, какъ это видно изъ «мотивовъ» [1] считалъ его подлежащимъ распространенію и на области другихъ правомочій, оправдывая сдѣланный имъ выборъ мѣста тѣмъ, что при пользованіи правами собственническаго господства шикана встрѣчается значительно чаще, чѣмъ при осуществленіи другихъ правъ. При обсужденіи проекта въ «Expertenkommission» относительно второго пункта art. 644 было высказано два діаметрально противоположныхъ мнѣнія: въ то время какъ нѣкоторые изъ членовъ комиссіи предлагали вычеркнуть этотъ пунктъ, какъ представляющій весьма существенное стѣсненіе собственническаго господства, другіе, наоборотъ, настаивали на усиленіи его значенія путемъ уничтоженія слова «единственной», указывая, что мотивы дѣйствій всегда бываютъ сложными и потому доказать, что желаніе причинить вредъ является единственнымъ побужденіемъ отвѣтчика представляется для потерпѣвшаго почти невозможнымъ. Ниодному изъ приведенныхъ мнѣній не удалось однако получить одобренія со стороны большинства участвовавшихъ въ комиссіи лицъ, благодаря чему текстъ art. 644-го остался безъ измѣненій. Въ проектѣ, представленномъ на разсмотрѣніе законодательныхъ учрежденій, редакція запрещенія злоупотребленій правомъ оказалась однако весьма существенно расширенной: второй пунктъ art. 644-го былъ вычеркнутъ, но зато во «введеніе» проекта, въ видѣ art. 3-го, внесено положеніе болѣе общаго характера: «При осуществленіи правъ и исполненіи обязательствъ должно сообразоваться съ требованіями доброй совѣсти. Явно злоупотребляющій правомъ не пользуется защитой закона» [2].

Въ союзномъ собраніи редакція art. 3-го встрѣтила единодушное одобреніе. Весьма благожелательно отнеслась къ ней и цивилистическая литература [3].

Такимъ образомъ, новое гражданское уложеніе Швейцаріи ограничилось общимъ указаніемъ на недопустимость злоупотребленій правомъ, предоставляя наукѣ и практикѣ широкій просторъ въ истолкованіи его опредѣленій.

Въ пользу такой формулировки ея сторонники указывали, что при недостаточной разработанности теоріи злоупотребленія правомъ было бы крайне неблагоразумно пытаться дать этому явленію въ законѣ точное

---

[1] Exposé des motifs de l'avant-projet. T. I p. 8 et 9.

[2] Относительно происхожденія указаннаго измѣненія см. *Huber.*, o. c., S. 46.

[3] Amtliches Stenogr. Bülletin d. schw. Bundesversammlung. November 1906 стр. 1037, 1039, 1042; *Huber.*, o. c., S. 101.

опредѣленіе, рискуя или слишкомъ далеко опередить практическія потребности или, наоборотъ, создать лишь новое препятствіе для ихъ удовлетворенія. Необходимо помнить, что всѣ попытки найти для запрещеній злоупотребленій правомъ такую формулу, которая содержала бы точное опредѣленіе этихъ послѣднихъ, оказывались всегда неудачными. Формула, избранная швейцарскимъ уложеніемъ, правда, даетъ судьѣ довольно значительную свободу толкованія, но отнюдь не ставитъ его выше закона и не санкціонируетъ судебнаго произвола, такъ какъ при разрѣшеніи вопроса, является ли въ томъ или иномъ конкретномъ случаѣ правопользованіе нормальнымъ или носитъ характеръ злоупотребленія, судья долженъ руководствоваться часто объективными данными.

Итакъ, примѣръ европейскихъ государствъ отнюдь не говоритъ за необходимость ограничиться въ походѣ противъ принципа: «Осуществляющій свое право не отвѣчаетъ за причиняемый при этомъ вредъ», такой скромной нормой, которая была бы не только повтореніемъ, но и возможнымъ сокращеніемъ нѣмецкихъ опредѣленій о шиканѣ. И литературная критика австрійскаго проекта и матеріалы законодательныхъ работъ во Франціи и Швейцаріи обнаруживаютъ существованіе упорнаго и поддерживаемаго практическими потребностями стремленія юридической мысли создать нѣчто большее. Въ судебной практикѣ, какъ уже было отмѣчено, понятіе злоупотребленія правомъ становится нерѣдко значительно шире понятія шиканы, обнимая собою цѣлый рядъ случаевъ причиненія вреда путемъ осуществленія правъ, въ которыхъ, въ силу разнообразныхъ соображеній соціальнаго свойства, представляется желательнымъ возложить отвѣтственность на виновниковъ ущерба. Злоупотребленіе правомъ сообразно этому отожествляется съ такимъ правопользованіемъ, которое не соотвѣтствуетъ соціальному назначенію права вообще и права осуществляемаго въ частности. Въ такомъ именно смыслѣ трактуется оно и многими юристами-теоретиками [1].

Въ противовѣсъ указанному стремленію въ научной литературѣ выдвигаются попытки къ совершенно иной постановкѣ вопроса, при которой распространеніе понятія злоупотребленія правомъ сдѣлалось бы совершенно излишнимъ. Ученіе о злоупотребленіи правомъ, указываютъ сторонники этого направленія, вызвано къ жизни существованіемъ черезчуръ прямолинейнаго и далеко не безусловнаго правила, что осуществляющій свое право не отвѣчаетъ за причиняемый имъ при этомъ вредъ.

Въ дѣйствительности отвѣтственность за вредъ, причиненный при осуществленіи права, существуетъ и можетъ быть обоснована безъ помощи искусственно вызванной и столь же искусственно сконструированной теоріи о злоупотребленіи правомъ.

Цѣлый рядъ правомочій неизбѣжно связанъ въ своемъ осуществленіи съ вредомъ и убытками для другихъ. При современной техникѣ, заставившей служить человѣку такія грозныя силы, какъ паръ и электричество, при современномъ головокружительномъ ростѣ производства

[1] О другихъ взглядахъ см. *Porcherot.* De l'abus de droit, ch. II.

и обмѣна, въ которомъ виднѣйшую роль играютъ эти силы и управляющія ими сооруженія и машины, вредъ, причиняемый различными видами правопользованія окружающимъ, выражается въ безчисленныхъ и нерѣдко весьма тяжелыхъ формахъ. Но съ этимъ вредомъ приходится на извѣстныхъ условіяхъ мириться въ виду той крупной общественной пользы, которую приноситъ причиняющая его дѣятельность. Работа фабрики или завода неизбѣжно связана съ цѣлымъ рядомъ неудобствъ и опасностей и для привлекаемыхъ къ этой работѣ людей и для ближайшихъ жителей, существованіе которыхъ можетъ сдѣлаться невыносимымъ благодаря сопровождающему эксплоатацію предпріятія шуму или вызываемому ею отравленію воздуха вредными газами и распыленными частями продуктовъ производства.

Но фабрика, возникшая съ надлежащаго разрѣшенія, не подлежитъ закрытію изъ-за причиняемыхъ ею неудобствъ; движеніе желѣзнодорожныхъ поѣздовъ не можетъ быть остановлено изъ-за вызываемыхъ выбрасываемыми изъ трубъ локомотивовъ искрами пожаровъ. Причиненіе вреда представляетъ какъ бы прерогативу общеполезныхъ предпріятій, взамѣнъ которой на нихъ возлагается тяжелая обязанность отвѣчать за всякій вредъ, причиненный ихъ дѣятельностью, внѣ зависимости отъ того, можетъ ли этотъ вредъ быть поставленъ имъ въ вину, можетъ ли онъ быть предусмотрѣнъ и предотвращенъ или нѣтъ [1].

Такимъ образомъ предпріятія несутъ рискъ за всякую случайность, благодаря которой ихъ дѣятельность оказываетъ вредъ или занятымъ въ нихъ рабочимъ или третьимъ лицамъ, хотя бы эта дѣятельность и составляла осуществленіе несомнѣнныхъ правъ предпринимателей. Подобная отвѣтственность не составляетъ однако специфической и исключительной особенности промышленныхъ предпріятій; частное лицо, при извѣстныхъ обстоятельствахъ, должно нести рискъ за послѣдствія своихъ дѣйствій точно такъ же, какъ и эти послѣднія.

Такъ, пользующійся автомобилемъ или какою-либо машиной отвѣчаетъ за всякій, хотя бы и случайно причиненный при этомъ ущербъ окружающимъ, производящій на своемъ участкѣ черезчуръ значительную выемку земли отвѣчаетъ за цѣлость построекъ сосѣда и т. п. Вообще, примѣняясь къ условіямъ времени и существующимъ теченіямъ практики, общее положеніе о гражданской отвѣтственности слѣдовало бы выразить слѣдующимъ образомъ: «Каждое дѣйствіе, совершенное при такихъ обстоятельствахъ, которыя, согласно установившемуся обыкновенію и соціальнымъ воззрѣніямъ должны быть отнесены на рискъ и страхъ совершившаго, возлагаетъ на послѣдняго обязанность возмѣстить причиненный вредъ» [2]. Давно пора уже забыть не только основанное на неправильномъ истолкованіи источниковъ римскаго права положеніе: «Осуществляющій свое право не отвѣчаетъ за причиненный при этомъ вредъ»,

---

[1] *Saleilles*, о. с., p. 14—17; *Josserand*. De la responsabilité du fait des choses inanimées, p. 109; *Roussel*, о. с., p. 13—17.

[2] *Saleilles*, о. с., p. 17.

но и все традиціонное ученіе объ основаніяхъ гражданской отвѣтственности. Вопреки этому ученію, потерпѣвшему ущербъ нѣтъ надобности доказывать неправомѣрность дѣйствій отвѣтчика и его вину, а достаточно установить наличность причинной связи между дѣйствіемъ отвѣтчика и ущербомъ, который ему причиненъ [1].

Судъ самъ разрѣшитъ вопросъ, должно ли быть данное дѣйствіе отнесено на рискъ отвѣтчика или нѣтъ. Во всякомъ случаѣ, въ теоріи злоупотребленія правомъ въ ея распространительной формулировкѣ нѣтъ особенной практической надобности. Стремленіе сторонниковъ этой теоріи оградить общество отъ использованія субъективныхъ правъ противно соціальнымъ требованіямъ оборота достигается гораздо лучше и полнѣе на почвѣ такъ называемой «объективной» конструкціи гражданской отвѣтственности, къ которой, въ концѣ-концовъ, приводитъ теорія профессіональнаго (точнѣе—«созданнаго») риска. Не становясь въ ряды сторонниковъ приведенной теоріи, но раздѣляя воззрѣніе ихъ о практической непригодности теоріи злоупотребленія правомъ, другіе изслѣдователи пытаются обезсилить положеніе: «Осуществляющій свое право не отвѣчаетъ за причиняемый при этомъ вредъ» болѣе скромными поправками въ господствующемъ ученіи объ основаніяхъ гражданской отвѣтственности [2]. Въ виду того, что настоящая статья совсѣмъ не ставитъ своей задачей дать полный и точный отвѣтъ на вопросъ объ основаніяхъ отвѣтственности за вредъ, причиненный при осуществленіи права, или привести исчерпывающій сводъ существующихъ въ литературѣ взглядовъ, а преслѣдуетъ лишь очень скромную цѣль—указать, насколько поверхностно отнеслись къ этому вопросу составители проекта нашего гражданскаго уложенія и какъ далеко въ сторонѣ оказались они при этомъ отъ новѣйшихъ теченій въ области науки, практики и законодательства, мы позволимъ себѣ не останавливаться на отмѣченныхъ попыткахъ и прямо перейдемъ къ тѣмъ выводамъ, которые надлежитъ, по нашему мнѣнію, сдѣлать изъ всего вышеприведеннаго матеріала. Въ германскомъ уложеніи, примѣръ котораго составители нашего проекта находятъ столь поучительнымъ, запрещеніе шиканы составляетъ совершенно самостоятельную норму, а не случайную оговорку къ положенію: «Осуществляющій свое право не отвѣчаетъ за причиняемый имъ при этомъ вредъ»; этого положенія не знаетъ и громадное большинство новѣйшихъ кодексовъ. Въ неразрывной связи съ запрещеніемъ шиканы стоитъ въ германскомъ уложеніи норма параграфа 826-го, возлагающая обязанность возмѣщенія ущерба на всякаго, кто причиняетъ вредъ ближнему путемъ дѣйствій, противныхъ добрымъ нравамъ оборота. Подъ эту норму могутъ быть подведены и дѣйствительно подводятся весьма разнообразныя злоупотребленія правовымъ господствомъ, подъ нее могутъ быть подведены и такіе случаи причиненія ущерба путемъ несомнѣнно правомѣрныхъ дѣйствій, въ которыхъ, согласно установившимся воззрѣніямъ оборота,

---

[1] *Léon Michel.* Revue Critique 1901, p. 593.

[2] *Lévy.* Revue Critique 1899, p. 361—398; *Capitant.* Revue Critique 1900, p. 156.

ущербъ долженъ быть отнесенъ на рискъ и страхъ лицъ, эти дѣйствія совершившихъ. Такимъ образомъ, германское уложеніе не только допускаетъ отвѣтственность за вредъ, причиненный при осуществленіи права, но и открываетъ для нея довольно широкую область. Еще дальше идетъ въ данномъ направленіи богатая практика французскихъ судовъ и новое гражданское уложеніе Швейцаріи, встрѣчая живѣйшее сочувствіе въ цивилистической литературѣ.

Ученіе о злоупотребленіи правомъ, теорія профессіональнаго риска и такъ называемая «объективная» конструкція гражданской отвѣтственности—все это теченія, значительно расходящіяся въ отправныхъ пунктахъ, но дружно идущія противъ устарѣлаго правила о полной недосягаемости осуществляющихъ право лицъ, стремящіяся установить, что управомоченный можетъ разсчитывать на безотвѣтственность лишь въ томъ случаѣ, когда правопользованіе нормально, не противно добрымъ нравамъ оборота и не носитъ такого характера, при которомъ причиняемый имъ вредъ, въ силу соображеній соціальнаго свойства, долженъ быть отнесенъ на счетъ его причинителя. Въ соотвѣтствующихъ теоретическихъ конструкціяхъ до сихъ поръ еще много спорнаго и неяснаго, но онѣ несомнѣнно опираются на практическія жизненныя потребности и отвѣчаютъ измѣнившимся правовоззрѣніямъ. Опредѣленія германскаго кодекса о шиканѣ и дѣйствіяхъ, противныхъ добрымъ нравамъ оборота, сыграли, по общему признанію, очень видную роль въ исторіи развитія отмѣченныхъ теченій. Весьма прискорбнымъ поэтому должно быть признано то обстоятельство, что составители нашего проекта, подойдя къ этимъ опредѣленіямъ, оставили безъ всякаго вниманія все вызванное ими движеніе научной мысли и не нашли ничего лучшаго, какъ присоединить ихъ въ искаженномъ видѣ къ тому самому положенію, которое какъ разъ на почвѣ ихъ и лишилось своего былого значенія.

В. Доманжо.

Замѣтка объ участіи губныхъ старостъ въ засвидѣтельствованіи служилыхъ кабалъ въ московскомъ государствѣ.

I.

О «людяхъ кабальныхъ» въ значеніи зависимыхъ людей, отпускаемыхъ на волю, упоминаетъ впервые одна княжеская «духовная» грамота конца XV вѣка; но Судебникъ Ивана III, кодексъ, формулировавшій итоги правового развитія этого вѣка, еще ни словомъ не затрогиваетъ въ своихъ постановленіяхъ этотъ новый видъ частной зависимости, хотя останавливается не безъ подробности на традиціонныхъ формахъ и источникахъ холопства; молчаніе кодекса свидѣтельствуетъ о томъ, во-первыхъ, что кабальный договоръ и кабальная зависимость не обособились еще въ самостоятельный и отчетливый юридическій институтъ, а во-вторыхъ, не завоевали себѣ широкаго мѣста среди явленій жизни народной. И то и другое совершилось на протяженіи XVI вѣка. Къ началу этого вѣка относятся древнѣйшіе изъ дошедшихъ до насъ актовъ, которыми эта кабальная зависимость устанавливалась: семь служилыхъ кабалъ, напечатанныхъ въ собраніи А. Юшкова [1], захватываютъ время съ 1510 по 1519 годъ; въ содержаніи ихъ воспроизводятся всѣ существенныя черты служилой кабалы позднѣйшихъ годовъ: упоминаніе о займѣ, годичный срокъ, обязательство «за ростъ служити»; но знаменательное отличіе заключается въ томъ, что по формѣ своей онѣ являются не частнымъ актомъ между частными людьми, а спискомъ съ «докладной грамоты», стало-быть, эти древнѣйшія служилыя кабалы представляютъ собой такіе акты, въ которыхъ выразилось начало государственнаго укрѣпленія правъ на кабальнаго человѣка. Способъ укрѣпленія въ этихъ служилыхъ кабалахъ—«докладъ» передъ бояриномъ великаго князя, что выражается однообразной формулой, помѣщенной въ началѣ каждой кабалы: «доложа великаго князя боярина»; сущность «доклада» заключалась въ изложеніи обязательствъ, принимаемыхъ на себя заимщикомъ, при чемъ изложеніе это совершалось въ видѣ непосредственнаго обращенія заимщика къ должностному лицу («се, язъ, занялъ есми, господине, у Василья Хирина три рубли»); на докладѣ присутствуютъ, обык-

новенно, еще два лица, въ которыхъ слѣдуетъ видѣть не должностныхъ лицъ, не приказныхъ людей, подчиненныхъ боярина, а скорѣе всего послуховъ, составлявшихъ позднѣе неизмѣнную принадлежность каждой служилой кабалы; наконецъ, самая грамота, въ которую записывается этотъ докладъ, скрѣпляется подписью «дьяка великаго князя» и печатью на черномъ воску. Изъ обозрѣнія этихъ древнѣйшихъ докладныхъ кабалъ едва ли однако позволительно сдѣлать выводъ, что порядокъ офиціальнаго утвержденія служилыхъ кабалъ уже въ эти ранніе годы былъ мѣрой повсемѣстной и обязательной: всѣ семь актовъ, напечатанныхъ въ собраніи Юшкова, относятся къ великому княжеству рязанскому, а московская практика до 1586 года не даетъ намъ ни одной служилой кабалы со слѣдами публичной явки и доклада [2].

Впрочемъ, законодательство московское со второй половины XVI вѣка вступаетъ на путь регулированія кабальнаго договора и кабальныхъ отношеній, а вмѣстѣ съ тѣмъ, развивается съ нѣкоторой постепенностью, притомъ сначала лишь для отдѣльныхъ случаевъ, порядокъ офиціальнаго засвидѣтельствованія актовъ, устанавливающихъ кабальную зависимость. Въ Судебникѣ царскомъ есть только одно постановленіе, затрогивающее этотъ вопросъ: въ ст. 78 законодатель формулируетъ запрещеніе писать служилыя кабалы на сумму свыше пятнадцати рублей, но запрещеніе это имѣетъ силу лишь для будущаго времени и не уничтожаетъ дѣйствительности «старыхъ кабалъ, которыя до сего уложенія иманы на вольныхъ людей больше пятнадцати рублей»; однако, для охраненія ихъ полной силы законодатель устанавливаетъ требованіе нѣкоторой формальной процедуры: «а старыя кабалы тѣмъ людемъ приносити къ бояромъ и бояромъ къ тѣмъ кабаламъ печати свои прикладывати, а дьякомъ подписывати». Въ этомъ постановленіи приходится отмѣтить двѣ существенныхъ черты: во-первыхъ, этимъ не устанавливается институтъ публичнаго укрѣпленія кабальныхъ правъ, какъ мѣры общей, постоянной и повсемѣстно—обязательной, потому что статья Судебника имѣетъ въ виду лишь ограниченный кругъ «старыхъ кабалъ», написанныхъ съ превышеніемъ предѣльной суммы; во-вторыхъ, самая процедура, устанавливаемая для явки даже этихъ старыхъ кабалъ, вся исчерпывается предъявленіемъ ихъ должностному лицу для наложенія «печати и подписи»; значитъ, въ процедурѣ этой не содержится ни одного изъ тѣхъ существенныхъ моментовъ, изъ которыхъ позднѣе сложился порядокъ публичнаго утвержденія кабальныхъ актовъ—нѣтъ ни «доклада» ни «записки» въ книгу; нѣтъ личнаго присутствія и устнаго распроса самого закабаленнаго и даже нѣтъ документированія сдѣланной явки въ особой записной кабальной книгѣ; вся процедура исчерпывается тѣмъ, что владѣлецъ кабалы с а м ъ приноситъ въ приказъ кабальный документъ, а приказъ ставитъ на немъ офиціальную печать и разрѣшительную надпись [3]. Значеніе этой процедуры раскрывается въ дальнѣйшемъ постановленіи этой же статьи: «а впередъ кто ту кабалу оболживитъ, и та кабала вершити по суду»; это значитъ, что владѣлецъ старой кабалы, составленной съ превышеніемъ предѣльной суммы, если онъ не

представилъ ее къ явкѣ, въ случаѣ спора противъ такой кабалы теряетъ свой искъ «безъ суда». Такую строгость заурядъ проявляла московская практика къ лицамъ, повиннымъ въ нарушеніи формальныхъ требованій закона; напримѣръ, въ случаѣ спора о лошади на покупателѣ, не запятнившемъ ее и не записавшемъ въ книгу, тотъ же судебникъ велитъ «взяти искъ безъ суда» (ст. 95). Отсюда выясняется и цѣль, ради которой Судебникъ установилъ несложную процедуру явки для «старыхъ кабалъ»: печать и «подпись», которыми приказъ снабжалъ такую кабалу, должны были играть роль разрѣшительнаго штемпеля и вмѣстѣ съ тѣмъ руководства для судьи; если на кабалѣ, составленной съ превышеніемъ предѣльной суммы, была боярская печать и дьячья припись, судъ принималъ ее къ разсмотрѣнію, какъ основаніе судебнаго иска; съ другой стороны, всякая кабала, написанная на сумму свыше пятнадцати рублей, опорочивалась въ своемъ судебномъ значеніи отсутствіемъ приказной разрѣшительной надписи. Упрощенность явочной процедуры, отмѣченная нами выше, объясняется, такимъ образомъ, несложностью цѣли, ради которой законодатель эту процедуру установилъ.

Позднѣйшіе указы XVI вѣка руководятся болѣе сложными и разнообразными задачами въ дѣлѣ укрѣпленія частныхъ кабальныхъ правъ, и, соотвѣтственно этому, устанавливаютъ болѣе сложную процедуру. Въ началѣ 1558 года московская приказная практика поставила предъ законодателемъ слѣдующій вопросъ: «вольно ли» частнымъ лицамъ принимать къ себѣ на службу и крѣпость писать на плѣнниковъ въ государевѣ имени и на дѣтей вольныхъ служилыхъ иноземцевъ, если тѣ и другіе принимаютъ крещеніе (стало-быть, выдѣляются изъ родной семьи) и притомъ «въ службу государеву не пригодятся или отъ службы отставлены»? Государь Иванъ Васильевичъ, того доклада выслушавъ, приговорилъ со всѣми бояры: всякія крѣпости на такихъ новокрещеныхъ, будь они государевы плѣнники или вольные иноземцы, брать частнымъ лицамъ «съ казначеева вѣдома, да того новокрещена и крѣпость на него въ книги у казначеевъ написати» (Влад.-Будановъ, Хрестоматія, III, 22—24); за несоблюденіе этого требованія «приговорилъ государь тѣ крѣпости отставливати»; изъ этого указа мы узнаемъ также, что до сего приговора служилыя кабалы на новокрещеныхъ иноземцевъ (т.-е. даже на людей, связанныхъ служебными отношеніями съ государственной властью) брались и писались «безъ докладу»; но указъ 1558 года распространилъ требованіе явки и доклада и на эти старыя кабалы: «а которые люди крѣпости на новокрещеновъ имали до сего приговору, тѣхъ новокрещеновъ приводити къ казначеемъ, и крѣпости у казначеевъ записывати въ книги». Этотъ указъ интересенъ тѣмъ, что въ немъ отчетливо намѣчаются два основныхъ фазиса процедуры публичнаго укрѣпленія кабальныхъ правъ: сначала—«докладъ» въ приказѣ съ участіемъ и распросомъ самого закабаленнаго, потомъ—«записка» въ приказную же кабальную книгу [4]. Основная цѣль этой процедуры—охрана государственныхъ интересовъ: въ частную службу должны были пропускаться лишь такіе иноземцы, съ которыхъ снята обязанность

службы государственной, т.-е. люди или забракованные къ службѣ по ихъ непригодности или уже службу прошедшіе и отъ службы отставленные; весь «докладъ» сводился, повидимому, къ провѣркѣ степени служебной непригодности лица, вступающаго въ кабальную зависимость. Порядокъ публичнаго засвидѣтельствованія, установленный въ 1558 году для очень узкаго круга случаевъ, былъ распространенъ указомъ 1586 года на всѣ вообще случаи выдачи служилой кабалы. Впрочемъ, самый указъ этого года ни въ подлинникѣ ни въ приказной записи не дошелъ до нашихъ дней, и о содержаніи его мы судимъ по позднѣйшему «уложенію» 1597 года. Изъ послѣдняго мы узнаемъ, что до 1586 года служилыя кабалы брались и выдавались безъ всякой предварительной записки въ приказную кабальную книгу, а въ этомъ году были установлены для нихъ и «докладъ» и «записка», причемъ эта процедура въ обоихъ фазисахъ подверглась необходимой децентрализаціи: «докладъ» или «вѣдомъ» совершался не только въ Москвѣ, но и въ «во всѣхъ городѣхъ у приказныхъ людей», а для «кабальной записки» заведены были книги не только въ приказѣ холопья суда, но и у мѣстныхъ должностныхъ лицъ. Такъ какъ этотъ порядокъ публичнаго засвидѣтельствованія не былъ, повидимому, тогда же распространенъ на акты, выданые до 1586 года, то въ законодательствѣ послѣ этого года (1597) различаются «кабалы старыя» отъ новыхъ «записныхъ кабалъ» (тамъ же, 87).

Былъ ли этотъ порядокъ утвержденія служилыхъ кабалъ введенъ законодателемъ, какъ мѣра общеобязательная? Не имѣя подлиннаго текста указа, нельзя съ увѣренностью сдѣлать тотъ или иной выводъ; но если даже обязательность и была установлена, то плохи, нужно думать, были тѣ мѣры, которыми эта обязательность поддерживалась, потому что практика, послѣдовавшая за указомъ 1586 года, развертываетъ передъ нами обычную московскую картину уклоненія жизни отъ установленныхъ законодателемъ нормъ: такъ, въ актахъ Лакіера (Архивъ историко-юридическихъ свѣдѣній, кн. II половина I) между 1586 и 1597 годами собрано десять служилыхъ кабалъ, и изъ нихъ четыре (№ 36, 37, 38, 45) не носятъ на себѣ слѣдовъ публичной явки и доклада; въ новгородской «записной книгѣ», напечатанной въ Русской исторической библіотекѣ (томъ XVII), количество служилыхъ кабалъ, лишенныхъ всякой помѣты о публичной явкѣ, едва ли не равно числу тѣхъ же актовъ, такую помѣту содержащихъ, причемъ сравненіе это относится лишь къ кабаламъ, совершеннымъ отъ 1586 до 1597 года [5].

Повидимому, указъ 1586 года не связалъ съ процедурой «доклада и записки» сколько-нибудь цѣнныхъ практическихъ послѣдствій и потому не внушилъ господамъ болѣе или менѣе сильныхъ побужденій къ офиціальному укрѣпленію своихъ правъ на кабальныхъ людей. Этотъ практически важный пробѣлъ восполненъ былъ десять лѣтъ спустя приговоромъ царя Ѳедора Ивановича «со всѣми бояры», приговоромъ или даже цѣлымъ «уложеніемъ», которое внесло глубокія юридическія измѣненія въ институтъ кабальной зависимости, а главное связало эти но-

выя правовыя послѣдствія съ процедурой офиціальнаго «доклада и записки»: по всѣмъ кабаламъ, написаннымъ съ 1586 года и явленнымъ къ докладу и запискѣ, и по всѣмъ новымъ кабаламъ, которыя впредь будутъ предъявляться въ Москвѣ и въ городахъ для доклада и записки,— «по тѣмъ, служилымъ кабаламъ старымъ и новымъ тѣмъ всѣмъ людямъ и женамъ и дѣтямъ, которыя въ тѣхъ кабалахъ писаны, быти въ холопствѣ, какъ по докладнымъ, а отъ государей своихъ имъ не отходити и денегъ по тѣмъ служилымъ кабаламъ отъ тѣхъ холопей не имати, и челобитья ихъ въ томъ не слушати, а выдавать ихъ государемъ въ службу до смерти» (В.-Будановъ, Хрестоматія, III, 90). Такимъ образомъ, выполненіе процедуры публичной явки сулило «государямъ» весьма существенныя расширенія ихъ господскихъ правъ на кабальнаго человѣка: послѣдній съ момента «доклада и записки» служилой кабалы становился крѣпокъ имъ, какъ холопъ докладной, и не имѣлъ права погасить эту крѣпость уплатой долга по кабалѣ. Практическая цѣнность этого запрета ничуть не умаляется тѣмъ соображеніемъ, что и раньше кабальный, отдавая весь свой трудъ господину, фактически лишенъ былъ возможности выплачивать долгъ по кабалѣ (Сергѣевичъ, Древности, 1902, I, 154 и 158); но вѣдь это могъ сдѣлать за него другой, которому кабальный могъ на болѣе благопріятныхъ условіяхъ продать свой трудъ и свою свободу и который уплачивалъ за него долгъ прежнему ему государю; слѣдовательно, посредствомъ частнаго соглашенія съ другимъ лицомъ кабальный могъ до нѣкоторой степени распорядиться своей судьбой, могъ разорвать свои холопьи отношенія съ однимъ господиномъ и искать и находить себѣ новаго. Теперь, по силѣ указа 1597 года, кабальный лишенъ былъ этой возможности: государь его имѣлъ право не принять отъ него уплаты долга, и переходъ кабальнаго въ зависимость другого лица становился возможнымъ лишь съ согласія его настоящаго господина; этимъ подготовлялась почва для частныхъ сдѣлокъ надъ кабальными, и формулировалось, въ сущности, право прижизненнаго распоряженія кабальнымъ. Такимъ образомъ, докладъ и записка служилой кабалы становились важнымъ практическимъ шагомъ, и хотя указъ 1597 года не формулировалъ опять-таки въ категорическихъ словахъ обязательность этого порядка, но со времени этого указа, повидимому, прочно укореняется въ московскихъ нравахъ практика неукоснительнаго предъявленія служилой кабалы къ офиціальному засвидѣтельствованію; среди кабалъ, опубликованныхъ въ записныхъ книгахъ дьяка Алябьева (Русская историческая библіотека, т. XVII, и Архивъ историко-юридическихъ свѣдѣній, кн. II) и въ Актахъ юридическаго быта (т. II) мы не встрѣчаемъ послѣ 1597 года ни одной, на которой не сохранилось бы помѣты объ офиціальномъ ея засвидѣтельствованіи.

Итакъ, къ исходу XVI вѣка начало государственнаго укрѣпленія кабальныхъ правъ плотно вошло въ обиходъ московской приказной практики и въ систему московскаго гражданскаго права. Вмѣстѣ съ тѣмъ, служилая кабала, какъ источникъ холопства, рѣшительно выдвигается въ XVI вѣкѣ на первый планъ и по распространенности своей

въ жизни далеко оставляетъ всѣ иные традиціонные источники юридическаго закрѣпощенія. Такъ, въ крѣпостной книгѣ, сообщенной Лакіеромъ Н. Калачеву, содержалось 256 актовъ, устанавливающихъ отношенія частной зависимости, изъ нихъ служилыхъ кабалъ было больше двухсотъ [6]; въ книгѣ всякихъ крѣпостей, явленныхъ въ Новгородѣ дьяку Алябьеву, записано всего 561 актъ, которыми захватывается періодъ времени съ 1472 по 1599 годъ; до 1533 года въ книгѣ преобладаютъ грамоты полныя и докладныя, этимъ годомъ датирована древнѣйшая тамъ записанная служилая кабала, и за время съ 1533 по 1599-ый мы насчитали свыше 380 служилыхъ кабалъ, что составляетъ 75% всѣхъ крѣпостныхъ холопьихъ актовъ за этотъ промежутокъ.

Уложеніе царя Алексѣя закрѣпило посредствомъ законодательныхъ нормъ этотъ житейскій, такъ сказать, успѣхъ служилой кабалы: на «вольныхъ людей, которые учнутъ къ кому бити челомъ въ холопство», оно предписало выдавать только служилыя кабалы, а не иныя крѣпости (XX, 7—8); такимъ образомъ, съ половины XVII вѣка «у насъ болѣе не возникаетъ вновь полныхъ холоповъ, а только кабальные, полное холопство поддерживается однимъ рожденіемъ отъ старыхъ холоповъ» (Сергѣевичъ, Древности, I, 164). Соблюдался ли въ эпоху Уложенія установленный еще въ 1586 году порядокъ «доклада и записки» служилыхъ кабалъ? несомнѣнно соблюдался, хотя непорядки смутнаго времени и утрата многихъ кабальныхъ книгъ въ эти годы продиктовали законодателю такое постановленіе: «кабаламъ старѣе 120 года вѣрить», хотя бы книгъ на тѣ кабалы не было, потому что тѣ кабалы «писаны до тѣхъ мѣстъ, какъ на московскомъ государствѣ учинился царь Михаилъ Ѳедоровичъ всея Руси» (XX, 56). Отсюда слѣдуетъ, что съ этого срока записка въ книги должна была неизмѣнно сопутствовать служилой кабалѣ; дѣйствительно, Уложеніе, давая нормы для разрѣшенія судебныхъ споровъ по кабаламъ, всюду предполагаетъ явку ихъ и занесеніе въ кабальныя записныя книги: «досмотръ» въ книгахъ, опредѣляемыхъ чаще всего помѣтой на кабалѣ, предписывается законодателемъ какъ самое надежное средство розыска въ судебныхъ дѣлахъ по кабаламъ (XX, 12, 23). И на будущее время Уложеніе устанавливаетъ съ полной категоричностью (по крайней мѣрѣ, для Москвы) обязательный порядокъ выдачи служилой кабалы въ приказѣ холопья суда и запись ея въ приказную книгу (XX, 7). Для провинціи законодатель не формулируетъ съ такой ясностью принципъ обязательности публичнаго укрѣпленія, но въ ст. 72 предписываетъ мѣстнымъ должностнымъ лицамъ «давать на холопей служилыя кабалы за своими руками», въ ст. 73 и 107 упоминаетъ объ обязательной присылкѣ «записныхъ кабальныхъ книгъ» изъ городовъ въ Москву, наконецъ въ ст. 28 грозитъ «наказаніемъ, что государь укажетъ», такому должностному лицу, которое «на кабалѣ городской подпишетъ, что кабала въ книги записана, а въ книги ее не запишетъ».

II.

Таковъ ходъ законодательныхъ мѣръ, посредствомъ которыхъ введено было въ московскую практику начало офиціальнаго утвержденія и удостовѣренія служилой кабалы. Къ выполненію этой важной судебно-нотаріальной функціи призваны были, прежде всего, учрежденія, завѣдывавшія разсмотрѣніемъ судебныхъ споровъ по холопьимъ дѣламъ: сначала казначеи, позднѣе приказъ холопьяго суда; но такъ какъ услугами послѣдняго могло пользоваться, по преимуществу, лишь населеніе Москвы, да ближайшихъ къ Москвѣ городовъ, то уже указъ 1586 года, децентрализовавшій процедуру публичной явки, возлагаетъ эту обязанность и на «приказныхъ людей во всѣхъ городѣхъ» (В.—Будановъ, Хрестоматія, III, 90). Какіе же изъ мѣстныхъ органовъ оказались фактически призваны къ выполненію этой важной и отвѣтственной функціи? По догадкѣ Калачева, высказанной имъ въ предисловіи къ актамъ Лакіера, «около того же времени (1586 г.), если не ранѣе, издано было правило... чтобы кабалы непремѣнно подписывались губными старостами». Изслѣдованіе приказной дѣятельности этого характернаго органа московской администраціи приводитъ насъ если не къ подтвержденію этой догадки, то во всякомъ случаѣ къ признанію того факта, что на исходѣ XVI и въ началѣ XVII вѣка губной староста является, дѣйствительно, важнѣйшимъ и преобладающимъ органомъ по выполненію функцій публичнаго удостовѣренія кабальныхъ актовъ. Для Новгорода Великаго, гдѣ на губныхъ старостахъ лежало, повидимому, все бремя текущаго управленія въ пятинахъ, эта судебно-нотаріальная роль ихъ прямо была закрѣплена государевымъ указомъ: «велѣно въ пятинахъ по твоему государеву указу» — писалъ изъ Новгорода дьякъ Алябьевъ въ 1598 году—«служилыя кабалы записывати губнымъ старостамъ и пошлины на тебя имать съ рубля по алтыну, да тѣ книги и пошлины присылать къ Москвѣ по полугоду» (Акты юридическаго быта II, 124). Примѣненіе этого указа подтверждается обзоромъ записныхъ кабальныхъ книгъ по новгородскимъ пятинамъ: записанная въ нихъ процедура явки и утвержденія служилыхъ кабалъ совершается передъ губными старостами, и сами книги записныя скрѣплены по листамъ подписями, а иногда печатями губныхъ старостъ.

Но не въ одномъ только Новгородѣ Великомъ выполненіе этихъ нотаріально-явочныхъ обязанностей лежало на губныхъ старостахъ: широкая распространенность, почти повсемѣстность губного института позволяетъ выставить предположеніе, что имъ, по преимуществу, предоставлялась эта роль и въ остальныхъ русскихъ городахъ. Дѣйствительно, мы имѣемъ служилыя кабалы, удостовѣренныя рукоприкладствомъ губныхъ старостъ въ Шуѣ, Кашинѣ, Ярославлѣ, Рязани, Дмитровѣ, Костромѣ, Переяславлѣ-Залѣсскомъ [7]; сохранились также указанія на «записныя кабальныя книги», писанныя «на губномъ станѣ» или скрѣпленныя подписями губныхъ старостъ: таковы, напримѣръ книги псковскихъ губныхъ старостъ немного ранѣе 1632 года (Самоквасовъ, ар-

хивный матеріалъ, I, стр. XV), кашинскаго губного старосты Ѳедора Сосновскаго около 1656 года (Акты юридическаго быта, I, 14), переславль-залѣсскаго губного старосты 1668 года (Описаніе рукописей Вахрамѣева, IV, 241). Нотаріально-явочныя обязанности губныхъ старостъ простирались, повидимому, не только на служилыя кабалы, но и на другіе акты закабаливающаго характера: встрѣчаются крестьянскія ссудныя записи съ удостовѣрительными помѣтами губныхъ старостъ (Бѣлевская библіотека, II, 5—6; Архивъ сельца Зиновьева, 48); есть указанія на «записныя полоняничныя книги», куда губные старосты записывали плѣнниковъ, доставшихся въ холопство частнымъ лицамъ (Труды Рязанской Архивной комиссіи, томъ XI, вып. I; Акты юридическаго быта, I, 23; Побѣдоносцевъ, Историко-юридическіе акты переходной эпохи, 181; Архивъ сельца Зиновьева, 197). Происхожденіе этихъ «записныхъ полонныхъ книгъ» связано, вѣроятно, съ помянутымъ нами выше указомъ 1558 года, который установилъ записку полоняниковъ въ книги «у казначеевъ»; по мѣрѣ того, какъ все дѣло офиціальнаго засвидѣтельствованія холопьихъ актовъ подвергалось децентрализаціи, и эта спеціальная функція перешла также въ руки губныхъ старостъ.

Двумя главными соображеніями можно объяснить это сосредоточеніе процедуры удостовѣренія кабальныхъ актовъ въ рукахъ губныхъ старостъ. Во-первыхъ, процедура эта введена была, какъ мѣра общая и повсемѣстная, на исходѣ XVI вѣка, т.-е. въ такіе годы, когда намѣстники и волостели, какъ органы мѣстнаго управленія, были почти повсюду отмѣнены недавними административными преобразованіями Грознаго, а воеводская должность только еще зачиналась, учреждалась по преимуществу въ порубежныхъ областяхъ и не сложилась еще въ институтъ постоянный и повсемѣстный; благодаря этому, губные старосты оставались въ городахъ, какъ важнѣйшія и виднѣйшія лица мѣстнаго управленія; по выраженію одного позднѣйшаго указа (по мѣстническому дѣлу), «въ то время губные старосты были изъ дворянъ, люди знатные, а иные въ городѣхъ бывали вмѣсто воеводъ»; вполнѣ естественно, что когда правительство ввело процедуру публичной явки служилыхъ кабалъ, какъ мѣру новую и важную, оно передало ее тамъ, гдѣ дѣйствовало губное право, этимъ важнѣйшимъ изъ органовъ мѣстнаго управленія той эпохи. Сюда присоединилось и еще одно условіе, которому правительство московское придавало, повидимому, большое значеніе: должность губного старосты съ самаго возникновенія своего была чуть ли не единственной изъ должностей мѣстнаго управленія, къ которой предъявлялось требованіе нѣкотораго минимальнаго образовательнаго ценза: еще въ губныхъ грамотахъ рекомендовалось населенію выбирать въ губные головы или старосты дворянъ и дѣтей боярскихъ грамотныхъ, и въ избирательной практикѣ губного дѣла въ XVI и XVII вѣкахъ требованіе это довольно настойчиво поддерживалось и потому большей частью соблюдалось; были случаи отставки губныхъ старостъ единственно по тому соображенію, что онъ «грамотѣ не умѣетъ» (Уставныя грамоты, изд. подъ ред. Яковлева, стр. 179). Условіе грамот-

ности давало губному старостѣ довольно существенное преимущество въ дѣлѣ выполненія обязанности засвидѣтельствованія актовъ: онъ могъ собственноручной подписью скрѣплять записи въ кабальныхъ книгахъ и могъ ставить собственноручныя помѣты о явкѣ на кабальныхъ документахъ. Какое важное значеніе придавала московская практика этому условію, видно изъ ст. 72, XX Уложенія; здѣсь законодатель предписываетъ, чтобы воеводы и губные старосты «давали на холопей служилыя кабалы за своими руками, а не за печатьми», и ради этого вновь подтверждается, чтобы въ губные старосты не выбирались люди, которые грамотѣ не умѣютъ; воевода, если онъ неграмотенъ, лишенъ былъ права удостовѣрять служилую кабалу, и если въ городѣ при этомъ не оказывалось и губного старосты, то населенію вообще закрыта была возможность совершать въ этомъ городѣ крѣпости на кабальныхъ людей, и предписывалось «всякихъ чиновъ людямъ имать на холопей служилыя кабалы въ иныхъ городѣхъ, въ которыхъ будутъ воеводы и приказные люди, которые грамотѣ умѣютъ и гдѣ будутъ губные старосты». Такое требованіе собственноручной подписи предъявляетъ Уложеніе и къ скрѣпѣ записныхъ кабальныхъ книгъ (XX, 73). Отсюда видно также, что и въ эпоху Уложенія губные старосты сохраняли свои полномочія по регистрированію и засвидѣтельствованію кабальныхъ актовъ (см. также ст. 48, XX, 103, XX); да и въ эпоху послѣ-уложенную намъ извѣстны кабалы, удостовѣренныя подписями губныхъ старостъ (Акты юридическаго быта, I, 594, II, 30). Одна очень важная по содержанію грамота елецкому воеводѣ [8] отъ 1680 года свидѣтельствуетъ, что до общей отмѣны губного института «въ городѣхъ записывали служилыя кабалы и всякія крѣпости въ губныхъ избахъ губные старосты».

III.

Обзоромъ записныхъ кабальныхъ книгъ, веденныхъ губными старостами, и изученіемъ приписей на самыхъ кабалахъ возстанавливается въ основныхъ чертахъ та довольно сложная процедура, изъ которой складывался порядокъ государственнаго укрѣпленія кабальныхъ отношеній; можно съ отчетливостью различить три послѣдовательныхъ момента этой процедуры: а) докладъ кабалы передъ должностнымъ лицомъ, б) записка доклада и кабалы въ записную кабальную книгу, в) помѣта на кабалѣ объ ея явкѣ и записи въ книгу.

«Докладъ» происходилъ обыкновенно въ «губѣ» или «на губномъ стану» (Акты юридическаго быта, I, 23, II, 30) передъ однимъ или двумя губными старостами; участіе обоихъ губныхъ старостъ даннаго губного округа въ удостовѣреніи кабалы, повидимому, не признавалось обязательнымъ, потому что мы имѣемъ служилыя кабалы, въ одинъ и тотъ же день удостовѣренныя то однимъ, то обоими старостами даннаго губного округа (ibid., II, 117) [9]. Порядокъ доклада измѣнялся въ зависимости отъ того, приносилась ли въ губу уже готовая, написанная и подписанная кабала, или она только писалась въ губѣ въ присутствіи губ-

ного старосты. Въ первомъ случаѣ докладъ начинался распросомъ и показаніемъ лицъ, писавшихъ служилую кабалу (обыкновенно, земскихъ дьячковъ), что «пришелъ къ нимъ» заимщикъ «самъ» (т.-е. по своей волѣ) и «велѣлъ на себя кабалу служивую въ дву рублехъ писати»[10]; этимъ показаніемъ удостовѣрялось, что кабала не «вымучена», что актъ выдачи кабалы не есть послѣдствіе угрозъ и принужденія. Въ записныхъ книгахъ Шелонской пятины воспроизводится нѣсколько иная картина: заимщикъ самъ приходитъ въ губу и «передъ губнымъ старостой бьетъ челомъ въ службу» заимодавцу и «кабалу служивую велитъ на себя писати» (Акты юридическаго быта, II, 117—125). Порядокъ совершенія кабальнаго акта передъ губнымъ старостой ничѣмъ, повидимому, не отличается отъ частнаго порядка выдачи кабалы; по крайней мѣрѣ, участіе послуховъ одинаково требовалось и въ томъ и въ другомъ случаѣ (ibid.). Текстъ кабалы послѣ написанія ея непремѣнно оглашался въ «губѣ» въ присутствіи заимщика и вслѣдъ затѣмъ наступала важнѣйшая стадія доклада — распросъ человѣка, выдающаго на себя кабалу. Если кабала была составлена не въ «губѣ», то губной староста предлагалъ ему вопросы по существу его обязательства: «и губные, выслушавъ кабалу, спрошали: 1) такову ли ты кабалу на себя земскимъ дьячкамъ писать велѣлъ и 2) деньги у государя взялъ ли и 3) за ростъ къ нему служить идешь ли?» (Лѣт. зан. Археогр. Комиссіи, т. 24). Если же кабала писалась въ присутствіи губного старосты, то распросъ ограничивался установленіемъ личности, происхожденія и сословнаго положенія закабаливаемаго, а также изслѣдованіемъ его прежнихъ зависимыхъ отношеній; въ записной книгѣ Шелонской пятины воспроизводятся, напримѣръ, такія показанія заимщика: «въ распросѣ Иванко сказалъ, что онъ вольной человѣкъ, новгородецъ, родился за Ладоскимъ порогомъ, а прежъ того не служивалъ ни у кого и служивыхъ кабалъ на себя не давывалъ никому» (Акты юридическаго быта, II, 118). Уложеніе въ ст. 7, XX предписываетъ распрашивать вольныхъ людей, бьющихъ челомъ въ холопство, «не служилыхъ ли они отцовъ дѣти, въ государевѣ службѣ и въ тяглѣ гдѣ не бывали ли». Если на вопросъ о своихъ прежнихъ зависимыхъ отношеніяхъ заимщикъ давалъ утвердительный отвѣтъ, то онъ долженъ былъ объяснить, служилъ онъ безъ кабалы или по кабалѣ, и въ послѣднемъ случаѣ распросъ заканчивался предъявленіемъ документа, удостовѣряющаго законную свободу заимщика, чаще всего предъявленіемъ отпускной (ibid. I, 14). Впрочемъ, отъ людей, находившихся прежде въ кабальной зависимости и ссылавшихся на смерть господина, какъ на обстоятельство освобождающее, губные старосты до-уложенной эпохи не требовали, повидимому, предъявленія отпускныхъ (ibid., II, 118). Уложеніе усилило въ этомъ отношеніи требованія формальной строгости и установило обязательное предъявленіе на докладѣ отпускной, выданной самимъ «государемъ» при жизни или его «прикащикомъ» послѣ его смерти, при чемъ отпускная эта должна была заноситься въ книгу и подклеиваться къ новой кабалѣ (XX, 8); только кончина государя «скорой смертью», т.-е. безъ завѣщательныхъ

распоряженій, и притомъ удостовѣренная «сыскомъ», освобождала отъ обязанности предъявленія отпускной на докладѣ (XX, 15). «Сыскъ» вообще входилъ, какъ составная часть, въ процедуру доклада и, при томъ, чаще всего въ видѣ сыска или «досмотра» въ записныхъ кабальныхъ книгахъ: такимъ «досмотромъ» провѣрялись всѣ даваемыя на докладѣ показанія закабаливаемаго объ его прежнихъ зависимыхъ отношеніяхъ, устанавливался истинный юридическій характеръ этихъ отношеній и законныя формы ихъ расторженія (XX, 12, 64). Если заимщикъ билъ челомъ въ кабальное холопство вмѣстѣ съ женой и дѣтьми, то послѣдніе также присутствуютъ на докладѣ, но не видно, чтобы даже взрослые члены семьи подвергались при этомъ распросу: ихъ присутствіе требовалось, повидимому, лишь для того, чтобы въ кабальную книгу можно было занести ихъ личныя примѣты (Акты юридическаго быта, II, 117—119). Уложеніе узаконяетъ присутствіе взрослыхъ членовъ семьи закабаливаемаго, если отецъ желаетъ и ихъ вписать въ кабалу, но опять-таки не выставляетъ требованія, чтобы на докладѣ устанавливалось или провѣрялось ихъ личное согласіе вступить въ кабальныя отношенія: присутствіе ихъ необходимо лишь для того, чтобы «записать ихъ въ рожей и въ примѣты» (XX, 110). Такимъ образомъ, участіе даже взрослыхъ членовъ семьи заимщика относится собственно не къ докладу, результатъ котораго опредѣляется исключительно распросомъ самого главы семьи, а ко второму моменту процедуры публичнаго укрѣпленія—запискѣ въ кабальную книгу.

«Кабальная записка» (какъ сокращенно выражается Уложеніе) есть какъ бы полный протоколъ того, что происходило на докладѣ: всѣ дѣйствія, изъ которыхъ складывается докладъ,—всѣ показанія похолопливаемаго и наконецъ самый текстъ кабалы отъ перваго до послѣдняго слова («противень съ кабалы») заносится въ особо для того заведенныя со временъ указа 1586 года «записныя кабальныя книги». Сюда практика присоединила и еще одинъ элементъ: въ записную книгу заносились личныя примѣты кабальнаго [11]. Обязательность процедуры «кабальной записки» подкрѣплена была въ Уложеніи угрозой наказанія должностному лицу, повинному въ нарушеніи этого правила (XX, 28); а нарушеніе обусловливалось, нужно думать, чаще всего корыстными расчетами, потому что при записи кабалы въ книгу съ господина взыскивалась пошлина въ государеву казну, съ рубля по алтыну, и уплата этой пошлины удостовѣрялась соотвѣтствующей добавкой къ записи («государевы пошлины взяты»). Кабальныя книги должны были скрѣпляться собственноручными подписями губныхъ старостъ; въ рѣдкихъ случаяхъ неграмотности губного старосты онъ вмѣсто подписи скрѣплялъ ее именной печатью, какъ это дѣлалось иногда на самомъ кабальномъ документѣ: «печать у кабалы, а въ ней писано губного старосты Михѣево имя Мельницкого» (Акты Лакіера, № 49). Но Уложеніе категорически запретило эту практику: «кабальнымъ книгамъ, которыя будутъ за печатьми, а не за руками, не вѣрить, а вѣрить тѣмъ книгамъ, у которыхъ будутъ воеводскія и губныхъ старостъ руки» (XX, 73). Сверхъ того, Уложеніе ввело

требованіе подписи кабальныхъ книгъ самими закабаливаемыми, если они грамотны (XX, 7). Кабальныя книги, веденныя въ городахъ, присылались въ Москву сначала по полугодно (Акты юридическаго быта, II, 124), а позднѣе разъ въ годъ [12].

«Кабальная записка» не была еще послѣднимъ моментомъ въ процедурѣ публичной явки: послѣ записки въ книгу на самомъ кабальномъ документѣ (на лицевой его сторонѣ ниже текста или на оборотѣ) ставилась «подпись и рука», т.-е. дѣлалась помѣта о явкѣ, скрѣпляемая рукоприкладствомъ губного старосты. Эти удостовѣрительныя надписи вошли въ обиходъ московской практики, повидимому, раньше и прочнѣе, чѣмъ записка кабалы въ книгу: такъ, дьяку Алябьеву въ Новгородѣ пришлось въ 1598 году записывать въ книгу служилыя кабалы, составленныя лѣтъ за десять до того, но уже имѣвшія на себѣ помѣты губныхъ старостъ (№ 3, 4, 5, 79, 85, 86 въ Русской исторической библіотекѣ т. XVII). Уклоненіе отъ записки въ книгу связано, нужно думать, опять-таки съ платежомъ государевой пошлины. Позднѣе, когда указъ 1598 года, связавшій актъ записки съ важными юридическими послѣдствіями, выдвинулъ ее; какъ мѣру общеобязательную, помѣта стала краткимъ воспроизведеніемъ «записки»: въ ней отмѣчались результаты распроса закабаливаемаго, запись въ книгу, взысканіе пошлинъ; напримѣръ, «марта въ 20 день въ Ярославлѣ въ губѣ передъ губнымъ старостой... заимщикъ сказалъ: деньги займовалъ, въ службу билъ челомъ, и служилую кабалу на себя давалъ,—и въ книгу записана, губной Михайло Побѣдинской» (Акты юридическаго быта, II, 30). Только послѣ такой помѣты процедура публичной явки считалась законченной, и кабальный документъ изъ рукъ органовъ государственной власти поступалъ въ распоряженіе владѣльца холопа.

Таковы три послѣдовательныхъ момента процедуры офиціальнаго укрѣпленія кабальныхъ правъ. Къ каждому изъ этихъ моментовъ пріурочивается достиженіе особенныхъ практическихъ задачъ. На «докладѣ», во-первыхъ, провѣрялись самыя условія, при которыхъ заключался кабальный договоръ (отсутствіе насилія, предупрежденіе обмановъ въ лицѣ); во-вторыхъ, выяснялось и констатировалось отсутствіе препятствій, установленныхъ въ законѣ для огражденія интересовъ государственной службы и посадскихъ общинъ (не тяглой ли человѣкъ, не служилаго ли отца сынъ); въ третьихъ, провѣрялось, не нарушаются ли заключаемымъ кабальнымъ договоромъ права неучаствующихъ въ немъ третьихъ лицъ (распросъ о прежнихъ отношеніяхъ, требованіе отпускной). «Кабальная записка», слѣдующая за докладомъ стадія явочной процедуры, прежде всего имѣетъ значеніе документальнаго удостовѣренія въ правильно выполненной процедурѣ доклада; поэтому отсутствіе записи въ книгу, даже при наличности кабалы съ помѣтой, приводитъ законодателя къ требованію «вмѣсто тое кабалы выдати новую кабалу» (XX, 28), т.-е. повторить заново процедуру доклада. Во-вторыхъ, «кабальная записка» закрѣпляетъ и сохраняетъ въ офиціальной копіи кабальный документъ, благодаря чему къ записной кабальной книгѣ практика обра-

щается тогда, когда нужно удостовѣрить существованіе кабальныхъ отношеній безъ наличности самой кабалы [13]; при утратѣ кабалы изъ записной книги выдавалась «выпись» заинтересованному лицу. Въ третьихъ, занесенныя въ записную книгу примѣты кабальнаго дѣлали изъ нея важный судебный документъ въ спорахъ о личности кабальнаго: судебный искъ о существованіи кабальныхъ отношеній, если отвѣтчикъ по примѣтамъ не совпадалъ съ показаніями записной кабальной книги, оставлялся безъ удовлетворенія: «которые люди въ рожей и въ примѣты съ кабальными книгами не сойдутся, и тѣхъ людей въ холопство никому не отдавать, и по тѣмъ кабаламъ исцомъ отказывати» (XX, 23); если на одного человѣка положено въ судѣ разными лицами двѣ кабалы, то онъ отдавался въ холопство тому, по чьей кабалѣ онъ «съ книгами въ рожей и въ примѣты сойдется» (XX, 75); къ записной же кабальной книгѣ обращались (съ полицейскими цѣлями) и тогда, когда нужно было дать указанія для розыска холопа бѣжавшаго (*Самоквасовъ,* Архивный матеріалъ, I, стр. XV). Въ четвертыхъ, запись въ кабальную книгу была моментомъ, къ которому пріурочивалась уплата государевыхъ пошлинъ съ кабалы, и такимъ образомъ «кабальная записка» была документомъ, удостовѣряющимъ произведенный платежъ и контролирующимъ сумму уплаченныхъ сборовъ. Наконецъ, помѣта, сдѣланная на кабалѣ, была важна для практики, прежде всего, какъ указаніе, по которому отыскивалась запись этой кабалы въ соотвѣтствующей кабальной книгѣ, а позднѣе, когда содержаніе помѣты стало болѣе подробнымъ, она могла даже въ нѣкоторыхъ опредѣленныхъ случаяхъ замѣнять «кабальную записку», напримѣръ, при утратѣ записныхъ кабальныхъ книгъ (XX, 103), при чемъ требовалось все-таки удостовѣрить сыскомъ подлинность руки приказнаго человѣка, сдѣлавшаго помѣту.

Отсюда можно уловить, что въ процедурѣ публичной явки служилыхъ кабалъ переплетаются три основныхъ практическихъ интереса: a) интересъ правосудія, подсказанный запросами судебной практики, исконными судебными функціями государства и потому едва ли не древнѣйшій въ этомъ институтѣ; b) интересъ государственный въ широкомъ смыслѣ слова, особенно выдвигающійся тогда, когда государство вступаетъ на путь регулированія сложившихся въ жизни отношеній, и c) интересъ фискальный, едва ли не позднѣйшій по происхожденію, потому что первыя попытки государства установить институтъ публичнаго укрѣпленія служилыхъ кабалъ не имѣютъ ярко выраженнаго фискальнаго характера.

Проф. Георгій Тельбергъ.

Примѣчанія.

[1] Акты XIII—XVII вѣковъ, представленные въ разрядный приказъ представителями служилыхъ фамилій послѣ отмѣны мѣстничества. Собралъ и издалъ Александръ Юшковъ. Часть первая: 1257—1613 гг. Москва. 1898. Въ этомъ собраніи слѣдующіе документы относятся къ разряду служилыхъ кабалъ: №№ 78, 93, 94, 102, 106, 107, 108.

[2] Такъ, въ «Архивѣ историко-юридическихъ свѣдѣній, относящихся до Россіи» опубликованы «Акты, записанные въ крѣпостной книгѣ XVI вѣка» (сообщены А. Лакіеромъ); древнѣйшая изъ записанныхъ тамъ кабалъ со слѣдами публичной явки относится къ 1591 году, до этого года помѣщено 38 служилыхъ кабалъ, и изъ нихъ ни одна не имѣетъ помѣты объ удостовѣреніи. Въ Русской исторической библіотекѣ, томъ XVII, опубликована «Записная книга крѣпостнымъ актамъ, явленнымъ въ Новгородѣ дьяку Алябьеву»; въ ней собрано очень много служилыхъ кабалъ до 1586 года, но ни одна изъ нихъ не имѣетъ указаній на явку: таковы, напримѣръ, №№ 10, 11, 12, 16, 19, 27, 40, 42, 45, 46, 67, 68, 71, 72, 73, 89, 96, 113, 117 и др.

[3] Изъ высказанныхъ въ текстѣ соображеній ясно, что въ толкованіи ст. 78 Царскаго судебника нельзя принять мнѣніе Владимірскаго-Буданова, что статья эта «есть первое узаконеніе о непремѣнномъ совершеніи служилой кабалы формальнымъ порядкомъ». Хрестоматія по исторіи русскаго права, 1901, вып. II, стр. 166.

[4] О докладѣ, какъ формѣ публичнаго укрѣпленія правъ на холоповъ, мы имѣемъ упоминанія въ документахъ болѣе раннихъ годовъ; но древнѣйшее указаніе на записныя кабальныя книги содержится въ этомъ указѣ 1558 года.

[5] Въ записной книгѣ дьяка Алябьева (Русская историческая библіотека, XVII) за указанный промежутокъ (1586—1597) мы насчитали около двадцати служилыхъ кабалъ, лишенныхъ помѣты объ удостовѣреніи: таковы №№ 17, 18, 20, 23, 24, 26, 30, 37, 38, 43, 44, 48, 49, 50, 51, 58, 59, 60, 104.

[6] Калачевъ напечаталъ не полностью рукопись, сообщенную ему Лакіеромъ, потому что «считалъ безполезнымъ печатать всѣ служилыя кабалы, помѣщенныя въ разсматриваемой рукописи»; данныя, сообщенныя нами въ текстѣ, взяты изъ предисловія Калачева къ напечатанной имъ выборкѣ изъ книги Лакіера. См. Архивъ историко-юридическихъ свѣдѣній, 1855, книги второй половина первая, отд. II, стр. 18—20.

[7] Напримѣръ, въ Шуѣ: Борисовъ, Акты, относящіеся къ описанію Шуи, 129; въ Кашинѣ: Акты юридическаго быта, 1, 14, 594; въ Ярославлѣ: тамъ же, II, 30; въ Рязани: Труды Рязанской Ученой Архивной комиссіи, XI, вып. 1, 30—31; въ Дмитровѣ: Селифонтовъ, Опись перваго собранія Линевскаго архива, 31; въ Костромѣ: Костромская старина, III, 72; въ Переславлѣ-Залѣсскомъ: Титовъ, Описаніе рукописей Вахрамѣева, IV, 241.

[8] Въ грамотѣ этой пересказывается содержаніе государева указа, которымъ установлена была новая форма служилыхъ кабалъ (безъ упоминанія о деньгахъ и о займѣ); къ грамотѣ приложено также «образцовое письмо» для однообразнаго писанія служилыхъ кабалъ. Интересна судьба этого важнаго документа: грамота была напечатана въ 1891 году въ Трудахъ Орловской Ученой Архивной комиссіи, вып. 1, стр. 33—35, но обратила на себя вниманіе ученыхъ изслѣдователей только 15 лѣтъ спустя, когда ее заново открылъ въ «Трудахъ» этой комиссіи А. А. Шиловъ, сдѣлавшій о ней сообщеніе въ Петербургскомъ историческомъ Обществѣ. Это—хорошая иллюстрація той заброшенности, въ какой у насъ находятся археографическія изданія провинціальныхъ историческихъ обществъ. Но нужно оговориться, что заброшенность эта до нѣкоторой степени объясняется, во-первыхъ, крайней библіографической рѣдкостью этихъ изданій (въ особенности ихъ полныхъ комплектовъ), а во-вторыхъ большими и подчасъ очень существенными дефектами этихъ изданій; напримѣръ, отсутствіе указателей составляетъ едва ли не общую черту всѣхъ «Трудовъ» губернскихъ архивныхъ комиссій.

[9] Въ 1646 году на Костромѣ было двое губныхъ старостъ: Михаилъ Алалыкинъ и Гаврило Зворыкинъ; первому изъ нихъ нѣкто Поликарповъ въ Костромѣ же выдаетъ на себя служилую кабалу; докладъ этой кабалы и распросъ закабаливаемаго происходитъ передъ обоими губными старостами, а помѣта на кабалѣ подписывается только Зворыкинымъ, т.-е. губнымъ старостой, не заинтересованнымъ въ сдѣлкѣ. Костромская старина, III, 72. Относительно «воеводъ и приказныхъ людей» Уложеніе запретило такую практику: «которые люди, будучи въ городѣхъ по воеводствамъ и по приказомъ, возмутъ на кого служилыя кабалы въ тѣхъ же городѣхъ, и тѣ кабалы не въ кабалы, потому что воеводамъ и приказнымъ людемъ, будучи въ городѣхъ, ни на кого служилыхъ кабалъ и никакихъ крѣпостей имать не велѣно». Уложеніе, XX, 58.

[10] Лѣтопись занятій Археографической комиссіи, т. 24, стр. 10—27: кабальная книга 7108 года.

[11] Уложеніе выставило требованіе, чтобы примѣты не только заносились въ кабальную книгу, но и «описывались имянно въ кабалахъ»; мотивъ тотъ, «чтобы всякой человѣкъ холопу своему примѣты вѣдалъ, а какъ холопьи примѣты въ кабалахъ будутъ описаны имянно, а впредь ни у кого такихъ споровъ о холопяхъ не будетъ» (XX, 76). Соображеніе довольно странное: хозяинъ и безъ всякой записи знаетъ въ лицо своего холопа, а споры судебные изъ-за холоповъ едва ли обусловливаются добросовѣстнымъ заблужденіемъ хозяина въ личности холопа; требованіе это, повидимому, не привилось въ практикѣ; по крайней мѣрѣ, образцовое письмо служилой кабалы 1680 года не упоминаетъ о записи примѣтъ въ самомъ текстѣ кабалы.

[12] Уложеніе, XX, 73. Провинціальныя власти, повидимому, не слишкомъ аккуратно исполняли это требованіе: въ грамотѣ 1680 года елецкому воеводѣ предписывается «прошлыхъ со 160 по нынѣшней 186 годъ кабальныя и полонныя книги, взявъ у прежнихъ воеводъ и губныхъ старостъ и у подъячихъ, прислать въ Москву не замотчавъ».

[13] Уложеніе, XX, 12, 64. Когда же ссылка на записную книгу не подтверждалась, и такимъ образомъ не оказывалось налицо ни кабалы ни ея официальной записи, то это признавалось рѣшительнымъ доказательствомъ отсутствія кабальныхъ отношеній; для человѣка, находящагося на службѣ у частнаго лица, это могло имѣть роковое значеніе: онъ могъ быть признанъ холопомъ старинным. См. догадку В.-Буданова (Хрестоматія, II, 164) и Уложеніе, XX, 64: эта статья представляетъ иллюстрацію того, какимъ образомъ «духовная», т.-е. вполнѣ односторонній актъ воли, становилась крѣпостью на старинное холопство.

Торговый агентъ и агентурный договоръ какъ правовые типы.

Организація современной торговли находится подъ напоромъ неутолимой жажды новыхъ рынковъ и безпрерывнаго расширенія торговыхъ сношеній. Одно изъ послѣдствій этой экспансивной тенденціи торговли заключается въ быстромъ ростѣ и дифференцированіи различныхъ видовъ торговаго посредничества.

Торговыми посредниками, въ отличіе отъ торговыхъ служащихъ, называются лица, отправляющія самостоятельный промыселъ, состоящій въ оказываніи купцамъ разныхъ услугъ, необходимыхъ для успѣшнаго отправленія ими своей торговой дѣятельности. Названіе «посредникъ» неточно въ томъ отношеніи, что предметъ оказываемыхъ услугъ отнюдь не ограничивается посредничаніемъ въ тѣсномъ смыслѣ, а можетъ также состоять въ совершеніи сдѣлокъ отъ имени или за счетъ купца, въ содѣйствіи ему при исполненіи сдѣлокъ, даже въ разныхъ, совершаемыхъ въ его интересѣ, дѣйствіяхъ, не имѣющихъ юридическаго характера.

Исполненіе такихъ услугъ составляетъ въ современномъ хозяйственномъ быту предметъ нѣкоторыхъ весьма распространенныхъ торговыхъ промысловъ, отправляемыхъ преимущественно лицами, не обладающими сколько нибудь значительнымъ капиталомъ. Эти промыслы отличаются одинъ отъ другого какъ по названію, такъ и по предмету. Всякое, близко стоящее къ торговому быту, лицо понимаетъ безъ объясненій значеніе названій: маклеръ, агентъ, комиссіонеръ, экспедиторъ (спедитёръ) и другихъ разновидностей торговаго посредничества. Однако, очевидныя для всѣхъ бытовыя очертанія этихъ понятій оказывались въ теченіе очень долгаго времени недостаточными для созданія въ законодательствѣ и въ наукѣ соотвѣтствующихъ правовыхъ типовъ и для признанія отдѣльныхъ видовъ торговаго посредничества самостоятельными юридическими институтами. Въ тоже время они не укладывались безъ остатка ни въ одну изъ трехъ формъ обѣщанія труда, извѣстныхъ романистической юриспруденціи, т.-е. ни въ договоръ личнаго найма, ни подряда, ни порученія или довѣренности, исчерпывающіе, по господствующему мнѣнію, всѣ встрѣчающіяся въ жизни разновидности трудовыхъ сдѣлокъ.

Два вида торговыхъ посредниковъ—маклеръ и комиссіонеръ,—уже были извѣстны торговому міру задолго до появленія первыхъ торговыхъ кодексовъ. Маклера играли немаловажную роль въ античной торговлѣ и ихъ правовое положеніе привлекло къ себѣ вниманіе римскихъ юристовъ (Dig. 50, 14, Cod. V, 1). Комиссіонеровъ же еще Савари, одинъ изъ авторовъ Ordonnance de commerce 1673 г., называлъ «важнѣшею опорою торговли» [1]. Французскій торговый кодексъ 1808 года вскользь упоминаетъ о тѣхъ и другихъ, но не удѣляетъ никакого вниманія юридическимъ особенностямъ ихъ положенія. Маклеры во Франціи, какъ въ большинствѣ континентальныхъ государствъ, первоначально были должностными лицами, исполнявшими преимущественно нотаріальныя функціи при совершеніи сдѣлокъ, но они въ то же время признавались купцами и совершаемыя ими сдѣлки — торговыми (ст. 632). Частное маклерство или запрещалось или игнорировалось законодательствомъ. Въ настоящее время оно на Западѣ вездѣ допускается закономъ, но относительно юридической природы маклерскаго договора до сихъ поръ не достигнуто соглашенія между юристами. Мнѣнія сходятся лишь въ томъ, что его предметомъ является посредничество въ тѣсномъ смыслѣ, т.-е. переговоры и сведеніе сторонъ для заключенія договора, а не самое заключеніе сдѣлокъ. Германское торговое уложеніе 1897 г., посвятившее «торговому маклеру» особый отдѣлъ, опредѣляетъ его какъ лицо, профессіонально занимающееся для другихъ лицъ посредничествомъ при покупкѣ и продажѣ цѣнностей и совершеніи другихъ торговыхъ сдѣлокъ, не состоя ихъ постояннымъ договорнымъ представителемъ (§ 93). Такое же понятіе о частномъ маклерѣ сложилось во французской доктринѣ и судебной практикѣ [2].

Комиссіонеромъ французскій торговый кодексъ называетъ какъ лицъ, совершающихъ сдѣлки отъ своего имени, но за счетъ коммитента, такъ и дѣйствующихъ отъ его имени. Къ послѣднимъ, согласно ст. 94 кодекса, должны примѣняться постановленія гражданскаго закона о мандатѣ. Такое широкое опредѣленіе идетъ въ разрѣзъ не только съ воззрѣніями торговаго міра на комиссіонеровъ какъ на лицъ, дѣйствующихъ исключительно отъ собственнаго имени, но также съ историческимъ развитіемъ этого института. Комиссіонерство въ значительной мѣрѣ обязано своимъ развитіемъ именно тому обстоятельству, что тутъ лицо, за счетъ котораго сдѣлка совершалась, могло оставаться неизвѣстнымъ [3]. Французская юриспруденція пыталась исправить неточ-

---

[1] *Jaques Savary,* Le parfait négociant (Paris, 1679) стр. 209: Il n'y a rien qui maintienne tant le commerce que les Commissionaires ou Correspondants. (Цитата позаимствована у *Grünhut,* Endemanns Handbuch, т. III, стр. 162).

[2] См., напр., *Thaller,* Traité élém. de droit comm. (1910) § 1102: On appelle courtage la médiation, pour laquelle une personne cherche un vendeur à un achéteur ou réciproquement.

[3] Ср. *Grünhut,* Recht des Commissionshandels (1879). *Lastig* въ Ztschr. f. HR т. 24, стр. 387, *Lepa,* тамъ же, т. 26, стр. 438 сл., *L. Frey* въ Annales de droit comm. за 1899 г. стр. 193 сл.

ность законодательнаго опредѣленія, отдѣливъ комиссіонера въ техническомъ смыслѣ отъ représentant de commerce и опредѣливъ перваго какъ «mandataire en nom propre et personel». Въ остальныхъ законодательствахъ заключеніе сдѣлокъ отъ своего имени повсюду признается отличительнымъ свойствомъ комиссіонера, открытое же представительство считается несовмѣстимымъ съ понятіемъ о комиссіонерѣ.

Нѣсколько иную, хотя и очень близкую къ изложенной, классификацію торговыхъ посредниковъ мы находимъ въ англійскомъ правѣ [4]. Оно различаетъ два основныхъ вида: factors и brokers. Разница между ними состоитъ въ томъ, что первые разсматриваются какъ владѣльцы ввѣренныхъ имъ коммитентомъ или для коммитента товаровъ, вторые же какъ держатели. Первые могутъ заключать сдѣлки за его счетъ и отъ своего имени, вторые, если не имѣютъ особой довѣренности, лишь подготовляютъ сдѣлку, но не заключаютъ ея. Поэтому, купившіе отъ нихъ товары, принадлежащіе «принципалу», не пріобрѣтаютъ на нихъ права собственности. Factors такимъ образомъ приближаются къ комиссіонерамъ континентальнаго права, brokers къ частнымъ маклерамъ.

Въ нашемъ правѣ комиссіонеры формально до изданія закона 1910 года сливались съ торговыми повѣренными. Но судебная практика уже много раньше стала различать комиссіонеровъ, управляющихъ дѣлами чужихъ купцовъ, отъ самостоятельныхъ купцовъ, заключающихъ, по порученію другихъ лицъ, сдѣлки отъ своего имени. Только послѣдніе у насъ признавались комиссіонерами въ собственномъ смыслѣ этого слова [5].

Маклеры извѣстны нашему закону только какъ должностныя лица. Биржевые маклеры даже ограждаются отъ конкуренціи частныхъ маклеровъ (такъ наз. «зайцевъ») угрозою уголовной кары (ст. 1278 и сл. Улож. о Нак.). Но это не могло помѣшать образованію и развитію промысла частныхъ маклеровъ, съ которыми и нашей судебной практикѣ волею неволею приходится считаться [6].

Комиссіонеры и маклеры, однако, ни въ Западной Европѣ, ни у насъ не удовлетворяютъ въ полной мѣрѣ потребности торговаго оборота въ торговыхъ посредникахъ. Купцу отнюдь не всегда выгодно бываетъ прятаться за спину комиссіонера. Онъ нуждается въ открытыхъ постоянныхъ представителяхъ, дѣятельно отстаивающихъ его интересы и завязывающихъ торговыя сношенія непосредственно отъ его имени. Маклеры для этой цѣли непригодны, потому что не состоятъ постоянными пособниками опредѣленныхъ купцовъ и сдѣлокъ отъ ихъ имени

---

[4] См. *Smith,* Comp. of Merc. Law (3 изд.) I, стр. 118 сл., *Anson,* Principles of the English Law of Contract (8 изд.) стр. 344, *Wharton,* Law Lexicon, s. v. «factor» и «broker», *Spaeing,* Franz. u. engl. Handelsrecht (1888) стр. 43, прим. 1, стр. 59 сл., 462 сл.

[5] См. рѣш. гражд. касс. департ. за 1876 г. № 43, *Шершеневича,* Курсъ торг. пр., II, стр. 182 и объяснит. зап. къ проекту гражд. улож. подъ ст. 546 (ред. 1899 г.).

[6] См. *Федорова,* Торговое право, стр. 409 сл., *Кечеджи-Шаповалова,* Торговые посредники (1910).

не совершаютъ. Имѣть же повсюду своихъ приказчиковъ для купца слишкомъ обременительно. Подъ вліяніемъ этой потребности въ хозяйственномъ быту сложился и пріобрѣлъ очень важное значеніе третій видъ торговыхъ посредниковъ, носящихъ названіе торговыхъ агентовъ [7]. Это названіе было давно въ употребленіи, но оно не имѣло строго опредѣленнаго смысла и значенія и поэтому пользоваться имъ, какъ юридическимъ терминомъ, не было возможности. Во французскомъ торговомъ кодексѣ упоминается объ agences d'affaires. Подъ ними подразумѣваются конторы, оказывающія публикѣ за вознагражденіе разныя дѣловыя услуги [8]. Законъ (ст. 632) признаетъ ихъ однимъ изъ видовъ торговыхъ предпріятій, не поясняя, однако, въ чемъ состоитъ отличительное свойство этого промысла. Въ Англіи слова «agent» и «agency» имѣютъ еще болѣе обширный и неопредѣленный смыслъ. Ими обозначается всякое лицо или предпріятіе «уполномоченное на совершеніе отъ имени другого лица (principal) какихъ либо сдѣлокъ» (Smith, стр. 115). Сюда принадлежатъ не только factors и brokers, но вообще всѣ виды представительства. Въ введеніи къ Factors Act 1889 года была сдѣлана попытка сузить и болѣе точно опредѣлить терминъ «торговый агентъ». Этимъ выраженіемъ, по словамъ закона, обозначается «лицо, которое по ходу своего обычнаго промысла въ качествѣ агента, управомочивается продавать товары, поручать ихъ продажу другимъ, покупать таковые или брать деньги подъ товаръ» [9]. Но и подъ это опредѣленіе подходятъ какъ открытые представители, такъ и лица, которыя, при исполненіи чужихъ порученій, дѣйствуютъ отъ своего имени.

Неопредѣленность и всеобъемлемость понятія объ агентѣ привела нѣмецкихъ коммерсіалистовъ къ убѣжденію въ невозможности его точной юридической формулировки. Такъ, напр., Гольдшмидтъ во второмъ изданіи своего курса (Handbuch 1875 г. стр. 634) видитъ въ «такъ наз. агентахъ», съ одной стороны, «купцовъ, выступающихъ въ качествѣ настоящихъ комиссіонеровъ или маклеровъ или предлагающихъ свои услуги, въ качествѣ посредниковъ или представителей, принципіально неограниченному кругу лицъ», съ другой—«торговыхъ помощниковъ или повѣренныхъ, служащихъ въ промыслѣ (Gewerbe) одного или нѣсколькихъ хозяевъ». И въ столь же общихъ выраженіяхъ объ агентахъ, 10 лѣтъ спустя, говорятъ другіе видные ученые [10]. При такихъ услові-

---

[7] См. къ слѣдующему *Wüstendörfer,* Der Handlungsagent als deutscher und ausländischer Rechtstypus, въ Ztsch. f. d. ges. HR т. 58, стр. 118 сл. и указанную тамъ литературу.

[8] См. *Lyon-Caen et Rénault,* Traité de droit comm. (4 изд.) I, § 140, *Goldschmidt,* Handb. des Handelsr. (2 изд.) стр. 657, прим. 24.

[9] The expression mercantile agent shall mean a mercantile agent, having in the customary course of his business as such agent authority either to sell goods, or to consign goods for the purpose of sale, or to buy goods, or to raise money on the security of goods.

[10] Напр., *Grünhut* у *Endemann,* III, стр. 133: «Man kann als Agent im Namen des Geschäftsherrn oder im eigenen Namen mit Dritten kontrahieren; man kann als Agent wahrer Kommissionär oder eigentlicher Mäkler oder Handlungsbevollmächtigter

яхъ неудивительно, что Нюренбергская комиссія, работавшая съ 1857 по 1861 гг. надъ составленіемъ проекта герм. торг. улож., не справилась съ задачею опредѣлить и нормировать въ законѣ правовое положеніе торговаго агента. Даже внесенное въ первый проектъ указаніе на то, что «постановленія закона о торговыхъ повѣренныхъ не распространяются на повѣренныхъ, не состоящихъ въ услуженіи (торговыхъ агентовъ), положеніе которыхъ регулируется обычаемъ и гражданскими законами», было при второмъ чтеніи вычеркнуто на томъ основаніи, что «нѣкоторыя изъ этихъ постановленій все же должны примѣняться и къ лицамъ, не состоящимъ въ услуженіи» [11]. Въ конечномъ итогѣ комиссія ограничилась упоминаніемъ въ перечнѣ торговыхъ сдѣлокъ, кромѣ посредничанія, еще о «совершеніи торговыхъ сдѣлокъ для другихъ лицъ». Какъ видно изъ протокола (стр. 1295) комиссія желала этимъ путемъ включить въ число торговыхъ промысловъ «дѣятельность торговыхъ агентовъ».

Расплывчатость и неясность понятія объ агентѣ не могли не отразиться на опредѣленіи его правового положенія и юридической природы договора, заключаемаго агентомъ съ хозяиномъ [12]. Этотъ договоръ разсматривался то какъ «возмездный мандатъ», то какъ разновидность личнаго найма, то какъ подрядъ, но ни одна изъ этихъ конструкцій не удовлетворяла потребностямъ и воззрѣніямъ торговаго оборота. «Возмездный» мандатъ самъ по себѣ съ романистической точки зрѣнія уже составляетъ аномалію, но, независимо отъ этого, его предметомъ, по господствующему ученію, могла бы быть только юридическая дѣятельность. Между тѣмъ дѣятельность агента не исчерпывается совершеніемъ сдѣлокъ, а нерѣдко обнимаетъ такія фактическія дѣйствія, какъ вербовка покупателей, выясненіе ихъ кредитоспособности, принятіе оффертовъ, ихъ передача и т. д. Кромѣ того не согласуются съ характеромъ агентурнаго договора ни положенія дѣйствующаго права объ отвѣтственности мандатарія, ни его право отнести всѣ связанные съ его дѣятельностью расходы на счетъ препоручителя, ни, наконецъ, возможность отмѣны мандата въ любой моментъ.

Столь же серьезныя возраженія вызываетъ конструкція личнаго найма. Агентъ не обѣщаетъ конкретно опредѣленной услуги. Онъ принимаетъ на себя извѣстныя постоянныя функціи, отправляемыя имъ въ интересахъ другого купца, въ качествѣ его представителя. Слѣдовательно,

---

oder Handlungsgehülfe sein»; *Behrend,* Lehrb. des Handelsr. стр. 379: «Der Ausdruck Agent hat weder gesetzlich, noch im Sprachgebrauch des Handelsverkehrs eine bestimmt feststehende Bedeutung. Er umfasst alle Personen, die geschäftliche Angelegenheiten für Andere betreiben, kann also ebensowohl einen Vermittler, wie den Stellvertreter beim Geschäftsabschluss, wie auch einen Kommissionär bedeuten». Ср. такъ же *Staub,* Kommentar, изд. 5-е. прил. II къ кн. I.

[11] См. Protokolle der Commission zur Beratung eines allg. deutschen HGB. стр. 88, 103 сл., 963. Ср. критику проекта у *Brinkmann* въ Arch. f. civ. Pr. т. 32, стр. 383.

[12] См. обзоръ различныхъ взглядовъ, литературы и судебной практики по этому вопросу у *Immerwahr,* Recht der Handlungsagenten, § 3, *Combeaux,* Des Représentants de commerce, въ Annales de dr. comm. за 1906 г., стр. 89 сл.

если его признать наемнымъ лицомъ, его дѣятельность должна быть квалифицирована какъ служба или должность. Но съ этимъ рѣшительно не вяжется то, что агентъ выступаетъ въ оборотѣ и разсматривается публичнымъ правомъ какъ купецъ, отправляющій самостоятельный торговый промыселъ [13], а не какъ служащій. Если же агентъ не обѣщаетъ опредѣленныхъ услугъ и не состоитъ въ услуженіи, какіе же къ нему могутъ примѣняться положенія о личномъ наймѣ?

То, что вознагражденіе агента почти всегда ставится въ зависимость отъ успѣшно совершенныхъ имъ или при его содѣйствіи сдѣлокъ, приближаетъ агентурный договоръ къ подряду. Но подрядъ предполагаетъ обѣщаніе опредѣленнаго результата, или выполненіе цѣликомъ конкретно предуказаннаго «предпріятія». Ни того, ни другого агентъ не обѣщаетъ.

Высказывается, наконецъ, предположеніе, что агентъ ничто иное, какъ маклеръ [14], прямая обязанность котораго состоитъ въ посредничаніи при совершеніи сдѣлокъ. Если же онъ сверхъ того еще уполномочивается на совершеніе сдѣлокъ, то это не мѣняетъ характера отношеній; къ нему тогда должны примѣняться общія положенія о довѣренности. При этомъ, однако, упускается изъ виду, что агентъ посредничаетъ въ качествѣ представителя одной стороны и, что между нимъ и принципаломъ существуетъ, въ отличіе отъ маклера, длительная связь, превращающая его экономически въ постоянный органъ чужой дѣятельности. Ни того, ни другого свойства нѣтъ у обыкновеннаго маклера.

Та же неопредѣленность и тѣ же разногласія повторяются въ русской литературѣ и практикѣ. Наши коммерсіалисты большею частью уклоняются отъ точнаго опредѣленія понятія о правовомъ положеніи торговаго агента. Шершеневичъ, напр., въ своемъ курсѣ (изд. 4-ое, т. I, стр. 511) ограничивается указаніемъ, что агентъ дѣйствуетъ «въ чужомъ интересѣ, не въ качествѣ приказчика, комиссіонера и маклера. При невыяснившемся въ наукѣ и практикѣ достаточно значеніи этого понятія, его невозможно опредѣлить иначе, какъ подобными отрицательными признаками. Агентъ осуществляетъ торговую дѣятельность въ чужомъ интересѣ, при чемъ дѣятельность его должна носить постоянный, про-

---

[13] Это обстоятельство особенно затрудняло судебную практику и приводило къ колебаніямъ и противорѣчіямъ. Такъ, франц. высшій административный судъ лишалъ агентовъ права выбирать и быть избираемыми на должности, доступныя только купцамъ (см. Annales de dr. comm. за 1901 г. стр. 219 сл.) и въ томъ же смыслѣ высказался кассаціонный судъ (*Dalloz,* 1903, I, 82). Въ то же время, однако, суды отказывались признавать агентовъ служащими (см. *Gombeaux,* ук. соч., стр. 96, прим. 1, стр. 101 прим. 4), а въ мотивахъ къ закону 6 февр. 1895 г. о распространеніи ст. 549 торг. кодекса на торговыхъ служащихъ спеціально указывается, что эта новелла не касается агентовъ (représentants de commerce), именно потому, что они не служащіе, а купцы (*Thaller,* ук. соч. § 1115 in fine). О разногласіяхъ въ германской практикѣ и литературѣ см. комментаріи къ старому герм. торг. улож. *V. Hahn* стр. 155, *Anschütz* и *Völdendorf,* стр. 303 сл.

[14] См. *Eyber* въ Gruchots-Beiträge т. 13, стр. 390 и заключительное примѣчаніе редакціи Annales de dr. com. къ упомянутой статьѣ *Gombeaux.*

мысловый характеръ, а не случайный». Въ послѣднемъ изданіи своего учебника покойный ученый отказывается даже отъ этого опредѣленія. «Въ виду того, говоритъ онъ, что съ выраженіемъ «агентъ» не соединяется опредѣленное представленіе, то въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ его примѣненія необходимо по всей совокупности сопровождающихъ обстоятельствъ выяснить юридическую природу дѣятеля, принимающаго названіе агента, нерѣдко съ цѣлью избѣгнуть нѣсколько обиднаго выраженія «приказчикъ» (стр. 84). Цитовичъ [15] различаетъ «агента-посредника въ заключеніяхъ сдѣлокъ», и другія категоріи лицъ, обозначаемыхъ этимъ терминомъ. Только первый «имѣетъ самостоятельныя черты». Особенность его положенія состоитъ въ томъ, что онъ, посредничая, «дѣйствуетъ какъ органъ вѣдома, но не воли. Онъ служитъ своему хозяину, но не по договору личнаго найма, а по договору порученія; его обязанность— не только передавать хозяину каждое предложеніе, но также сообщать справки и свѣдѣнія, какія необходимы хозяину при составленіи или исполненіи договора». Противъ этого, однако, можно возразить, что договоръ порученія самъ по себѣ служебнаго отношенія не устанавливаетъ и что его предметомъ, по нашему закону, является юридическая дѣятельность, а не собираніе справокъ и т. под. Проф. Удинцевъ [16], указавъ, что «институтъ агентовъ до сихъ поръ не вполнѣ выяснился и занимаетъ серединное мѣсто между приказчиками и купцами», замѣчаетъ: «содержаніе собственнаго заведенія склоняетъ къ признанію агента за купца. Но въ большинствѣ случаевъ агентъ стоитъ во главѣ филіалы, отдѣленія чужого предпріятія, и выступаетъ въ качествѣ приказчика. Иногда агентурой называется у насъ и содержаніе справочныхъ конторъ».

Проф. Удинцевъ, руководствуясь, повидимому созвучіемъ словъ «агентъ», «агентурное отдѣленіе», «агентство», склоненъ считать обозначаемыя ими понятія однородными по существу. При такомъ словоупотребленіи выраженіе «агентъ» дѣйствительно обнимаетъ и самостоятельныхъ купцовъ и служащихъ и потому не пригоденъ для обозначенія опредѣленной категоріи торговыхъ посредниковъ. Наконецъ въ новѣйшемъ курсѣ торговаго права проф. Федорова [17] агентъ изображается, какъ лицо, дѣятельность котораго состоитъ исключительно въ посредничаніи между торговцами. «Не совершая самъ сдѣлокъ отъ имени препоручителя, агентъ не нуждается и въ довѣренности». Отъ маклера онъ отличается тѣмъ, что «обыкновенно состоитъ въ болѣе или менѣе прочныхъ отношеніяхъ къ препоручителю и во всякомъ случаѣ посредничаетъ между сторонами отсутствующими, не сводя ихъ вмѣстѣ для окончательнаго заключенія сдѣлки, какъ это дѣлаетъ маклеръ». Тѣмъ не менѣе отношенія агента къ препоручителю, по мнѣнію проф. Федорова, «основываются не на договорѣ личнаго найма, а на договорѣ порученія, при чемъ договоръ заключается не ради совершенія только

---

[15] Учебникъ торг. права (1891) стр. 89.
[16] Русское торгово-промышленное право (1907) стр. 116.
[17] *А. Ф. Федоровъ,* Торговое право (1911 г.) стр. 384 сл.

одной какой-либо сдѣлки, но въ видахъ совершенія цѣлаго ряда сдѣлокъ». Почтенный авторъ не объясняетъ, на какихъ данныхъ основанъ его взглядъ на изображенную имъ роль торговаго агента въ оборотѣ и какимъ образомъ чисто посредническая дѣятельность по нашему праву можетъ быть предметомъ договора порученія.

Естественный выходъ изъ затрудненій, вытекающихъ изъ несоотвѣтствія агентурнаго договора ни одному изъ законныхъ договорныхъ типовъ, состоитъ въ признаніи его нерегулированнымъ или безымяннымъ договоромъ (contractus sui generis). И судебная практика всѣхъ государствъ,—хотя и нерѣшительно и медленно,—вынуждена была вступить на этотъ путь. Такая мысль была впервые высказана прусскимъ трибуналомъ въ 1869 г. [18] и съ тѣхъ поръ повторялась не разъ. Она наиболѣе подробно обоснована въ рѣшеніи германскаго имперскаго суда отъ 2-го іюня 1892 г. [19], оказавшемъ замѣтное вліяніе на постановку этого вопроса въ германскомъ торговомъ уложеніи 1897 г. «Содержаніе агентурнаго договора», говорится въ этомъ рѣшеніи, «состоитъ въ томъ, что агенту предоставляется право и на него возлагается обязанность длительно заботиться объ оборотѣ товаровъ своего препоручителя въ болѣе или менѣе ограниченной области, защищая при этомъ его интересы. Онъ не состоитъ къ послѣднему въ служебномъ отношеніи и потому обѣщанное ему вознагражденіе не является платою за опредѣленныя постоянныя услуги, а составляетъ доходъ (Gewinn) агента, соразмѣренный съ достигнутыми имъ результатами. Такимъ образомъ этотъ договоръ отличается отъ служебнаго отношенія (Dienstverhältnis) тѣмъ, что не направленъ на исполненіе работы согласно общимъ или спеціальнымъ указаніямъ препоручителя, какъ хозяина, и что тутъ не обѣщается опредѣленное вознагражденіе за такія работы. Съ подрядомъ онъ имѣетъ сходство въ томъ отношеніи, что вознагражденіе платится за результатъ. Но самый результатъ тутъ не есть нѣчто заранѣе опредѣленное, фиксированное и не зависитъ исключительно отъ агента, а отъ хода его дѣятельности, отъ силъ препоручителя, наконецъ отъ внѣшнихъ обстоятельствъ, лежащихъ внѣ воли сторонъ, такъ что размѣръ зарабатываемой комиссіи заранѣе не опредѣляется. Этотъ договоръ, слѣдовательно, не подлежитъ ни нормамъ о наймѣ услугъ, ни о подрядѣ, а послѣдствія его должны опредѣляться его содержаніемъ, торговыми обычаями, общими началами о добросовѣстномъ исполненіи договора и о справедливости и толкованіемъ истинной воли сторонъ».

Французская практика не договорилась до столь ясной и точной формулировки, но и она также высказалась противъ примѣненія положеній о наймѣ (въ частности ст. 1780 гражд. код.). Агентурный договоръ квалифицируется большею частью какъ mandat salarié, но при опредѣленіи правового положенія агента суды въ своихъ рѣшеніяхъ руководствуются не столько положеніями о mandat, сколько торговыми

---

[18] Zeitschr. f. HR, т. XV, стр. 609.

[19] Entscheidungen des Reichsgerichts, т. 31, стр. 59; ср. т. 36, стр. 197.

обычаями [20]. Въ административной практикѣ [21] agents d'affaires неизмѣнно признаются самостоятельными купцами.

Нашъ Сенатъ въ началѣ приравнивалъ торговыхъ агентовъ къ приказчикамъ, не видя никакой разницы между купцами, самостоятельно отправляющими агентурный промыселъ, и лицами, управляющими «агентствомъ» въ смыслѣ мѣстныхъ отдѣленій [22]. Это впрочемъ не мѣшало Сенату, вопреки ст. 2214 т. X ч. I, признать дѣйствительнымъ агентурный договоръ, заключенный на 10 лѣтъ [23]. Однако, уже въ 1878 году возникло дѣло, заставившее его отказаться отъ усвоенной имъ точки зрѣнія. Агентъ банкирской конторы Бліохъ и К⁰ бѣжалъ, растративъ деньги, вырученныя отъ комиссіонной продажи цѣнныхъ бумагъ, ввѣренныхъ ему третьими лицами, какъ агенту Бліоха. Послѣдній отказался платить, ссылаясь на то, что агентъ Кр. не былъ имъ уполномоченъ на комиссіонныя сдѣлки отъ имени банкирской конторы. Коммерческій Судъ нашелъ, что агентъ, какъ приказчикъ, «можетъ дѣйствовать только по порученію, приказанію или съ вѣдома и воли своего хозяина». IV Департаментъ Сената съ этимъ согласился, пояснивъ, что «то обстоятельство, что Кр. поручено было «агентство», могло бы имѣть значеніе лишь въ томъ случаѣ, если бы въ самомъ законѣ званію агента были присвоены извѣстныя права, независимыя отъ данныхъ агенту, какъ повѣренному, полномочій; но какъ такихъ правъ званію агента закономъ не присвоено, такъ надлежитъ признать, что по общему правилу, выраженному въ ст. 721 и 736 т. XI ч. 2, права, принадлежащія агенту на основаніи данной ему хозяиномъ довѣренности, опредѣляются не наименованіемъ его агентомъ, а качествомъ и содержаніемъ довѣренности». Однако, общее собраніе Правительствующаго Сената, на разсмотрѣніе котораго дѣло было передано, взглянуло на этотъ вопросъ иначе. «Обстоятельство это за отсутствіемъ въ дѣйствующемъ торговомъ уставѣ правилъ, опредѣляющихъ собою объемъ или предѣлъ правъ, соединенныхъ вообще съ званіемъ агента, должно быть обсуждено, примѣняясь къ 1714 ст. XI т уст. торг., на основаніи существующихъ въ торговомъ быту обычаевъ. По установившимся же въ торговомъ быту правиламъ агентъ извѣстнаго торговаго дома, общества или лица, въ силу публичныхъ объявленій о тѣхъ дѣйствіяхъ, которыя ему предоставлены, является для всѣхъ частныхъ лицъ, вступающихъ съ нимъ въ сдѣлки, несомнѣнно уполномоченнымъ на совершеніе всѣхъ дѣйствій, возвѣщенныхъ въ офиціальныхъ его объявленіяхъ. Для частнаго лица, вступающаго въ сдѣлку съ такимъ агентомъ, уже не можетъ быть признаваемо обязательнымъ удостовѣряться въ существованіи у агента довѣренности и пространствѣ его полномочія» [24]. Въ 1880 г. Сенатъ въ другомъ рѣ-

---

[20] См. *Gombeaux*, ук. соч., стр. 99 прим. 1, *Sirey*. Code civil прим. къ ст. 1780 и 2004.

[21] Ср. *Dallos-Vergé*, къ ст. 632 Code de com. № 839, *Sirey* 1895, III, 104, 1903, III, 43, 1904, III, 85 и др.

[22] См. напр., рѣш. Сената по IV Деп. отъ 1876 г. за № 1866 (Носенко I № 232).

[23] Рѣш. IV Деп. отъ 1875 г. № 16 (Носенко I № 233).

[24] См. сб. Носенко, т. V, № 110, стр. 372.

шеніи пытается опредѣлить понятіе объ агентѣ. «Понятіе объ агентѣ, его кругѣ дѣятельности и правоотношеніяхъ опредѣляется въ торговомъ мірѣ такъ, что агентами почитаются лица торговыя, которыя въ видѣ промысла посредничаютъ и въ качествѣ посредниковъ заключаютъ, буде къ тому особо уполномочены, торговыя сдѣлки и договоры чужимъ именемъ и за чужой счетъ по довѣренностямъ или приказамъ; а потому правоотношенія ихъ одинаковы съ правоотношеніями повѣренныхъ, опредѣленными законами гражданскими». Два года спустя, Сенатъ въ рѣш. 1882 г. за № 910 [25] точнѣе поясняетъ, въ чемъ состоятъ сходство и отличіе правового положенія торговаго агента отъ приказчика и повѣреннаго. «Правовыя отношенія, возникающія изъ дѣятельности агентовъ, какъ по отношенію къ лицамъ, ихъ уполномочившимъ, такъ и по отношенію къ 3-мъ лицамъ, вступившимъ съ ними въ договоры и сдѣлки, должны быть обсуживаемы по положеніямъ, вытекающимъ изъ общаго характера и отличительныхъ чертъ дѣятельности агентовъ, а также, по аналогіи, по постановленіямъ закона, нормирующимъ такіе институты права, которые по существу своему обнаруживаютъ наибольшее сходство съ существомъ дѣятельности агентовъ. Существенной отличительной чертой дѣятельности агентовъ является то, что они вступаютъ въ сдѣлки не отъ своего имени и за свой счетъ, а за счетъ и отъ имени другихъ лицъ, уполномочившихъ ихъ на это, являются, такимъ образомъ, представителями отсутствующаго другого контрагента по сдѣлкѣ. Эта черта присуща агентамъ наравнѣ съ приказчиками и вообще съ повѣренными, о которыхъ въ нашихъ законахъ содержатся постановленія, каковыя, насколько они вообще касаются этой общей черты, а не какихъ-либо отличительныхъ свойствъ повѣренныхъ и приказчиковъ, и должны быть приняты въ основаніе при разрѣшеніи спора, въ которомъ стороною является лицо въ своемъ качествѣ агента». Отъ комиссіонера агентъ, по разъясненію Сената [26], отличается тѣмъ, что онъ «самостоятельно въ сдѣлкѣ, имъ заключаемой, не участвуетъ, а является лишь представителемъ своего препоручителя, не только за счетъ котораго, но и именемъ котораго онъ дѣйствуетъ, тогда какъ комиссіонеръ, дѣйствуя за счетъ комми-тента, сдѣлку заключаетъ самостоятельно отъ своего имени».

Наша практика, такимъ образомъ, въ конечномъ итогѣ пришла къ тому же заключенію, какъ и практика западныхъ судовъ: агентъ отправляетъ торговый промыселъ, состоящій въ посредничаніи и въ заключеніи сдѣлокъ отъ имени и за счетъ другихъ купцовъ, и не можетъ быть отождествленъ ни съ приказчикомъ, ни съ повѣреннымъ. Это— самостоятельный юридическій институтъ, регулируемый, за отсутствіемъ соотвѣтственныхъ законовъ, торговыми обычаями.

Новелла 1897 г. къ герм. торг. улож. уже не могла не считаться съ громаднымъ значеніемъ агентурнаго промысла въ современной хо-

---

[25] Тамъ же V, № 62, стр. 130.
[26] Рѣш. IV Деп. за 1893 г. № 1426.

зяйственной жизни. Направляясь по пути, предуказанному практикою, оно посвящаетъ торговому агенту (Handlungsagenten) особый отдѣлъ и даетъ ему въ § 84 такое (косвенное) опредѣленіе: «когда лицу, не состоящему торговымъ служащимъ, ввѣряется постоянное посредничаніе по сдѣлкамъ для чужого торговаго промысла или заключеніе сдѣлокъ отъ имени другого (торговый агентъ), оно обязано» и т. д.[27]. Это опредѣленіе многими считается неудовлетворительнымъ[28], но никто до сихъ поръ лучшаго не предложилъ. Критика направлена, впрочемъ, не столько противъ его сущности, сколько противъ неудачной редакціи. Въ данномъ опредѣленіи съ достаточною ясностью намѣчены главнѣйшіе признаки понятія о торговомъ агентѣ, съ которыми необходимо считаться при правовой нормировкѣ этого института. Мы вкратцѣ остановимся на значеніи каждаго изъ этихъ признаковъ.

1) Торговый агентъ не состоитъ въ услуженіи, а отправляетъ самостоятельный промыселъ. Это имѣетъ прежде всего рѣшающее значеніе для опредѣленія круга и степени его отвѣтственности за неисполненіе или нерадивое исполненіе лежащихъ на немъ обязанностей. Онъ, по словамъ закона (§ 84), «долженъ проявлять заботливость добросовѣстнаго купца» и въ случаѣ убытковъ доказывать наличность такой заботливости. Къ нему, въ отличіе отъ служащихъ, вполнѣ примѣнимо положеніе imperitia culpae adnumeratur, ибо онъ, какъ самостоятельный профессіоналъ, долженъ умѣло вести свое дѣло, оправдывая довѣріе своихъ препоручителей и кліентовъ. Какъ купецъ, онъ несетъ предпринимательскій рискъ и всѣ сопряженные съ отправленіемъ своего промысла расходы, можетъ пользоваться услугами помощниковъ, повѣренныхъ и торговыхъ посредниковъ, имъ оплачиваемыхъ, но отвѣчаетъ передъ препоручителемъ за ихъ дѣйствія, какъ за свои собственныя. Спеціальные расходы, производимые за счетъ и въ интересахъ опредѣленнаго препоручителя, подлежатъ возмѣщенію на общемъ основаніи. Нерѣдко препоручители принимаютъ на себя часть текущихъ расходовъ агента или прибавляютъ на этотъ предметъ нѣкоторую сумму (извѣстный процентъ) къ его вознагражденію. Но при отсутствіи такого соглашенія агентъ не можетъ переложить своихъ обыкновенныхъ расходовъ, сопряженныхъ съ веденіемъ агентурнаго дѣла, на препоручителей. На немъ лежатъ, далѣе, всѣ публично-правовыя повинности купца, какъ то— оплата торговыхъ сборовъ, веденіе счетоводства и пр. Сдѣлки, совершаемыя имъ по ходу своего промысла, имѣютъ торговый характеръ и могутъ влечь за собою торговую несостоятельность. Поэтому при молчаніи договора, вполнѣ умѣстно исходить изъ предположенія о возмездности оказываемыхъ агентомъ услугъ, ибо въ торговомъ оборотѣ безвозмездная дѣятельность для другого составляетъ не правило, а исключеніе.

2) Агентъ по договору принимаетъ на себя извѣстнаго

---

[27] Постановленія герм. улож. съ нѣкоторыми отступленіями въ частностяхъ повторяются въ японскомъ торговомъ кодексѣ 1898 г. См. нѣмецкій переводъ *Löhnholm*, ст. 35—41.

[28] См. *Шершеневичъ*, Курсъ I, 511, *Федоровъ*, стр. 387, *Удинцевъ*, стр. 116.

рода дѣятельность въ интересахъ одного или нѣсколькихъ купцовъ за вознагражденіе. Оказываемыя имъ услуги не опредѣляются конкретно при заключеніи агентурнаго договора, но по роду своему они должны относиться къ области содѣйствія купцамъ при веденіи ими своихъ торговыхъ дѣлъ. Содѣйствіе можетъ ограничиваться посредничествомъ въ тѣсномъ смыслѣ или обнимать также заключеніе сдѣлокъ, или, наконецъ, распространяться на стадію ихъ исполненія. Оно можетъ состоять и обыкновенно состоитъ какъ въ юридическихъ дѣйствіяхъ, порождающихъ права или обязанности для препоручителя, такъ и въ фактическихъ напр., сообщеніи нужныхъ или полезныхъ для послѣдняго свѣдѣній, рекламированіи его фирмы и т. под. Поскольку вопросъ объ объемѣ дѣятельности агента не предусмотрѣнъ соглашеніемъ сторонъ, онъ долженъ разрѣшаться согласно воззрѣніямъ торговаго оборота. Германское уложеніе говоритъ о «посредничаніи и совершеніи сдѣлокъ», но въ то же время обязываетъ агента сообщать препоручителю «необходимыя свѣдѣнія» (§ 84), признаетъ его управомоченнымъ на принятіе вмѣсто послѣдняго всякаго рода заявленій, относящихся къ купленнымъ или проданнымъ товарамъ, но не на принятіе платежей или на отсрочку таковыхъ (§ 86). Нашъ Сенатъ [29] и нѣкоторые изъ нашихъ комерсіалистовъ [30] склонны отрицать право агентовъ на совершеніе сдѣлокъ отъ имени препоручителя, насколько они на это не уполномочены особою довѣренностью. Но такое формальное рѣшеніе вопроса также мало соотвѣтствуетъ потребностямъ и воззрѣніямъ оборота, какъ казуистичность германскаго закона. То обстоятельство, что купецъ назначенъ агентомъ другого купца, несомнѣнно, въ извѣстныхъ, предѣлахъ легитимируетъ его въ глазахъ лицъ, вступающихъ черезъ него въ торговыя сношенія съ его препоручителемъ. Каковы обычные предѣлы полномочія, на это едва-ли возможно дать единый и вполнѣ опредѣленный отвѣтъ. Въ этомъ отношеніи обычаи и воззрѣнія могутъ быть неодинаковы у разныхъ народовъ и въ разныхъ мѣстностяхъ и даже относительно отдѣльныхъ видовъ агентовъ, напр., по сбыту и закупкѣ товаровъ, банковыхъ, страховыхъ, корабельныхъ и др. Сенатъ по приведенному выше дѣлу Бліоха, призналъ относительно агентовъ банкирскихъ конторъ, что они должны считаться уполномоченными на всѣ дѣйствія, оповѣщенныя въ ихъ офиціальныхъ публикаціяхъ, ибо «обязанность слѣдить за нарушеніемъ со стороны агента дѣйствительно предоставленныхъ ему полномочій, лежитъ на хозяинѣ предпріятія, а не на третьихъ лицахъ, не говоря уже о томъ, что предъявленіе довѣренности при заключеніи каждой сдѣлки представляется дѣломъ, положительно невыполнимымъ, какъ это признано уже судебною практикою (мн. гос. совѣта по д. Колосовскаго)» [31].

---

[29] «Дѣятельность агентовъ», говорится въ рѣш. IV деп. за 1890 г. № 978 (Сб. Нос. V стр. 372), «если не доказано противнаго, ограничивается предложеніемъ торговымъ лицамъ торговыхъ сдѣлокъ и сообщеніемъ третьимъ лицамъ предложеній своихъ препоручителей».

[30] *Шершеневичъ,* Курсъ I, § 57, *Федоровъ,* стр. 385.

[31] Ср. также рѣш. IV деп. 1892 г. № 40, напеч. у *Добровольскаго* (3 изд.) II, стр. 52.

Такъ какъ агентъ обѣщаетъ дѣятельность, опредѣленную родовыми признаками, заключаемый имъ агентурный договоръ несомнѣнно долженъ быть признанъ однимъ изъ видовъ договоровъ о трудѣ. Однако, въ современныхъ кодексахъ нѣтъ общихъ положеній, относящихся къ сдѣлкамъ о предпринимательскомъ трудѣ, и въ то же время нѣтъ возможности видѣть цивилистическій фундаментъ агентурнаго договора въ какомъ-либо изъ законныхъ договорныхъ типовъ дѣйствующихъ гражданскихъ кодексовъ. Въ послѣднее время въ германской литературѣ и судебной практикѣ снова преобладаетъ взглядъ, что такимъ фундаментомъ можетъ служить Dienstvertrag германскаго BGB, «въ виду обширной области, отведенной этимъ уложеніемъ найму услугъ» [32]. Но, не взирая на дѣйствительно весьма широкій просторъ для примѣненія постановленій о Dienstvertrag [33], подведеніе агентурнаго договора подъ легальное опредѣленіе найма услугъ невозможно безъ значительной натяжки. Ст. 611 герм. улож. говоритъ объ исполненіи условленныхъ услугъ и объ уплатѣ условленнаго вознагражденія. Агенты же опредѣленныхъ услугъ не обѣщаютъ и опредѣленнаго вознагражденія не получаютъ. Болѣе существенно то, что къ нимъ—въ этомъ нѣтъ сомнѣнія—непримѣнимы положенія закона, имѣющія въ виду служебныя отношенія, а таковы большинство постановленій главы о наймѣ услугъ. Остается, слѣдовательно, только небольшое количество статей, регулирующихъ наемъ самостоятельныхъ услугъ. Насколько эти статьи относятся ко всякому обѣщанію услугъ, не устанавливающему служебнаго отношенія, онѣ, конечно, должны примѣняться также къ агентурному договору, но если онѣ разсчитаны на болѣе ограниченный кругъ отношеній, ихъ примѣненіе въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ уже будетъ зависѣть отъ соотвѣтствія или несоотвѣтствія воззрѣніямъ оборота. Такъ напр., ст. 613, требующая отъ нанявшагося личнаго исполненія, едва-ли можетъ быть цѣликомъ отнесена къ торговому агенту. Торговый обычай безспорно разрѣшаетъ ему пользоваться при исполненіи порученныхъ ему дѣлъ услугами другихъ лицъ. Какъ лицо, облеченное личнымъ довѣріемъ, онъ только не можетъ прибѣгать къ замѣстительству безъ согласія препоручителя.

По нашимъ законамъ признаніе агентурнаго договора разновидностью личнаго найма формально также не встрѣчаетъ препятствій. Но единственный отсюда практическій выводъ тотъ, что договоръ долженъ быть облеченъ въ письменную форму, ибо, если не считать общаго положенія ст. 2228, одна только ст. 2224 содержитъ постановленіе, относящееся ко всѣмъ случаямъ найма самостоятельныхъ услугъ, закономъ особо не предусмотрѣннымъ. Всѣ остальныя постановленія главы о личномъ наймѣ трактуютъ о служебномъ трудѣ и потому къ агенту не примѣнимы [34].

Вознагражденіе (провизія, комиссія) платится агенту, по общему

[32] *Immerwahr*, Recht der Handlungsagenten, стр. 14, см. также *Staub's* Kommentar (9-ое изд.) прим. 4а къ § 84, привед. тамъ литературу и рѣшенія судовъ.

[33] См. по этому поводу мое сочин. Трудовой договоръ (1913) стр. 363 сл.

[34] См. Трудовой договоръ, стр. 340 сл.

правилу, лишь въ случаѣ достиженія имъ извѣстнаго результата, обыкновенно въ видѣ процентуальной доли съ суммы исполненной сдѣлки[35]. Онъ не обязывается къ достиженію опредѣленныхъ результатовъ и потому отвѣчаетъ за ихъ неудовлетворительность только въ томъ случаѣ, если не проявилъ должной осмотрительности или если спеціально принялъ на себя отвѣтственность (напр., делькредере). Препоручитель также не обязанъ давать ему порученія и не отвѣчаетъ, если старанія агента окажутся безуспѣшными. Такъ какъ послѣдній, однако, трудится ради вознагражденія, онъ имѣетъ право на то, чтобы препоручитель самъ не препятствовалъ успѣху его дѣятельности, въ частности—не отказывался безъ достаточныхъ основаній отъ одобренія и исполненія совершенныхъ отъ его имени сдѣлокъ. Относительно порайоннаго агента сложился обычай, признающій за нимъ право на вознагражденіе по сдѣлкамъ, заключеннымъ препоручителемъ безъ его участія во ввѣренномъ ему районѣ[36].

3) Агентъ является профессіональнымъ представителемъ другихъ купцовъ, т.-е. онъ открыто дѣйствуетъ отъ ихъ имени и въ ихъ интересѣ. Представительство тутъ понимается въ болѣе обширномъ смыслѣ, чѣмъ обыкновенно. Агентъ не только повѣренный, дѣйствующій въ предѣлахъ полномочія. Ему въ извѣстной области вообще ввѣрена защита чужихъ торговыхъ интересовъ. Онъ не имѣетъ права дѣйствовать наперекоръ даннымъ ему инструкціямъ или выходить изъ предѣловъ полномочія, но онъ не долженъ также ждать и обыкновенно не ждетъ спеціальныхъ порученій, ибо самъ заинтересованъ въ возможно широкомъ развитіи своей дѣятельности по дѣламъ своихъ препоручителей. Въ торговомъ оборотѣ цѣнится не столько исполнительность агентовъ, сколько ихъ иниціатива и самостоятельность. Третьи же лица, какъ мы уже указывали, по воззрѣніямъ оборота имѣютъ право видѣть въ агентѣ, въ извѣстныхъ, установленныхъ обычаемъ, предѣлахъ, alter ego препоручителей, если они не предупреждены о дѣйствительныхъ предѣлахъ его полномочій. Поэтому правовыя послѣдствія, связанныя съ юридическими или фактическими дѣйствіями, совершенными агентомъ въ указанныхъ предѣлахъ, не могутъ быть отклоняемы препоручителемъ по причинѣ ихъ несоотвѣтствія данной ему довѣренности, неизвѣстной его кліентамъ, или на томъ основаніи, что препоручитель не зналъ объ этихъ дѣйствіяхъ.

4) Агентъ состоитъ постоянным представителемъ своихъ препоручителей, а не только исполнителемъ отдѣльныхъ порученій. Это значитъ, что отношеніе, устанавливаемое агентурнымъ договоромъ, разсчитано на длительное существованіе. Фактически оно по тѣмъ или инымъ причинамъ можетъ очень скоро прекратиться, но при самомъ заключеніи договора стороны должны имѣть въ виду установленіе прочной связи. Въ этомъ (и только въ этомъ) пунктѣ положеніе агента при-

---

[35] См. герм. торг. улож. § 88: «für jedes zur Ausführung gelangte Geschäft».

[36] Герм. торг. ул. § 89. См. рѣш. Судебн. деп. 1904 г. № 1572, напеч. у *Добровольскаго* (3 изд.) II, стр. 55.

ближается къ положенію торговаго служащаго. Отсюда, разумѣется, еще не вытекаетъ, что агентъ долженъ пещись только объ интересахъ даннаго купца и, подобно служащему, посвящать ему всѣ свои силы. Онъ можетъ быть и почти всегда бываетъ представителемъ многихъ купцовъ и даже, насколько онъ этимъ не нарушаетъ ввѣренныхъ ему интересовъ, можетъ брать на себя представительство однородныхъ предпріятій. Слѣдовательно о примѣненіи къ агентамъ всѣхъ положеній о торговыхъ служащихъ рѣчи быть не можетъ. Юридическое значеніе элемента «постоянства» въ понятіи агентурнаго договора состоитъ въ томъ, что имъ de lege lata et ferenda можетъ быть оправдываемо распространеніе на агентовъ нѣкоторыхъ постановленій о наймѣ служебнаго труда, построенныхъ на фактическомъ предположеніи о существованіи такой постоянной связи. Въ западныхъ кодексахъ такія постановленія существуютъ; они касаются, главнымъ образомъ, прекращенія договора и охраны права на вознагражденіе. Не подлежитъ сомнѣнію, что внезапный разрывъ постояннаго трудового отношенія ощущается заинтересованными лицами особенно болѣзненно и нерѣдко вызываетъ серьезную катастрофу въ жизни лицъ, живущихъ своимъ трудомъ. Считаясь съ этимъ фактомъ, одни законодательства требуютъ, чтобы расторженію безсрочнаго договора предшествовалъ предварительный отказъ съ соблюденіемъ извѣстныхъ минимальныхъ сроковъ, другіе квалифицируютъ внезапное расторженіе договора безъ достаточныхъ основаній, какъ квазиделиктъ или злоупотребленіе правомъ. Тамъ, гдѣ такихъ постановленій не существуетъ, этотъ пробѣлъ обыкновенно восполняется мѣстными обычаями. Примѣняя ту же систему къ торговымъ агентамъ, германское торговое уложеніе (§ 92) устанавливаетъ шестинедѣльный, а японскій кодексъ (§ 40) двухнедѣльный срокъ для предупрежденія о расторженіи безсрочнаго агентурнаго договора. Французская практика, наоборотъ, не признаетъ возможнымъ распространеніе на торговыхъ агентовъ положенія 1780 ст. Code civil. Въ одномъ изъ новѣйшихъ рѣшеній, состоявшемся въ 1903 г., это мотивируется тѣмъ, что «они не въ такой мѣрѣ могутъ пострадать отъ внезапнаго прекращенія возложенныхъ на нихъ функцій, какъ приказчикъ или торговый служащій отъ неожиданнаго устраненія отъ должности» [37]. Наши законы гражданскіе и торговые вообще такихъ постановленій не содержатъ. Поэтому по нашему праву юридическое значеніе того обстоятельства, что агентъ состоитъ постояннымъ представителемъ, исчерпывается тѣмъ, что договоръ не можетъ быть до срока односторонне расторгнутъ, подобно договору довѣренности, ни препоручителемъ, ни агентомъ.

Вознагражденіе агента, помимо особенностей, связанныхъ съ его формою, по существу не имѣетъ свойства жалованія или заработной платы, а составляетъ предпринимательскій доходъ. Поэтому распространять на него положенія, установленныя для охраны вознагражденія служащихъ и рабочихъ, нѣтъ достаточныхъ основаній.

---

[37] Цитируется по *Combeaux*, ук. соч., стр. 96.

Указанными четырьмя признаками торговый агентъ и агентурный договоръ въ достаточной мѣрѣ характеризуются какъ самостоятельные правовые типы. Съ каждымъ изъ нихъ связаны извѣстныя правовыя особенности, но извлеченіе изъ дѣйствующаго закона соотвѣтствующихъ имъ юридическихъ нормъ и началъ встрѣчаетъ очень большія затрудненія. Агентурный договоръ имѣетъ своимъ предметомъ обѣщаніе за парціарное (долевое) вознагражденіе предпринимательскихъ услугъ—юридическихъ и фактическихъ,—оказываемыхъ агентомъ въ качествѣ постояннаго представителя другихъ купцовъ. Дѣйствующіе кодексы не содержатъ общихъ положеній объ обѣщаніи предпринимательскаго труда, въ противоположность къ служебному, и не считаются при классификаціи трудовыхъ сдѣлокъ съ этою разницею. Примѣненіе къ агентурному договору нормъ о личномъ наймѣ, за исключеніемъ тѣхъ, коими регулируется служебное отношеніе, какъ мы убѣдились, этого пробѣла не восполняетъ.

Вознагражденіе, состоящее въ долѣ прибыли, явленіе не чуждое нашему праву, но нѣтъ ни общихъ, ни спеціальныхъ законовъ, предусматривающихъ связанныя съ нимъ правовыя особенности.

Представительство на языкѣ юристовъ тождественно съ юридическимъ представительствомъ; къ исполненію фактическихъ дѣйствій отъ имени и въ интересахъ другихъ лицъ этотъ терминъ обыкновенно не примѣняется. Господствующее ученіе видитъ даже въ противопоставленіи юридическихъ и фактическихъ услугъ критерій дли разграниченія двухъ различныхъ договоровъ: довѣренности и личнаго найма. Первый якобы имѣетъ своимъ предметомъ исполненіе юридическихъ порученій, второй фактическихъ [38]. Въ дѣятельности торговаго агента тѣ и другія тѣсно сплетаются, а на характеръ заключаемаго имъ договора и его отношеній къ препоручителю означенное свойство услугъ никакого вліянія не оказываетъ. Онъ—представитель чужихъ интересовъ въ ограниченной области, а такого юридическаго понятія мы не находимъ ни въ гражданскомъ, ни въ торговомъ правѣ.

При такихъ обстоятельствахъ примѣненіе къ торговымъ агентамъ по аналогіи отдѣльныхъ постановленій дѣйствующихъ законовъ возможно лишь въ крайне ограниченной мѣрѣ и весь этотъ институтъ, не взирая на возрастающее значеніе его для хозяйственной жизни, зиждется какъ у насъ, такъ и на Западѣ, (кромѣ Германіи), на шаткой и измѣнчивой почвѣ обычая и воззрѣній торговаго класса. Ненормальность такого положенія вещей очевидна. Тѣмъ не менѣе проектъ нашего гражданскаго уложенія, задавшійся цѣлью объединить въ одномъ кодексѣ гражданскіе и торговые законы, не упоминаетъ ни единымъ словомъ о торговыхъ агентахъ. Проектъ знаетъ только одинъ видъ торговыхъ посредниковъ-комиссіонеровъ. Остальные [39], повидимому, по мнѣнію редакторовъ проекта въ русской жизни еще не пріобрѣли значенія самостоятельныхъ право-

---

[38] Объ отношеніи новѣйшихъ гражд. кодексовъ къ этому вопросу см. Трудовой договоръ, стр. 367 и 380.

[39] Относит. частныхъ маклеровъ см. статью *Утевскаго* въ Правѣ за 1911 г. № 7.

выхъ факторовъ, нуждающихся въ законодательной нормировкѣ. Составители проекта чрезвычайно внимательно и широко использовали сенатскую практику. Почему они по данному вопросу не слѣдовали ея указаніямъ и не подводили ей итоговъ, совершенно непонятно.

Если при разсмотрѣніи проекта гражданскаго уложенія въ законодательныхъ учрежденіяхъ заинтересованнымъ кругамъ общества будетъ дана возможность высказываться и голосъ ихъ будетъ услышанъ, ошибочность усвоеннаго редакторами взгляда и настоятельная необходимость въ законодательной регламентаціи, приспособленной къ своеобразной природѣ этого института, несомнѣнно выяснится. Проектъ остался на почвѣ традиціонной классификаціи трудовыхъ сдѣлокъ и традиціонаго раздѣленія юридическихъ и фактическихъ услугъ. Его нормы поэтому также мало примѣнимы къ агентурному договору, какъ постановленія дѣйствующаго закона. Правовое положеніе агента попрежнему всецѣло будетъ предметомъ обычнаго права. Между тѣмъ лица, компетентность которыхъ не можетъ подлежать сомнѣнію, свидѣтельствуютъ, что агентурный промыселъ обнаруживаетъ явную тенденцію къ широкому распространенію и къ вытѣсненію какъ частнаго маклерства [40], такъ и комиссіонерства [41]. Это обязываетъ науку и законодательства относиться къ нему съ сугубымъ вниманіемъ, стремиться положить конецъ неопредѣленности правового положенія обширнаго класса торговыхъ агентовъ, одинаково пагубно отражающейся какъ на ихъ интересахъ, такъ и на интересахъ ихъ препоручителей и кліентовъ.

Проф. Л. С. Таль.

---

[40] См. *Wüstendorfer,* ук. соч. стр. 124.

[41] Ср. *Thaller,* ук. соч. стр. 525 (§ 1146). Les commissionaires se transforment en acheteurs directs et prennent la marchandise à prix ferme. Le «représentant de commerce les a remplacés».

Право на честное къ себѣ отношеніе.

(Изъ уроковъ западно-европейской гражданско-правовой жизни).

Правосознаніе общества у всѣхъ народовъ, достигшихъ извѣстной высоты культурнаго развитія, опережаетъ нормы писаннаго права.

Вѣчно молодая жизнь, по живописному сравненію А. Ѳ. Кони, «бѣжитъ быстрымъ потокомъ, шумя и журча, мѣняя свое ложе и подрывая берега, а законодатель идетъ неторопливой и тяжелой походкой», приводя въ движеніе «сложный механизмъ предположеній, авторитетныхъ предуказаній, комиссій и комитетовъ, сношеній съ вѣдомствами и медлительной выработки уставовъ и положеній» [1].

Чтобы предупредить, хотя бы отчасти, вытекающіе отсюда недостатки правового строя и «удовлетворить запросамъ жизни»—«die Anforderungen des Lebens befriedigen» [2], составители перваго проекта общегерманскаго Гражданскаго Уложенія, въ дополненіе къ правиламъ объ отвѣтственности за опредѣленные виды деликтовъ (§ 704 проекта), ввели § 705, объявлявшій, сверхъ того, «противоправнымъ» и влекущимъ за собою отвѣтственность «всякое дѣйствіе, само по себѣ, въ силу всеобщей свободы дозволенное, если оно причиняетъ другому вредъ и предпринимается вопреки добрымъ нравамъ».

§ 705 первоначальнаго проекта въ дальнѣйшемъ подвергся переработкѣ—отчасти былъ суженъ, отчасти расширенъ, и получилъ, наконецъ, (теперь это § 826 Герм. Гражд. Улож.), слѣдующую окончательную редакцію:

«Кто умышленно причинитъ другому вредъ вопреки добрымъ нравамъ, тотъ обязанъ возмѣстить ему этотъ вредъ».

§ 826 своей широтою и неопредѣленностью внушалъ тревожныя опасенія даже такимъ передовымъ и смѣлымъ юристамъ-мыслителямъ, какъ проф. Ф. Листъ или проф. І. А. Покровскій [3].

Но, судя по отзывамъ авторитетныхъ нѣмецкихъ ученыхъ и практическихъ дѣятелей, германская судебная практика, въ общемъ и цѣломъ, сумѣла счастливо избѣжать открывавшихся ей опасностей и сдѣ-

---

[1] Вѣстникъ Европы, 1910, февраль, стр. 146.

[2] Motive zum Entwurf des B. G. B., Bd. II, S. 726—27.

[3] *І. А. Покровскій.* Принудительный альтруизмъ (Вѣстникъ Права, 1902, кн. II, стр. 1—31).

лать изъ § 826-го дѣйствительно цѣнное дополненіе къ многимъ частямъ Гражданскаго Уложенія.

«Въ Германіи § 826 по пріобрѣтенному имъ значенію, пишетъ проф. Ю. В. Гедеманнъ, превзошелъ всякія ожиданія. Въ теченіе одного десятилѣтія онъ развился въ коррективъ ко всему гражданскому правопорядку. Въ обязательственномъ правѣ,—въ вещномъ, въ семейномъ,—всюду онъ оказался нужнымъ дополненіемъ. Мало того. Ему дали примѣненіе даже за предѣлами гражданскаго права, и, напримѣръ,—съ наилучшими результатами использовали въ области гражданскаго судопроизводства и процесса взысканій... Въ общемъ § 826-ой оказалъ огромнѣйшее и, рѣшительно можно сказать, самое благотворное дѣйствіе... Ко всему тому, процессъ выявленія скрытой въ § 826-омъ силы далеко еще не законченъ» [1].

Проф. П. Эльцбахеръ: «вопросъ о томъ, противорѣчитъ ли извѣстный способъ дѣйствій добрымъ нравамъ, есть вопросъ этическаго характера, который нашимъ гражданскимъ судамъ уже постоянно приходилось рѣшать. Законъ объявляетъ ничтожной сдѣлку, противную добрымъ нравамъ и обязываетъ къ возмѣщенію вреда всякаго, кто вопреки добрымъ нравамъ умышленно нанесетъ другому ущербъ или въ дѣловыхъ отношеніяхъ употребитъ пріемы конкуренціи несогласные съ добрыми нравами. Юрисдикція нашихъ судовъ на основаніи этихъ опредѣленій достойна самыхъ высокихъ похвалъ, и только въ чрезвычайно рѣдкихъ случаяхъ они (германскіе суды) клеймили, какъ безнравственный, способъ дѣйствій, по этическимъ воззрѣніямъ широкихъ круговъ народа не заслуживающій подобной оцѣнки» [2].

Извѣстный адвокатъ, большой знатокъ судебной практики и горячій поборникъ соціально-научнаго изученія права, М. Гахенбургъ, имѣя въ виду, между прочимъ, и практику примѣненія § 826-го, говоритъ объ Имперскомъ судѣ, что онъ является «нравственнымъ факторомъ въ жизни нѣмецкой націи, оплотомъ права, выразителемъ народнаго самосознанія, руководителемъ народной правовой совѣсти» [3].

Предсѣдатель Лейпцигскаго окружнаго суда Дегенъ [4], спеціально занимавшійся вопросомъ о значеніи § 826-го для промышленной жизни Германіи, опредѣленно заявляетъ, что нѣмецкая промышленность не мало обязана своимъ процвѣтаніемъ духу, которымъ созданъ былъ § 826-ой, т.-е. суровому отношенію закона и судовъ къ всевозможнымъ проявленіямъ недобросовѣстности въ коммерческой и дѣловой жизни. «Внутренняя сила промышленной дѣятельности народа, разсуждаетъ Дегенъ, за-

---

[1] *I. W. Hedemann*, Sittenwidrige Schädigungen, S. S. 36, 37 (текстъ и прим.)... «Im ganzen hat der § 826 eine gerade zu gewaltige und entschieden segensreiche Wirkung entfaltet... Dabei ist die Entfaltung der im § 826 schlummernden Kraft bei weitem noch nicht abgeschlossen».

[2] *P. Eltzbacher,* Schutz vor der Oeffentlichkeit, Berlin 1913, S. 25.

[3] Deutsche Iuristen-Zeitung, 1910, S. 939.

[4] *Degen,* Die Bedeutung des § 826 B. G. B. für den gewerblichen Rechtsschutz, S. 137. ff.

виситъ отъ силы его нравственной воспріимчивости. Почетнымъ положеніемъ, которое завоевала наша (германская) промышленность за границей, она не въ послѣдней степени обязана той высокой оцѣнкѣ, которая придается въ нашей дѣловой жизни нравственной чистоплотности» (стр. 154). А въ дѣлѣ воспитанія болѣе высокой дѣловой этики § 826, по мнѣнію Дегена, сыгралъ и продолжаетъ играть весьма замѣтную роль.

По существу одного съ Дегеномъ мнѣнія и другой изслѣдователь вопроса о значеніи § 826-го «для дѣловой и промышленной жизни» Германіи Ю. Бахемъ [1]. § 826, говоритъ онъ, сдѣлался «чрезвычайно цѣннымъ регуляторомъ нашей хозяйственной и промышленной жизни—«ein überaus wertvoller Regulator unseres wirtschaftlichen und gewerblichen Lebens» (стр. 814).

По словамъ Бахема, «при дѣйствіи § 826-го произошли достойныя вниманія перемѣны въ правовоззрѣніяхъ» нѣмецкихъ гражданъ («unter der Regime des § 826 des B. G. B. eine sehr bemerkenswerte Wandlung in den Rechtsanschauungen stattgefunden hat» S. 811)... На практикѣ примѣненія § 826-го, думаетъ Бахемъ, можно прослѣдить, какъ за какой-нибудь десятокъ лѣтъ очистилось правосознаніе нѣмецкаго народа («dass... unser Rechtsbewustsein einen Läuterungsprozess durchgemacht hat» S. 813). А въ конечномъ выводѣ Бахемъ приходитъ къ убѣжденію, «насколько велико сдѣлалось уже значеніе опредѣленія § 826-го и насколько значеніе его можетъ еще возрасти въ будущемъ при послѣдовательномъ развитіи принятыхъ судебною практикою началъ» («wie bedeutungsvoll die Bestimmung des § 826 des B. G. B. bereits geworden ist und in konsequenter Weiterentwickelung der Rechtssprechung in noch stärkerem Masse künftig werden kann» S. 813, 814).

Ограничимся покамѣстъ приведенными отзывами. Подробный обзоръ литературныхъ мнѣній, высказанныхъ по поводу § 826-го Герм. Гр. Ул., мы надѣемся дать въ другомъ мѣстѣ. Здѣсь же, въ настоящей статьѣ, посвященной свѣтлой памяти Габріеля Феликсовича, мы предполагаемъ только изобразить, въ самыхъ сжатыхъ чертахъ, состояніе судебной практики по вопросу о томъ, что допустимо и что не допустимо съ точки зрѣнія добрыхъ правовыхъ нравовъ современнаго нѣмецкаго общества.

Противными добрымъ нравамъ, по опредѣленію Имперскаго Суда, надо считать дѣйствія, осуждаемыя господствующимъ сознаніемъ народа и оскорбляющія чувство приличія всѣхъ справедливо мыслящихъ людей. «Den Masstab für den Begriff der guten Sitten hat der Richter aus dem herrschenden Volksbewusstsein zu entnehmen, dem Austandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden» (рѣш. 11 апр. 1901—Entsch. Bd. 48, S. 124).

Формула эта, почти стереотипно повторяемая во многихъ рѣшеніяхъ Имперскаго Суда (см. напр., рѣш. 16 окт. 1903—Bd. 55, S. 373; 2 февр. 1905—Bd. 60, S. 105; 3 мая 1909—Bd. 71, S. 112; 15 ноября 1909—Bd. 72, S. 176; 3 февр. 1910—Bd. 73, S. 113; 26 февр. 1911—Jur. Woch.

---

[1] *I. Bachem.* § 826 des B. G. B. in seiner Bedeutung für das geschäftliche und gewerbliche Leben, S. 810 ff.

1911, S. 403; 20 октября 1913, Jur. Woch. 1914, S. 83), не содержитъ въ себѣ ясныхъ указаній на критерій для опредѣленія соотвѣтствія или несоотвѣтствія поведенія гражданъ требованіямъ добрыхъ нравовъ.

Но изъ поясненій къ этой формулѣ и приложенія ея къ частнымъ случаямъ можно заключить, что дѣйствія, противныя добрымъ нравамъ суть, главнымъ образомъ [1], дѣйствія, расходящіяся съ принципами честности,—поведеніе, уклоняющееся отъ среднихъ нормъ добросовѣстности и порядочности,—и при томъ не съ чьей нибудь личной или узко-групповой, а съ общей точки зрѣнія, т.-е., какъ это высказано во одномъ изъ недавнихъ рѣшеній Гамбургскаго Оберландесгерихта, съ точки зрѣнія «широкихъ, знакомыхъ съ дѣломъ и съ потребностями соотвѣтственной области жизни, слоевъ населенія» [2].

Много разъ Имперскій Судъ удерживалъ тяжущихся отъ излишней требовательности другъ къ другу, ставя имъ на видъ, что, при нынѣшнемъ состояніи нравовъ, нельзя притязать по праву, ожидая официальной поддержки, не то что на предупредительное и джентльменское [3], но и даже просто на справедливое къ себѣ отношеніе со стороны другихъ [4].

Даже отъ близкихъ, напр., отъ жены, не представляется возможнымъ требовать, во имя добрыхъ нравовъ, чтобы она жертвовала своимъ состояніемъ для спасенія мужа отъ продажи съ молотка его имущества (R. G. рѣш. 30 января 1911, Recht, 1911, № 1303). А ужъ о дѣловыхъ отношеніяхъ и говорить нечего. «Какъ ни желательно, полагаетъ Имперскій Судъ, чтобы контрагенты во взаимныхъ отношеніяхъ про-

---

[1] Другую, практически менѣе важную, но тоже опредѣлившуюся категорію дѣйствій, противныхъ добрымъ нравамъ, составляютъ проявленія злобы и ненавистничества,—дѣйствія, совершаемыя главнымъ образомъ, если не исключительно, изъ желанія причинить вредъ другому.

Такія дѣйствія, изобличающія злую и грубую натуру, по обычному словоупотребленію, не включаются въ понятіе «нечестныхъ», «недобросовѣстныхъ» поступковъ. Почему и приходится говорить о нихъ особо, на ряду съ дѣйствіями, противными правиламъ честности.

[2] «Bei der Entscheidung ob in einem Handeln das innerhalb des Verkehrs-und Erwerbsleben erfolgt, ein Verstoss gegen die guten Sitten zufinden ist, darf nur das etische Empfinden breiterer mit den Verhältnissen des Verkehrs und Erwerbslebens vertrauter Schichten der Bevölkerung die Norm abgeben» 15 іюня 1911—O. L. G. Hamburg (Hanseatische Gerichtszeitung 1911, S. 243).

[3] «Нельзя разсчитывать на проявленіе особаго благородства со стороны другихъ и на внимательное отношеніе къ чужимъ интересамъ, доходящее, можетъ быть, смотря по условіямъ случая, до отказа отъ собственной выгоды или соединенное съ извѣстными жертвами» (R. G. рѣш. 3 февр. 1910, Entsch. Bd. 73, S. 113).

[4] См. R. G. рѣш. 20 окт. 1913, Jur. Woch. 1914, S. 83. Апелляціонная инстанція признала, что поступокъ отвѣтчика «въ высшей степени оскорбляетъ чувство справедливости», а потому долженъ считаться противнымъ добрымъ нравамъ. Но Имперскій Судъ нашелъ, что если поступокъ противорѣчитъ требованіямъ справедливости, то отсюда еще нельзя выводить, что онъ противорѣчитъ добрымъ нравамъ: «Es kann keineswegs gesagt werden, dass eine Handlung, schon weil sie gegen die Billigkeit verstösst einen Verstoss gegen die guten Sitten darstelle».

являли джентльменство и готовность къ услугамъ — «vornehmen Sinn und sog. Kulanz» — нельзя, однако, подобное пожеланіе возводить въ юридическое требованіе» (R. G. рѣш. 16 окт. 1903, Bd. 55, S. 373). Слѣдуетъ помириться на меньшемъ, и считать безупречнымъ въ точки зрѣнія добрыхъ нравовъ уже того, «кто въ дѣловыхъ отношеніяхъ удовлетворяетъ требованіямъ честности и приличія—«der im Geschäftsverkehr den Anforderungen der Redlichkeit und des Anstandes genügt» (тамъ же).

§ 826 не требуетъ, какъ говорится въ одномъ изъ рѣшеній Оберландесгерихта въ Карлсруэ (1907 г.), «чтобы каждый человѣкъ въ своихъ поступкахъ проявлялъ джентльменство и благородство, а требуетъ всего лишь, чтобы онъ не выходилъ изъ рамокъ простого приличія» (Jahrbuch des Deutschen Rechts 1908, S. 319), не опускался ниже средняго этическаго уровня, ниже той черты, за которою начинаются поступки этически-безобразные, «нравственно-неприличные», выражаясь точнѣе, такіе поступки, противъ которыхъ у нормально развитого человѣка возстаютъ не только этическія, но и эстетическія эмоціи.

На характеръ и мѣру требованій, предъявляемыхъ во имя добрыхъ нравовъ, къ тому или иному лицу, не можетъ, разумѣется, не оказывать вліянія принадлежность его къ опредѣленной общественной группѣ, и типическое міросозерцаніе и настроеніе этой группы (R. G. 11 апр., 1901, Entsch. Bd. 48, S. 125: «die Anschauung des ehrbaren Kaufmanns im Handelsverkenr»; O. L. G. Colmar 21 мая 1909, Leipziger Zeitschrift, IV, S. 242: «die Anschauung des ehrbaren Fabrikanten und Kaufmanns».

Но нужно имѣть въ виду, что нормы классовой или профессіональной этики, въ какомъ бы то ни было объемѣ, могутъ претендовать на значеніе юридически обязательныхъ нормъ добрыхъ нравовъ лишь при томъ условіи, что онѣ не противорѣчатъ господствующимъ въ странѣ воззрѣніямъ, а только развиваютъ и дополняютъ собою общія этическія начала, присущія нравамъ народа во всемъ его цѣломъ (R. G. 11 апр. 1901, Entsch. Bd. 48, S. 125. O. L. G. Dresden, 13 мая 1902, Rechtsspreching der O. L. G. Bd. V, 109).

Устарѣлыя или извращенныя (подъ вліяніемъ расовыхъ, религіозныхъ, соціальныхъ, и проч. предразсудковъ) этическія понятія, равно какъ и всеобщая индифферентность по отношенію къ обычнымъ въ данной средѣ злоупотребленіямъ не изъемлютъ противные добрымъ нравамъ, съ общей точки зрѣнія, поступки отъ преслѣдованія по 826-й ст. Гражд. Улож.

Въ виду только что указанныхъ соображеній уже вскорѣ послѣ введенія въ дѣйствіе новаго Германскаго Уложенія Имперскій Судъ въ довольно рѣзкой формѣ отвергъ ссылку Гамбургскаго Оберландесгерихта на то, что нежелательные пріемы, которыми пользовался отвѣтчикъ, составляютъ повседневное, «бытовое», явленіе въ экономической борьбѣ на почвѣ конкуренціи—«ähnlich im freien Wettbewerb alltäglich angewandt werden».

«Мало ли какихъ махинацій, отвѣтилъ на эту ссылку Имперскій

Судъ, ни продѣлывается въ дѣловой практикѣ, особенно подъ вліяніемъ конкуренціи, но на то теперь и существуетъ § 826-й, чтобы служить оплотомъ противъ злоупотребленія экономической свободой» (R. G. 11 апр. 1901, Bd. 48, S. 125). «Низменный образъ мыслей и поступковъ, читаемъ мы въ другомъ рѣшеніи (R. G. Bd. 55, S. 373), даже если бы онъ сталъ господствующимъ въ отдѣльныхъ слояхъ народа, все-таки остается дурнымъ обыкновеніемъ и не становится нормою нравовъ — immer Unsitte bleibt und nicht Sitte wird».

При опредѣленіи того, согласно или не согласно поведеніе такого-то лица въ такомъ-то жизненномъ положеніи съ нормами добрыхъ нравовъ,—если слѣдовать началамъ судебной практики,—нельзя вырывать отдѣльные поступки изъ общей связи фактовъ, а надобно разсмотрѣть и обсудить всю совокупность обстоятельствъ каждаго единичнаго случая: побужденія, руководившія даннымъ лицомъ, характеръ и значеніе преслѣдовавшихся имъ цѣлей,—родъ, достоинство и силу дѣйствія избранныхъ имъ средствъ.

Съ этихъ точекъ зрѣнія представляются противорѣчащими добрымъ нравамъ, прежде всего, такія вредныя для другихъ дѣйствія, которыя уже сами по себѣ, независимо отъ всего прочаго, по оцѣнкѣ широкихъ и сознательныхъ круговъ современнаго общества, считаются унизительными для того, кто ихъ совершаетъ, и безусловно несовмѣстимыми съ должнымъ уваженіемъ къ правамъ другихъ лицъ,—таковы ложь, предательство, подкупъ, невѣрность данному слову, обираніе и эксплоатація ближнихъ и проч.

Затѣмъ,—такія дѣйствія, которыя должны быть признаны негодными, или неподходящими въ качествѣ средствъ для извѣстнаго рода цѣлей или ненадлежащей формой реакціи на опредѣленное поведеніе другихъ, хотя могутъ быть вполнѣ допустимыми для иныхъ цѣлей или по инымъ основаніямъ.

И, наконецъ,—такія, которыя только по условіямъ конкретнаго случая или въ виду огромности соединеннаго съ ними вреда, или въ виду низменнаго характера лежащихъ въ основѣ ихъ побужденій (дѣйствія во вредъ другимъ ради простого пакостничества, или изъ мести, изъ зависти, изъ желанія угодить кому-нибудь, выслужиться и т. п.) изъ дозволенныхъ вообще дѣйствій обращаются въ поступокъ противъ добрыхъ нравовъ.

Практикою признано, что противнымъ добрымъ нравамъ, при извѣстныхъ, болѣе или менѣе исключительныхъ обстоятельствахъ, можетъ быть не только положительное дѣйствіе, но и бездѣйствіе (R. G. 14 марта 1910, Jur. Woch. 1910, S. 470). Однако это положеніе не получило въ практикѣ почти никакого развитія.

Остановимся теперь нѣсколько подробнѣе на отдѣльныхъ категоріяхъ дѣйствій, въ которыхъ нѣмецкіе суды усматриваютъ нарушеніе добрыхъ нравовъ.

Противны добрымъ нравамъ, по толкованію судовъ, прежде всего, всѣ способы наживы и устроенія имущественныхъ дѣлъ и дѣлишекъ,

основанные на обманѣ [1] и обманномъ умолчаніи [2] о такихъ обстоятельствахъ, о которыхъ слѣдовало бы сказать «по долгу совѣсти и правды и по воззрѣніямъ оборота» (R. G. рѣш. 12 ноября 1904,— Entsch. Bd. 59, S. 155 ff.; 28 марта 1906, — Bd. 63, S. 110 ff.; 2 октября 1907,— Bd. 66, S. 335 ff.; 1 апрѣля 1909,—Warneyer Erg. Bd. II, 09, N. 399; S. 373 ff. 1 октября 1909,—Warneyer Erg. Bd. III, 1910, N. 383 S. 396 ff.; 26 октября 1911,—Jur. Woch. 1912, S. 137 и мн. др.); на подкупѣ: задабриваніи и «подмазываніи» лицъ, обязанныхъ блюсти чужіе интересы, съ цѣлью создать для себя при посредствѣ недобросовѣстныхъ дѣйствій упомянутыхъ лицъ какія либо выгоды за чужой счетъ (ср. R. G. рѣш. 19 окт. 1908, — Warneyer, Erg. Bd. II, 09, № 97 S. 92 ff.); на пользованіи услугами контрабандистовъ (R. G. рѣш. 2 декабря 1903, Entsch. Bd. 56, S. 181), на эксплоатаціи ближнихъ, на эксплоатаціи ихъ нужды, легкомыслія, неопытности (B. G. B. § 138, II), ихъ возбужденнаго состоянія духа, напр., азарта во время игры (R. G. рѣш. 8 сент. 1908,—Jur. Woch. 1908, S. 677 ff.; Kammergericht 12 марта 1908,—Reschtsprechung der O. L. Gerichte Bd. 18, S. 35; O. L. G. Frankfurt 21 іюня 1907, тамъ же), а тѣмъ болѣе на эксплоатаціи чьей-либо душевной болѣзни, психической дефективности или хотя бы просто умственнной ограниченности [3].

Противны добрымъ нравамъ, по указанію Имперскаго Суда, всякія вообще «злоупотребленія экономической свободой, посредствомъ корыстной эксплоатаціи или угнетенія другихъ» [4] и, въ частности, злоупотребленіе монопольнымъ положеніемъ со стороны предпріятій съ крупнымъ общественнымъ значеніемъ, каковы, напр., пароходныя предпріятія, станціи электрическихъ сооруженій и т. п., выражающееся въ произвольномъ отказѣ отъ вступленія въ договоръ на общихъ основаніяхъ или въ установленіи для всего круга потребителей «несправедливыхъ и несообразныхъ условій»—«unbillige und unverhältnismässige Bedingungen» [5].

Одна изъ наиболѣе злокачественныхъ формъ «корыстной эксплоатаціи и угнетенія другихъ» — эксплоатація безработныхъ и ищущихъ мѣстъ и занятій: наемъ нуждающихся за чрезмѣрно низкую, «голодную» плату («Hungerlöhne»).

Борьба съ этимъ видомъ эксплоатаціи, при помощи §§—овъ Гр. Ул. о

---

[1] См. *O. Hagen,* Arglistige Täuschung und Schadensersatz (Jur. Wochenschrift 1911, S. 348.) *L. Cohn,* Schadensersatz wegen Betruges beim Kauf (Jurist. Woch. 1911, S. 137 ff.)

[2] Ср. напр., R. G. рѣш. 15 ноября 1911: «Eine arglistige Täuchung kann auch durch Stillschweigen begangen werden, wenn Treu und Glauben nach der Verkehrsauffassung das Reden erfordern». Entsch. Bd. 77, S. 314.

[3] R. G. рѣш. 19 окт. 1909,— Bd. 72, S. 61 ff.: «Ausbeutung eines Geistesschwacher, als unerlaubte Handlung». Рѣш. 12 февр. 1908,—Bd. 67, S. 393 ff.: «Ausbeutung der geistigen Minderwertigkeit und Beschränktheit einer Person, als Verstoss gegen die guten Sitten».

[4] «Missbrauch der Gewerbefreicheit durch gewinnsüchtige Ausbeutung oder durch Vergewaltigung Anderer». R. G. Entsch. Bd. 48, S. 125 — рѣш. 11 апр. 1901 г.

[5] R. G. рѣш. 11 апр. 1901, — Entsch. Bd. 48, S. 128; 13 апр. 1912,— Bd. 79, S. 224.—Ср. *Biermann,* Rechtszwang zum Kontrahieren (Jherings Jahrbücher, Bd. XXXII,— 1893, S. 267 ff.).

добрыхъ нравахъ (§§ 138, 826), начатая въ близко стоящихъ къ жизни промышленныхъ и коммерческихъ судахъ [1] и встрѣтившая поддержку со стороны Имперскаго Суда (R. G. рѣш. 26 ноября 1909, Jur. Woch. 1910, S. 5), въ общемъ сводится къ слѣдующему. Договоръ найма за «голодную» плату признается ничтожнымъ; нанявшійся, будучи свободнымъ отъ договорнаго обязательства по отношенію къ хозяину, можетъ во всякое время отойти отъ него, потребовавъ «обычнаго» или «соотвѣтственнаго» вознагражденія («übliche», «angemessene Vergütung») за проработанное время и, если, къ тому же, нанявшійся, опутанный наемнымъ договоромъ, упустилъ другое мѣсто, то можетъ требовать возмѣщенія убытковъ по § 826-му Гр. Улож.

Среди юристовъ-теоретиковъ и комментаторовъ курсъ, принятый практикою, встрѣтилъ неодинаковое отношеніе. Большинство заняло пока выжидательную позицію, опасаясь поспѣшныхъ заключеній въ ту или другую сторону. Изъ высказавшихся—проф. Эртманнъ отнесся къ новому теченію въ практикѣ весьма и весьма скептически [2]. Наоборотъ, въ извѣстномъ комментаріи Штауба къ Торговому Уложенію Германіи [3] взгляды Судебной практики по затронутому нами вопросу усвоены полностью, со всѣми вытекающими изъ нихъ логическими послѣдствіями. На стр. 311-ой означеннаго Комментарія (§ 59, Anm. 33) мы читаемъ: «Die Vereinbarung allzu niedriger Löhne, sogenannte Hungerlöhne, kann unter Umständen ein unsittliches oder ein wucherisches Geschäft und nach § 138 B. G. B. nichtig sein. Der Gechilfe kann die Nichtigkeit eines solchen Vertrags jederzeit geltend machen. Der Prinzipal hat in solchem Falle den Gehilfen für die geleisteten Dienste und nach § 826 B. G. B. unter Umständen auch für die Folgezeit bis der Gehilfe eine Stellung findet zu entschädigen» [4].

Что касается, наконецъ, внѣ-юридическихъ круговъ, то практика промышленныхъ и коммерческихъ судовъ, равно какъ и рѣшеніе Импер-

---

[1] См. въ особен. *O. Baum*, Handbuch für Gewerbe-und Kaufmannsgerichte. Berlin, 1912, S. 600 ff. Такъ же: *M. v. Schulz, R. Schalhorn, L. Schultz*—Aus der Praxis des Gewerbegerichts. Berlin, 1913, S. 129 ff. Кромѣ того, *Seelmann*. Kann ein Dienstverhältniss wegen unbilligen Missverhältnisses zwischen den beiderseitigen Vertragspflichten unter § 138 B. G. B. fallen? (Recht 1904, S. 440). Unsittlicher Arbeitsvertrag, (Soziale Praxis, 14; 1904 — 05, S. 676). Arbeitsvertrag und Wucher, (Soziale Praxis Sp. 17, 1907—08, Sp. 1207 ff.).

[2] *Oertmann*, Moralwidrigkeit und Sozialpolitik (Soziale Praxis, Jahrg. 21, 1911—12, Sp. 1155 ff; 1191 ff.).—*Его же*, Hungerlöhne und Arbeitsvertrag (D. Juristen Zeitung. 1913, S. 254).

[3] Staub's Kommentar zum H. G. B. 9-te Aufl. 1912.

[4] «Соглашеніе о чрезмѣрно низкомъ вознагражденіи за трудъ, о такъ называемой голодной заработной платѣ, смотря по обстоятельствамъ, можетъ оказаться безнравственной или ростовщической, и потому, въ силу § 138 Гр. Ул., ничтожной сдѣлкой.... Служащій можетъ во всякое время сослаться на ничтожность такого договора. Принципалъ въ такомъ случаѣ обязанъ вознаградить служащаго за оказанныя услуги и, смотря по обстоятельствамъ, согласно § 826-му, обязанъ вознаградить его и за послѣдующее время, покамѣстъ служащій не найдетъ себѣ новаго мѣста».

скаго Суда отъ 26 ноября 1909, встрѣтили чрезвычайно сочувственное отношеніе со стороны руководителей профессіональнаго движенія, какъ среди рабочихъ, такъ и среди «третьяго элемента» въ промышленности: вольнонаемныхъ служащихъ. Вожди профессіональнаго движенія увидѣли въ новой практикѣ судовъ отраженіе этическихъ воззрѣній трудящейся массы народа и одинъ изъ тѣхъ полезныхъ палліативовъ, при помощи которыхъ можно хоть до извѣстной степени сократить число случаевъ вопіющей эксплоатаціи нуждающихся [1].

Соціальные политики либерально-демократическаго направленія тоже не преминули сочувственно отмѣтить новый этапъ въ праворазвитіи Германіи [2].

Ложь, обманъ, надувательство разнаго рода не находятъ себѣ пощады въ практикѣ Имперскаго Суда. Съ неумолимой строгостью пре-

---

[1] См. Correspodenzblatt der Generalkommission der Gewerkschaften Deutschlands (органъ свободныхъ профессіональныхъ союзовъ), 1911, S. 317 «Hungerlöhne—ein Verstoss gegen die guten Sitten»—«Die Berufung auf den § 138 B. G. B.... ist dringend zu empfehlen. Er ist ein Mittel, die skrupulose Ausbeutung der Notlage von Arbeiter zu bekämpfen (ссылку на § 138 Гр. Ул. нужно настоятельно рекомендовать. Онъ составляетъ одно изъ средствъ бороться съ безсовѣстной эксплоатаціей нужды рабочихъ»).—Deutsche Industriebeamten-Zeitung (органъ промышленныхъ служащихъ) 1910, S. 62 въ статьѣ «Eine soziale Tat des Reichsgerichts», рекомендовала рѣшеніе 26 ноября 1909 г. вниманію всѣхъ профессіональныхъ союзовъ, рабочихъ секретаріатовъ и юридическихъ консультацій, настойчиво убѣждая ихъ доводить до Имперскаго Суда всѣ рѣшенія низшихъ инстанцій, несогласныя съ послѣднимъ разъясненіемъ высшаго въ Имперіи Суда. «Если энергично поработатьвъ этомъ направленіи—писалъ органъ «третьяго элемента»,—то въ недалекомъ будущемъ судебныя рѣшенія (въ духѣ новѣйшей практики) станутъ обыденнымъ явленіемъ нашей жизни, и работодатель, эксплоатирующій стѣсненное положеніе себѣ подобныхъ, долженъ будетъ трепетать предъ прокуроромъ, ибо соціальное сознаніе народа въ такомъ работодателѣ видитъ большаго ростовщика, чѣмъ въ такомъ человѣкѣ, который, пользуясь нуждою другихъ, наживаетъ себѣ 10% на ссуженный имъ капиталъ». См. тамъ же—въ D. Indb.-Zeitung 1910 «Vom Lohnwucher». S. 385—6.

[2] См. *W. Zimmermann*, Arbeitsvertrag und gute Sitten (Soziale Praxis—Jahrg. 21, 1911—1912 Sp. 481 ff.; 513 ff.).—*H. Potthoff*, Soziale Rechte und Pflichte, Jena 1911, S. 41—42: «Es war den Kaufmannsgerichten vorbehalten... Verträge mit Schundlöhnen zu zerreissen und den Angestellten ein angemessens Gehalt zuzusprechen von Rechts wegen. Jetzt hat das Reichsgericht solchen Grundsatz für richtig anerkannt und damit das soziale Recht mehr gefördert als zwanzig neue Paragraphen es können» (на долю коммерческихъ судовъ досталась заслуга расторженія наемныхъ договоровъ съ омерзительно-грязной по размѣрамъ заработной платой и присужденія служащимъ вознагражденія по справедливому усмотрѣнію суда. Нынѣ Им. судъ призналъ такой прицип правильнымъ, и тѣмъ подвинулъ впередъ соціальное право дальше, чѣмъ это могли бы сдѣлать 20 новыхъ параграфовъ»). Ср. также работу бельгійскаго соціальнаго политика Брантса: *V. Brants*. «La lutte contre l'usure dans les lois modernes». Louvain—Paris, 1907, p. 92: «Si imparfait que soit en lui même le critère des guten Sitten, il est actuellement encore une arme serieuse, si elle est bein employée, et permet de réprimer bien des abus avec une magistrature judicieuse et prudente» («При всѣхъ своихъ несовершенствахъ критерій добрыхъ нравовъ, если его примѣнять какъ слѣдуетъ, въ настоящее время является еще серьезнымъ оружіемъ и позволяетъ, при содѣйствіи разумной и осторожной судебной магистратуры, подавлять немалое количество злоупотребленій»).

слѣдуетъ Имперскій Судъ, какъ нарушеніе добрыхъ нравовъ, почти всякое сознательное уклоненіе отъ истины во вредъ другимъ. Дача справки завѣдомо невѣрной или завѣдомо неполной, съ умолчаніемъ объ обстоятельствахъ, существенныхъ для дѣла (R. G. рѣш. 1 іюня 1908,—Warneyer Erg Bd. 1, 08, № 605) лукавый совѣтъ, выдача завѣдомо неправильныхъ свидѣтельствъ, удостовѣреній, рекомендацій и т. п. считаются несогласными съ этикой дѣловой жизни и при условіи, что лицо дающее невѣрную справку, пагубный совѣтъ, ложную рекомендацію, понимаетъ, что послѣдствіемъ этого можетъ быть вредъ для довѣрившагося ему лица, и, понимая, все-таки пренебрегаетъ такою возможностью,—влекутъ за собою гражданскую отвѣтственность по 826 ст. Гр. Ул. (R. G. рѣш. 17 апр. 1905,—Jur. Woch. 05, S. 369; 27 мая 1911,—Entsch. Bd. 76, S. 318—319 и др.).

То же и съ тѣми же послѣдствіями, если кто-либо, давая справку, совѣтъ, рекомендацію и т. п., удостовѣритъ, какъ неподлежащій сомнѣнію фактъ, что-либо такое, въ истинности чего онъ и самъ хорошо не увѣренъ, если только при этомъ онъ сознаетъ одинаково и свою неувѣренность и возможность вреда для другого («dolus eventualis»: ein mit Bewusstsein ohne Uberzeugung abgegebenes Urteil»—R. G. 27 мая 1911,—Entsch. Bd. 76, S. 320).

То обстоятельство, что кто либо, подводя другого сообщеніемъ завѣдомо неправильныхъ свѣдѣній или сужденій, дѣйствуетъ безъ дурного намѣренія, просто по слабости человѣческой, ничуть не мѣняетъ дѣла. Такъ, въ одномъ случаѣ, дошедшемъ до Имперскаго Суда, отецъ порекомендовалъ своего сына для опредѣленія на службу въ банкъ, какъ дѣльнаго и солиднаго молодого человѣка—tüchtig und solide—прекрасно зная, что «дѣльный и солидный» юноша былъ замѣченъ въ нечестныхъ поступкахъ и не обнаруживалъ ни малѣйшихъ признаковъ исправленія: велъ разсѣянную жизнь, игралъ, кутилъ и, случалось даже, прикарманивалъ отцовскія деньги. Какъ и можно было опасаться, сынъ совершилъ растрату. Имперскій Судъ нашелъ, что отецъ по 826-му §-у Гр. Ул. обязанъ покрыть изъ своихъ средствъ растраченныя сыномъ деньги. (R. G. рѣш. 25 окт. 1911,—Warneyer Erg. Bd. V. 1912, № 24, S. 24 ff.).

По новѣйшей практикѣ Имперскаго Суда (R. G. 14 ноября 1909,—Entsch. Bd. 72 S. 175 ff.; 27 мая 1911, Entsch. Bd. 76, S. 313 ff., 319; 20 окт. 1913—Jur. Woch. 1914, S. 83) даже неумышленное уклоненіе отъ истины, вслѣдствіе безсовѣстно-легкомысленнаго отношенія къ дѣлу со стороны лица, по своему общественному положенію или профессіи пользующагося особеннымъ довѣріемъ окружающихъ, можетъ служить основаніемъ для привлеченія къ отвѣтственности по § 826-му. Такъ, напр., врачъ, съ поразительнымъ легкомысліемъ выдавшій, какъ оказалось потомъ, неправильное свидѣтельство въ томъ, что истецъ страдаетъ душевной болѣзнью и нуждается въ учрежденіи надъ нимъ опеки, обязанъ былъ возмѣстить убытки, происшедшіе отъ того, что на основаніи выданнаго свидѣтельства, по происканъ жены мнимаго больного и ея родственниковъ, предприняты были попытки добиться объяв-

ленія истца недѣеспособнымъ (R. G. рѣш. 15 ноября 1909,—Entsch. Bd. 72, S. 175 ff.). Въ силу тѣхъ же соображеній былъ присужденъ къ возмѣщенію убытковъ банкиръ, къ которому одинъ изъ кліентовъ обратился съ просьбой сообщить, что ему извѣстно о кредитоспособности такой-то фирмы, состоявшей въ дѣловыхъ отношеніяхъ съ банкомъ. Банкиръ въ разсматриваемомъ случаѣ не обязанъ былъ давать справку. Но онъ пошелъ навстрѣчу желанію кліента, какъ это обыкновенно дѣлаютъ банкирскія конторы, привлекающія къ себѣ кліентелу посредствомъ разнаго рода одолженій и дружественно-дѣловыхъ справокъ. Банкиръ обнадежилъ кліента насчетъ солидности фирмы, зная, что кліентъ въ случаѣ благопріятнаго отзыва, собирается предоставить кредитъ отмѣченной фирмѣ. И на основаніи чего обнадежилъ? Такъ наобумъ: «ins Blau hinein», не потрудившись навести справки у себя же по книгамъ, откуда онъ увидалъ бы, что фирма окончательно прогорѣла, и принадлежащее ей имущество заложено—перезаложено. Имперскій Судъ, какъ уже сказано выше, призналъ здѣсь составъ деликта, предусмотрѣннаго § 826-мъ, усмотрѣвъ въ поступкѣ банкира легкомыслiе, непростительное для дѣлового человѣка, въ особенности для финансиста. «Банкиръ не обязанъ, говорится въ рѣшеніи, давать справокъ. Но разъ онъ ихъ все-таки даетъ, отъ него можно ожидать, что онъ отнесется добросовѣстно и заботливо къ тому, что онъ дѣлаетъ» (R. G., Jur. Woch. 1911, S. 584).

Еще съ большимъ основаніемъ долженъ былъ бы, по объясненію Имперскаго Суда, быть присужденъ къ уплатѣ вознагражденія за вредъ работодатель, давшій неправильный отрицательный отзывъ о честности своего бывшаго служащаго, если бы изъ дѣла было видно, что сдѣлалъ онъ это безсовѣстно-легкомысленно, нисколько не считаясь съ тѣмъ, что «заподозрить честность служащаго значитъ отнять у него возможность успѣха въ занятіяхъ» (R. G. 29 окт. 1913,—Jur. Woch. 1914, S. 83).

Воспользоваться, хотя бы вполнѣ сознательно, чужой ошибкой, не вводя никого въ заблужденіе, по мнѣнію Имперскаго Суда, не значитъ еще совершить неблаговидный поступокъ и подвергнуть себя отвѣтственности по 826-му параграфу. Покупатель, необычайно дешево купившій партію товара, можетъ, не рискуя никакими непріятными послѣдствіями, настаивать на исполненіи договора, хотя бы сейчасъ же по заключеніи договора обнаружилось, что продавецъ назначилъ на товаръ такую низкую цѣну вслѣдствіе ариѳметической ошибки, и покупатель безъ ущерба для себя могъ бы отказаться отъ сдѣлки. (Оспорить такой договоръ вслѣдствіе порока въ волеизъявленіи нельзя, такъ какъ ошибка при вычисленіи цѣнъ—ошибка въ мотивахъ). «Ради прочности правового оборота слѣдуетъ насколько возможно охранять силу договоровъ,—говоритъ Имперскій Судъ: между тѣмъ въ торговомъ оборотѣ водворилась бы такая неустойчивость отношеній, если покупатель долженъ былъ бы считаться съ возможностью ошибки со стороны контрагента при вычисленіи цѣны или тому подобными обстоятельствами, о которыхъ не было рѣчи во время предварительныхъ переговоровъ, и которыя поэтому не могли быть имъ приняты въ соображеніе» (R. G. 16 окт. 1903. Entsch.

Bd. 55, S. 367 ff,—особ. 372—373). Только при наличности «полнаго» несоотвѣтствія между стоимостью товара и условленной цѣной, какъ въ томъ, напр., случаѣ, когда торговецъ показываетъ цѣну въ 16, 50 марокъ, а рыночная цѣна на даннаго рода товаръ колеблется между 175 и 200 марками, покупатель обязанъ обратить вниманіе продавца на то, нѣтъ ли тутъ ошибки, и только удостовѣрившись въ отсутствіи ошибки, выводить свои требованія изъ договора (R. G. рѣш. 24 янв. 1908,—Recht 1908, № 971; Jur. Woch. 1910. S. 187). Если такого рѣзкаго несоотвѣтствія въ цѣнахъ нѣтъ, если напр., покупатель на просьбу сообщить ему рѣшительную цѣну на такой-то точно обозначенный сортъ желѣза, получаетъ отъ продавца сначала телеграфный отвѣтъ: «8, 9», потомъ письменное предложеніе купить 1.000 тоннъ желѣза по цѣнѣ 8,90 марокъ за 100 кило—и принимаетъ это предложеніе,—а затѣмъ уже послѣ акцепта получаетъ новую телеграмму: «во вчерашней оффертѣ должно было значиться 9,35», то покупатель, по объясненію Имперскаго Суда, не смотря на извѣщеніе объ ошибкѣ, можетъ настаивать на доставленіи ему товара по первоначально назначенной цѣнѣ, и въ таковомъ его требованіи, по словамъ Имперскаго Суда, нельзя усмотрѣть ничего безнравственнаго и неприличнаго—«es kann nicht als unsittlich und unanständig angesehen werden» (R. G. рѣш. 16 окт. 1903—Entsch. Bd. 55, S. 367 ff.) На той же точкѣ зрѣнія стоитъ и позднѣйшее рѣшеніе Имперскаго Суда—отъ 22 февр. 1910,—Jur. Woch. 1910, S. 331.—На болѣе строгую точку зрѣнія сталъ Кельнскій Оберландесгерихтъ (въ рѣш. 20 дек. 1905 г.), полагавшій, что, по крайней мѣрѣ, въ томъ случаѣ, когда покупатель узналъ объ ошибкѣ въ назначенной ему цѣнѣ немедленно послѣ принятія предложенія, «соображенія о прочности и непрочности торговаго оборота должны отступить передъ принципомъ, выраженнымъ въ § 826-мъ» (Recht, 1906, № 307).

Неуваженіе къ чужой тайнѣ (выпытываніе, выслѣживаніе, разглашеніе, использованіе въ корыстныхъ видахъ) тоже можетъ дать поводъ для привлеченія къ гражданской отвѣтственности согласно § 826-му. Сюда, разумѣется, не относится тотъ случай, когда бывшій служащій примѣняетъ къ дѣлу знанія и навыки, усвоенные имъ во время службы. «Nachdem jemand sein Vertragsverhältnis zu einem gewissen Lohnherrn beendigt hat, er ist der uneingeschränkte Herr seiner Fähigkeiten und Kenntnisse». «Послѣ того, какъ кто нибудь прекратилъ свои договорныя отношенія къ извѣстному нанимателю, онъ—полный господинъ своимъ способностямъ и своимъ знаніямъ» (Цитата изъ заключенія парламентской комиссіи, приведенная въ рѣшеніи Имперскаго Суда отъ 14 марта 1907, Entsch. Bd. 65, S. 338.) Только въ виду особыхъ обстоятельства использованіе практическихъ знаній, пріобрѣтенныхъ на службѣ въ чужомъ предпріятіи, можетъ получить предосудительный характеръ (R. G. 11 марта 1904,—D. Jur. Zeit. 04, S. 553).

Интересный примѣръ употребленія во зло довѣренной «артистической» тайны содержится въ рѣшеніи Имперскаго Суда отъ 9 дек. 1911 г.: цирковая артистка продемонстрировала для пробы передъ завѣдующимъ

циркомъ придуманный ею «сенсаціонный номеръ»: ѣзду на велосипедѣ съ препятствіями, съ перескакиваніемъ пространства въ 9 метровъ и проч. Ей было обѣщано соблюденіе артистической тайны, и подана надежда на ангажементъ. Ангажементъ не состоялся, а дирекція цирка воспользовалась показаннымъ по секрету номеромъ и, слегка видоизмѣнивъ его, ввела въ программу своихъ представленій. «Аттракціонъ» потерялъ новизну. Артистка не могла уже получить ангажемента на такихъ выгодныхъ условіяхъ, какъ расчитывала раньше, и предъявила искъ о возмѣщеніи убытковъ. Имперскій Судъ призналъ искъ подлежащимъ удовлетворенію. (R. G. 9 декаб. 1911, Warneyer Erg. Bd. 5, 1912, № 75, S. 89).

§ 826 сдѣлался необходимымъ коррективомъ ко всѣмъ почти институтамъ гражданскаго права [1].

Изъ правъ по договору, по господствующему мнѣнію, нельзя вывести притязаній къ третьимъ лицамъ. § 826-ой даетъ основу для притязанія къ третьимъ лицамъ, при недобросовѣстномъ участіи или подъ дурнымъ вліяніемъ которыхъ контрагентъ не выполнилъ взятыхъ на себя обязательствъ (R. G. рѣш. 21 февр. 1908, Recht 08, № 1190) [2].

Нужно, при этомъ, подчеркнуть, что самъ по себѣ фактъ возбужденія къ нарушенію договора, по цѣнному разъясненію Имперскаго Суда (R. G. 31 мая 1906 г., Seufferts Archiv, Bd. 61, S. 452—553) [3], не можетъ считаться недобросовѣстнымъ поступкомъ [4]. Этимъ разъясненіемъ

---

[1] См. *J. W. Hedemann*, «Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX Jahrhundert» 1910, S. 135 ff. *Его же*. «Werden und Wachsen im Bürgerlichen Recht», 1913, SS. 10—16.—*Его же*. «Sittenwidrige Schädigung der Kartelle durch Gründung eines Aussenwerks (Jherings Jahrb. 1913, S. 36 ff).

[2] *J. W. Hedemann*, Werden und Wachsen, S. 11.

[3] Соображенія, высказанныя въ рѣшеніи 31 мая 1906 г., легли въ основу неуклонной практики VI гражданскаго Сената Имперскаго Суда (рѣшенія 30 мая 1910—Jur. Woch. 10, S. 705; 25 ноября 1911—Jur. Woch. 12, S. 143). Къ VI Сенату, присоединился вскорѣ 1-ый Сенатъ (см. рѣш. 30 ноября 1907—Recht 1908, № 305). Единство практики Высшаго Суда было, однако, нарушено рѣшеніемъ II Гражд. Сената отъ 10 дек. 1912 г., гдѣ высказано, что «въ дѣловыхъ отношеніяхъ сознательное воздѣйствіе со стороны третьяго лица, направленное къ тому, чтобы кто нибудь не исполнилъ своихъ договорныхъ обязательствъ, по общему правилу, противно добрымъ нравамъ, и только въ отдѣльномъ случаѣ сопровождающія обстоятельства дѣла могутъ исключить несогласіе съ добрыми нравами» (R. G. Entsch. Bd. 81—1913—S S. 91—92). Въ апрѣлѣ 1913 г. VI Сенату снова пришлось высказаться по этому же вопросу. Подвергнувъ критикѣ принципіальныя соображенія, высказанныя въ рѣшеніи II Сената отъ 10 декабря 1912 г. и находя, что взглядъ, усвоенный II Сенатомъ, легко можетъ привести къ чрезмѣрному ограниченію личной свободы, что было бы нежелательно, какъ съ экономической, такъ и съ нравственной точки зрѣнія, VI Сенатъ остался при прежней практикѣ, что активное участіе въ нарушеніи договора другимъ лицомъ и даже проявленная кѣмъ-либо въ этомъ отношеніи инициатива сами по себѣ не могутъ служить основаніемъ для обвиненія въ нарушеніи добрыхъ нравовъ (R. G. рѣш. 30 апр. 1913.—Warneyer Erg. VI, 1913, № 322, S. 387 ff.—особ. 389).

[4] Такъ же: *Kiss*, Die Verleitung zum Vertragsbruch (Deutsch. Juristen Zeit. 1908, Sp. 684 ff). *Его же*,—«Verleitung zur Vertragsverletzung» въ Festschrift für Ernst Zitelmann 1913, S. S. 1—18.

отвергается пропагандируемая въ Германіи, главнымъ образомъ Брёкеромъ, идея о подведеніи подъ § 826-ой призывовъ къ забастовкѣ безъ предваренія хозяевъ объ отказѣ отъ договора найма (неявка на работу во время забастовки до прекращенія, нормальнымъ порядкомъ, договорныхъ отношеній, господствующимъ мнѣніемъ разсматривается, какъ нарушеніе договора) [1].

Право собственности, по Германскому Уложенію, не даетъ возможности требовать отъ сосѣдей, чтобы они воздерживались отъ такихъ дѣйствій, которыя понижаютъ доходность земельнаго участка или представляютъ неудобства для жизни на немъ, но которыя не соединены ни съ прямымъ, ни съ косвеннымъ (физическимъ) воздѣйствіемъ на чужую вещь. Поэтому собственникъ въ силу своего права достаточно защищенъ отъ чрезмѣрнаго шума, стука, пыли, копоти, дыма, зловонія и пр. со стороны сосѣдняго участка, но юридически безсиленъ воспрепятствовать сосѣду устраивать у себя публичный домъ или въ иной формѣ открыто промышлять развратомъ (R. G. рѣш. 27 февр. 1902—Entsch. Bd. 50, S. 225 ff). Ему приходитъ на помощь § 826 [2]. А какъ велика бываетъ порою нужда въ защитѣ закона, объ этомъ можно судить хотя бы по слѣдующей выдержкѣ изъ одной ревизіонной жалобы, уваженной Имперскимъ Судомъ. Истица имѣетъ свой домъ въ Дюссельдорфѣ. Ея сосѣдка—тоже домовладѣлица—завела у себя «домъ свиданій». И вотъ по вечерамъ подъ окнами въ домѣ истицы сталъ регулярно раздаваться лошадиный топотъ и скрипъ экипажей, подвозившихъ къ сосѣдкѣ гостей—кавалеровъ и дамъ: «Männer und läderliche Dirnen», по неизящному выраженію истицы. Потомъ шелъ кутежъ, кончавшійся иногда тѣмъ, что подвыпившія дѣвицы выскакивали во дворъ въ совершенно неподобающемъ видѣ «halb und ganz nackt». Случалось и такъ, что мужчины ошибались дверью—и врывалися въ домъ къ истицѣ, вызывая естественный переполохъ среди обитательницъ дома—«belästigten die dort wohnenden weiblichen Personen» (изъ рѣш. R. G. отъ 9 апр. 1904 въ Seufferts Arch. Bd. 60, № 36, стр. 66).

Основываясь на томъ, что въ домахъ, расположенныхъ по сосѣдству съ притонами разврата, цѣны на квартиры падаютъ, и самая стоимость домовъ понижается, что обыкновенно бываетъ достаточно хорошо извѣстно содержателямъ означенныхъ заведеній, Имперскій Судъ сталъ находить въ устройствѣ домовъ терпимости всѣ признаки умышленнаго причиненія сосѣдямъ вреда способомъ, противнымъ добрымъ нравамъ—и признавать за владѣльцами смежныхъ участковъ, на ряду съ правомъ на возмѣщеніе причиненныхъ убытковъ, болѣе важное право—требовать отъ содержателей публичныхъ домовъ, чтобы они освободили ихъ, вла-

---

[1] *Broecker*, Schadensersatzansprüche aus dem Lohnkampf, Hamburg 1906, S. 49. Къ тому же практическому выводу должны привести и Вольфганга Гейна Штаммлеровскіе принципы «правильнаго» права, какъ онъ ихъ интерпретируетъ (*W. Hein*, «Die Verleitung zum Vertragsbruch nach bürgerlichem Recht», Breslau 1906, стр. 69 сл., особ. 132).

[2] *J. W. Hedemann*, Werden und Wachsen, S. 11.

дѣльцевъ, отъ тягостнаго сосѣдства съ притонами, либо совсѣмъ прекративъ свой, хотя бы и разрѣшенный полиціей, промыселъ, либо перенеся его въ другое мѣсто (R. G. 9 апр. 1904, Entsch. Bd. 57, S. 241; 6 февр. 1908,—Warneyer Erg. Bd. 1, 1908, № 312, S. 225 и др.). Содержатели притоновъ попробовали было защищаться тѣмъ, что въ частяхъ города, указанныхъ полиціей для сосредоточенія тамъ занятія проституціей («Zum Zweck der Kasernierung der Prostitution»), цѣны на дома не только не падаютъ, а напротивъ того повышаются. Но Имперскій Судъ не принялъ этой ссылки. «Такое возвышеніе цѣнъ,—отвѣтилъ онъ,—въ основѣ своей не чисто. Ни отъ кого нельзя требовать, чтобы принадлежащій ему участокъ земли онъ продавалъ подъ устройство публичнаго дома, и вздутыя такими продажами цѣны не могутъ служить показателемъ нормальныхъ цѣнъ» (Recht 1907, Beil. S. 639, № 1311).

§ 826-ой примѣняется въ практикѣ и къ злоупотребленіямъ на почвѣ семейнаго быта, въ особенности для того, чтобы оградить не принадлежащихъ къ семьѣ лицъ отъ убытковъ вслѣдствіе недобросовѣстнаго отношенія отца или мужа къ семейному долгу, а также для того, чтобы дать женѣ, мужу, дѣтямъ юридическое оружіе противъ пособниковъ и сообщниковъ оказавшагося недобросовѣстнымъ супруга или родителя. Въ рѣш. 6 іюня 1904 (Entsch. Bd. 58, S. 248 ff.). Имперскій Судъ призналъ, что отецъ по предосудительнымъ или ничтожнымъ мотивамъ—«aus verwerflichen oder nichtigen Gründen» (S. 254) — отказывающій жениху своей дочери въ согласіи на бракъ съ нею, обязанъ принять на свой счетъ расходы, произведенные женихомъ на наемъ семейной квартиры п другія приготовленія къ свадьбѣ. Въ рѣш. 4 мая 1905 (R. G. Jur. Woch. 1905, S. 391—2), разсмотрѣвъ претензію нѣкоей вдовы къ брату ея покойнаго мужа, которому умершій уплатилъ будтобы въ погашеніе своего долга изъ состоящаго въ его управленіи женинаго имущества 40.000 марокъ, между тѣмъ какъ вдова оспаривала существованіе долга, не будучи въ состояніи представить вполнѣ убѣдительныя доказательства, Имперскій Судъ нашелъ, что существованіе или несуществованіе долга представляется безразличнымъ для дѣла: хотя мужъ въ отношеніи къ третьимъ лицамъ формально и уполномоченъ закономъ (§ 1376 Гр. Ул.) распоряжаться жениными деньгами изъ «внесеннаго» имущества, помимо согласія жены, но передъ нею лично онъ все же обязанъ расходовать ея деньги только въ предѣлахъ хозяйственныхъ нуждъ, вызываемыхъ управленіемъ «внесеннымъ имуществомъ» (§ 1377), и не имѣетъ права обращать ввѣренныя ему суммы ни на уплату собственныхъ долговъ, ни на подарки роднымъ. И потому, разъ только брату покойнаго было извѣстно, что тотъ даетъ ему не свои, а женины деньги, безъ ея на то согласія, то принимая ихъ, онъ поступилъ противно добрымъ нравамъ и, по требованію вдовы брата, обязанъ вернуть полученныя отъ покойнаго 40.000. Въ рѣш. 5 іюня 1905 г. (Seufferts Arch. Bd, 61, S. 65—67). Имперскій Судъ, отвергая въ подлежавшемъ его сужденію случаѣ претензію покинутаго женою мужа на покрытіе изъ ея приданаго убытковъ по домашнему хозяйству и промыслу, воз-

никшихъ отъ того, что она бросила его съ девятимѣсячнымъ ребенкомъ на рукахъ, призналъ, однако, что поведеніе, несогласное съ состояніемъ въ бракѣ—«ehewidriges Verhalten»—при наличности условій, предусмотрѣнныхъ § 826-мъ, и въ частности при наличности сознанія убытковъ, причиняемыхъ супругу забвеніемъ семейныхъ обязанностей, можетъ служить основаніемъ иска объ убыткахъ.

Рѣшеніе 19 сент. 1910 (R. G. Entsch. Bd. 74, S. 224 ff.) состоялось по иску разведенной жены одного владѣльца шапочной мастерской. Разводъ произошелъ по винѣ мужа, и на немъ осталась обязанность выплачивать женѣ содержаніе—въ первый послѣ развода годъ—1200 марокъ, въ послѣдующіе годы по 975 марокъ. Шапочникъ воспылалъ дикой ненавистью противъ женщины, которая еще такъ недавно была связана съ нимъ узами брака, и, чтобы доканать ее, оставить безъ всякихъ средствъ къ жизни, перевелъ по частямъ все свое состояніе на имя своей сестры: сначала, яко бы, въ обезпеченіе долга, установилъ въ пользу сестры ипотеку на принадлежащее ему имущество, затѣмъ продалъ ей недвижимость, съ зачетомъ части покупной цѣны въ сумму долга, потомъ продалъ ей инвентарь и запасы товаровъ—и могъ принести передъ судомъ присягу, что у него нѣтъ ни гроша; а въ концѣ-концовъ, нанялся къ сестрѣ въ простые работники, за неслыханно низкую плату: 6 марокъ въ недѣлю. Жена предъявила искъ къ сестрѣ мужа, обвиняя ее въ томъ, что она дѣйствовала заодно съ братомъ, съ дурнымъ умысломъ лишить ее средствъ къ существованію. Истица просила судъ обязать невѣстку либо вознаградить ее, истицу, за потерю возможности получить содержаніе, либо возвратить имущество прежнему собственнику.

Апелляціонный судъ (Штуттгартскій Оберландесгерихтъ) отказалъ въ искѣ. Имперскій судъ, напротивъ, уважилъ ревизіонную жалобу истицы и, отмѣнивъ рѣшеніе палаты, передалъ дѣло обратно въ тотъ же Оберландесгерихтъ—для новаго разсмотрѣнія. По мнѣнію Имперскаго суда, поведеніе отвѣтчицы вполнѣ подходитъ подъ § 826-ой Гр. Ул. «Если даже допустить, говорится въ рѣшеніи, что отвѣтчица не раздѣляла настроенія и мотивовъ, руководившихъ ея братомъ при совершеніи всѣхъ обсуждаемыхъ нынѣ юридическихъ актовъ, а только обо всемъ знала и сознательно помогала осуществленію плана, клонящагося ко вреду истицы, то и тогда она не можетъ отвести отъ себя упрека въ злонамѣренномъ и недобросовѣстнѣйшемъ по мотивамъ образѣ дѣйствій» (S. 230).

Рѣшеніе 17 февраля 1911 (Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1911, S. 143 — 144), постановленное Ладгерихтомъ въ Франкенталѣ (L. G. Frankenthal), также не лишено интереса. По опредѣленію суда, изъ 24 марокъ недѣльнаго заработка одного рабочаго долженъ былъ производиться вычетъ въ 4 марки на содержаніе прижитаго имъ внѣ брака ребенка. Рабочій, озлобившись противъ матери ребенка, заявилъ своимъ хозяевамъ письменно, что отнынѣ онъ будетъ работать за 20 марокъ въ недѣлю, но ни въ коемъ случаѣ не допуститъ, чтобы хоть одинъ пфеннигъ достался этой «упорной неблагодарной твари»—«der starrköpfigen, undankbaren Dirne», привлекшей его судебнымъ порядкомъ

къ исполненію отцовской обязанности. Тогда «упорная, неблагодарная» женщина предъявила искъ къ хозяевамъ, какъ соучастникамъ противнаго добрымъ нравамъ поступка, лишившаго ея ребенка средствъ на содержаніе—и выиграла дѣло. Судъ нашелъ, что хозяева, согласившіеся, по просьбѣ рабочаго, на пониженіе заработной платы, зная мотивы, побудившіе его обратиться къ нимъ съ такой необычайной просьбой, дѣйствительно, должны быть признаны виновными въ нарушеніи добрыхъ нравовъ въ ущербъ интересамъ ребенка: они облегчили служащему у нихъ рабочему совершеніе неблаговиднаго поступка, и, такъ сказать, приняли отъ него въ даръ то, что, по опредѣленію суда, причиталось ребенку, а потому обязаны выплачивать на содержаніе ребенка по 4 марки въ недѣлю и не въ правѣ ссылаться на то, что отецъ ребенка теперь получаетъ не 24 марки, а только 20 марокъ въ недѣлю.

Аналогичное рѣшеніе было вынесено въ прошломъ году (7 мая 1913 г., Soziale Praxis Jg. XXII, 1913, Sp. 990: Eine bemerkenswerte Anwendung des «Guten-Sitten-Paragraphen» des B. G. B.). Берлинскимъ Ландгерихтомъ III, который удовлетворилъ искъ о выдачѣ средствъ на содержаніе, предъявленный сыномъ одного подмастерья къ хозяйкѣ, у которой служилъ его отецъ. Послѣдній состоялъ съ хозяйкой въ интимной связи и, получая жалованья 100 марокъ въ мѣсяцъ, не желалъ ничего давать на содержаніе и воспитаніе сына. Сынъ возбудилъ противъ отца искъ объ алиментахъ. Искъ, разумѣется, былъ уваженъ судомъ, и на жалованье отца наложенъ арестъ. Но отецъ, не желая все-таки тратиться на содержаніе сына, по соглашенію съ хозяйкой, отказался отъ найма и получилъ разсчетъ. Въ тотъ же день, нѣсколько часовъ спустя, онъ снова нанялся къ той же хозяйкѣ, но уже безъ опредѣленнаго жалованья, выговоривъ себѣ только столъ, квартиру и карманныя деньги на мелкіе расходы—«Kost und Logis und ein kleines Taschengeld». Тогда сынъ предъявилъ на основаніи § 826-го искъ къ хозяйкѣ, и вмѣстѣ съ тѣмъ возлюбленной своего отца. Берлинскій Ландгерихтъ III, какъ сказано выше, удовлетворилъ искъ. У Ландгерихта не было сомнѣнія, что отказъ отъ работы и немедленное послѣ того заключеніе новаго договора имѣло единственною цѣлью «den Unterhaltsanspruch des Kindes illüsorisch zu machen» [1]. О поступкѣ отца не можетъ быть двухъ мнѣній: «dies Verhalten des Schuldners verstösst gegen jedes Anstandsgefühl und damit gegen die guten Sitten» [2]. Поведеніе отвѣтчицы не лучше. «Если она согласилась на заключеніе вышеуказаннаго договора, то это можно объяснить исключительно тѣмъ, что она и сама не прочь была повредить сыну своего возлюбленнаго. Поэтому ея образъ дѣйствій сообща съ должникомъ также не соотвѣтствуетъ добрымъ нравамъ. Согласно § 826-му, на ней лежитъ обязанность возмѣстить причинно связанный

---

[1] «Свести на нѣтъ присужденное дитяти требованіе о средствахъ на содержаніе».

[2] «Такое поведеніе должника оскорбляетъ всякое чувство приличія—и тѣмъ самымъ добрые нравы».

съ ея поведеніемъ вредъ, размѣръ котораго опредѣляется суммою присужденныхъ истцу и обезпеченныхъ наложеніемъ ареста алиментовъ».

Уже изъ нѣкоторыхъ приведенныхъ выше примѣровъ можно было видѣть, что если кто-либо въ своихъ притязаніяхъ, возраженіяхъ и т. п. опирается на точный текстъ закона, повидимому, не оставляющій сомнѣнія въ томъ, что онъ въ правѣ дѣйствовать такъ, какъ онъ дѣйствуетъ, то одно это обстоятельство не исключаетъ возможности обвиненія его въ нарушеніи добрыхъ нравовъ, согласно § 826-му. Наоборотъ, обширнѣйшую и чрезвычайно важную категорію дѣйствій, преслѣдуемыхъ по 826-му § — у Гражданскаго Уложенія представляютъ какъ разъ разнаго рода недобросовѣстныя ухищренія использовать формальные элементы права для цѣлей, не имѣющихъ ничего общаго съ задачами правопорядка [1]. Имперскій Судъ не побоялся, что борьба съ обираніемъ [2]

---

[1] *J. W. Hedemann*, «Sittenwidrige Schädigung», S. 42. «Der Kampf gegen Umgehungen ist bei weitem die bedeutendste, vielseitigste Funktion des § 826 während seiner dreizehnjährigen Lebenszeit geworden».

(Борьба съ обходами закона сдѣлалась самой важной, самой разносторонней и самой благотворной функціей § 826-го за 13-тилѣтній періодъ его существованія.)

[2] Примѣръ изъ практики (R. G. рѣш. 1 іюня 1904 г., Entsch. Bd. 58, S. 219 ff.): Одинъ изъ рыцарей наживы въ Нордгаузенѣ задался цѣлью, во что бы то ни стало, пріобрѣсти за безцѣнокъ для фирмы, участникомъ которой онъ состоялъ, заложенную ему (за 23.000 мк.) землю съ мельницею. Планъ его заключался въ томъ, чтобы создать для собственника заложенной недвижимости непреодолимыя денежныя затрудненія и дождаться продажи ея съ публичныхъ торговъ. Съ этою цѣлью онъ подговорилъ своего компаньона по фирмѣ, много лѣтъ арендовавшаго участокъ, о которомъ идетъ рѣчь, прекратить платежи и наложить арестъ на внесенныя въ видѣ залога деньги. Послѣ этого, искусно поддержавъ распространившіеся слухи о пошатнувшихся дѣлахъ собственника, онъ повліялъ на то, что два кредитора послѣдняго поспѣшили обезпечить свои требованія по обязательствамъ наложеніемъ ареста на имущество землевладѣльца. Далѣе, когда для собственника представлялся удобный случай поправить свои дѣла и выпутаться изъ долговъ черезъ выгодную продажу части упомянутаго участка, заложеннаго, кромѣ того и въ другія руки, коварный залогопріниматель, путемъ сложной интриги, помѣшалъ ему освободить нужную часть земли отъ залога и тѣмъ разстроилъ наладившуюся было сдѣлку.

Устроивъ еще цѣлый рядъ другихъ подходовъ на строго юридическихъ основаніяхъ, онъ выждалъ, наконецъ, повода предъявить закладную ко взысканію до срока, отказавшись отъ полученія своевременно высланныхъ ему процентовъ по закладной подъ тѣмъ предлогомъ, что въ присланной суммѣ оказалось серебра больше, чѣмъ на 20 марокъ, а по Имперскому Монетному Уставу платежи серебромъ обязательны къ пріему только до 20 марокъ. Въ концѣ-концовъ, землевладѣлецъ потерялъ кредитъ, земельный участокъ, стоимостью въ 74 — 75 тысячъ марокъ, былъ назначенъ въ продажу и купленъ съ торговъ компаньономъ залогопринимателя за 50.000 мк. Нужно еще прибавить, что когда нашелся покупатель, пожелавшій принять участіе въ торгахъ, залогопріниматель вошелъ съ нимъ въ соглашеніе, взявъ съ него обязательство не участвовать въ торгахъ.

Когда послѣ всего вышеописаннаго дошло дѣло до денежныхъ расчетовъ и залогопріниматель предъявилъ исковое требованіе о приходящихся на его долю 23.000 марокъ, бывшій собственникъ представилъ къ зачету встрѣчное требованіе объ убыткахъ въ той же суммѣ, ссылаясь на то, что истецъ своимъ предосудительнымъ образомъ дѣйствій совершенно его раззорилъ.

Наумбургскій Оберландесгерихтъ уважилъ возраженіе отвѣтчика и откло-

и одурачиваніемъ ближнихъ на точномъ основаніи безсовѣстно подобранныхъ параграфовъ закона можетъ поколебать устойчивость правопорядка.

Въ этомъ направленіи Имперскій Судъ зашелъ, можетъ быть, даже черезчуръ далеко, допустивъ иски о возмѣщеніи вреда отъ неправильныхъ судебныхъ рѣшеній, добытыхъ или вступившихъ въ законную силу, благодаря безчестному образу дѣйствій истца (его обману, клятвопреступленію и пр.), т.-е., иначе говоря, пожертвовавъ для борьбы съ нечестностью, для удовлетворенія притязанія на честное къ себѣ отношеніе, даже принципомъ непререкаемости вошедшихъ въ законную силу судебныхъ рѣшеній — ибо совершенно ясно, что искъ о возмѣщеніи вреда отъ неправильнаго судебнаго рѣшенія не можетъ быть присужденъ безъ опороченія — хотя бы съ спеціальной и ограниченной цѣлью—правильности вошедшаго въ законную силу судебнаго рѣшенія [1].

Какъ бы то ни было, Имперскій Судъ неуклонно держится выработаннаго имъ взгляда на злоупотребленія законной силой судебныхъ рѣшеній и нашелъ ему новое примѣненіе въ дѣлахъ о разводѣ.

Такъ, было рѣшено, что мужъ, обманными способами добившійся развода съ женою, съ признаніемъ ея виновной въ разводѣ, хотя и не обязанъ доставлять ей содержанія по правиламъ семейнаго права, но долженъ, взамѣнъ того, выплачивать ей содержаніе въ томъ же размѣрѣ, въ порядкѣ правилъ о возмѣщеніи вреда отъ недозволенныхъ дѣйствій. Постановленіе о разводѣ было признано незыблемымъ, но въ § 826-мъ указано средство компенсировать убыточныя послѣдствія неблагопріятнаго для жены постановленія о разводѣ.

нилъ формальное законное требованіе объ уплатѣ 23.000. Такъ, послѣ долгихъ и мучительныхъ препятствій жизненная правда восторжествовала надъ правдой формальной.

Имперскій Судъ, куда перешло дѣло по жалобѣ недобросовѣстнаго истца, вполнѣ присоединился къ рѣшенію и доводамъ апелляціонной палаты. Онъ не счелъ возможнымъ, по примѣру кассаціонной жалобы, разсматривать дѣйствія, инкриминируемыя истцу, каждое въ отдѣльности, не приводя ихъ въ связь между собою, а полагалъ правильнымъ обсуждать образъ дѣйствій истца, какъ одно цѣлое, что вскрыло передъ нимъ, по подлинному выраженію судебнаго рѣшенія такую «низменность и пошлость побужденій», руководившихъ истцомъ, что въ примѣнимости къ разбираемому случаю § 826-го не могло быть сомнѣнія.

И такъ, въ итогѣ залогопринимательрывшій другому яму, самъ себя наказалъ на 23.000 марокъ.

[1] См. *K. Hellwig*, System des d. Zivilprozessrechts, 1 Teil, 1912, S. 785 — 6: «Несмотря на всѣ попытки, дѣлаемыя Имперскимъ Судомъ для успокоенія юридической совѣсти, надобно подчеркнуть, что эта судебная практика находится въ рѣжущемъ противорѣчіи съ принципами законной силы судебныхъ рѣшеній. Для обоснованія деликтнаго иска необходимо указать, что присужденнаго требованія не существуетъ... что рѣшеніе неправильно по существу». Проф. Б. В. Поповъ (рецензія на работу Weill'я въ Ж. М. Ю. за октябрь 1912): «Если надо такимъ образомъ предварительно перерѣшить процессъ и лишь въ случаѣ неправильности вступившаго въ силу рѣшенія присуждать хитреца къ платежу ущерба, то къ чему же сведется принципъ незыблемости rei judicatae. Подъ этой другой маской иска о возмѣщеніи вреда и убытковъ воскреснетъ новая апелляція, независимая отъ процессуальныхъ ограниченій и сроковъ, для обычнаго пересмотра въ уставѣ судопроизводства исчисленныхъ» (стран. 315).

«Постановленія Устава Гражданскаго Судопроизводства о возобновленіи производства не исключаютъ возможности иска о возмѣщеніи вреда. Сказанныя постановленія опредѣляютъ допустимость оспариванія процессуальнымъ порядкомъ вошедшихъ въ законную силу рѣшеній. При возбужденіи иска объ убыткахъ на основаніи § 826-го рѣчь идетъ не о возможной отмѣнѣ самого рѣшенія, а о вознагражденіи за вредъ, вызванный именно тѣмъ, что судебное рѣшеніе со всѣми вытекающими изъ него юридическими послѣдствіями остается въ силѣ» (R. G. рѣш. 9 февр. 1911—Entsch. Bd. 75, S. 213 ff., 216).

Въ такомъ же смыслѣ рѣшено было дѣло объ отказѣ мужа выплачивать разведенной съ нимъ женѣ присужденное съ него содержаніе. Мужу удалось доказать, что вины на его сторонѣ не было и что судъ самымъ наглымъ образомъ былъ введенъ въ заблужденіе получившей разводъ супругою. Имперскій Судъ нашелъ, что, вступивши въ законную силу, постановленіе о разводѣ должно оставаться безповоротнымъ, а рѣчь можетъ идти только объ устраненіи имущественнаго вреда отъ недобросовѣстно достигнутаго судебнаго рѣшенія. «Das Urteil bleibt mit seiner den Familienstand verändernden Wirkung vollständig in Kraft und es kann nur der durch Begründung oder Einbüssung des Unterhaltsanspruchs enstandene vermögensrechtliche Schaden beseitigt werden» [1]. Въ разсматриваемомъ же случаѣ устраненіе вреда для мужа можетъ быть достигнуто лишь отрицаніемъ за женою права выводить изъ безчестно добытаго ею рѣшенія о разводѣ притязанія къ мужу о выдачѣ ей средствъ на содержаніе (R. G. рѣш. 30 окт. 1911,—Warneyer Erg. Bd. V, 1912, № 25, стр. 27 и слѣд.).

Подобнымъ же образомъ, при помощи того же § 826-го Имперскій Судъ борется съ недобросовѣстной спекуляціей на установленныя закономъ формы сдѣлокъ или сроки давности. Имперскій Судъ не допускаетъ, чтобы кто-либо, не рискуя гражданской отвѣтственностью за нарушеніе добрыхъ нравовъ, коварнымъ образомъ мѣшалъ другимъ оформить надлежащимъ образомъ сдѣлку (R. G. рѣш. 15 ноября 1907—Seufferts Archiv Bd. 63, S. 349 ff.), или прервать давность (R. G. рѣш. 26 окт. 1906,—Entsch. Bd. 64, S. 220 ff.), а послѣ того самъ же къ своей выгодѣ ссылался на несоблюденіе законной формы или на истеченіе давности. Имперскій Судъ идетъ даже дальше: онъ усматриваетъ дурной умыселъ и нарушеніе добрыхъ нравовъ уже въ томъ, что на несоблюденіе формы ссылается сторона, по винѣ коей это произошло, хотя бы въ свое время она помѣшала заключенію сдѣлки въ предписанной закономъ формѣ безъ всякой задней мысли (dolus praesens, R. G. указанное рѣшеніе 15 ноября 1907 г.) [2].

---

[1] «Судебное рѣшеніе съ произведенными имъ измѣненіями въ семейномъ состояніи тяжущихся остается въ полной силѣ, и можетъ быть устраненъ только имущественный вредъ, возникшій вслѣдствіе установленія или лишенія правопритязанія на полученіе содержанія».

[2] См. *H. Reichel,* Zur Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte (Archiv f. Civilistische Praxis, Bd. 104, 1909, S. 1 ff.). — *E. Joseph,* Arglistige Herbeiführung

Злоупотребленія законной силой судебныхъ рѣшеній и законными формами юридическихъ сдѣлокъ—только частные, хотя и наиболѣе яркіе, примѣры злоупотребленій формальною стороною права, преслѣдуемыхъ въ Германіи на основаніи § 826-го. Подъ этотъ параграфъ германская судебная практика подводитъ множество другихъ злоупотребленій формальными полномочіями, которыя (полномочія) технически высоко развитое нѣмецкое право въ изобиліи предоставляетъ въ распоряженіе векселедержателей, залогопринимателей, даже обыкновенныхъ кредиторовъ; законныхъ представителей и довѣренныхъ; распорядителей дѣлами товарищества; мужей, управляющихъ «внесеннымъ» имуществомъ женъ; лицъ, неправильно записанныхъ въ поземельныя книги собственниками или субъектами иныхъ вещныхъ правъ на недвижимость; лицъ, не имѣющихъ права наслѣдованія, но формально легитимированныхъ въ качествѣ наслѣдниковъ и пр.[1]. Противно добрымъ нравамъ не только злоупотребленіе формальными полномочіями, но и сознательное участіе въ злоупотребленіяхъ постороннихъ лицъ, что, какъ отмѣчаетъ Эннекцерусъ[2], практически особенно важно, ибо лица, злоупотребляющія формальными полномочіями, обыкновенно и безъ того могли бы быть привлечены къ гражданской отвѣтственности, а постороннія лица, безъ примѣненія къ нимъ § 826-го, пользовались бы полной безотвѣтственностью.

Особаго интереса заслуживаютъ попытки судебной практики поддержать, при помощи § 826-го, начала честнаго отношенія другъ къ другу и направленныя на это взаимныя притязанія сторонъ въ классовой борьбѣ между трудомъ и капиталомъ.

Свобода коалицій, какъ извѣстно, была провозглашена въ Германіи для государствъ Сѣверо-Германскаго Союза въ 1869 г., и постепенно распространена на всю возникшую послѣ того Имперію. Какъ рабочіе, такъ и работодатели, пользуясь предоставленной имъ свободой, создали могучія боевыя организаціи, всегда готовыя, въ случаѣ нужды, бороться за свои права и интересы при помощи забастовокъ, локаута, бойкота и т. п. сильныхъ по энергіи средствъ воздѣйствія на противниковъ. Двѣ могучія арміи стоятъ другъ противъ друга, сознавая, что побѣда достанется тому, чьи организаціи окажутся сильнѣе людьми, средствами, дисциплиной и самоотверженной преданностью общему дѣлу. Государственное вмѣшательство въ борьбу двухъ главныхъ факторовъ современной промышленности, по крайней мѣрѣ, въ теоріи, допустимо лишь для сохраненія за борьбою культурнаго характера, для предотвращенія эксцессовъ и уродливыхъ отклоненій отъ нормальныхъ проявленій соціальной борьбы.

Спеціальнымъ уголовнымъ закономъ преслѣдуется въ Германіи,

---

der Formnichtigkeit (Archiv f. Bürgerliches Recht Bd. 36, 1911, S. 60 ff).—*P. Oertmann*, Arglistige Herbeiführung der Formnichtigkeit, (Das Recht, 1914, S. 8 ff.).

[1] См. судебн. рѣш., приведен. у *Enneccerus'*а, Lehrbuch des B. Rechts, изд. 6—8, 1912, Bd. 1, 2, § 453, Anm. 18, 19, S. 640.— *Hedemann*, Sittenwidrige Schädigung, S. 42 ff.

[2] *Enneccerus*, Lehrbuch, цит. стр., прим. 18.

какъ злоупотребленіе коалиціонной свободой, принужденіе къ участію въ коалиціи и удержаніе противъ воли лицъ, желающихъ выйти изъ коалиціи, если средствами принужденія служитъ физическая сила, угрозы, оскорбленіе чести или исключеніе изъ общенія (§ 153 Устава о промышленности).

Изъ нормъ общеуголовнаго характера къ правонарушеніямъ, связаннымъ съ соціальными конфликтами, въ практикѣ нѣмецкихъ судовъ находятъ себѣ примѣненіе—какое, этого вопроса мы не будемъ здѣсь касаться—главнымъ образомъ, постановленія о вымогательствѣ и грубомъ безчинствѣ (ст. ст. 253 и 306 п. 11 Угол. Улож.).

Но и въ предѣлахъ уголовно-ненаказуемаго и безъ спеціальныхъ юридическихъ запретовъ борющіяся стороны, по неоднократнымъ разъясненіямъ Имперскаго суда, обязаны, какъ честные противники, воздерживаться отъ умышленнаго искаженія фактовъ и отъ легкомысленныхъ утвержденій и выступленій, безъ тщательнѣйшей провѣрки тѣхъ обстоятельствъ, которыя публично вмѣняются въ вину противнику или служатъ фактическимъ основаніемъ для рѣшеній, могущихъ очень тяжело отозваться на дѣлахъ и даже на личной судьбѣ противной стороны (R. G. рѣш. 29 мая 1902,—Entsch. Bd. 51, S. 369 ff; 12 іюля 1906, Bd. 64, S. 52 ff; 14 октября 1907, Bd. 66, S. 384; 3 мая 1909, Bd. 71, S. 112; 18 апрѣля 1912,—Jur. Woch. 1912, S. 749, № 14: «Wahrheits-und Sorgfaltspflicht... deren Verletzung nach Umständen auch bei blosser Fahrlässigkeit—bei grober Fahrlässigkeit, frevelhaftem Leichtsinn—die Massregelung und geflissentliche Schädigung des Gegners zu einer sittlich verwerflichen, daher unerlaubten Handlung stempeln kann» [1].

Имперскій судъ требуетъ отъ сторонъ также чтобы онѣ даже въ пылу борьбы избѣгали ругани и ожесточенныхъ, переходящихъ въ прямую травлю, нападокъ другъ на друга, а перенося конфликтъ на судъ публики и обращаясь за поддержкою къ широкимъ массамъ населенія, не ограничивались лишенными конкретнаго содержанія громкими фразами и призывами къ солидарности, а давали правдивое и достаточно полное изложеніе причинъ и обстоятельствъ конфликта, дабы публика имѣла возможность составить себѣ собственное сужденіе о дѣлѣ и сообразовать съ этимъ свое поведеніе. (R. G. 14 окт. 1907, Entsch Bd. 66, S. 384; 13 февраля 1911,—Bd. 76, SS. 40—41; 26 сент. 1912,—Jur. Woch. 1912, S. 749 № 14 и др.).

Эти требованія дали поводъ нѣкоторымъ изслѣдователямъ не безъ легкаго оттѣнка іроніи говоритъ о выставляемыхъ Имперскимъ судомъ правилахъ «хорошаго тона» въ соціальной борьбѣ. [2].

Само собою разумѣется, состояніе остраго соціальнаго конфликта—

---

[1] «Нарушеніе долга правдивости и заботливости иногда и при простой небрежности (грубой небрежности, преступномъ легкомыслiи) можетъ сдѣлать принятую противъ другихъ мѣру и (умышленное) причиненіе вреда нравственно предосудительнымъ, а посему недозволеннымъ дѣйствіемъ».

[2] *F. Kestner,* Der Organisationszwang, 1912, S. 360. *K. Klein,* Das Organisationswesen der Gegenwart 1913, S. 263.

мало подходящая обстановка для взаимнаго обмѣна любезностями, и правила «хорошаго тона» могутъ оказаться весьма опасными для непривыкшихъ къ тонкому обращенію демократическихъ массъ народа [1]. Но, въ интересахъ объективности, мы бы хотѣли отмѣтить, что самъ Имперскій судъ прекрасно отдаетъ отчетъ, что широкіе слои народа, вообще не избалованные по части стиля («an grobe Kost gewöhnt»), въ частности до такой степени пріучены къ крикливости и рѣзкостямъ газетнаго жаргона («des lungenkräftigen und die Dinge auf die Spitze stellenden Zeitungsstils»), что ихъ нисколько не шокируетъ отсутствіе чувства мѣры и сильная сгущенность красокъ въ обращаемыхъ къ нимъ воззваніяхъ. Въ виду этого Имперскій судъ не рѣшается, напр., объявить противнымъ добрымъ нравамъ такое выраженіе по адресу представителей общиннаго управленія какъ «олицетворенное представительство интересовъ владѣющихъ классовъ» («die personifizierte Interessenvertretung der Besitzender»), но полагаетъ, что въ экономической и политической борьбѣ можно обойтись безъ такихъ грубыхъ и оскорбительныхъ выраженій, какъ «эксплоататоры рабочаго пота», «угнетатели народа», «стражники, приставленные къ золотому мѣшку» («Ausbeuter des Arbeiters-schweises», «Volksunterdrücker» «die Geldsackwächter») и т. п.—Рѣш. 13 февр. 1911, Entsch. Bd. 76, SS. 40—42.

Равнымъ образомъ изъ практики борьбы, согласно § 826-му, по многократнымъ указаніямъ Имперскаго суда, должны быть изгнаны и такіе способы дѣйствій, которые могутъ привести къ экономической гибели противника [2] или способны причинить ему и другимъ вредъ, нисколько не оправдываемый важностью ожидаемыхъ положительныхъ результатовъ [3].

---

[1] *Ф. Кестнеръ*, указ. соч. стр. 361, находитъ даже, что не зачѣмъ прикрывать вѣжливостью бездну противорѣчій, отдѣляющую борющихся противниковъ: «es hat gerade hier keinen Zweck den Abgrund der Gegensätze durch Höfflichkeit zu verdecken».

[2] R. G. рѣш. 17 сент. 1908, гдѣ говорится, что слѣдуетъ признать противнымъ добрымъ нравамъ, если «dem Gegner zugefügte Nachteil so erheblich ist das dadurch dessen wirtschaftliche Ruin herbeigeführt wird» J. W. 1908, S. 679. Въ рѣш. 13 мая 1912 г. сказано, что вредъ, связанный съ бойкотированіемъ противника «nicht zur völligen Vernichtung des Gegners führen darf» J. W. 1912, S. 810. Согласно рѣш. 7 ноября 1912, недопустимы такіе пріемы борьбы «die in ihrem Erfolge dahin zielen, die wirtschaftilche Vernichtung des Gegners herbeizuführen», J. W. 1913, S. 135.

[3] Въ рѣш. R. G. отъ 14 окт. 1907 г., Bd. 66, S. 379 и сл. (385) предлагается сопоставить «auf der einen Seite die Schwere der fur die Klägerin durch die öffentliche Verratserklärung verursachten Nachteile, auf der anderen Seite die Bedeutung der Vorteile welche durch die von den Beklagten ergrifenen Massnahmen für die dem verklagten Verbande angehörenden Hamburger Musiker» Въ рѣш. 2 дек. 1909 г. (по дѣлу объ Эйзенахской пивной войнѣ) говорится общѣе: «es war... für die Beurtheilung der angewandten Mittel von Bedeutung ob sie im gerechten Verhältnisse zu den umstrittenen Interessen standen» J. W. 1908, 38 и сл. (39). Рѣш. 23 дек. 1908: «Die Anwendung eines an sich erlaubten Kampfmittels sich als unsittlich und daher rechtswidrig darstellen kann wenn der Nachteil, der dabei dem Gegner zugefügt wird, im Verhältnisse zu den Interessen zu deren Wahrung der Kampf geführt wird übermässig schwer ist» J. W. 1909, 109 и сл. (110). Рѣш. 13 мая 1912: Der angerichtete

Но если борьба ведется частными средствами, при соблюденіи правила о соразмѣрности средствъ намѣченнымъ цѣлямъ, и ведется къ тому же, что также существенно важно,—по вполнѣ основательнымъ побужденіямъ, всѣ обычныя ея формы: забастовка, локаутъ, бойкотъ, отнятіе у рабочихъ при помощи черныхъ списковъ и т. п. пріемовъ возможности имѣть работу, признаются Имперскимъ судомъ согласными съ добрыми нравами (R. G. 29 мая 1902,—Entsch. Bd. 51, S. 369 ff; 26 марта 1903—Bd. 54, S. 255 ff; 12 іюля 1906, Bd. 64, S. 52 ff. и мн. послѣдующія рѣшенія).

При этомъ практика гражданскихъ Сенатовъ Имперскаго суда рѣшительно порвала съ выработаннымъ практикою уголовныхъ Сенатовъ того же Высшаго суда положеніемъ, будто всякое принужденіе, не опирающееся на прямое дозволеніе закона, противоправно. Гражданская практика Имперскаго суда исходитъ изъ совершенно обратнаго положенія, что никто не можетъ по праву притязать на полную свободу отъ принудительныхъ вліяній, и что только опредѣленные виды и степени принужденія, а не всякое вообще принудительное воздѣйствіе на психику другого должно разсматриваться, какъ посягательство на личную свободу. Въ одномъ мѣстѣ рабочіе потребовали отъ хозяина предпріятія принятія обратно 44 товарищей, уволенныхъ за забастовку и, когда имъ въ этомъ было отказано, возобновили забастовку и приняли обычныя мѣры къ недопущенію замѣстителей. Хозяинъ усмотрѣлъ какъ въ домогательствахъ, такъ и въ дальнѣйшемъ поведеніи рабочихъ «противоправное и безнравственное» стремленіе ограничить принадлежащую ему свободу выбора себѣ рабочихъ и, увѣренный въ своемъ правѣ нанимать и увольнять кого онъ хочетъ, безъ помѣхи съ чьей бы то ни было стороны, возбудилъ гражданское дѣло (противъ редактора и владѣльцевъ газеты, поддерживавшей рабочихъ въ борьбѣ) и провелъ его черезъ всѣ законныя инстанціи вплоть до высшаго Имперскаго суда.

Но Имперскій судъ разъяснилъ ему, что онъ заблуждается, полагая, что всякія усилія помѣшать хозяину въ свободномъ выборѣ себѣ рабочихъ уже сами по себѣ расходятся съ добрыми нравами, и что всякое вторженіе въ эту свободу должно почитаться безнравственнымъ. «Въ промышленной борьбѣ», указалъ жалобщику Имперскій судъ, «дѣйствія, клонящіяся къ тому, что посредствомъ психическаго давленія опредѣлить поведеніе противника въ извѣстномъ, благопріятномъ для дѣйствующаго лица, смыслѣ, лишь тогда должны почитаться противными добрымъ нравамъ, если средства, употребленныя для достиженія вообще дозволенной цѣли, сами по себѣ безнравственны, какъ напр., извращенная передача фактовъ или изложеніе, по манерѣ своей представляющее травлю противника, или если причиненный противнику въ видахъ оказанія на него давленія вредъ настолько великъ, что грозитъ ему хозяйственнымъ раз-

---

Schaden... in keinem Missverhältnis zu dem erstrebten Ziele steht. J. W. 1912, 810 и сл. (810); рѣш. 7 ноября 1912: «Die dadurch herbeigeführten Nachteile in keinem Verhältnis zu den dadurch erreichten Vorteilen stehen». J. W. 1913, 134 и сл. (135).

зореніемъ или, во всякомъ случаѣ, находится въ нестерпимомъ несоотвѣтствіи съ преслѣдуемой выгодой,—наконецъ, также, если, по положенію дѣла, результатъ, котораго желаютъ достигнуть посредствомъ психическаго давленія, не представляется основательной цѣлью» (R. G. рѣш. 17 сент. 1908—Jur. Woch. 08, S. 679 № 11. Warneyer, Erg. Bd. II, 09, № 20, S. 21 ff).

Въ соотвѣтствіи съ своими общими руководящими идеями, Имперскій судъ безъ колебаній отвергаетъ, какъ могущій дать поводъ къ неправильнымъ заключеніямъ, распространенный въ извѣстныхъ кругахъ нѣмецкаго общества и упорно поддерживаемый прусскимъ Каммергерихтомъ взглядъ, будто законность рабочихъ забастовокъ вытекаетъ изъ § 152 Уст. о промышленности, отмѣнившаго всѣ запреты и наказанія за соглашенія и союзы, направленные на достиженіе лучшихъ условій вознагражденія и труда, въ особенности посредствомъ пріостановки работы или разсчета рабочихъ. Дѣло въ томъ, что юристы и суды, выводящіе законность рабочихъ забастовокъ изъ § 152 Уст. о промышл., дѣлаютъ отсюда дѣльнѣйшій выводъ, что забастовка съ иною цѣлью, а не для достиженія лучшихъ условій вознагражденія и труда, о чемъ говорится въ § 152 Уст. о пром., должна быть признаваема незаконной.

Въ рѣш. 21 октября 1912 (Jur. Woch. 1913, S. 146, № 26) Имперскій Судъ подвергаетъ отмѣченную выше аргументацію рѣшительной критикѣ. «§ 152 Уст. о пром.,» говоритъ онъ, «отмѣняя всѣ существовавшія до того времени въ мѣстныхъ законодательствахъ запреты и наказанія, предоставляетъ какъ работодателямъ, такъ и рабочимъ, во многихъ отношеніяхъ ограниченную раньше свободу коалицій, какъ боевое средство въ промышленной, экономической и классовой борьбѣ. Но этотъ параграфъ не содержитъ въ себѣ никакого запрещенія соглашеній или соединеній для иныхъ, помимо названныхъ въ немъ цѣлей. Лишь на основаніи другихъ узаконеній, а при отсутствіи спеціальныхъ на этотъ предметъ постановленій, на основаніи общихъ нормъ гражданскаго права, можно опредѣлить, допустимы ли и въ какихъ именно предѣлахъ соглашенія или соединенія для иныхъ цѣлей». Принявши эту точку зрѣнія, слѣдуетъ придти къ заключенію, что работодатель лишь тогда можетъ претендовать на возмѣщеніе убытковъ отъ забастовки, если забастовка по условіямъ даннаго конкретнаго случая должна быть признана несогласной съ добрыми нравами. «Объ этомъ не можетъ быть рѣчи, если забастовка имѣетъ въ виду достиженіе какой-либо, на взглядъ устроителей, основательной цѣли, и не происходитъ такъ себѣ просто по злобѣ, или изъ мести». Изъ только что приведеннаго, къ тому же, одного изъ самыхъ послѣднихъ рѣшеній Имперскаго Суда, ясно видно, что, по взгляду высшей въ Германіи судебной инстанціи, должны считаться согласными съ добрыми нравами не однѣ только экономическія забастовки, но и демонстративныя политическія забастовки, ибо и онѣ предпринимаются не для утоленія злобы и не изъ жажды мести, а ради, на взглядъ устроителей, вполнѣ основательныхъ цѣлей.

Трудно также изъ упомянутаго здѣсь рѣшенія сдѣлать выводъ о

несогласіи съ добрыми нравами забастовокъ, возникающихъ вслѣдствіе отказа работать вмѣстѣ съ штрейкбрехерами, «желтыми» или неорганизованными рабочими. Чтобы сдѣлать съ логическимъ основаніемъ такой выводъ, надо предварительно доказать, что забастовки подобнаго характера питаются главнымъ образомъ чувствами злобы и мести, а не другими, во всякомъ случаѣ, несравненно лучшими побужденіями.

Массовый расчетъ рабочихъ (локаутъ) въ типической формѣ «программнаго» локаута, въ цѣляхъ противодѣйствія рабочимъ, домогающимся отъ хозяевъ тѣхъ или другихъ улучшеній, или для осуществленія, противъ воли рабочихъ, выработанныхъ хозяевами условій найма ни въ комъ не возбуждаетъ принципіальныхъ сомнѣній, и допустимость его съ точки зрѣнія добрыхъ нравовъ, при соблюденіи общихъ правилъ соціальной борьбы, не подвергается спору (R. G. 26 марта 1903,—Entsch. Bd. 54, S. 255 ff.; 17 марта 1904,—Bd. 57, S. 418 ff. и др.).

Сомнѣнія возникали только, въ связи съ массовыми расчетами за празднованіе 1-го мая, относительно допустимости «карательныхъ» локаутовъ. Но общее мнѣніе юристовъ,—что майскій локаутъ, какъ бы къ нему ни относиться съ другихъ точекъ зрѣнія, не содержитъ въ себѣ состава деликта, предусмотрѣннаго § 826-мъ. См. Die Mai-Aussperrung—статьи *Лотмара* (стр. 225 сл.) *Флеша* (стр. 393 сл.) и *Вельблинга* (стр. 397 и сл., въ «Gewerbe-und Kaufmannsgericht» за 1907—08 г. (Jahrg. 13).—*H. G. Schmaltz,* Maifeier und Maiaussperrung, Hamburg 1911.—*V. Broecker,* Maifeier und Maiaussperrung въ «Die deutsche Arbeitgeberzeitung» за 1-е октября 1911 г.

По мнѣнію нѣкоторыхъ юристовъ, тутъ даже вопроса никакого нѣтъ. «Пусть съ точки зрѣнія сознательной классовой политики празднованіе 1-го мая мая является допустимымъ,—говоритъ проф. Эртманнъ [1]; но самособою разумѣется, тогда и работодателю должно быть дозволено съ точки зрѣнія его столь же достойныхъ защиты классовыхъ интересовъ принимать, въ свою очередь, соотвѣтственныя мѣры противодѣйствія». А гамбургскій судья Бойзенъ [2] находитъ даже возможнымъ утверждать, что всякій, кто взираетъ на міръ не съ теоретическихъ высотъ, а непосредственно соприкасается съ жизнью, знаетъ, что майскій локаутъ имѣетъ соціально-воспитательную цѣль: привить рабочимъ уваженіе къ дѣйствующему праву и государственному порядку, не включившему 1-ое мая въ табель праздничныхъ дней [3].

Большія нареканія вызываютъ на себя локауты «по симпатіи», выражающіеся въ томъ, что на помощь предпріятію, гдѣ слишкомъ долго затянулась забастовка, приходятъ другіе работодатели, прекращая работы въ своихъ предпріятіяхъ. Умножая число безработныхъ, выбрасы-

---

[1] *P. Oertmann,* Recht der Schuldverhältnisse, 3—4 Aufl. 1910, S. 1078.

[2] *Boysen,* Die Maiaussperrung. Gewerbe und Kaufmannsgericht, 14 Jahr. 1908—09, S. 441 ff.

[3] «Der weiss, das der Zweck der Maiaussperrung nicht eine Schädigung der Arbeiter ist, sondern die Erziehung derselben zur Respektierung des geltenden Rechts und der staatlichen Ordnung, wonach der 1 Mai keine Feiertag ist».

вая на улицу, кромѣ бастовавшихъ, еще и расчитанныхъ рабочихъ, дѣйствующіе «по симпатіи» работодатели имѣютъ въ виду истощить возможно скорѣе кассы рабочихъ союзовъ и, лишивъ забастовщиковъ матеріальной поддержки изъ союзнаго фонда, положить конецъ движенію [1].

Допустимость локаутовъ «по симпатіи» была официально признана въ рѣшеніи Имперскаго Суда отъ 26 марта 1903 г. (R. G. Bd. 54, S. 255 ff.).—Послѣ грандіознаго двухмѣсячнаго локаута, предпринятаго въ 1900 г. гамбургскими судовладѣльцами, съ намѣреніемъ оборвать въ самомъ началѣ, послѣ первыхъ же вспышекъ, то тутъ, то тамъ начинавшееся забастовочное движеніе портовыхъ и доковыхъ рабочихъ, 11 изъ многихъ тысячъ разсчитанныхъ рабочихъ предъявили, въ видѣ пробы, иски къ акціонерной компаніи Hamburg-America Linie и еще къ одной компаніи, присоединившейся къ выступленію другихъ работодателей «по симпатіи», для усиленія удара, направленнаго противъ рабочихъ. Имперскій Судъ отказалъ въ искѣ. Рабочіе—такъ былъ мотивированъ отказъ—часто приходятъ на помощь своимъ борющимся товарищамъ: бастуютъ по симпатіи, требуютъ обратнаго принятія уволенныхъ товарищей, отказываются выполнять такъ наз. Streikbrecherarbeit т.-е. работу, оставленную забастовавшими рабочими. Ни въ рабочей средѣ, ни въ справедливо-мыслящихъ представителяхъ нейтральныхъ общественныхъ круговъ такое поведеніе не считается противнымъ добрымъ нравамъ. «Равное право существуетъ какъ для рабочихъ, такъ и для работодателей; мы стали бы вразрѣзъ съ тенденціей § 152 Уст. о пром., если бы пожелали то, что на сторонѣ рабочихъ должно считаться юридически и нравственно дозволеннымъ, на сторонѣ работодателей разсматривать, какъ нарушеніе добрыхъ нравовъ».

Итакъ—локауты «по симпатіи», какъ форма солидарныхъ дѣйствій работодателей, по объясненію Имперскаго Суда, вполнѣ согласны съ добрыми нравами.

Гораздо большій интересъ, чѣмъ локаутъ, представляетъ для юриста другая, не менѣе распространенная метода борьбы работодателей противъ рабочихъ, такъ наз. «Sperrsystem», т.-е. систематическое отнятіе у рабочихъ возможности имѣть работу. Для достиженія этой цѣли работодатели обыкновенно прибѣгаютъ къ занесенію преслѣдуемымъ ими рабочихъ въ особые списки, которые, на языкѣ работодателей, именуются то «черными», то «синими», то просто, безъ обозначенія «цвѣта», «списками забастовщиковъ», «списками нарушителей договора» и т. п., а въ представленіи рабочихъ сливаются въ одно общее понятіе «черныхъ» списковъ.

Иногда цѣль оставленія безъ работы достигается иначе,—безъ занесенія въ какой-нибудь общій списокъ, а путемъ отмѣтокъ на «личныхъ карточкахъ» рабочаго или запрещенія нанимать рабочихъ безъ представленія аттестатовъ отъ прежняго работодателя или безъ записки, безъ удостовѣренія (Handzettel, Nachweisschein) о неимѣніи препятствій къ найму со стороны работодательскаго бюро труда.

---

[1] См. *Г. Г. Швиттау,* Промышленные конфликты, Спб. 1911, стр. 319, прим. 3.

Хотя, такимъ образомъ, оставленіе безъ работы, какъ орудіе борьбы въ рукахъ объединенныхъ работодателей, возможно и безъ веденія особыхъ списковъ, но все-таки классическимъ выраженіемъ этой методы борьбы противъ рабочихъ являются черные списки, и вся метода въ цѣломъ, хотя и не вполнѣ точно, нерѣдко обозначаемая, какъ «система черныхъ списковъ».

«Черные списки» (и другіе пріемы бойкотированія рабочихъ, по существу выполняющіе ту же роль и представляющіе для общества такую же опасность, какъ и черные списки) употребляются союзами работодателей по разнымъ основаніямъ и съ разными цѣлями.

1) Съ цѣлью ослабить бастующихъ или подвергнутыхъ локауту рабочихъ, лишивъ ихъ возможности найти себѣ, во время конфликта, работу гдѣ нибудь въ другомъ мѣстѣ.

2) Въ заботахъ о поддержаніи «дисциплины» среди рабочихъ.

3) Для «оздоровленія» рабочей среды и удаленія изъ предпріятій «непригодныхъ» и «нежелательныхъ» элементовъ рабочаго класса.

4) Какъ выраженіе общей политики, направленной на подавленіе рабочихъ движеній и разрушеніе рабочихъ организацій.

Система черныхъ списковъ, и сама по себѣ представляющая огромнѣйшее общественное зло, получаетъ еще болѣе одіозный характеръ, если списки, какъ это прежде зачастую бывало,—бываетъ и теперь,—ведутся въ тайнѣ, такъ что лицо, обрекаемое на всѣ ужасы безработицы, даже не подозрѣваетъ источника обрушившейся на него бѣды. Сверхъ того система черныхъ списковъ представляетъ собою благопріятную почву для насажденія самаго вопіющаго произвола и распространенія всевозможныхъ злоупотребленій.

Въ вліятельныхъ сферахъ Германіи именно небрежному и тайному веденію списковъ и злоупотребленіямъ отдѣльныхъ лицъ и союзовъ, а не внутреннимъ органическимъ недостаткамъ самой системы, склонны приписывать то справедливое негодованіе, съ которымъ относятся къ «эпидеміи» черныхъ списковъ не только рабочія массы народа, но и лица, не принадлежащія къ рабочему классу, и даже немалое число самихъ работодателей.

Въ этомъ отношеніи заслуживаетъ вниманія рѣчь статсъ-секретаря Ф. Бетманнъ-Гольвега, произнесенная имъ въ Рейхстагѣ 29 января 1909 г. въ отвѣтъ на сдѣланный правительству запросъ о томъ, какія мѣры намѣрено оно принять для обезпеченія свободы рабочаго договора и права коалицій (Deutscher Reichstag, Stenographische Berichte, Bd. 234, S. 6624 ff).

Представитель правительства съ нескрываемымъ осужденіемъ относится къ тайному способу веденія списковъ, вслѣдствіе чего у рабочаго отнимается возможность обратиться къ посторонней авторитетной инстанціи для провѣрки правильности занесенія въ черный списокъ. Съ неменьшимъ возмущеніемъ говоритъ Б.-Гольвегъ также о томъ, что занесеніе въ списки поручается иногда нйзшимъ служащимъ, и производится безъ полнаго и тщательнаго разслѣдованія дѣла и не безъ вліянія постороннихъ, чисто личныхъ соображеній. Не отрицалъ онъ и множе-

ства злоупотребленій, развившихся на почвѣ системы черныхъ списковъ. Но изъ всего этого онъ дѣлаетъ только тотъ выводъ, что дѣйствіе обсуждаемой системы необходимо подчинить началу гласности и произвести въ ней другія улучшенія. Съ злоупотребленіями, которыя все-таки останутся связанными съ системой черныхъ списковъ, даже въ ея улучшенномъ видѣ, по мнѣнію Б.-Гольвега, можно и должно бороться безъ упраздненія самой системы, которая не произвольно же, вѣдь, выдумана работодателями, а является неизбѣжнымъ послѣдствіемъ опредѣленныхъ экономическихъ и соціальныхъ причинъ. Для борьбы съ злоупотребленіями, по словамъ Б.-Гольвега, нѣтъ надобности и въ изданіи спеціальнаго закона, который по необходимости вышелъ бы казуистическимъ и неполнымъ. «Я того мнѣнія, пояснилъ Б.-Гольвегъ свою мысль, что самымъ цѣлесообразнымъ, а значитъ и самымъ дѣйствительнымъ, средствомъ предупрежденія злоупотребленій, связанныхъ съ системой отрѣшенія рабочихъ отъ найма (Sperrsystem) было бы, при примѣненіи на практикѣ § 826-го Гражданскаго Уложенія (въ стенографическомъ отчетѣ очевидная опечатка: «§ 826 des Bürgerlichen Strafgesetzbuchs») толковать понятіе добрыхъ нравовъ такъ, какъ того требуютъ экономическія и соціальныя отношенія (даннаго момента). Понятіе добрыхъ нравовъ не окаменѣлое и неподвижное (nicht starr und unbeweglich), и не можетъ быть таковымъ, если оно должно приноровляться къ вѣчно мѣняющимся отношеніямъ жизни. Недопущеніе рабочаго до найма ни въ одно предпріятіе какого-нибудь небольшого фабричнаго округа можетъ представляться вполнѣ допустимою мѣрой, тогда какъ отрѣшеніе отъ найма во всѣхъ предпріятіяхъ болѣе или менѣе обширнаго промышленнаго района, фактически отнимающее у рабочаго возможность снискать себѣ пропитаніе, шло бы вразрѣзъ съ добрыми нравами. Подобнымъ же образомъ обстоитъ дѣло и въ тѣхъ случаяхъ, когда отрѣшеніе отъ найма направляется противъ принадлежности къ (рабочимъ) организаціямъ. Спеціальный законъ никогда не былъ бы въ состояніи въ такой мѣрѣ приноровляться къ мѣняющимся фактическимъ отношеніямъ, какъ это возможно для понятія добрыхъ нравовъ въ §-ѣ 826-омъ,— предполагая, конечно, что оно не получитъ разъ навсегда зафиксированнаго смысла (dass er nicht als ein starrer Ausspruch aufgefasst wird), а постоянно будетъ отвѣчать дѣйствительному состоянію экономическихъ и соціальныхъ отношеній даннаго момента... Спеціальный законъ по необходимости вышелъ бы казуистичнымъ, и я даже не представляю себѣ, какъ его слѣдовало бы осуществить» (und ich wüsste kaum, wie es durchführt werden sollte)—Stenographische Berichte, стр. 6626.

На эту же точку зрѣнія индивидуализирующаго изслѣдованія отдѣльныхъ случаевъ всталъ и Имперскій Судъ. Онъ не соглашается съ тѣми, кто осуждаетъ всю «систему» черныхъ списковъ, какъ противную добрымъ нравамъ. И черные списки [1], и другіе пріемы отрѣшенія рабочихъ

[1] Въ рѣш. 29 мая 1902 г. (Entsch. Bd. 51, S. 369 ff) было разъяснено, что циркуляры, которыми отдѣльные предприниматели обмѣниваются между собою, сообщая другъ другу о возникшихъ у нихъ конфликтахъ съ рабочими и вмѣстѣ съ

отъ найма, наблюдаемые въ практикѣ работодательскихъ бюро труда [1], Имперскій Судъ считаетъ въ принципѣ допустимыми и согласными съ добрыми нравами. Онъ только во имя справедливости, категорически требуетъ, чтобы союзъ работодателей безъ очень серьезной причины не прибѣгалъ къ отрѣшенію рабочаго отъ найма на долгое время или вовсе безъ опредѣленія срока. Такими серьезными причинами, оправдывающими недопущеніе къ найму въ цѣлый кругъ предпріятій, Имперскій Судъ считаетъ обнаруживающуюся непригодность рабочаго (напр., вслѣдствіе физической болѣзни, душевнаго разстройства и т. п.) къ исполненію работъ вообще или въ даннаго рода производствѣ, или тяжкую вину рабочаго, установленную путемъ тщательнаго разслѣдованія дѣла (R. G. 29 мая 1903,—Entsch. Bd. 51, S. 385; 17 марта 1904, Bd. 57, S. 428; 4 апрѣля 1907, Bd. 65, S. 427—428; 3 мая 1909, Bd. 71, S. 112). Въ общемъ же допустимость или недопустимость черныхъ списковъ, какъ и всѣхъ прочихъ мѣръ соціальной борьбы, ставится въ зависимость отъ обстоятельствъ каждаго единичнаго случая, и въ частности отъ тяжести грозящаго противнику зла: «Дѣйствіе, имѣющее своею цѣлью или послѣдствіемъ подрывъ промышленнаго существованія противника, лишеніе его на долгое время возможности добывать себѣ денежныя средства и хлѣбъ насущный, должны вызывать къ себѣ иное отношеніе и оцѣнку, нежели мѣра борьбы, разсчитанная только на то, чтобы на сравнительно короткое время, до разрѣшенія возникшаго конфликта, отнять у противника возможность имѣть доходъ или заработокъ въ опредѣленной отрасли промышленности, и тѣмъ понудить его къ уступкамъ и подчиненію выставленнымъ условіямъ» (R. G. рѣш. 29 мая 1903, Bd. 51, S. 385).

Въ виду только что указанныхъ соображеній, Имперскій Судъ призналъ достаточно мотивированнымъ отказъ въ выдачѣ удостовѣренія на право работы по найму въ предпріятіяхъ работодательскаго союза рабочему, у котораго, по заключенію врачей, отъ разныхъ причинъ,—между прочимъ, на почвѣ сифилиса и алкоголизма, развилась душевная болѣзнь, доводившая его до галлюцинацій и сопровождавшаяся время отъ времени, при сильной повышенной возбудимости его вообще, настоящими припадками ярости, дѣлавшими больного небезопаснымъ для окружающихъ. Болѣзнь истца была констатирована и уголовнымъ судомъ, такъ какъ въ двухъ случаяхъ привлеченія его къ уголовной отвѣтственности

тѣмъ прося не принимать къ себѣ на работу (до окончанія конфликта) никого изъ поименованныхъ въ «черныхъ спискахъ» рабочихъ, поскольку сообщаемые въ циркулярахъ факты согласны съ дѣйствительностью или, по крайней мѣрѣ, добросовѣстно принимаются за истинные,—не заключаютъ въ себѣ отнюдь ничего такого, что бы противорѣчило добрымъ нравамъ.

[1] Въ рѣш. 4 апр. 1907 г. (Entsch. Bd. 65, S. 423 ff., особенно 426—428) указано, что въ учрежденіи односторонне-работодательскихъ бюро найма, съ присвоеніемъ имъ функціи не только обезпечивать объединеннымъ предпринимателямъ достаточное количество рабочихъ рукъ, но и браковать отдѣльныхъ лицъ, которыхъ завѣдующій бюро или правленіе союза признаетъ «непригодными» для занятія въ союзныхъ мастерскихъ, нѣтъ ничего противнаго ни закону, ни добрымъ нравамъ.

за учиненіе надъ другими физическаго насилія и за нанесеніе оскорбленій дѣйствіемъ онъ былъ судомъ оправданъ въ силу признанія его дѣйствовавшимъ въ состояніи невмѣняемости. «Какъ отдѣльному предпринимателю—читаемъ мы въ рѣшеніи отъ 4 апрѣля 1907 г. (Entsch. Bd. 65, S. 423 ff),—нельзя было бы поставить въ вину, что онъ, не смотря на состраданіе, котораго безъ сомнѣнія, заслуживаетъ истецъ, не согласился бы держать у себя человѣка съ такими физическими и душевными особенностями, какъ у истца, такъ и представителямъ привлеченнаго въ качествѣ отвѣтчика союза невозможно дѣлать упрекъ въ нарушеніи добрыхъ нравовъ на томъ основаніи, что они сдѣлали распоряженіе не выдавать истцу нужнаго ему удостовѣренія отъ союза, и тѣмъ отняли у него возможность быть принятымъ въ какое-либо изъ принадлежащихъ къ союзу промышленныхъ заведеній» (стр. 429).

Въ рѣш. 3 мая 1909 г. (Entsch. Bd. 71, S. 108 ff.) Имперскій Судъ нашелъ согласнымъ съ добрыми нравами наказаніе безработицей фабричнаго ученика (18 лѣтъ), который, хотя и не присоединился къ бастующимъ, во время возникшей на фабрикѣ стачки, но оказывалъ помощь забастовщикамъ, передавая имъ обо всемъ, что дѣлалось на фабрикѣ, особенно о поступленіи и уходѣ «желающихъ работать», и указывая этихъ послѣднихъ на улицѣ сторожевымъ пикетамъ забастовщиковъ. И продолжалъ такъ поступать, несмотря на неоднократныя предостереженія одного изъ хозяевъ. Когда же хозяинъ засталъ его во время разговора съ стоявшими на посту забастовщиками и окликнулъ его, то онъ, хотя и обернулся на зовъ, но сдѣлалъ отрицательный жестъ рукою (eine abweisende Handbewegung) и тутъ же сталъ продолжать бесѣду съ забастовщиками. А когда послѣ этого былъ поднятъ вопросъ о досрочномъ прекращеніи договора обученія, то провинившійся юноша не обнаружилъ ни малѣйшаго раскаянія, а съ пренебреженіемъ заявилъ, что онъ даже радъ будетъ уйти съ теперешняго мѣста. Дѣло кончилось тѣмъ, что ученикъ былъ уволенъ, а потомъ со стороны работодательскаго бюро труда былъ поставленъ въ извѣстность, что ему не дадутъ мѣста ни въ одномъ изъ объединенныхъ предпріятій, до тѣхъ поръ, пока онъ не извинится передъ своимъ прежнимъ хозяиномъ.

Судъ первыхъ двухъ инстанцій (Берлинскій Ландгерихтъ I и Кammергерихтъ) нашелъ, что для поддержанія хозяйскаго престижа достаточно было немедленно исключить виновнаго изъ числа фабричныхъ учениковъ; лишать же его возможности найти себѣ заработокъ на другихъ фабрикахъ, хотя бы въ качествѣ простого работника,—это уже, по мнѣнію Берлинскаго Ландгерихта, къ которому присоединился и Кammергерихтъ, незаслуженно жестокая кара,—eine unbillig harte Massregel, не соотвѣтствующая степени вины проштрафившагося ученика, особенно если принять во вниманіе смягчающее обстоятельство: его молодость. Такого рода расправа съ ученикомъ, по мнѣнію двухъ первыхъ инстанцій, не согласна съ добрыми нравами.

Имперскій Судъ не раздѣлилъ этихъ соображеній. По его оцѣнкѣ, ученикъ совершилъ «тяжкій проступокъ» — «sich einer schwerer Verfeh-

lung schuldig gemacht» въ отношеніи къ своему хозяину, которому онъ по закону (§ 127 Уст. о пром.) обязанъ былъ повиноваться, какъ отцу; а онъ не только выказалъ ему непослушаніе и непочтительность, но даже рѣшился въ весьма серьезномъ дѣлѣ намѣренно дѣйствовать ему во вредъ; къ тому же онъ былъ уже не настолько юнъ, чтобы не понимать значенія того, что онъ дѣлаетъ. Наконецъ, его устранили отъ работы не навсегда и не безусловно, а на время и съ обѣщаніемъ, что дѣло будетъ предано забвенію, если онъ извинится передъ хозяиномъ. Въ виду указанныхъ обстоятельствъ, говоритъ Имперскій Судъ, нельзя согласиться съ тѣмъ, что работодательскій союзъ проявилъ по отношенію къ ученику ничѣмъ не оправдываемую суровость, противорѣчащую добрымъ нравамъ. Въ концѣ-концовъ ученикъ проигралъ дѣло.

Наоборотъ, въ извѣстномъ рѣшеніи 17 марта 1904 года Имперскій Судъ принялъ сторону наказаннаго рабочаго противъ работодателей (Entsch. Bd. 57, S. 418 ff.) Обстоятельства этого дѣла таковы: одна изъ фирмъ, принадлежащихъ къ берлинскому союзу работодателей металлообрабатывающей промышленности (Keyling und Thomas) удалила рабочаго Шт. съ двумя товарищами за «назойливую» агитацію въ пользу профессіональнаго союза рабочихъ по металлу и за непочтительный отвѣтъ директору, сдѣлавшему ему замѣчаніе по поводу его манеры агитировать. Ш. поступилъ на другой заводъ, принадлежащій къ тому же союзу промышленниковъ. Между тѣмъ увольненіе трехъ товарищей взволновало рабочія массы и послужило поводомъ для созыва двухъ публичныхъ собраній, гдѣ возбужденно обсуждался инцидентъ съ увольненіями, и двое изъ уволенныхъ, въ томъ числѣ Ш., выступили ораторами. Когда объ этомъ было доведено до свѣдѣнія директора фирмы Keyling und Thomas, тотъ, не долго думая, письменно увѣдомилъ Совѣтъ Союза, что Ш. и его товарищъ, однажды уже уволенные за агитацію въ мастерскихъ, не далѣе какъ вчера снова выступили въ рабочемъ собраніи съ агитаціонными рѣчами, а потому въ общемъ интересѣ было бы пока что—bis auf weiteres—замкнуть для названныхъ рабочихъ заводскія двери. Увѣдомленіе оказало свое дѣйствіе. У Ш. отобрали удостовѣреніе о допущеніи къ работѣ (Nachweisschein) и предупредили, что больше онъ удостовѣренія вообще не получитъ; вслѣдъ за этимъ онъ былъ разсчитанъ съ завода, гдѣ временно устроился, и послѣ мучительнаго періода безработицы долженъ былъ перемѣнить профессію и взять мѣсто (за низшую противъ прежняго плату) на одномъ изъ пивоваренныхъ заводовъ. Ш. предъявилъ на основаніи § 826-го къ фирмѣ К. и Т. искъ объ убыткахъ въ 1600 марокъ. Искъ былъ отклоненъ двумя первыми инстанціями. Имперскій Судъ, напротивъ, призналъ искъ по существу вполнѣ обоснованнымъ, отмѣнилъ рѣшеніе апелляціонной палаты и вернулъ дѣло въ судъ первой инстанціи для опредѣленія количества понесенныхъ истцомъ убытковъ. Имперскій Судъ не одобряетъ поведенія истца и соглашается, что Ш. держалъ себя «непозволительнымъ образомъ» (ungehörig): велъ агитацію «назойливо», не разбирая ни времени, ни мѣста; былъ грубъ съ директоромъ и пр. Все это, взятое вмѣ-

стѣ, давало хозяевамъ право немедленно уволить его. Имперскій Судъ ставитъ въ укоръ истцу также и то, что онъ недостаточно объективно изложилъ въ собраніи обстоятельства, предшествовавшія его увольненію. По разсказу Ш. выходило, что онъ пострадалъ исключительно за усердіе и ревность въ пользу рабочаго союза, а на самомъ дѣлѣ пострадалъ онъ, какъ ему уже на первомъ собраніи публично было замѣчено, совсѣмъ не за рабочее дѣло, а за то, что у него «ротъ черезчуръ великъ» («wegen seines grossen Mundes»). Но какъ бы то ни было, поведеніе истца не обнаруживаетъ ни особой злобности въ отношеніи къ бывшимъ хозяевамъ (утвержденіе хозяевъ будто бы истецъ замышлялъ «мобилизовать и возмутить» противъ нихъ рабочія массы не подтверждается фактами), ни глубокой нравственной испорченности, ни того, что это человѣкъ, неисправимо неспособный подчиняться фабричной дисциплинѣ. При такихъ условіяхъ нельзя не признать принятую противъ него мѣру репрессіи несправедливой и не оправдываемой обстоятельствами. Подобная мѣра, исходящая отъ одного изъ могущественнѣйшихъ работодательскихъ союзовъ, съ обширнымъ вліяніемъ и связями, помимо своего непосредственнаго дѣйствія (для преслѣдуемаго рабочаго закрываются двери девяти десятыхъ существующихъ въ Берлинѣ и его пригородахъ заведеній металлообрабатывающей промышленности), оказываетъ и косвенное дѣйствіе, дѣлая «труднымъ и почти невозможнымъ» найти работу даже въ неподчиненныхъ Союзу заведеніяхъ, какъ въ самомъ Берлинѣ, такъ и далеко за чертой этого города. Переходъ же къ другимъ занятіямъ неизбѣжно бываетъ соединенъ съ большими трудностями и лишеніями: надобно время, чтобы подыскать подходящее для себя занятіе въ чуждой пока сферѣ труда и всегда почти приходится довольствоваться меньшей платой, чѣмъ въ той области занятій, гдѣ можно было бы приложить къ дѣлу пріобрѣтенные продолжительнымъ опытомъ навыки и знанія.

Въ виду всего сказаннаго, принятая противъ истца мѣра представляется незаслуженно тяжкимъ вторженіемъ въ его экономическое существованіе, «отвѣчающая по иску фирма не имѣла права входить съ предложеніемъ, а особая комиссія работодательскаго союза, если она хотѣла судить по справедливости, не должна была выносить рѣшенія объ отрѣшеніи истца отъ работы на неопредѣленный срокъ».

Не дошло (по цѣнѣ иска) до Имперскаго Суда, но возбудило живѣйшій интересъ, далеко за предѣлами чисто юридическихъ круговъ, дѣло о черныхъ спискахъ Союза горнопромышленниковъ рурскаго бассейна.

По правиламъ этого Союза, отдѣльные рабочіе, нарушившіе договоръ самовольнымъ прекращеніемъ работы, могли вновь получить, по ихъ особой просьбѣ и съ согласія администраціи рудника, мѣсто на томъ самомъ рудникѣ, гдѣ они, въ противность договору, оставили работу. Если же они не желали просить объ этомъ, или администрація рудника не находила возможнымъ уважить ихъ просьбу объ обратномъ пріемѣ, то они обрекались на безработицу въ теченіе полугода, такъ какъ всѣмъ

остальнымъ объединеннымъ горнопромышленникамъ, подъ угрозою штрафа до 1.000 марокъ и даже полнаго исключенія изъ Союза, воспрещено было нанимать къ себѣ бойкотируемыхъ Союзомъ рабочихъ въ теченіе 6 мѣсяцевъ [1].

Борьба противъ самовольнаго ухода съ работъ и неявки на работу законтрактованныхъ рабочихъ, при помощи проскрипціонныхъ списковъ, послѣ того, какъ попытки добиться уголовнаго наказанія за нарушеніе рабочими договора найма окончились неудачей, стала обычнымъ явленіемъ въ практикѣ работодательскихъ Союзовъ. Союзы, не ведущіе черныхъ списковъ съ именами нарушителей договора, всѣ наперечетъ [2]. Но и на фонѣ тождественной по направленію политики работодателей черные списки горнопромышленнаго союза выдѣлялись рѣзкимъ пятномъ. Во-первыхъ, обычный срокъ отрѣшенія отъ найма за нарушеніе договора—14 дней, иногда 1 недѣля, иногда—3, рѣдко—4 недѣли. Въ союзѣ же горнопромышленниковъ срокъ былъ опредѣленъ въ 6 мѣсяцевъ. Во-вторыхъ, нигдѣ число нарушителей не достигало такихъ чудовищныхъ цифръ, какъ тамъ: въ спискѣ 13 сентября 1908 г. значилось 5.400 человѣкъ. Очевидно, для такого повальнаго бѣгства съ рудниковъ были свои спеціальныя причины. Какъ бы то ни было, черные списки горнопромышленниковъ не только вызвали общее возмущеніе среди рабочихъ безъ различія партійныхъ оттѣнковъ, не только встрѣтили осужденіе въ либерально демократической прессѣ [3], но даже показались сомнительными органу умѣренно-либеральной части нѣмецкой буржуазіи — «Kölnische Zeitung» [4].

Христіанскій Союзъ горнорабочихъ (Gewerkverein christlicher Bergarbeiter), послѣ безуспѣшной попытки найти уголовно-правовую защиту отъ драконовской тактики горнопромышленниковъ, рѣшилъ прибѣгнуть къ помощи законодательныхъ учрежденій, и подалъ петицію въ Рейхстагъ. Къ петиціи было приложено мнѣніе проф. Лотмара [5], который находилъ, что жестокая политика прирейнскихъ горнопромышленниковъ представляетъ собою нарушеніе права, а именно противорѣчитъ § 826-му Герм. Гражд. Уложенія. Въ доказательство своего мнѣнія проф. Лотмаръ приводилъ слѣдующія соображенія: 1) По общепринятой въ народѣ морали, мѣра наказанія должна соотвѣтствовать тяжести содѣяннаго зла. Въ разсматриваемомъ же случаѣ такого соотвѣтствія нѣтъ. Совсѣмъ напротивъ: полнѣйшее несоотвѣтствіе, ибо работодатель въ безчисленномъ множествѣ случаевъ можетъ немедленно найти себѣ другого ра-

---

[1] § 8 п. 2 и § 9 Устава (*Maschke,* Boykott, Sperre und Aussperrung, S. 192—193).

[2] *G. Kessler,* Die Arbeitsnachweise der Arbeitgeber—Verbände, Leipzig, 1911, S. 164 и слѣд.

[3] Soziale Praxis, Jahrg. XVIII (1908—1909), *W. Zimmermann,* Schwarze Listen, als Erziehungssystem, Sp. 442 ff.

[4] Kölnische Zeitung за 30 дек. 1908, № 1364 (Die Schwarzen Listen des Zechenverbandes).

[5] Воспроизведенное въ «Soziale Praxis» Jahrg. 18 (1908—1909) S. 108 ff: «Verrufserklärung vertragsbüchiger Arbeiter durch Zechenverband».

бочаго на мѣсто ушедшаго до срока, между тѣмъ какъ послѣдній обрекается на безработицу въ теченіе 6-ти мѣсяцевъ. 2) По общепризнанной, нынѣ господствующей въ широкихъ кругахъ народа, морали, воздаяніе за причиненное другому зло должно исходить отъ того лица, которому причинено зло, а не отъ третьяго посторонняго лица, передъ которымъ причинившій зло не виноватъ. Съ этой точки зрѣнія невозможно найти оправданія тому, что, по уставу, всѣ члены работодательнаго союза, въ томъ числѣ и такіе, которые не понесли по винѣ рабочаго ни малѣйшаго ущерба, соединяютъ свои и безъ того превозмогающія силы, чтобы подвергнуть гоненію провинившагося рабочаго или заставить его униженно пресмыкаться у ногъ своего бывшаго работодателя (...um den Übeltater zur Strecke zubringen oder dahin zu bringen, dass er bei seinem Arbeitgeber zu Kreuze krieche). Въ виду такого рода совмѣстныхъ выступленій работодателей, полагаетъ Лотмаръ, было бы неумѣстно ссылаться на естественную солидарность предпринимателей между собою: «здѣсь дѣло идетъ не о взаимной поддержкѣ, а о преслѣдованіи совокупными силами» («Hier handelt es sich nicht um gegenseitige Hilfe, sondern um gemeinsame Verfolgung»). 3) Третье общепризнанное требованіе морали, нарушенное уставомъ Союза заключается въ томъ, что нельзя всѣхъ обвиняемыхъ «стричь подъ одну гребенку» (über einen Kamm zu scheren), а нужно различать виды и степени вины. По уставу же, рабочіе, оставившіе до срока работу—всѣ безъ разбора подвергаются одному и тому же наказанію: увольненію безъ права поступленія на другой рудникъ въ теченіе 6-ти мѣсяцевъ. Помимо всего сказаннаго, не слѣдуетъ упускать изъ виду, что самый фактъ нарушенія договора не во всѣхъ случаяхъ одинаково безспоренъ. Есть случаи сомнительные. А между тѣмъ установленіе инкриминируемыхъ рабочему фактовъ, наличностью которыхъ обусловливается обязанность членовъ союза отказывать ему въ наймѣ, и на основаніи которыхъ для него закрывается доступъ къ работѣ, предоставляется, по уставу, одной изъ заинтересованныхъ сторонъ—работодателю. Таково, въ общихъ чертахъ, содержаніе мнѣнія проф. Лотмара относительно правомѣрности и согласія съ добрыми нравами черныхъ списковъ прирейнскихъ копевладѣльцевъ.

Союзъ горнопромышленниковъ, въ свою очередь, въ противовѣсъ мнѣнію проф. Лотмара заручился юридической консультаціей проф. Эртманна [1]. Проф. Эртманнъ, прежде всего, оспариваетъ взглядъ Лотмара, что черные списки горнопромышленниковъ преслѣдовали цѣли воздаянія и устрашенія. Уже изъ одного того, что администраціи рудниковъ прямо рекомендовалось вновь принимать самовольно ушедшихъ рабочихъ, если они обратятся съ просьбой объ обратномъ пріемѣ на рудникъ, гдѣ они работали раньше (постановленіе правленія союза отъ 2 іюля 1908: Anlage I къ консультаціи Эртманна въ Archiv f. B. Recht, Bd. 33, S. 241—242)

[1] Мнѣніе Эртманна (съ 2-мя приложеніями) напечатано въ 33-мъ томѣ «Archiv für Bürgerliches Recht» (1909) S. 221 и сл. «Die Zulässigkeit der Satzungen des Zechenverbands in Essen (Ruhr)». Поясненіе къ нему въ 34-мъ томѣ того же «Архива» (1910), S. 261 ff: «Noch einmal die schwarze Listen des Zechenverbandes».

ясно видно, что имѣлись въ виду совершенно иныя цѣли. Черные списки, о которыхъ идетъ рѣчь, по увѣренію Эртманна, были не средствомъ «возмездія» за нарушеніе договора, а средствомъ дисциплинировать рабочую массу,—средствомъ необходимымъ не только въ интересахъ копевладѣльцевъ, но еще больше (въ виду повышенной опасности отъ частой смѣны работающихъ въ рудникахъ) въ интересахъ самихъ же горнорабочихъ. Вотъ почему, на взглядъ Эртманна (оставляя въ сторонѣ вопросъ о срокахъ допустимаго отрѣшенія отъ найма и о возможныхъ ошибкахъ и злоупотребленіяхъ при составленіи списка нарушителей договора), черные списки рурскихъ горнопромышленниковъ, съ этической стороны, не только были вполнѣ безупречны, но даже заслуживали одобренія—до такой степени, что если бы ихъ не было, ихъ непремѣнно надо было бы изобрѣсти (nicht nur einwandfrei, sondern selbst beifallswert. Wäre sie noch nicht da, so müsste man sie erfinden. Bd. 33, S. 235).

Вопросомъ о согласіи съ добрыми нравами политики рурскихъ горнопромышленниковъ пришлось заняться и судамъ. 10 горнорабочихъ изъ числа занесенныхъ въ качествѣ «нарушителей договора» въ черные списки предъявили къ союзу горнопромышленниковъ искъ о возмѣщеніи причиненныхъ имъ этимъ убытковъ (на основаніи § 826-го Герм. Гр. Улож.).

Ландгерихтъ г. Эссена—первая инстанція по дѣлу—призналъ, что цѣль борьбы съ массовымъ явленіемъ нарушенія договора вполнѣ оправдываетъ примѣненную къ нарушителямъ тактику черныхъ списковъ, какъ въ виду опасности для жизни и здоровья работающихъ въ рудникахъ, создаваемой частою смѣною работающаго персонала, такъ и въ виду болѣе общей опасности, связанной съ тѣмъ, что значительная часть населенія пріучается смотрѣть на нарушеніе договора, какъ на нѣчто самое простое и обыкновенное. Что же касается 6-тимѣсячнаго срока отрѣшенія отъ найма, то столь продолжительный срокъ наказанія, по мнѣнію Ландгерихта, умѣстенъ только въ случаяхъ особо грубаго нарушенія. Иногда можетъ быть умѣстенъ и болѣе долгій срокъ. Въ обыкновенномъ же, среднемъ случаѣ допустимымъ срокомъ проскрипціи за нарушеніе договора, по мнѣнію суда, можно считать не 6 мѣсяцевъ, а 6 недѣль. Исходя изъ вышеуказанныхъ соображеній, Ландгерихтъ присудилъ Союзъ къ уплатѣ истцамъ вознагражденія за потерю ими заработка, начиная съ седьмой недѣли вынужденной безработицы. Двумъ изъ 10 истцовъ Ландгерихтъ, усматривая въ ихъ поведеніи усиливающія вину обстоятельства, совсѣмъ отказалъ въ искѣ [1].

Обѣ стороны остались недовольны рѣшеніемъ Эссенскаго Ландгерихта и принесли апелляціонныя жалобы въ Гаммскій Оберландесгерихтъ. Истцы добивались присужденія вознагражденія всѣмъ 10-ти и за все время безработицы, включая и первыя 6 недѣль. Союзъ горнопромышленниковъ просилъ Палату отмѣнить рѣшеніе Ландгерихта и совершенно отвергнуть притязанія истцовъ, какъ ни на чемъ не основанныя. Оберландесгерихтъ, однако, въ общемъ, утвердилъ рѣшеніе Ландгерихта, и отмѣнилъ рѣше-

[1] Die deutsche Arbeitgeberzeitung за 24 апрѣля 1910 № 17 и 19 іюня 1910 № 25.

ніе первой инстанціи только въ той части, гдѣ было отказано въ искѣ 2-мъ изъ 10 возбудившихъ дѣло рабочихъ. Одному изъ нихъ палата присудила искъ въ полномъ объемѣ требованій, другому, по примѣру прочихъ,—вознагражденіе за потерю заработка, начиная съ седьмой недѣли послѣ разсчета и занесенія въ черные списки [1]. Такимъ образомъ, обѣ судебныя инстанціи, слушавшія дѣло о черныхъ спискахъ рурскаго союза горнопромышленниковъ, сошлись въ признаніи допустимости черныхъ списковъ въ качествѣ метода борьбы съ массовыми нарушеніями договора найма, подъ условіемъ отрѣшенія рабочихъ отъ найма—въ среднемъ случаѣ на срокъ не свыше 6 недѣль [2]. До Имперскаго суда, какъ уже сказано, дѣло не дошло.

Мы разсмотрѣли важнѣйшіе случаи изъ судебной практики по вопросу о согласіи съ добрыми нравами системы черныхъ списковъ и иныхъ способовъ отрѣшенія рабочихъ отъ найма. Если мы теперь обратимся къ литературнымъ мнѣніямъ по затронутому сейчасъ вопросу, то и здѣсь замѣтнымъ образомъ преобладаетъ точка зрѣнія индивидуализирующаго изслѣдованія отдѣльныхъ случаевъ. Но по отдѣльнымъ групнамъ случаевъ намѣтились уже, хотя, положимъ, довольно слабо, нѣкоторыя точки соглашенія между представителями различныхъ воззрѣній.

Менѣе всего подвергается сомнѣнію допустимость черныхъ списковъ и т. под. мѣръ отрѣшенія рабочихъ отъ найма, когда эти мѣры принимаются съ цѣлью ослабить рабочихъ во время конфликта и заставить ихъ отказаться отъ выставленныхъ ими требованій или принять условія, предлагаемыя работодателями. «Das sind Kriegsmassregeln, die keiner weiteren Rechtfertigung bedürfen», говоритъ, напримѣръ, такой передовой экономистъ и соціальный политикъ, какъ Г. Кесслеръ [3]. Въ параллель этому виду черныхъ списковъ обыкновенно ставятъ мѣры, принимаемыя рабочими, чтобы удержать товарищей отъ найма на мѣста бастующихъ и предупредить притокъ замѣстителей изъ другихъ мѣстъ. «Какъ забастовщики, замѣчаетъ, напримѣръ, Машке [4], объявляя предпріятіе подъ бойкотомъ, желаютъ остановить производство на бастующей фабрикѣ, такъ и предприниматель старается прежде всего прервать на время промысловую дѣятельность забастовщиковъ, чтобы они, не находя себѣ занятій въ другомъ мѣстѣ, вынуждены были жить на вспомоществованіе изъ забастовочной кассы и, мало-по-малу, окончательно ее истощили». Это при всякой забастовкѣ критическій пунктъ и вмѣстѣ съ замѣной бастующихъ желающими работать рѣшающій моментъ для успѣха движе-

---

[1] Soziale Praxis, Jahrg. XX, 1910—1911, Sp. 1335—1336.

[2] Die deutsche Arbeitgeberzeitung (24 апр. 1910 № 17: Der Zechenverband und die schwarzen Listen) не преминула съ чувствомъ удовлетворенія отмѣтить къ свѣдѣнію и руководству работодателей, что хотя «die Zeit der zulässigen Aussperrung auf 6 Wochen maximiert», но практически существенно важенъ самый фактъ приципіальнаго признанія правомѣрности черныхъ списковъ — «von wesentlich praktischen Bedeutung die grundsätzliche Anerkennung der Berechtigung der schwarzen Listen ist».

[3] *G. Kessler.* Die Arbeitsnachweise der Arbeitgeberverbände, S. 163.

[4] *Maschke,* Boykott, Sperre und Aussperrung. SS. 126, 129.

нія. «Только что описанныя мѣры, прежде всего, съ принципіальной стороны не вызываютъ ни малѣйшихъ сомнѣній, и не подвергались сомнѣнію также и въ судебной практикѣ».

Столь же мало сомнѣнія возбуждаетъ недопущеніе къ работамъ или удаленіе изъ предпріятій такихъ рабочихъ, которые, въ виду физической болѣзни, или душевнаго недуга, или по инымъ причинамъ дѣйствительно не могутъ оставаться въ рядахъ труда или по инымъ причинамъ оказываются непригодными для занятія въ даннаго рода производствѣ. Противъ исключенія изъ производства такихъ элементовъ не возражаютъ и руководители рабочаго движенія, требуя только, чтобы устраненіе «непригодныхъ» элементовъ происходило при участіи и подъ контролемъ выборныхъ отъ рабочихъ, во избѣжаніе того, къ сожалѣнію, до сихъ поръ нерѣдкаго явленія, чтобы въ категорію «непригодныхъ», подъ тѣмъ или другимъ предлогомъ, не попали наиболѣе дѣятельные участники рабочаго движенія [1].

Занесеніе въ черные списки въ видѣ преслѣдованія за участіе въ забастовкѣ, за принадлежность къ рабочей организаціи, за политическую пропаганду или агитацію въ пользу профессіональнаго объединенія, за неугодное хозяевамъ направленіе дѣятельности рабочихъ въ качествѣ выборныхъ судей, членовъ правленія больничныхъ кассъ и т. п. въ настоящее время признается недопустимымъ даже людьми весьма умѣренныхъ воззрѣній,—съ тою оговоркой относительно профессіональной, партійной и т. п. агитаціи, что здѣсь имѣется въ виду агитація въ свободное отъ работъ время, безъ нарушенія порядка на фабрикѣ, не переходящая въ надоѣдливыя приставанія и не принимающая формы угрозъ, оскорбленій, насилій надъ личностью и т. п. [2].

Основаніемъ репрессій въ формѣ временнаго лишенія возможности имѣть работу въ союзныхъ предпріятіяхъ, по мнѣнію самаго выдающагося представителя умѣреннаго теченія въ разсматриваемомъ вопросѣ—Машке, можетъ служить только «болѣе или менѣе тяжкій этически предосудительный проступокъ рабочаго противъ интересовъ кого-либо изъ членовъ союза» [3].

Систематическій отказъ въ наймѣ или разсчетъ рабочихъ, принадлежащихъ къ профессіональнымъ организаціямъ, даже если такія мѣры не носятъ репрессивнаго характера, а являются выраженіемъ общей политики объединенныхъ работодателей, враждебной процессу организаціи рабочаго класса, не имѣютъ защитниковъ въ юридической литературѣ, и начинаютъ встрѣчать себѣ осужденіе и признаваться противными добрымъ нравамъ даже въ собственной средѣ работодателей. Такъ, напримѣръ, на страницахъ руководящаго органа нѣмецкихъ рабо-

---

[1] См. *Kessler,* D. Arbeitsnachweise, SS. 182—183 и приведенную тамъ выдержку изъ «Jahrbuch 1909 des deutschen Metallarbeiterverbandes».

[2] *Maschke,* Boykott, Sperre und Aussperrung, S. 222 ff.

[3] *Maschke,* указ. соч., стр. 224: «alle Fälle in denen das Interesse eines Verbandsmitgliedes durch eine ethisch verwerfliche Handlung des Arbeiters von einiger Schwere verletzt wird».

тодателей «Die deutsche Arbeitgeberzeitung» за 2 іюля 1911 г. № 27 (правда, не въ передовой статьѣ, а въ рецензіи на трудъ Машке) открыто было признано, что «принципіальная борьба противъ рабочей организаціи, какъ таковой, въ настоящее время не можетъ уже считаться субъективно основательной цѣлью», и что «принужденіе со стороны могучаго союза работодателей къ выходу изъ рабочей организаціи противозаконно съ точки зрѣнія гражданскаго права, т.-е. разсчетъ рабочихъ, имѣющій цѣлью побудить ихъ къ оставленію организаціи незаконенъ, подписка (Revers), заключающая въ себѣ обязательство выйти изъ рабочаго союза, не имѣетъ силы».

Перейдемъ теперь къ вопросу о допустимости б о й к о т а, какъ средства борьбы рабочихъ съ предпринимателями.

Бойкотъ не есть средство принудительнаго воздѣйствія или репрессіи, употребляемое исключительно рабочими въ соціальной борьбѣ. Бойкотъ широко практикуется и въ борьбѣ предпринимателей между собою—на почвѣ конкуренціи и въ процессѣ организаціи промышленности. Да и за предѣлами промышленной сферы и чисто-дѣловыхъ отношеній остается мѣсто для самыхъ разнообразныхъ проявленій «общественнаго остракизма» въ этой формѣ.

Въ наши дни рѣдко кто принципіально возражаетъ противъ допустимости бойкота. По крайней мѣрѣ, на 29 съѣздѣ нѣмецкихъ юристовъ (въ Карлсруэ, 1908 г.), спеціально обсуждавшемъ вопросъ о гражданско-правовыхъ послѣдствіяхъ бойкота, одинъ только Папе въ принципѣ возставалъ противъ бойкота, настаивая на безусловной недопустимости этого «коварнаго оружія» борьбы и доказывая, что бойкотъ есть болѣзненное явленіе «современной» общественности—«экономическій ракъ новаго времени» [1]. Другіе докладчики исходили изъ обратнаго положенія, что бойкотъ представляетъ собою вполнѣ допустимое средство борьбы, и что споръ возможенъ только относительно предѣловъ и условій допустимаго примѣненія этого средства [2]. Эту же точку зрѣнія одобрилъ и воспринялъ въ своей резолюціи 29-й съѣздъ нѣмецкихъ юристовъ [3].

Равнымъ образомъ, и Имперскій Судъ признаетъ въ принципѣ законность всякаго бойкота (R. G. 12 іюля 1906,—Entsch. Bd. 64, S. 52 ff.; 2 дек. 1908,—Jur. Woch. 1908, 38; 23 дек. 1908—J. W. 1908, 109; 11 февр. 1911,—Entsch. Bd. 76 S. 35; 13 мая 1912,—Jur. Woch. 1912, S. 810; 26 сент. 1912,—Jur. Woch. 1913, S. 35; 21 ноября 1912,—J. W. 1913. S. 91

---

[1] *Pape,* Verhandlungen d. 29 D. J. T. Bd. IV S. 246 ff., S. 248: der Boykott, der wirtschaftliche Krebsschaden der Neuzeit, S. 269: «die tückische Waffe»—Bd. V, S. 214: «eine Krankheitserscheinung».

[2] *Oertmann,* Verhandlungen d. 28 D. J. T. Bd. 2. S. 33. ff, особенно S. 40: «die Verrufserklärung an sich ein durchaus legales, vielfach unentberliches Mittel des wirtschaftlichen Interessenkampfes darstellt». *Lobe,* Verhandlungen d. 29 D. J. T. Bd. V. S. 173 ff., 227—228, особенно S. 182: «Ebensowenig wie Streik und Arbeiteraussperrungen, sind die Boykottierungen an und für sich unerlaubte oder wider die guten Sitten verstossende Handlungen». *Rosin,* Verhandlungen d. 29 D. J. T. Bd. V, 195 ff., 228—29, 777 ff. особенно S. 788.

[3] Verhandlungen des 29 Deutschen Juristentages Bd. V, S. 787.

и др.), «лишь бы—что должны доказать устроители бойкота—имѣлась въ виду основательная цѣль, способы проведенія его были допустимы и вредъ, причиняемый другимъ, не доходилъ до совершеннаго уничтоженія противника и не находился въ рѣзкомъ несоотвѣтствіи съ намѣченной цѣлью» (R. G. рѣш. 13 мая 1912, J. W. 1912, S. 810) [1].

Въ частности, что касается бойкота, проводимаго по постановленію рабочихъ организацій, то Имперскій Судъ признавалъ, между прочимъ, законными по цѣли: такъ назыв. «пивныя войны», какъ видъ общественной борьбы за удешевленіе жизненныхъ припасовъ (R. G. рѣш. 2 дек. 1907: «Eisenacher Bierkrieg»,—J. Woch. 1908, S. 38); 2) бойкотъ, какъ боевую поддержку со стороны общества рабочимъ, добивающимся отъ хозяевъ лучшихъ условій работы и жизни (R. G. 12 іюля 1906 г., Bd. 64, S. 52 ff. по дѣлу кильскихъ пекарей; 8 апр. 1907,—J. W. 1907, S. 333 по дѣлу берлинскихъ пекарей). Признаніе законности этой разновидности бойкота особенно важно для пекарей, музыкантовъ, офиціантовъ, парикмахерскихъ подмастерьевъ и т. п. элементовъ рабочаго класса, занятыхъ въ мелкихъ промышленныхъ заведеніяхъ и безсильныхъ, безъ дѣятельнаго вмѣшательства въ ихъ пользу со стороны потребительскихъ массъ, отстоять свои требованія къ предпринимателямъ и добиться упраздненія такихъ, напримѣръ, антигигіеническихъ и опасныхъ для духовнаго развитія и личной самостоятельности этой части рабочаго класса пережитковъ старины, какъ обязательный хозяйскій пенсіонатъ («Kost und Logiszwang»). 3) Оборонительный бойкотъ, въ политическихъ цѣляхъ, для обезпеченія себѣ возможности осуществленія своихъ гражданскихъ правъ: бойкотъ трактировъ и ресторановъ за отказъ со стороны содержателей въ отводѣ помѣщенія для соціалъ-демократическихъ предвыборныхъ и иныхъ собраній (R. G. рѣш. 23 дек. 1908,—J. W. 1909, 109; 11 февр. 1911,—Entsch. Bd. 76, S. 35 ff.).

Борьба при помощи бойкота въ Германіи не ограничивается, однако, тѣми цѣлями, которыя получили себѣ офиціальную санкцію въ вышеприведенныхъ судебныхъ рѣшеніяхъ.

Въ бойкотѣ рабочія организаціи нашли, на ихъ взглядъ, достаточно сильное средство, чтобы, опираясь на поддержку широкихъ круговъ потребителей, какъ изъ рабочей среды, такъ и изъ другихъ слоевъ нѣмецкаго общества вступить въ борьбу съ такимъ несомнѣннымъ общественнымъ зломъ, какъ «потогонная» система производства. Далѣе, рабочимъ организаціямъ удается иногда найти себѣ союзниковъ среди потребительскихъ массъ не только въ борьбѣ за удовлетвореніе своихъ непосредственныхъ профессіональныхъ нуждъ, но и за болѣе общія цѣли рабочаго движенія, признаніе рабочихъ организацій и усиленіе позиціи, занимаемой организованнымъ трудомъ въ отношеніи къ предпринимателямъ.

[1] «Der Boykott ist kein unerlaubtes Mittel im Wirtschaftlichen Kampfe, sofern, was seine Veranstalter darzulegen haben, der damit verfolgte Zweck berechtigt, die Art seiner Durchführung zulässig ist und der durch den Boykott ungerichtete Schaden, der nicht zur völligen Vernichtung des Gegners führen darf, in keinem Missverhältniss zu dem erstrebten Ziele steht».

Если бойкотъ въ цѣляхъ удешевленія жизненныхъ припасовъ, удовлетворенія непосредственныхъ нуждъ трудящейся массы или обезпеченія себѣ необходимаго помѣщенія для собраній не вызываетъ уже принципіальныхъ возраженій даже со стороны объединенныхъ пивоваровъ [1], то бойкотъ для достиженія болѣе общихъ и широкихъ общественныхъ цѣлей встрѣтилъ сильное противодѣйствіе со стороны вліятельныхъ общественныхъ группъ [2].

Уступая этому теченію, Имперскій Судъ разъяснилъ, что бойкотированіе предпринимателя только за то, что онъ отказывается вступать въ переговоры съ представителями профессіональнаго союза, а желаетъ имѣть дѣло исключительно со «своими» рабочими, можетъ, при извѣстныхъ условіяхъ, быть признано противорѣчащимъ добрымъ нравамъ (R. G. рѣш. 21 ноября 1912,—J. W. 1913 S. 91), и что одного стремленія расширить и усилить рабочую организацію (die Ausbreitung und Stärkung der Organisation), во всякомъ случаѣ, не достаточно для оправданія бойкота, соединеннаго съ тяжкимъ ущербомъ для предпринимателей и не организованныхъ рабочихъ: «zur Austragung derartiger wirtschaftlicher und sozialer Machtfragen darf der Boykott nicht verwendet werden» (R. G. 26 сентября 1912,—J. Wochen. 1913, S. 35—Warneyer, Erg. Bd. V, № 428 S. 468 ff.). А въ рѣшеніяхъ 13 мая, 26 сентября, 21 ноября 1912 г. (J. Wochen. 1912, S. 810; 1913, S. 35, 91) высказано, кромѣ того, общее положеніе, что бойкотъ является неподходящимъ и нетерпимымъ, съ точки зрѣнія добрыхъ нравовъ, средствомъ для разрѣшенія важныхъ и сложныхъ вопросовъ экономической и соціальной политики, еще не рѣшенныхъ закономъ.

Въ рѣшеніи 13 мая 1912 г. (Jur. Wochenschriff 1912, S. 810, № 34—

---

[1] См. Veröffentlichungen der Wirtschaftlichen Abteilung des Vereins Versuchs und Lehranstalt für Brauerei in Berlin, herausg. von Prof. *E. Struve,* Heft 7, 1911, S. 33.

[2] См. передовую статью въ «Kölnische Zeitung» за 22 декабря 1910 г. («Die Boykottgefahr»), гдѣ указывается, что бойкотъ начинаетъ принимать общественно-опасное направленіе и размѣры, и что хуже всего при этомъ приходится «мелкимъ самостоятельнымъ промышленникамъ», попавшимъ благодаря бойкоту въ «странное состояніе крѣпостной зависимости и даже рабства» (ein seltsamer Zustand moderner Hörigkeit, ja Sklaverei) отъ рабочихъ организацій, которыя, подъ страхомъ бойкота, навязываютъ имъ свои условія и требованія даже тогда, если ихъ «собственные» рабочіе совершенно довольны существующими порядками. Интересно, добавляетъ Kölnische Zeitung, что мелкихъ хозяевъ подвергаютъ бойкоту даже за то, что они отказываютъ набирать себѣ «людей» исключительно черезъ посредство бюро найма, существующаго при томъ или другомъ профессіональномъ союзѣ! Ср. также «Die deutsche Arbeitgeber-Zeitung» за 17 декабря 1911 (№ 51), требовавшую защиты отъ забастовочнаго терроризма и отъ бойкота: «Schutz gegen Streikterrorismus und Boykott!» Тамъ же вкратцѣ передано содержаніе петиціи, съ которой «Имперскій нѣмецкій Союзъ среднихъ классовъ» (der Reichsdeutsche Mittelstands-Verband) обратился въ Рейхстагъ, прося защиты отъ легкомысленныхъ забастовокъ и бойкотовъ (von frivollen Streiks—und Boykottierung) устраиваемыхъ рабочими союзами aus reinem Machtgefühl—ради потребности проявить свою силу, невѣроятнымъ образомъ терроризующихъ одинаково, какъ работодателей, такъ и желающихъ работать, которые вполнѣ довольны получаемой ими платой.

Warneyer, Erg. Bd. V № 306, S. 341 ff.) это положеніе было примѣнено къ бойкотированію продуктовъ домашняго («потогоннаго») производства.

Рѣшеніе 13 мая 1912 г. состоялось по одному изъ дѣлъ, вызванныхъ организованнымъ въ Берлинѣ въ 1905—6 г.г., по иниціативѣ центральнаго союза рабочихъ-портныхъ, съ одобренія мѣстнаго комитета соціалъ-демократической партіи, бойкотомъ мужского платья, изготовленнаго на дому «потогоннымъ» способомъ. Рабочее населеніе Берлина горячо откликнулось на призывъ центральной организаціи портныхъ и массами перестало покупать платье въ магазинахъ, владѣльцы которыхъ, вмѣсто устройства собственныхъ благоустроенныхъ мастерскихъ, находили для себя болѣе удобнымъ и выгоднымъ закупать готовый товаръ у промышленниковъ, раздающихъ заказы черезъ посредниковъ на домъ.— Отсюда рядъ исковъ къ устроителямъ и руководителямъ бойкота о возмѣщеніи убытковъ.—Имперскій судъ высказался за удовлетвореніе такихъ исковъ. «Безъ сомнѣнія,—такъ аргументируетъ онъ свое рѣшеніе,—съ системой домашняго производства связанъ цѣлый рядъ печальныхъ явленій, которыя заключаются, главнымъ образомъ, въ чрезмѣрной продолжительности рабочаго времени, въ низкой оплатѣ труда, въ привлеченіи къ работѣ дѣтей, начиная уже съ самаго нѣжнаго возраста, въ нездоровой работѣ, съ тѣсныхъ плохо провѣтриваемыхъ жилыхъ помѣщеніяхъ, кухняхъ и спальныхъ, въ необезпеченности завтрашняго дня, въ вредномъ вліяніи на заработную плату рабочихъ въ мастерскихъ. Съ другой стороны—работа на дому для большого числа семействъ служитъ необходимымъ подспорьемъ, въ виду недостаточности дохода, доставляемаго отцомъ или главнымъ кормильцемъ семьи, или даже, если глава семьи не способенъ къ работѣ, служитъ замѣною его заработка. Она облегчаетъ семейнымъ женщинамъ возможность вести домашнее хозяйство и смотрѣть за дѣтьми, слѣдовательно предотвращаетъ вредъ отъ фабричной работы замужнихъ женщинъ для ихъ семействъ. Она даетъ не имѣющимъ средствъ женщинамъ и дѣвушкамъ, которыя по общественнымъ или личнымъ причинамъ не хотятъ или не могутъ сдѣлаться фабричными работницами, а также больнымъ и инвалидамъ возможность снискать себѣ средства къ жизни. Упраздненіе домашняго производства нанесло бы экономическому положенію всѣхъ этихъ лицъ тягчайшій ударъ. Въ виду такихъ противоположныхъ, здѣсь и тамъ достойныхъ защиты интересовъ, законодатель и правительственныя мѣста съ величайшей осторожностью и сдержанностью подходятъ къ обсужденію и рѣшенію задачъ, связанныхъ съ урегулированіемъ системы домашняго производства. Было бы невыносимо, а потому и нравственно недопустимо, если бы группа односторонне заинтересованныхъ лицъ вздумала насильственно—къ вреду другихъ частей населенія—разрѣшать столь важные и сложные вопросы экономической политики при помощи имѣющихся у нея въ распоряженіи средствъ принудительнаго воздѣйствія и бойкота» [1].

---

[1] «Es wäre unerträglich und deshalb sittlich unerlaubt, wenn eine Gruppe einseitig Beteiligter es unternehmen wollte, so bedeutungsvolle und weittragende Fragen

Итакъ — бойкотъ продуктовъ потогонной системы—явленіе «невыносимое, а потому и нравственно недопустимое». Позволительно усомниться въ томъ, что рѣшеніе 13 мая отразило въ себѣ дѣйствительное отношеніе къ этому явленію народной правовой совѣсти. По крайней мѣрѣ, руководящіе органы печати, какъ рабочей, такъ и либеральной демократіи встрѣтили рѣшеніе 13 мая, какъ крайне прискорбный примѣръ правопониманія высшей судебной инстанціи, расходящагося съ правосознаніемъ народа [1]. Но прискорбно и опасно не столько это частное положеніе о недопустимости бойкота, какъ средства борьбы съ «потогонною» системою производства, сколько общій принципъ, изъ котораго Имперскій судъ вывелъ такое заключеніе,—а именно, что организованная самопомощь народныхъ массъ въ дѣлѣ борьбы съ вредными, по ихъ общему убѣжденію, явленіями общественной жизни—средствами принудительнаго воздѣйствія—до разрѣшенія спорныхъ проблемъ соціальной и экономической политики въ законодательномъ порядкѣ должна быть признана «невыносимымъ, а потому и нравственно-недопустимымъ» вторженіемъ въ естественный ходъ историческаго развитія.

Нѣтъ надобности доказывать, что подобный принципъ въ сильнѣйшей степени можетъ задержать плодотворное проявленіе общественной иниціативы, и въ частности помѣшать широкимъ массамъ народа познать свою силу, какъ потребителей, и использовать ее въ смыслѣ вліянія на улучшеніе общаго положенія наемнаго труда въ современной системѣ промышленныхъ отношеній. Само собою ясно также, что этика воздержанія отъ воздѣйствія, въ мѣру разумѣнія и силъ, на измѣненіе къ лучшему общественныхъ отношеній до урегулированія спорныхъ вопросовъ законодательнымъ порядкомъ не можетъ быть этикой жизнеспособнаго и прогрессирующаго народа. «Большинство нѣмецкаго народа, безъ различія партій,—говоритъ по поводу рѣшенія 13 мая 1912 г. Soziale Praxis,—едва-ли одобритъ усвоенную Имперскимъ судомъ нравственную точку зрѣнія. Оно останется при томъ мнѣніи, что законодательное вмѣшательство для устраненія опредѣленнаго общественнаго зла нужно лишь тогда, если урегулированіе вопроса путемъ свободной иниціативы не представляется возможнымъ, и ужъ, конечно, вопреки утвержденію Имперскаго суда, вполнѣ согласно съ этикою всѣхъ справедливо-мыслящихъ людей, если политическая или соціальная партія всѣми доступными ей средствами стремится провести въ жизнь то, что она, по честному своему убѣжденію, считаетъ полезнымъ для народнаго блага» [2].

Хотя рѣшеніе 13 мая 1912 г. было подвергнуто весьма основатель-

---

der Wirtschaftspolitik vermöge der in ihre Hand gegebenen Machtmittel zum Schaden anderer Volksteile auf dem Wege des Zwanges und der Geschäftssperre gewaltsam auszutragen».

[1] Arbeiterrechts-Beilage des Correspondenzblatt der Gewerkschaften 1912, S. 55 ff. Soziale Praxis, Jahrg. XXI, 1912, Sp. 1546: Soziale Selbsthilfe gegen Heimarbeitsschäden—ein Verstoss gegen die guten Sitten?

[2] Soziale Praxis, цит. въ предыдущемъ примѣчаніи мѣсто.

ной критикѣ, однако, правило, въ немъ выраженное, уже получило дальнѣйшее развитіе и, повидимому, имѣетъ всѣ шансы сдѣлаться однимъ изъ жизненныхъ принциповъ нѣмецкой судебной практики.

Въ рѣшеніи 21 ноября 1912 г. (R. G.—Jur. Wochenschrift 1913, S. 91 ff.) это правило было примѣнено къ случаю бойкота, которому подвергся одинъ изъ гамбургскихъ мясопромышлениковъ, вслѣдствіе отказа принять выработанный центральнымъ союзомъ рабочихъ по заготовкѣ мяса проектъ тарифнаго договора, содержавшаго въ себѣ, въ числѣ прочихъ условій, пунктъ о томъ, что на будущее время хозяинъ обязывается набирать подмастерьевъ исключительно черезъ посредство бюро найма, учрежденнаго центральнымъ рабочимъ союзомъ—«die Gesellen vom Arbeitsnachweis des Zentralverbandes zu beziehen».

Имперскій судъ (VI Гражданскій сенатъ) призналъ предпринятый противъ мясопромышленника бойкотъ противнымъ добрымъ нравамъ.

Въ мотивахъ рѣшенія говорится: «слушающій настоящее дѣло сенатъ въ рѣшеніи своемъ отъ 13 мая 1912 г., обсудивъ случай, въ которомъ одинъ изъ рабочихъ союзовъ, направляя свои усилія къ устраненію домашней работы изъ области производства готоваго платья, подвергъ бойкоту отдѣльнаго торговца, продававшаго въ своемъ магазинѣ товары, изготовленные по системѣ домашней промышленности и предназначенные для сбыта рабочему населенію,—призналъ эту мѣру недозволенной, исходя изъ того общаго положенія, что надо считать невыносимымъ, а потому и нравственно недопустимымъ, чтобы группа односторонне заинтересованныхъ лицъ бралась насильственно, при помощи имѣющихся у нея въ рукахъ способовъ воздѣйствія силой, разрѣшать важные и сложные вопросы экономической политики въ формѣ объявленія бойкота противъ отдѣльныхъ предпринимателей. Однородныя по существу соображенія должны быть примѣнены и къ настоящему дѣлу. Какъ въ томъ, такъ и въ разбираемомъ теперь случаѣ предъявленія требованій относительно бюро найма, рѣчь идетъ не о конфликтѣ между отдѣльнымъ работодателемъ и его рабочими по поводу условій вознагражденія или труда, а о принципіальномъ измѣненіи отношеній, существующихъ нынѣ повсюду и, въ частности, въ производствѣ по заготовкѣ мяса; здѣсь, какъ и тамъ, желанію союза-отвѣтчика взять въ свои руки указаніе труда, и черезъ то пріобрѣсти большую власть надъ мастерами-хозяевами и надъ подмастерьями, противостоитъ вполнѣ основательный интересъ хозяевъ и не принадлежащихъ къ союзу подмастерьевъ остаться свободными отъ подчиненія такой власти союза,—и здѣсь, слѣдовательно, рѣчь идетъ о вопросахъ крупнаго, первостепеннаго значенія для условій добыванія средствъ къ жизни въ этихъ кругахъ (für die Erwerbsverhältnisse dieser Kreise).

Въ соотвѣтствіи съ симъ слушающій настоящее дѣло сенатъ уже въ другомъ своемъ рѣшеніи (отъ 26 сентября 1912 г.) призналъ недозволеннымъ въ смыслѣ § 826-го, чтобы рабочій союзъ, ища поддержки въ рабочей массѣ народа, подвергалъ промышленника, который по особымъ условіямъ своего промысла можетъ разсчитывать, какъ на кліен-

товъ, единственно на рабочее населеніе того мѣста, гдѣ находится его предпріятіе, бойкоту за то, что этотъ промышленникъ отказывается доставать себѣ нужныя для веденія промысла вспомогательныя служебныя силы исключительно черезъ посредство бюро труда, учрежденнаго рабочимъ союзомъ».

Въ рѣшеніи же 26 сентября 1912 г. (по иску бреславльскихъ хозяевъ-булочниковъ, подвергнутыхъ бойкоту за отказъ нанимать подмастерьевъ исключительно изъ числа лицъ, прошедшихъ черезъ бюро труда при профессіональномъ союзѣ рабочихъ пекарнаго дѣла: Jur. Wochenschrift 1913, S. 35 № 24—Warneyer, Erg. Bd. V, S. 468 ff: № 428), на которое сдѣлана ссылка въ цитированномъ выше рѣшеніи Имперскаго суда, подчеркивается—рядомъ съ другими соображеніями,—что «вопросъ объ указаніи труда представляетъ трудную соціальную проблему, разрѣшить которую удовлетворительнымъ образомъ до сихъ поръ еще не удалось», и по отношенію къ которой должно имѣть полную силу положеніе, высказанное въ рѣшеніи 13 мая 1912 г., что бойкотъ является этически-недопустимымъ средствомъ «для рѣшенія вопросовъ экономической и соціальной политики столь большой важности».

Обширное и разнообразное примѣненіе, которое § 826 Герм. Гражд. Улож. нашелъ и находитъ себѣ въ дѣлѣ борьбы съ ложью и надувательствомъ разныхъ видовъ и оттѣнковъ, съ неблаговидной эксплоатаціей, съ стремленіемъ поживиться на чужой счетъ, съ проявленіями злобы и пренебреженія къ человѣческой личности, съ всевозможными недобросовѣстными изворотами, ухищреніями, уловками, комбинаціями, злоупотребленіями и обходами, показываетъ, что въ культурно-капиталистическомъ обществѣ есть благопріятныя психическія условія для образованія и развитія взаимныхъ притязаній на честное отношеніе другъ къ другу, и что, съ прогрессомъ капиталистической культуры, правила честности изъ чисто моральныхъ правилъ (рекомендуемаго, въ мѣру силъ, поведенія) все больше превращаются въ правовые принципы общенія, «въ твердыя императивно-аттрибутивныя психическія кристаллизаціи, въ желѣзный капиталъ правосознанія» (*Л. І. Петражицкій.* О мотивахъ человѣческихъ поступковъ, Петроградъ, 1904 г., стр. 44). Укрѣпляя правосознаніе народа въ этомъ направленіи, поддерживая въ обществѣ мысль о томъ, что честные поступки не составляютъ никакой особенной заслуги, а представляютъ собою лишь самое обыкновенное нормальное поведеніе, на которое другіе безспорно въ правѣ претендовать—поощряя и снабжая санкціей (допуская иски о признаніи; о возмѣщеніи вреда; о воспрещеніи нечестныхъ дѣйствій) такія притязанія, офиціальное право, если оно само пользуется достаточнымъ уваженіемъ и авторитетомъ въ странѣ, можетъ не мало способствовать развитію честности, и тѣмъ не только содѣйствовать улучшенію народнаго характера, но и облегчить экономическій ростъ страны, ибо въ настоящее время можно считать научно-установленнымъ, что даже «въ интересахъ чисто-матеріальнаго благосостоянія народовъ необходимо возможно широкое развитіе нравственности и спеціально—честности во всеобъемлющемъ значеніи этого

слова. И тотъ народъ, который честенъ, тѣмъ самымъ силенъ не только нравственно, но и экономически» [1].

Относительно Германіи имѣются авторитетные отзывы (приведенные нами въ началѣ статьи), свидѣтельствующіе о томъ, что § 826 Гражд. Ул. въ общемъ съ успѣхомъ выполняетъ свое соціально-воспитательное и экономическое назначеніе. И, разумѣется, не историческая случайность и не слѣпая подражательность, что всѣ новѣйшія кодификаціи (за исключеніемъ русскаго проекта) восприняли норму аналогичную § 826-му Герм. Гр. Улож. (Венгерскій проектъ Гр. Ул. § 1079 [2]; Швейц. Обязательственное право 30 марта 1911 г. § 41, ч. 2 [3]; проектъ австрійской новеллы въ послѣдней редакціи 1912 г. Раздѣлъ X, § 221, ч. 2[4]) [5].

---

[1] *И. И. Янжулъ.* Экономическое значеніе честности (Вѣстникъ Воспитанія, 1912, № 4, стр. 79 и слѣд.), стран. 101. Тамъ же, стр. 84: «ни одна изъ добродѣтелей, создающихъ наиболѣе богатства въ странѣ, не имѣетъ такого крупнаго значенія, какъ честность. Безъ довѣрія, которое на ней покоится, не можетъ развиваться ни промышленность, ни торговля». Въ статьѣ И. И. Янжула приведены письма *М. М. Ковалевскаго* и *А. И. Чупрова,* касающіяся вопроса о нравственности, какъ факторѣ производства. По вопросу о «коммерческой честности» помѣстилъ статью въ Харьковскомъ «Утрѣ» (отъ 3 и 9 февраля 1913) *М. Н. Соболевъ.*

Исходя изъ того, что моральный уровень торговаго класса въ Россіи поднимется только съ моральнымъ уровнемъ всего населенія, ибо русское купечество—«плоть отъ плоти всего русскаго общества»,—и считая коренными средствами для этого самую широкую постановку народнаго образованія и предоставленіе народу права на общественную самодѣятельность (съ чѣмъ нельзя не согласиться), проф. М. Н. Соболевъ не отрицаетъ «вспомогательнаго значенія» и за государственными мѣрами, направленными на запрещеніе неблаговидныхъ торговыхъ дѣйствій.

[2] «Кто осуществляетъ какое либо принадлежащее ему право явнымъ образомъ только затѣмъ, чтобы вредить другому, или умышленно причиняетъ вредъ способомъ, противнымъ добрымъ нравамъ, тотъ поступаетъ противоправно».

[3] «Кто противоправно причинитъ другому вредъ съ намѣреніемъ или по неосторожности, обязанъ вознаградить его за это».

«Равнымъ образомъ обязанъ къ вознагражденію тотъ, кто причинитъ другому намѣренно вредъ способомъ противнымъ добрымъ нравамъ».

[4] «Всякій имѣетъ право требовать возмѣщенія причиненнаго ему вреда отъ того лица, по винѣ котораго вредъ произошелъ»...

«Равнымъ образомъ и тотъ кто намѣренно причинитъ вредъ способомъ, противнымъ добрымъ нравамъ, отвѣчаетъ за это».

[5] Нужно обратить вниманіе на то, что новое швейцарское обязательственное право и проектъ австрійской новеллы возводятъ въ гражданскій деликтъ н а м ѣ р е н н о е причиненіе вреда вопреки добрымъ нравамъ. Въ этомъ едва-ли слѣдуетъ видѣть улучшеніе по сравненію съ § 826-мъ Германскаго Гр. Ул., гдѣ говорится объ у м ы ш л е н н о м ъ причиненіи вреда вопреки добрымъ нравамъ. Требованіе умышленности не помѣшало Имперскому суду распространять § 826-й на случай причиненія вреда безсовѣстно-легкомысленнымъ отношеніемъ къ судьбѣ и интересамъ другихъ, ибо понятіе умысла, при широкомъ толкованіи, можетъ включить въ себя и простое сознаніе возможности вреда для другого. Спрашивается только, выигрываютъ ли другія части правовой системы, гдѣ приходится имѣть дѣло съ понятіемъ умысла отъ такого расширенія этого понятія и не лучше ли было бы отказаться отъ требованія умышленности въ составѣ деликта, предусмотрѣннаго § 826-мъ. Понятіе намѣренія подобнаго расширенія ни коемъ образомъ не допускаетъ—и случаи безсовѣстно-легкомысленнаго, но ненамѣреннаго, причиненія вреда, благодаря этому, благополучно ускользаютъ изъ-подъ запрета закона.

Но какъ бы высоко ни цѣнили мы общую юридическую норму, санкціонирующую авторитетомъ и силой закона взаимныя притязанія гражданъ на честное отношеніе другъ къ другу, не во всѣхъ областяхъ жизни она можетъ найти себѣ одинаково удачное приложеніе. Опытъ Германіи это подтверждаетъ. § 826 Гр. Ул., какъ въ этомъ не трудно, намъ кажется, убѣдиться, оказался менѣе всего пригоднымъ для охраненія и воспитанія «добрыхъ нравовъ» въ соціальной борьбѣ. Разумѣется, никто не станетъ спорить противъ того, что «не всякое средство хорошо, чтобы побороть противника». Есть такіе пріемы борьбы, отъ которыхъ брезгливо отвернется «всякій справедливо-мыслящій человѣкъ», къ какому бы соціальному лагерю онъ ни принадлежалъ. Обманъ, шпіонство, пользованіе услугами предателей, насиліе и издѣвательство надъ убѣжденіями и совѣстью людей противоположнаго лагеря—какой же «справедливомыслящій» человѣкъ сочтетъ это допустимымъ? Но та область «этики борьбы», гдѣ выработался болѣе или менѣе согласный взглядъ на вещи у представителей различныхъ классовъ общества, сравнительно не велика. (См. по этому поводу *Kestner*, Der Organisationszwang, S. 357). Въ общемъ же представленія борющихся сторонъ о правдѣ и неправдѣ соціальныхъ отношеній еще слишкомъ различны, и слишкомъ сильна опасность, что судьи, близкіе по психологіи (вслѣдствіе одинаковыхъ условій воспитанія и жизни) къ одной изъ борющихся сторонъ, даже при самой высокой степени судейскаго безпристрастія и добросовѣстности, окажутся не въ силахъ постоянно контролировать себя по даннымъ народнаго правового сознанія и могутъ, слѣдуя указаніямъ с в о е й совѣсти, объявить недостойными честнаго противника и честнаго борца за правое и хорошее дѣло такіе пріемы дѣйствій, которые вполнѣ оправдываются, какъ объективными условіями общественнаго развитія, такъ и правовой совѣстью передовыхъ общественныхъ группъ. Другая, тоже совершенно реальная, опасность, это та, что у судей можетъ не оказаться достаточнаго знакомства съ дѣйствительными отношеніями, на почвѣ которыхъ возникаютъ конфликты и споры, доходящіе до суда.

И можно утверждать, что даже Имперскому Суду не удалось миновать указанныхъ опасностей, не говоря уже о низшихъ инстанціяхъ, которыя не только зачастую отставали отъ Имперскаго Суда, но порою переходили въ прямую оппозицію противъ прогрессивныхъ тенденцій въ его практикѣ [1].

Уже въ первые годы дѣйствія Гражданскаго Уложенія встрѣчаемся мы съ жалобой на то, что суды осуждаютъ, какъ недостойные и юридически недопустимые, такіе поступки, которые, по убѣжденію рабочихъ, представляютъ собою нѣчто заслуживающее всяческаго одобренія—«etwas sehr anständiges, billiges und gerechtes» и не вызываютъ никакихъ нареканій со стороны безпристрастныхъ нейтральныхъ круговъ [2].

---

[1] См. объ этомъ въ книгѣ знаменитаго австрійскаго юриста, нынѣ министра юстиціи, *Франца Клейна:* «Das Organisationswesen der Gegenwart» стр. 262.

[2] *A. Müller,* Gewerkschaften und Privatrecht, Sozialistische Monatshefte, декабрь 1905, стр. 1124 и слѣд.

Когда же практика примѣненія § 826-го къ явленіямъ соціальной борьбы обнаружила явную тенденцію къ индивидуализаціи отдѣльныхъ случаевъ и утонченнымъ различеніямъ въ оцѣнкѣ обстоятельствъ и особенностей каждаго единичнаго случая, то и либерально-демократическая «Soziale Praxis» въ статьѣ В. Циммермана [1] высказала сомнѣніе относительно того, правильно ли ставить допустимость или недопустимость бойкота и другихъ формъ соціальной борьбы въ зависимость отъ наличности «цѣлаго ряда тончайшихъ признаковъ и оттѣнковъ» («eine ganze Reihe von subtilen Momenten und Schatierungen»), чѣмъ создается крайняя неясность и какая-то неуловимость отношеній. «Смотря по освѣщенію дѣла,—то, что тамъ было правомъ, тутъ можетъ оказаться не правомъ».

Одинъ судъ считаетъ нравственно безупречнымъ то, въ чемъ высшая инстанція видитъ нарушеніе добрыхъ нравовъ. Вся матерія права бойкота, благодаря новѣйшимъ судебнымъ рѣшеніямъ, растворена въ зыбкую атмосферу нравственнаго такта и лишена твердыхъ осязательныхъ формъ и нормъ. Такое этизированіе процесса нахожденія рѣшенія для всѣхъ вопросовъ частнаго и личнаго права, конечно, составляетъ прогрессъ, но для грубой матеріи суроваго антагонизма интересовъ (für die robuste Materie harter Interessenauseinandersetzung) двухъ общественно-организованныхъ классовъ эти нѣжные инструменты для опредѣленія мѣры праваго и неправаго въ повседневной практической жизни едва ли окажутся пригодными прежде всего для самихъ противостоящихъ другъ другу сторонъ. Только въ результатѣ труднаго и медленнаго процесса соціальнаго воспитанія у группъ, принимающихъ горячее непосредственное участіе въ борьбѣ интересовъ—на одной и на другой сторонѣ,—можетъ развиться та мѣра чувства соціальной справедливости, которую судьи, повидимому, предполагаютъ у работодателей и у рабочихъ уже теперь, такъ какъ на вопросъ объ юридической допустимости самаго обыкновеннаго пріема борьбы они даютъ все болѣе и болѣе сложные отвѣты.

А когда въ практикѣ впервые (въ рѣшеніи Прусскаго Каммергерихта отъ 7 авг. 1907 г.) [2] появилась мысль, впослѣдствіи воспринятая и развитая Имперскимъ Судомъ, о недопустимости бойкота и другихъ мѣръ принудительнаго воздѣйствія, какъ средствъ общественной самопомощи въ важныхъ и спорныхъ вопросахъ экономической и соціальной политики,—то руководители рабочаго профессіональнаго движенія увидѣли въ этомъ серьезнѣйшую опасность для свободы коалицій, вслѣдствіе чего на 6-мъ Конгрессѣ свободныхъ рабочихъ союзовъ Германіи (22—27 іюня 1908 г. въ Гамбургѣ) единогласно была вынесена резолюція протеста противъ попытокъ судебной практики подчинить своему контролю цѣли и возможные результаты соціальной борьбы [3].

---

[1] *W. Zimmermann,* Rechtssprechung gegenüber Verrufserklärungen in sozialen und wirtschaftlichen Interessenkampfen (Soziale Praxis, 1907, Sp. 1081 ff).

[2] См. *Wissel,* Schadenersatzanspruche, S. 437—438; *Maschke,* ук. соч., стр. 289; *Pinczower,* S. 4.

[3] Protokolle der Verhandlungen des 6-ten Kongresses der Gewerkschaften Deutschlands, 1908, S. 42—43.

Если это движеніе протеста противъ юрисдикціи гражданскихъ судовъ не получило такого грандіознаго размаха, какъ въ Англіи, то объясняется это, можно думать, тѣмъ, что, пока профессіональные союзы въ Германіи не пользуются правами юридическихъ лицъ и не несутъ гражданской отвѣтственности, существующая судебная практика не грозитъ рабочему движенію серьезнымъ разстройствомъ [1]. И даже иски, присуждаемые противъ вождей и отдѣльныхъ участниковъ движенія, имѣютъ больше платоническій характеръ: «es ist das Recht aller Habenichtse solche Summen (суммы, присуждаемыя въ возмѣщеніе убытковъ) schuldig zu bleiben» [2]. Но такое положеніе вещей, при которомъ всегда возможно, что то или иное выступленіе рабочихъ массъ, та или иная форма народной самопомощи, въ зависимости отъ послѣдующаго рѣшенія судебныхъ инстанцій, окажутся неправомѣрными и влекущими за собою отвѣтственность, хотя, можетъ быть, данное выступленіе или данный способъ борьбы диктовались условіями момента или глубокой соціальной потребностью, не распознанными или неправильно оцѣненными представителями судебной власти, такое положеніе вещей, даже если оно не наноситъ прямого ущерба общественному развитію (если руководители движенія и руководимыя ими народныя массы продолжаютъ держаться своей тактики и своихъ методовъ дѣйствія), вредитъ ему косвенно, создавая въ рабочей средѣ психическое препятствіе къ признанію за профессіональными союзами правъ юридическаго лица, что было бы въ общихъ интересахъ, и подрывая уваженіе и довѣріе къ офиціальному праву.

Къ отношеніямъ соціальной борьбы, равно какъ и къ нѣкоторымъ инымъ отношеніямъ (напр., къ отношеніямъ между промышленными картелями и неприсоединившимися предпринимателями) [3], по нашему глубокому убѣжденію не приложимы не только такіе «каучуковые» параграфы, какъ § 826 Герман. Гражд. Улож., но и другіе, менѣе эластичные, параграфы, разъ они все-таки допускаютъ возможность различныхъ толкованій и выводовъ. Подобныя отношенія должны быть урегулированы на основаніи особыхъ правилъ, съ возможной полнотой и точностью опредѣляющихъ права и обязанности сторонъ, и ставящихъ наличность правъ и обязанностей въ зависимость отъ объективныхъ и легко контролируемыхъ признаковъ. Ни восторженное преклоненіе передъ нормою, подобной § 826-му, съ распространеніемъ ея на всю доступную для офиціально-правового вмѣшательства область человѣческихъ отношеній, ни огульное осужденіе такой нормы за ея неопредѣленность и растяжимость, не могутъ, на нашъ взглядъ, быть оправданы съ точки зрѣнія научной политики права. Съ этой послѣдней точки зрѣнія необходимо различать ту сферу отношеній, которая должна быть оставлена подъ дѣйствіемъ общей нормы о правовой обязательности честнаго поведенія гражданъ

[1] См. *A. Müller,* указ. соч., стр. 1031.

[2] «Это право всѣхъ, у кого нѣтъ ни гроша, оставаться въ долгу у тѣхъ, кто можетъ требовать такія суммы». *A. Müller,* указ. статья, стр. 1031.

[3] См. объ этомъ *F. Kestner,* Der Organisationszwang, особенно стран. 359—361.

другъ передъ другомъ, отъ такихъ отношеній, которыя нуждаются въ спеціальной регулировкѣ.

Нашъ общій выводъ—въ примѣненіи къ русской правовой жизни,—который мы надѣемся въ другомъ мѣстѣ обосновать болѣе подробно и тщательно, сводится къ слѣдующему практическому предложенію.

Въ будущемъ нашемъ Гражданскомъ Уложеніи, вслѣдъ за статьею, устанавливающею отвѣтственность за вредъ отъ недозволенныхъ дѣйствій, мы желали бы видѣть статью приблизительно такого содержанія:

«Недозволенными почитаются не только дѣйствія, прямо воспрещенныя закономъ, но и всякія вообще дѣйствія, противныя правиламъ честности или совершаемыя главнымъ образомъ, если не исключительно, изъ желанія причинить вредъ другому.

Ссылка на предоставленное по закону право въ оправданіе такихъ дѣйствій не допускается.

Отвѣтственность за дѣйствія, совершаемыя при спорахъ между предпринимателями и рабочими или служащими, и предпринимателей между собою, или рабочихъ (или служащихъ) между собою по поводу условій найма и положенія наемнаго труда, опредѣляется на основаніи особыхъ правилъ».

Прив.-доц. В. И. Сливицкій.

Литература:

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. II, 3 изд. 1907.

Его же, Zur Auslegung und Anwendung des § 826 BGB (Deutsche Juristen-Zeitung 1907, S. 7 ff.).

Oertmann, Kommentar zum BGB, Bd. I, 1908 (allgemeiner Teil); Bd. II, 3—4 изд. 1910 (Recht der Schuldverhältnisse).

Его же, Sittenwidrige Handlungen (D. J.-Zeitung 1903. S. 325 ff.).

Staudinger, Kommentar zum BGB, 7 и 8 изд. 1912.

Das bürgerliche Gesetzbuch, erläutert von Reichsgerichtsräten, 2 изд. 1913.

Dernburg, Das bürgerliche Recht, Bd. II, 3 изд. 1906.

Cosack, Lehrbuch des D. bürgerlichen Rechts, Bd. I, 6 изд. 1913.

L. Enneccerus, Lehrbuch d. B. Rechts. Bd. I, 2, 6—8 изд. 1912.

I. W. Hedemann, Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX Jahrhundert, 1910, особенно § 8.

Его же, Werden und Wachsen im Bürgerlichen Recht, 1913.

Его же, Sittenwidrige Schädigung der Kartelle durch Gründung eines Aussenwerks (Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, 1913).

Degen, Die Bedeutung des § 826 BGB. für den gewerblichen Rechtsschutz. (Gewerblicher Rechtsschutz, Jahrg. 14—1909, S. 137 ff.).

J. Bachem, § 826 des Bürgerlichen Gesetzbuches in seiner Bedeutung für das geschäftliche und gewerbliche Leben (Sociale Kultur, 1906, II, S. 810 ff.).

I. Holliger, Die Schadenszufügung wider gute Sitten, als Rechtsgrund zur Ersatzpflicht (Schw. Juristenzeitung, Jahrg. II—1905—06—S. 289 ff; 303 ff.).

Otto Dick, Der Verstoss gegen die guten Sitten in der gerichtlichen Praxis. (Archiv für bürg. Recht, Bd. 33—1909—S. 74 ff.).

W. Hein, Die Verleitung zum Vertragsbruch nach bürgerlichem Recht, 1906.

K. Hagen, Die guten Sitten als Rechtsbegriff (Gruchot Beiträge z. Erl. d. D. Rechts, Bd. 52, 1908, S. 497 ff.).

Herzog, Zum Begriffe der guten Sitten im BGB., 1910.

M. Sliosberg, Die guten Sitten im Zivilrecht, 1910.

R. v. Broecker, Schadensersatzansprüche aus dem Lohnkampf nach BGB., 1906.

August Müller, Gewerkschaften und Privatrecht (Sozialistische Monatshefte 1905, Heft XII, S. 1024 ff.).

Maschke, Boykott, Sperre und Ausperrung, 1911.

K. Pinczower, Das Verhältnis des § 826 BGB. zum Boykott, 1911.

W. Kisch, Das Reichsgericht und der Boykott (Deutsche Juristen-Zeitung. 1911, Sp. 1349 ff.).

Oertmann, Die Zulässigkeit der Satzungen des Zechen-Verbands in Essen. (Archiv f. Bürg. Recht, Bd. 33—1909, S. 221 ff.).

Его же, Noch einmal die schwarzen Listen des Zechen-Verbandes (Archiv f. Bürg. Recht, Bd. 34—1910, S. 261 ff.).

Его же, Gute Sitten und Sozialpolitik (Deutsche Juristen-Zeitung. 1911, S. 435 ff.).

Его же, Moralwidrigkeit und Sozialpolitik (Soziale Praxis 21 Jahrg. $19^{11}/_{12}$, S. 1155 ff; 1911 ff.).

Lotmar, Verrufserklärung vertragsbrüchiger Arbeiter durch den Zechenverband (Soziale Praxis 1908, Sp. 108 ff.).

W. Zimmermann, Rechtssprechung gegenüber Verrufserklärungen in sozialen und wirtschaftlichen Interessenkämpfen (Soziale Praxis 1907, Sp. 1081 ff.).

Его же, Schwarze Listen, als Erziehungsmittel (Soziale Praxis, Jahrg. 18 — $1908/_{09}$—Sp. 442 ff.).

R. Wissel, Schadensersatzansprüche aus Boykott und Sperren (Neue Zeit, Jg. 27, Bd. I, 1908—1909, Ss. 406 ff.; 437 ff.).

Его же, Die Aussperrung als gewerbliches Kampfmittel (Sozialistische Monatshefte 1911, Heft XII, S. 771 ff.).

G. Baum, Soziale Selbsthilfe gegen Heimarbeitsschäden—ein Verstoss gegen die guten Sitten? (Soziale Praxis, Jahrg. XXI, 1912, Sp. 1546).

Verhandlungen des 28 Deutschen Juristentages. Kiel 1906, Bd. II.

Verhandlungen des 29 Deutschen Juristentages. Karlsruhe 1908, Bd. IV, V.

A. Meyerowitz, Streik, Aussperrung, Boykott und Verruf in der Rechtssprechung des Reichsgerichts (Juristische Wochenschrift 1912, S. 839 ff.).

F. Kestner, Der Organisationszwang, 1912.

Franz Klein, Das Organisationswesen der Gegenwart. Berlin 1913.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Juristische Wochenschrift.
Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen, Ergänzungsbände.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Rechtssprechung der Oberlandesgerichte, herausg. von *Mugdan-Falkmann.*

Недобросовѣстная конкуренція [1].

«Современный хозяйственный строй развертываетъ передъ нами картину экономической борьбы между торговыми предпріятіями за свое существованіе. Обезпечивая за собой возможно большій сбытъ своихъ товаровъ, каждое изъ нихъ стремится привлечь къ себѣ и отвлечь отъ другихъ возможно большее число потребителей. Среди торговыхъ предпріятій открывается ожесточенное соперничество передъ покупателями» [2]. Въ этой борьбѣ каждый предоставленъ своимъ собственнымъ силамъ: «столкновеніе покажетъ, кто достоинъ награды и кто нѣтъ».

Однако, во всякой борьбѣ, происходящей въ культурныхъ условіяхъ, есть предѣлъ дозволеннаго, внѣ котораго она утрачиваетъ значеніе фактора, оживляющаго энергію ея участниковъ. Между тѣмъ, опытъ показываетъ, что всегда имѣются такіе конкуренты, которые въ погонѣ за покупателемъ прибѣгаютъ къ обманнымъ и недостойнымъ пріемамъ, вносящимъ разложеніе въ сферу торговыхъ отношеній и подрывающимъ дѣятельность здоровыхъ и полезныхъ предпріятій. Эти продѣлки давно уже извѣстны въ оборотѣ подъ именемъ недобросовѣстной конкуренціи (Concurrence déloyale, Unlauter Wettbewerb).

Въ сущности это явленіе не новое: уже въ средніе вѣка, въ эпоху господства цехового строя и феодальныхъ регалій, въ тѣсныхъ рамкахъ дозволенной конкуренціи, при сравнительной немногочисленности соперниковъ, погоня за покупателемъ вызывала пріемы подчасъ весьма недобросовѣстные, какъ въ отношеніи публики, такъ и конкурентовъ. Kohler,

---

[1] Литература. *Проф. Г. Ф. Шершеневичъ.* Курсъ торговаго права, томъ II. *Проф. Каминка.* Очерки торговаго права, 1912 г., стр. 225 — 243. *Гольденберъ.* «Вѣстникъ права», 6 — 7. 1901 г. *Розенберъ.* Промысловая тайна. 1910 г. *Chuler.* Die concurrence déloyale e. c. t. Zürich. 1895 г. *Lobe.* Die Bekaempfung des unlauteren Wettbewerbs. B. I. 1907 г. *Rosenthal und Wehner.* Reichsgesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb. Leipzig, 1909. *Finger.* То же. Berlin. 1911 г. *D. Baer.* Das Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb. Berlin. 1913. *Josef Kohler.* Der Unlautere Wettbewerb. 1914. *M. M. Kohler.* Das Verbrechen des Unlauteren Wettbewerbs. Breslau. 1901 г. *E. Thaller.* Traité élémentaire de droit commercial. 1904. *E. Pouillet.* Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale en tous genres. Paris. 1912 г. *H. Allart.* Traité théorique et pratique de la concurrence déloyale. Paris. 1892 г.

[2] *Шершеневичъ.* Курсъ Торг. Пр., т. II, стр. 108. *Его же.* Система торговыхъ дѣйствій. 1888 г. Казань. Стр. 11.

Lobe и др.[1] приводятъ рядъ примѣровъ мѣропріятій, при помощи которыхъ законодатель того времени стремился бороться съ этимъ явленіемъ. Но ликвидація цехового строя и торжество начала «свободной конкуренціи»—свободнаго доступа къ занятію въ торговлѣ и промышленности,—усвоеннаго со временъ историческаго французскаго закона 7 марта 1791 г. законодательствами всѣхъ культурныхъ странъ[2], смыли вмѣстѣ съ тѣмъ скромныя попытки регламентаціи соревнованія конкурирующихъ предпріятій. Въ борьбѣ за рынокъ, въ борьбѣ за покупателя промышленнику предоставлена широчайшая свобода въ развитіи своей дѣятельности.

Идеологи современнаго экономическаго строя отъ Адама Смита и до Спенсера видѣли въ этомъ необходимый залогъ развитія торговли и промышленности, твердо вѣря, что экономическіе интересы индивида совпадаютъ и идутъ параллельно съ интересами общества. По ихъ мнѣнію, каждый въ погонѣ за личной выгодой и прибылью долженъ содѣйствовать общему благосостоянію[3]. Дѣйствительность не обманула надежды. Небывалый расцвѣтъ и подъемъ промышленности и торговли, полный переворотъ въ техникѣ производства, возрастаніе количества благъ, приходящихся на долю каждаго,—величайшая побѣда истекшаго столѣтія. Но одновременно съ такимъ развитіемъ, въ корнѣ измѣнилось положеніе покупающей публики и условія соревнованія предпріятій за покупателя. Всенивелирующая техника, колоссальная спѣшка нашего времени, безчисленные суррогаты часто лишаютъ возможности конкретной оцѣнки качества товара въ моментъ покупки. Поэтому публика стремится покупать продуктъ предпріятія, зарекомендовавшаго себя уже ранѣе добросовѣстной и доброкачественной работой. Въ этой репутаціи—въ «добромъ имени» купца и предпріятія—въ наше время въ значительной мѣрѣ залогъ успѣха торговаго дѣла, ибо они привлекаютъ кліентуру.

Но разыскивая избраннаго фабриканта-производителя, публика наталкивается на новое препятствіе: между ними стоитъ купецъ-посредникъ, изъ рукъ котораго она и получаетъ требуемый товаръ. Фактическая связь продукта съ ея творцомъ порвана. Единственное средство удостовѣриться въ его происхожденіи это тѣ внѣшніе знаки въ видѣ торговаго клейма, оригинальной упаковки, фирмы или названія предпріятія, которыми современный купецъ и фабрикантъ стремится индивидуализировать свой товаръ и предпріятіе въ глазахъ публики. Въ современномъ оборотѣ это вѣхи, по которымъ токъ спроса доходитъ до своего избранника.

На ряду съ этимъ неменьшее значеніе для плодотворной и успѣшной дѣятельности имѣетъ правильная организація самого предпріятія и установленіе прочныхъ связей съ кліентеллой. Предпріятіе, налаженное талантомъ и энергіей своего основателя, становится обособленнымъ цѣлымъ, работая и развиваясь по какой-то особой инерціи. Въ этой жиз-

---

[1] *Kohler*, стр. 33; *Lobe*, стр. 72.

[2] См. у насъ Уставъ торговый, т. XI, ч. 2, ст. 2; Законы о состояніяхъ т. IX, ст. 508.

[3] Подробно см. *Шершеневичъ*, Система торговыхъ дѣйствій.

неспособности предпріятія, въ прочности установившихся отношеній съ опредѣленнымъ кругомъ кліентовъ, въ той массѣ труда и энергіи, которая требуется для организаціи современнаго крупнаго предпріятія, причина огромной экономической цѣнности «предпріятія на ходу». И вмѣстѣ съ тѣмъ именно всѣ эти блага въ высшей мѣрѣ уязвимы со стороны неразборчиваго въ средствахъ конкурента. Вывѣдать секретъ внутренняго распорядка и использовать плоды чужого труда для собственнаго дѣла, — вывѣдать дѣловыя связи, которыя всюду составляютъ, по понятнымъ соображеніямъ, строгую тайну, и перехватить кліента,— подогнать свой товарный знакъ, фирму и т. п. такъ близко подъ отличительные знаки своего конкурента, чтобы ввести въ заблужденіе публику и привлечь ея спросъ къ себѣ:—все это можно сказать, классическіе случаи недобросовѣстной конкуренціи. Не меньшая опасность грозитъ и репутаціи купца и предпріятія, т.-е. мнѣнію о нихъ публики, которое въ наше время слагается въ значительной степени по законамъ не индивидуальной, а массовой психологіи, питаясь смутными слухами, передаваемыми изъ десятыхъ рукъ, и бросающейся въ глаза рекламой. Какъ легко при такихъ условіяхъ очернить своего конкурента, всякому извѣстно.

Мы привели только нѣсколько примѣровъ, но и этого достаточно, чтобы показать, что недобросовѣстная конкуренція является въ наше время постоянной угрозой солиднымъ и честнымъ предпріятіямъ. Несомнѣнно, что законодательства всѣхъ странъ на протяженіи всего 19 столѣтія, въ большей или меньшей степени принимали мѣры къ огражденію нѣкоторыхъ наиболѣе ясно опредѣлившихся интересовъ торгующихъ. Укажемъ, напр., на охрану зарегистрированнаго товарнаго знака, на признаніе исключительнаго права на торговую фирму и т. д. Но опасеніе стѣснить свободу конкуренціи и тѣмъ затормозить подъемъ торговли и промышленности, долгое время побуждало законодателей къ крайней осторожности и скупости въ этой области. Вслѣдствіе этого положительное право до конца прошлаго столѣтія сумѣло выдвинуть, по выраженію профессора Kohler'a, только «одинокіе форты», правда затруднившіе нѣкоторыя продѣлки, но оставлявшіе большой просторъ для проявленія недобросовѣстной конкуренціи во всемъ ея безконечномъ многообразіи. Между тѣмъ, интересы торговаго оборота властно требуютъ широкихъ мѣропріятій и борьбы по всей линіи съ этимъ бичомъ современной торговли. Свободное соревнованіе предпріятій необходимо поставить въ условія, исключающія возможность торжества недобросовѣстныхъ торговцевъ за счетъ творческой работы солидныхъ предпріятій.

То вниманіе, которое спеціальная литература Запада удѣляетъ этому вопросу, и классическая борьба съ недобросовѣстной конкуренціей, которую уже давно и съ значительнымъ успѣхомъ ведетъ французская судебная практика, наконецъ, обиліе законодательныхъ актовъ въ послѣднее время въ этой области, особенно въ Германіи и Швейцаріи, показываетъ, что тамъ въ полной мѣрѣ сознали опасность и вредъ этого явленія. Къ сожалѣнію приходится признать, что мы въ этомъ вопросѣ совершенно отстали; законодательство наше и судебная прак-

тика, за исключеніемъ нѣкоторыхъ частныхъ случаевъ (узурпація фирмы, торговаго знака и т. д.), представляетъ почти полную tabula rasa [1]: проблема борьбы съ недобросовѣстной конкуренціей, какъ таковая, имъ совершенно чужда.

Задача настоящей статьи дать систематическій обзоръ того, что сдѣлано въ этой области на Западѣ, и главнымъ образомъ, съ одной стороны, французской судебной практикой, которая по справедливости признается творцомъ проблемы недобросовѣстной конкуренціи, а съ другой стороны — германскимъ законодательствомъ, которое въ настоящее время является въ этомъ вопросѣ наиболѣе полнымъ и обстоятельнымъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ, необходимо подойти къ этому матеріалу съ точки зрѣнія догматики частнаго права, такъ какъ проблема недобросовѣстной конкуренціи, не смотря на интенсивную разработку ея, даже на Западѣ въ этомъ отношеніи не можетъ считаться окончательно разрѣшенной. Такъ, напримѣръ, столь благотворныя рѣшенія французскихъ судовъ покоятся въ сущности на положеніяхъ, которыя при ближайшемъ разсмотрѣніи оказываются несостоятельными и не мирятся съ принципами примѣненія и толкованія закона, общепринятыми до сихъ поръ въ наукѣ права [2]. Даже новое германское законодательство по этому вопросу допускаетъ странное смѣшеніе нормъ, ограждающихъ публичные и частные интересы, не позволяющее подыскать этимъ нормамъ надлежащаго мѣста въ системѣ права и дать общую конструкцію признаннымъ ими субъективнымъ правомочіямъ несмотря на то, что съ формальной стороны они всѣ совершенно однообразны.

Имѣя въ виду, что рано или поздно наше законодательство будетъ вынуждено стать на путь борьбы съ недобросовѣстной конкуренціей, при чемъ, конечно, не обойдется безъ заимствованія у Запада, мы полагаемъ, что попытка разобраться въ указанныхъ выше недочетахъ должна представить интересъ и для русской юриспруденціи.

I.

Недобросовѣстная конкуренція — явленіе космополитическое; продѣлки въ этой области отличаются чрезвычайнымъ однообразіемъ во всѣхъ странахъ, гдѣ процвѣтаетъ торговля. Въ частности, въ отношеніи Франціи и Германіи это несомнѣнно. Но, несмотря на это, исторія борьбы съ этимъ явленіемъ, тутъ и тамъ въ корнѣ различна и часто прямо противоположна. Во Франціи борьба съ недобросовѣстной конкуренціей ведется съ величайшей энергіей уже съ начала 19-го столѣтія, и честь творческой работы здѣсь принадлежитъ, главнымъ образомъ, судебной практикѣ. Опираясь преимущественно на ст. 1382 и 1383 Гражд. Улож., которыя обязываютъ всякаго виновнаго въ причиненіи кому-либо ущерба со злымъ умысломъ или по упущенію возмѣстить таковой,

[1] *Шершеневичъ*. Курсъ торг. пр., т. II, стр. 116.
[2] См. *Шершеневичъ*. Курсъ, т. II, стр. 113.

она сразу выдвинула общее правило, объявившее недобросовѣстные пріемы конкуренціи недозволенными, что послужило затѣмъ основаніемъ для разрѣшенія столкновеній въ этой области во всемъ ихъ многообразіи. Наоборотъ, въ Германіи борьба началась только въ 90 гг.; судебная практика рѣшительно отказывалась слѣдовать по стопамъ французской, и иниціатива здѣсь всецѣло принадлежитъ законодательству, которое пошло по пути казуистическихъ запрещеній. И только въ законѣ 1909 г. «Противъ недобросовѣстной конкуренціи», для пополненія этихъ частныхъ правилъ было выдвинуто то общее запрещеніе, съ котораго начала французская практика. Помимо этого французская и германская юриспруденція совершенно расходятся въ опредѣленіи того круга дѣйствій, которыя объемлются понятіемъ «недобросовѣстной конкуренціи».

Во Франціи согласно общепризнанному мнѣнію сюда относятся всякія недобросовѣстныя и неблаговидныя продѣлки съ цѣлью привлечь къ себѣ чужую кліентеллу [1]. Дать точный перечень такихъ неблаговидныхъ дѣйствій, по мнѣнію Pouillet вслѣдствіе ихъ безконечнаго разнообразія, невозможно, но всѣмъ имъ присущъ одинъ признакъ—это попытка при помощи недостойнаго средства привлечь именно «чужую» кліентеллу. Въ этомъ опредѣленіи, которое отнюдь не претендуетъ на точность, къ которой мы привыкли въ области частнаго права, наше вниманіе должны остановить два момента. Въ-первыхъ, concurrence déloyale признается только въ томъ случаѣ, если дѣло идетъ объ отвлеченіи чужой кліентеллы. Отсюда получается впечатлѣніе, будто бы по французскому воззрѣнію купецъ имѣетъ нѣкое право на «свою кліентеллу» т.-е. въ сущности на благопріятное для его предпріятія настроеніе публики. Но объ этомъ, конечно, рѣчи быть не можетъ, ибо тогда не только недобросовѣстное, но и всякое привлеченіе чужой кліентеллы являлось бы незаконнымъ, и тѣмъ самымъ всякая конкуренція стала бы невозможной. Смыслъ этого неточнаго выраженія является инымъ: онъ долженъ подчеркнуть французскую концепцію «недобросовѣстной конкуренціи», которая видитъ здѣсь нарушеніе частнаго права опредѣленнаго лица и говоритъ о ней только тамъ, гдѣ дѣйствіе вредитъ интересамъ опредѣленнаго конкурента — торговца, оставляя въ сторонѣ интересы публики [2]. Само собой разумѣется, что недобросовѣстные пріемы въ погонѣ за покупателемъ могутъ причинить ущербъ не только конкуренту, но и публикѣ, больше того, здѣсь часто прибѣгаютъ къ пріемамъ, которые вводятъ въ заблужденіе публику, не причиняя непосредственнаго вреда конкуренту: напр., лживая реклама о собственныхъ достоинствахъ безъ сравненія съ другими торгующими. Но защита интересовъ публики въ цѣломъ, и защита частныхъ интересовъ купца относятся къ разнымъ областямъ права: первая къ публичному, вторая къ частному. Французскіе коммерческіе суды и кассаціонная инстанція,

---

[1] См. *Pouillet,* предисловіе, стр. VIII, *Thaller,* § 62, *Lyon-Caen.* Grande Encyclopedie, verbo «concurrence». Также *Darras, Allart,* цитиров. у *Pouillet* стр. 716.

[2] См. Chuler, стр. 59 и д.

опираясь въ своихъ рѣшеніяхъ на Гражд. Улож., не могли не выходя за предѣлы своей компетенціи бороться противъ злоупотребленій не нарушавшихъ интересовъ опредѣленнаго конкурента, опредѣленнаго частнаго лица. Помимо этого, только такая точка зрѣнія соотвѣтствуетъ самому термину «конкуренція», который всегда предполагаетъ соревнованіе нѣсколькихъ торгующихъ, между тѣмъ, какъ продѣлки, направленныя непосредственно къ обману публики (напр., лживая реклама о себѣ, обмѣръ, фиктивная распродажа и т. д.), возможны и тамъ, гдѣ конкуренціи вообще нѣтъ, гдѣ торгующій является монополистомъ. Въ послѣднемъ случаѣ гораздо правильнѣе говорить о «недобросовѣстной торговлѣ». Это различіе упущено, какъ мы увидимъ ниже, нѣмецкимъ законодательствомъ и литературой, которыя подъ терминомъ unlauter Wettbewerb разумѣютъ оба явленія, съ юридической стороны столь различныя. Наоборотъ, французская юриспруденція, говоря о привлеченіи «чужой кліентеллы», особенно подчеркиваетъ, что здѣсь рѣчь идетъ только о такихъ пріемахъ, которые такъ или иначе вторгаются въ сферу интересовъ опредѣленнаго конкурента-купца.

Конечно, фактъ нарушенія интересовъ конкурента самъ по себѣ не даетъ еще права требовать судебной защиты. Вѣдь соревнованіе въ торговлѣ это постоянная борьба интересовъ, гдѣ торжество надъ конкурентомъ вплоть до его полнаго разоренія, явленіе обычное, и, какъ это ни сурово, вполнѣ законное. Преслѣдованію, согласно приведенному выше опредѣленію, подлежатъ только дѣйствія недобросовѣстныя и недостойныя (déloyale). Въ этомъ признакѣ второй пунктъ, долженствующій привлечь наше вниманіе. Мы привыкли къ той мысли, что судъ призванъ преслѣдовать только дѣйствія, нарушающія законъ, между тѣмъ французское опредѣленіе говоритъ о дѣйствіяхъ недобросовѣстныхъ, т.-е. нарушающихъ правила добрыхъ нравовъ. И дѣйствительно французская судебная практика ведетъ борьбу съ недобросовѣстной конкуренціей именно въ этихъ широкихъ рамкахъ, выходя далеко за предѣлы положительныхъ нормъ права, призванныхъ ограждать интересы торгующихъ. Это обнаруживается само собой при обзорѣ содержанія наиболѣе типичныхъ правилъ, выдвинутыхъ въ рѣшеніяхъ французскихъ судовъ.

Обращаясь къ этому обзору, необходимо признать, что довольно трудно уложить эти многочисленныя рѣшенія въ какую-либо стройную систему: настолько признаки преслѣдуемыхъ дѣйствій разнообразны и разнородны. Наиболѣе пріемлемой и ясной представляется система Chuler'a [1], который различаетъ тутъ слѣдующія группы продѣлокъ:

1) Присвоеніе отличительныхъ признаковъ конкурента съ цѣлью ввести въ заблужденіе публику.

2) Присвоеніе чужихъ наградъ и отличій.

3) Распространеніе неблагопріятныхъ свѣдѣній о конкурентѣ.

4) Нарушеніе промысловой тайны конкурента.

1) Классическимъ пріемомъ въ области узурпаціи чужихъ обозна-

[1] *Chuler*, стр. 91.

ченій является поддѣлка или подражаніе товарному знаку или фабричному клейму конкурента. Борьба съ нимъ послужила, быть можетъ, колыбелью развитія мѣръ противъ недобросовѣстной конкуренціи вообще.

Во Франціи товарный знакъ уже давно пользуется защитой спеціальнаго закона не только въ гражданскомъ, но и въ уголовномъ порядкѣ [1]. Однако, по ст. 2 зак. 1857 г. этой защитой пользуется только тотъ, кто своевременно зарегистрировалъ свой знакъ. Значитъ ли это, что право на товарный знакъ пріобрѣтается при условіи и съ момента регистраціи? Такого взгляда держался прежде германскій законодатель, и за нимъ дѣйствующій у насъ законъ 1896 г. Между тѣмъ во Франціи, съ самаго начала, регистраціи принадлежало не «конститутивное», а только «декларативное», значеніе, т.-е. она является условіемъ для требованія защиты на основаніи закона 1857 г., но право на товарный знакъ, какъ таковое, по господствующему здѣсь мнѣнію, пріобрѣтается уже фактомъ пользованія опредѣленнымъ знакомъ при условіи его оригинальности и новизны и охраняется общими нормами о незаконности недобросовѣстной конкуренціи [2]. Такимъ образомъ, значеніе регистраціи сводится, главнымъ образомъ, къ присоединенію уголовной защиты.

Помимо столь широкаго толкованія права на товарный знакъ, судебная практика не колеблясь и послѣдовательно признаетъ недобросовѣстной конкуренціей подражаніе всякому сочетанію знаковъ, красокъ оригинальной упаковкѣ, фантастическому названію продукта, формѣ и рисунку рекламы, вывѣски, внѣшней отдѣлкѣ торговаго помѣщенія и прочимъ пріемамъ, которыми современный купецъ обычно старается отмѣтить свой продуктъ и предпріятіе въ глазахъ публики, несмотря на то, подходятъ ли эти знаки и обозначенія подъ понятіе товарнаго знака, установленное закономъ 1857 г. [3].

Аналогичной защитой пользуется и фирма предпріятія. Правда въ новѣйшихъ законодательствахъ фирма несомнѣнно признана объектомъ абсолютнаго права. Поэтому общая защита здѣсь въ сущности дѣлаетъ излишнимъ привлеченіе принципа «недобросовѣстной конкуренціи», но французскій законъ не знаетъ такого права и практика часто во избѣжаніе принципіальныхъ возраженій предпочитаетъ прибѣгать къ своему излюбленному критерію, не возбуждающему никакихъ сомнѣній [4].

---

[1] Зак. 1824 г. и нынѣ дѣйствующій зак. 1857 г., дополнительный зак. 1890 г.— текстъ см. у *Pouillet* стр. 1186.

[2] *Thaller*, § 107, *Pouillet* стр. 189... 192 и 747 и д.

[3] *Pouillet*, стр. 730, 733, 747, 955, 1001.

[4] См. *Pouillet*, стр. 575. *Thaller*, § 103.

Въ особомъ затрудненіи находится практика въ тѣхъ случаяхъ, когда фирма совпадаетъ съ фамиліей купца. Запретить однофамильцу пользоваться своимъ именемъ въ качествѣ фирмы, уже извѣстной въ оборотѣ, невозможно, по мнѣнію Pouillet (стр. 761)—это его абсолютное право. Однако, онъ не долженъ имъ пользоваться въ цѣляхъ недобросовѣстной конкуренціи. Поэтому судъ вправѣ требовать, чтобы фирма въ такихъ случаяхъ содержала бы и имя купца или иное добавленіе, которое исключало бы всякую возможность смѣшенія съ фирмой конкурента (см. тамъ же многочисл. практика стр. 762 и д.).

Наконецъ къ этой группѣ относится также ложное обозначеніе мѣста производства и происхожденія товара. Такія продѣлки часто затрагиваютъ интересы не только отдѣльныхъ лицъ, но и цѣлой мѣстности и даже всей страны. Законъ о товарн. знакахъ 1857 г. (ст. 19) напр., запрещаетъ въ интересахъ всей французской промышленности помѣщать на продуктахъ заграничнаго происхожденія марки способныя вызвать представленіе, что продуктъ изготовленъ во Франціи. Различая вполнѣ послѣдовательно защиту общихъ и частныхъ интересовъ, тотъ же законъ возлагаетъ обязанность преслѣдовать такія нарушенія на таможенное вѣдомство и администрацію. Частный искъ данъ только лицамъ, интересы которыхъ этимъ непосредственно нарушены (ст. 19), т.-е. въ большинствѣ случаевъ только владѣльцамъ предпріятій той мѣстности, которая ложно указана въ маркѣ [1]. Судебная практика выработала аналогичный искъ и для товаровъ французскаго происхожденія, опираясь исключительно на соотвѣтствующій уголовный законъ [2] [3]. Этимъ исчерпываются наиболѣе типичные случаи первой группы. При этомъ полезно подчеркнуть еще разъ позицію занятую здѣсь французской практикой, а именно: гражданскій искъ дается только тамъ, гдѣ нарушены частные интересы и только тому, чей интересъ нарушенъ.

2) Во вторую группу классификаціи Chuler'a входятъ присвоеніе свойствъ и отличій, принадлежащихъ конкуренту. Такъ напр., по рѣшеніямъ французскихъ судовъ въ виду наличности недобросовѣстной конкуренціи изобрѣтатель можетъ запретить всякому ложно приписывать себѣ это свойство [4]; агентъ или представитель фирмы можетъ преслѣдовать лже-агентовъ и представителей и т. д. Наконецъ, обладатели различныхъ наградъ, медалей и отличій имѣютъ искъ о недобросовѣстной конкуренціи къ лицамъ, которыя ихъ себѣ ложно приписываютъ. Это уже давно признано французской практикой по мотиву, что всякое отличіе рекомендуетъ публикѣ его носителя, и эта рекомендація сильно подрывалась бы, если допускать, чтобы недобросовѣстные конкуренты невозбранно ее себѣ присваивали [5]. Аргументація довольно шаткая. Нетрудно замѣтить, что такія продѣлки главнымъ образомъ затрагиваютъ публичные интересы, подрывая культурное значеніе присуждаемыхъ на выставкѣ наградъ и вводя въ заблужденіе публику. Причинная связь между такой продѣлкой и отклоненіемъ кліентеллы отъ конкурента въ конкретномъ случаѣ всегда крайне проблематична. Такого мнѣнія очевидно придерживается и французскій законодатель, вступившій на путь уголовныхъ репрессій и административнаго надзора въ этой области [6].

---

1 См. *Pouillet*, стр. 455 и д.

2 См. Loi des 28 juillet et 4 août 1824 г. «Relative aux altérations et suppositions de noms sur les produits fabriqués», art. 1.

3 *Pouillet*, стр. 617.

4 *Pouillet*, стр. 807.

5 Тамъ же, стр. 815.

6 Loi du 30 april 1886 «Relative à l'usurpation des médailles et récompenses industrielles».

3) Обращаясь къ третьей группѣ—распространеніе неблагопріятныхъ свѣдѣній о конкурентѣ (dénigrement) мы снова подходимъ къ дѣйствіямъ, центръ тяжести которыхъ лежитъ въ частномъ правѣ. Правда, уголовное право уже давно преслѣдуетъ клевету и диффамацію, но дѣлается это во имя охраненія нравственной цѣнности личности, въ то время какъ здѣсь борьба идетъ, главнымъ образомъ, въ защиту матеріальныхъ интересовъ.

Развивая ученіе о «dénigrement», какъ объ особомъ деликтѣ, французская практика возродила извѣстную actio injuriarum римскаго права [1], она напомнила забытую законодательствами 18 и начала 19 стол. истину, что доброе имя, хорошая репутація, и довѣріе общества является не только нравственнымъ, но и цѣннымъ имущественнымъ благомъ особенно для купца и его предпріятія, успѣхъ котораго зависитъ всецѣло отъ благопріятнаго настроенія и довѣрія публики и дѣлового міра. При этомъ, не находя поддержки въ гражданскомъ законодательствѣ, практикѣ пришлось всецѣло опереться на критерій «недобросовѣстной конкуренціи», ею же созданный. Благодаря этому именно на данномъ вопросѣ французская концепція проблемы concurrence déloyale обнаруживается съ наибольшей ясностью и опредѣленностью.

Нужно замѣтить, что конкуренты сравнительно рѣдко прибѣгаютъ къ непосредственнымъ нападкамъ и злостной критикѣ личности, предпріятія и продукта своего противника. Пристрастность такой критики слишкомъ очевидна и она наврядъ ли способна убѣдить публику. Обычно къ этому прибѣгаютъ попутно, съ цѣлью выдвинуть преимущества и качества собственнаго товара и торговли.

Реклама въ условіяхъ современной торговли совершенно неизбѣжна, и французская практика отнюдь не намѣрена ее стѣснять: судами неоднократно подчеркивалось, что самое необузданное самовосхваленіе не считается запрещеннымъ [2]. Болѣе того, даже противъ завѣдомо ложнаго сообщенія о своихъ собственныхъ качествахъ критерій concurrence déloyale и гражданскіе суды ничего дать не могутъ [3].

Проблема concurrence déloyale возникаетъ только тогда, когда сообщенія торгующаго могутъ такъ или иначе набросить тѣнь въ глазахъ публики на опредѣленнаго конкурента: «Утверждайте, если хотите,— говоритъ Pataille, — что вы работаете лучше всѣхъ конкурентовъ, жаловаться будетъ некому, пусть публика судитъ. Но если вы скажете, что производство и продуктъ опредѣленнаго конкурента обладаютъ недостатками и плохи, задѣтый конкурентъ несомнѣнно въ правѣ привлечь васъ къ суду, чтобы парализовать критику, которая независимо отъ того, основательна она или нѣтъ, является актомъ недобросовѣстной конкуренціи» [4]. Такимъ образомъ, даже добросовѣстная критика конку-

---

[1] *Thaller* § 97.

[2] См. рѣшенія, у *Pouillet*, стр. 969 и д.

[3] См. *Chuler* стр. 91, *Pouillet*, стр. 959 и особ. 968 и д.

[4] См. его статью въ «Annales de la propriété industrielle, artistique et litteraire», 1857 г., № 39.

рента—недозволена. Такое мнѣніе находитъ, между прочимъ, опору въ уголовн. зак. 1881 г. о диффамаціи т.-е. о распространеніи позорящихъ свѣдѣній при помощи произведеній печати. Какъ извѣстно, и здѣсь exceptio veritatis въ отношеніи частныхъ лицъ не пріемлется. Въ литературѣ были попытки смягчить это правило; указывали на то, что добросовѣстная и правдивая критика, хотя бы въ устахъ конкурента, можетъ принести только пользу публикѣ и будетъ способствовать оздоровленію оборота [1]. Однако, судебная практика вполнѣ основательно относится съ недовѣріемъ къ конкуренту въ роли объективнаго критика въ интересахъ публики, и по прежнему твердо держится мнѣнія Pataill'я [2]. Доброе имя и репутація неприкосновенны для конкурента!

Здѣсь, къ сожалѣнію, нѣтъ возможности изложить положенія французской практики о dénigrement во всѣхъ подробностяхъ. Укажемъ только, что суды крайне чутко относятся ко всякому покушенію на доброе имя купца и даютъ защиту, какъ противъ заявленій, подрывающихъ общую репутацію купца, такъ и сообщающихъ самый мелкій фактъ, независимо отъ того высказана ли критика прямо или хотя бы въ видѣ намека [3].

4) Наконецъ, четвертая группа продѣлокъ заключается въ нарушеніи промысловой и дѣловой тайны. Чаще всего это дѣлается съ цѣлью выпытать дѣловыя связи конкурента, или же пріемъ производства, который по своему характеру не даетъ права на патентъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ даетъ примѣнившему его нѣкоторое преимущество передъ конкурентомъ.

Вопреки Chuler'у этотъ вопросъ слабо разработанъ во Франціи. Здѣсь обыкновенно указываютъ, что дѣловую тайну узнаютъ благодаря предательству служащаго, который при этомъ нарушаетъ свое обязательство по договору найма. Конкурентъ этимъ обязательствомъ не связанъ и слѣдовательно гражданской отвѣтственности нести не можетъ [4], [5].

Въ заключеніе обзора французской судебной практики необходимо оговорить, что здѣсь далеко не исчерпанъ каталогъ тѣхъ продѣлокъ, съ которыми суды вели неустанную и столь успѣшную борьбу. Но и этого матеріала достаточно, чтобы показать, что рѣшенія французскихъ судовъ покоятся въ борьбѣ съ недобросовѣстной конкуренціей на различныхъ основаніяхъ. Нѣкоторыя изъ приведенныхъ продѣлокъ конкурентовъ не только недобросовѣстны, но, кромѣ того, нарушаютъ опредѣленную норму закона и, слѣдовательно, онѣ и незаконны:—такова,

---

[1] См. *P. Summien.* Des rapports entre la concurrence déloyale et la diffamation. Paris, 1898 г.

[2] *Pouillet,* стр. 961.

[3] См. рѣшенія, *Pouillet,* стр. 961—976.

[4] Конечно при наличности спеціальнаго уголовнаго закона ему грозитъ кара за соучастіе: напр., по ст. 418. Code pénale, карающей служащихъ за сообщеніе фабричнаго секрета.

[5] См. *Pouillet,* стр. 1177 и 1173.

напр., узурпація зарегистрированнаго товарнаго знака (зак. 1857 г.), очерненіе конкурента, если оно совершается при помощи печати и, слѣдовательно, оказывается диффамаціей (Cod. pén. ст. 415), и т. д. Тутъ судебныя рѣшенія не представляютъ никакихъ особенностей, ибо рѣшающее значеніе, какъ это и полагается, принадлежитъ закону. Однако спеціальныя нормы далеко не предусматриваютъ всѣ случаи недобросовѣстной конкуренціи, выдвинутые практикой:—напр., «очерненіе», не подходящее подъ диффамацію, узурпація обозначеній, не признаваемыхъ по закону «товарными знаками». По французской терминологіи все это случаи «concurrence déloyale въ тѣсномъ смыслѣ слова» [1].

Гдѣ же тотъ общій законъ, запретившій всѣ недобросовѣстныя продѣлки въ цѣляхъ конкуренціи? Не выступаютъ ли здѣсь въ роли нормъ права правила «добрыхъ нравовъ?» Французская литература рѣшительно это отрицаетъ. По Thaller'у [2], Гражд. Улож. будто бы даетъ достаточно основаній для такихъ исковъ по ст. 1382. Правда, правило выражено здѣсь очень смутно, оставляя большой просторъ «усмотрѣнію судей», но такова позиція французскаго законодателя, отказавшагося отъ детальной казуистики въ этомъ вопросѣ. Вотъ почему, говоритъ другой авторъ (Allart), «изложеніе ученія о недобросовѣстной конкуренціи... является просто комментаріемъ къ ст. 1382 Code civ.» [3]. Съ этимъ врядъ ли можно согласиться: самое смѣлое толкованіе ст. 1382 не въ состояніи дать критерія для цѣлаго ряда рѣшеній. Если даже допустить, что для примѣненія этой статьи достаточно по аналогіи съ римской actio doli наличности недобросовѣстной и злокозненной продѣлки (fraude) и нѣтъ основанія требовать, чтобы дѣйствіе, причинившее ущербъ, было прямо запрещено закономъ, то все же остается несомнѣннымъ, что въ такихъ случаяхъ долженъ быть на лицо злой умыселъ [4]. Какъ же быть въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ вина конкурента заключается въ небрежности [5]. Спеціальная литература иногда привлекаетъ тогда ст. 1383 C. civ.: она даетъ искъ объ ущербѣ причиненномъ по небрежности и неосторожности (négligence, imprudence) [6]. Однако, здѣсь уже несомнѣнно, и таково господствующее мнѣніе во Франціи, что искъ дается только тамъ, гдѣ дѣйствіе, причинившее ущербъ, само по себѣ неправомѣрно. Статья 1383, говоритъ Planiol, только санкція запрещеній и обязанностей, возлагаемыхъ закономъ [7], и, слѣдовательно, привлеченіе ея отнюдь не отвѣтъ на вопросъ, гдѣ же норма права, запрещающая «недобросовѣстную конкуренцію»? Наконецъ, ст. 1383 является окончательно не примѣнимой въ тѣхъ многочисленныхъ рѣшеніяхъ, гдѣ суды признавали иски о прекращеніи извѣстныхъ дѣйствій

---

[1] *Pouillet*, стр. 716, у него же ссылка на *Bert*.
[2] *Thaller*, стр. 68.
[3] *Allart*, стр. 3.
[4] См. *Planiol*. Traité de droit civil, т. II, § 863 и д.
[5] Эти случаи очень часто встрѣчаются: см. *Chuler*, стр. 19, *Pouillet*, стр. 725.
[6] См. *Chuler*, стр 19.
[7] См. *Planiol*, op. cit. §§ 863, 865, 871.

конкурента при отсутствіи всякой вины со стороны послѣдняго [1]. Въ такихъ случаяхъ говорятъ не о «недобросовѣстной» (déloyale) а о «недозволенной» конкуренціи (illicite) [2]. На практикѣ этому различію почти не придаютъ значенія, между тѣмъ по существу оно чрезвычайно симптоматично, ибо показываетъ, что искъ противъ конкурента не носитъ обязательно характеръ деликтнаго, требующаго наличности вины, а, наоборотъ, предполагаетъ недозволенность дѣйствія, какъ такового. Французская судебная практика стоитъ рѣшительно на этой точкѣ зрѣнія, отлично понимая, что только такимъ путемъ можетъ быть дана дѣйствительная охрана тѣмъ благамъ, отъ неприкосновенности которыхъ зависитъ успѣшная дѣятельность торговаго предпріятія. Также, какъ право собственности пользуется защитой независимо отъ вины правонарушителя, и эти «невещественныя» блага требуютъ абсолютной защиты. Развѣ купцу, кредитъ котораго подорванъ распространеніемъ ложныхъ слуховъ, станетъ легче отъ того, что конкурентъ—очернитель докажетъ свою добросовѣстность въ оцѣнкѣ ложныхъ слуховъ?

Французская литература поняла, что при такихъ условіяхъ ст. 1382 и 1383 не могутъ служить достаточнымъ основаніемъ исковъ противъ недозволенной и недобросовѣстной конкуренціи и сдѣлала попытку, правда слабую, установить ея объективную неправомѣрность. Были выдвинуты двѣ теоріи. По мнѣнію проф. F. Laurent недобросовѣстная конкуренція является злоупотребленіемъ правомъ свободной конкуренціи, а злоупотребленіе своимъ правомъ всегда незаконно [3]. Однако, de lege lata это только кажущееся разрѣшеніе вопроса, нужно еще доказать, что законъ запрещаетъ использованіе своего права не только въ цѣляхъ незаконныхъ, но и противныхъ только добрымъ нравамъ въ торговлѣ. Между тѣмъ такое правило франц. Гражд. Улож. неизвѣстно [5]. Попытка Laurent примѣнить въ данномъ случаѣ теорію «злоупотребленія своимъ правомъ» (abus des droits) во Франціи успѣха не имѣла; даже спеціальная литература по этому вопросу, насколько мы знаемъ, не считаетъ возможнымъ de lege lata примѣнить ее къ недобросовѣстной конкуренціи [4].

Еще болѣе слаба теорія, опирающаяся на исторически сложившееся мнѣніе во Франціи, что объектомъ «права собственности» могутъ быть и невещественныя блага. Въ данномъ случаѣ, какъ писалъ еще въ 1837 г. Gastambide и теперь, правда весьма нерѣшительно, утверждаетъ такой авторитетъ, какъ проф. Thaller, недобросовѣстная

---

[1] См. рѣшенія *Pouillet.* стр. 724: «число такихъ рѣшеній огромно» говоритъ Р.

[2] Тамъ же, стр. 890.

[3] См. *F. Laurent.* Principes de droit civil. Томъ XX. 3-е изданіе. Bruxelles—Paris, 1878 г., № 494, 8, 500.

[4] См. *Planiol.* Traité de droit civil, т. II, § 870.

[5] По крайней мѣрѣ—*L. Josserand*—De l'abus des droits—и *T. Roussel*—L'abus des droits—совершенно этого не касаются.

конкуренція нарушаетъ право торгующаго на свою кліентеллу [1]. Мы уже выше указали, что при системѣ свободной конкуренціи, открывающей полный просторъ борьбѣ за потребителя и кліента, о какомъ-либо правѣ на этого кліента или на его благорасположеніе рѣчи быть не можетъ. На этомъ никто въ сущности и не рѣшается настаивать: кліентелла разсматривается какъ объектъ права только въ отношеніи недобросовѣстныхъ (!) конкурентовъ. Странное, по истинѣ, право, которое можетъ быть нарушено только недобросовѣстнымъ дѣйствіемъ. Для абсолютнаго права вещь совершенно немыслимая. Впрочемъ здѣсь слишкомъ очевидно, что дѣйствіе конкурента считается недозволеннымъ не потому, что онъ покушается на «чужую» кліентеллу, а потому, что прибѣгаетъ къ пріему недобросовѣстному. Такимъ образомъ вопросъ, гдѣ тотъ законъ, который запрещаетъ недобросовѣстную конкуренцію, и здѣсь остается открытымъ.

Въ концѣ-концовъ, всѣ эти теоріи очень мало интересуютъ французскую практику и даже классическая книга Pouillet ограничивается краткой ссылкой на ст. 1382,3 C. civ., сосредоточивая главное вниманіе на разработкѣ и точномъ опредѣленіи отдѣльныхъ недобросовѣстныхъ пріемовъ. И несомнѣнно правъ Kohler, когда онъ утверждаетъ, что Франція обязана постановкой проблемы недобросовѣстной конкуренціи не особымъ мѣропріятіямъ законодателя, а творческой работѣ французскихъ судовъ [2].

Обращаясь къ общей оцѣнкѣ работы французской юриспруденціи и практики надъ нашей проблемой, необходимо остановиться на принципіальномъ вопросѣ о допустимости свободнаго толкованія нормъ права въ вопросахъ промышленной конкуренціи.

Когда ярый апологетъ французскій доктрины J. Kohler и его школа требовали въ Германіи подражанія французскимъ судамъ въ борьбѣ съ недобросовѣстной конкуренціей, здѣсь весьма энергично выдвигалось возраженіе, что свободное толкованіе нормъ права именно, и особенно въ данномъ случаѣ недопустимо, такъ какъ оно будто бы противорѣчитъ «абсолютной свободѣ» конкуренціи, на которой зиждется современный экономическій строй,—исключающій всякую возможность вмѣшательства государственной и судебной власти, поскольку оно прямо не предписано закономъ [3]. Такое пониманіе «идеи свободной конкуренціи» страдаетъ преувеличеніемъ: необходимо различать принципъ неограниченнаго и свободнаго доступа въ любую отрасль торговой и промышленной профессіи и свободу дѣятельности въ избранной профессіи. Въ отношеніи послѣдней, объ «абсолютной свободѣ» не можетъ быть рѣчи, ибо въ культурномъ государствѣ всякая свобода мыслима только въ опредѣленныхъ рамкахъ права. Правда, революція во Франціи окончательно устранила всякую опеку цеховъ и права привилегированныхъ сословій вмѣшиваться

---

[1] *Gastambide.* Traité theorique et pratique des contrefaçons en tous genres. Paris, 1837 г. стр. 411. *Thaller,* № 96—примѣчаніе.

[2] См. *J. Kohler,* стр. 67.

[3] См. у *J. Kohler.* стр. 57 и д., то же *Finger* стр. 13.

и ограничивать торговую дѣятельность, но остался общій законъ и государственная власть, которые отнынѣ были призваны регламентировать эту сторону народной жизни. Законъ 7 марта 1791 г. счелъ даже нужнымъ особенно оговорить это обстоятельство: онъ гласилъ:—§ 7 «съ будущаго 1 апрѣля каждому предоставляется свобода заниматься торговлей или избирать по своему усмотрѣнію любую профессію, искусство или ремесло; однако онъ обязанъ подчиняться при этомъ всѣмъ полицейскимъ правиламъ, какъ существующимъ, такъ и тѣмъ, которыя могутъ быть изданы» [1]. Такимъ образомъ свобода конкуренціи съ момента ея признанія была сознательно поставлена подъ извѣстный контроль государственной власти. Однако съ точки зрѣнія цивилиста представляетъ большій интересъ другое обстоятельство: конецъ 18 столѣтія во Франціи—это время исключительнаго развитія индивидуализма и съ нимъ сознанія необходимости интенсивной защиты индивидуальныхъ правъ. Предоставляя каждаго своимъ собственнымъ силамъ въ борьбѣ за свое матеріальное благосостояніе, законодательство отнюдь не отказывалось отъ частноправовой защиты благъ пріобрѣтенныхъ и созданныхъ трудомъ отдѣльныхъ лицъ. Защита авторскихъ правъ, правъ изобрѣтателя, защита товарнаго знака [2] и т. д. въ ихъ современной постановкѣ зародилась именно въ эту эпоху во Франціи. Идея «промышленной собственности» (propriété industrielle) на такъ называемыя «нематеріальныя блага», унаслѣдованная новымъ строемъ отъ тѣхъ временъ, когда право производить торговлю зависѣло отъ особыхъ концессій и часто покупалось, какъ нѣкое исключительное право, внесла въ этотъ строй съ момента его зарожденія сознаніе неприкосновенности новыхъ благъ, выдвинутыхъ измѣнившимися условіями торговли [3]. Такимъ образомъ, французская практика не шла въ разрѣзъ съ правопорядкомъ, а наоборотъ, только слѣдовала правовоззрѣнію, уже давно господствовавшему во Франціи. Она сумѣла развить систему частныхъ правилъ и охватить со всѣхъ сторонъ безконечно разнообразныя проявленія недобросовѣстной конкуренціи, и показала вмѣстѣ съ тѣмъ, что борьба съ ними вполнѣ возможна. Исходя первоначально изъ конструкціи иска противъ недобросовѣстнаго конкурента, какъ требованія ex delicto—по аналогіи съ римской actio doli она нынѣ, признавая недозволеннымъ (illicite) тѣ же дѣйствія и продѣлки независимо отъ злой воли и вины конкурента, несомнѣнно выдвинула положеніе, что дѣло здѣсь въ сущности не въ «доброй совѣсти», а въ абсолютной недозволенности нѣкоторыхъ пріемовъ конкуренціи. Въ этомъ для цивилиста уже содержится указаніе дальнѣйшаго развитія, которымъ должна идти доктрина. Сойдя съ почвы обязательствъ ex delicto, мы въ данномъ случаѣ неизбѣжно приходимъ въ область абсолютныхъ правъ. Частное право запрещаетъ извѣстныя дѣйствія всегда въ опредѣленныхъ интересахъ, признанныхъ подлежащими защитѣ. Не

[1] Французскій текстъ см. у *Pouillet* стр. 10.

[2] Защита товарнаго знака, напр., была уже дана въ зак. 25 жерминаля XI года (см. у *Lobe* стр. 79).

[3] См. историческій очеркъ у *Lobe*, стр. 78 и д.

дѣйствія сами по себѣ, а покушеніе на опредѣленные интересы—на субъективныя права частныхъ лицъ—здѣсь воспрещается. Поэтому правильное разрѣшеніе проблемы и должно, какъ намъ кажется, привести къ конструкціи субъективныхъ правъ на тѣ блага, которыя подвергаются опасности со стороны неразборчивыхъ въ средствахъ конкурентовъ. Въ этомъ отношеніи во Франціи были сдѣланы только слабыя попытки, не давшія, какъ показано выше, удовлетворительныхъ результатовъ.

На ряду съ этимъ судебная практика, идя по необходимости путемъ казуистики, конечно, не могла создать системы вполнѣ отчетливыхъ и опредѣленныхъ нормъ, которая устранила бы всякія колебанія и сомнѣнія, столь вредныя именно здѣсь при постоянномъ и остромъ столкновеніи интересовъ торгующихъ—конкурентовъ [1]. Въ этомъ заключается задача современной догмы и законодательства, изученіе которыхъ переноситъ насъ главнымъ образомъ къ германской юриспруденціи и праву.

II.

Какъ мы уже говорили, въ Германіи проблема недобросовѣстной конкуренціи была выдвинута только въ концѣ 19 столѣтія, да и то подъ сильнымъ давленіемъ купеческаго сословія и небольшой группы ученыхъ во главѣ съ неутомимымъ пропагандистомъ французскихъ идей въ этой области проф. J. Kohler'омъ. Впервые вопросъ затронутъ въ законѣ о товарныхъ знакахъ 12 мая 1894, запретившемъ помѣщать на товарѣ нѣкоторыя обозначенія и знаки въ цѣляхъ обмана въ торговлѣ (§ 15) или въ цѣляхъ ввести въ заблужденіе насчетъ свойства и достоинства товара, независимо отъ того, были ли эти обозначенія уже зарегистрированы другими лицами. При обсужденіи этого закона правительство, по иниціативѣ Reichstag'а должно было обѣщать, что вскорѣ внесетъ общій законопроектъ противъ недобросовѣстной конкуренціи. Благодаря этому, послѣ весьма интенсивной работы при участіи торгово-промышленнаго міра, появился первый общій законъ «Gegen den Unlauteren Wettbewerb» 30 мая 1896 г. Онъ содержалъ только казуистическія нормы противъ наиболѣе назойливыхъ продѣлокъ конкурентовъ, и вскорѣ былъ признанъ недостаточнымъ. Его смѣнилъ нынѣ дѣйствующій «Reichsgesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb v. 7 Iuni 1909 г.». Помимо нѣкоторыхъ измѣненій и дополненій, законъ этотъ ввелъ общее запрещеніе недобросовѣстныхъ дѣйствій въ цѣлахъ конкуренціи.

На ряду съ этимъ спеціальнымъ законодательствомъ къ проблемѣ нашей имѣютъ отношенія и цѣлый рядъ нормъ Герм. Гражд. Уложенія, которыя согласно мотивамъ къ закону 1909 г. должны и впредь получать субсидіарное примѣненіе [2].

Задача закона 1909 г. оградить интересы торгующихъ—конкурентовъ. Поэтому онъ совершенно не даетъ права на искъ потребителю и

---

[1] *Pouillet* всюду приводитъ примѣры такихъ разногласій.

[2] См. *Finger,* стр. 16.

покупателю. Это законъ чисто сословный, хотя содержитъ запрещеніе такихъ продѣлокъ, которыя по нашему мнѣнію (объ этомъ ниже) совершенно не касаются конкуренціи и, наоборотъ, прямо бьютъ по карману публики. Его несомнѣннымъ преимуществомъ передъ французскимъ правомъ является тотъ арсеналъ средствъ судебной защиты, который можетъ быть пущенъ въ ходъ противъ недобросовѣстнаго конкурента. Универсальнымъ средствомъ выдвинутъ такъ называемый искъ «о прекращеніи дѣйствій «(Unterlassungsklage) [1], которымъ можно пользоваться независимо отъ вины конкурента и безъ необходимости доказывать, что дѣйствіе конкурента причинило или грозитъ причинить ущербъ. Слѣдовательно, случаи недобросовѣстной конкуренціи вполнѣ приравнены къ прочимъ незаконнымъ дѣйствіямъ. Далѣе данъ конечно искъ объ ущербѣ. Всѣ отдѣльныя постановленія сопровождаются уголовной санкціей (штрафъ, арестъ и тюремное заключеніе). Въ виду подчасъ большой трудности установить размѣръ ущерба, понесеннаго конкурентомъ, введена особая пеня (Busse) въ пользу потерпѣвшаго—до 10.000 марокъ (§ 26). Расширено по сравненію съ общимъ закономъ право требовать предварительнаго исполненія (§ 25), что въ отношеніи недобросовѣстной конкуренціи особенно важно, такъ какъ часто каждый лишній день грозитъ убытками, которые затѣмъ трудно поправить. Наконецъ, по требованію потерпѣвшаго судебное рѣшеніе подлежитъ опубликованію (§ 23), что является весьма чувствительной карой для конкурента, дѣйствія котораго признаны недобросовѣстными. Особенно при «очерненіи» такая публикація единственное средство возстановить попранное «доброе имя» и опровергнуть свѣдѣнія, пущенныя въ публику осужденнымъ: это, такъ сказать, «исправленіе ущерба въ натурѣ» (Naturalherstellung).

Зато въ смыслѣ редакціонномъ и по существу, законъ 1909 г. вызываетъ нѣкоторое недоумѣніе. Созданный по формѣ только для огражденія лицъ, занимающихся торговлей и промышленностью, отъ продѣлокъ конкурентовъ, онъ въ дѣйствительности также преслѣдуетъ дѣйствія, направленныя противъ публики, независимо даже отъ наличности конкуренціи (§§ 3—11), смѣшивая съ одной стороны понятіе «конкуренціи» съ понятіемъ «торговли», съ другой стороны—охрану публичныхъ интересовъ съ интересами частныхъ лицъ. Несмотря на эти дефекты, къ которымъ еще придется вернуться, законъ 1909 г., особенно благодаря интенсивной обработкѣ его въ литературѣ, позволяетъ сдѣлать новый шагъ въ ученіи о недобросовѣстной конкуренціи. Однако, для этого предварительно нужно устранить все то, что, по нашему мнѣнію, къ недобросовѣстной конкуренціи въ точномъ смыслѣ этого слова никакого отношенія не имѣетъ:—это правила §§ 3—13. Затѣмъ мы разсмотримъ правила §§ 14—22, дѣйствительно относящіяся къ нашей проблемѣ, и подъ конецъ, въ связи съ § 1, остановимся на вопросѣ о конструкціи такъ называемой общей нормы противъ недобросовѣстной конкуренціи.

Какъ правильно указываетъ германская литература, содержаніе

---

[1] См. § 13 и passim.

крайне многословныхъ § 3—11 сводится къ преслѣдованію обмана публики со стороны торгующихъ [1]. Въ частности здѣсь запрещены: обманная и ложная реклама о себѣ самомъ и своемъ предпріятіи, товарѣ, его происхожденіи и т. д., которая способна вызвать представленіе объ особо выгодномъ предложеніи (§ 3);—ложное сообщеніе о томъ, что продажа производится конкурсомъ, въ то время, какъ продающій только купилъ товаръ у конкурса (§ 6); «подсыпка» (Vor-u.-Nachschieben) свѣжаго товара при распродажахъ (§ 8); затѣмъ § 11 направленъ противъ введенія въ заблужденіе публики насчетъ количества, вѣса, размѣра, мѣста производства, или происхожденія товара; наконецъ § 12 запрещаетъ подкупъ служащихъ съ цѣлью добиться при ихъ содѣйствіи особыхъ преимуществъ при заключеніи сдѣлокъ съ хозяиномъ. Этотъ § стоитъ нѣсколько особнякомъ, такъ какъ онъ ограждаетъ интересы не только покупателя, но и поставщика торгующаго. Это единственный §, который запрещаетъ указанное дѣйствіе только тогда, если оно совершается въ «цѣляхъ конкуренціи».

Цѣлесообразность правилъ противъ такихъ обманныхъ и мошенническихъ пріемовъ въ торговлѣ безспорна, можно только привѣтствовать, что законъ снабжаетъ ихъ весьма энергичной уголовной санкціей. Но вся бѣда въ томъ, что этимъ правонарушеніямъ приданъ вмѣстѣ съ тѣмъ и гражданско-правовой характеръ (искъ о прекращеніи дѣйствій, объ ущербѣ и т. д. § 13). Казалось бы, при такихъ условіяхъ искъ долженъ быть предоставленъ тѣмъ, кто терпитъ отъ такихъ продѣлокъ, т.-е. публикѣ. Но законъ въ этомъ рѣшительно отказываетъ [2], зато, какъ это ни странно съ точки зрѣнія догмы права, гражданскій искъ въ видѣ Unterlassungsklage предоставленъ «всякому, производящему или продающему такой же или родственный товаръ» (§ 13, абз. I). При этомъ даже не требуется, чтобы истецъ и отвѣтчикъ были фактическими конкурентами: ихъ предпріятія и рынокъ сбыта могутъ быть въ разныхъ концахъ Германіи [3]. Слѣдовательно, законъ въ данномъ случаѣ не требуетъ наличности у истца какого-либо имущественнаго или личнаго интереса. При такихъ условіяхъ нечего и пытаться отыскивать то частное субъективное право, которое по ученію проф. Eltzbacher'a должно лежать въ основѣ каждой Unterlassungsklage, точно такъ же, какъ и при всякомъ иномъ гражданскомъ искѣ [4]. Германская наука еще не выработала окончательнаго объясненія для этого страннаго положенія закона 1909 г. Однако, есть уже въ литературѣ указаніе на то, что въ данномъ случаѣ мы имѣемъ дѣло съ чѣмъ-то въ родѣ римскаго «популярнаго иска»: торгующій, вчиняя такой искъ, выступаетъ во имя сословныхъ интересовъ ради поддержанія нравственнаго уровня въ торговлѣ [5]. Однако, какъ

---

[1] См. *Finger,* стр. 229, *Kohler,* стр. 146.

[2] См. § 13 и *Finger,* стр. 19.

[3] См. *Finger,* стр. 194, 198 и *Rosental und Wehner,* стр. 57, 124.

[4] «Die Unterlassungsklage setzt erstens voraus, dass der Klaeger ein Privatrecht hat...» (См. Prof. *Eltzbacher* «Die Unterlassungsklage». Berlin. 1906, стр. 51).

[5] Эта мысль высказана: *H. Jakobsohn,* «Die Unterlassungsklage», 1912 г., стр. 39; *Rosenthal-Wehner,* стр. 124.

можно было считать конкурента (!!) достаточно безпристрастнымъ для такихъ функцій? Не открываетъ ли законъ тѣмъ самымъ дорогу шантажнымъ процессамъ? А главное, какой пользы можно ждать отъ такого небывалаго искаженія основныхъ принциповъ гражданскаго права? Вѣдь на ряду съ частными лицами право вчинять искъ о прекращеніи запрещенныхъ §§ 1—13 дѣйствій дано различнымъ «союзамъ для охраны промышленныхъ интересовъ» (§ 13). Это очень удачная мысль, такъ какъ ни одинъ административный органъ не въ состояніи такъ чутко отнестись къ этому крайне сложному дѣлу и проявить такую энергію, какъ организація изъ членовъ сословія, на безпристрастіе которой, въ виду публичнаго контроля, можно было бы вполнѣ положиться. Управомочіемъ этихъ союзовъ и слѣдовало бы ограничиться. Это лишило бы §§ 3—13 характера нормъ частнаго права, по существу запрещаемыхъ дѣйствій имъ совершенно не свойственнаго.

Еще любопытнѣе, что § 13 даетъ тѣмъ же «производящимъ и продающимъ однородный или родственный товаръ», искъ объ ущербѣ противъ нарушителя §§ 3, 6, 8, 10, 11, 12. Очевидно, что законодатель дѣйствительно вѣрилъ, что ложная реклама о собственномъ предпріятіи или фиктивная распродажа и т. д. могутъ нарушить законный интересъ конкурента. Что отъ этого терпитъ публика—это ясно, но въ чемъ же можетъ выражаться ущербъ конкурента? Слѣдуетъ признать, что въ данномъ случаѣ законъ опирался на весьма распространенное мнѣніе въ германской литературѣ, которое утверждаетъ, что ущербъ заключается въ привлеченіи при помощи такихъ продѣлокъ той кліентеллы и покупателей, которые, быть можетъ, безъ этого обратились бы къ «потерпѣвшему» [1]. Но если такъ далеко распространять понятіе о причиненіи ущерба, то пришлось бы тому же «потерпѣвшему» съ еще большимъ основаніемъ дать искъ къ лицу, которое убьетъ его кліента, или ростовщику, который его раззоритъ. Положеніе очевидно несуразное, которому, однако, удивляться не приходится, ибо тамъ, гдѣ даже для болѣе безобиднаго иска «о прекращеніи» дѣйствій нельзя подыскать достаточнаго законнаго интереса, и онъ въ дѣйствительности установленъ только въ цѣляхъ выполненія сословныхъ функцій, найти законный интересъ подлежащій возмѣщенію безъ натяжки и искаженія принциповъ частнаго права весьма трудно. Вводя этотъ неудачный искъ объ ущербѣ для § 3—13, законъ 1909 г. толкаетъ конкурентовъ на явно безнадежные иски и сутяжничество, или въ лучшемъ случаѣ создаетъ правило, которое останется безъ всякаго примѣненія. Такимъ образомъ, попытка придать правиламъ о ложной рекламѣ, фиктивныхъ распродажахъ и т. д. характеръ частно-правовыхъ нормъ, совершенно несостоятельна. Нельзя было во имя предвзятой точки зрѣнія искажать юридическую природу проступковъ, явно направленныхъ противъ публики, а не конкурентовъ, и, слѣдовательно, относящихся не къ частному, а къ публичному праву. Что наше мнѣніе правильно, лучше всего подтверждается новѣйшими

[1] См. *Finger*, стр. 213 и д., *Lobe*, стр. 69, *Kohler*, 146.

кантональными законодательствами въ Швейцаріи, гдѣ на протяженіи 1910—12 года изданъ цѣлый рядъ законовъ, аналогичныхъ по содержанію съ § 3—13 зак. 1909 г. съ тѣмъ отличіемъ, однако, что снабжены они только уголовной и административной санкціей [1].

Неудача разсмотрѣнной части закона 1909 г. вызвана въ Германіи, какъ намъ кажется, искаженіемъ понятія недобросовѣстной конкуренціи. Во то время, какъ во Франціи этимъ обозначаютъ только тѣ дѣйствія, которыя прямо направлены противъ конкурента и задѣваютъ его частные интересы, здѣсь подъ терминомъ «unlauter Wettbewerb» разумѣютъ всѣ случаи «когда нѣсколько лицъ стремятся къ одной цѣли», независимо отъ того мѣшаютъ ли они другъ другу или каждый стремится опередить всѣхъ остальныхъ «взаимная борьба» замѣнена болѣе широкимъ понятіемъ «соревнованія» [2]. Вотъ почему, напр., привлеченіе покупателей ложной рекламой о собственномъ предпріятіи безъ всякаго сравненія съ другими въ Германіи оказалось недобросовѣстной конкуренціей. Такая трактовка этого понятія во всякомъ случаѣ нецѣлесообразна, ибо обнимаетъ дѣйствія по существу совершенно различныя, въ одномъ случаѣ ударъ приходится по конкуренту, въ другомъ — по публикѣ. Вотъ причина смѣшенія въ законѣ 1909 г. нормъ, ограждающихъ публичные и частные интересы. Но слѣдуетъ пойти дальше: говорить о «недобросовѣстной конкуренціи» въ отношеніи дѣйствій, предусматриваемыхъ §§ 3—13, прямо невѣрно, такъ какъ характеръ этихъ проступковъ нисколько не мѣняется отъ того, совершитъ ли ихъ монополистъ при отсутствіи всякой конкуренціи или конкурентъ: публика страдаетъ отъ этого одинаково. Въ дѣйствительности въ этихъ §§, за исключеніемъ § 12, котораго въ правительственной редакціи не было, совершенно и нѣтъ упоминанія о «конкуренціи и конкурентахъ», и совершенно очевидно, что дѣло идетъ тутъ о «недобросовѣстной торговлѣ вообще». Такъ и слѣдовало бы назвать эту часть закона 1909 г. Борьба съ недобросовѣстной торговлей ведется уже давно: напомнимъ хотя бы законы противъ фальсификаціи продуктовъ. Къ нимъ же слѣдуетъ отнести и только что разсмотрѣнныя правила. Все это касается административнаго и публичнаго права и отношенія къ нашей темѣ не имѣетъ.

Обращаясь къ правиламъ §§ 14—20, мы снова возвращаемся къ дѣйствительнымъ случаямъ недобросовѣстной, въ смыслѣ французскаго ученія, конкуренціи: очерненіе конкурента (§ 14, 15), узурпація имени и обозначеній предпріятія (§ 16), нарушеніе торговой и промысловой тайны (§ 18—20). Существенное различіе этихъ правилъ отъ разсмотрѣнныхъ выше отчетливо обнаруживается въ самомъ законѣ: искъ о прекращеніи дѣйствій и объ ущербѣ данъ только дѣйствительно потерпѣвшимъ; инициатива «союзовъ для огражденія промышленныхъ интересовъ» не допускается. Составлены эти нормы подъ сильнымъ вліяніемъ французскаго

---

[1] См. у *Kohler'a*, стр. 67; тамъ же приведены тексты этихъ законовъ.

[2] См. *Finger*, стр. 145 и цитиров. у него рѣшенія германскаго Имперскаго Суда. Такъ-же *Lobe*, 1, 10 и passim.

ученія и часто знаменуетъ побѣду его надъ упорно державшимися германскими взглядами.

1) Первый изъ нихъ—§ 14—запрещаетъ разглашеніе и распространеніе свѣдѣній о предпріятіи, его владѣльцѣ или руководителѣ, о товарѣ и промышленной дѣятельности, которыя способны повредить предпріятію и подорвать кредитъ. Это уже извѣстное намъ «очерненіе» конкурента (dénigrement) французскаго права. Однако, постановленіе закона 1909 г. нѣсколько иначе нормируетъ этотъ вопросъ. Во Франціи запрещено сообщать даже правдивыя свѣдѣнія, если это можетъ повредить конкуренту [1]: § 14 говоритъ о свѣдѣніяхъ, «правдивость которыхъ не можетъ быть доказана», оставляя просторъ для честной критики конкурента. Далѣе, опираясь исключительно на ст. 1382 C. civ., франц. суды могутъ бороться съ очерненіемъ только тогда, если потерпѣвшій докажетъ, что оно дѣйствительно причиняетъ или можетъ причинить ущербъ; § 14 этого не требуетъ: свѣдѣніе только должно быть такого свойства, что оно вообще (объективно) способно вредить предпріятію и подрывать кредитъ. Истецъ по § 14, слѣдовательно, не обязанъ доказывать, что распространеніе свѣдѣній дѣйствительно грозитъ ему убытками [2]. Это различіе представляется большимъ преимуществомъ, такъ какъ доказательство опасности такихъ свѣдѣній для своего предпріятія и кредита въ сущности равносильно признанію ихъ уязвимости, что иногда можетъ заставить отказаться отъ судебнаго преслѣдованія. Возможность пользованія Unterlassungsklage независимо отъ иска объ ущербѣ, окончательно освобождаетъ институтъ «очерненія» отъ характера обязательства ex delicto; въ законѣ 1909 г. создана абсолютная защита отъ такихъ дѣйствій конкурента.

При сравненіи § 14 съ общими нормами герм. Гражд. Улож. невольно возникаетъ вопросъ, зачѣмъ было оставлять это правило въ спеціальномъ законѣ, если аналогичная и болѣе общая норма дана ст. 824 абз. 1 [3] Герм. Гражд. Улож.? Зачѣмъ § 14 требуетъ, чтобы «очерненіе» происходило въ цѣляхъ конкуренціи, если ст. 824 запрещаетъ вообще всякое очерненіе? Извѣстное различіе этихъ постановленій заключается въ томъ, что по Гражд. Ул. отвѣтственность за ущербъ возникаетъ только при винѣ очернителя («если доказано, что онъ долженъ былъ знать, что свѣдѣніе ложно»), въ то время какъ по § 14 конкурентъ своимъ невѣдѣніемъ оправдываться не можетъ. Во имя борьбы съ недобросовѣстной конкуренціей оказалось необходимымъ нѣсколько повысить отвѣтственность делинквента за причиненный убытокъ. Но наряду съ этимъ ст. 824, согласно твердо установившейся судебной практикѣ, даетъ искъ

---

[1] См. выше.

[2] См. *Finger.* стр. 230, 248.

[3] Ст. 824 абз. 1 гласитъ: «Кто, вопреки истинѣ утверждаетъ, или разглашаетъ обстоятельство, подрывающее промышленный или торговый кредитъ другого или влекущее за собой какія-либо невыгодныя послѣдствія для его имущественнаго положенія или преуспѣянія, тотъ обязанъ возмѣстить причиненный ему этимъ вредъ, если онъ долженъ былъ знать, хотя бы и не зналъ, что обстоятельство ложно».

о прекращеніи дѣйствій [1] даже при полномъ отсутствіи вины и добросовѣстномъ заблужденіи правонарушителя и покрываетъ, слѣдовательно, въ этой части спеціальную норму § 14. Получается въ законѣ излишній плеоназмъ.

Вообще, думается намъ, ученію объ «очерненіи» давно пора выйти изъ узкихъ рамокъ спеціальной сферы недобросовѣстной конкуренціи такъ какъ герм. Гражд. Улож. показываетъ, что дѣйствіе это отнюдь не становится дозволеннымъ вслѣдствіе того, что совершается не въ цѣляхъ конкуренціи, а напр., изъ зависти, недоброжелательства, въ пылу политической и классовой борьбы и т. д. Абсолютная защита ст. 824, данная практикой частному лицу въ видѣ иска о прекращеніи дѣйствій, явно обнаруживаетъ, что здѣсь признана наличность цѣннаго блага: зак. 1909 г. это только казуистически подтверждаетъ. Благо это—репутація купца и предпріятія, ихъ «доброе имя». Будучи «невещественнымъ» оно все же, особенно въ наше время, когда успѣхъ предпріятій въ значительной степени зависитъ отъ довѣрія дѣлового міра и кліентовъ, требуетъ не менѣе дѣйствительной защиты, чѣмъ право собственника, изобрѣтателя и т. д. Лишите солиднаго купца суммы денегъ, онъ можетъ быть этого даже не почувствуетъ, лишите его добраго имени, онъ потеряетъ кредитъ и покупателя т.-е. потеряетъ все. Прошло то время, когда доброе имя считалось только идеальной цѣнностью. «Ученіе объ очерненіи» пробило въ этомъ предразсудкѣ брешь. Герм. законодательство позволяетъ сдѣлать въ этомъ отношеніи послѣдній шагъ: «на мѣсто недозволеннаго дѣйствія» стало абсолютное субъективное право того, чье доброе имя подлежитъ охранѣ [2].

2) Затѣмъ, § 16 зак. 1909 г. выдвигаетъ защиту фирмы и имени купца, и всѣхъ прочихъ обозначеній предпріятія, а также знаковъ (Geschaeftsabzeichen) и всякихъ устройствъ (Einrichtungen), «которые въ дѣловомъ мірѣ считаются отличительнымъ признакомъ отдѣльнаго предпріятія».

Какъ извѣстно, въ отличіе отъ французскаго права германскій законъ уже давно призналъ фирму исключительнымъ и абсолютнымъ правомъ ея носителя [3]. Однако пріобрѣтеніе права на фирму поставлено въ зависимость отъ регистраціи (ст. 30, 37 Герм. Торг. Улож.) которая предоставлена только «полнымъ купцамъ» [4]. Наконецъ, право на фирму ограничено только той мѣстностью, гдѣ она зарегистрована. Такая формальная постановка защиты оказалась слишкомъ узкой, оставляя большой просторъ для недобросовѣстной конкуренціи. Поэтому законодатель въ спеціальныхъ нормахъ, по примѣру французской практики, оставилъ формальное начало и повелъ борьбу со всякой узурпаціей имени и

---

[1] См. *Rosenthal und Wehner* стр. 35 и д.

[2] Наличность субъективнаго права признаетъ здѣсь даже такой осторожный догматикъ, какъ *Finger*—см. стр. 270. Особенно подробно останавливается на этомъ опросѣ *Jakobsohn*, «die Unterlassungsklage» стр. 38 и 145—8.

[3] См. *Cosack*. Lehrbuch des Handelsrechts изд. 1910 г. § 16.

[4] «Voll-kaufmann»—см. ст. 1 и 4 герм. торг. улож.

фирмы, поскольку они въ глазахъ публики дѣйствительно служатъ отличительнымъ признакомъ. Въ этомъ духѣ уже въ законѣ 1894 г. установлена защита товарнаго знака [1]. § 16, въ свою очередь, даетъ всякому носителю фирмы, и, не подлежащаго, конечно, регистраціи, гражданскаго имени право запретить другому лицу, пользованіе въ дѣловомъ оборотѣ аналогичнымъ наименованіемъ если это можетъ привести къ смѣшенію въ глазахъ публики. Здѣсь же впервые выдвигается абсолютная защита тѣхъ многочисленныхъ мелкихъ пріемовъ, которыми современный купецъ старается отличить свое предпріятіе и торговое заведеніе отъ другихъ. При этомъ любопытно отмѣтить, что исключительное право на всѣ эти «названія предпріятія», «особые знаки и устройства» и т. д. пріобрѣтается не въ силу какой-либо регистраціи, а просто вслѣдствіе факта пользованія ими и при условіи практическаго значенія ихъ въ оборотѣ [2]. Все это знаменуетъ побѣду французскаго ученія, которое уже давно проповѣдовало идею абсолютныхъ правъ на всѣ обозначенія купца, его предпріятія и товара, независимо отъ какой-либо регистраціи.

И въ данномъ случаѣ законодатель конечно вышелъ изъ узкихъ рамокъ недобросовѣстной конкуренціи, о которой § 16 даже не упоминаетъ. Реакція права наступаетъ независимо отъ вины и цѣли, которую преслѣдуетъ узурпаторъ, достаточно чтобы это происходило въ дѣловомъ оборотѣ (im geschaeftlichen Verkehr). Законъ весьма существенно дополнилъ, такимъ образомъ, постановленія Герм. Гражд. и Торг. Улож. о правѣ на фирму и имя и, вмѣстѣ съ тѣмъ, имъ создано и признано абсолютное право торгующихъ на новыя столь цѣнныя въ наше время блага [3]. Упоминаніе иска объ ущербѣ въ случаѣ завѣдомой узурпаціи только нормальное послѣдствіе нарушенія частныхъ правъ и само собой разумѣется по ст. 823 Герм. Гражд. Улож.: основнымъ средствомъ защиты выдвинутъ правильно искъ о прекращеніи дѣйствій.

3) Если предыдущіе §§ являлись дополненіемъ къ уже существующимъ нормамъ о фирмѣ, товарн. знакѣ и т. д., то §§ 17—20, ограждающіе торговую тайну и фабричные секреты, по мнѣнію нѣкоторыхъ, разсматриваются какъ дополненіе къ охранѣ правъ изобрѣтателя [4]. Если патентъ даетъ право на абсолютную защиту изобрѣтенія, подъ условіемъ подробной заявки и, слѣдовательно, оглашенія созданныхъ новыхъ пріемовъ, то здѣсь, наоборотъ, субъекту дается возможность исключительнаго использованія плодовъ своего труда и изобрѣтательности, благодаря усиленной защитѣ тайны, которой онъ ихъ окружаетъ. Такимъ образомъ здѣсь будто бы тоже создано нѣкое исключительное право. Слѣдуетъ думать, что развитіе этого ученія со временемъ дѣйствительно приведетъ законодателя къ такой концепціи. Однако, для зак. 1909 г. это еще

---

[1] «Gesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen» отъ 12 мая 1894 г.

[2] См. *Finger*, стр. 312, 338. *Rosenthal und Wehner*, 149 стр.

[3] См. *Finger*, стр. 278: «...der Berechtigte hat ein allen übrigen Personen gegenüber wirksames, dem Privatrecht angehöriges Ausschliessungsrecht—eni absolutes Recht». То же *Jakobsohn* стр. 150.

[4] См. *Chuler*, стр. 183 и особенно *Lobe*, стр. 324 и *Jakobsohn*, стр. 157.

не совсѣмъ такъ. Вѣдь тайна можетъ раскрыться случайно или по упущенію. Въ такомъ случаѣ использованіе ея не преслѣдуется. То, что воспрещается въ §§ 17 абз. I, 18, 19—это незаконная выдача тайны служащими и использованіе ея тѣми, кому она была довѣрена. Нетрудно замѣтить, что эти правила съ недобросовѣстной конкуренціей имѣютъ въ сущности мало общаго, и мѣсто ихъ скорѣе среди перечня обязанностей торговыхъ слущающихъ. Правда, на такое предательство служащихъ почти всегда толкаютъ посулы конкурентовъ, для которыхъ это почти единственный путь проникнуть въ тайну дѣловыхъ сношеній, пріемовъ и т. д., часто обезпечивающихъ исключительный успѣхъ предпріятія. Но подстрекательство къ выдачѣ тайны не можетъ разсматриваться, какъ гражданское правонарушеніе, ибо оно сводится къ побужденію третьяго лица нарушить обязательство, лежащее исключительно на немъ (господствующее мнѣніе въ наукѣ до сихъ поръ не допускаетъ нарушеніе обязательствъ третьихъ лицъ). Законъ 1909 г. потому и не даетъ гражданскаго иска противъ такихъ дѣйствій конкурента и переноситъ вопросъ на почву уголовнаго права, карая весьма строго не только подстрекательство служащихъ къ выдачѣ тайны (§ 20), что обычно весьма трудно обнаружить, но и фактъ использованія тайныхъ свѣдѣній и секретовъ въ цѣляхъ конкуренціи, узнанныхъ благодаря предательству служащаго и вообще при помощи дѣйствій, противныхъ «добрымъ нравамъ» (§ 17 абз. 2). Вмѣстѣ съ тѣмъ проступокъ противъ абз. 2 (§ 17) возлагаетъ на конкурента отвѣтственность за причиненный ущербъ (§ 19). Такимъ образомъ, окольнымъ путемъ черезъ уголовное право удалось удовлетворить требованіе оборота и отчасти науки,— оградить торговую тайну, создавая искъ объ ущербѣ къ интеллектуальному виновнику этого тяжкаго вторженія въ интересы купца: шагъ, на который французская судебная практика, не имѣя подъ собой законодательной почвы, не рѣшилась [1].

Этимъ исчерпываются конкретныя постановленія закона 1909 г. противъ недобросовѣстной конкуренціи. Разсмотрѣніе ихъ съ точки зрѣнія основныхъ принциповъ частнаго права показало, что борьба противъ недобросовѣстной конкуренціи, если только держаться единственно правильнаго французскаго опредѣленія этого явленія и выбросить всѣ случаи недобросовѣстной торговли, обнаруживаетъ необходимость признанія субъективныхъ правъ на новыя имущественныя блага и необходимость значительнаго расширенія защиты уже отчасти признанныхъ.

По господствующему мнѣнію, проблема недобросовѣстной конкуренціи не можетъ быть разрѣшена вполнѣ только созданіемъ нѣсколькихъ спеціальныхъ правилъ противъ наиболѣе назойливыхъ и типичныхъ продѣлокъ. Стало ходячей фразой въ подлежащей литературѣ, что недобросовѣстная конкуренція «подобно Протею» способна безконечно мѣнять свои проявленія [2]. Отсутствіе общей нормы, направленной

[1] См. выше.
[2] См. *Pouillet,* стр. VIII; *Chuler,* стр. 90.

противъ всѣхъ возможныхъ продѣлокъ въ этой области считалось кореннымъ недостаткомъ перваго Герм. закона 1896 г. Съ такой общей нормы и начинаетъ общій законъ 1909 г., § 1 котораго гласитъ: «всякій, кто въ торговомъ оборотѣ въ цѣляхъ конкуренціи совершаетъ дѣйствія, противныя добрымъ нравамъ, можетъ быть принужденъ къ прекращенію дѣйствія и къ возмѣщенію ущерба».

Норма эта воспроизводитъ то основное правило, на которомъ покоятся всѣ французскія рѣшенія. Она не устанавливаетъ точныхъ признаковъ запрещенныхъ дѣяній, предоставляя судьѣ въ каждомъ случаѣ устанавливать оцѣнку дѣйствія конкурента согласно его пониманію добрыхъ нравовъ, господствующихъ въ обществѣ. Въ этомъ ея сила, такъ какъ она даетъ широкій просторъ для борьбы съ недобросовѣстной конкуренціей, но въ этомъ-же ея слабость, такъ какъ она грѣшитъ противъ идеала точности и опредѣленности, которыми должны обладать велѣнія закона, призванныя руководить поступками отдѣльныхъ лицъ: вмѣсто закона здѣсь источникомъ права является часто трудно уловимое понятіе добрыхъ нравовъ.

Наконецъ, съ точки зрѣнія догмы частнаго права нельзя не замѣтить, что эта норма, призванная дать абсолютную защиту частнымъ интересамъ торгующихъ, совершенно не указываетъ, въ чемъ этотъ интересъ заключается, и, слѣдовательно не даетъ возможности опредѣлить объектъ созданнаго имъ субъективнаго права—явленіе необычайное въ системѣ абсолютныхъ частныхъ правъ. Можно ли поставить это въ вину законодателю? Думается, что нѣтъ. Правда, германская литература уже давно дѣлала попытки подыскать болѣе точную конструкцію для общей нормы противъ недобросовѣстной конкуренціи, но всѣ онѣ до сихъ поръ не имѣли прочнаго успѣха. Объемъ настоящей статьи не позволяетъ дать исчерпывающій обзоръ всѣхъ теорій по этому вопросу. Мы укажемъ только двѣ изъ нихъ, представляющія наибольшій интересъ.

По мнѣнію крупнаго авторитета въ области промышленныхъ и исключительныхъ правъ, проф. J. Kohler'а, недобросовѣстная конкуренція всегда является нарушеніемъ «права личности» (Persönlichkeitsrecht): объектомъ защиты служитъ здѣсь личность, какъ таковая: «Wer im Verkehr... Unredlichkeiten treibt, um einen Vorsprung vor anderen zu gewinnen, der verletzt nicht etwa bloss das Interesse des Gegners, sondern er verletzt auch dessen Persönlichkeit...» [1]. Сейчасъ же возникаетъ вопросъ: гдѣ предѣлъ неприкосновенности этой личности? Вѣдь ради охраны интересовъ отдѣльныхъ личностей создано все гражданское право и несмотря на это, каждый субъектъ не можетъ требовать удовлетворенія всѣхъ своихъ, безконечно разнообразныхъ, интересовъ. Если дѣйствительно существуетъ такое обширное субъективное право, то все же гдѣ-нибудь должна пройти граница между дозволеннымъ и недозволеннымъ. Отвѣтъ Kohler'а на этотъ вопросъ сразу разбиваетъ всякія иллюзіи: оказывается что въ силу Persönlichkeitsrecht каждое лицо можетъ требовать, чтобы

[1] См. *Kohler,* стр. 17, 18 и т. д., а также буквально passim.

ему не причиняли вреда дѣйствіями, противными добрымъ нравамъ [1]. Слѣдовательно, дѣйствіе становится недозволеннымъ не потому, что произошло вторженіе въ сферу чужой личности, а только потому и только тогда, когда дѣйствіе это само по себѣ противно добрымъ нравамъ. Прекрасныя слова о правѣ личности оказываются пустымъ звукомъ: положительный критерій Kohler'а буквально покрывается § 1 зак. 1909 г.

Нѣсколько иначе формулирована въ сущности та-же мысль у Lobe. По его мнѣнію, недобросовѣстная конкуренція нарушаетъ абсолютное право на производство торговаго промысла, признанное за каждымъ въ силу принципа свободы конкуренціи (Recht der Gewerbetaetigkeit). Однако и Lobe послѣ крайне сбивчивыхъ и туманныхъ попытокъ обнаружить содержаніе этого права приходитъ къ аналогичному съ Kohler'омъ выводу. Оказывается, что Recht der Gewerbetaetigkeit можетъ быть въ дѣйствительности нарушено только недобросовѣстными [2] пріемами конкурента, а съ прочими нарушеніями торгующій долженъ мириться въ виду принципа свободы конкуренціи [3]. Нужно ли указывать на фантастичность такого «права», которое можетъ быть нарушено только недобросовѣстнымъ дѣйствіемъ? Какъ извѣстно, до сихъ поръ защита абсолютныхъ правъ не зависѣла отъ субъективной оцѣнки поступка делинквента. Послѣдній вопросъ возникаетъ только въ связи съ обязанностью возмѣстить ущербъ.

Мы полагаемъ, что попытка дать точную конструкцію объекта защиты общей нормы противъ недобросовѣстной конкуренціи вообще не можетъ привести къ удовлетворительнымъ результатамъ просто потому, что въ дѣйствительности объектъ нападенія въ зависимости отъ характера продѣлки весьма и весьма различенъ. Вѣдь въ сущности единственное, что объединяетъ эти продѣлки, это цѣль, ради которой онѣ совершаются, а помимо этого, есть ли что-либо общее, напр., между очерненіемъ конкурента въ глазахъ публики и проникновеніемъ въ тайну его способовъ производства? Весь предыдущій обзоръ показалъ, что разработка нашей проблемы приводитъ къ обнаруженію не одного новаго объекта, а цѣлаго ряда индивидуальныхъ цѣнностей и новыхъ благъ, выдвинутыхъ измѣнившимися условіями современной торговли. Интенсивная защита этихъ благъ вмѣстѣ съ тѣмъ ставитъ все новыя преграды недобросовѣстной конкуренціи. Если путемъ такой нормировки еще не удалось вполнѣ оградить частные интересы торгующихъ, то это, какъ намъ кажется, объясняется тѣмъ, что наукѣ еще не удалось зафиксировать всѣ цѣнности въ этой области, подлежащія защитѣ. Работа идетъ въ этомъ направленіи безпрерывно: укажемъ, напр., въ дополненіе къ вышесказанному, на ученіе о субъективномъ правѣ на «торговое предпріятіе на ходу» (eingerichteter Gewerbebetrieb), признаніе котораго даетъ возможность бороться противъ эксцессовъ бойкота и противъ

---

[1] См. *Kohler,* стр. 18.
[2] См. *Lobe,* стр. 7 и 183 и д.
[3] Тамъ же, стр. 221—223.

внесенія безпорядка въ нормальный ходъ предпріятія, къ чему иногда прибѣгаютъ зарывающіеся конкуренты [1].

Мы полагаемъ, что наступитъ время, когда наука права сумѣетъ выдвинуть столь же полную систему спеціальныхъ нормъ для охраны «промышленной собственности», какой уже давно пользуется право собственности на «тѣлесныя» вещи. Но это вопросъ будущаго, а пока приходится ограничиться хотя бы и формальной общей нормой противъ недобросовѣстной конкуренціи, представляющей усмотрѣнію судьи, въ соотвѣтствіи съ понятіемъ добрыхъ нравовъ, рѣшать вопросъ о наличности у купца, жалующагося на конкурента, интереса, достойнаго защиты. Такимъ образомъ, съ этой точки зрѣнія § 1 закона 1909 г. конечно не является окончательнымъ разрѣшеніемъ вопроса, но при современномъ положеніи этой проблемы въ наукѣ отъ законодателя большаго требовать нельзя.

Редакція § 1 по нашему мнѣнію, вызываетъ другое опасеніе: здѣсь говорится о дѣйствіяхъ, противныхъ добрымъ нравамъ—«совершонныхъ въ цѣляхъ конкуренціи», причемъ гражданскій искъ о прекращеніи такового дѣйствія по § 13 представленъ, между прочимъ, «всякому производящему или продающему такой же или родственный товаръ». Принимая во вниманіе, что въ Германіи подъ конкуренціей разумѣютъ всякое дѣйствіе по торговлѣ независимо отъ того, направлено ли оно противъ опредѣленнаго торгующаго лица, ясно, что законъ 1909 г. даетъ возможность даже лично не заинтересованному конкуренту-купцу выступить въ роли частнаго цензора поведенія своего соперника [2]. Послѣ всего сказаннаго выше по поводу §§ 3—13 такое положеніе болѣе чѣмъ опасно. Въ этомъ отношеніи слѣдуетъ отдать рѣшительное предпочтеніе общей нормѣ противъ недобросовѣстной конкуренціи, выдвинутой новымъ швейцарскимъ уложеніемъ объ обязательствахъ 1911 г., ст. 48 котораго гласитъ: «кто вслѣдствіе ложныхъ сообщеній или другихъ дѣйствій, противныхъ доброй совѣсти, подвергается стѣсненію въ своихъ отношеніяхъ къ кліентеллѣ или рискуетъ ее потерять, тотъ можетъ требовать прекращенія такихъ пріемовъ торговли, и—при наличности вины—возмѣщенія ущерба». Здѣсь ясно подчеркнута единственно правильная, по нашему мнѣнію, французская концепція, которая даетъ частный искъ къ торгующему только тогда, когда продѣлка конкурента дѣйствительно вторгается въ сферу его частныхъ интересовъ.

Другой вопросъ, насколько необходимо и цѣлесообразно было вводить общую норму § 1 въ спеціальный законъ 1909 г. при наличности въ Герм. Гражд. Улож. ст. 826. По этому поводу при созданіи этого закона происходилъ горячій споръ между комиссіей рейхстага и представителемъ правительства [3]. Послѣдній утверждалъ, что ст. 826 является совершенно достаточнымъ основаніемъ для борьбы съ недобросовѣстной конкуренціей во всѣхъ ея проявленіяхъ. Такое утвержденіе отчасти пра-

[1] См. объ этомъ у *Finger'a* стр. 17. Рѣшенія герм. Имперскаго Суда, см. у *Lobe*. Anhang. II.

[2] См. *Finger,* стр. 40, Anm. 34.

[3] См. у *Finger'a* протоколы стр. 23.

вильно: ст. 826 гласитъ: «кто умышленно причинитъ вредъ другому способомъ, противнымъ добрымъ нравамъ, тотъ обязанъ возмѣстить этотъ вредъ». Правда, по буквальному своему смыслу эта статья даетъ только искъ объ ущербѣ при умышленномъ причиненіи вреда, но германскій имперскій судъ, подчиняясь господствующему мнѣнію въ наукѣ, помимо этого послѣдовательно допускалъ на основаніи ст. 826 искъ о прекращеніи дѣйствій (Unterlassungsklage), который не зависитъ отъ наличности какой бы то ни было вины [1]. Такимъ образомъ была установлена абсолютная защита противъ всякихъ дѣйствій противныхъ добрымъ нравамъ и въ томъ числѣ, конечно, и противъ недобросовѣстной конкуренціи [2]. Не отрицая этого обстоятельства, комиссія рейхстага все же считала нужнымъ ввести § 1, желая, какъ показываютъ мотивы [3], главнымъ образомъ расширить отвѣтственность за ущербъ, причиняемый недобросовѣстной конкуренціей, за предѣлы злого умысла по примѣру правила созданнаго французской практикой [4].

Повышая отвѣтственность конкурентовъ за дѣйствія противныя добрымъ нравамъ, по сравненію съ отвѣтственностью прочихъ гражданъ по ст. 826, законодатель очевидно руководствовался правильной мыслью, что въ сферѣ суровой борьбы между предпріятіями необходимо добиться особенно вдумчиваго и осторожнаго отношенія къ своимъ дѣйствіямъ и ко всему тому, что выходитъ за предѣлы добросовѣстности и лойяльности.

III.

Подводя итогъ всему вышесказанному, мы можемъ теперь установить, что борьба съ недобросовѣстной конкуренціей во имя охраны интересовъ промышленности и торговли во французской судебной практикѣ и германскомъ законодательствѣ велась въ двухъ направленіяхъ: съ одной стороны, по мѣрѣ возможности расширяется защита отдѣльныхъ и спеціальныхъ объектовъ и благъ, уже отчасти признанныхъ общимъ закономъ, или выдвигается спеціальная защита новыхъ; съ другой стороны, въ виду невозможности въ настоящее время путемъ казуистической нормировки дать исчерпывающую защиту, создается общая норма противъ недобросовѣстной конкуренціи, носящая чисто формальный характеръ. Эта норма обращается не къ закону, а къ правиламъ добрыхъ нравовъ и представляетъ усмотрѣнію судьи въ каждомъ конкретномъ случаѣ по

---

[1] См. текстъ рѣшеній у *Rosenthal* и *Wehner* стр. 39. Тоже *Finger* стр. 40 и д. Теоретическое обоснованіе у *Eltzbacher'a* стр. 111.

[2] См. *Lobe* стр. 457 и д., *Dernburg,* D. Bürgerliche Recht. т. II. 1906 г. S. 393, 4.

[3] См. у *Finger'a* стр. 23.

[4] Въ этомъ отношеніи § 1 вызываетъ чрезвычайныя сомнѣнія: по мнѣнію *Rosenthal* и *Wehner* стр. 51 и *Finger'a* стр. 42 отвѣтственность за ущербъ по § 1 возникаетъ даже при отсутствіи всякой вины, лишь бы дѣйствіе было объективно противно добрымъ нравамъ. Выводъ невѣроятный, такъ какъ даже при незаконныхъ дѣйствіяхъ наличность вины необходима. Наоборотъ, по *Cosack'y* само собой разумѣется, что отвѣтственность за ущербъ по § 1 возникаетъ только при зломъ умыслѣ (см. Lehrbuch des Handelsrechts, изд. 1910 г. стр. 853).

этому критерію рѣшать вопросъ о недозволенности той или другой продѣлки конкурента. Вотъ отвѣтъ, который законодательство и практика Запада даютъ для разрѣшенія нашей проблемы.

Выше мы уже говорили, что наше дѣйствующее законодательство въ этомъ отношеніи не въ состояніи удовлетворить даже самыхъ скромныхъ запросовъ: защита только зарегистрированнаго товарнаго знака, нѣсколько болѣе расширенная защита фирмы, если ею пользуются въ качествѣ товарнаго знака, и общее признаніе нашей практикой исключительнаго права на фирму—этимъ почти исчерпанъ каталогъ нашихъ спеціальныхъ нормъ, затрудняющихъ нѣкоторыя продѣлки недобросовѣстныхъ конкурентовъ. Правда у насъ есть еще ст. 670 X т. Зак. Гражд., которая гласитъ: «если вслѣдствіе личной обиды или оскорбленія, обиженный понесъ ущербъ въ кредитѣ или имуществѣ, то обидѣвшій или оскорбившій его обязанъ вознаградить за сіи потери и убытки по усмотрѣнію и опредѣленію суда». Упоминаніе о «кредитѣ», быть можетъ, свидѣтельствуетъ о томъ, что законодатель смутно чувствовалъ необходимость бороться съ «очерненіемъ» купца и предпріятія, какъ особенно опаснымъ проявленіемъ недобросовѣстной конкуренціи. Однако предыдущая 669 ст., устанавливая при обидѣ и оскорбленіи альтернативу—или уголовное преслѣдованіе, или гражданскій искъ, безспорно показываетъ, что терминъ обида и оскорбленіе употреблены въ смыслѣ нашихъ уголовныхъ законовъ, т.-е. какъ умышленное выраженіе неуваженія къ чужой личности [1], что конечно не покрываетъ распространенія всевозможныхъ ложныхъ слуховъ, не задѣвающихъ даже нравственнаго достоинства купца, но подрывающихъ кредитъ и довѣріе къ нему со стороны публики. Во всякомъ случаѣ наша практика не использовала ст. 670 въ этомъ направленіи.

Мы вообще полагаемъ, что въ настоящее время уже поздно рекомендовать нашей судебной практикѣ идти по стопамъ творческой работы французскихъ судовъ, которые сумѣли, какъ мы видѣли выше, почти исключительно опираясь на ст. 1382 Гражд. Улож., выдвинуть обширную систему нормъ по нашему вопросу. Такая работа не соотвѣтствовала бы и духу нашихъ судебныхъ учрежденій, которыя по примѣру германскихъ судовъ всегда относились отрицательно къ свободному толкованію и примѣненію нормъ права. Подъемъ и развитіе нашей промышленности, которыя несомнѣнно повлекутъ за собой обостреніе соревнованія предпріятій, требуютъ скораго разрѣшенія этихъ вопросовъ при помощи законодательныхъ нормъ.

Мы стоимъ наканунѣ обсужденія въ нашихъ законодательныхъ учрежденіяхъ книги V проекта Гражд. Улож., которая, какъ извѣстно, должна охватить и торговыя отношенія. Казалось бы, что борьба съ недобросовѣстной конкуренціей по примѣру Запада должна была привлечь особое вниманіе авторовъ проекта. Къ сожалѣнію приходится констатировать, что эта проблема осталась совершенно чуждой всѣмъ книгамъ

---

[1] См. напр. проф. *Познышевъ*, «Особенная часть русск. Уголовнаго Права» изд. 1909 г.—стр. 113.

проекта. Что касается охраны отдѣльныхъ промышленныхъ правъ въ книгѣ III, не подлежащей еще обсужденію въ ближайшее время, то она всецѣло остается на почвѣ дѣйствующаго законодательства, дополняя его только признаніемъ абсолютнаго права на фирму, надлежащимъ образомъ зарегистрированную (ст. 1338 Проекта Гражд. Ул. 1905 г.). Широкая защита этихъ объектовъ независимо отъ соблюденія какихъ-либо формальностей, а также защита всѣхъ прочихъ пріемовъ, которыми современный купецъ отмѣчаетъ свое предпріятіе и товаръ въ глазахъ публики, здѣсь совершенно отсутствуетъ.

Въ смыслѣ спеціальной защиты интересовъ торгующихъ единственнымъ отраднымъ явленіемъ представляется ст. 1200 (по проекту книги V Гражд. Улож. въ послѣдней редакціи Мин. Юст.) она гласитъ: «причинившій обиду или разгласившій ложное обстоятельство, позорящее чью-либо честь, либо подрывающее кредитъ лица, товарищества или установленія, или довѣріе къ способностямъ лица исполнять обязанности его званія или заниматься своимъ промысломъ, обязанъ вознаградить потерпѣвшаго за причиненные ему убытки». Здѣсь по примѣру ст. 824 абз. I. Герм. Гражд. Улож. установлена широкая защита добраго имени и репутаціи купца. Этимъ исчерпывается перечень «спеціальныхъ фортовъ»— по выраженію Kohler'a,—выдвигаемыхъ проектомъ для защиты отдѣльныхъ интересовъ противъ недобросовѣстной конкуренціи.

При такой бѣдности въ спеціальныхъ постановленіяхъ обнаруживается особенно чувствительно необходимость имѣть общую норму по примѣру § 1 Герм. Зак. 1909 г. или ст. 48 Швейцарскаго Улож. объ обязательствахъ. Къ сожалѣнію она отсутствуетъ совершенно. При разработкѣ кн. V возникалъ вопросъ о введеніи правила подобнаго ст. 826 Герм. Гражд. Улож., которая даетъ право взыскивать ущербъ, умышленно причиняемый дѣйствіями противными добрымъ нравамъ. Но авторы проекта отвергли эту статью, полагая, что случаи «ею предусматриваемые, едва ли часто встрѣчаются» [1]. Это несомнѣнное заблужденіе: мы уже указывали выше, какое огромное значеніе принадлежало ст. 826 до изданія закона 1909 г., и что по общему мнѣнію она могла бы служить и сейчасъ въ Германіи достаточнымъ основаніемъ для энергичной борьбы съ недобросовѣстной конкуренціей. При надлежащемъ толкованіи она могла бы дать и у насъ не только искъ объ ущербѣ, при наличности злого умысла, но и искъ о прекращеніи всякихъ дѣйствій конкурентовъ противныхъ добрымъ нравамъ, независимо отъ наличности какой бы то ни было вины.

Въ заключеніе, позволимъ себѣ выразить надежду, что при дальнѣйшей разработкѣ проекта Гражданскаго Уложенія нашъ законодатель еще вернется къ проблемѣ борьбы съ недобросовѣстной конкуренціей и сумѣетъ выдвинуть по примѣру Запада систему нормъ, которая исключитъ всякую возможность торжества недобросовѣстныхъ торговцевъ за счетъ творческой работы солидныхъ и здоровыхъ предпріятій.

В. Шретеръ.

---

[1] См. объяснит. записку къ проекту.

Вексельные бланки.

I.

Вексельные бланки имѣютъ издавна большое практическое значеніе для торговаго оборота. Несмотря на это, русскіе цивилисты до настоящаго времени удѣляли очень мало вниманія этому своеобразному институту, порождающему сложныя теоретическія и практическія проблемы.

Въ западной литературѣ юридическая природа вексельнаго бланка была обслѣдована болѣе полно. Но и тамъ интересъ къ связаннымъ съ нимъ вопросамъ возникъ сравнительно недавно и проявился въ разныхъ странахъ неравномѣрно, главнымъ образомъ, въ зависимости отъ степени распространенности въ нихъ вексельныхъ бланковъ и различнаго отношенія законодательства къ этому институту.

Наиболѣе подробно вексельные бланки нормированы въ Англіи. Bills of Exchange Act, 1882, § 20, постановляетъ:

„1) Если лицо, поставившее только свою подпись на бланкѣ съ гербовой маркой (blanc stamped paper), выдастъ его съ тѣмъ, чтобы онъ могъ быть превращенъ въ вексель, то это создаетъ предположеніе уполномочія (prima facie authority) заполнить бланкъ и превратить его въ вексель на сумму въ предѣлахъ гербоваго сбора; подпись можетъ быть подписью векселедателя, векселепринимателя или надписателя. Равнымъ образомъ, если въ векселѣ опущенъ какой-либо реквизитъ, то векселедержатель предполагается уполномоченнымъ заполнить пробѣлъ способомъ, какой онъ признаетъ необходимымъ.

2) Для того, чтобы такой документъ по заполненіи его могъ быть предъявленъ ко взысканію противъ лицъ, учинившихъ надписи на немъ до его заполненія, онъ долженъ быть заполненъ въ теченіе разумнаго срока (reasonable time) и строго согласно съ даннымъ уполномочіемъ. Какой срокъ долженъ быть признанъ разумнымъ, является вопросомъ факта.

Если такой документъ послѣ его заполненія будетъ переданъ правильному векселедержателю (holder in due course), онъ дѣйствителенъ во всѣхъ отношеніяхъ и подлежитъ исполненію, какъ если бы онъ былъ заполненъ въ теченіе разумнаго срока и строго согласно данному уполномочію".

Статьѣ этой соотвѣтствуетъ § 33 Нью-Іоркскаго закона о цѣнныхъ бумагахъ (Negotiable Instruments Law).

Постановленія эти исчерпывающимъ образомъ и вполнѣ цѣлесообразно регулируютъ вопросы, возникающіе по поводу вексельныхъ

бланковъ. Тѣмъ не менѣе, послѣдніе сравнительно рѣдко встрѣчаются въ Англіи. Англійская юридическая литература почти совсѣмъ не занималась этимъ институтомъ и во всякомъ случаѣ не дѣлала никакихъ попытокъ теоретическаго объясненія его [1].

Во Франціи Code de commerce не предусматриваетъ особо возможности выдавать или акцептовать бланки; но и французская практика пришла къ тѣмъ же выводамъ, какъ практика другихъ странъ, признавая, что законный держатель вексельнаго бланка можетъ заполнить его и превратить въ дѣйствительный во всѣхъ отношеніяхъ вексель. Однако, институтъ бланковыхъ векселей въ настоящее время сравнительно рѣдко примѣняется во Франціи и потому мало разработанъ судебной практикой [2]. Французская юридическая литература также относится отрицательно къ вексельнымъ бланкамъ [3].

Въ отличіе отъ Англіи и Франціи употребленіе вексельныхъ бланковъ весьма распространено въ Италіи. Хотя ст. 254 итальянскаго торговаго кодекса оговариваетъ, что отсутствіе какого-либо реквизита въ векселѣ лишаетъ послѣдній вексельной силы, судебная практика и тутъ признала вполнѣ законной выдачу бланка [4] съ тѣмъ, чтобы онъ впослѣдствіи былъ заполненъ законнымъ держателемъ его. Вслѣдъ за весьма обширной судебной практикой по этому вопросу его весьма детально стала разрабатывать также итальянская юридическая литература. Общіе курсы торговаго права отводятъ ему много мѣста [5]; ему посвящаются многочисленныя статьи въ журналахъ, а также обширныя спеціальныя монографіи [6].

Въ Германіи и въ Австріи вексельные бланки признаются въ силѣ судебной практикой, несмотря на отсутствіе какого-либо указанія на то въ германскомъ вексельномъ уставѣ, дѣйствующемъ и въ Австріи [7].

---

[1] Ср. *Grants*, Law of Banking, 6 ed., London. 1910 стр. 292—293; *Chalmers*, Bills of Exchange. 7 ed. London. 1909, стр. 53 сл.

[2] Въ наиболѣе обстоятельномъ комментаріи къ Code de commerce *Sirey* (4 éd., 1910) приведено лишь четыре рѣшенія, относящихся къ бланкамъ: 1817, 1853, 1854 и 1858 г.

[3] *Lyon-Caen et Renault,* Traité de droit commercial, Paris, 4 éd. 1907, §§ 781—783. *Escara,* La lettre de change en blanc.—Annales de droit commercial, t. 22 (1908), стр. 209—242. По отношенію къ вексельнымъ бланкамъ оказался довольно безпомощнымъ даже крупнѣйшій современный французскій коммерціалистъ—*Thaller.* Онъ объясняетъ отвѣтственность бланкодателя—квази-деликтомъ: «C'est une faute que de délivrer un blanc-seing, de mettre en circulation un effet incomplet» (Traité élémentaire de droit commercial. 4 éd. 1910, § 1371).

[4] Косвенное признаніе вексельные бланки получили въ фискальномъ законѣ о гербовомъ сборѣ съ векселей отъ 31 дек. 1907 г., п. 5 ст. 2 коего постановляетъ: „Вексельные бланки подлежатъ оплатѣ сборомъ, установленнымъ для векселей срокомъ свыше шести мѣсяцевъ". См. *Brunetti,* Cambiale in bianco, стр. 288.

[5] *Vivante,* Trattato di diritto commerciale. Vol. III, ed. 3. Milano. 1909, § 1111—§ 1117.

[6] *Brunetti,* La cambiale in bianco. Torino. 1908.

[7] Въ Австріи законность выдачи и обращенія вексельныхъ бланковъ была впрочемъ, особо признана разъясненіемъ министерства юстиціи въ 1853 г. (Just.-Min.—Verordnung vom 6 Oktober 1853. Nr. 200 R. G. B).

На практикѣ, впрочемъ, употребленіе бланковъ менѣе распространено тутъ, чѣмъ въ Италіи—оно встрѣчается, главнымъ образомъ, въ видѣ бланковаго акцепта, — и потому число рѣшеній высшихъ судовъ, посвященныхъ имъ, не особенно значительно [1]. Тѣмъ не менѣе, нѣмецкая юридическая литература проявляетъ, въ особенности за послѣднее время, живой интересъ къ своеобразнымъ юридическимъ проблемамъ, возникающимъ въ связи съ выдачей и обращеніемъ вексельныхъ бланковъ. При этомъ она ставитъ вопросъ о вексельныхъ бланкахъ въ связь съ общимъ вопросомъ о дѣйствительности бланковыхъ подписей (Blankett-Unterschriften), законность коихъ обосновывается въ настоящее время на постановленіи ст. 126 Герм. гражд. уложенія [2].

Въ Россіи вексельные бланки примѣняются едва ли не чаще, чѣмъ гдѣ бы то ни было въ Европѣ [3]. Есть отрасли торговли, напр. мануфактурной, въ которой разсчеты по покупкамъ товара мелкими торговцами у фабрикантовъ или оптовыхъ торговцевъ нерѣдко ликвидируются выдачей вексельныхъ бланковъ. Благодаря этому вопросы, связанные съ ними, довольно часто восходятъ на разрѣшеніе высшихъ судебныхъ инстанцій, какъ о томъ свидѣтельствуютъ многочисленныя рѣшенія, приводимыя въ комментаріяхъ къ Уставу о векселяхъ.

Какъ и въ другихъ странахъ, вексельные бланки въ теченіе долгаго времени не пользовались у насъ признаніемъ со стороны закона и судебной практики. Вексельный уставъ 1729 г. не упоминаетъ о бланкахъ и, повидимому, во время его дѣйствія вопросъ о нихъ въ высшихъ судебныхъ инстанціяхъ не возбуждался; по крайней мѣрѣ о нихъ не упоминается въ многочисленныхъ рѣшеніяхъ, отмѣченныхъ въ «Начальныхъ основаніяхъ вексельнаго права» Дилтея (Владиміръ. 1801). Не касался бланковъ и Уставъ 1832 г. въ первоначальной своей редакціи. Но къ этому времени употребленіе бланковъ успѣло привиться въ Россіи. Распространеніе ихъ вызвало даже опасеніе, что такіе бланки могутъ замѣнять векселедателю нѣсколько векселей и притомъ на неограничен-

---

[1] См. *Fuchsberger* и *Meyer*, Entscheidungen des Reichsgerichts. Wechselrecht. 3 Aufl. 1909, стр. 133 сл.

[2] Вопросъ о бланковыхъ подписяхъ разсматриваютъ, кромѣ комментаторовъ и авторовъ общихъ курсовъ: *Rietzler*, Blankett—Unterschrift.—Arch. ziv. Prax., B. 95; *Siegel*, Die Blanketterklärung. 1908; *Hahn*, Die Blankettfälschung. Berlin. 1910; *Haussmann*, Das Blankett, insbesondere der Blankettmissbrauch unter dem Gesichtspunkte des Rechtsscheinsprinzips. Gruchots Beiträge. 1914. 3—4 Heft. Помимо указаній въ комментаріяхъ къ вексельному уставу, въ частности у *Stranz*, Staubs Kommentar z. Wechselordnung, 8 Aufl., Berlin. 1912, объясн. къ ст. 7, вопросу о бланковыхъ векселяхъ посвящены слѣдующія статьи и монографіи: *Gaupp-Wagener*, Blanko-Wechsel und Blanko-Akzept. Berlin. 1898; *Oertzen*, Der Blankowechel—Arch. bürg. Recht., B. 33 (1909); *Adler*, Der Umlauf des Blankettwechsels—Zeitschr. ges. Handelsrecht, B. 60 (1907); *Hannig*, Das Blanko-Akzept. Halle. 1910; *Barsdorf*, Das Blankoakzept. Berlin. 1910. *Hacman*, Beiträge zum Wechselrecht. Breslau. 1913 (§ 14).

[3] О причинахъ распространенія и о роли вексельныхъ бланковъ въ Россіи см. цѣнныя указанія въ статьѣ *П. А. Бурышкина* «Бланковые векселя»—Изв. Моск. Коммерч. Институт. 1914 г. кн. 2.

ное время. Въ виду этого 24 февр. 1837 г. состоялся Сенатскій указъ (П. С. З. 9970), коимъ было постановлено:

„Признавая согласно съ мнѣніемъ Г. Министра Финансовъ, что объясняемая имъ выдача лицами, обязывающимися векселями, вмѣсто векселей, просто бланковъ на обыкновенной вексельной бумагѣ, можетъ наносить значительный ущербъ казенному интересу, Правительствующій Сенатъ полагаетъ: въ отклоненіе этого на будущее время, строжайше подтвердить повсемѣстно о наблюденіи, чтобы какъ въ написаніи, такъ и передачѣ лицами торговаго сословія векселей, исполнялись въ точности постановленныя на сей предметъ въ законахъ правила; если же и за симъ усмотрѣно будетъ употребленіе вмѣсто векселей однихъ только на вексельной бумагѣ бланковъ, то обличенныхъ въ томъ подвергать отвѣтственности по законамъ".

Законъ этотъ былъ кодифицированъ какъ ст. 437 Св. учрежд. и уст. торг. изд. 1842 г. (ст. 542 по изд. 1857 г.). Затѣмъ, въ изд. 1887 г. и 1893 г., текстъ этой статьи составилъ примѣчаніе къ ст. 2 Уст. о векселяхъ.

При кодификаціи его законъ былъ изложенъ такъ: «Употребленіе, вмѣсто векселей, просто бланковъ на вексельной бумагѣ воспрещается». Руководствуясь этой сокращенной редакціей, неточно передававшей первоначальный смыслъ закона, судебная практика стала держаться того взгляда, что закономъ воспрещена вообще выдача бланковъ. Такъ, СПБ. Коммерческій Судъ въ рѣшеніи 17 іюля 1874 г. по дѣлу Брылкина съ опекою Глинца призналъ, что «выдача бланка на вексельной бумагѣ не обязываетъ выдавшаго къ платежу той суммы, которая впослѣдствіи внесена въ текстъ получившимъ бланкъ». Такого же взгляда держался уголовный касс. деп., признавшій въ рѣшеніи 1875 г., № 595, что вписаніе въ бланкъ большей противъ слѣдовавшей по договору суммы не можетъ служить основаніемъ къ преслѣдованію по ст. 1160 Улож. о нак. Этотъ взглядъ былъ затѣмъ подтвержденъ рѣшеніемъ Общ. Собранія 1876 г. № 3, которое по поводу неправильнаго заполненія бланка полагало, что

„нельзя было допустить ни гражданскаго спора, ни уголовнаго преслѣдованія, такъ какъ нельзя было давать судебной защиты противъ такового злоупотребленія, которое можетъ совершиться только вслѣдствіе нарушенія самимъ потерпѣвшимъ лицомъ запрещенія, выраженнаго въ 542 ст. уст. о векс.".

Однако, одновременно гражданскій кассаціонный департаментъ, а затѣмъ и 2 Общее Собраніе Сената, сознавая практическую цѣнность института вексельныхъ бланковъ, стали на противоположную, болѣе правильную, точку зрѣнія. Въ рѣшеніи [1] гр. касс. деп. 1874 г. № 131 уже признается, что

„то обстоятельство, что на долговомъ документѣ, представленномъ ко взысканію и не оспоренномъ въ подлинности, подпись выдавшаго оный лица изложена имъ до вписанія имъ же текста, не служитъ еще основаніемъ къ признанію такого документа недѣйствительнымъ".

---

[1] Бар. *Нолькенъ* ссылается въ своемъ комментаріи (изд. 6, стр. 59, прим. 39) еще на рѣшенія 1867 г., № 90 и 1875 г. № 95. Но они вопроса не касаются.

Рѣшеніе это особенно цѣнно потому, что, въ отличіе отъ послѣдующихъ рѣшеній, оно ставитъ вопросъ о силѣ вексельнаго бланка въ связь съ общимъ вопросомъ о дѣйствительности бланковыхъ подписей.

Все же и гр. касс. департаментъ колебался по этому вопросу. Въ рѣшеніи за 1874 г. № 860 онъ не пошелъ дальше утвержденія, что «самый фактъ выдачи бланковъ удостовѣряетъ существованіе долгового отношенія». Въ рѣшеніи 1875 г. № 377 Сенатъ не ставитъ прямо вопроса о силѣ вексельнаго бланка, хотя въ искѣ было отказано, между прочимъ, на основаніи ст. 542 Св. учр. и уст. торг. При этомъ онъ призналъ, что допустимъ допросъ свидѣтелей въ подтвержденіе обстоятельствъ, при которыхъ былъ выданъ вексельный бланкъ:

„неправильно также указаніе на нарушеніе 409 и 410 ст. Уст. Гр. Суд., ибо свидѣтель былъ допрошенъ объ обстоятельствахъ, сопровождавшихъ выдачу долгового документа, а въ подобномъ случаѣ, по неоднократнымъ разъясненіямъ Сената, допросъ свидѣтелей закономъ не воспрещенъ“ [1].

Коммерческіе суды, подъ давленіемъ потребностей торговаго оборота, также не могли устоять на своей прежней точкѣ зрѣнія. СПБ. Коммерческій Судъ уже въ рѣшеніи 4 марта 1875 г. по дѣлу Мандельштама съ Ждановичемъ [2] постановилъ, что

„ст. 542 уст. о векс., на основаніи которой повѣренный Мандельштама проситъ признать векселя недѣйствительными, воспрещаетъ употребленіе вмѣсто векселей бланковъ на вексельной бумагѣ; въ настоящемъ же случаѣ, хотя Мандельштамомъ и были выданы Касаткину бланки на вексельной бумагѣ, но бланки эти съ согласія Мандельштама обращены были въ векселя на имя Ждановича и слѣдовательно употребленія вмѣсто векселей бланковъ вовсе не было“.

Однако практика продолжала колебаться, пока вопросъ этотъ не перешелъ на разсмотрѣніе Общаго Собранія 4,5 и Меж. деп. Пр. Сената по дѣлу Савельева съ Норинымъ (рѣш. 5 окт. 1880 г.—15 мая 1881 г., № 109) [3]. Въ этомъ рѣшеніи Сенатъ обратился къ источнику ст. 542 и выяснилъ, что послѣдній вовсе не заключаетъ правила о недѣйствительности бланковъ, а лишь имѣетъ въ виду оградить фискальные интересы казны. Въ виду этого, говоритъ Сенатъ,

„если одно лицо выдаетъ другому вмѣсто векселей вексельные бланки, то этимъ оно тѣмъ не менѣе принимаетъ на себя извѣстное обязательство и выдачѣ бланковъ обыкновенно предшествуетъ предварительное между сторонами соглашеніе, въ силу котораго лицу, получившему бланкъ, предоставляется вписать въ него текстъ и обратить такимъ образомъ бланкъ въ вексельное обязательство. Такъ и въ настоящемъ случаѣ самъ Савельевъ объясняетъ, что онъ согласился выдать Норину бланки на вексельной бумагѣ для дисконта, т.-е. для обращенія ихъ предварительно въ векселя.

---

[1] Ср. рѣш. 1899 г., № 100. Въ настоящее время Пр. Сенатъ отступилъ отъ этой точки зрѣнія (рѣш. гр. касс. деп. 1913 г., № 60).

[2] См. *(Гурѣ)* Практика Петербургскаго коммерческаго суда за 1875 г. СПБ. 1876, стр. 1.

[3] *Носенко*, Сборникъ рѣшеній 4 департамента, т. V, вып. 1—2. СПБ. 1882, стр. 7—11.

Нѣтъ никакого основанія не признавать такой родъ сдѣлокъ, которыя часто имѣютъ мѣсто на практикѣ и основаны на добровольномъ и непринужденномъ согласіи сторонъ, изъ коихъ дающему бланкъ извѣстно, что чрезъ поставленіе своей подписи на вексельной бумагѣ оно принимаетъ на себя извѣстное обязательство, и которыя притомъ не заключаютъ въ себѣ ничего противнаго общимъ государственнымъ интересамъ".

Со времени этого рѣшенія установленная въ немъ точка зрѣнія вытѣснила неправильное толкованіе ст. 542, усвоенное рѣшеніемъ Общ. Собр. касс. деп. 1876 г. № 3 [1]. Такъ, СПБ. коммерческій судъ рѣшительно призналъ силу заполненнаго вексельнаго бланка въ рѣшеніи 11 февр. 1885 г. по дѣлу Кондратенко съ Кржицкимъ [2]. Одновременно въ рѣшеніи 1885 г. № 67 и гр. касс. деп. по поводу иска о возвращеніи бланковъ призналъ неправильнымъ заключеніе судебной палаты, «что вексельные бланки лишены всякой цѣнности», а въ рѣшеніяхъ 1887 г. № 90 и 1892 г. № 15 уже формулировалъ въ общихъ чертахъ признаніе юридическаго значенія вексельныхъ бланковъ. Эту точку зрѣнія онъ затѣмъ развивалъ въ деталяхъ довольно послѣдовательно, хотя и съ отступленіями по отдѣльнымъ частнымъ вопросамъ.

Изданіе Устава о векселяхъ 1902 г. не внесло существенныхъ новыхъ чертъ въ разсматриваемый институтъ. Указаніе А. Краевскаго (см. ниже) на желательность болѣе подробной нормировки его, къ сожалѣнію, не было принято во вниманіе. Все же въ ст. 14 Устава было включено положеніе, котораго нѣтъ въ германскомъ вексельномъ уставѣ, послужившемъ образцомъ при его составленіи. Оговорка эта гласитъ:

„Такой же силы (какъ актъ, не удовлетворяющій требованіямъ устава) не имѣетъ и подписанный бланкъ вексельной бумаги, пока такой бланкъ не заполненъ указаннымъ въ ст. 3 содержаніемъ векселя".

Постановленіе это почти буквально повторено въ ст. 88 по отношенію къ переводному векселю.

Этими постановленіями несомнѣнно въ принципѣ признано юридическое значеніе вексельныхъ бланковъ и отмѣнено запрещеніе обращенія ихъ, которое содержалось въ прим. къ ст. 2 Уст. о векселяхъ, изд. 1893 г. Всѣ сложныя детали этого вопроса законъ, однако, оставилъ открытыми и предоставилъ заполненіе этихъ пробѣловъ судебной практикѣ и наукѣ.

Не содержатъ спеціальныхъ постановленій о вексельныхъ бланкахъ также общій вексельный уставъ и международная гаагская конвенція 10/23 іюля 1912 г. Предложеніе оговорить ихъ было отклонено [3].

Несмотря на оживленные споры практиковъ, русская юридическая

---

[1] Обстоятельство это является доказательствомъ того, что, вопреки весьма распространенному мнѣнію (Шершеневичъ, Исаченко и др.), разъясненія общаго собранія касс. департаментовъ не составляютъ аутентическаго толкованія закона.

[2] *(Вильсонъ)* Судебная практика по торговымъ дѣламъ 1882—1893 г. СПБ. 1896, стр. 5.

[3] Бар. *Нолькенъ*. Объединенное законодательство о векселяхъ. Спб. 1913, стр. 62.

литература удѣлила этому вопросу очень мало вниманія. Въ ней, какъ и въ нашей судебной практикѣ, до сихъ поръ не установилось ясной, опредѣленной точки зрѣнія на этотъ институтъ. Она колеблется между полнымъ отрицаніемъ юридической силы за бланками и попытками признать за послѣдними силу, равную векселю. Впервые вопросъ о вексельныхъ бланкахъ былъ освѣщенъ въ статьѣ *А. Краевскаго* «Вексельные бланки» [1]. Въ этой замѣткѣ авторъ, указывая на чрезвычайную распространенность вексельныхъ бланковъ въ Россіи и обозрѣвъ судебную практику, тогда еще весьма скудную, настаиваетъ на необходимости регулировать вопросъ о вексельныхъ бланкахъ въ разрабатывавшемся тогда проектѣ новаго вексельнаго устава. Теоретическихъ конструктивныхъ вопросовъ авторъ замѣтки не возбуждаетъ совсѣмъ. Проф. *Федорова* «Вексельное право» (Одесса, 1906) также не затрогиваетъ теоретическихъ контраверзъ, а ограничивается изложеніемъ судебной практики по вопросу о вексельныхъ бланкахъ. Проф. *Шершеневича* въ своемъ «Курсѣ торговаго права» [2] отрицаетъ юридическую силу вексельныхъ бланковъ даже послѣ ихъ заполненія, опираясь на то, само по себѣ вѣрное, соображеніе, что законъ нигдѣ не придаетъ обратной силы заполненію бланка. *С. В. Завадскій* въ замѣткѣ «Нѣсколько словъ о передачѣ вексельныхъ бланковъ» [3], опираясь на судебную практику и отчасти на иностранную юридическую литературу, доказываетъ, что бланкъ вексельной бумаги при выдачѣ его можетъ быть снабженъ подписью не только векселедателя или векселепринимателя, но и прямо подписью надписателя. Отсюда онъ дѣлаетъ выводъ, что вексельный бланкъ уже до заполненія его можетъ передаваться по надписи способами, установленными для векселей [4].

Затѣмъ *П. А. Бурышкинъ* въ статьѣ «Бланковые векселя» [5] отстаиваетъ положеніе, что вексельные бланки въ отношеніи своей силы почти во всѣхъ отношеніяхъ должны быть приравнены къ готовымъ векселямъ. На ту же точку зрѣнія въ сущности становится *М. М. Виноградъ*, критикуя рѣшеніе гр. касс. деп. 1913 г. № 32 [6]. Только при такомъ отождествленіи возможно отстаивать, какъ то дѣлаетъ авторъ, недопустимость ссылки на свидѣтелей для удостовѣренія времени выдачи вексельнаго бланка.

Объ діаметрально-противоположныя другъ другу точки зрѣнія представляются, однако, теоретически неправильными и не соотвѣтствуютъ

---

[1] «Юридическій Вѣстникъ», т. XXVIII—1888 г., № 6/7.

[2] Т. III, изд. 4, Пгр. 1909, стр. 80 сл.

[3] «Журн. Мин. Юст.» 1911 г., кн. 9, стр. 193 сл.

[4] Авторъ полемизируетъ, повидимому, съ возраженіями, которыя дѣлались, напр., сенат. бар. *Нолькеномъ* (Уставъ о векселяхъ. Практическое руководство. Изд. 6. Пгр. 1913, стр. 61) противъ указа Пр. Сената по гражд. деп. 23 февр. 1911 г. № 2114, коимъ была признана допустимость передачи бланка въ вексельномъ порядкѣ до заполненія его текстомъ векселя. Текстъ этого указа см. „Право“ 1911 г., стр. 894.

[5] «Извѣстія Моск. Коммерч. Института», кн. II, 1914.

[6] «Вѣстникъ Гражданскаго Права» 1913 г., № 6, стр. 140 сл.

нашей судебной практикѣ, поскольку въ ней успѣли выясниться извѣстныя основныя положенія.

Обстоятельство это, на нашъ взглядъ, оправдываетъ попытку пересмотрѣть вопросъ и намѣтить правильную конструкцію отношеній, возникающихъ въ связи съ выдачею вексельнаго бланка. При этомъ намъ придется разсмотрѣть условія дѣйствительности выдачи бланка, значеніе бланка до его заполненія, юридическую природу и осуществленіе договора о заполненіи бланка и, наконецъ, значеніе бланка, заполненнаго текстомъ.

II.

Подъ *вексельнымъ бланкомъ* мы разумѣемъ оплаченный вексельнымъ сборомъ актъ, 1) который подписанъ и выданъ съ тѣмъ, чтобы уполномочить бланкодержателя на превращеніе его въ вексель, т.-е. въ коемъ умышленно опущены реквизиты векселя, и 2) при выдачѣ коего между лицомъ, выдающимъ бланкъ, и лицомъ, принимающимъ его, состоялось соглашеніе относительно условій восполненія недостающихъ реквизитовъ векселя.

Прежде всего, слѣдовательно, необходимо отграничить вексельный бланкъ отъ векселя, въ коемъ опущены какіе-либо реквизиты случайно, въ предположеніи, что выдается готовый вексель, слѣдовательно безъ намѣренія предоставить векселедержателю право на ихъ восполненіе. Дефекты такого векселя могутъ быть восполнены только самимъ векселедателемъ путемъ внесенія въ его текстъ соотвѣтствующихъ поправокъ, особо затѣмъ оговоренныхъ. Восполненіе этихъ дефектовъ векселедержателемъ, хотя бы добросовѣстно и согласно предполагаемой волѣ векселедателя, равносильно учиненію подлога. Съ внѣшней стороны, формальнымъ признакомъ намѣренія бланкодателя предоставить бланкодержателю полномочіе на заполненіе является оставленіе въ текстѣ пробѣловъ, по своимъ размѣрамъ явно достаточныхъ для внесенія въ нихъ недостающихъ реквизитовъ. Наличность такихъ пробѣловъ служитъ основаніемъ для соотвѣтствующей презумціи.

Лицо, выдающее бланкъ, можетъ оставить пробѣлы не только для отдѣльныхъ реквизитовъ, напр., для включенія срока (наиболѣе частый случай—ср. рѣш. суд. деп. 11 іюня 1909 г., № 1424, по д. Струкова), суммы и т. д., но и всѣхъ вообще реквизитовъ, за исключеніемъ одной только своей подписи.

Исходя изъ этого, мы можемъ установить слѣдующія четыре условія, при наличности коихъ возникаетъ «вексельный бланкъ».

1. Согласно ст. 3 и 14 Уст. о векс. такимъ актомъ можетъ быть только бланкъ вексельной бумаги. Въ тѣхъ случаяхъ, когда вексель можетъ быть написанъ на простой бумагѣ съ оплатою вексельнаго сбора гербовыми марками, подпись на такомъ бланкѣ необходимо должна быть сдѣлана черезъ соотвѣтствующую марку. Англійскій [1] и

---

[1] *Chalmers.* Bills of Exchange, стр. 57: «The section (§ 20) refers only to blanc signatures on stamped paper».

итальянскій законы прямо указываютъ на это, а въ другихъ странахъ это положеніе признано судебной практикой по общему смыслу закона. Только въ этомъ случаѣ можетъ возникнуть предположеніе, что лицо, учинившее подпись, имѣло въ виду именно вексельное обязательство.

2. На бланкѣ должна быть изображена часть текста векселя, по меньшей мѣрѣ подпись лица, выдающаго бланкъ. При этомъ бланкъ, какъ и вексель, можетъ быть выданъ нѣсколькими лицами (ук. гр. касс. деп. по отдѣленію 2 янв. 1910 г. № 239).

Бланкъ простого векселя выдается обыкновенно векселедателемъ, бланкъ переводнаго векселя—въ большинствѣ случаевъ принимателемъ (бланко-акцептъ). Однако, надпись на векселѣ надписателя также является подписью. Правда, уставъ о векселяхъ въ рядѣ статей какъ бы различаетъ подпись отъ надписи, напр., ст. 28, 29, 31 и др. Но въ другихъ случаяхъ терминъ подпись охватываетъ и надпись. Такъ, въ ст. 32 говорится о подложныхъ или необязательныхъ «подписяхъ», при чемъ въ поясненіе дѣлается ссылка не только на п. 7 ст. 3, въ коемъ говорится о подписи векселедателя, но и на ст. 18, въ которой идетъ рѣчь только о передаточной надписи, и на ст. 25, которая говоритъ о препоручительной надписи. Въ той же 25 ст. говорится о подписи лица, сдѣлавшаго препоручительную надпись. Такимъ образомъ, выраженіе ст. 14 «подписанный бланкъ» охватываетъ также случай, когда на чистомъ вексельномъ бланкѣ имѣется только передаточная надпись. Она означаетъ, что лицо, выдающее бланкъ, уполномачиваетъ заполнить его на свое имя и согласно отвѣчать по нему только въ качествѣ надписателя. Допустимость по русскому праву выдачи бланка въ этомъ порядкѣ признаетъ также С. В. Завадскій въ приведенной выше замѣткѣ [1]. Въ пользу такого рѣшенія говоритъ и то обстоятельство, что англійскій законъ expressis verbis, а судебная практика всѣхъ другихъ европейскихъ странъ, въ частности практика германскихъ судовъ, попутно допускаетъ выдачу векселнаго бланка съ подписью лишь надписателя.

Противъ возможности выдачи бланка съ одной только подписью надписателя по русскому праву возражаетъ бар. Нолькенъ [2], ссылаясь на то, что въ случаяхъ, когда первая подпись исходитъ не отъ векселедателя, уже нѣтъ требуемой ст. 15 выдачи векселя отъ векселедателя первому пріобрѣтателю. Аргументація эта бьетъ дальше цѣли, которую имѣетъ въ виду авторъ, и предполагаетъ недѣйствительность также бланковъ съ подписью принимателя—т. наз. бланко-акцепта, во всякомъ случаѣ безпрепятственно допускаемаго не только западно-европейской, но и нашей практикой. Аргументація неправильна и по существу. Ст. 15 говоритъ только о выдачѣ векселя именно лицомъ, подписавшимъ вексель въ качествѣ векселедателя. Но и лицо, принявшее вексель или сдѣлавшее надпись на немъ, также должно выдать вексель послѣ учиненія подписи, и только со времени этой выдачи подпись безповоротно связыва-

[1] «Журн. Мин. Юст.» 1911 г., кн. 9.
[2] Уставъ о векселяхъ, изд. 6, Пгр. 1913, стр. 61, п. 3.

етъ сдѣлавшаго ее. Вексельный уставъ не содержитъ прямого указанія на это положеніе, но оно съ необходимостью вытекаетъ изъ усвоеннаго имъ общаго начала, что какъ передаточная надпись, такъ и подпись принимателя могутъ быть прочеркнуты и уничтожены лицами, учинившими ихъ, пока они еще не выдали векселя (ст. 23 и 95 Уст. о векс.) [1].

3. Вексель вступаетъ въ силу лишь со времени выдачи его векселедержателю (Уст. о векс., ст. 15 и 16; рѣш. гр. касс. деп. 1908 г. № 65). Отсюда слѣдуетъ неизбѣжно, что и вексельный бланкъ можетъ служить достаточной основой для возникновенія въ будущемъ векселя только при условіи выдачи его лицомъ, подписавшимъ бланкъ (бланкодателемъ), первому пріобрѣтателю (рѣш. гр. касс. деп. по отд. 28. 2. 1909, № 2375). При этомъ бланкъ, какъ и вексель, можетъ быть выданъ, очевидно, нѣсколькимъ пріобрѣтателямъ. Время выдачи опредѣляетъ моментъ, когда вексельный бланкъ получаетъ характеръ цѣнной бумаги; съ этого времени на бланкъ устанавливаются и могутъ вновь возникать вещныя права: право собственности (Уст. о векс., ст. 17) и владѣніе (ст. 16). По времени выдачи должна обсуждаться также векселеспособность бланкодателя (ср. рѣш. гр. касс. деп. 1875 г. № 669 и 1904 г. № 53). Пр. Сенатъ въ рѣш. 1913 г. № 32 допустилъ въ этомъ отношеніи крайнюю неточность въ терминологіи. На разрѣшеніе Сената былъ поставленъ вопросъ: не противорѣчитъ ли закону допросъ свидѣтелей въ разъясненіе времени выдачи бланка векселя? Отвѣтъ же формулированъ такъ: нѣтъ препятствій (когда доказано, что вексель былъ выданъ въ видѣ бланка) къ допущенію допроса свидѣтелей въ удостовѣреніе времени подписанія бланка. Время подписанія не только бланка, но даже векселя само по себѣ не имѣетъ юридическаго значенія, такъ какъ до его выдачи документъ не вступаетъ въ силу вексельнаго права. Само собой разумѣется при этомъ, что выдача и по отношенію къ бланку должна почитаться совершенной при наличности условій для пріобрѣтенія собственности путемъ передачи—traditio (animus dominii transferendi и animus dominii accipiendi). Слѣдовательно и въ данномъ случаѣ была бы достаточной передача бланка первому пріобрѣтателю въ запечатанномъ пакетѣ, хотя бы адресатъ принялъ послѣдній, не зная о его содержаніи въ моментъ передачи (гр. касс. деп. 1900 г., № 80).

4. Выдача бланка, какъ и выдача векселя, является вещнымъ договоромъ (traditio). Но, въ отличіе отъ выдачи векселя, вещный договоръ выдачи бланка необходимо осложняется заключеніемъ дополнительнаго обязательственнаго договора, который всего удобнѣе обозначать какъ «договоръ о заполненіи» (Ausfüllungsvertrag, contratto di riem-

---

[1] Въ этомъ отношеніи германскій вексельный уставъ, признающій, что акцептантъ не можетъ перечеркнуть и тѣмъ отмѣнить учиненную имъ однажды подпись, даже если онъ еще не выдалъ векселя векселедержателю (Wechselordnung, § 21; *Stranz*, Staubs Kommentar z. Wechselordnung, прим. 9 къ ст. 21), представляетъ гораздо большія трудности для признанія дѣйствительности бланко-акцепта. Трудность эту приходится устранять, исходя изъ теоріи акцепта, какъ односторонняго акта.

pimento). Содержаніе этого договора сводится къ тому, что бланкодатель предоставляетъ лицу, получившему бланкъ, по собственному праву и въ своемъ интересѣ, заполнить на извѣстныхъ условіяхъ недостающіе въ бланкѣ реквизиты и обратить такимъ образомъ бланкъ въ вексельное обязательство (рѣш. Общ. Собр. 4, 5 и Меж. деп. 1880—1881 г. № 109; рѣш. гр. касс. деп. 1892 г. № 15 и 1906 г. № 5).

Договоръ о заполненіи бланка, вмѣстѣ съ тѣмъ, рѣзко отграничиваетъ выдачу вексельнаго бланка отъ тѣхъ случаевъ, когда векселедатель уполномочиваетъ другое лицо довѣренностью на заполненіе пробѣловъ, оставленныхъ въ векселѣ, еще не выданномъ. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ пробѣлы, съ юридической точки зрѣнія, восполняются не векселедержателемъ, а самимъ векселедателемъ, въ его интересахъ.

III.

Каково *юридическое значеніе вексельнаго бланка* при наличности перечисленныхъ выше четырехъ условій въ періодъ между выдачею его и превращеніемъ въ вексель путемъ заполненія?

Законъ характеризуетъ незаполненный вексельный бланкъ только съ отрицательной стороны, указывая въ ст. 14, что таковой не имѣетъ вексельной силы. Поэтому невозможенъ протестъ такого бланка, нѣтъ регресса по отношенію къ надписателямъ и т. д. (рѣш. гр. касс. деп. 1899 г. № 75). Въ рѣш. 1913 г. № 32 сенатъ прибавляетъ, что такой бланкъ вообще не имѣетъ силы обязательства. Это выраженіе, однако, не совсѣмъ точно даже съ точки зрѣнія сената. Не будучи, въ отличіе отъ векселя, самостоятельнымъ (формально-абстрактнымъ) обязательствомъ, незаполненный еще бланкъ все же служитъ доказательствомъ существованія между сторонами долговыхъ отношеній; но бланкодержатель, предъявляя свое требованіе, долженъ доказать полученіе отвѣтчикомъ валюты (см. гр. касс. рѣш. 1874 г., № 860; ср. рѣш. по отд. 20 дек. 1910 г., № 12871), говоря иначе, онъ долженъ при субстанціированіи иска указать составъ основной сдѣлки и доказать его.

Незаполненный вексельный бланкъ имѣетъ также извѣстное положительное значеніе. Пр. Сенатъ въ своихъ рѣшеніяхъ ограничивается тѣмъ, что признаетъ его «имущественной цѣнностью» (рѣш. 1885 г. № 67) или особымъ видомъ «долгового имущества» (рѣш. 1892 г. № 15).

Такъ какъ это долговое имущество воплощено въ документѣ и можетъ быть реализовано только держателемъ документа, то мы, очевидно, имѣемъ дѣло съ цѣнною бумагою [1].

---

[1] Нѣсколько нѣмецкихъ изслѣдователей полагаютъ, что на ряду съ признанными тремя категоріями цѣнныхъ бумагъ—именными, приказными и на предъявителя—необходимо выдѣлить четвертую самостоятельную категорію—бланковыхъ цѣнныхъ бумагъ — Blanko - Papiere. Предложеніе это исходитъ отъ такого авторитетнаго коммерсіалиста, какъ Goldschmidt. Но оно сдѣлано имъ попутно, безъ достаточной мотивировки, при изложеніи исторіи цѣнныхъ бумагъ (*Goldschmidt,* Universal-

Характеромъ незаполненнаго вексельнаго бланка, какъ цѣнной бумаги особаго рода, удовлетворительно объясняются тѣ юридическія отношенія, которыя могутъ возникнутъ въ связи съ нимъ [1]. Въ частности слѣдуетъ оговорить нѣкоторыя, вытекающія отсюда послѣдствія.

1. Выдача вексельнаго бланка связываетъ бланкодателя безповоротно. Лицо, коему выданъ бланкъ, и его правопреемники пріобрѣтаютъ самостоятельное имущественное право, не зависящее въ дальнѣйшемъ отъ произвола бланкодателя. Этимъ, прежде всего, положеніе держателя бланка отличается отъ положенія повѣреннаго. Право перваго на заполненія бланка не можетъ быть ни отмѣнено, ни измѣнено бланкодателемъ, тогда какъ полномочія второго могутъ быть отмѣнены во всякое время (Гр. касс. деп. 1885 г., № 67; по отд. 1912 г. 7 апр., по д. Апсе).

2. Въ качествѣ цѣнной бумаги вексельный бланкъ можетъ быть предметомъ не только обязательственныхъ, но и всякаго рода вещныхъ правъ. Искъ объ изъятіи его у незаконнаго владѣльца является виндикаціоннымъ искомъ.

Невозвращеніе вексельнаго бланка послѣ отпаденія основанія для выдачи его равносильно причиненію бланкодателю убытка въ размѣрѣ той высшей суммы, которая могла быть включена въ бланкъ, соразмѣрно съ суммою гербоваго сбора. Сенатъ нашелъ даже, что

> „подписанные кѣмъ-либо бланки имѣютъ то же значеніе и ту же стоимость, что и векселя на соотвѣтствующую сумму, почему указаніе просителя на преждевременность къ нему сего иска, когда къ истцу никто не предъявилъ требованія по выдаваемымъ имъ векселямъ, не можетъ заслуживать уваженія“ (рѣш. гр. касс. деп. по отдѣл. 22 янв. 1913 г. № 456).

3. Вексельный бланкъ безспорно переходитъ въ составѣ наслѣдства къ наслѣдникамъ лица, получившаго его (рѣш. гр. касс. деп. 1892 г. № 15). Сомнѣніе вызываетъ лишь вопросъ о переходѣ бланка въ порядкѣ сингулярной сукцессіи, въ частности путемъ передаточной надписи. На нашъ взглядъ, однако, нѣтъ основаній полагать, что имущественное право, воплощенное въ бланкѣ, не можетъ быть передаваемо.

Передаваемость вексельнаго бланка признается рѣшительно всѣми системами права, которыя вообще признаютъ юридическую силу за вексельнымъ бланкомъ. Комментаторъ германскаго вексельнаго устава *Штаубъ* прямо говоритъ: «тотъ же обычай, который санкціонировалъ вексельный бланкъ, разсматриваетъ его какъ оборотную бумагу (Zirku-

---

geschichte des Handelsrechts. Lief. 1, Stuttgart. 1891, стр. 391 и 397, прим. 42). Оно принято также нѣкоторыми другими коммерціалистами, напр., *Гарейсомъ* (Handelsrecht, изд. 1899 г., § 70). Съ своей стороны мы не можемъ согласиться съ необходимостью выдѣлить бланковыя бумаги въ особую категорію въ виду того, что нѣкоторыя изъ нихъ являются таковыми лишь въ переходномъ состояніи, а остальныя по своей юридической природѣ не отличаются существенно отъ бумагъ на предъявителя.

[1] Этимъ характеромъ объясняетъ конструкцію вексельнаго бланка уже *Oertzen* въ цит. статьѣ. Но этотъ авторъ связываетъ ее съ ошибочной, для русскаго права совершенно непріемлемой, «креаціонной» теоріей возникновенія цѣнныхъ бумагъ.

lationspapier), которая передается такимъ же путемъ, какъ и вексель на основаніи бланковой надписи» [1]. Для австрійскаго права вопросъ, этотъ разрѣшенъ въ положительномъ смыслѣ разъясненіемъ министра юстиціи 6 окт. 1853 г. (Reichsgesetzblatt, № 200) [2]. Съ точки зрѣнія англійскаго права *Chalmers* опредѣляетъ незаполненный вексельный бланкъ какъ «a transferable authority to create a bill» [3].

Косвенно и наша судебная практика неоднократно признавала допустимость передачи вексельнаго бланка ужедо заполненія его. Такъ, въ рѣшеніи 1892 г., № 15, Сенатъ мотивируетъ возможность перехода правъ по вексельному бланку къ наслѣдникамъ бланкополучателя, между прочимъ, ссылкою на ст. 418 Зак. Гражд., и признаетъ, слѣдовательно, бланкъ движимымъ имуществомъ, вообще подлежащимъ переходу отъ одного обладателя къ другому. Затѣмъ Сенатъ коснулся этого вопроса въ двухъ департаментскихъ рѣшеніяхъ, которыя, однако, оба не были помѣщены въ сборникѣ: отъ 23 февр. 1911 г. по д. Якобьяна и Баумана и 27 февр. 1913 г. по д. Фельдмана съ Файнштейномъ. П. 3 резолюціи по второмъ дѣлу гласилъ, что

> «подписанный бланкъ вексельной бумаги лишенъ вексельной силы и учиненныя на такомъ бланкѣ подписи и надписи не имѣютъ вексельной силы, въ виду чего представляется недопустимою по закону и передача вексельнаго бланка по надписямъ» [4].

Съ этимъ выводомъ можно согласиться только въ части. Дѣйствительно, надпись на бланкѣ не устанавливаетъ отвѣтственности надписателя по обороту. Это послѣдствіе, такъ назыв. Garantieeffect, свойственно только вексельной надписи и приравненнымъ къ ней случаямъ, напр. надписи на закладномъ свидѣтельствѣ товарнаго склада (Уст. торг., ст. 789 и 804). Предполагаться такая отвѣтственность не можетъ.

Но отсюда невозможно дѣлать дальнѣйшаго вывода Сената, будто вообще недопустимъ переходъ такого бланка по передаточной надписи. Передаточная надпись не есть особенность «вексельнаго порядка». Въ форму передочной надписи облекается даже обще-гражданская цессія (Зак. Гражд., ст. 2059). Правда, эта послѣдняя необходимо должна быть полной, т.-е. именной надписью (гражд. касс. деп. 1871 г. № 192, 1874 г. № 14 и 1875 г. № 361). Но, какъ было указано выше, вексельный бланкъ уже до заполненія его является цѣнною бумагой, а не только гражданскимъ обязательствомъ; по отношенію къ нему торговый обычай установилъ допустимость упрощенной—т.-е. бланковой передаточной надписи. Вопреки господствующему мнѣнію и нѣкоторымъ рѣшеніямъ Сената, эта послѣдняя форма не присуща исключительно векселю; въ ст. 1674[1] Зак. Гражд. прямо оговорено, что «получившій ссуду... другія

---

[1] *Stranz*, Staubs Kommentar z. Wechselordnung, 8 Aufl. (1912) стр. 49. Ср. *Grünhut*, Wechselrecht, I (1897), стр 445. *Lehmann*, Lehrbuch des Handelsrechts (1908) стр. 627.

[2] *Adler*, Das Oesterreichische Wechselrecht (1904), стр. 28.

[3] Bills of Exchange, 7 ed. (1909), стр. 56.

[4] *Пеньковскій и Штакельбергъ*. Кассаціонная практика. Пгр. 1915. Бар. *Нолькенъ*, Уставъ о векселяхъ, изд. 6. Петроградъ. 1913, стр. 464.

же акціи передаетъ по бланковымъ надписямъ». Бланковая надпись вообще свойственна цѣннымъ бумагамъ.

Въ русской юридической литературѣ особенно настойчиво возражаетъ противъ допустимости передачи бланковъ по надписямъ *бар. Нолькенъ* [1]. Онъ основываетъ свой взглядъ исключительно на томъ соображеніи, что «бланкъ не имѣетъ силы векселя», пока онъ не заполненъ. Такой доводъ бьетъ значительно дальше цѣли по причинамъ, аналогичнымъ тѣмъ, которыя указаны выше по поводу возраженій того же автора противъ возможности выдачи бланка надписателемъ. «Бланкъ не имѣетъ силы векселя» не только по отношенію къ надписи, но и по отношенію къ подписи его. Если, тѣмъ не менѣе, послѣдняя, какъ для бланкодателя, такъ и для бланкопринимателя (при бланко-акцептѣ), по заполненіи бланка превращается въ вексельную подпись, то почему нельзя признать того же относительно передаточной надписи? Если же невозможно послѣднее, то невозможно и первое.

Торговый обычай у насъ, какъ на Западѣ, во всякомъ случаѣ не только допускаетъ выдачу бланковъ, но и признаетъ возможность передачи ихъ по бланковымъ надписямъ. Требованіе, чтобы передаточная надпись всегда была полной, именной, было бы, къ тому же, нецѣлесообразно, такъ какъ бланковая надпись всегда и впослѣдствіи можетъ быть превращена въ именную (Уст. векс., ст. 20).

Форма передачи бланка опредѣляется характеромъ передаваемаго документа. Если въ самомъ бланкѣ уже обозначено имя векселепріобрѣтателя, то передача возможна только въ видѣ передаточной надписи отъ имени перваго векселепріобрѣтателя. Если же послѣдній въ бланкѣ еще не указанъ, то документъ можетъ переходить путемъ простой передачи, подобно бумагѣ на предъявителя [2] или векселю, снабженному бланковой надписью.

Но и въ этомъ случаѣ законный держатель бланка не можетъ быть лишенъ права сдѣлать на документѣ передаточную надпись [3].

Юридическая конструкція передаточной надписи на незаполненномъ бланкѣ представляется спорной. Ее нельзя разсматривать какъ простую цессію. Цессія, уступка требованія является случаемъ сингулярнаго преемства въ требованіе. Послѣднее полностью, со всѣми преимуществами (кромѣ строго личныхъ), но и со всѣми своими дефектами переходитъ къ новому кредитору. При этихъ условіяхъ права послѣдняго по отношенію къ должнику не становятся самостоятельными, независимыми отъ праводателя. Между тѣмъ, при передачѣ вексельнаго бланка, предназначеннаго стать векселемъ, цѣль передачи заключается именно въ

---

[1] См. *Бар. Нолькенъ,* Уставъ о векселяхъ, изд. 6. П. 1913 г., стр. 61.

[2] Необходимо имѣть въ виду, однако, что бланкъ, въ коемъ не означенъ векселедержатель, отнюдь не является бумагою на предъявителя, такъ какъ требованіе по такому бланку можетъ быть предъявлено не всякимъ держателемъ его, а только тѣмъ, чье имя будетъ вписано въ текстъ.

[3] *Hannig,* Blanco - Accept, стр. 57: «Es ist allgemein anerkannt, dass die Uebertragung auch durch Uebergabe des Blanketts mit einem Giro erfolgen kann». Ср. *Oertzen,* ук. статья, стр. 175; *Grünhut,* т. I, стр. 445, прим. 6.

томъ, чтобы поставить новаго кредитора въ непосредственныя отношенія къ должнику, минуя отношенія послѣдняго къ прежнему кредитору. Послѣдній прямо уполномочиваетъ бланкопріобрѣтателя заполнить бланкъ и тѣмъ стать прямымъ, непосредственнымъ, первымъ кредиторомъ бланкодателя. Эта черта ясно свидѣтельствуетъ, что тутъ мы имѣемъ дѣло съ общимъ типомъ передаточной надписи на цѣнныхъ бумагахъ, напр., на акціяхъ, т.-е. съ однимъ изъ современныхъ видовъ делегаціи или двойного уполномочія: должникъ уполномочивается уплатить должную имъ сумму за счетъ прежняго кредитора, а новый кредиторъ — получить ее за счетъ того же прежняго кредитора [1].

Делегація правъ на вексельный бланкъ неизбѣжно сопряжена, притомъ, съ переуступкою правъ изъ «договора о заполненіи» этого бланка: первыя безъ вторыхъ не имѣли бы для пріобрѣтателя никакой цѣнности и наоборотъ. Поэтому передача бланка можетъ быть совершена только съ указаніемъ на основаніе (causa) его выдачи и совмѣстно съ передачею правъ изъ этого основанія. Въ виду этого, въ данномъ случаѣ делегація съ необходимостью является не простой или абстрактной, а титулированной. Это означаетъ, что делегантъ делегируетъ только то именно, что делегатъ долженъ ему (quidquid... dare facere oportet),—типъ делегаціи, который преобладалъ въ классическомъ римскомъ правѣ [2].

При этомъ типѣ делегаціи делегатъ можетъ предъявлять противъ делегатарія только тѣ возраженія, которыя вытекаютъ изъ прежняго правоотношенія его къ делеганту т.-е. изъ causa выдачи бланка, т. к. содержаніе обязательства не мѣняется. Все же это не цессія, при которой debitor cessus можетъ ссылаться противъ цессіонарія вообще на всѣ возраженія, которыя были обоснованы противъ цедента до времени увѣдомленія о цессіи (denuntiatio), хотя бы они вытекали изъ другихъ правоотношеній, напр., можетъ предъявить exceptio compensationis.

Отсюда слѣдуетъ, что бланкодатель сохраняетъ право спорить противъ нарушенія договора о заполненіи бланка, допущеннаго не только первоначальнымъ бланкопринимателемъ, но и кѣмъ-либо изъ послѣдующихъ бланкодержателей, притомъ не только недобросовѣстно, но и добросовѣстно, по заблужденію нарушившихъ договоръ о заполненіи [3]. Выражая это положеніе въ терминахъ вексельнаго права, можно сказать, что всякій, на чье имя заполненъ бланкъ, занимаетъ, съ точки зрѣнія ст. 33 Уст. о векс., положеніе перваго векселепріобрѣтателя и связанъ съ должникомъ непосредственными отношеніями.

---

[1] Конструкцію вексельнаго индоссамента, какъ римско-правовой делегаціи, встрѣчавшуюся уже у коммерціалистовъ XVI и XVII стол. (ср. *Schaps*, Zur Geschichte d. Wechselindossaments), возродилъ *Thaller*, De la nature juridique du titre de crédit. Paris. 1907 (оттискъ изъ: «Annales de droit commercial», 1906—1907). Эта конструкція была затѣмъ усвоена рядомъ французскихъ юристовъ и, въ частности, примѣнена весьма удачно къ уясненію природы передаточной надписи на акціяхъ. Ср. *Pic*, Des sociétés commerciales. T. II Paris. 1914. § 741.

[2] *Sohm*, Institutionen, 14 изд. 1911 г., стр. 524. *Дернбургъ*, Обязательственное право (Пандекты, ч. III), 3 изд. Вормса и Вульферта, 1911 г. § 59, пр. 9.

[3] См. *Hacman*, ук. соч., стр. 108, и *Hannig*, ук. соч., стр. 87.

4. Разъ вексельный бланкъ представляетъ собой имущественную цѣнность, то кредиторы бланкодержателя не могутъ быть лишены также права обратить взысканіе на бланкъ какъ на цѣнную бумагу. Дѣйствительная цѣнность бланка можетъ быть опредѣлена при этомъ на основаніи той causa, по поводу которой онъ выданъ. Далѣе, выдача его можетъ быть оспорена, какъ совершонная во вредъ кредиторамъ [1].

5. Такъ какъ имущественное право, предоставляемое лицу, коему выданъ бланкъ, воплощено въ цѣнной бумагѣ, то съ гибелью послѣдней, какъ и при утратѣ векселя, уничтожается самое право (рѣш. гр. касс. деп. 1899 г. № 75). Отсюда Пр. Сенатъ дѣлаетъ правильный выводъ, что правила, установленныя на случай утраты векселя, примѣнимы также и при утратѣ вексельныхъ бланковъ. Выводъ этотъ сдѣланъ Пр. Сенатомъ въ рѣш. 1887 г. № 90 и 1899 г. № 75 на почвѣ стараго вексельнаго устава (ст. 641—643 по изд. 1857 г. и ст. 99 по изд. 1893 г.). Казалось бы, однако, что положеніе это примѣнимо и по отношенію къ ст. 78—81 уст. о векс. изд. 1903. Правда, платежа по бланку послѣдовать еще не можетъ; но возможно пріостановить платежъ на случай заполненія бланка послѣ его утраты; возможенъ также искъ о востребованіи утраченнаго вексельнаго бланка [2].

До заполненія вексельный бланкъ все же остается цѣнною бумагой съ неопредѣленнымъ содержаніемъ. Вещныя права на этотъ документъ уже установились, но обязательственныя права изъ этого документа выясняются лишь по заполненіи его согласно съ содержаніемъ договора о заполненіи.

IV.

Наибольшій интересъ и наибольшія трудности возбуждаетъ вопросъ о юридической природѣ, а затѣмъ о порядкѣ перехода и исполненія «*договора о заполненіи*», который заключается при выдачѣ бланка между бланкодателемъ и бланкопринимателемъ.

Содержаніе этого договора сводится къ опредѣленію тѣхъ условій, на которыхъ держатель бланка можетъ заполнить въ немъ пробѣлы. Условія эти могутъ быть опредѣлены болѣе или менѣе точно въ зависимости отъ степени довѣрія бланкодателя къ бланкопринимателю, отъ того, какіе реквизиты векселя остались незаполненными и т. д. Ни въ какомъ случаѣ, однако, нельзя характеризовать содержаніе этого договора такъ, какъ это дѣлаетъ Сенатъ въ рѣш. 1906 г., № 5, говоря,

> „что векседатель, выдавая бланкъ, тѣмъ самымъ предоставляетъ векселедержателю право восполнить этотъ бланкъ какъ въ суммѣ, не свыше только цѣны вексельной бумаги, такъ и въ моментъ, равно и на срокъ, вполнѣ по его усмотрѣнію“.

На дѣлѣ стороны при выдачѣ бланка исходятъ изъ предположенія, что бланкъ подлежитъ заполненію не какимъ-либо произвольнымъ со-

---

[1] Ср. рѣш. Oberlandesgericht Dresden.—Seuffert's Archiv f. Entscheidungen der obersten Gerichte. B. 47. 1892, № 197.

[2] *Vivante*, Trattato di diritto commerciale, v. III, § 1321.

держаніемъ, а лишь соотвѣтствующимъ объективнымъ даннымъ, какъ онѣ выяснятся впослѣдствіи въ связи съ тѣмъ каузальнымъ отношеніемъ, на основаніи коего выданъ самый бланкъ. Это положеніе относится въ особенности къ опредѣленію вексельной суммы. Сверхъ того, въ этомъ отношеніи не только наша судебная практика, но и англійскій законъ и практика другихъ западно-европейскихъ странъ установили начало, что бланкъ не можетъ быть заполненъ на сумму, не соотвѣтствующую по своимъ размѣрамъ гербовому сбору, оплаченному при выдачѣ бланка.

Договоръ о заполненіи не входитъ въ составъ самого вексельнаго отношенія, а стоитъ наряду съ нимъ, это—сдѣлка общаго гражданскаго права, неразрывно связанная съ основаніемъ (causa) выдачи векселя, точнѣе—составляющая часть самого каузальнаго отношенія. Въ виду этого представляются совершенно правильными неоднократныя указанія Сената, что этотъ договоръ долженъ обсуждаться на основаніи ст. 569, 570 и 1528 Зак. Гражд. (рѣш. 1892 г., № 15). Слѣдовательно, договоръ этотъ долженъ быть признанъ дѣйствительнымъ, поскольку онъ не заключаетъ въ себѣ ничего противнаго общимъ законамъ. Этимъ соображеніемъ устраняется опасеніе, высказываемое нѣкоторыми авторами, относительно выдачи вексельныхъ бланковъ въ обходъ запрета выдавать векселя по игрѣ и т. п. [1].

Чрезвычайно спорна юридическая природа «договора о заполненіи» бланка.

а) Первоначально господствовалъ взглядъ, что договоръ этотъ сводится къ договору порученія (Mandatstheorie) [2], по которому бланкодатель поручаетъ бланкодержателю или его преемнику надлежащимъ образомъ заполнить бланкъ. Однако, неправильность этой теоріи бросается въ глаза даже при бѣгломъ анализѣ ея. Договоръ порученія обязываетъ исполнить порученіе; нормальнымъ образомъ онъ долженъ быть выполненъ лично; повѣренный обязанъ выдать все полученное вслѣдствіе исполненія порученія; порученіе можетъ быть отмѣнено; договоръ порученія прекращается утратою дѣеспособности и смертью довѣрителя. Ни одно изъ этихъ положеній не примѣнимо къ договору о заполненіи вексельнаго бланка. Независимо отъ этого такое порученіе было бы недѣйствительно, какъ mandatum tua gratia.

b) Немногимъ прочнѣе стоитъ вторая теорія, выросшая на почвѣ первой—Vollmachtstheorie, которую понынѣ отстаиваютъ, напр., *Siegel* [3].

---

[1] *Lyon-Caen et Renault,* Traité de droit commercial, 4 éd., t. IV. Paris. 1907. § 782.

[2] Этой теоріи долго держались высшіе германскіе суды. Мы не останавливаемся на другихъ теоріяхъ, пытающихся объяснить природу «договора о заполненіи», въ виду ихъ искусственности и небольшого числа ихъ сторонниковъ. Это во-первыхъ, такъ наз. Offertentheorie. Ее отстаивалъ высшій имперскій торговый судъ (Reichsoberhandelsgericht), а нынѣ *Mansfeld* въ статьѣ въ Leipziger Zeitschrift за 1909 г. (стр. 183): бланкополучатель какъ бы дѣлаетъ оферту in incertam personam, которую затѣмъ послѣдовательно могутъ принять разныя лица. Слабая сторона этой, вообще крайне искусственной теоріи, составляетъ возможность взять обратно оферту, что недопустимо по отношенію къ бланку.

[3] *Siegel,* Die Blanketterklärung. 1908.

Помимо возраженій, отмѣченныхъ по поводу первой теоріи, главное соображеніе противъ приравненія договора о заполненіи къ выдачѣ довѣренности, заключается въ томъ, что бланкодатель отвѣчаетъ передъ добросовѣстными третьими пріобрѣтателями заполненнаго бланка даже въ случаѣ превышенія такого предполагаемаго полномочія. Русское право къ тому же не знаетъ неотъемлемой довѣренности, извѣстной, правда, германскому праву [1].

c) Тѣмъ не менѣе эта теорія намѣчаетъ путь къ правильной конструкціи. Необходимо лишь замѣнить представленіе о довѣренности, т.-е. объ актѣ, обязывающемъ дѣйствовать отъ имени и, большею частью, за счетъ довѣрителя, конструкціей отношенія какъ *уполномочія*—Ermächtigung—,которая даетъ возможность обязывать уполномочивающаго юридическимъ дѣйствіемъ, совершоннымъ уполномоченнымъ отъ своего имени и подчасъ даже въ своемъ интересѣ [2]. Примѣромъ такого уполномочія служитъ прежде всего договоръ комиссіи, на основаніи коего комиссіонеръ, заключая отъ своего имени сдѣлку съ третьимъ лицомъ, распоряжается имуществомъ комиттента. Точно такъ же лицо, уполномоченное своимъ кредиторомъ уплатить долгъ не ему, а третьему лицу, совершаетъ сдѣлку съ этимъ третьимъ лицомъ отъ своего имени, но погашаетъ долгъ своего кредитора (ср. банковый переводъ) [3]. Въ области вексельнаго права близкую аналогію представляютъ два случая: уполномочіе по препоручительной надписи, на основаніи коей уполномоченный можетъ взыскивать по векселю не только отъ имени препоручителя, но и отъ своего имени, и, затѣмъ, уполномочіе всякаго держателя векселя, снабженнаго бланковой надписью, обратить эту надпись въ именную обозначеніемъ слѣдующаго пріобрѣтателя (ст. 20). Въ этомъ послѣднемъ случаѣ векселедержатель также отъ себя «приписываетъ» текстъ къ чужой подписи.

Помимо того, что уполномоченный въ этомъ случаѣ можетъ дѣйствовать отъ своего имени и въ своихъ интересахъ, заполнять бланкъ какъ на свое имя, такъ и на имя своего праводателя, или даже на имя третьяго лица, уполномочіе характеризуется еще тѣмъ, что оно не прекращается смертью уполномочившаго или утратою имъ дѣеспособности, и въ извѣст-

---

[1] *V. Tuhr,* Die unwiderrufliche Vollmacht. Tübingen. 1908. Самъ Туръ конструируетъ бланки общегражданскаго права по аналогіи съ довѣренностью, но бланки общаго права во многомъ отличаются отъ вексельныхъ бланковъ.

[2] Необходимость послѣдовательно отграничить понятіе Ermächtigung отъ понятія Vollmacht сознана теоріей лишь недавно и это понятіе еще недостаточно разработано. Впервые она была высказана *Іерингомъ* въ статьѣ «Mitwirkung f. fremde Rechtsgeschäfte», помѣщенной имъ въ «Jahrbücher für Dogmatik» т. II, стр. 121. Затѣмъ она была развита *Регельсбергеромъ* (Pandekten, т. I. 1893 г., § 163) и нынѣ *Эннекцерусомъ* (Lehrbuch d. bürgerlichen Rechts, т. I, $^{6}/_{8}$ изд., 1911, § 175). Ср. *Schlossmann,* Stellvertretung, I (1900), § 27. Есть и голоса, протестующіе противъ выдѣленія этого понятія. По нашему убѣжденію, анализъ этого понятія необходимо связать съ римской конструкціей jussum.

[3] Ср. Проектъ Обязательств. права, ст. 628: «Плательщикъ освобождается отъ своего долга перевододателю въ размѣрѣ произведеннаго платежа». Это такъ называемая indirecte Leistung.

ныхъ случаяхъ можетъ быть неотъемлемо. Легко объяснить при этой конструкціи также связанность бланкодателя и въ случаѣ нарушенія бланкодержателемъ условій договора о заполненіи. Такъ, добросовѣстное третье лицо при заключеніи договора съ комиссіонеромъ пріобрѣтаетъ собственность на товаръ комиттента, хотя бы комиссіонеръ нарушилъ указанія комиттента. Стороною въ договорѣ является вѣдь только комиссіонеръ, дѣйствующій самостоятельно, отъ своего имени [1].

Характеристика договора о заполненіи, какъ договора, предоставляющаго бланкодержателю полномочіе по своему праву и въ своемъ интересѣ восполнить недостающіе реквизиты, еще не уясняетъ, однако, природы предмета или содержанія такого уполномочія.

Послѣднее относится къ категоріи субъективныхъ правъ, которую современная нѣмецкая юриспруденція опредѣляетъ какъ одинъ изъ видовъ вспомогательныхъ правъ, sekundäre Rechte. Цительманъ называетъ ихъ Rechte des Könnens, а Зекель — Gestaltungsrechte [2]. Эта категорія правъ характеризуется тѣмъ, что ими предоставляется правомочіе одностороннимъ юридическимъ дѣйствіемъ измѣнять юридическое положеніе другого субъекта, или, какъ выражается v. Tuhr, «die Befugnis, auf den Rechtszustand modifizierend einzuwirken» [3]. Число такихъ «правъ на измѣненіе юридическаго положенія» весьма значительно; но вмѣстѣ съ тѣмъ они настолько отличаются другъ отъ друга, что не могутъ быть объединены въ одну замкнутую категорію. По своей цѣли среди нихъ можно различать права на установленіе правъ, напр., право выкупа, право преимущественной покупки, затѣмъ права на измѣненіе правъ, напр., право на предупрежденіе о досрочномъ исполненіи обязательства, право выбора при альтернативномъ обязательствѣ и т. п., и, наконецъ, права на прекращеніе правоотношенія, напр., путемъ заявленія о зачетѣ, путемъ заявленія требованія о разводѣ и т. п. [4].

Правомочіе, предоставляемое договорамъ о заполненіи бланка, несомнѣнно относится къ разряду правъ на установленіе правоотношеній. Заполняя бланкъ, держатель его одностороннимъ дѣйствіемъ создаетъ

---

[1] Не составляетъ препятствія къ принятію такой конструкціи и то обстоятельство, что уполномоченный совершаетъ актъ, которымъ онъ обязываетъ уполномочившаго его по отношенію къ самому себѣ, т.-е. такое дѣйствіе, которое римляне называли secum pensare, а германскіе юристы—Selbstkontrahieren. Въ отличіе отъ общаго гражданскаго права, въ области вексельнаго права это разрѣшается даже представителю, какъ то призналъ и сенатъ въ рѣшеніи гражд. касс. деп. 1903 г., № 123, въ отступленіе отъ прежняго своего взгляда, выраженнаго въ рѣш. 1899 г., № 16.

[2] *Zitelmann,* Internationales Privatrecht, B. I. Leipzig. 1897, стр. 43. *Seckel* въ Festgabe der Jur. Ges. zu Berlin f. Koch. 1903, стр. 205 сл. Ср. *Sohm,* Gegenstand. 1910.

[3] *V. Tuhr,* Allgemeiner Teil d. bürgerlichen Rechts. B. I. 1910, стр. 161 сл.

[4] Вопросъ о томъ, относятся ли къ этой категоріи правъ тѣ правомочія, которыя осуществляются не путемъ односторонняго юридическаго дѣйствія, а путемъ иска или вообще процессуальнаго дѣйствія, представляется спорнымъ. Сомнѣніе возбуждаетъ также вопросъ о характерѣ правъ, которыя осуществляются путемъ заявленія административной власти, напр., право на полученіе патента на изобрѣтеніе. См. по поводу этихъ вопросовъ статью *Зекеля.*

обязательство бланкодателя. Ближайшую аналогію представляетъ право лица, которому сдѣлана оферта къ заключенію договора, если такая оферта не отмѣнима: адресатъ такой оферты можетъ своимъ волеизъявленіемъ завершить возникновеніе договора. Эта аналогія и послужила основаніемъ къ такъ наз. Offertentheorie (см. выше) [1].

Характеръ права, вытекающаго изъ договора о заполненіи, какъ особаго вида уполномочія, предметомъ коего является право на измѣненіе правоотношеній бланкодателя, не препятствуетъ возможности не только перехода этихъ правъ по наслѣдству, но и передачи ихъ по сдѣлкамъ, развѣ бы по особымъ фактическимъ обстоятельствамъ даннаго случая можно было установить, что соотвѣтствующее полномочіе предоставлено безъ права передачи. Такой случай можетъ встрѣтиться, когда первая подпись на бланкѣ сдѣлана поручителемъ. — Самая передача, какъ уже было указано выше, представляетъ собой, однако, не цессію, а титулированную делегацію, такъ какъ бланкодатель можетъ приводить противъ послѣдующаго бланкодержателя, заполнившаго бланкъ несогласно съ договоромъ о заполненіи, только тѣ возраженія, которыя основаны на договорѣ о заполненіи, но не какія-либо иныя, хотя бы они были обоснованы противъ бланкополучателя еще до передачи бланка.

V.

Въ полномъ согласіи съ изложенной выше юридической конструкціей договора о заполненіи стоятъ отдѣльныя положенія, опредѣляющія *порядокъ осуществленія правъ изъ договора о заполненіи.*

1. Бланкодателемъ можетъ быть только лицо векселеспособное въ моментъ выдачи бланка (см. выше). Смерть бланкодателя не служитъ препятствіемъ къ заполненію бланка.

2. Субъектомъ права на заполненіе является прежде всего первый бланкодержатель. Осуществленіе этого правомочія онъ можетъ, конечно, передать представителю. Если онъ лишенъ дѣеспособности, его замѣняетъ опекунъ. Наконецъ, при объявленіи его несостоятельнымъ должникомъ право на заполненіе, какъ чисто имущественное право, должно войти въ составъ конкурсной массы; вексельный бланкъ можетъ быть заполненъ въ этомъ случаѣ конкурснымъ управленіемъ [2].

Въ случаѣ смерти бланкополучателя, право на заполненіе переходитъ въ составѣ наслѣдства къ наслѣдникамъ перваго получателя. Это категорически признано Пр. Сенатомъ въ рѣш. гр. касс. деп. 1892 г.,

---

[1] Въ римскомъ правѣ оферта всегда была отмѣнима. Въ современномъ германскомъ правѣ оферта по общему правилу не отмѣнима (ст. 145 Герм. гр. ул.). На нашъ взглядъ, это послѣднее положеніе признается и русскимъ торговымъ правомъ. На аналогію въ положеніи адресата оферты съ положеніемъ уполномоченнаго указываютъ *Bekker,* System d. heutigen Pandektenrechts. B. II. Weimar. 1889, стр. 212; v. *Tuhr,* Allg. Teil d. bürg. Rechts, т. I, стр. 163.

[2] Это право признается за опекуномъ и конкурснымъ управленіемъ рядомъ рѣшеній германскихъ судовъ. Ср. Entsch. d. Reichsger. in Zivilsach., т. 8, стр. 56 и 58.

№ 15. Хотя оно постановлено на основаніи Уст. о векс., изд. 1893 г., но по своимъ мотивамъ оно вполнѣ сохраняетъ силу и при дѣйствіи новаго устава, какъ то признано въ рѣш. 1908 г. № 65 [1].

Въ виду возможности, какъ было указано выше, передавать бланкъ вмѣстѣ съ правомъ на его заполненіе по надписи или путемъ простой передачи, то правомъ на заполненіе долженъ пользоваться также послѣдующій добросовѣстный пріобрѣтатель бланка. Обстоятельство это, какъ мы видѣли, признается и Пр. Сенатомъ. Спорна лишь форма, въ въ которую должна быть облечена передача бланка.

3. Время заполненія опредѣляется содержаніемъ договора. Во всякомъ случаѣ бланкъ можетъ быть заполненъ какъ при жизни бланкодателя, такъ и послѣ его смерти [2]. По аналогіи съ этимъ возможно также заполнить бланкъ, выданный торговымъ товариществомъ, уже послѣ его прекращенія. Объявленіе бланкодателя несостоятельнымъ должникомъ также не можетъ служить препятствіемъ къ послѣдующему заполненію его бланка. Вообще оно возможно и послѣ утраты бланкодателемъ дѣеспособности, если только онъ еще былъ дѣеспособенъ во время выдачи бланка. Наконецъ, бланкъ, выданный представителемъ, дѣйствовавшимъ по надлежащему уполномочію, можетъ быть заполненъ послѣ лишенія его полномочій [3].—Всѣ эти положенія являются выводомъ изъ общаго правила, что вексель по заполненіи пріобрѣтаетъ вексельную силу какъ если бы онъ былъ заполненъ во время выдачи бланка.

Нѣтъ препятствій и къ тому, чтобы допустить сукцессивное заполненіе бланка, т.-е. дальнѣйшую передачу его послѣ того, какъ первый бланкополучатель заполнилъ часть недостающихъ реквизитовъ, а часть оставилъ незаполненной. Конечно, вексель возникнетъ лишь по окончательномъ заполненіи его.

4. Содержаніе, которымъ бланкъ можетъ быть заполненъ, опредѣляется содержаніемъ договора о заполненіи и тѣмъ основаніемъ (causa), въ связи съ которымъ выданъ бланкъ. Во всякомъ случаѣ не можетъ быть рѣчи о заполненіи бланка по произволу бланкодержателя.

Лишь относительно суммы, на которую бланкъ можетъ быть заполненъ, правило ст. 3 Уст. о векс. о томъ, что «вексель пишется на установленной гербовой бумагѣ», полагаетъ точный предѣлъ. Если бланкъ будетъ заполненъ суммой, не соотвѣтствующей разбору гербовой бумаги, то документъ вообще не будетъ имѣть вексельной силы [4].

Сомнѣніе возбуждаетъ вопросъ о томъ, кто можетъ быть обозначенъ первымъ векселепріобрѣтателемъ при заполненіи бланка. Обыкно-

---

[1] См. рѣш. гр. касс. деп. по отдѣленію отъ 22 дек. 1910 г. № 12248.

[2] Entsch. d. RG in Ziv., т. 33, стр. 44. Но гр. касс. деп. по отдѣленію въ рѣш. 3 дек. 1910 г. по д. Либера и др. № 7077, повидимому, склоняется къ тому, что вексельный бланкъ не можетъ быть заполненъ послѣ смерти бланкодателя, но въ подтвержденіе этой мысли онъ не приводитъ никакихъ соображеній. Ср. рѣш. также по отдѣл. 2 янв. 1910 г. № 293.

[3] Entsch. d. RG in Ziv., т. 11, стр 7.

[4] Рѣш. гр. касс. деп. 1885 г. № 67 и Суд. деп. 1896 г. № 593.

венно бланкополучатель обозначаетъ самого себя первымъ пріобрѣтателемъ. Нѣтъ, однако, никакихъ препятствій къ тому, чтобы указать въ качествѣ перваго пріобрѣтателя какое-либо другое лицо, если это не противорѣчитъ договору о заполненіи.—Наслѣдники перваго получателя бланка во всякомъ случаѣ могутъ заполнить бланкъ на имя своего наслѣдодателя [1], но несомнѣнно также и на свое имя. Это послѣднее положеніе вытекаетъ изъ признанной Сенатомъ возможности для лица, пріобрѣтшаго бланкъ по надписи перваго получателя, заполнить этотъ бланкъ на свое имя [2].

5. Прекращается право на заполненіе прежде всего его осуществленіемъ. Полномочіе, предоставляемое по договору о заполненіи, исчерпывается полностью восполненіемъ недостающихъ реквизитовъ векселя. Разъ они налицо, нѣтъ больше бланка, а имѣется только готовый вексель. Всякое же измѣненіе текста векселя является уже подлогомъ, хотя бы оно было сдѣлано тѣмъ же лицомъ, которое заполнило бланкъ [3].

Изъ природы бланка какъ цѣнной бумаги вытекаетъ, что съ утратою его гибнетъ и самое право на заполненіе.

Подлежитъ ли право на заполненіе дѣйствію давности? Если въ договорѣ о заполненіи указанъ крайній срокъ его, то съ наступленіемъ его прекращается самое право. Но если, какъ то бываетъ обыкновенно, договоръ этотъ безсрочный, то, на первый взглядъ, нѣтъ повода къ примѣненію исковой давности: послѣдняя начинаетъ течь лишь со времени нарушенія права, а заполненіе вексельнаго бланка надлежащимъ текстомъ не можетъ явиться таковымъ, хотя бы оно было совершено черезъ продолжительное время по полученіи бланка.

Въ виду этого Пр. Сенатъ въ рядѣ рѣшеній призналъ, что время выдачи вексельнаго бланка не можетъ имѣть никакого значенія для исчисленія давности по векселю.

Поэтому,

> „въ искахъ по такимъ векселямъ, выданнымъ первоначально должникомъ въ видѣ подписанныхъ бланковъ и затѣмъ уже впослѣдствіи восполненныхъ въ текстѣ, начало давности должно исчисляться не со дня выдачи бланка, а со времени наступленія срока платежа по векселю“ [4].

На этой же точкѣ зрѣнія стоитъ германское право [5]. Однако она ведетъ къ результатамъ явно неправильнымъ и во всякомъ случаѣ не соотвѣтствующимъ намѣренію сторонъ при заключеніи договора о заполненіи. Поэтому слѣдуетъ признать гораздо болѣе правильнымъ постановленіе англійскаго закона, что бланкъ можетъ быть заполненъ его

---

[1] Рѣш. гр. касс. деп. 1892 г. № 15; рѣш. по отдѣл. 22 дек. 1910 г. № 12248.
[2] Рѣш. по отдѣл. 23 февр. 1910 г. № 1658.
[3] Entsch. d. RG in Ziv., т. 53, стр. 262.
[4] Рѣш. гр. касс. деп. 1906 г. № 5 и 1898 г. № 48; рѣш. Суд. деп. 11 іюня 1909 г. № 1414 по д. Струковыхъ.
[5] *Stranz*, Staubs Kommentar, стр. 50.

держателемъ лишь въ теченіе соотвѣтствующаго, разумнаго (reasonable) срока. Съ пропускомъ этого срока прекращается и самое право [1], и заполненный послѣ этого вексель не получаетъ вексельной силы. Къ такому выводу необходимо придти и помимо спеціальнаго постановленія закона, на основаніи правильнаго толкованія воли сторонъ. Съ точки зрѣнія предложенной нами конструкціи договора о заполненіи какъ части основного отношенія, вопросъ рѣшается вполнѣ опредѣленно въ томъ смыслѣ, что право на заполненіе во всякомъ случаѣ погашается съ истеченіемъ давности для основной сдѣлки. Поэтому, нормально, бланкъ можетъ быть заполненъ только въ теченіе 10 лѣтъ со времени его выдачи. Этимъ положеніемъ нѣсколько смягчается опасность, создаваемая для бланкодателя доктриною Сената по этому вопросу.

6. Гарантіей бланкодателя противъ заполненія бланка несогласно съ условіями, установленными въ договорѣ о заполненіи, при затруднительности у насъ ссылокъ на свидѣтелей въ гражданскомъ процессѣ, являются, главнымъ образомъ, постановленія уголовнаго права. Неправильное заполненіе бланка со стороны перваго бланкополучателя или со стороны послѣдующаго недобросовѣстнаго пріобрѣтателя бланка предусматривается ст. 1694 Ул. о нак., которая караетъ того,

> „кто, пользуясь ввѣренною ему кѣмъ-либо бланковою подписью для написанія какого-либо акта, самовольно, вмѣсто онаго, напишетъ другой актъ убыточный или почему-либо вредный для ввѣрившаго бланкъ лица, или же присвоитъ себѣ и употребитъ для своей выгоды бланковую подпись“.

Въ извѣстныхъ случаяхъ злоупотребленіе вексельнымъ бланкомъ, напр., заполненіе его по прекращеніи правооснованій, въ силу которыхъ бланкъ былъ выданъ, или заполненіе бланка похищеннаго, заключаетъ въ себѣ признаки подлога и подлежитъ преслѣдованію по ст. 1160 Ул. о нак. [2]. Однако вписаніе въ бланкъ суммы, превышающей слѣдовавшую по договору, но соотвѣтствующей разбору гербовой бумаги, все же не подлежитъ уголовному преслѣдованію и составляетъ ненаказуемое злоупотребленіе довѣріемъ, оказаннымъ получателю лицомъ, выдавшимъ такой бланкъ [3].

VI.

По его заполненіи *бланкъ получаетъ силу векселя*. Выводъ этотъ, по первому впечатлѣнію, прямо вытекаетъ изъ ст. 14 Уст. о векс. Таковъ и господствующій взглядъ теоріи; такова же точка зрѣнія нашей судебной практики, поскольку она нашла себѣ выраженіе въ опубликованныхъ рѣшеніяхъ Сената. Такъ, въ рѣш. 1887 г. № 90 Сенатъ говоритъ:

> „нѣтъ основанія не признавать, что бланкъ, восполненный впослѣдствіи текстомъ, пріобрѣтаетъ значеніе векселя и подвергаетъ выдавшаго такой бланкъ всѣмъ послѣдствіямъ выдачи векселя“.

---

[1] *Chalmers*, Bills of exchange, стр. 53, прим. 7.
[2] Рѣш. уг. касс. деп. 1903 г. № 33 по д. Лернера.
[3] Рѣш. уг. касс. деп. 1900 г. № 26 по д. Соловьева.

Затѣмъ въ рѣш. 1898 г. № 48 Сенатъ признаетъ, что бланкъ, превращенный въ вексель, подчиняется общимъ правиламъ о давности, установленнымъ для векселей. Ср. также рѣш. 1908 г. № 65.

Тѣмъ не менѣе въ отдѣльныхъ случаяхъ судебная практика отступаетъ отъ этого взгляда, правда не мотивируя этого сколько-нибудь обстоятельно. Такъ, въ одномъ рѣшеніи по отдѣленію Сенатъ говоритъ:

„Соображеніе суда о томъ, что вексельный бланкъ воспринимаетъ силу векселя съ момента восполненія его, не можетъ быть признано правильнымъ, ибо по закону (ст. 15 Уст. о векс.) вексель воспринимаетъ свою силу лишь по врученіи его должникомъ кредитору; хотя же суду предоставлено право признавать и за выданнымъ бланкомъ, восполненнымъ впослѣдствіи текстомъ, силу векселя, но лишь при условіи, когда судъ установитъ существованіе между сторонами долговыхъ отношеній (рѣш. 1892 г. № 15)“ [1].

Подобное отрицательное отношеніе къ бланку высказываютъ и нѣкоторые представители теоріи, напр., проф. Шершеневичъ.

Такимъ образомъ сталкиваются два рѣзко противоположныхъ взгляда. Въ своей замѣткѣ, посвященной анализу рѣшенія 1913 г. № 32, М. Винаверъ полагаетъ, что необходимо сдѣлать выборъ между этими двумя взглядами: «что-нибудь одно: или выполненный вексельный бланкъ почитается сызначала векселемъ, или институтъ бланковыхъ векселей вовсе не существуетъ. Ничего третьяго, межеумочнаго, здѣсь быть не можетъ»[2].

Предшествующее изложеніе отдѣльныхъ вопросовъ, возникающихъ на почвѣ вексельныхъ бланковъ, на нашъ взглядъ, показываетъ, однако, что такая постановка вопроса представляется неправильной. Возможно и слѣдуетъ держаться именно посредствующаго мнѣнія. Съ одной стороны, вексельный бланкъ и по заполненіи его держателемъ сохраняетъ слѣды своей первоначальной дефектности и не можетъ быть приравненъ во всѣхъ отношеніяхъ къ правильно выданному векселю. Съ другой стороны, заполненный вексельный бланкъ при извѣстныхъ условіяхъ получаетъ силу равную векселю.

Отдѣльныя положенія, которыя доказываютъ правильность такой конструкціи, посредствующей между двумя крайними точками зрѣнія, сводятся въ главныхъ чертахъ къ слѣдующимъ отступленіямъ отъ постановленій о векселяхъ.

1. Вексельный бланкъ можетъ быть выданъ не только векселедателемъ, но, по совершенно единодушному мнѣнію теоріи и практики, и акцептантомъ, а, по мнѣнію по крайней мѣрѣ большинства, также надписателемъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ онъ можетъ оказаться выданнымъ лицу, которое впослѣдствіи не будетъ значиться въ векселѣ первымъ векселепріобрѣтателемъ. Этимъ создаются своеобразныя условія для возникновенія такого векселя, нѣсколько ослабляющія значеніе статей 16 и 24 Уст. о векс. для бланковыхъ векселей.

---

[1] Указъ гр. касс. деп. по отдѣл. 29 апр. 1906 г. № 4327 по дѣлу 1905 г. № 5292 (см. *Добровольскій*, Уставъ о векселяхъ. Пгр. 1912, разъясн. къ ст. 14, § 11; *бар. Нолькенъ*, тамъ же, стр. 391).

[2] «Вѣстникъ Гражд. Права», 1913 г., № 6, стр. 145.

2. Векселеспособность и даже обще-гражданская дѣеспособность бланкодателя обсуждается не по времени составленія текста векселя, а по времени выдачи бланка. Обстоятельство это, уже отмѣченное выше, приводитъ, между прочимъ, къ тому, что по объявленіи бланкодателя несостоятельнымъ должникомъ въ конкурсъ можетъ быть предъявленъ вексель, выданный до этого какъ бланкъ, но заполненный уже послѣ объявленія несостоятельности [1]. Съ другой стороны, бланкъ, выданный несовершеннолѣтнимъ, не можетъ получить силы векселя, хотя бы онъ былъ заполненъ по достиженіи бланкодателемъ совершеннолѣтія.

Необходимость повѣрять въ подобныхъ случаяхъ векселеспособность при самой выдачѣ векселя приводитъ къ необходимости прибѣгать, въ отступленіе отъ общихъ правилъ о векселяхъ, къ соотвѣтствующимъ средствамъ, не исключая показаній свидѣтелей, для доказательства: а) времени выдачи и б) дѣеспособности бланкодателя въ это именно время (рѣш. 1913 г., № 32).

Напротивъ, время выдачи не имѣетъ значенія для рѣшенія другого, практически весьма существеннаго вопроса, возникающаго въ связи съ вексельнымъ бланкомъ. Вексельная давность исчисляется не съ момента выдачи бланка, хотя бы вексель былъ первоначально выданъ въ видѣ бланка, а лишь съ момента наступленія срока, указаннаго въ текстѣ векселя при его заполненіи бланкодержателемъ (рѣш. гр. касс. деп. 1898 г. № 48 и 1906 г. № 5). Сенатъ правильно мотивируетъ это положеніе слѣдующимъ образомъ:

> „Время выдачи вексельнаго бланка... не можетъ имѣть значенія для исчисленія давности по векселю, потому что давность течетъ только противъ обязательства существующаго и исчисляется со времени возникновенія права на искъ“ (1898 г. № 48).
>
> „Съ одной стороны, самый фактъ выдачи вексельнаго бланка только еще устанавливаетъ юридическую сдѣлку между сторонами и порождаетъ, а не нарушаетъ право кредитора, съ другой же стороны, давность течетъ лишь противъ обязательства существующаго, а вексельный бланкъ получаетъ силу обязательства только съ момента превращенія его въ вексель чрезъ пополненіе текста“ (1906 г. № 5).

Положенія эти особенно наглядно доказываютъ, что заполненіе бланка отнюдь не имѣетъ обратной силы, какъ полагаютъ авторы, которые конструируютъ заполненный вексельный бланкъ какъ условное обязательство[2].

3. Поскольку бланкъ есть цѣнная бумага,—условія возникновенія его обсуждаются по времени выдачи бланка; но обязательство, которымъ заполняется бланкъ, возникаетъ лишь со времени заполненія бланка. Только въ извѣстныхъ отношеніяхъ дата этого обязательства можетъ быть отнесена ко времени выдачи бланка (Zurückdatierung), напр., въ отношеніи права участія векселедержателя въ конкурсѣ бланкодателя [3]. Этотъ

---

[1] См. *Grünhut.* Wechselrecht, т. I, 1897, стр. 446. *Jaeger.* Konkurs-Ordnung, 3 изд., § 1, прим. 16.

[2] *М. Винаверъ,* «Вѣст. Гражд. Права», 1913 г. № 6, стр. 146.

[3] См. *Jaeger.* Konkurs-Ordnung, § 3, прим. 21, правда съ ошибочной мотивировкой, будто вексельный бланкъ—условное обязательство. Правильную кон-

вспомогательный пріемъ юридической техники, который нѣмецкая литература обозначаетъ терминомъ Zurückdatierung von Rechten, впервые былъ отмѣченъ *Дернбургомъ* по поводу юридическихъ отношеній, составъ коихъ не устанавливается сразу, одновременно, а пополняется постепенно. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ приходится различать юридическія послѣдствія отдѣльныхъ элементовъ состава отъ юридическаго эффекта всей совокупности состава. Послѣдствія отдѣльнаго элемента состава могутъ быть названы Vorwirkung—предварительный эффектъ. Но въ силу особыхъ технически-юридическихъ соображеній право въ извѣстныхъ случаяхъ можетъ отнести наступленіе полнаго эффекта къ такому моменту, когда на дѣлѣ былъ обоснованъ еще только предварительный эффектъ.

4. Незаполненный бланкъ можетъ быть снабженъ передаточной надписью, но такая надпись, достаточная для передачи правъ, не устанавливаетъ обратной отвѣтственности надписателя, какъ уже было отмѣчено выше.

5. Лицо, указанное въ заполненномъ бланкѣ въ качествѣ перваго векселепріобрѣтателя, на самомъ дѣлѣ можетъ быть лицомъ, получившимъ бланкъ въ качествѣ третьяго добросовѣстнаго пріобрѣтателя. Тѣмъ не менѣе, такое лицо разсматривается какъ связанное непосредственными отношеніями съ бланкодателемъ, подписавшимъ его какъ векселедатель.

Опираясь на эти примѣрныя указанія и на общія теоретическія положенія, установленныя нами въ предшествующихъ главахъ, мы приходимъ къ слѣдующимъ выводамъ по вопросу о силѣ заполненнаго вексельнаго бланка:

а) Вексельный бланкъ со времени его заполненія обращается какъ правильно выданный векселъ. Векселедержатель, вопреки нѣкоторымъ указаніямъ сената (ср. рѣш. 1892 г., № 15), не обязанъ доказывать causa такого векселя. Добросовѣстный третій пріобрѣтатель его осуществляетъ всѣ права изъ векселя, независимо отъ того, былъ ли онъ заполненъ согласно съ договоромъ о заполненіи или нѣтъ. По отношенію къ такому пріобрѣтателю силы векселя не умаляетъ даже преступность дѣйствій лица, заполнившаго бланкъ [1]. Выводъ этотъ опирается, главнымъ образомъ, на ст. 16, 24 и 33 Уст. о векс. Поэтому бланкодатель можетъ защищаться ссылкою на неправильное заполненіе бланка, какъ вообще на безвалютность векселя, только противъ указаннаго въ самомъ векселѣ перваго векселепріобрѣтателя и противъ недобросовѣстныхъ въ моментъ полученія векселя третьихъ пріобрѣтателей.

б) Лица, учинившія подписи на бланкѣ до его заполненія, все же не лишены права доказывать это обстоятельство съ цѣлью установить, что во время выдачи бланка они были невекселеспособны, что бланкъ

струкцію см. *Tuhr,* Unwiderrufliche Vollmacht. Оттискъ изъ Festschrift f. P. Laband. Tübingen, 1908, стр. 94, прим. 3. *Tuhr,* Allgemeiner Teil d. bürg. Rechts, II, 1. Leipzig. 1914, стр. 29 сл.

[1] Рѣш. гр. касс. деп. 1908 г. № 65.

не былъ выданъ ими и т. п., а надписатели кромѣ того,—что они не несутъ обратной отвѣтственности. Но пока форма векселя еще не разрушена, всѣ эти лица, согласно нашей практикѣ, могутъ прибѣгать для этой цѣли только къ тѣмъ средствамъ доказыванія, которыя по данному вопросу согласно общему правилу допускаются при оспариваніи в е к с е л я; въ частности, они не могутъ ссылаться съ этой цѣлью на показанія свидѣтелей [1].

в) Однако, если допустимыми по закону средствами уже доказано или признаніемъ самого векселедержателя установлено, что вексель былъ первоначально выданъ въ видѣ бланка, то вексельная форма, по отношенію ко времени до заполненія, должна почитаться разрушенной.

Главнымъ практическимъ послѣдствіемъ этого является то, что за этотъ періодъ вексель уже не можетъ признаваться документомъ, установленнымъ порядкомъ совершоннымъ. Слѣдовательно, отдѣльныя событія, относящіяся къ бланку, могутъ быть доказываемы свидѣтельскими показаніями, поскольку для нихъ по закону не требуется письменное удостовѣреніе (ст. 409 Уст. гр. суд. въ ред. 1912 г.).

На эту принципіально правильную точку зрѣнія и сталъ Пр. Сенатъ въ рѣшеніи 1913 г. № 32, допустивъ допросъ свидѣтелей въ удостовѣреніе времени подписанія (слѣдовало сказать: в ы д а ч и) вексельнаго бланка, когда самый фактъ выдачи векселя въ видѣ бланка уже внѣ спора. Возраженія противъ этого рѣшенія М. Винавера лишены основаній. Авторъ исходитъ изъ явно преувеличеннаго представленія о неоспоримости векселя. Такъ, онъ говоритъ: «тутъ ставится прежде всего—совершенно, повидимому, незамѣченный сенатомъ—вопросъ: да въ правѣ ли вообще должникъ что-либо и когда бы то ни было опровергать изъ содержанія векселя, переданнаго имъ въ качествѣ бланка?» [2] Напротивъ, было бы странно, если бы сенатъ поставилъ такой вопросъ.

Увлекаясь защитою бланка, авторъ забываетъ главное, что даже по правильно выданному векселю векселедатель сохраняетъ возможность предъявлять противъ перваго пріобрѣтателя в с ѣ б е з ъ и с к л ю ч е н і я имѣющіяся у него возраженія; въ частности онъ можетъ также опровергать содержаніе векселя, напр. доказывать, что вписана преувеличенная сумма, лишь бы онъ ссылался на письменныя доказательства. Есть ли хоть какое-либо основаніе ставить бланкодателя въ худшее положеніе [3]?

---

[1] Рѣш. гр. касс. деп. 1906 г. № 5 и 1908 г. № 65.

[2] «Вѣстн. Гражд. Права», 1913 г., № 6, стр. 145.

[3] Ср. Entsch. Reichsger. Zivils., т. 55, стр. 338: «...es hat nur der Geber des Blancoacceptes gegen den Nehmer (und jeden bösgläubigen Erwerber) eine Einrede der Arglist, deren Wirkung ist, dass vom Gegner der Wechsel insoweit, als dessen Inhalt ein abredewidriger ist, nicht geltend gemacht werden kann, sondern nur geltend gemacht werden kann nach Massgabe des Inhalts, der dem Wechsel hätte gegeben werden sollen». Такъ разсуждаетъ даже германскій судъ, находящійся еще подъ вліяніемъ теорій Грюнхута и т. п. авторовъ, явно преувеличивающихъ значеніе абстрактности векселя.

Рѣшеніе 1913 г. № 32 представляется не только теоретически правильнымъ, но и практически весьма цѣлесообразнымъ и цѣннымъ. Оно не колеблетъ прочности вексельнаго оборота, такъ какъ не говоритъ о допустимости ссылки на свидѣтелей въ опроверженіе выдачи времени готоваго векселя [1], а предполагаетъ, что выдача документа въ видѣ бланка уже внѣ спора. Вмѣстѣ съ тѣмъ оно нѣсколько затрудняетъ частыя злоупотребленія бланками. Въ виду этого новѣйшее рѣшеніе сената по данному вопросу можно лишь привѣтствовать.

Это рѣшеніе открываетъ вмѣстѣ съ тѣмъ путь къ болѣе правильному пониманію природы вексельнаго бланка, какъ своеобразнаго института вексельнаго права, черпающаго свою силу не въ постановленіяхъ вексельныхъ законовъ, ограничивающихся тѣмъ, что они не запрещаютъ его, а въ обычномъ правѣ, сначала торговомъ, а нынѣ общегражданскомъ. Институтъ этотъ служитъ наглядным доказательствомъ тому, что творческая сила обычая, создавшаго самый вексель, не изсякла въ этой области и послѣ кодификаціи нормъ вексельнаго права.

Будучи оригинальнымъ продуктомъ обычно—правового творчества, вексельный бланкъ не можетъ быть подведенъ подъ тѣ искусственныя категоріи, въ которыя его стремились уложить.

Такъ, вексельный бланкъ не есть проектъ векселя, какъ говоритъ сенатъ (рѣш. 1913 г. № 32). Бланкъ меньше, чѣмъ проектъ, такъ какъ въ немъ не указано его будущее содержаніе, для чего именно служитъ проектъ договора. Но, съ другой стороны, бланкъ гораздо больше, чѣмъ проектъ. Послѣдній, имѣя подчасъ значительную моральную и техническую цѣнность,— юридически еще ничто: онъ не способенъ породить какое-либо право. Вексельный же бланкъ уже самъ по себѣ даетъ извѣстныя права, представляетъ имущественную цѣнность.

Вмѣстѣ съ тѣмъ вексельный бланкъ не есть условное вексельное обязательство, возникающее при наступленіи отлагательнаго условія—заполненія его вексельнымъ текстомъ, какъ полагаетъ не только сенатъ въ томъ же рѣшеніи (1913 г., № 32), но и многіе изслѣдователи, напр., *Grünhut* [2] и *Barsdorf* [3] (Theorie der suspendierten Wechselverpflichtung), а въ русской литературѣ *М. Винаверъ* [4]. Эта конструкція непріемлема потому, что заполненіе бланка есть condicio juris, слѣдовательно не можетъ быть условіемъ въ юридическомъ смыслѣ термина. Затѣмъ, и это главное, обязательство, заключенное подъ отлагательнымъ условіемъ, необходимо должно обладать всѣми essentialia negotii уже при самомъ установленіи его: условіе отсрочиваетъ, какъ извѣстно,

---

[1] Нельзя не замѣтить попутно, что практика западно-европейскихъ судовъ широко прибѣгаетъ къ свидѣтельскимъ показаніямъ и по вексельнымъ дѣламъ, не исключая Франціи, гдѣ по общегражданскимъ спорамъ (но не торговымъ) это средство доказыванія значительно стѣсняется. Вексельный оборотъ тамъ все же обширнѣе и прочнѣе нашего.

[2] *Grünhut.* Wechselrecht, B. I (1897), стр. 446.

[3] *Barsdorf.* Das Blancoaccept, 1910, стр. 24 сл.

[4] *М. Винаверъ.* «Вѣстн. гражд. права» 1913 г., № 6, стр. 146.

только наступленіе эффекта сдѣлки, а никакъ не установленіе ея. Попытки указанныхъ выше авторовъ устранить это препятствіе сводятся къ крайне неяснымъ и страдающимъ внутреннимъ противорѣчіемъ утвержденіямъ, что уже до заполненія вексель одновременно и существуетъ и не существуетъ.

Окончательные выводы нашего изслѣдованія мы можемъ резюмировать въ слѣдующихъ положеніяхъ. При выдачѣ его вексельный бланкъ является своеобразною цѣнною бумагою. Для созданія ея необходимо, а) чтобы листъ вексельной бумаги былъ подписанъ лицомъ, согласнымъ принять на себя въ будущемъ вексельное обязательство, б) чтобы документъ былъ выданъ бланкопріобрѣтателю (Begebungsvertrag), в) чтобы лицо, выдавшее документъ, было векселеспособно при самой выдачѣ, и г) чтобы между лицомъ, выдающимъ бланкъ, и лицомъ, принимающимъ его, состоялся обязательственный договоръ о заполненіи бланка (Ausfüllungsvertrag). Эта цѣнная бумага можетъ переходить всѣми признаваемыми закономъ способами; но передаточныя надписи, учиненныя на ней, не порождаютъ спеціальныхъ вексельныхъ послѣдствій (отвѣтственности по обороту).

Договоръ о заполненіи устанавливаетъ въ пользу бланкодержателя полномочіе на заполненіе бланка, какъ самостоятельное, неотъемлемое право, осуществляемое въ собственномъ интересѣ бланкодержателя. Это право можетъ быть передано первымъ бланкопріобрѣтателемъ вмѣстѣ съ самымъ бланкомъ другому лицу посредствомъ титулированной делегаціи, съ правомъ дальнѣйшей передачи. Договоръ о заполненіи можетъ быть заключенъ словесно, а потому содержаніе его можетъ быть доказываемо свидѣтелями.

Бланкъ становится векселемъ лишь по заполненіи его и только со времени заполненія его всѣми реквизитами векселя. Заполненіе не имѣетъ обратной силы, но иногда за такимъ векселемъ признается дата по времени выдачи бланка.

Такой вексель можетъ быть оспоренъ только способами, вообще допускаемыми закономъ по отношенію къ векселямъ, и добросовѣстный пріобрѣтатель его пользуется всѣми правами правильнаго векселедержателя. Но если допускаемыми закономъ способами установлено, что вексель выданъ первоначально въ видѣ бланка, то по отношенію ко времени до заполненія непримѣнимы нормы, относящіяся именно къ векселямъ, напр., запретъ опроверженія даты выдачи путемъ ссылки на свидѣтелей.

Приведенный анализъ вексельнаго бланка наглядно показываетъ невозможность замкнуть изученіе вексельнаго права въ рамки Устава о векселяхъ, отрывая институты его отъ питающей ихъ почвы—общаго гражданскаго права. При созданіи германскаго вексельнаго устава была сдѣлана попытка провести рѣзкую грань между вексельнымъ правомъ, съ одной стороны, и гражданскимъ—съ другой. Это было сдѣлано для

того, чтобы создать единый вексельный уставъ при пестромъ разнообразіи системъ гражданскаго права отдѣльныхъ государствъ, входившихъ въ составъ необъединенной еще Германіи. Но большинство изслѣдователей германскаго вексельнаго устава эту вынужденную черту его возвело въ принципъ, а затѣмъ все болѣе увлекалось искусственными теоріями и преувеличеннымъ представленіемъ о степени «абстрактности» векселя. Это помѣшало правильному пониманію многихъ сторонъ вексельнаго права и, въ частности, института вексельныхъ бланковъ. Лишь за послѣднее время такіе изслѣдователи, какъ *Wieland* [1], *Vivante* [2] и *Thaller* [3] снова энергично указали на то, что вексель во всѣхъ его проявленіяхъ глубоко коренится въ институтахъ гражданскаго и, въ частности, римскаго права. Только путемъ сопоставленія институтовъ вексельнаго права съ институтами гражданскаго права, въ особенности съ ученіемъ объ абстрактныхъ обязательствахъ, делегаціи и т. д., можно раскрыть содержаніе первыхъ. По этому пути возврата къ римскому праву пошелъ и авторъ настоящаго изслѣдованія съ цѣлью уяснить институтъ, который до сихъ поръ недостаточно освѣщался ученіями классическаго римскаго права.

А. Вормсъ.

---

[1] Der Wechsel und seine civilrechtlichen Grundlagen. Basel, 1901.
[2] Trattato di diritto commerciale. Vol. III. 3 ed. Milano, 1909.
[3] Titre de crédit. Paris, 1907.

00048939
ЮФ СПбГУ