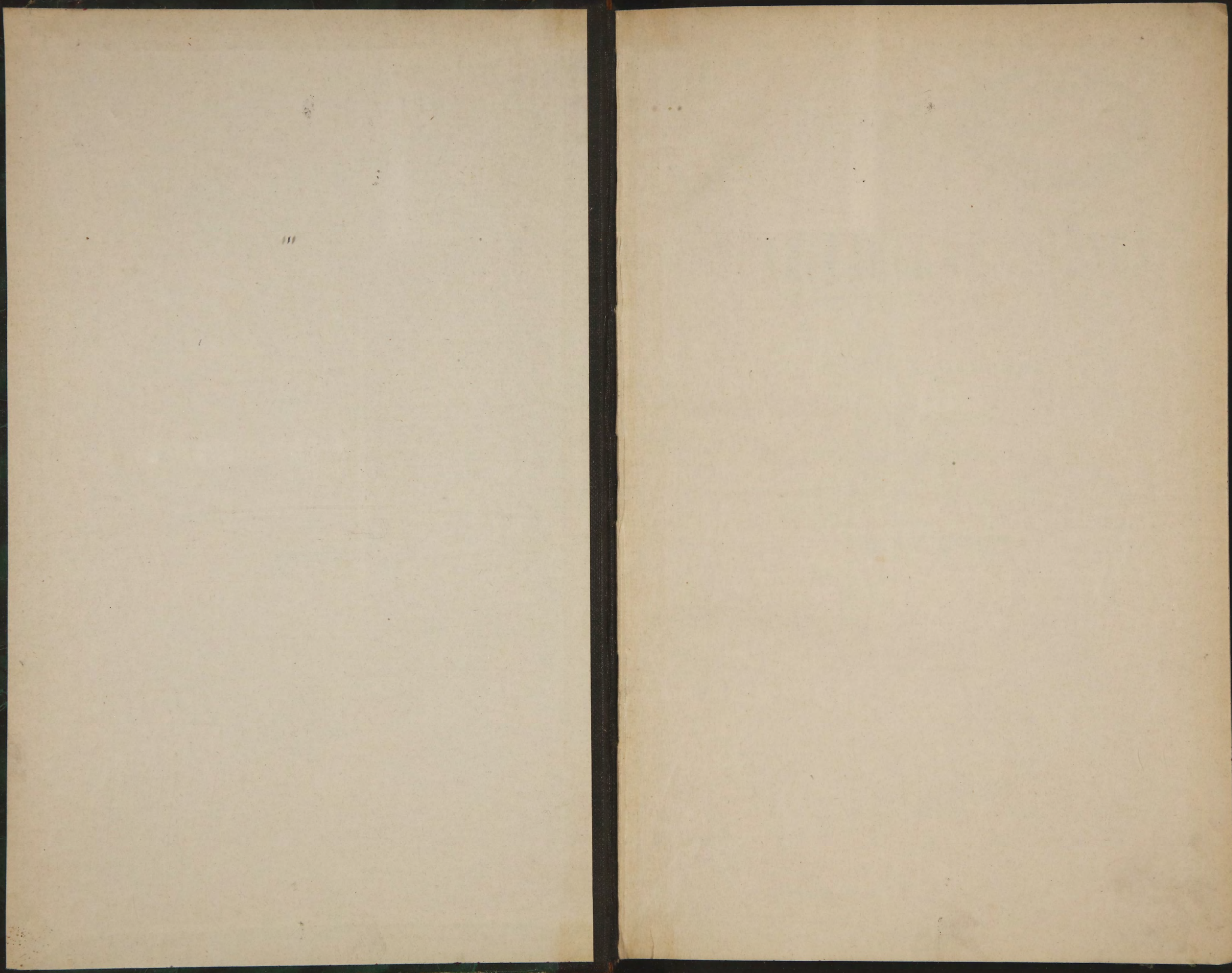


17637.

WCTO

BY



17637

ПОСОБІЕ КЪ ЛЕКЦІЯМЪ

ПО

ГРАЖДАНСКОМУ ПРАВУ.

ЧАСТЬ ОСОБЕННАЯ.

ВЫПУСКЪ ПЕРВЫЙ

(ПРАВА ВЕЩНЫЯ, ПРАВО АВТОРСКОЕ и ПРОМЫШЛЕННОЕ).

Проф. Н. Л. ДЮВЕРНУА.

1-2

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.

Типографія М. М. Стасюлевича, Вас. Остр., 5 лин., 28.

1899.

39

БИБЛИОТЕКА
УЧЕБНОГО КОМПЛЕКТА МАН. БИЛ.



7



2755

71076

ОГЛАВЛЕНИЕ.

ОСОБЕННАЯ ЧАСТЬ.

ВЕЩНОЕ ПРАВО.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Учение о владѣніи и его защитѣ.

	СТРАН.
§ 1. Владѣніе въ системѣ вещныхъ правъ.—Литература вопроса.— Владѣніе въ памятникахъ русскаго права и въ дѣйствующемъ законодательствѣ.— <i>Possessio ad usucapionem</i> и <i>ad interdicta</i> въ дѣйствующей системѣ	1—10
§ 2. Анализъ Савиньи и Ihering'a.—Чистое владѣніе и его защита.— <i>Animus domini</i> .—Расширеніе предѣловъ защиты.—Матеріализація конструкціи.—Новые кодексы.—Владѣніе многихъ одной вещью.—Цѣль защиты владѣнія.—Посредственное владѣніе.—Прекращеніе.—Средства защиты	10—22

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Учение о правѣ собственности.

§ 2. bis (стр. 22). Формальные отличительные признаки строенія института собственности.—Примѣненіе тѣхъ же критеріевъ къ явленіямъ родственнымъ, но не тождественнымъ.—Матеріальныя различія въ кругѣ лицъ и въ кругѣ вещей въ латинскомъ и современномъ институтѣ.—Различія средневѣковаго и современнаго строенія вещныхъ институтовъ.—Отличительные признаки понятія собственности, <i>полнота и исключительность</i> господства у римлянъ и у насъ.—Право собственности въ современныхъ кодексахъ. Ст. 420 т. X ч. 1.— <i>Юридическое</i> господство.—Институтъ владѣнія и собственности	22—33
§ 3. Матеріальная сторона института собственности.—Исходныя точки въ средневѣковой системѣ вещныхъ правъ.—Двѣ собственности.—Полнота права собственности въ новыхъ системахъ и различеніе полного и неполнаго права собственности въ т. X, ч. 1.—Условный смыслъ <i>полноты господства собственника</i> .—Стремленіе къ объединенію понятія собственности въ новое время.—Внѣшній характеръ ограниченій собственности.—Излишество двойственнаго построенія собственности въ нашей системѣ	33—42

- § 4. Видоизмѣненія конструкціи собственности по различію ея объектовъ. — Такъ называемая германская собственность. — Историческія фазы латинскаго права. — *Res mancipi* и *res mancipi*. — Національные источники *Code civil*. — Дѣйствующее французское право. — Обзоръ новыхъ кодексовъ. — Ст. 1511 и 1512 т. X, ч. I. — Памятники русскаго обычнаго права. — Дальнѣйшія ограниченія виндикаціи въ правѣ торговомъ 42—56
- § 5. Понятіе недвижимости у насъ. — Приватный типъ поземельнаго обладанія. — Задача обособленія и удержавшіеся остатки старыхъ формъ общности и смѣшанныхъ типовъ землевладѣнія. — Параллелизмъ движенія нашего аграрнаго права съ таковыми-же въ Пруссіи. — Отмѣна старинныхъ формъ зависимости и общности въ поземельномъ Прусскомъ правѣ. — Новыя формы общности и особенно законъ 2 апр. 1872 г. — Результаты сопоставленія. 56—67
- § 6. Главнѣйшія фазы движенія нашего межеваго законодательства. — Неуспѣхъ межевой инструкціи 1754 г. — Инструкція генеральнаго межеванія Импер. Екатерины II. — Межеваніе специальное. — Задача устраненія нѣкоторыхъ старинныхъ формъ общности. — Права угодій въ дѣйствующей системѣ. — Череполосицы. — Результаты эманципационнаго движенія. — Ограниченіе права собственности по недвижимостямъ правами участія общаго въ дѣйствующей системѣ. 67—81
- § 7. Способы приобрѣтенія права собственности. — Общія замѣчанія. — Матеріальная и формальная сторона вопроса о *приобрѣтеніи*. — Черты сходства и различія римскаго права и современныхъ кодексовъ въ этомъ ученіи. — Классификація способовъ приобрѣтенія. 81—87
- § 8. Способы приобрѣтенія права собственности первоначальные въ дѣйствующемъ законодательствѣ. — Вновь открываемыя земли и вступленіе въ *дѣйствительное обладаніе ими*. — Военныя и морскія добычи. — Выморочныя имущества. — Регальныя права. — Отмѣна ихъ и расширеніе способовъ первоначальнаго приобрѣтенія правъ на вещи при посредствѣ обладанія другими вещами. 87—91
- § 9. Способы приобрѣтенія права собственности первоначальные (продолженіе). — Находка. — Кладъ. — Разные виды присоединенія (*accessio*) въ дѣйствующихъ системахъ, особенно въ Прусскомъ и новомъ имперскомъ законодательствѣ. — Спецификація. — Приобрѣтеніе плодовъ 91—103
- § 10. Способы приобрѣтенія права собственности производные. — Традиція въ реципированной системѣ. — *Justa causa traditionis*. — Обособленіе вопросовъ обязательственныхъ отъ вещнаго эффекта сдѣлки. — Французская система. — Состояніе нѣмецкаго права. — *Передача вещи* въ нашемъ дѣйствующемъ правѣ. 103—110
- § 11. Публично-достоверные акты пересвоенія недвижимостей на Западѣ. — Современное положеніе вопроса у насъ. 110—117
- § 12. Предполагаемая реформа способовъ укрѣплять права по недвижимостямъ. — Ея цѣли. — Первоначальная запись имѣній. — Типическія черты гипотечнаго порядка по Прусскому закону 5 мая 72 г. и нашему проекту. — Способы веденія гипотечныхъ книгъ. — Реальная система. — Четыре отдѣленія книги и ихъ содержаніе. — Способъ веденія записей. — Очередь 117—128
- § 13. Опроверженіе гипотечныхъ записей. — Юридическое дѣйствіе ихъ. — Безповоротность укрѣпленія. — Отмѣтки для охраненія и обезпеченія правъ. 128—137
- § 14. Давностное владѣніе. — Цѣлесообразность этого института. — Условіе давности. — Свойства вещи и качества владѣнія по русскому праву. — Перерывъ и приостановка теченія давности. — Дѣйствіе давностнаго владѣнія. 137—150

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Видоизмѣненія права собственности и права на чужую вещь.

	СТРАН.
§ 15. Общая собственность и разные виды неполной собственности.— Сервитуты вещные и личные	150—160
§ 16. Право собственности въ заповѣдныхъ наслѣдственныхъ и маюратныхъ имѣнiяхъ	160—169
§ 17. Право залога.—Институты залога въ Римѣ; ихъ недостатки.— Реципированное латинское право и партикуляризмы системы залога, идущiе навстрѣчу общему праву.— Методы реального обезпеченiя кредита въ новое время.—Отличительныя черты строенiя современнаго залога недвижимостей.—Обязательственный и акцессорный характеръ ипотеки.—Возраженiя.—Русское право залога въ историческомъ процессѣ.—Дѣйствующая система залога.—Основные черты предположенныхъ преобразованiй.—Преобразование старой системы запрещенiй.—Закладъ движимостей	169—188
§ 18. Способы прекращенiя вещныхъ правъ.—Экспроприацiя.—Юридическая конструкцiя понятiя.—Дѣйствующее право.	188—195

ПРАВО АВТОРСКОЕ И ПРОМЫШЛЕННОЕ.

§ 19. Самостоятельное положенiе правъ авторскаго и промышленнаго въ системѣ.—Универсальный характеръ института.—Техническiя названiя этой категорiи правъ.—Мысли Гербера.—Опыты построенiя и различныя сужденiя о необходимости этого института.—Процессъ его развитiя.—Идея Кавта.—Конструкцiя Блунчли.—Права личности Оттона Гирке.—Юридическое строенiе правъ авторскаго и промышленнаго.—Предметъ его.—Сближенiе съ нѣкоторыми средневѣковыми типами.	195—207
§ 20. Дѣйствующее русское право, авторское и промышленное.—Историческая замѣтка.—Понятiе литературнаго творчества.—Права автора и ихъ огражденiе.—Собственность художественная и музыкальная.—Открытiе и изобрѣтенiе.—Понятiе новизны.—Различiе методовъ.—Наше законодательство	207—218

Содержание

Введение

Глава I

- 1.1. Общие сведения о предмете исследования
- 1.2. Цели и задачи исследования
- 1.3. Методы исследования
- 1.4. Результаты исследования
- 1.5. Заключение

Содержание

- 2.1. Общие сведения о предмете исследования
- 2.2. Цели и задачи исследования
- 2.3. Методы исследования
- 2.4. Результаты исследования
- 2.5. Заключение

ОСОБЕННАЯ ЧАСТЬ.

ВЕЩНОЕ ПРАВО.

ГЛАВА I.

Ученіе о владѣніи и его защитѣ.

§ 1. Владѣніе въ системѣ вещныхъ правъ.—Литература вопроса.—Владѣніе въ памятникахъ русскаго права и въ дѣйствующемъ законодательствѣ.—*Possessio ad usucapionem* и *ad interdicta* въ дѣйствующей системѣ.

Трудно найти такое ученіе вещнаго права и его различныхъ формъ и видовъ, которое въ большей или меньшей степени не было бы связано съ ученіемъ о владѣніи. Мы уже имѣли случай говорить выше, что, осуществляя права, мы часто прежде всего фактически, *via facti*, приводимъ ихъ въ соотвѣтствіе съ отвлеченными (абстрактными) правовыми нормами. Часто лицо упражняетъ этотъ актъ дѣятельности самостоятельно, лично, безъ чьего-либо содѣйствія, ограждая право отъ нарушенія, или возстановляя свое нарушенное право. Въ случаяхъ подобнаго рода мы имѣемъ дѣло не съ чѣмъ инымъ, какъ съ явленіемъ владѣнія. Когда мы осуществляемъ наши юридическія притязанія къ вещамъ, то важнѣйшимъ моментомъ такого осуществленія будетъ *овладѣваніе* вещами или вступленіе во владѣніе ими. Въ процессуальномъ отношеніи роль отвѣтчика по иску, касающемуся вещнаго права, есть въ то же время всегда и роль лица владѣющаго, искъ собственника направленъ всегда противъ того, кто владѣетъ принадлежащей ему, собственнику, вещью. Слѣд. *petitorium* и отыскиваніе титуловъ есть всегда *posterius*, а *prius* есть всегда фактъ осуществленнаго отношенія къ вещи.

Но, владѣніе, создающее для владѣльца при вещномъ искѣ положеніе отвѣтчика, можетъ оказаться въ рукахъ послѣдняго имѣющимъ свой титулъ, свое правооснованіе. При такомъ условіи владѣніе, по истеченіи извѣстнаго срока, способно обратиться въ собственность. Такое квалифицированное владѣніе будетъ способомъ приобрѣтенія права собственности.

Если владѣніе не имѣетъ въ основѣ своей никакого титула, то начала его въ субъективномъ смыслѣ могутъ быть различны, владѣніе можетъ быть или добросовѣстнымъ, или недобросовѣстнымъ. Соотвѣтственно такому различію, и вопросъ объ отвѣтственности по иску собственника рѣшается различно.

Такимъ образомъ, мы видимъ, что при фактическомъ осуществленіи вещныхъ правъ, въ ряду способовъ ихъ приобрѣтенія, въ процессуальныхъ послѣдствіяхъ вещнаго иска — повсюду мы встрѣчаемся съ *понятіемъ владѣнія*, какъ съ существеннымъ моментомъ, входящимъ въ конструкцію цѣлаго ряда вещныхъ правоотношеній. Въ виду такого значенія, вопросъ о владѣніи занималъ юриспруденцію давно и продолжаетъ занимать ее до настоящаго времени. Неисчерпаемая литература этого вопроса предполагается частью знакомой изъ курса Римскаго права. Въ западной литературѣ такъ много писалось по вопросу о владѣніи, что нѣкоторые нѣмецкіе писатели приглашали дать зарокъ не писать больше на эту тему, что не мѣшало дальнѣйшему преуспѣянію литературнаго творчества на эту неисчерпаемую тему. Чтобы ориентироваться въ богатой литературѣ всѣхъ народовъ (въ томъ числѣ и въ русской) можно рекомендовать, какъ лучшую въ этомъ отношеніи, работу Савиньи: „Das Recht des Besitzes“, въ 7-мъ изданіи этого сочиненія. Это изданіе вышло въ 1867 году, по смерти Савиньи, и выпущено его ученикомъ Рудорфомъ. Въ немъ оцѣнивается, между прочимъ, и сочиненіе покойнаго московскаго профессора Морошкина. Что касается до ознакомленія съ литературой, появившейся послѣ 1867 года, то надежнымъ руководствомъ для этого можетъ служить 4-е изданіе сочиненія Антона Ранда: „Der Besitz im Öster. Recht“, гдѣ онъ подробно рассматриваетъ весь вопросъ о владѣніи и указываетъ богатую литературу, пополнившуюся съ 1867 года. По исторіи владѣнія въ Россіи много полезнаго историческаго матеріала можно найти въ соч. Неволіна „Исторія Русскихъ Гражданскихъ Законовъ“, ч. II, § 257 и слѣд. Но эта работа Неволіна не даетъ возможности понять значеніе владѣнія для системы вещныхъ правъ. Въ § 258 Неволинъ говоритъ, что ученіе о владѣніи у насъ, въ русскомъ законодательствѣ и юриспруденціи, не получило доста-

точного развитія потому, что это ученіе въ своемъ составѣ представляется очень яснымъ. Съ этимъ мнѣніемъ нашего ученаго рѣшительно нельзя согласиться, ибо ученіе о владѣніи, какъ разъ наоборотъ, для своей конструкціи, представляетъ столь значительныя трудности, что все остроуміе и ученость западныхъ цивилистовъ до сихъ поръ не въ силахъ ихъ побороть и создать какую-либо прочно установленную и общепринятую конструкцію этого института. Среди юристовъ, обрабатывавшихъ вопросъ о владѣніи, замѣчается чрезвычайно сильное влеченіе къ Римскому праву, которое находитъ себѣ, кажется, удовлетворительное объясненіе въ чисто цивильномъ построеніи этого института въ римской системѣ и въ ясности и законченности этой римской конструкціи. Работа Савиньи была имъ написана тогда, когда ему было всего 23 года (въ 1803 г.); его построенія идеальны, красивы, но мало практичны, и мы встрѣчаемся съ затрудненіями въ сферѣ практическаго примѣненія института, особенно, когда задачу составляетъ примѣненіе его къ современнымъ правоотношеніямъ. Герингъ, желая дать характеристику ученіямъ о владѣніи, смѣнявшимъ одно другое до 1869 г., когда онъ публиковалъ свою работу „Ueber den Grund des Besitzesschutzes“, дѣлитъ всѣ теоріи владѣнія, господствовавшія въ юриспруденціи до него, на двѣ группы, на группу *теорій относительныхъ* и группу *теорій абсолютныхъ*. Теоріи владѣнія обрабатываются часто не въ цѣляхъ практическаго ихъ примѣненія, а главнымъ образомъ съ философской точки зрѣнія, для цѣлей чисто научныхъ. Немудрено поэтому, что въ такихъ ученіяхъ мы имѣемъ дѣло съ контроверзами, стоящими довольно далеко отъ юридическихъ и практическихъ задачъ. Такъ нѣкоторые писатели указываютъ основу защиты владѣнія въ личности человѣка, въ ея неприкосновенности. Если въ этомъ и есть справедливая сторона, то все же основа эта есть слишкомъ широкая, служащая вовсе не одному институту владѣнія, а и многимъ другимъ. Другія конструкціи ставятъ въ основу защиты владѣнія общественное спокойствіе. Наконецъ, основу защиты владѣнія видятъ въ расчетѣ этимъ путемъ дать удобный и простой способъ защиты собственности. Рядъ этихъ ученій составляетъ группу теорій относительныхъ. Въ этихъ ученіяхъ основаніе или цѣль защиты владѣнія видятъ не въ немъ самомъ, а внѣ его. Теоріи абсолютныя, наоборотъ, находятъ всю цѣль защиты владѣнія въ немъ самомъ, въ осуществленной волѣ лица, которая должна уступить волѣ общей, но никогда волѣ другого. Проблемы чисто философскіе стали послѣ 48 года уступать мѣсто изслѣдованіямъ историческимъ, особенно

на почвѣ національнаго, а не латинскаго права, и практическимъ. Къ числу такихъ работъ, какъ выдающаяся, должна быть отнесена работа Брунса: „Право владѣнія въ средніе вѣка“ (*Das Recht des Besitzes im Mittelalter*). Если для Римскаго права капитальной работой по отношенію къ вопросу о владѣніи должно считаться указанное выше сочиненіе Савиньи, то для исторіи владѣнія на почвѣ современнаго права такой работой должно быть признано сочиненіе Брунса. У Брунса ученіе о владѣніи разсматривается съ точки зрѣнія какъ германскаго и каноническаго права, такъ и съ точки зрѣнія современныхъ кодексовъ. Никакой трудъ не освѣщаетъ этихъ задачъ такъ хорошо и законченно какъ работа Брунса. Въ ней Брунсъ разсматриваетъ исторію института владѣнія въ современномъ правѣ по всѣмъ ступенямъ его развитія вплоть до той формы защиты владѣнія, отличной отъ римской, которую даетъ ему *Code civil*.

Но намъ важна не столько исторія разсматриваемаго вопроса, сколько современное его состояніе. Для того, чтобы ближе ознакомиться съ современнымъ состояніемъ института владѣнія, особенно у французовъ, нужно брать въ руководство не столько матеріальное право, сколько процессъ. Въ этомъ отношеніи можно рекомендовать сочиненіе *Garsonnet* по процессу, гдѣ въ § 113 и слѣд. прежде всего идетъ противопоставленіе *actions pétitoires* и *actions possessoires*, какъ двухъ совершенно отличныхъ другъ отъ друга процессовъ, изъ которыхъ однимъ защищается право, а другимъ — владѣніе. Для цѣлаго ученія цѣнны трактаты *Molitor'a* (*La possession, la revendication et la publicienne*, старый) и *Appleton*, *Essai sur le fondement de la protect. possess.* (1892 г.).

Какъ защищается владѣніе въ современномъ правѣ — это представляется вопросомъ первостепенной важности. Мы увидимъ, что старыя задачи такой защиты перенесены въ область новаго суда и что, по нашимъ судебнымъ уставамъ 20 ноября 64 г., защита владѣнія состоитъ въ вѣдѣніи мирового суда. Для нашего стараго права, которое еще не совсѣмъ отжило свой вѣкъ и имѣетъ силу и понынѣ для нѣкоторыхъ мѣстъ Россіи, гдѣ не введены уставы 1864 года, по отношенію къ защитѣ владѣнія, существенны положенія нашего стараго гражданскаго процесса, въ II части X т. Свода Законовъ прежнихъ изданій, или т. XVI ч. I изд. 92 г. ст. 637 и слѣд. Для нашего новаго права, по отношенію къ тому же вопросу, важны, какъ положенія, изложенныя въ рядѣ статей X т. ч. I (имѣющія также значеніе и для стараго права), такъ, сверхъ того, и положенія нашего новаго устава гражданскаго судопроизводства. Изъ источниковъ древнѣйшаго права

мы только въ Новгородской Судной Грамотѣ встрѣчаемъ *ясное указаніе* на обособленіе вопроса о владѣніи земель отъ вопроса о правѣ, но, конечно, на основаніи двухъ словъ этого нашего древняго памятника нельзя конструировать цѣлаго ученія. Въ другихъ памятникахъ нашего законодательства мы часто встрѣчаемся со словомъ „владѣніе“, но нигдѣ не видимъ стремленія отдѣлить *фактическую сторону дѣла отъ вопроса о правѣ*. По Уложенію Алексѣя Михайловича вопросъ о владѣніи недвижимостями всегда разрѣшается судомъ и притомъ въ связи съ вопросомъ о правѣ. Подобное отношеніе нашего законодательства къ этому вопросу шло въ разрѣзъ съ потребностями жизни, и мы дѣйствительно встрѣчаемся съ ходатайствами измѣнить это тяжелое положеніе вещей. Въ Полномъ Собр. Зак. мы подъ № 10002 читаемъ отвѣтъ Юстицъ-Коллегіи на одно изъ такихъ ходатайствъ; она его отклонила, какъ противозаконное требованіе указа на указъ. Несомнѣнно, что въ виду такого отношенія нашего законодательства къ защитѣ *владѣнія*, это послѣднее защищалось силой, фактически, вооруженной рукой.

Только начиная съ Екатерины, въ нашемъ законодательствѣ вырабатывается защита владѣнія независимо отъ права.

Чтобы свести во-едино и связать весь данный нашимъ законодательствомъ матеріалъ по вопросу о *владѣніи*, мы должны обратить вниманіе на слѣдующія положенія: 1) Въ нашемъ Х т. понятіе владѣнія рассматривается какъ *право владѣнія*, отдѣльное отъ права собственности (ст. 513 и слѣд.). Въ такомъ смыслѣ мы будемъ изучать владѣніе позднѣе. 2) Владѣніе также рассматривается у насъ *независимо отъ вопроса права*, какъ простое наличное состояніе или отношеніе лица къ вещи (ст. 523 — 533).

Что касается *способовъ защиты владѣнія*, то на нихъ указываетъ рядъ статей устава гражданскаго судопроизводства, въ особенности ст. 29, пункты 4 и 5, ст. 31 и 73. Въ ст. 29 уст. гр. суд. въ пунктѣ 4 содержится указаніе на способъ защиты владѣльческаго состоянія. Тутъ мы читаемъ слѣдующее: „вѣдомству мирового судьи подлежатъ... иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, когда со времени нарушенія прошло не болѣе *шести мѣсяцевъ*“. Пунктъ же 5 этой статьи гласитъ, что тому же вѣдомству подлежатъ и „иски о правѣ участія частнаго (зак. гражд., ст. 442, 445 — 451), когда со времени его нарушенія прошло не болѣе *года*“. Встрѣчающееся въ этомъ послѣднемъ пунктѣ понятіе права участія частнаго для насъ пока остается не вполне разъясненнымъ; но его можно пока съ

удобствомъ замѣнить понятіемъ права на чужую вещь. Ст. 31 уст. гр. суд. содержитъ въ себѣ отрицательныя постановленія, указывающія предметы, не подлежащіе вѣдомству мирового судьи, въ числѣ коихъ значатся „иски о правѣ собственности или о правѣ на владѣніе недвижимостью, утвержденномъ на формальномъ актѣ“. Болѣе важное указаніе на способы защиты владѣльческаго состоянія мы находимъ въ ст. 73 означеннаго устава. Эта статья гласитъ, что „по дѣламъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія мировой судья не входитъ въ разсмотрѣніе документовъ, удостоверяющихъ право собственности *на недвижимое имѣніе*, но лишь возстановляетъ нарушенное владѣніе“.

Вотъ главные мѣста законодательныхъ постановленій, изъ которыхъ мы можемъ извлечь ученіе о владѣніи, подлежащее нашему разсмотрѣнію. Не вполнѣ для общихъ цѣлей, а болѣе для цѣли спеціальной, именно для защиты казенныхъ имуществъ, эти же уставы 1864 года даютъ намъ рядъ статей, которыя, если и не вполнѣ способны освѣтить взгляды законодателя на природу этого института и на связь его съ характеромъ имуществъ движимыхъ и недвижимыхъ, то, по крайней мѣрѣ, достаточно знакомятъ съ точкой зрѣнія, съ которой законодатель разсматриваетъ вопросъ о *нарушеніи владѣнія*, что представляется для насъ, за неимѣніемъ болѣе положительныхъ данныхъ въ законодательствѣ, весьма важнымъ. Статьи, на которыя намъ придется обратить вниманіе, заключаются въ главѣ III раздѣла I книги III устава гр. суд. (1310—1315) „О порядкѣ производства дѣлъ въ случаѣ завладѣнія имуществомъ или нарушенія владѣнія“. Въ общихъ, не спеціально рассчитанныхъ на защиту казенныхъ имуществъ, статьяхъ, какъ мы видѣли, рѣчь идетъ о нарушеніи владѣнія; здѣсь же говорится о *завладѣніи*, т.-е. вводится понятіе, вовсе не однозначашее съ понятіемъ нарушенія владѣльческаго состоянія, хотя законодатель, судя по тексту общаго заголовка указанной главы III и по смыслу заключающихся въ ней статей, какъ будто отождествляетъ оба эти понятія. Ст. 1310 уст. гр. суд. гласитъ, что „дѣла... о завладѣніи недвижимымъ имуществомъ или о нарушеніи владѣнія подлежатъ вѣдомству мѣстныхъ мировыхъ судей, когда со времени завладѣнія или нарушенія владѣнія прошло не болѣе *шести мѣсяцевъ*“. Въ этой статьѣ рѣчь идетъ о дѣлахъ частныхъ лицъ съ казенными управленіями, а дѣла казеннаго управленія, за исключеніемъ указанныхъ, неподсудны мировымъ судьямъ (ст. 1289). Статья 1311 указываетъ, какъ и съ какого времени долженъ исчисляться указанный въ предыдущей (1310 статьѣ) шестимѣсячный срокъ, причемъ для

казенныхъ управленій онъ оказывается наиболѣе продолжительнымъ. Ст. 1314 говоритъ, что „частныя лица и общества, владѣющія имуществами казенныхъ управленій на правѣ пользованія, въ случаѣ нарушенія кѣмъ либо *ихъ* владѣнія, могутъ и непосредственно отъ себя предъявлять иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія“... Такимъ образомъ, защищается владѣніе не того, кому принадлежитъ право собственности на вещь и кто въ этомъ смыслѣ можетъ притязать на нее, а того, кто пользуется этой чужой собственностью. Эта статья важна въ томъ отношеніи, что ею устанавливаются примѣненія понятія владѣнія за предѣлы института собственности, въ область правъ на чужую вещь, гдѣ у римлянъ примѣняется *quasi possessio*.

Въ X т. мы найдемъ рядъ статей, въ которыхъ говорится о владѣніи вообще, и которыя могутъ служить средствомъ для установленія *понятія владѣнія*, не только отдѣльнаго отъ права собственности, но и независимаго отъ вопроса о правѣ вообще. Эти статьи, 513, 514, 523—525, 531, 532, 534 и 690 X т., представляются важными лишь какъ средство для того, чтобы уяснить себѣ, какъ нашъ законодатель отдѣляетъ вопросъ о правѣ владѣнія, съ одной стороны — отъ вопроса о правѣ собственности, а съ другой — отъ вопроса о владѣніи, независимомъ отъ права вообще.

Извлекая все существенное изъ указанныхъ выше статей, мы можемъ коротко передать ихъ содержаніе. По смыслу этихъ статей, владѣніе можетъ соединяться съ правомъ собственности, и тогда оно именуется владѣніемъ *вотчиннымъ* (513); это вообще владѣніе, основанное на титулѣ или владѣніе съ правооснованіемъ. Затѣмъ, ст. 522 говоритъ, что „владѣніе можетъ быть законное и незаконное, добросовѣстное и недобросовѣстное“, причемъ ст. 524 поясняетъ, что „владѣніе признается законнымъ, когда имущество *пріобрѣтено* способами, въ законахъ дозволенными“, а ст. 525, что „владѣніе незаконное можетъ быть подложное, насильственное или самовольное“. Далѣе, въ слѣдующихъ статьяхъ, мы находимъ опредѣленія этихъ видовъ незаконнаго владѣнія. Особенно важной представляется ст. 531, которая говоритъ, что „всякое, даже и незаконное, владѣніе охраняется правительствомъ отъ насилія и самоуправства дотолѣ, пока имущество не будетъ присуждено другому и сдѣланы надлежащія по закону, о передачѣ онаго, распоряженія“. Наконецъ, ст. 532 разъясняетъ, что „незаконное владѣніе можетъ быть прекращено по рѣшенію судебного мѣста, вошедшему въ законную силу... или дѣйствіемъ... полиціи“.

Отвѣтъ на вопросъ, чего именно касаются приведенныя статьи, т.-е. о владѣніи какимъ имуществомъ въ нихъ говорится, мы находимъ въ ст. 534, которая постановляетъ, что „движимыя вещи *посчитаются собственностью* того, кто ими владѣетъ, доколѣ противное не будетъ доказано“. Эта формула очень напоминаетъ art. 2279 С. с., именно ея начальное положеніе. Но у французовъ означенная статья развиваетъ далѣе вопросъ о владѣніи вещью потерянной или похищенной, о правѣ виндицировать такую вещь у владѣльца и объ ограниченіяхъ виндикаціи опредѣленнымъ срокомъ въ опредѣленныхъ условіяхъ (art. 2280). Наша ст. 534 крайне отрывочна и мало уясняетъ вопросъ виндикаціи движимостей. Нѣтъ сомнѣнія, что предшествующія статьи (513—533) исторически образовались и нынѣ примѣняются въ области споровъ по недвижимостямъ.

Въ статьяхъ 531 и 532, въ которыхъ говорится объ охранѣ владѣнія, хотя бы это владѣніе было и незаконно, мы находимъ моментъ, который законодатель кладетъ въ основаніе различенія двухъ способовъ защиты, *петиторнаго* и *поссессорнаго*. Прежде чѣмъ возникаетъ споръ о *правѣ* владѣнія, можетъ быть предъявленъ споръ о владѣніи, независимо отъ того, законно оно или незаконно. Возможность такого раздѣленія, такой независимости другъ отъ друга двухъ исковъ — петиторнаго и поссессорнаго — свидѣтельствуется массою случаевъ практики, гдѣ эти иски предъявляются и рассматриваются судомъ, каждый отдѣльно. Въ указанныхъ статьяхъ мы имѣемъ данное законодателемъ различеніе двухъ способовъ дѣйствія въ вопросѣ о притязаніи къ вещамъ, съ одной стороны — способа, ограждающаго только владѣніе, а съ другой — способа, рассчитаннаго на отысканіе права. При первомъ способѣ разсмотрѣнію суда подлежитъ не юридическій характеръ владѣнія, а данныя чисто-фактическаго свойства.

Изъ указанныхъ выше статей видно, что послѣдствіемъ чисто-владѣльческаго состоянія, на которое указываетъ законодатель, является *защита* такого владѣльческаго состоянія. На другое послѣдствіе владѣнія ясно указываетъ 533 ст., которая постановляетъ, что „спокойное, безспорное и непрерывное владѣніе *въ видѣ собственности* превращается въ право собственности, когда оно продолжится въ теченіе установленной закономъ давности“. Изъ этой статьи видно, что право собственности въ этомъ случаѣ не составляетъ послѣдствія самаго владѣнія, чистаго владѣнія, но условливается еще рядомъ другихъ факторовъ, указанныхъ именно закономъ.

Что касается *реквизитовъ защиты владѣнія*, законодатель

обозначаетъ ихъ отрицательными признаками, владѣніе, хотя бы и „незаконное“, охраняется и проч. (ст. 531). Положительное условіе законодатель ставитъ для пріобрѣтенія *давностнаго владѣнія*: для послѣдняго необходимо владѣніе „въ видѣ собственности“. Для понятія защищеннаго владѣнія такой квалификаціи „въ видѣ собственности“ вовсе не требуется. Къ такому выводу легко придти изъ сопоставленія ст. 1314 Уст. Гр. Суд. и ст. 560 X т. Изъ этого сопоставленія ясно, что для пріобрѣтенія давностнымъ владѣніемъ права собственности нужно владѣніе на свое имя и въ видѣ собственности, тогда какъ для *защиты владѣнія* достаточны и болѣе слабые реквизиты. Ст. 560 X т. гласитъ слѣдующее: „для силы давности надобно владѣть *на правѣ собственности*, а не на иномъ основаніи. Какъ по сему одно пользованіе не составляетъ основанія къ праву собственности, то государственные крестьяне, городскія общества и духовныя установленія, равно всѣ тѣ, которымъ даны казенныя земли въ пользованіе на извѣстныхъ условіяхъ... не могутъ пріобрѣсти въ свою собственность, по праву давности, казенныхъ земель, состоявшихъ въ ихъ пользованіи, какъ бы долго то пользованіе ни продолжалось“... Итакъ, если лицо находится во владѣніи казенной оброчной статей, то его владѣніе не даетъ условій для превращенія его, по истеченіи десятилѣтняго срока, въ собственность. Только тогда владѣніе пріобрѣтаетъ свойство превращаться въ собственность, когда оно имѣетъ опредѣленныя въ законѣ черты, *общія съ правомъ собственности*. Между тѣмъ, тѣ самыя крестьянскія и городскія общества, о которыхъ говоритъ 560 ст. X тома, отрицая за ними способность пріобрѣтать въ собственность казенныя имущества *посредствомъ владѣнія ими*, могутъ, по силѣ 1314 ст. Уст. Гр. Суд., *требовать защиты* своего владѣльческаго состоянія самостоятельно.

Итакъ, мы видимъ, что, съ одной стороны, существуетъ владѣніе со слабыми реквизитами (напр., владѣніе незаконное, или владѣніе, хотя и законное, но на правѣ пользованія) и со слабыми послѣдствіями, а съ другой — существуетъ владѣніе съ болѣе строгими реквизитами и съ болѣе сильными послѣдствіями. Возможно установить скалу владѣльческихъ положеній, въ которой различается: 1) владѣльческое положеніе, меньшее чѣмъ защищенное владѣніе, — это простое держаніе вещи, *detentio*; 2) владѣніе, большее и съ большими послѣдствіями, чѣмъ простая *possessio* и, наконецъ, 3) чистая форма владѣльческаго состоянія. Эта послѣдняя форма владѣнія и составляетъ тотъ институтъ, который подлежитъ здѣсь особому разсмотрѣнію.

§ 2.

Анализъ Савиньи и Ihering'a. — Чистое владѣніе и его защита. — *Animus domini*. — Расширеніе предѣловъ защиты. — Матеріализація конструкціи. — Новые кодексы. — Владѣніе многихъ одной вещью. — Цѣль защиты владѣнія. — Посредственное владѣніе. — Прекращеніе. — Средства защиты.

Въ старой юриспруденціи одной изъ труднѣйшихъ проблемъ было перечисленіе всѣхъ послѣдствій, которыя влекло за собою владѣніе. Это условливалось тѣмъ, что самое понятіе владѣнія не было достаточно обособлено отъ разныхъ несущественныхъ для него примѣсей. Въ виду этого были писатели, которые насчитывали *до 72 послѣдствій владѣнія*. Савиньи замѣтилъ, что связанное съ этой массой послѣдствій владѣніе разумѣется далеко не въ его чистомъ видѣ. Задача, которую онъ принялъ на себя, состояла въ томъ, чтобы отдѣлить отъ чистой конструкціи владѣнія ненужныя и затемнявшія этотъ институтъ примѣси. Эту задачу Савиньи выполнилъ въ указанномъ выше сочиненіи. Въ результатѣ онъ достигъ значительнаго упрощенія всей конструкціи владѣнія, соединивъ послѣднее только съ двумя послѣдствіями: 1) съ *защитой* и 2) съ *давностью*. Къ этому прибавляли еще *приобрѣтеніе права собственности на плоды вещи добросовѣстнымъ ея владѣльцемъ*. Но если даже брать только два послѣдствія владѣнія, установленныя Савиньи, то и при такомъ составѣ владѣніе все-таки не будетъ представляться чистымъ, ибо и эти два послѣдствія получаются не изъ одного владѣнія какъ таковаго, а въ связи съ особыми реквизитами и особыми свойствами владѣнія.

Заслуга Р. Іеринга состоитъ въ томъ, что онъ выдѣлилъ еще строже понятіе чистаго владѣнія, признавъ для него только одно юридическое послѣдствіе, именно его *защиту*.

Чтобы вникнуть въ содержаніе ученія о владѣніи, ведущемъ къ защитѣ, слѣдуетъ помнить исходныя данныя Римскаго права, которое послѣ рецепціи оказало сильное вліяніе на все развитіе ученія о владѣніи. Однако, основы ученія, которыя даютъ намъ классики, не могутъ считаться исчерпывающими весь вопросъ о владѣніи въ его современномъ положеніи. Разность бытовой обстановки создаетъ разность соотвѣтствующихъ ей нормъ, а слѣдовательно, и разность построенія и ученія объ этомъ институтѣ.

Конструкція владѣльческой защиты въ Римскомъ правѣ преслѣдуетъ ту же цѣль, которую ставятъ себѣ современныя системы, именно обособленіе петиторнаго отъ поссессорнаго иска. Но это обособленіе проводилось у римлянъ иначе, чѣмъ въ современномъ правѣ. Такимъ образомъ, зная только Римское право, намъ было бы

весьма затруднительно понять состояніе вопроса о владѣніи въ нашемъ правѣ. Чтобы перейти отъ римскихъ понятій къ нашимъ, надо воскресить въ своемъ воображеніи картины иного быта, чѣмъ римскій и теперешній, стадію промежуточную между тѣмъ и другимъ, именно средневѣковую эпоху и способы огражденія владѣльческихъ состояній въ условіяхъ этого быта.

Мы не считаемъ возможнымъ излагать здѣсь подробно классическое ученіе и остановимся на немъ лишь настолько, насколько это безусловно необходимо. Савиньи, основываясь на классикахъ, думалъ, что для владѣнія, подлежащаго защитѣ, необходима наличность двухъ моментовъ: 1) *animus domini* и 2) *corpus possessionis*. Чтобы владѣніе защищалось *независимо отъ права*, для этого нужно, чтобы было намѣреніе лица владѣть вещью такъ, какъ владѣетъ ею собственникъ, и чтобы было физическое господство лица надъ вещью. Это и суть моменты приобрѣтенія владѣнія по Римскому праву.

Это ученіе о приобрѣтеніи владѣнія у Савиньи осложняется еще ученіемъ о *владѣніи производномъ*, гдѣ нѣтъ намѣренія владѣть вещью *animus domini*, но гдѣ владѣніе тѣмъ не менѣе все-таки защищается, какъ то бываетъ, напр., при секвестрѣ, залогѣ и *emphitheusis*’ѣ и друг. случаяхъ. Понятно, что эти случаи представляютъ отступленіе отъ *animus domini*. Далѣе, Савиньи, слѣдуя тоже классикамъ, даетъ намъ ученіе о владѣніи черезъ представителей и ученіе о прекращеніи владѣнія, *animus vel corpore contrario*, когда лицо не хочетъ или физически не имѣетъ возможности осуществлять свое владѣніе. Въ дополненіе къ этому, Савиньи излагаетъ ученіе о лицахъ, способныхъ владѣть на себя, въ связи со способностью ихъ вообще пользоваться правами; ученіе о вещьяхъ, способныхъ быть обладаемыми и, наконецъ, ученіе о защитѣ владѣльческихъ состояній посредствомъ интердиктовъ.

Теперь мы представляемъ себѣ во многомъ иначе конструкцію владѣнія; но простота защищаемаго Савиньи ученія сравнительно съ тѣмъ, что выработано въ этомъ отношеніи нами, до такой степени плѣнительна, что это классическое ученіе, во многомъ чуждое современной жизни, все же вліяетъ невольно на современную мысль. Тотъ *animus domini*, который, быть можетъ, способенъ служить первоосновой римскаго ученія о владѣніи и составляетъ тотъ моментъ конструкціи, который наиболѣе измѣнился въ нашемъ правѣ. Если Римское право знало одинъ типъ чистой собственности, то въ новѣйшихъ системахъ *права на вещь* до крайности отступаютъ отъ этого типа. Средневѣковые

ученые давали намъ не одну, а двѣ собственности на одну и ту же вещь: *dominium directum* и *dominium utile*. Мы знаемъ еще среднія образованія между правомъ на вещь и правомъ на дѣйствіе, которыя, какъ указано было выше, именуются правами къ вещи. Такъ что Римское понятіе объ *animus domini* не могло бы намъ ориентироваться въ нашихъ задачахъ, ибо во многихъ явленіяхъ нашего права подлинный *animus domini* отсутствуютъ, а между тѣмъ вещное правоотношеніе все же есть на лицо. Отсюда для нашего права является вопросъ: какъ слѣдуетъ мыслить этотъ *animus*, эту волю или намѣреніе лица по направленію къ вещи, независимо отъ титула? Наша конструкція владѣнія (въ германскомъ правѣ *Gewehre*, труды Лабанда, Штоббе, Гейслера и друг.) вмѣсто наличности *animus domini* признаетъ за условіе владѣнія наличность *animus rem sibi habendi*. Такъ какъ *animus rem sibi habendi*, какъ условіе владѣнія, представляется имѣющимъ приложеніе ко много болѣе обширной сферѣ явленій, чѣмъ *animus domini*, то, понятно, что мы съ этимъ критеріемъ должны допустить защиту владѣнія въ болѣе широкомъ объемѣ, чѣмъ римляне, и подводить подъ понятіе владѣнія такія явленія, которыя не подошли бы подъ него, еслибы мы искали въ нихъ *animus domini*. При этомъ широкомъ критеріѣ лицо можетъ вовсе не желать обладанія правами собственности на домъ, на землю и проч., которыми оно владѣетъ; но оно ищетъ установить для себя вещное правоотношеніе, а не личное только притязаніе. У этого лица, въ такомъ случаѣ, нѣтъ *animus domini*, но есть вполне достаточный признакъ владѣнія, именно *animus rem sibi habendi*. По римскому праву такое лицо будетъ простымъ нанимателемъ, арендаторомъ и пр., ни въ какомъ случаѣ не владѣлецъ дома, земли и т. п., ибо для всякаго владѣнія (кромѣ *possessio derivata*) они требовали именно *animus domini*, котораго при наймѣ, арендѣ нѣтъ и который для нашего права замѣняется наличностью *animus rem sibi habendi*. То же явленіе расширенной защиты владѣнія легко видѣть и въ нашемъ правѣ изъ приведенной выше статьи о крестьянахъ—съемщикахъ казенныхъ участковъ земли. Даже тотъ, кто не имѣетъ личнаго интереса владѣть вещью, какъ управляющій, хранитель вещи, рассматривается нынѣ какъ владѣлецъ, съ притязаніемъ на охрану его владѣльческаго состоянія.

Расширеніе предѣловъ защиты владѣнія не одинаково въ разныхъ современныхъ законодательствахъ. Во всякомъ случаѣ, мы уходимъ здѣсь далеко отъ латинскихъ образцовъ. Соотвѣтственно этому материализуется и самое ученіе о владѣніи (Ihering, Der

Besitzwille, Kuntze, Für u gegen Ihering, Pininsky, Saleilles). Изъ современныхъ кодексовъ сильный шагъ въ эту сторону сдѣлалъ прусскій ландрехтъ. Несомнѣнно сюда же склоняется и Ново-Германское Уложение. По ст. 854 не требуется для наличности владѣнія не только *animus domini*, но владѣніе можетъ принадлежать лицу и совершенно независимо отъ его намѣреній, разъ вещь состоитъ въ его фактическомъ господствѣ. Точно также въ случаяхъ наличности такого господства вовсе нѣтъ резона *доказывать* существованіе намѣренія, или того или другого его свойства, ибо таковое предполагается (Ihering, Besitzwille, Code civil art. 2228 и 2230). Расширеніе понятія защищеннаго владѣнія на очень большой кругъ лицъ видно въ ст. 868 Нѣм. Улож.

Какъ опредѣляется наличность владѣльческаго состоянія,—это вопросъ чисто эмпирической. Фактическая позиція владѣльца, отношеніе его къ вещи должно быть такимъ, какимъ оно было бы, если бы лицу принадлежало соотвѣтствующее право.

Въ практикѣ возможны случаи сочетанія интересовъ разныхъ лицъ при защитѣ ими *владѣнія одной и той же вещию*. Въ такомъ положеніи будетъ наниматель дома и его хозяинъ. Наниматель есть владѣлецъ и можетъ защищаться отъ вторженія хозяина. Но хозяинъ можетъ имѣть особый интересъ упражненія владѣльческой позиціи для производства ремонта, поправокъ въ домѣ. Въ этихъ предѣлахъ современное право, подходя ближе къ сочетанію матеріальныхъ интересовъ обѣихъ сторонъ, допускаетъ (Римское право остается въ этомъ отношеніи далеко позади насъ) двойственную владѣльческую позицію на одной и той же вещи, для хозяина и для нанимателя, въ предѣлахъ интересовъ того и другого, и каждому даетъ въ этихъ предѣлахъ защиту именно только его владѣльческой позиціи (Бэръ, Urth. d. Rgerichts, см. мой рефератъ въ Юр. Библ. Андреевскаго, № 94, у Бэра стр. 37 — 52; Герм. Улож. 1896 г., §§ 865, 866, особенно 868, mittelbarer Besitz, и 872 Eigenbesitzer).

Вопросъ, *ради чего* мы даемъ защиту владѣнію, представляется весьма любопытнымъ въ томъ отношеніи, что онъ долго раздѣлялъ писателей-юристовъ на два лагеря, вплоть до тѣхъ поръ, пока счастливыя мысли Іеринга не дали простого объясненія этому вопросу. Не вездѣ, гдѣ есть лицо, и не вездѣ, гдѣ есть вещь, имѣетъ мѣсто и владѣльческая защита. Владѣльческая защита имѣетъ мѣсто по отношенію только къ тому кругу лицъ, которыя способны къ юридическому обладанію вещами. Другое положеніе занимаетъ защита относительно лицъ, неспособ-

ныхъ къ юридическому обладанію вещами, напимѣръ, раба и зависимаго члена семьи у римлянъ. Тамъ, гдѣ въ силу законодательныхъ ограниченій, юридическая связь этихъ лицъ, умаленныхъ въ правоспособности, съ вещью невозможна, тамъ не существуетъ и защиты ихъ владѣнія по отношенію къ такой вещи. Отсюда мы можемъ установить положеніе, что *владѣніе охраняется тамъ, гдѣ есть возможность права*. Путемъ этой аргументаціи Іерингъ приходитъ къ заключенію, что *владѣніе защищается не ради себя, не само по себѣ, а ради возможности скрытаго въ немъ права*. Такова сфера защиты по отношенію къ лицамъ. Что касается сферы защиты по отношенію къ вещамъ, то, такъ какъ не всякая вещь можетъ стать предметомъ частнаго обладанія, то не всякая вещь должна быть и охраняема владѣльческими средствами въ рукахъ владѣльца. Допустимъ, что N ищетъ охраны владѣнія частью площади. Площадь не есть вещь, находящаяся *in commercio*, не есть вещь, предполагающая право собственности частнаго человѣка и пр. Владѣніе площадью не будетъ защищено, ибо по отношенію къ этому предмету не существуетъ такихъ видовъ права, гдѣ фактическое владѣніе есть первая стадія послѣдующаго юридическаго вещнаго отношенія. Слѣдовательно, *и по отношенію къ вещамъ*, такъ же, какъ и по отношенію къ лицамъ, сфера владѣльческой защиты опредѣляется тѣмъ, что *защита владѣнія дается въ предположеніи возможности права*. Относительно вещи, которая не можетъ стать предметомъ права, не дается и владѣльческой защиты, точно такъ же, какъ и относительно лица, неспособнаго быть субъектомъ права. Такимъ образомъ, мы можемъ сказать, что сфера примѣненія владѣльческой защиты вообще опредѣляется тѣми предѣлами, гдѣ такая защита нужна, какъ предшествующая стадія защиты права.

Для признанія владѣнія мы устанавливаемъ требованія, которые являются *лишь видимо* отрѣшенными отъ юридическихъ основаній, но нормально совпадающими съ юридическимъ обладаніемъ вещами или съ титулованнымъ владѣніемъ. Несомнѣнно, что когда мы опредѣляемъ наличность владѣнія и вѣроятіе права по признакамъ *симптоматическаго* внѣшняго діагноза, мы этимъ допускаемъ возможность защиты и такого владѣнія, гдѣ въ дѣйствительности при позднѣйшемъ изслѣдованіи не окажется никакого признака права. Нѣтъ, однако, сомнѣнія, что, устанавливая институтъ защиты владѣнія, мы не имѣемъ намѣренія защищать именно владѣніе вора, грабителя и пр., хотя у нихъ, безспорно, имѣется и *animus rem sibi habendi*, и *corpus possessionis*. Въ

отдѣльныхъ случаяхъ, конечно, намъ придется защищать и такое, противное праву, владѣніе, ибо, по нормѣ права, всякое, даже и незаконное, владѣніе защищается. Внимательно анализируя, однако, свойства конструкціи владѣнія, мы убѣждаемся, что охрана незаконнаго владѣнія составитъ не что иное, какъ только неизбежное послѣдствіе абстрактной конструкціи этой защиты, ибо мы охраняемъ владѣніе, *независимо отъ изслѣдованія его внутренней стороны*, независимо отъ его титула. Изъ сферы гражданскаго оборота можно привести рядъ аналогичныхъ примѣровъ. Мы допускаемъ, въ расчетъ на легчайшую оборотность нѣкоторыхъ денежныхъ обязательствъ, формулировку ихъ не на опредѣленнаго вѣрителя, а на любого обладателя или предъявителя цѣнной бумаги, въ которой это обязательство выражено, и этимъ мы несомнѣнно облегчаемъ недобросовѣстному приобрѣтателю (вору) воспользоваться такого рода цѣнностью. Въ этомъ отношеніи, стало быть, выгоднѣе была бы личная форма обязательственныхъ требованій. Никто не скажетъ, однако, что мы допускаемъ безымянные бумаги, чтобы поощрять воровъ. Бумаги на предъявителя допущены съ цѣлью облегчить цивильный оборотъ; облегченіе же воровской наживы или вообще возможности злоупотреблять этой формой обязательствъ есть лишь неизбежное зло, цѣной котораго достигаются всѣ удобства легчайшей оборотности такихъ цѣнностей (Theering). Это явленіе вполнѣ аналогично защитѣ владѣнія. Отстраняя для легкости защиты вещныхъ правъ изслѣдованіе *легальной стороны (титула) владѣнія* и защищая просто владѣніе, мы этимъ создаемъ натурально возможность злоупотребленій. Расчетъ, однако, въ результатѣ всегда оказывается совершенно правильнымъ, ибо въ *огромномъ большинствѣ случаевъ* охраной владѣнія пользуются вовсе не воры, грабители и т. п., а тѣ, у кого есть дѣйствительное право. Слѣдовательно, во всѣхъ этихъ и подобныхъ имъ случаяхъ, тенденція законодательства и устанавливаемыхъ имъ институтовъ служитъ интересамъ, согласнымъ съ правомъ, а не противнымъ ему.

На этомъ именно началъ Іерингъ и строить свою конструкцію владѣнія, опредѣляя сферу примѣненія института владѣльческой защиты границами той области отношеній, гдѣ существуетъ *возможность права*.

Если вездѣ, гдѣ есть право, должна быть защита, то дѣти, умалишенные и т. п. должны быть охраняемы въ ихъ владѣльческомъ состояніи совершенно такъ же и въ томъ же порядкѣ, въ какомъ оно охраняется для лицъ взрослыхъ и здравомысля-

щихъ. Для наличности защищеннаго владѣнія нужны *animus rem sibi habendi* и *corpus possessionis* (напр., собственникъ и наниматель, оба владѣютъ вещью на себя, причемъ одинъ распоряжается домомъ, а другой живетъ въ немъ). Понятное дѣло, что эти два требованія непримѣнимы непосредственно къ дѣтямъ, умалишеннымъ и т. п., которые, какъ извѣстно, не могутъ распоряжаться и владѣть отъ своего имени. Затрудненіе, при семъ возникающее, для признанія возможности защиты фактическаго владѣнія такихъ лицъ, устраняется тѣмъ соображеніемъ, что въ случаяхъ, касающихся защиты владѣнія недѣеспособныхъ, мы имѣемъ дѣло съ владѣніемъ черезъ представителя.

Съ цѣлью сдѣлать возможной защиту владѣнія лицъ, о которыхъ идетъ рѣчь, мы организуемъ необходимое для того обнаруженіе существенныхъ моментовъ владѣнія разными посредствующими способами. Мы знаемъ, что или въ силу закона — для дѣтей и умалишенныхъ, — или въ силу статута — для лицъ юридическихъ — возникаютъ такіе органы, которые являются органами охраненія и защиты не только юридическихъ, но и фактическихъ интересовъ этихъ лицъ, и которые защищаютъ эти интересы тѣми же владѣльческими средствами, которыя существуютъ для охраны владѣльческихъ интересовъ физическихъ лицъ, взрослыхъ и здравомыслящихъ.

Точно также, еслибы и для взрослыхъ мы ограничили сферу защиты владѣнія случаями нарушенія владѣнія осуществляемаго только ими самими лично, то это ограниченіе представлялось бы до крайности стѣснительнымъ. Выводъ отсюда былъ бы тотъ, что, оставляя, хотя на короткій срокъ, свою вещь, хозяинъ рисковалъ бы утратить выгоды владѣльческаго состоянія. Понятно, что допустить этого невозможно; поэтому невозможно и ограничивать сферы владѣльческой защиты рамками *личнаго* упражненія фактической стороны права. Отсюда само собою вытекаетъ, что *ученіе о посредственномъ владѣніи*, владѣніи черезъ другого, должно представляться очень развитымъ, имѣющимъ широкое примѣненіе и большую важность.

Въ этомъ отношеніи современными учителями за исходный моментъ ученія принимаются данныя римскаго права и нельзя сказать, чтобы въ этомъ вопросѣ римское право не представляло для насъ много практическаго интереса. Хотя объемъ или размѣръ примѣненія понятія посредственнаго владѣнія для нашего права иной, чѣмъ для римскаго, тѣмъ не менѣе основныя положенія, взятые оттуда, удерживаются и современнымъ правомъ, какъ близкое отраженіе и современныхъ практическихъ потребностей,

отраженіе, которое, несмотря на силу римскихъ абстракцій, сохраняетъ всю фактическую жизненную сторону дѣла.

Римляне говорятъ, что тамъ, гдѣ нѣтъ статута, въ силу котораго оба момента владѣнія (animus и corpus) упражняются за владѣльца другимъ лицомъ, тамъ animus всегда долженъ принадлежать владѣльцу вещи. Лицо, уходя, напр., на время изъ своей квартиры, не теряетъ, въ виду такого ухода, animus; у него недостаетъ только corpus possessionis. Но этотъ corpus possessionis, на все время ухода изъ квартиры ея хозяина, упражняется за него другимъ лицомъ. У послѣдняго остается corpus владѣнія, но не за себя и себя ради, а за хозяина и хозяина ради. Въ этомъ случаѣ слуга есть представитель владѣльческаго состоянія хозяина.

Такимъ образомъ, лицо можетъ стать во владѣльческое состояніе, приобрести и удерживать его при содѣйствіи другихъ лицъ, которыя, въ силу тѣхъ или другихъ условій, напр., личного найма — для прислуги, имѣютъ намѣреніе подчинять свои дѣйствія волѣ этого лица. Такая форма посредственного владѣнія, или владѣнія черезъ представителя, имѣетъ очень обширное примѣненіе. Римляне считали такимъ представителемъ чужого владѣнія нанимателя, арендатора земли, нанимателя квартиры и т. п. Мы, какъ увидимъ ниже, въ этомъ расходимся съ римлянами. Но, по нашему праву, такимъ представителемъ несомнѣнно будетъ тотъ, кто за насъ упражняетъ, по нашему порученію, наше владѣльческое право.

Сдѣлавъ анализъ моментовъ возникновенія владѣльческаго состоянія, мы должны также остановиться и на моментѣ его прекращенія. Разъ возникшее владѣніе продолжаетъ существовать до тѣхъ поръ, пока нѣтъ осязательныхъ признаковъ его прекращенія или уничтоженія. Владѣніе только тогда можетъ считаться прекращеннымъ, когда та или другая сторона его состава, тотъ или другой моментъ, необходимый для существованія владѣнія (animus или corpus), перестаютъ опредѣлять связь лица съ вещью, когда становится ясно, что лицо, прежде хотѣвшее быть владѣльцемъ, теперь или перестало этого хотѣть, или перестало имѣть возможность осуществлять свою волю. Напр., лицо владѣющее такъ измѣняетъ свои отношенія къ вещи, какъ вовсе не допускается обычными, нормальными положеніями практики, которыя только при наличности извѣстныхъ отношеній лица къ вещи признаютъ существованіе владѣнія и тѣмъ самымъ отрицаютъ его въ случаяхъ отношеній, ненормальныхъ для хозяина.

Какъ владѣніе можетъ возникать приобрѣтательными актами

владѣльца, *animo vel corpore* — посредствомъ личной непосредственной его дѣятельности, или черезъ и при содѣйствіи ему въ этомъ представителя, такъ точно и прекращеніе владѣнія можетъ совершаться или непосредственнымъ дѣйствіемъ владѣльца, или черезъ и при содѣйствіи представителя. Однако, въ тѣхъ случаяхъ, когда представитель измѣнилъ бы только свое намѣреніе владѣть на имя лица, имъ представляемаго, но не совершилъ бы соотвѣтствующихъ этому измѣненію дѣйствій, всѣ старые и современные кодексы, начиная съ римскаго права и кончая французскимъ и саксонскимъ, одинаково признаютъ одно измѣненіе намѣренія недостаточнымъ для того, чтобы считать владѣніе отъ того прекратившимся. Только *corpore contrario*, когда представитель, напр., бросаетъ или оставляетъ порученную его заботамъ вещь, владѣніе ею со стороны ея дѣйствительнаго владѣльца можетъ считаться прекратившимся. Изъ того, что, при измѣненіи *animus* со стороны представителя относительно владѣмой вещи, у владѣльца ея не прекращается его владѣльческое состояніе, видно, что роль представителя есть роль, позитивно регулированная правомъ по соображеніямъ разсчета и цѣлесообразности.

Таковы элементы ученія о владѣніи, какъ они даются современными законодательствами и юридической практикой и какъ — для нашего права — они постепенно уясняются нашею кассационною практикою.

Намъ остается теперь сказать о *защитѣ владѣнія*. Въ этомъ ученіи есть сторона, которая должна быть знакома изъ Римскаго права. У римлянъ, какъ извѣстно, существовало два вида владѣльческой защиты: 1) иски, ограждающіе существующее владѣніе отъ возможныхъ безпокойствъ — *interdicta retinendae possessionis* и 2) иски, направленные на защиту нарушеннаго уже владѣнія — *interdicta recuperandae possessionis*. Первые иски направляются противъ того, кто такъ или иначе безпокоитъ владѣльца въ его владѣніи: вторые — противъ того, кто нарушилъ чужое владѣніе. Эти иски римскаго права — *interdicta retinendae* и *interdicta recuperandae possessionis* — съ теченіемъ времени перешли въ юридическую практику европейскихъ народовъ, и, благодаря вліянію французскаго права на наше, вопросъ объ этихъ искахъ не чуждъ и нашему праву.

Дѣло въ томъ, что старый римскій искъ — *interdictum retinendae possessionis*, не вполне соотвѣтствовалъ потребностямъ въ защитѣ въ средніе вѣка, въ теченіе которыхъ происходила рецепція Римскаго права. У римлянъ мы видимъ быть несравненно болѣе замиренный, чѣмъ у средневѣковыхъ варваровъ. Если рим-

ляне опасались не только нарушеній владѣнія, влекшихъ его возстановленіе посредствомъ суда, но даже предусматривали особую охрану владѣнія отъ безпокойствъ, то средневѣковая тенденція защиты владѣнія, уже нарушеннаго, имѣла цѣлью, по возможности скорѣе, прекратить или предупредить проявленіе кулачнаго права, къ которому могли подавать поводъ случаи нарушенія владѣнія (*ne ad arma, ne ad rixas veniant partes*). По этой причинѣ, суду приходилось рѣшать возникающіе споры быстро, такъ сказать, на мѣстѣ ихъ возникновенія. Въ этихъ условіяхъ тѣ изслѣдованія, которыя являлись необходимыми въ римскомъ процессѣ при *interdictum uti possidetis*, а именно: изслѣдованіе того, какъ данное лицо владѣетъ вещью отъ противника, не владѣетъ ли силою, тайно, или по просьбѣ на время (*precario*), очевидно, по трудности и сложности своей, не могли имѣть мѣста. Суду приходилось рѣшать дѣла не по этимъ, не только различнымъ, но и отдѣльнымъ признакамъ владѣнія, а по первымъ внѣшнимъ признакамъ (*possessorium summarissimum*), что значительно облегчало судебное изслѣдованіе возникающихъ споровъ. Собственно здѣсь только дѣло шло прямо о владѣніи; въ *possessorium summarium* владѣніе уже квалифицировалось, какъ относительно лучшее, и все изслѣдованіе приближалось къ петиторному процессу. *Possessorium summarium* имѣло примѣненіе не только къ случаямъ удержанія владѣнія, но и къ возврату уже нарушеннаго владѣнія (рекуператорное дѣйствіе).

Въ тѣхъ случаяхъ, когда насильственно нарушалось владѣніе, въ основаніе его защиты въ очень широкомъ примѣненіи положенъ былъ каноническимъ правомъ особый принципъ, основанный на канонѣ „*Reintegranda*“ (первыя слова извѣстнаго канона, взятаго въ составъ каноническихъ источниковъ изъ Лже-Исидоровскихъ декреталій, которыя, какъ извѣстно, каноническимъ правомъ отвергаются, какъ подложныя). Отсюда развилась защита каждаго, кто является *spoliatus*, защита разными методами, въ числѣ коихъ *actio spoli* играетъ весьма важную роль. Именно, эта *actio spoli* и удержалась, какъ въ высокой степени практической институтъ. Средневѣковая *actio spoli*, по происхожденію, принадлежитъ исключительно церкви. Первоначально этотъ искъ возникъ по поводу весьма часто въ средніе вѣка повторявшихся случаевъ захватовъ церковныхъ должностей и имуществъ. Защитой, которая давалась при этомъ владѣнію, устанавливалось правило что тотъ, надъ кѣмъ было совершено насиліе, долженъ быть прежде всего возстановленъ въ своемъ владѣніи — *spoliatus ante omnia restituendus*. Это практическое правило, выработанное кано-

ническимъ правомъ, чрезвычайно соотвѣтствовало средневѣковому быту и тогдашнимъ порядкамъ. Основаніемъ для такой защиты считалась наличность болѣе осязательныхъ условій *des jüngsten Besitzes*, позднѣйшаго владѣнія, непосредственно предшествовавшего его нарушенію, тогда какъ при *possessorium ordinarium* торжествовало относительно старѣйшее владѣніе. Отъ этой начальной формы средневѣковой владѣльческой защиты спорящимъ сторонамъ предоставлялось впослѣдствіи обращаться какъ къ защитѣ посредствомъ системы римскимъ поссессорныхъ исковъ, такъ и къ защитѣ искомъ петиторнымъ. Особенно частое примѣненіе этотъ искъ имѣлъ въ вопросахъ о владѣніи правами.

Эта *actio spoli* каноническаго права въ нѣсколько измѣненномъ видѣ вошла впослѣдствіи и во многія свѣтскія законодательства и особенно полно была усвоена Прусскимъ кодексомъ, допустившимъ ее въ видѣ широкой защиты владѣнія при наличности *animus rem sibi habendi*. При этомъ, прусское законодательство давало эту защиту тому, у кого было *der jüngste Besitz*. Что касается до того, какъ понималось это „позднѣйшее владѣніе“, то опредѣленія его были весьма различны, смотря по случаю, по свойству вещи, по характеру пользованія ею и по разнымъ другимъ обстоятельствамъ. Въ иныхъ случаяхъ „позднѣйшее владѣніе“ ограничивалось нѣсколькими днями, въ другихъ — годомъ со днемъ: въ третьихъ, наконецъ, оно опредѣлялось временемъ года, напр., относительно полей; послѣднимъ владѣльцемъ ихъ считался тотъ, кто владѣлъ ими въ послѣднюю осень.

До чего широко примѣнялась прусскимъ законодательствомъ владѣльческая защита въ видѣ *actio spoli*, видно изъ слѣдующаго. Намъ изъ предыдущаго извѣстно, что прусскій *Landrecht* признавалъ возможность существованія отдѣльнаго права на вещь неотдѣленную, напр., на плоды. По римскому праву, отдѣльнаго права на нихъ не могло быть: принадлежность права на нихъ опредѣлялась принадлежностью права собственности на вещь плодоприносящую. Прусское же право признавало возможность отдѣльнаго права на плоды. Это стоитъ въ связи съ той ролью, которую въ понятіи плода игралъ человѣческій трудъ. По римскому праву, разъ имъ не признавалось отдѣльнаго права на плоды, *eo ipso* не допускалась и защита владѣнія послѣднимъ. По прусскому законодательству признавалось право на плоды, и согласно общему правилу владѣльческая защита примѣнялась также и къ владѣнію неотдѣленными плодами.

У французовъ, право которыхъ отчасти заимствовало *actio spoli* изъ права каноническаго и сходится въ этомъ съ герман-

скимъ правомъ, такая владѣльческая защита называлась *action en réintégrande*. Постановленія французскаго права, касающіяся института владѣльческой защиты, оказали вліяніе и на нашъ кодексъ, именно на содержаніе 4-го пункта 29 ст. нашего Устава Гр. Суд., о которой мы говорили выше. На ряду съ этимъ примѣнялась *complainte*, но только для владѣнія длящагося годъ и квалифицированнаго (есть ли и теперь различіе этихъ исковъ — очень спорно, см. особен. законъ 25 мая 1838 г. п. 6, для мировой юстиціи). Общій принципъ обособленности владѣльческаго процесса отъ петиторнаго выраженъ въ *art. 25 C. de proc. civ.*, гдѣ читаемъ: *le possessoire et le pétitoire ne seront jamais cumulés*.

Французы вообще мало развили въ законодательствѣ теоретическую часть своего владѣльческаго права; институтъ же владѣльческой защиты получилъ свою законченность въ *Code de procédure civile*. Мы, создавая наши Судебные Уставы 20 Ноября 1864 года, обильно заимствовали многіе моменты французскаго процесса и въ числѣ прочихъ цѣликомъ взяли изъ *Code de procédure civile* и иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, замѣнивъ годичный срокъ шестимѣсячнымъ (сравни *Art. 23 Code de proc. civ.* и нашу 29 ст. Ус. Гр. Суд.).

Намъ остается сказать нѣсколько словъ о примѣненіи защиты владѣнія къ движимымъ вещамъ. По отношенію къ послѣднимъ, для ихъ защиты у римлянъ существовалъ до юстиніановской кодификаціи особый искъ — *interdictum utrubī*. Практика европейскихъ народовъ исходитъ въ этомъ отношеніи изъ другихъ началъ. *En fait de meubles*, говоритъ *Art. 2279 code civ.*, *la possession vaut titre*, т.-е. по отношенію къ движимостямъ, владѣніе замѣняетъ собою титулъ. Очевидно, слѣдовательно, что владѣніе движимой вещью нѣтъ никакихъ основаній защищать какъ владѣльческое состояніе, путемъ владѣльческой защиты, ибо самый фактъ владѣнія этой вещью равносителенъ праву на нее, и тотъ, кто владѣетъ, *eo ipso* имѣетъ право (тк. наз. *prescription instantanée*). Если бы могъ существовать искъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія движимостью, то онъ могъ бы разсматриваться только въ порядкѣ петиторнаго производства или уголовного (если къ вопросу о владѣніи примѣшивается вопросъ о преступленіи), а не поссessorнаго. Тотъ же взглядъ заимствованъ изъ французскаго права и нашимъ кодексомъ. Указанному постановленію французскаго кодекса соотвѣтствуетъ 534 ст. нашего X т., которая гласитъ: „движимыя вещи почитаются собственностью того, кто ими владѣетъ, доколѣ противное не будетъ

доказано“. Такимъ образомъ, для движимостей у насъ, какъ и у французовъ, простое обладаніе замѣняетъ титулъ, т.-е. правооснованіе. Новое Герм. Улож. даетъ защиту владѣнію въ условіяхъ прежняго *possessorium ordinarium* (§ 861), но вмѣстѣ съ этимъ и простому *detentor*’у предоставлена самооборона въ довольно широкихъ размѣрахъ, но не владѣльческіе иски (§§ 854, 858, 859, 860). Указаніе на это въ нашемъ законодательствѣ даетъ ст. 690 и примѣч. Тотъ процессъ, который выработала средневѣковая практика, *summariissimum*, не извѣстенъ новому кодексу.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Ученіе о правѣ собственности.

§ 2. Формальные отличительные признаки строенія института собственности. — Примѣненіе тѣхъ же критеріевъ къ явленіямъ родственнымъ, но не тождественнымъ. — Матеріальныя различія въ кругѣ лицъ и въ кругѣ вещей въ латинскомъ и современномъ институтѣ. — Различія средневѣковаго и современнаго строенія вещныхъ институтовъ. — Отличительные признаки понятія собственности, *полнота и исключительность* господства у римлянъ и у насъ. — Право собственности въ современныхъ кодексахъ. Ст. 420 т. X ч. 1. — *Юридическое* господство. — Институтъ владѣнія и собственности.

Слѣдующій послѣ владѣнія вопросъ, подлежащій разсмотрѣнію въ изложеніи системы отдѣльныхъ институтовъ вещнаго права, есть вопросъ о *правѣ собственности*. Это несомнѣнно центральный вопросъ не только въ системѣ вещныхъ правъ, но и во всемъ гражданскомъ правѣ, вопросъ, одинаково занимавшій и занимающій до сихъ поръ и юристовъ и экономистовъ и открывающій массу controvertz не только между экономистами, но и между цивилистами. Задача цивилистовъ прежде всего заключается въ установленіи *понятія собственности*. Задача нашихъ опредѣленій состоитъ или въ томъ, чтобы указать признаки, отличающіе одно явленіе отъ другого, одинъ видъ вещнаго права отъ другихъ его видовъ, или въ томъ, чтобы исчерпать самое содержаніе изучаемаго явленія. Когда мы говоримъ, что *правомъ собственности въ субъективномъ смыслѣ* мы называемъ *полную юридическую принадлежность лицу вещи*, то этими признаками мы отличаемъ эту форму обладанія вещами отъ другихъ формъ обладанія тоже вещами. Давая такое опредѣленіе, мы ограничиваемся чисто формальными отличительными признаками явленія. *Институтомъ собственности* мы называемъ совокупность юридическихъ нормъ, которыми опредѣляется такое тотальное обладаніе

лица вещью. Но уловить одни формальные признаки изслѣдуемаго явленія не значитъ познать его природу. Природа правъ вообще измѣнчива: таковы всѣ юридическіе институты гражданской системы. Формальные признаки полнаго обладанія или господства, въ отличіе отъ ограниченнаго господства лица надъ вещью, и нормы, которыми мы опредѣляемъ это живое явленіе, помогутъ намъ не смѣшивать его съ другими явленіями, но они не укажутъ намъ *содержанія* этого явленія и матеріальную сторону связанныхъ съ нимъ и вытекающихъ изъ него понятій, безъ чего природа самаго явленія остается для насъ непонятной. Такъ, если въ составѣ понятія собственности, какъ одинъ его моментъ, мы имѣемъ понятіе „лица“, то абстрактно конструкція не измѣнится, если мы допустимъ, что это лицо есть деспотъ, по отношенію къ которому все безправно. Но очевидно, въ этомъ случаѣ, въ явленіи *такого* господства лица надъ вещью мы будемъ имѣть дѣло не съ понятіемъ собственности и вообще не съ институтами частнаго права.

Точно также и формальное понятіе „вещь“ мало поможетъ намъ уразумѣть *сущность* собственности. Если въ кругъ вещей входятъ, напр., люди, то господство надъ такими „вещами“ съ нашей точки зрѣнія не имѣетъ никакого отношенія къ нашей собственности; такой „собственности“ мы не допускаемъ.

Изъ этого видно, что не любое господство лица надъ вещью, не любая норма для всякой исторической эпохи опредѣляетъ, *по существу*, явленія собственности и другихъ вещныхъ правъ, т.-е. что съ одними формальными признаками мы не уяснимъ себѣ живого и измѣнчиваго содержанія этого института. Намъ нужна извѣстная бытовая атмосфера, чтобы эти формальные элементы строенія наполнились живымъ содержаніемъ. Для правильнаго, полнаго освѣщенія института собственности намъ всегда необходимо имѣть въ виду историческія его судьбы; и только при этомъ методѣ различенія историческихъ стадій развитія этого понятія по эпохамъ, національностямъ и условіямъ культуры, формальные признаки понятія собственности оживаютъ для насъ, выходя изъ міра философскихъ тѣней и абстрактныхъ фигуръ въ область исторической дѣйствительности.

Если, такимъ образомъ, мы отрекаемся отъ исключительности формализма, сходя съ философскихъ высотъ въ область исторической дѣйствительности, то это не означаетъ отрицательнаго отношенія къ абстракціямъ вообще. Юриспруденція не можетъ отвергать ихъ пользу; ея абстракціи составляютъ необходимый техническій пріемъ, безъ котораго легко затеряться въ массѣ очень пестрыхъ явленій имущественнаго обладанія. Но эти абстрак-

ціи должны, подобно алгебраической формулѣ, изображать результаты, не разрушая элементовъ, изъ коихъ состоитъ жизненное явленіе господства лица надъ міромъ вещей. Классическая юриспруденція указала намъ методу примѣненія формальныхъ элементовъ юридическихъ конструкцій къ явленіямъ родственнымъ, но не тождественнымъ, съ тѣми, для коихъ первоначально служило такого рода построенія (*actiones directae* и *actiones utiles* или *fictitiae*).

Какъ для всякаго института, такъ и для института собственности, мы имѣемъ весьма цѣнныя юридическія абстракціи и нормы, составляющія стройную систему понятій, выработанныхъ на почвѣ живыхъ юридическихъ отношеній и характеризующихъ собою цѣлую эпоху права. Таковы именно абстракціи римскаго права для правъ вещныхъ вообще и въ особенности для права собственности. Онѣ служили для позднѣйшей юриспруденціи какъ бы маяками, чтобы ориентироваться въ неисчерпаемомъ богатствѣ новыхъ формъ вещнаго правообладанія, надежнымъ средствомъ, чтобы подчинить эту пестроту явленій правильной, надежной классификаціи и дать имъ болѣе или менѣе опредѣленную и законченную юридическую конструкцію. *По существу* своему латинскія понятія, образовавшіяся въ условіяхъ другой жизни, неспособны, натурально, дать намъ готовыхъ формулъ, прямо приложимыхъ къ нашей жизни, замѣнить намъ работу собственной мысли, не могутъ вполнѣ отвѣчать нашему историческому быту. Мы уже неоднократно указывали на необходимость такого сознательнаго, критическаго отношенія къ римскому праву, на необходимость пользованія его образцовыми по своей законченности конструкціями *только какъ средствомъ*, чтобы разобраться въ условіяхъ современной жизни, но отнюдь не для того, чтобы сжимать въ эти конструкціи крайне развитой, крайне богатый разнообразіемъ формъ вещнаго обладанія бытъ современной Европѣ. Эту мысль мы должны особенно подчеркнуть здѣсь при изложеніи института собственности. Абстрактное опредѣленіе этого института, выработанное на латинскихъ ученіяхъ, примѣненное къ нашей жизни совершенно буквально, оказало бы крайне вредное вліяніе на постановку задачи изученія этого института въ дѣйствующихъ нынѣ системахъ.

Обращаясь съ римскими критеріями къ нашей жизни, мы должны помнить, что наши конструкціи въ области вещнаго права далеко не отличаются простотой и ясностью римскихъ. Наши институты вещнаго права часто носятъ на себѣ признаки до такой степени близкаго къ пестротѣ живыхъ явленій характера,

что изученіе ихъ представляется до крайности труднымъ. Поэтому, мы и начинаемъ изученіе вещнаго права съ римскихъ конструкцій, какъ болѣе простыхъ, отвлеченныхъ и формально-законченныхъ, и съ ихъ помощью осматриваемся въ явленіяхъ нашей жизни, въ тяжелыхъ нерѣдко, грубыхъ построеніяхъ нашего вещнаго правообладанія. Тамъ, гдѣ можно сохранить черты старой конструкціи, мы ихъ удерживаемъ, но онѣ наполняются нерѣдко новымъ, совершенно отличныхъ отъ латинскихъ типовъ содержаніемъ.

И въ римской собственности мы встрѣчаемся съ понятіемъ лица, и въ современной, но кругъ лицъ у насъ не тотъ, который былъ у римлянъ: у насъ каждый можетъ пользоваться правомъ собственности, у римлянъ кругъ лицъ ограниченъ сравнительно небольшимъ числомъ полноправныхъ. Затѣмъ, кругъ собственниковъ значительно расширился еще и въ другую сторону: вмѣстѣ съ историческимъ ходомъ развитія правовой жизни, рядомъ съ понятіемъ лица, какъ особаго и отдѣльнаго правообладателя-человѣка, постепенно развивается и получаетъ весьма большое значеніе понятіе лица коллективнаго.

И для понятія вещи мы также должны указать значительныя измѣненія, аналогичныя тѣмъ, которыя указаны для лица. Если взять понятіе вещи въ римскомъ правѣ и понятіе о немъ современнаго права, то между обоими окажется очень существенная разница, исключительно объясняемая иными культурными условіями нашего быта сравнительно съ бытомъ римскимъ. У римлянъ въ кругъ вещей входили люди; мы вовсе не допускаемъ такого предмета собственности. Далѣе, современное право въ кругу тѣлесныхъ вещей проводитъ настолько глубокое различіе въ строеніи обладанія вещами недвижимыми и движимостью, что мы ничего подобнаго не можемъ указать въ *юстиніановской кодификаціи*. Соответственно этому въ составѣ института собственности намъ необходимо различать двѣ конструкціи, изъ которыхъ одна обнимаетъ собою права по обладанію недвижимостями, а другая — особаго свойства обладанія вещами движимыми. *Право собственности, смотря по тому, къ какимъ изъ этихъ вещей оно относится, получаетъ соответственныя модификаціи не только въ смыслъ его объема, полноты, разныхъ ограниченій; но и способовъ приобрѣтенія и способовъ защиты.*

Идя далѣе, мы видимъ, что современное право въ области институтовъ вещнаго права далеко не допускаетъ того обилія формъ исключительнаго обладанія вещами, которыя характеризовали средневѣковый бытъ, тѣхъ, такъ сказать, самозаконныхъ

конструкцій обладанія, особливо недвижимостями, которыя служили интересамъ отдѣльныхъ союзныхъ группъ и нерѣдко прямо противорѣчили общему соціальному интересу свободного имущественнаго обмѣна.

Наша недвижимая собственность, сохраняя признаки частной собственности, въ смыслѣ прямого, непосредственнаго отношенія лица къ вещи, допуская поэтому отчужденіе, защиту, обремененіе долгами имущества и т. п., исключаетъ такія формы обладанія, которыя могли бы угрожать интересамъ общежитія. Мы знаемъ множество ограниченій въ правѣ собственности, которыя, однако, не исключаютъ *цивильнаго господства* лица надъ вещью. Это мы наблюдаемъ какъ относительно городской собственности, такъ и въ области сельскаго землевладѣнія, гдѣ рядомъ съ признаніемъ частной собственности, безъ ущерба ея существеннымъ признакамъ, встрѣчается, напр., указной *minimum* дробленія участковъ и нѣкоторыя другія ограниченія, способныя компенсировать вредъ исключительныхъ формъ обладанія поземельными участками. Эти легальныя ограниченія права собственности заслуживаютъ особаго вниманія, разъясняя, въ какомъ смыслѣ мы должны понимать слова „*полное господство*“ въ примѣненіи къ праву собственности въ нашей дѣйствующей системѣ.

Сверхъ того, понятіемъ *собственности*, права собственности, обозначаются у насъ такія юридическія образованія, въ коихъ объектъ господства не представляется вовсе матеріальною вещью. Таково понятіе *собственности* литературной, художественной, промышленной, *propriété littéraire, artistique, industrielle*, которое нѣмцы предпочитаютъ именовать правомъ автора на его произведенія, *Urheberrecht*. Мы имѣемъ, наконецъ, особаго типа обязательственныя правоотношенія, гдѣ съ обладаніемъ, съ держаніемъ документовъ связаны двойственныя консеквенціи, частью чисто вещнаго, частью обязательственнаго характера.

Эти наши предварительныя замѣчанія облегчатъ намъ въ дальнѣйшемъ изученіе понятія и признаковъ собственности въ формальномъ и матеріальномъ смыслѣ и въ смыслѣ модификацій ея въ связи съ различіемъ вещей движимыхъ и недвижимыхъ, матеріальныхъ, нематеріальныхъ, составляющихъ объектъ частнаго обладанія лица въ современныхъ системахъ (ср. Герм. Улож. Разд. III, тит. 2-й и 3).

Слѣдуя въ изученіи собственности указанному методу приближенія абстрактныхъ элементовъ строенія къ даннымъ дѣйствительности, мы увидимъ, что признаки собственности, полнота и исключительность принадлежности лицу вещи, перестаютъ вводить

насъ въ заблужденіе. Этотъ методъ или пріемъ истолкованія юридическихъ понятій не новъ и давно признанъ правильнымъ. У руководящихъ западныхъ писателей мы встрѣчаемъ взглядъ на способность юридическихъ понятій развиваться вмѣстѣ съ исторіею. Особенно отчетливо эта мысль выражена Терингомъ, который говоритъ, что „die juristischen Grundbegriffe tragen einen historischen Character“. Изученіе собственности мы начнемъ, какъ указали выше, съ римской конструкціи, какъ наиболѣе простой и законченной. Но отличаясь формальной красотой и законченностью, эта конструкція носить на себѣ характеръ полнаго соотвѣтствія лишь съ тѣми условіями времени, въ которое и для котораго она была создана.

Въ литературной обработкѣ нашего права мы встрѣчаемся съ двумя крайностями: или съ абстракціями, слишкомъ далеко отстоящими отъ жизни и потому безплодными, или съ обиліемъ формъ, не приведенныхъ ни къ какому формальному единству въ конструкціи.

Если бы мы захотѣли на римскихъ основаніяхъ установить понятіе собственности, у насъ получились бы слѣдующіе признаки: 1) понятіе собственности, прежде всего, явилось бы отличнымъ отъ всѣхъ другихъ вещныхъ правъ, особенно отъ права на чужую вещь, признакомъ *тотальности*, *полноты* господства лица надъ вещью. Всѣ другія вещныя права, въ противоположность праву собственности, пришлось бы обозначить признакомъ *частичнаго* господства лица надъ вещью. 2) Къ этому признаку полноты мы должны были бы, для права римскаго, прибавить еще признакъ *исключительности* господства, который виденъ особенно въ огражденіи собственности *виндикаціоннымъ* *искомъ* (см. ст. 903 Гер. Улож.).

Не такъ легко и просто конструируется понятіе собственности *въ нашемъ правѣ*, гдѣ ни сфера частнаго права отъ публичнаго, ни кругъ вещей *тѣлесныхъ* и *бездѣльныхъ*, ни обозначеніе ихъ юридическихъ свойствъ далеко не разграничиваются такими рѣзкими линіями, какъ въ римскомъ правѣ. Отсюда формальные признаки, отъ которыхъ намъ иногда нельзя отказаться и при анализѣ современныхъ явленій и при опредѣленіи нашихъ юридическихъ конструкцій, нерѣдко далеко не такъ ей соотвѣтствуютъ какъ было желательно, ибо составляютъ отвлеченіе не отъ нашей жизни, а иногда буквальное повтореніе римскихъ юридическихъ категорій.

Если мы возьмемъ легальные опредѣленія, которыя даетъ намъ X т., то въ нихъ для права собственности мы найдемъ

известную группировку формальных и материальных элементов, из которых складывается *право собственности*. Ст. 420 X т. гласитъ: „*Кто, бывъ первымъ пріобрѣтателемъ имущества, по законному укрѣпленію его въ частную принадлежность, получилъ власть, въ порядкѣ, гражданскими законами установленномъ, исключительно и независимо отъ лица посторонняго владѣть, пользоваться и распоряжать онымъ вѣчно и потомственно, доколѣ не передастъ сей власти другому, или кому власть сія отъ перваго ея пріобрѣтателя дошла непосредственно, или черезъ послѣдующія законныя передачи и укрѣпленія: тотъ имѣетъ на сіе имущество право собственности*“. Въ этомъ пространномъ опредѣленіи заключается много разнообразнаго содержанія. Надо замѣтить, что постановленіе этой статьи есть своеобразная передача французскаго оригинала съ добавочными вставками изъ старыхъ указовъ. Для уразумѣнія смысла опредѣленіе, которое даетъ наша 420 ст. X тома, полезно обратиться къ французскому кодексу тѣмъ болѣе, что въ немъ то же самое выражено несравненно проще и удобопонятнѣе. Art. 544 Code civil говоритъ: *La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les réglemens*“, т.-е. право собственности есть власть пользоваться и располагать вещами наиболѣе неограниченно, съ тѣмъ, однако, чтобы онѣ не служили для такого употребленія, которое возбранено законами или регламентами. Таково французское опредѣленіе собственности. Ст. 903 Гер. Ул. еще короче и проще. Если взять, затѣмъ, наше опредѣленіе собственности, сдѣланное въ 420 ст., то мы увидимъ, что подъ всѣ данные нашимъ легальнымъ опредѣленіемъ признаки собственности можно съ удобствомъ подвести и такіе виды обладанія лица *имуществомъ*, которые отнюдь не составляютъ права собственности. Въ текстъ 420 ст. мы можемъ, напр., вмѣсто понятія „вещи“, которая *должна* составлять объектъ собственности, поставить понятіе „требованія“, ибо и требованія составляютъ „имущество“, и всѣ признаки, которыми очерчивается въ этой статьѣ обладаніе *вещью* на правѣ собственности, окажутся пригодными и для характеристики обладанія въ сферѣ обязательственнаго права. Отсюда легко заключить, что признаки собственности, даваемые нашимъ законодательствомъ, непригодны къ тому, чтобы способствовать построенному на нихъ опредѣленію собственности достигнуть тѣхъ цѣлей, къ которымъ должно стремиться всякое юридическое опредѣленіе и которыя заключаются въ томъ, чтобы, по возможности, различить одно юридическое явленіе отъ другого.

Легальное опредѣленіе собственности въ нашемъ законодательствѣ такого различія по существу разнородныхъ явленій, взятыхъ изъ двухъ разнородныхъ сферъ гражд. права, именно и не даетъ. — Этимъ однако, еще далеко не исчерпываются недостатки указанной 420 ст. X т. Матеріальное опредѣленіе права собственности посредствомъ перечисленія ея внутреннихъ моментовъ, хотя исторически, для нашей системы, вполне понятное, не можетъ быть признано правильнымъ, какъ не исчерпывающее въ дѣйствительности всего содержанія права собственности, такъ какъ съ потерей владѣнія, пользованія и распоряженія вещь, право собственности на нее все же еще не потеряно, ибо у собственника остается *nuda proprietas*, *nudum jus* съ его важнымъ послѣдствіемъ, составляющимъ столь характерную особенность института собственности, т.-е. *jus recadentiae* (это право заключается въ томъ, что разъ всѣ тѣ частичныя права, которыя изъ права собственности были выдѣлены, почему-либо прекращаются у субъектовъ этихъ частичныхъ правъ, то эти права *сами собой*, безъ особаго акта приобрѣтенія, возвращаются къ собственнику).

Затѣмъ, ст. 420, повидимому, должна дать общее опредѣленіе права собственности, обнимающее весь этотъ институтъ, между тѣмъ это опредѣленіе въ дѣйствительности относится къ недвижимой собственности, такъ какъ по отношенію къ движимой собственности, нѣтъ необходимо ни особаго укрѣпленія, ни раздѣленія между владѣніемъ и правомъ, какое установлено для недвижимостей.

Итакъ, ст. 420, съ одной стороны — слишкомъ обща, съ другой слишкомъ узка. При этомъ, однако, не бесполезно замѣтить, что первый недостатокъ встрѣчается не исключительно у нашего законодателя, а также и въ иностранныхъ кодексахъ. Для насъ, впрочемъ, важно здѣсь установить путемъ юридическихъ опредѣленій только различіе между двумя типами правоотношеній, вещнымъ и обязательственнымъ, потому именно мы и указываемъ, что опредѣленіе, данное 420 статьею, этой цѣли не достигаетъ, расширяя примѣненіе понятія собственности на всѣ имущества.

Итакъ, право собственности должно быть отлечено отъ права требованій, и ст. 420 не даетъ намъ признаковъ, необходимыхъ для такого различія. Чтобъ получить признаки собственности, мы попытаемся, какъ исходной точкою, воспользоваться римской конструкціей и тѣми двумя ея моментами, на которые было указано выше.

Римское право примѣняетъ институтъ собственности только

къ вещамъ, а не къ любымъ притязаніямъ лица въ сферѣ имущественныхъ отношеній. То же находимъ въ указан. выше art. 544 Code civil и въ нѣм. Гр. Улож. 96 г. въ § 903. — Такимъ образомъ для понятія собственности въ системѣ нашего права будутъ достаточны общіе признаки *полнаго, юридическаго господства* лица надъ тѣлесной вещью. Это понятіе можетъ безъ всякихъ опасеній быть принято нами, если мы дадимъ образующимъ его элементамъ значеніе и толкованіе, соотвѣтствующее условіямъ современнаго цивильнаго строя.

Что у насъ въ ст. 420 разумѣется подъ владѣніемъ, пользованіемъ и распоряженіемъ, соединеннымъ съ укрѣпленіемъ имущества въ одномъ лицѣ, а у французовъ обозначается выраженіями: *jouir и disposer* (nach *Belieben verfahren* у нѣмцевъ), т.-е. что такое полнота права собственности — объ этомъ мы скажемъ нѣсколько ниже. Теперь же мы остановимся на признакѣ, который заключается во взятомъ нами опредѣленіи собственности, именно на признакѣ *юридическаго господства*, который выражается въ нашемъ легальномъ опредѣленіи словами: „по законному его укрѣпленію... въ порядкѣ законами гражданскими установленномъ“ (ср. ст. 531 — всякое, даже и незаконное, владѣніе...). Въ литературѣ часто *понятіе владѣнія* вещью именно этимъ признакомъ отличается отъ *понятія права собственности* на вещь. Владѣніе опредѣляется при этомъ, какъ *фактическое* господство лица надъ вещью; собственность же — какъ *юридическое*. Для уясненія природы собственности этотъ признакъ юридическаго господства, въ отличіе отъ фактическаго, которымъ характеризуется владѣніе, имѣетъ, безъ сомнѣнія, существенное значеніе. Владѣніе, какъ намъ извѣстно, защищается *отрѣшенно* отъ какихъ бы то ни было основаній его пріобрѣтенія, оно защищается безразлично отъ того, что лежитъ въ основѣ владѣльческаго состоянія. Владѣніе одинаково защищается и въ томъ случаѣ, когда владѣлецъ есть собственникъ или наниматель, и въ томъ, когда владѣтель не собственникъ и не наниматель, а владѣлецъ незаконный. Все строеніе владѣльческаго института есть въ этомъ смыслѣ отвлеченное отъ правооснованій, въ этомъ смыслѣ *формальное*. Невольно напрашивается поэтому вопросъ, можно ли, въ виду этого, сказать, что владѣніе есть *только фактическое* господство лица надъ вещью? Чтобы отвѣтить на этотъ вопросъ, мы припомнимъ здѣсь мысли Авг. Тона по этому предмету, о которыхъ у насъ шла рѣчь ранѣе.

Какъ извѣстно, Тонъ думаетъ, что частное право, въ отличіе его отъ публичнаго, существуетъ тамъ, *гдѣ есть искъ*, предостав-

ленный лицу. Мы приняли выше этот формальный критерій для отличія права частнаго отъ публичнаго, ибо онъ представляется достаточно удобнымъ для этого. Владѣніе, какъ мы видѣли, пользуется частнымъ искомъ, направленнымъ на его (владѣнія) защиту. Слѣдовательно, владѣніе защищенное образуетъ въ этомъ смыслѣ частное право лица. И если этотъ признакъ — наличность иска — составляетъ непремѣнный и необходимый моментъ частнаго права, то несомнѣнно, что владѣніе есть именно частное *право*, что лицо владѣющее, какъ таковое, находится не въ безразличномъ для права положеніи. Это противорѣчитъ утвержденію, что владѣніе есть только фактическое господство. Въ самомъ владѣніи, так. обр., мы раскрываемъ моментъ юридическій, а не фактический только.

Далѣе, Тонъ думаетъ, что этимъ признакомъ иска можно опредѣлить все существо права. Тутъ начинается ошибка этого ученаго, происходящая, очевидно, отъ увлеченія формальной стороной дѣла и отъ невниманія къ сторонѣ матеріальной.

Дѣйствительно, Тонъ утверждаетъ, что все то, что касается пользованія, вообще Genuss'a, матеріальной стороны, не дѣло юристовъ. Что именно лицо будетъ производить съ вещью, которая ему принадлежитъ или которая находится въ его владѣніи, для права безразлично. Важно только, чтобы лицу были предоставлены средства приводить въ дѣйствіе норму, заключающую въ себѣ Verbot, запретъ всякому 3-ему мѣшать его пользованію. Так. обр., у Тона получаютъ слѣдующіе элементы конструкціи права вообще: норма, императивъ, запретъ и искъ — исключительно формальные моменты. Все, что скрываютъ за собою эти формальные элементы права, все то, на чемъ основана, напр., эта норма, или этотъ искъ, къ чему практически ведетъ такая охрана — все это для конструкціи Тона несущественно. Формальные элементы построеній, несомнѣнно, представляютъ высокій интересъ въ задачахъ опредѣленія природы юридическихъ явленій, но ими одними нельзя исчерпать всего содержанія юридическихъ институтовъ. Въ этомъ отношеніи конструкція Тона, построенная на одной формальной сторонѣ права, не представляется законченной и живою. Существуетъ, напр., норма, запрещающая самоуправство. Этой нормой всякому потерпѣвшему отъ нарушенія его правъ предоставляется искъ, направленный къ защитѣ нарушенной нормы. Такой искъ будетъ въ извѣстныхъ условіяхъ владѣльческимъ искомъ. Но совершенно тѣ же формальные моменты будутъ на лицо и въ способахъ защиты собственности, та же норма, искъ и лицо, приводящее эту норму и этотъ искъ въ движеніе.

Однако, *строение собственности и строение владѣнія существенно различны*. Очевидно, слѣдовательно, что характеристика любого явленія въ правѣ одними формальными признаками далеко недостаточна для опредѣленія ея природы. Все право состоитъ изъ нормъ и исковъ, но различіе тѣхъ и другихъ условлено нѣкоторыми внутренними данными, которыя не выражены въ конструкции Тона и которыхъ значеніе для состава различныхъ институтовъ очень существенно. — Съ той минуты *когда мы, вмѣсто отрѣшенной отъ правооснованія защиты, требуемъ защиты на почвѣ ясно выраженного правооснованія*, на опредѣленномъ титулѣ приобрѣтенія, съ этой минуты выступаетъ наружу ничѣмъ не согласимая разница между конструкціей Тона и дѣйствительностью, въ ближайшемъ приложеніи къ разсматриваемому вопросу, вся *разница между правомъ на вещь и владѣніемъ вещью*.

Так. обр., мы не находимъ возможнымъ на различіи *юридическаго и фактическаго господства* лица надъ вещью строить различіе собственности и владѣнія, ибо и *владѣніе есть юридическое господство*, разъ владѣніе защищается отъ нарушенія. Разница между собственностью и владѣніемъ будетъ заключаться не въ этомъ, а въ томъ, что господство лица надъ вещью во владѣльческомъ состояніи поставлено абстрактно и защищается независимо отъ правооснованій, тогда какъ въ правѣ собственности оно поставлено въ прямую зависимость именно отъ правооснованія. При владѣніи имѣетъ мѣсто только формальная защита; при собственности эта защита всякій разъ основывается на юридической базѣ. Соотвѣтственно этому тамъ, гдѣ дѣло идетъ исключительно о формальномъ (отрѣшенномъ отъ правооснованій) искѣ, тамъ все представляется сразу яснымъ, осязательнымъ, тамъ достаточно справки съ фактическимъ положеніемъ дѣлъ, чтобъ дать защиту, а потому и самый способъ защиты, отвѣчающей такому иску, можетъ быть съ удобствомъ предоставленъ органу суда, ближе другихъ стоящему къ самой жизни, каковы, въ особенности, органы мировой юстиціи.

Любопытно замѣтить при этомъ, что французскіе кодификаторы съ замѣчательнымъ тактомъ отнесли всѣ существенныя постановленія своего права по вопросу о владѣльческомъ искѣ и о защитѣ владѣнія не въ тѣ части кодекса, которыя посвящены матеріальному праву, а прямо въ область права формальнаго, въ область процесса, въ *Code de procédure civile*.

Итакъ, мы имѣемъ, съ одной стороны, *простую защиту* владѣльческаго состоянія безъ ссылки на какое-либо правооснованіе или владѣльческую защиту, дающую существованіе институту

владѣнія; съ другой стороны, мы имѣемъ *квалифицированную защиту*, построенную каждый разъ на объективно-извѣстномъ правооснованіи, и такая квалифицированная защита владѣнія характеризуетъ *право собственности*. Отсюда ясно само собою, что когда мы будемъ говорить о конструкціи института права собственности, то на первомъ планѣ у насъ явится ученіе о титулахъ и способахъ пріобрѣтенія собственности (*titulus et modus acquirendi dominii*), т. е. о такихъ матеріяхъ, которыя въ ученіи о владѣніи не могутъ быть затронуты, ибо пріобрѣтеніе владѣнія ограничено субъективнымъ признакомъ волеизъявленія владѣльца.

Такимъ образомъ, мы разсмотрѣли вопросъ о томъ, чѣмъ отличается конструкція собственности отъ конструкціи владѣнія, причемъ нами указанъ былъ и правильный пріемъ различать ихъ признаками, съ одной стороны, *юридическаго*, а съ другой — *фактическаго* господства лица надъ вещью. Результатъ тотъ, что владѣніе должно отличать отъ собственности. Но признакъ *юридическаго* и *фактическаго* господства слѣдуетъ разумѣть не въ томъ смыслѣ, что владѣніе — голый фактъ, а собственность — право, а въ томъ, что владѣніе защищается *отрѣшенно отъ правооснованія* (что не тождественно съ отсутствіемъ такового), а собственность — *въ виду извѣстнаго правооснованія*.

Итакъ, мы разобрали *формальный* составъ понятія собственности по тѣмъ его признакамъ, которые въ нашемъ легальномъ опредѣленіи обозначаются выраженіями: *законное укрѣпленіе имущества въ частную принадлежность, власть, въ порядкѣ, законами гражданскими установленномъ...*

§ 3.

Матеріальная сторона института собственности. — Исходныя точки въ средне-вѣковой системѣ вещныхъ правъ. — Двѣ собственности. — Полнота права собственности въ новыхъ системахъ и различіе полного и неполнаго права собственности въ т. X, ч. 1. — Условный смыслъ *полноты господства собственника*. — Стремленіе къ объединенію понятія собственности въ новое время. — Внѣшній характеръ ограниченій собственности. — Излишество двойственнаго построенія собственности въ нашей системѣ.

Такъ какъ мы не исчерпываемъ одной формальной стороной природу права, какъ это дѣлаетъ, напр., Тонъ, то въ дальнѣйшемъ намъ надлежитъ обратить вниманіе на матеріальную сторону въ юридическомъ строеніи понятія собственности. Эта матеріальная сторона института выражается въ разныхъ законодательствахъ весьма различнымъ образомъ: у французовъ выраже-

ніемъ — *droit de jouir et de disposer*; у насъ — *владѣніемъ, пользованіемъ и распоряженіемъ*. Этими выраженіями, вмѣстѣ взятыми, старались *исчерпать* содержаніе, матеріальную сторону права собственности. Но эти старанія совершенно безполезны, ибо, какъ правильно замѣчаетъ Тонъ, этой матеріальной стороны права вовсе нельзя исчерпать. Да въ этомъ нѣтъ также и необходимости. Предусмотрѣть и опредѣлить заранѣе все то, что можетъ сдѣлать собственникъ со своею вещью, очевидно, нѣтъ возможности. Въ этомъ отношеніи Тонъ совершенно правъ. Но дальше, когда намъ приходится проводить различіе между разнообразными видами вещнаго права, когда намъ нужно, напр., отличить право собственности, съ одной стороны, отъ владѣнія (какъ это было сдѣлано нами выше), а съ другой — *отъ правъ на чужую вещь*, въ этихъ случаяхъ намъ необходимо, чтобы избѣжать смѣшенія, такъ или иначе квалифицировать *матеріальное содержаніе каждаго изъ этихъ правъ*, а слѣд., и права собственности. Понятно само собою, что еслибы для этого намъ пришлось перечислять все то, что *можетъ* дѣлать собственникъ съ своею вещью: стричь шерсть съ барана, драть съ вола шкуру, собирать грибы въ своемъ лѣсу и пр., и пр., тогда это перечисленіе свелось бы къ задачамъ хозяйственной техники, а вовсе не юриспруденціи. Очевидно, юриспруденція не можетъ и не должна идти въ эту область. Ея задача заключается лишь въ томъ, чтобы опредѣленіемъ содержанія матеріальной стороны права дать отличіе собственности отъ другихъ вещныхъ правъ. Обозначая содержаніе права собственности признакомъ *полнаго* господства лица надъ вещью, какъ мы сказали выше, признаку полноты не даютъ безграничнаго содержанія, не понимаютъ полноту господства въ смыслѣ буквальному, а признаютъ ее относительной, допускаютъ ее постольку, поскольку она можетъ служить признакомъ, отличающимъ право собственности отъ другихъ вещныхъ правъ, въ особенности отъ права на *чужую вещь*. Что же касается правъ на чужую вещь, то содержаніе ихъ именно и можетъ быть опредѣлено только указаніемъ видовъ и способовъ пользованія ею до извѣстнаго предѣла. Такъ, въ числѣ правъ на чужую вещь законодательства перечисляютъ: право проѣзда и прохода, право вѣзда, право черпанія воды и т. п. *Въ совокупности этихъ частичныхъ правъ*, сосредоточенности въ рукахъ одного лица и думаютъ видѣть содержаніе права собственности; когда же эти права разумѣются въ отдѣльности и находятся въ обладаніи лица, посторонняго собственнику, тогда они, каждое въ отдѣльности, получаютъ наименованіе права на чужую вещь.

Такое перечисленіе, совершенно необходимое для конструкціи отдѣльныхъ правъ на чужую вещь, нѣтъ вовсе необходимости производить для права собственности въ его цѣльности и полнотѣ. Однако, почти во всѣхъ законодательствахъ, во французскомъ, во многихъ нѣмецкихъ, а также и въ русскомъ, допускается именно *этотъ приемъ перечисленія*. Римляне для опредѣленія объема отдѣльныхъ видовъ вещнаго права на чужую вещь дѣлаютъ всегда указаніе на ихъ содержаніе, а относительно собственности они употребляютъ простое выраженіе *dominium plenum*. Наоборотъ, у современныхъ кодификаторовъ мы замѣчаемъ склонность такъ или иначе, тѣмъ или другимъ методомъ исчерпать содержаніе этой *plenipotencia*. Эта склонность къ перечисленіямъ имѣетъ, какъ мы сказали выше, свои основанія *въ особенностяхъ историческаго процесса*, которымъ вырабатывались наши понятія вещнаго права.

Если принять во вниманіе, что въ европейскомъ правѣ понятіе собственности долгое время технически не различалось отъ понятія владѣнія, право личное отъ вещнаго, что въ теченіе долгаго времени приватное право, особенно по недвижимостямъ, не могло размежеваться отъ права публичнаго, и что вслѣдствіе этого наши юридическія конструкціи далеко не представлялись столь расчлененными, какими онѣ являются, напр., въ римскомъ правѣ, то не трудно будетъ представить себѣ, въ какомъ состояніи находилась мысль старыхъ юристовъ, эпохи предшествовавшей рецепціи римскаго права, и до какой степени нуждались они для опредѣленія разныхъ видовъ и формъ имущественнаго правообладанія именно въ подробномъ *матеріальномъ* перечнѣ ихъ содержанія. Метода перечисленій всего матеріальнаго состава юридическихъ понятій составляетъ тоже отличительную черту и *нашей старинной юриспруденціи* вообще и старыхъ опредѣленій, касающихся вопроса объ *обладаніи вещами, въ особенности*. Это былъ въ историческомъ смыслѣ, по счастливому выраженію Гарсоне, извѣстный *возрастъ* или извѣстная стадія развитія института собственности.

Когда въ Европѣ наступила эпоха рецепціи Римскаго права, тогда юристамъ предстояла альтернатива, или подчинить цѣликомъ всю пестроту тогдашнихъ правъ римскимъ конструкціямъ, — тогда эти конструкціи не имѣли бы никакой цѣны для жизни, не захватывали бы ея явленій, — или вводить въ юридическія формулы римскаго права не римское, а свое содержаніе, взятое изъ бытовыхъ данныхъ того времени. Юристы выбрали послѣдній путь, по крайней мѣрѣ, относительно конструкціи права собственности.

Но, пользуясь латинскимъ понятіемъ собственности, юристы того времени не затруднились различить внутри одного института конструкцію двухъ видовъ собственности, изъ коихъ одинъ представлялъ собою преимущественно формальную сторону собственности, соотвѣтствующую *верховному* обладанію, — *Obereigenthum*, а другой видъ тоже собственность, или ея строеніе, безъ формальныхъ реквизитовъ и элементовъ, но въ которой заключена вся матеріальная сторона права, всѣ *Nutzungsrechte*. Этому виду собственности, въ отличіе отъ перваго, присвоили наименование *Untereigenthum*. Такимъ путемъ возникли *два* собственности на одну вещь: у одного лица могло быть *dominium directum*; у другого — *dominium utile*. Итакъ, тѣ римскія понятія, которыхъ построеніе до такой степени просто и ясно, которыя въ то же время были чуждой новой жизни, когда пришлось примѣнить ихъ къ этой жизни, въ виду чрезмѣрной пестроты образованій дѣйствующаго права, должны были претерпѣть очень значительныя измѣненія. Когда образовалось такое раздвоеніе между формой (римскимъ опредѣленіемъ) и содержаніемъ (пестрота средневѣковыхъ вещныхъ правъ), тогда явилась необходимость по возможности *подробно исчерпывать это содержаніе*. Отсюда произошло то, что право владѣнія, пользованія и распоряженія, моменты, входившіе у Римлянъ въ понятіе полноты собственности, у насъ обособились и получили значеніе какъ бы рядомъ стоящихъ совокупныхъ признаковъ полноты (матеріальной) обладанія вещью. Отсюда, изъ этой ново-европейской терминологіи это переработанное и измѣненное римское понятіе собственности перешло и къ намъ и значительно повліяло на всю систему вещныхъ правъ въ нашемъ кодексѣ.

Нашъ законодатель въ ст. 423 X. признаки полноты собственности очерчиваетъ такъ: „право собственности есть *полное*, когда въ предѣлахъ, закономъ установленныхъ, *владѣніе, пользованіе и распоряженіе* соединяются съ *укрѣпленіемъ* имущества въ одномъ лицѣ или въ одномъ сословіи лицъ, безъ всякаго посторонняго участія“. Составъ этой статьи, по расположенію ея частей, представляется весьма любопытнымъ; онъ, такъ сказать, отражаетъ въ себѣ весь ходъ исторической выработки понятія собственности на Западѣ и всѣ тѣ элементы, изъ которыхъ въ процессѣ своего образованія суммировалось это понятіе. Формальной сторонѣ этого понятія соотвѣтствуетъ требованіе наличности *укрѣпленія* имущества; матеріальная заключается въ перечисленіи элементовъ собственности въ видѣ права владѣнія, пользованія и распоряженія, которыя на Западѣ, въ эпоху рецепціи,

мыслились какъ отдѣльно существующія, а потомъ объединялись въ одно понятіе собственности, что въ заключеніи также дѣлаетъ и ст. 423 (ср. особ. Пр. Ландр, ч. 1, тит. 8 § 1, близко § 903 Герм. Улож., а также § 9, 10, 11 Ландр., гдѣ различены *Proprietät* и *Nutzungsrecht*). Слѣдовательно, признаки полноты собственности, по нашему законодательству, сводятся къ тому, что за полнымъ собственникомъ безраздѣльно признается и *dominium directum* и *dominium utile*.

Рядомъ съ понятіемъ полной собственности, ст. 432 X т. устанавливаетъ понятіе *неполной собственности*, которому кодификаторъ даетъ рѣшающее значеніе для всей системы нашего вещнаго права. По ст. 432 существуютъ *разные виды неполной собственности*, и въ числѣ ихъ законодатель перечисляетъ такіа ограниченія собственности, наличность которыхъ для понятія полноты, въ принятомъ нами условномъ смыслѣ, вовсе не требуется. Съ другой стороны, и самыя ограниченія называются тоже *неполными* на то же имущество правами. Статья 432 гласитъ такъ: „право собственности бываетъ неполнымъ, когда оно ограничивается въ пользованіи, владѣніи и распоряженіи другими посторонними, также неполными на то же самое имущество правами, каковы суть: 1) право участія въ пользованіи и выгодахъ чужого имущества; 2) право угодій въ чужомъ имуществѣ. *Правомъ собственности... пользуются также ограничено: 3) владѣльцы заповѣдныхъ наследственныхъ имѣній; 4) владѣльцы имѣній, жалуемыхъ на правѣ маіората въ западныхъ губерніяхъ.* Эти маіоратныя имѣнія продолжаютъ быть казенными. Наконецъ, *право собственности бываетъ также неполнымъ: 5) когда отдѣляется отъ него право владѣнія и пользованія; 6) когда отдѣляется отъ него право распоряженія*“. Здѣсь, въ особенности, слѣдуетъ обратить вниманіе на положеніе о маіоратныхъ имѣніяхъ, гдѣ наше законодательство несомнѣнно принимаетъ два вида собственности: у маіоратнаго владѣльца находится въ обладаніи неполная собственность, причемъ верховное право собственности на маіоратное имѣніе принадлежитъ казнѣ.

Такимъ образомъ, рядомъ съ *чисто-цивильнымъ типомъ* собственности, у насъ, какъ и на западѣ, существуютъ еще *вещныя права смѣшаннаго образованія, полуцивильнаго, полуполитическаго*, и эти права принадлежатъ по своему историческому характеру совсѣмъ другой эпохѣ, чѣмъ чистыя конструкціи частнаго права, такъ что ихъ надлежитъ ставить въ системѣ особо, а не какъ простой видъ собственности. Для характеристики нашей легальной терминологіи надлежитъ замѣтить, что наименованіе

собственности получают у насъ и правоотношенія вовсе не близкія къ подлинному институту собственности. Такъ, ст. 1706 X т. приписываетъ и простому нанимателю *право собственности* (временной) въ нанимаемомъ имуществѣ, что, понятно, колеблетъ основы всей систематики вещныхъ правъ. Право собственности въ этомъ смыслѣ получаетъ характеръ безразличнаго права: то полного, то совершенно неполнаго. Когда оно полное, тогда намъ приходится подводить его подъ ст. 423 т. X, которая въ этомъ случаѣ и будетъ служить основаніемъ для нашихъ соображеній. Когда же подъ нимъ разумѣется неполное право собственности, тогда необходимо останавливаться на разныхъ положеніяхъ нашего гражданского кодекса и руководствоваться тѣми постановленіями его, которые касаются отдѣльных видовъ неполной собственности, или неполныхъ правъ на ту же вещь, владѣнія маіоратнаго, положенія пользователя, нанимателя и т. п. При такой неустойчивости законодательныхъ опредѣленій утрачивается единство понятія собственности.

Существеннымъ признакомъ подлиннаго и чисто-гражданскаго понятія собственности мы признаемъ, какъ сказано выше, *полноту господства* лица надъ вещью. Но уже тамъ мы указали тѣ ограниченія, съ которыми представляется для насъ возможнымъ принять эту абстрактную формулировку понятія собственности. Съ одной стороны, понятіе полноты господства ограничивается постановленіями положительнаго законодательства (въ порядкѣ законами гражданскими установленномъ), съ другой — частичными правами другихъ лицъ на ту же вещь. О первомъ видѣ ограниченія понятія полноты собственности мы здѣсь и должны поговорить.

Нерѣдко понятіе полноты собственности толкуютъ совершенно буквально, собственность разумѣютъ какъ неотъемлемое и безграничное господство человека надъ вещью, допуская при этомъ, что въ отношенія между собственникомъ и объектомъ собственности государство можетъ вмѣшиваться только для огражденія собственника. Такой взглядъ, противорѣча историческому происхожденію института собственности, въ своемъ практическомъ приложеніи представляетъ серьезныя опасности для общежитія, и потому, весьма понятно, усиливаетъ и безъ того многочисленные нападки на этотъ институтъ, придавая имъ вполне основательный характеръ.

Институтъ собственности не есть институтъ, какъ мы указали уже выше, съ самаго начала свойственный каждому человеческому обществу и неизмѣнный на всѣхъ ступеняхъ его (общества) развитія. Эта мысль была вполне доказана многочисленными

изслѣдованіями, изъ коихъ мы укажемъ на труды Мэна, Спенсера, Лавелэ, Лейста, Іеринга, Garsonnet и друг.... Этотъ институтъ вырабатывался постепенно, постепенно измѣнялась, подъ вліяніемъ экономической среды, его легальная формулировка, которая, въ свою очередь, вліяла на экономическій строй; здѣсь яснѣе, чѣмъ въ какомъ-либо другомъ институтѣ, мы можемъ подмѣтить взаимодѣйствіе жизни и юридическихъ нормъ. Въ виду этого вполне понятно, что невозможно создать такую абстрактную формулу, которая въ различныя времена и у различныхъ народовъ одинаково обнимала бы собой и характеризовала весь строй этого института. Нѣсколько выше, мы уже указывали, какъ средневѣковые юристы были вынуждены условіями дѣйствительности придать новый смыслъ римской формулѣ собственности. Мало того, мы исторически можемъ прослѣдить, какъ разнообразно вырабатывался институтъ собственности по отношенію къ *различнымъ объектамъ*, причемъ право собственности на движимыя вещи опредѣлилось повсюду раньше права собственности на вещи недвижимыя, и мы теперь еще можемъ наблюдать бытовыя формы, въ коихъ рядомъ съ правомъ собственности на вещи движимыя, вещи недвижимыя продолжаютъ оставаться общимъ, нераздѣльнымъ достояніемъ. Въ виду этого, намъ едва-ли надо приводить доказательства того, что право собственности *не есть право абсолютное*, что тутъ не можетъ быть рѣчи о безконтрольномъ господствѣ лица надъ вещью. Право собственности опредѣляется обычными или легальными юридическими нормами, а потому, если мы говоримъ, что право собственности есть полное юридическое господство лица надъ вещью, то эта полнота власти должна быть понята нами относительно, въ смыслѣ наибольшей полноты власти, допускаемой законодателемъ со стороны лица по отношенію къ вещи. Эта *полнота власти* должна измѣняться вмѣстѣ съ измѣненіемъ соціального строя, должна быть различна по отношенію къ различнымъ объектамъ, и нѣтъ сомнѣній, что наибольшее количество ограниченій будетъ всегда падать на собственность, коей предметъ составляютъ недвижимости. Мало того, такъ какъ въ конечномъ результатѣ цѣль всей системы гражданскаго права составляетъ соглашеніе интереса личнаго и соціального, то и строеніе института собственности должно развиваться въ этомъ же примирительномъ направленіи. Теперешнія законодательства для тѣхъ случаевъ, гдѣ это примиреніе недостижимо, даютъ широкое примѣненіе экспропріаціи, ст. 6. пожертвованію интересовъ частныхъ интересамъ общественнымъ, при чемъ натурально сюда примѣняется мѣра справедливаго вознагражденія за

вредъ и убытки.—Въ этомъ смыслѣ Code civil указываетъ общій и непремѣнный предѣлъ полнотѣ правъ или самовластию собственника (*disposer de la manière la plus absolue*), въ этихъ словахъ... „*pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et les réglemens*“ (art. 544), а нашъ т. X ч. I отмѣчаетъ „порядокъ, законами гражданскими установленный“ (ст. 420). Ст. 904 Нов. Герм. Ул. предоставляет и частному лицу воздѣйствовать на чужую вещь, если это неизбежно необходимо для отвращенія наличной опасности, угрожающей большимъ вредомъ чѣмъ тотъ, который будетъ нанесенъ чужой вещи. Это начало не чуждое и латинскому праву.

Вотъ каковы ограниченія понятія полноты господства положительнымъ законодательствомъ въ *интересахъ цѣлаго общества*.

Съ другой стороны, и въ иномъ отношеніи терминъ полноты господства долженъ быть принимаемъ нами въ ограниченномъ смыслѣ, именно, понятію полноты нисколько не будетъ противорѣчить тотъ фактъ, что рядомъ съ правомъ собственности на имѣніе можетъ существовать *право*, напр., прохода или проѣзда по нему *лицъ, постороннихъ собственнику*, ибо, какъ мы сказали выше, понятіе полноты мы понимаемъ не въ буквальномъ смыслѣ, а въ смыслѣ относительномъ, какъ противоположность частичности. Если же мы будемъ разумѣть подъ полнотою не одну только противоположность парціальности права, а будемъ считать это понятіе равносильнымъ понятію безграничности господства, въ объемѣ котораго, что называется, душа мѣру знаетъ, то мы *никогда и никогда* такого *института* собственности не найдемъ. Полнота собственности, слѣдовательно, не устраняетъ возможности ограниченій, но свойство ихъ то, что разъ они почему-либо исчезаютъ, собственность возстановляется въ первоначальной цѣльности и полнотѣ. Взятое въ этомъ смыслѣ понятіе полноты собственности не будетъ противорѣчить и духу постановленій нашего законодательства. Въ этомъ видѣ понятіе полноты можетъ весьма содѣйствовать упрощенію конструкціи всей системы нашихъ вещныхъ правъ; оно въ то же время соотвѣтствуетъ и требованіямъ терминологической точности (различенія собственности отъ другихъ вещныхъ правъ), хотя, можетъ быть, и не вполне соотвѣтствуетъ ходячему смыслу этого понятія; ибо можетъ, напр., оказаться, что собственникъ извѣстное время не будетъ пользоваться ни плодами отъ своего имѣнія, ни правомъ распоряженія своею вещью, долженъ будетъ не препятствовать, по праву сосѣдства, праву проѣзда 3-хъ лицъ, при чемъ самое право собственности его не станетъ отъ этого инымъ, чѣмъ у полного собственника,

неполнымъ, какъ и личность остается личностью, хотя обременена массой стѣсненій, а эти права 3-хъ и эти стѣсненія будутъ составлять по отношенію къ собственности и личности лишь нѣчто внѣшнее, нѣкоторое ограниченіе, не видоизмѣняющее ее по существу.

Наше право собственности стремится пріобрѣсти ту свободу, которую оно нѣкогда имѣло, и которая состояла въ томъ, чтобы права лицъ постороннихъ на вещь собственника *не подавляли* правъ послѣдняго. Такому положенію собственности вполне соответствуетъ та конструкція, которую мы предлагаемъ. Въ образованіи понятія теперешней собственности мы идемъ именно къ такому состоянію *свободной собственности* отъ положенія *задавленности*, въ которомъ пребывала она въ теченіе среднихъ вѣковъ. Средніе вѣка до того обременяли чужую вещь разными притязаніями характера сосѣдскаго, хозяйственно-экономическаго, союзнаго, политическаго и т. п., что собственность на эту вещь являлась дѣйствительно *задавленной*, такъ что за вычетомъ всѣхъ тягостей и ограниченій, лежавшихъ на ней, нѣрѣдко у собственника ничего не оставалось, кромѣ голаго права, *свободнаго* отъ всякаго матеріальнаго содержанія, такъ что для среднихъ вѣковъ понятіе *полной собственности* было чуждымъ. Въ дѣйствительности существовала только *собственность неполная*. Въ этихъ условіяхъ возможно строеніе собственности *выжидательной*, такъ сказать, *собственности въ будущемъ*. Понятно, что при такихъ условіяхъ невозможно было называть *полнымъ собственникомъ* того, кому *собственность*, въ силу лежащихъ на ней ограниченій, принадлежала *эвентуально* и могла очиститься отъ нихъ только въ *неопредѣленномъ будущемъ*. У насъ такого раздвоенія между *формальной* и *матеріальной* стороной собственности, между *идеею* собственности и ея *содержаніемъ* въ этой мѣрѣ вовсе не было, и мы поэтому не имѣемъ надобности строить двухъ институтовъ, институтъ *собственности полной* и институтъ *собственности неполной*, причемъ каждый изъ этихъ институтовъ жилъ бы *особой жизнью*. Мы принимаемъ одну *собственность*, *допускающую ограниченія*, и тѣмъ не менѣе, по существу своему, *полную*, ибо конкретныхъ случаевъ этихъ ограниченій вовсе недостаточно для того, чтобы изъ этихъ случаевъ слѣдовало образовывать *особый институтъ собственности неполной*. Эти ограниченія суть у насъ или условленные предметомъ обладанія (напр., *недвижимость, земля*), гдѣ безусловная полнота непримирима съ интересами общежитія, или они представляютъ формы *эксплоатаціи собственности* обыкновенно временныя, частичныя, вовсе не

дающія собственности *специфическаго постоянного свойства неполноты*, какое нужно для образованія рядомъ съ институтомъ собственности полной еще института собственности неполной.

Такимъ образомъ, мы установили два существенныхъ признака для отличія права собственности, съ одной стороны, отъ владѣнія, а съ другой — отъ правъ на чужую вещь. Если этихъ признаковъ вполне достаточно для того, чтобы отличить собственность отъ иныхъ отношеній по вещамъ, то однихъ этихъ признаковъ недостаточно, чтобы конструкцію института собственности примѣнять къ различнымъ объектамъ обладанія, а потому мы переходимъ теперь къ видоизмѣненіямъ въ конструкціи института собственности по различію объектовъ обладанія и къ попыткамъ провести принципиальное различіе между римскою и современною собственностью.

§ 4.

Видоизмѣненія конструкціи собственности по различію ея объектовъ. — Такъ называемая германская собственность. — Историческія фазы латинскаго права. — *Res mancipi* и *res mancipi*. — Національные источники *Code civil*. — Дѣйствующее французское право. — Обзоръ новыхъ кодексовъ. — Ст. 1511 и 1512 т. X, ч. I. — Памятники русскаго обычнаго права. — Дальнѣйшія ограниченія виндикаціи въ правѣ торговомъ.

Въ римскомъ правѣ, какъ извѣстно, существовали многія категоріи вещей, способныхъ быть предметомъ гражданскаго оборота, въ числѣ коихъ, между прочимъ, различались *движимыя и недвижимыя* вещи. Значеніе этого расчлененія вещей у римлянъ далеко не было такимъ важнымъ и существеннымъ, какъ въ нашей системѣ. Мы говорили уже о скалѣ обособленія разныхъ правъ и указывали, что не всѣ права въ одинаковой степени и въ одно время способны стать внѣ зависимости отъ территоріальнаго принципа, отъ территоріальнаго господства юридическихъ нормъ. Здѣсь мы вспомнимъ, что по отношенію къ правамъ на движимость въ большей степени и гораздо раньше, чѣмъ по отношенію къ правамъ на недвижимость, получаетъ мѣсто примѣненіе нормъ или статутовъ чужой территоріи. Территоріальный элементъ лежалъ сильнѣе на недвижимости; слабѣе онъ отражался какъ на области обязательствъ и долговыхъ требованій, такъ и на области правъ на вещи движимыя.

Въ процессѣ развитія ново-европейскаго права, уже съ самаго начала, различіе между понятіями движимыхъ и недвижимыхъ вещей было поставлено несравненно рѣзче, чѣмъ у рим-

лянъ. И это различіе выражалось не по отношенію только къ примѣненію статутовъ, на что мы только что указали, но и въ другихъ отношеніяхъ. Нынѣшніе систематики поэтому строго различаютъ двѣ категоріи нормъ, изъ которыхъ однѣ опредѣляютъ приватное обладаніе недвижимостью, а другія—приватное положеніе вещей движимыхъ. Такъ, у Штоббе мы находимъ отдѣлъ „юридическія отношенія по недвижимостямъ“ — „Immobiliarsachenrecht“ — и отдѣлъ „юридическія отношенія по движимостямъ“ — „Mobiliarsachenrecht“. То же расчлененіе видно нынѣ въ Гражд. Улож. Герм. имп.

Такъ какъ здѣсь мы разсматриваемъ вопросъ о правѣ собственности, обнимающей движимыя и недвижимыя вещи, то для насъ чрезвычайно важно установить и разяснить тѣ главнѣйшія модификаціи, которыя влечетъ въ институтъ собственности, въ способахъ ея приобрѣтенія и защиты, это различіе вещей движимыхъ и недвижимыхъ.

Въ связи съ этимъ значеніемъ раздѣленія вещей на двѣ категоріи, какъ онѣ установлены въ новомъ правѣ сравнительно съ правомъ римскимъ, у писателей нашего времени образовалось представленіе объ особомъ типѣ *римской собственности*, отличномъ отъ типа собственности *германской*. Мы можемъ замѣнить понятіе „германской“ собственности понятіемъ *новой собственности*, ибо многія черты, коими думаютъ отличить германскую собственность отъ римской, замѣчаются и въ собственности русской. Эти черты въ правѣ французскомъ развиты болѣе полно, чѣмъ въ правѣ германскомъ. Этимъ мы сведемъ дѣло на различіе римской собственности отъ собственности *современной*.

Черта различія между той и другой собственностью обыкновенно обозначается такъ: относительно римской собственности говорятъ, что она есть собственность абсолютная, что она служитъ только эгоизму челоуѣка. Этотъ абсолютный характеръ строенія собственности римской отмѣчаютъ признакомъ: *ubi meam rem invenio, ibi eam vindico*, т. е. формулой виндикаціоннаго иска. Съ чертами болѣе мягкими и болѣе нравственными, говорятъ намъ, является новая или современная собственность, которая не носитъ такого абсолютнаго характера, какъ римская, а наоборотъ, носитъ на себѣ черты примиренія общихъ и личныхъ интересовъ. На ней нѣтъ печати грубаго эгоизма; въ большей или меньшей степени онъ смягчена присутствіемъ элемента моральнаго или соціальнаго въ ея конструкціи.

Писатели національнаго направленія сверхъ сего указываютъ на то, что въ обладаніи недвижимостями у римлянъ господствуютъ

щимъ принципомъ былъ принципъ чисто приватнаго господства, тогда какъ у насъ, особенно относительно поземельной собственности, такого чистаго частно-правового типа ея не существуетъ. У насъ, если существуетъ право собственности на землю, то къ нему, какъ необходимая его принадлежность, въ томъ или иномъ объемѣ, примыкали, частью примыкаютъ и нынѣ разныя публичныя права и обязанности. Въ этомъ обстоятельствѣ національные писатели хотятъ видѣть также отличіе нашей собственности отъ римской и опять преимущество современной конструкціи этого института передъ римской. На эту переходящую легко въ безформенность гибкость и мягкость нашей конструкціи собственности мы уже обращали вниманіе тамъ, гдѣ шла у насъ рѣчь о границахъ частнаго и публичнаго права. Мы указывали тогда на то, что для современнаго права рѣзко провести такую границу, какая устанавливалась между тѣмъ и другимъ правомъ у римлянъ, нельзя. Составляетъ ли это заслугу нашего права сравнительно съ римскимъ, или это простое послѣдствіе территориальнаго принципа современнаго государства—вопросъ для насъ безразличный. Связь этихъ особенностей нашего обладанія поземельной собственностью съ территориальнымъ принципомъ новаго государства несомнѣнно существуетъ.

Рядомъ съ этимъ ставятъ и способъ защиты, на который мы указали выше и который связанъ съ общимъ характеромъ правъ вещныхъ у римлянъ. Свойство *вещнаго* римскаго права именно тѣмъ и характеризуется, что въ немъ право на вещь осуществляется независимо отъ лицъ, и искъ, направленный къ защитѣ этого права, идетъ *contra quemcumque possidentem*. Въ нашемъ правѣ этотъ принципъ далеко не проводится съ такой послѣдовательностью, какъ въ системѣ латинской. Въ этомъ смыслѣ говорятъ, что наша собственность вовсе не абсолютнаго типа, наоборотъ, характера, относительнаго, готоваго уступить въ строгости и послѣдовательности вліянію разныхъ соображеній, особенно въ приложеніи къ вещамъ движимымъ.

Выставляя такія общія положенія, многіе упускаютъ изъ виду, что при такомъ сравненіи собственности нашей и римской, обыкновенно, выбираютъ съ одной стороны кодифицированное и реципированное Юстиніаново законодательство, а съ другой—наше современное право въ процессѣ его развитія. Слѣдовательно, для сравненія берутся объекты, которые представляютъ собою понятія несоизмѣримыя. Въ одномъ случаѣ объектомъ сравненія берется результатъ завершеннаго развитія—кодифицированное право, въ другомъ—право въ процессѣ образованія. Понятно, что при

такихъ условіяхъ результаты сравненія не могутъ быть правильны. Изучая наше право въ процессѣ его развитія, сравнивая его не съ кодифицированнымъ, законченнымъ въ своемъ образованіи римскимъ правомъ, а съ историческими явленіями развитія этого права, съ процессомъ его образованія, мы не найдемъ рѣзкаго противоположенія въ характерѣ римскихъ и современныхъ вещныхъ правъ. Изъ писателей, пользовавшихся именно этой методой сравненія, мы назовемъ вообще послѣдователей исторической школы, а въ особенности обратимъ вниманіе на трудъ Бургардта Лейста: „Die realen Grundlagen und die Stoffe des Rechts“. Въ этомъ трудѣ мы найдемъ попытку раскрыть весьма различныя основы римскаго быта въ разныя эпохи и блестящія сближенія бытовыхъ и юридическихъ явленій римскихъ и современныхъ въ процессѣ ихъ образованія.

Лейстъ, какъ и многіе юристы-историки, останавливаетъ при этомъ особое вниманіе на различеніи вещей, существовавшихъ въ римскомъ правѣ, именно на *res mancipi* и *res nec mancipi*. Вопросъ о томъ, что такое *res mancipi* и *res nec mancipi*, составляетъ предметъ самыхъ упорныхъ контроверзъ. Данцъ приводитъ до 14 различныхъ мнѣній по этому трудному вопросу. Вопросъ этотъ находится въ прямой связи съ занимающей насъ проблемой, составляетъ ли различіе въ способахъ защиты разныхъ родовъ вещей *отличіе нашего права отъ римскаго*, или же и у самихъ римлянъ было такое же различіе по отношенію къ разнымъ объектамъ, и однѣ вещи защищались посредствомъ виндикаціоннаго иска, а другія способомъ не виндикаціоннымъ. Въ позднѣйшую эпоху римскаго права такое различіе въ защитѣ, также же какъ и самое различіе указанныхъ двухъ категорій вещей, несомнѣнно исчезло; но если допустить, что то и другое различіе, какъ въ томъ убѣждаетъ исторія римскаго права, существовали въ старину, то весьма важнымъ представляется разсмотрѣніе того, на чемъ держалось въ Римѣ это различіе въ способахъ защиты и не совпадаетъ ли съ нимъ въ нѣкоторой степени то различіе, которое даетъ намъ въ этомъ отношеніи современное право? На этотъ послѣдній вопросъ мы можемъ безъ колебанія отвѣтить утвердительно.

Римляне къ числу *res mancipi* относили: италійскую недвижимую собственность, рабовъ, нѣкоторые виды животныхъ и сельскіе сервитуты. Всѣ остальные вещи признавались за *res nec mancipi* (Fragm. Ulp. tit. XIX, 1). *Res mancipi* — были, какъ извѣстно, такіе объекты гражданскаго оборота, которые отчуждались посредствомъ строго формальныхъ сдѣлокъ и ограж-

дались виндикаціоннымъ искомъ. Въ чемъ же заключалось основаніе для того, чтобы въ извѣстномъ кругѣ вещей допускать сдѣлки только обрядныя и публичныя, — въ другомъ этого не требовать? Почему для одного круга вещей признавался разумнымъ и цѣлесообразнымъ абсолютный способъ защиты, а для другого — нѣтъ? Это и есть основной вопросъ, посредствомъ изученія котораго мы можемъ уяснить себѣ характеръ нашего вещнаго права и отличіе его отъ римскаго.

Основаніе заключалось, надо думать, въ томъ, что есть вещи, обладаніе которыми *in specie* представляетъ для лица несомнѣнно существенный интересъ, и есть другія вещи, индивидуальное обладаніе которыми *in specie* вовсе не можетъ имѣть такого значенія. Какія вещи должны быть отнесены къ одной категоріи и какія къ другой? Лейстъ утверждаетъ, что кругъ вещей той и другой категорій вовсе не былъ замкнутымъ и что кругъ вещей *мансірі* образовывался и развивался постепенно. Кругъ этихъ вещей не былъ заколдованнымъ, неизмѣннымъ и разъ навсегда установленнымъ. Напротивъ, допуская перемѣны въ составныхъ частяхъ, въ видѣ отпаденія старыхъ и включенія въ него новыхъ вещей, этотъ кругъ отражалъ на себѣ вполне жизненное явленіе неодинаковости значенія тѣхъ или иныхъ вещей для гражданскаго оборота въ разное время. Одинъ кругъ вещей, соотвѣтственно важности интересовъ, которые связаны были съ ихъ обладаніемъ, дѣлалъ необходимымъ защиту этихъ вещей виндикаціоннымъ искомъ и строго формальный способъ ихъ отчужденія, другой, по иному характеру сопряженныхъ съ ихъ обладаніемъ интересовъ, вовсе этого не требовалъ.

Современное рецепціи германское право не было такимъ живымъ отраженіемъ дѣйствительныхъ явленій быта, какимъ было Римское право. Поэтому, то же самое различіе какъ въ кругѣ вещей, такъ и въ неодинаковости ихъ значенія для гражданскаго оборота, въ нашемъ правѣ хотя и выражалось, но не выработалось такъ отчетливо и ясно, какъ у римлянъ. И въ римскомъ правѣ это явленіе не удержалось въ послѣдствіи въ томъ видѣ, въ какомъ оно существовало въ старомъ правѣ.

Отъ этихъ явленій разнаго происхожденія въ правѣ римскомъ и нашемъ заключать, какъ это дѣлаютъ нѣкоторые, къ *принципальному* различію римской собственности въ ея историческихъ формахъ отъ нашей нѣтъ никакихъ основаній.

Переходя къ ближайшему разсмотрѣнію вопроса о различіи двухъ вышеуказанныхъ типовъ собственности, мы будемъ, въ дальнѣйшемъ, разсматривать противоположеніе собственности новой и

римской (въ указанномъ смыслѣ), по отношенію не къ различію *res mancipi* и *res mancipi*, а къ различію, рѣзко проходящему въ нашемъ правѣ, между вещами движимыми и недвижимыми. Изъ дальнѣйшаго изложенія намъ будетъ ясно, что строеніе собственности на недвижимость имѣетъ у насъ черты общія со строеніемъ собственности на *res mancipi* у римлянъ; съ другой стороны, строеніе собственности на движимость у насъ способно къ сближенію съ римскими *res mancipi*.

Итакъ, рассмотримъ типъ собственности *такъ-называемой* германской, по движимостямъ въ особенности. Начнемъ съ французскаго кодекса. Французскій кодексъ, какъ извѣстно, состоитъ частью изъ римскаго права, частью изъ *національных кутюмовъ*. Значительная часть послѣднихъ счастливо сохранилась въ этомъ кодексѣ. Особенно заслуживаютъ вниманія ст. 2279 и 2280 французскаго кодекса, на которыя было указано частью выше.

Первая изъ нихъ (соотвѣтствующая нашей 534 ст. X т.) говоритъ: „*en fait de meubles la possession vaut titre. — Néanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose, peut la revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve*“. (Вещи движимыя почитаются собственностью владѣльца. Тѣмъ не менѣе, тотъ, кто потерялъ вещь, или у кого она украдена, можетъ, въ теченіе трехъ лѣтъ со дня потери или кражи, виндигировать свою вещь у того, въ чьихъ рукахъ онъ ее найдетъ). 2280 art. гласитъ слѣдующее: „*si le possesseur actuel de la chose volée ou perdue l'a achetée dans une foire, ou dans un marché, ou dans une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pereilles, le propriétaire originaire ne peut se la faire rendre qu'en remboursant au possesseur le prix qu'elle lui a coûté*“ (если наличный собственникъ украденной или потерянной вещи купилъ ее на ярмаркѣ, на торгу, въ мѣстѣ публичной продажи, или у торговца, продающаго подобныя вещи, то первоначальный собственникъ не можетъ потребовать эту вещь иначе, какъ возмѣщая ея владѣльцу цѣну, которой она ему стоила).

Очевидно само собою, что тутъ нѣтъ ничего похожаго на римскій виндикаціонный искъ, направлявшійся *contra quemcumque possidentem*.

Если допустить случай, когда вещь не была украдена или потеряна, а когда *самъ собственникъ передалъ* ее въ руки посторонняго лица, то при такой комбинаціи требованіе о возвращеніи или даже о выкупѣ вещи у добросовѣстнаго пріобрѣтателя вовсе не имѣетъ мѣста. Для прежняго собственника остается не тре-

бование возврата вещи, а лишь искъ о вознагражденіи за вредъ и убытки съ того, кто ему ихъ причинилъ.

Спрашивается, что же это за собственность, которая можетъ *приобрѣтаться отъ несобственника* и которая предоставляетъ первоначальному собственнику возиться съ розысками и доказательствами о потерѣ или покражѣ ея для того только, чтобы приобрѣсти право выкупить свою вещь, нахожденіе которой въ чужихъ рукахъ ему извѣстно? Отвѣтомъ на это можетъ служить указаніе на то, что именно въ этомъ и состоитъ особенность новой собственности въ отличіе отъ римской (юстиніановской).

Эту особенность современной собственности изслѣдователи объясняютъ тѣмъ, что въ то время, какъ у римлянъ собственность охранялась *ради собственника*, у насъ она охраняется въ интересахъ гражданского оборота.

Прежде всего, намъ слѣдуетъ рассмотреть, дѣйствительно ли основаніе новой собственности, какъ института отличнаго отъ римскаго, лежитъ въ германскомъ обычномъ правѣ, и нѣтъ ли того же самаго явленія и въ русскомъ правѣ, но не кодифицированномъ, которое обработало только указной, легальный матеріалъ, а *въ обычномъ*, памятники котораго сохранились у насъ отъ древнѣйшихъ временъ? — вопросъ, на который мы уже дали отвѣтъ нѣсколько выше, не подкрѣпивъ его доказательствами. Мы увидимъ сейчасъ, что русская жизнь давно уже требовала новыхъ началъ собственности, и что этому требованію наши памятники обычнаго права, какъ Русская Правда и Псковская Судная Грамота, дали удовлетвореніе въ томъ же видѣ, какъ нѣмецкое право и французскіе кутюмы.

Обращаясь пока къ изслѣдователямъ стараго германскаго права, мы видимъ, что въ древнемъ правѣ существовалъ особый искъ *Anefangs-klage*. Въ силу этого иска лицо могло искать свою вещь у другого тогда, когда эта вещь вышла изъ его владѣнія посредствомъ кражи, или когда лицо потеряло эту вещь. Въ этомъ случаѣ обокраденный или потерявшій могъ прибѣгнуть къ *Anefangs-klage*, иску, который долженъ начинаться схватываніемъ предмета притязанія. Этотъ искъ допускается относительно всякаго третьяго, но лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда вещь была утрачена собственникомъ противъ его воли. Въ иныхъ же случаяхъ имѣлъ мѣсто другой искъ, который направлялся не къ возвращенію вещи изъ рукъ любого владѣтеля, а только къ вознагражденію вреда и убытковъ виноватымъ.

Въ какихъ же, спрашивается, случаяхъ нельзя было требовать возвращенія вещи? Во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ само лицо

свою вещь передало другому въ его — *Gewehre*, въ его береженіе, причемъ эта вещь отъ получившаго переходила черезъ передачу къ третью лицу и къ цѣлому кругу лицъ, послѣдовательно ее другъ у друга приобрѣтавшихъ. Этотъ кругъ лицъ не обязывается возвращать вещь первоначальному собственнику; и первоначальному собственнику предоставляется право вчинять искъ только о вознагражденіи вреда и лишь къ тому лицу, которому онъ ввѣрилъ свою вещь. Такимъ образомъ, въ этихъ случаяхъ искъ о возвратѣ вещи противъ каждаго, у кого она въ рукахъ, замѣняется искомъ о вознагражденіи, предъявляемымъ только къ тому, кому вещь передана хозяиномъ. Послѣднее явленіе весьма характерно для права въ томъ смыслѣ, что тутъ собственникъ теряетъ свою собственность, когда онъ самъ разъ выпустилъ ее изъ своего владѣнія, и что несобственникъ какъ бы передаетъ другому право собственности, котораго самъ не имѣетъ. Эта особенность и выражается положеніемъ „*les meubles n'ont pas de suite*“. Въ правѣ нѣмецкомъ принципъ *современной* собственности выражается положеніемъ *Hand muss Hand wahren*. Не ради собственника только существуетъ и защищается собственность, а ради интересовъ обмѣна, оборота въ кругу лицъ, добросовѣстно приобрѣтающихъ. Въ силу этого каждый становится собственникомъ вещи всякій разъ, когда онъ приобрѣтаетъ ее въ условіяхъ правильнаго и добросовѣстнаго приобрѣтенія (не тогда, конечно, когда онъ крадетъ вещь, или когда она достается ему, какъ краденая у хозяина или имъ потерянная). Въ этихъ условіяхъ право собственности на вещь приобрѣтается не отъ собственника, и противъ такого права прежнимъ собственникомъ вещи можетъ быть начатъ искъ о возвращеніи ея только въ томъ случаѣ, если окажется, что эта вещь вышла изъ его береженія, *помимо его воли*, черезъ покражу или потерю.

Такова особенность, которой хотятъ отличить римскую собственность отъ современной. Принимая въ соображеніе мысли, высказанныя по этому поводу Лейстомъ, мы утверждали выше, что эта особенность новой собственности не есть исключительная черта новаго права. Дѣйствительно, въ реципированномъ римскомъ правѣ чего-либо похожаго на вышеприведенныя постановленія французскаго и германскаго права нѣтъ; эти постановленія цѣликомъ принадлежатъ обычному праву. Такъ какъ большинство современныхъ кодексовъ обыкновенно заключаетъ въ себѣ тотъ и другой элементъ, т. е. римское право и обычное, кутюмное, то, понятно, что въ тѣхъ изъ нихъ, въ которыхъ элементъ обыч-

наго права развитъ, мы найдемъ ясно выраженнымъ и это различіе современной собственности отъ римской.

Не во всѣхъ правахъ одинаково, но вездѣ есть признаки такого различія. Изъ новыхъ кодексовъ, кромѣ французскаго, черты новой собственности мы встрѣчаемъ въ швейцарскомъ кодексѣ въ отдѣлѣ обязательственнаго права въ ст. 205—213. Въ нихъ мы читаемъ: „добросовѣстный пріобрѣтатель становится собственникомъ, хотя бы его аuctor (предшественникъ, отъ котораго онъ пріобрѣлъ вещь) и не былъ собственникомъ“. То же самое мы находимъ и въ австрійскомъ правѣ, которое хотя въ общемъ и стоитъ на почвѣ римскаго права и въ принципѣ не допускаетъ существованія новой собственности, но въ консеквенціяхъ идетъ относительно разсматриваемаго пункта еще дальше швейцарскаго. Ст. 367 австрійскаго кодекса постановляетъ, что „добросовѣстный пріобрѣтатель пріобрѣтаетъ собственность, а прежнему собственнику предоставляется искать вознагражденія за вредъ“. Подобное этому постановленіе содержится въ прусскомъ кодексѣ (кн. I, т. I, § 3). Исслѣдователи сводятъ здѣсь это отступленіе отъ принциповъ римской собственности къ традиціямъ любекскаго права или стараго ганзейскаго союза, что весьма правдоподобно, такъ какъ это отступленіе имѣло особенно важное практическое значеніе въ области торговыхъ сдѣлокъ, столь оживленныхъ въ этихъ городахъ. Соотвѣтствующія постановленія см. въ цюрихскомъ (§§ 651—666) и въ итальянскомъ (§§ 707—709) кодексахъ. Гражд. Улож. Герм. Импер. устанавливаетъ для обмѣна движимостей начала близкія къ указаннымъ выше положеніямъ Code civil, какъ мы сейчасъ покажемъ въ связи съ нѣмецкимъ торговымъ кодексомъ (сл. Гр. Улож. Герм. Имп. ст. 932—936).

Итакъ, разъясненный принципъ новой собственности не можетъ считаться отжившимъ вмѣстѣ со старыми обычаями свой вѣкъ; онъ встрѣчается во многихъ современныхъ намъ кодексахъ, и, какъ мы сейчасъ увидимъ, этотъ принципъ вовсе не чуждъ и нашему русскому праву. Въ старыхъ русскихъ памятникахъ обычнаго права, въ Русской Правдѣ и Псковской Судной Грамотѣ, мы встрѣчаемъ тѣ же основныя черты собственности, которыя мы наблюдали въ германскомъ обычномъ правѣ и во французскихъ кутюмахъ. Мы, такимъ образомъ, можемъ еще разъ подчеркнуть ту мысль, что этотъ новый принципъ не представляетъ ничего специфически-германскаго, но распространялся во всей Европѣ по мѣрѣ распространенія и развитія обмѣна движимостей, особенно въ сдѣлкахъ торговаго права.

Мы привели общія положенія по вопросу о новомъ типѣ

собственности, касающіяся европейскаго права. Для насъ интересно теперь то, что въ этомъ отношеніи содержится въ современномъ русскомъ правѣ. Наши кодификаторы, какъ извѣстно, при составленіи свода законовъ не разрабатывали источниковъ обычнаго права, а по преимуществу занимались приведеніемъ въ порядокъ матеріала указной дѣятельности предыдущихъ эпохъ. Этотъ матеріалъ, понятно, былъ слишкомъ скуденъ, чтобы изъ него разработать сколько-нибудь обстоятельно рассматриваемую сторону вопроса о собственности. Поэтому въ нашемъ кодифицированномъ правѣ мы встрѣчаемъ такіа постановленія, которыя къ практической сторонѣ дѣла относятся почти отрицательно. Рядомъ съ положеніями, взятыми изъ французскаго кодекса („en fait de meubles la possession vaut titre...” т. X, ст. 534), мы встрѣчаемъ въ ст. 1511 X т. положеніе, противорѣчащее принципу новой собственности. Вотъ оно: „Покупщикъ, въ случаѣ неизвѣстности или неблагонадежности продавца, можетъ при передачѣ потребовать отъ него поручительства въ томъ, что продаваемое имущество ему дѣйствительно принадлежитъ“. Въ дѣйствительной жизни, среди безчисленныхъ оборотовъ съ движимыми вещами, мы едва-ли встрѣтимъ одинъ случай, гдѣ правило этой статьи кѣмъ-либо примѣнялось на практикѣ. Разъ есть со стороны покупателя какія-либо сомнѣнія насчетъ принадлежности вещи продавцу, обыкновенно не происходитъ никакой покупки; а засимъ, продавецъ именно въ случаяхъ неблагонадежнаго сбыта товара весьма нерѣдко прибѣгаетъ къ такимъ способамъ дѣйствія, которые устраняютъ всякія сомнѣнія у пріобрѣтателя вполне добросовѣстнаго. Далѣе, ст. 1512 X т. говоритъ, что „если движимое имущество куплено безъ поручительства, хотя, впрочемъ, *не завѣдомо краденое*, но въ послѣдствіи оно окажется краденымъ, то *покупщикъ подвергается лишенію онаго и отобранію въ пользу настоящаго хозяина*, а ему предоставляется заплаченные деньги искать на продавцѣ“. Здѣсь мы находимъ прямое примѣненіе латинскаго принципа *ubi meam rem invenio, ibi vindico*.

Судя по ссылкамъ подъ статьями 1511 и 1512, легко заключить, что положенія эти возникли въ виду исключительныхъ условій скорѣе *уголовнаго*, чѣмъ гражданскаго характера. Основой для этихъ статей послужили указы по татевнымъ и разбойнымъ дѣламъ и поводомъ къ требованію поручительства отъ продавца послужилъ случай пропажи изъ дворца массы серебряныхъ вещей, происшедшій во время коронаціи въ XVII ст. въ Москвѣ. Виновныхъ, у которыхъ отыскивались эти вещи, привлекали къ

уголовному суду, одинаково и продавцовъ и покупателейъ. Относительно послѣднихъ въ числѣ обвинительныхъ пунктовъ былъ тотъ, что они пріобрѣли серебро отъ невѣдомыхъ людей, тогда какъ они должны были бы покупать его въ лавкѣ, или же брать на купленную вещь поруки съ продавца. Именно такимъ исключительнымъ обстоятельствомъ и объясняется происхождение статей закона, которыя предназначены для руководства обмѣна движимостей въ нашемъ гражданскомъ кодексѣ. Нѣтъ сомнѣнія, что такая исключительная исходная точка неудобна для выработки общихъ правилъ нормальнаго имущественнаго обмѣна движимостей.

Быть можетъ, требованія указанныхъ статей X тома лежатъ въ характерѣ русскаго права вообще? Быть можетъ, въ этомъ абсолютизмѣ ихъ требованій слѣдуетъ видѣть доказательство близости нашего права къ латинскому типу? Для разрѣшенія этихъ вопросовъ намъ нужно обратиться къ памятникамъ Русской старины.

Въ этомъ отношеніи, намъ прежде слѣдуетъ разсмотрѣть 29 и 33 статьи Карамзинскаго списка „Русской Правды“. Ст. 29 читается такъ: „Аще кто конь *погоубитъ*, или ороужіе, или портно (одежда), а *заповѣдаетъ на торгоу*, а послѣди познаеть въ своемъ градѣ, свое емоу лицомъ взяти, а за обиду емоу платити 3 гривны“. Итакъ, чтобы имѣть право виндикаціоннымъ порядкомъ отыскивать извѣстнаго рода вещи и требовать ихъ возврата отъ всякаго, у кого онѣ найдутся, по „Русской Правдѣ“ необходимо было очень важное ограничительное условіе, именно *заповѣдь на торгу*. Заповѣдь эта состояла въ томъ, что лицо, у котораго *пропала вещь*, оповѣщало это на торгу. Послѣ такого оповѣщенія едва ли возможно добросовѣстно пріобрѣсти чужую вещь въ собственность. Если же заповѣди на торгу не было сдѣлано, то пріобрѣтеніе вещи могло быть сдѣлано добросовѣстно и со всѣми благоприятными послѣдствіями такого пріобрѣтенія для пріобрѣтателя. Заповѣдь на торгу имѣла значеніе публикаціи для предупрежденія пріобрѣтенія „погибшихъ“ вещей отъ несобственника.

Статья 33 „Русской Правды“ говоритъ о куплѣ *татебныхъ вещей* такъ: „Паки ли что будетъ *татебное* купилъ въ торгу, или конь, или портъ, или скотину, то введетъ свободна моужа два или мытника; аже начнетъ не знати оу кого боудеть коупилъ, то ити по немъ водокомъ на торгоу на роту, а исцоу свое лицомъ взяти, а что съ нимъ погыбло, а того ему желѣти, а иному желѣти своихъ кунъ, зане не знаетъ его, оу кого будетъ купилъ, а познаеть ли на долзѣ оу кого то купилъ, свои емоу куны взяти, и семоу платити, что боудеть оу него погыбло, а князю продажоу“. Пріобрѣтеніе вещей краденыхъ поставлено въ болѣе

трудныя условія, особенно при неизвѣстности продавца, хотя бы сдѣлка произошла на торгу.

Итакъ, въ „Русской Правдѣ“ мы находимъ двѣ статьи, которыя спеціально разрѣшаютъ вопросъ о свободномъ оборотѣ движимыхъ вещей.

Но эти статьи „Русской Правды“, не даютъ намъ полной конструкціи условій обмѣна движимыхъ вещей. Лучшую обрисовку этотъ вопросъ получаетъ въ обычномъ правѣ Пскова. Въ Псковской Судной Грамотѣ мы имѣемъ двѣ относящихся сюда статьи, именно ст. 46 и ст. 56.

При нѣкоторыхъ спорныхъ вопросахъ, связанныхъ съ толкованіемъ 46 ст., все же ясно, что рѣчь идетъ здѣсь о вещахъ, *потерянныхъ или украденныхъ*, и о способахъ отклонить отъ себя обвиненіе въ недобросовѣстности. За нѣкоторую неясность ст. 46-й насъ вознаграждаетъ статья 56-я, которая гласитъ: „А такоже кто купилъ на торгу, а оу кого купилъ не знаетъ его, а людемъ будетъ добрымъ вѣдомо, а оу него имаются чловѣкъ 4 или 5, скажутъ како право передъ Богомъ: *передъ нами на торгу купилъ*, ино той правъ, оу кого имаются, и целованія ему нѣтъ; а не будетъ оу коего свидѣтелей, ино ему правда дати, а той не доискался“. Тутъ вопросъ разрѣшается еще яснѣе и практичнѣе. Если бы въ руководство суду было дано положеніе: кто *добросовѣстно* приобрѣлъ, хотя бы и не отъ собственника, тотъ прибрѣтаетъ право собственности, тогда судья не имѣлъ бы никакихъ осязательныхъ признаковъ для распознаванія того, добросовѣстно или недобросовѣстно прибрѣтена вещь. Въ этомъ отношеніи, статья Псковской Судной Грамоты даетъ вполне осязательный признакъ, при наличности коего прибрѣтеніе должно считаться добросовѣстнымъ и влекущимъ право собственности, именно *купля на торгу* и доказанность этого признака свидѣтелями. Въ этомъ случаѣ свидѣтели не удостовѣряютъ, что *такой-то добросовѣстно приобрѣлъ вещь* отъ собственника, а *просто утверждаютъ, что онъ купилъ ее на торгу*, гдѣ вообще люди прибрѣтаютъ себѣ этого рода вещи. Этихъ обстоятельствъ считалось достаточно для признанія за прибрѣтателемъ права собственности. Таково въ высшей степени практическое и близко стоящее къ требованіямъ жизни постановленіе нашего стараго обычнаго права. Статьи же 1511 и 1512 X т. представляются по своему строенію настоящимъ плодомъ канцелярской работы.

Таковы постановленія нашего стараго права. Чтобы убѣдиться, насколько наши старые памятники, которые, какъ извѣстно, очень древняго происхожденія, относительно рассматри-

ваемаго вопроса являются *болѣе современными* и болѣе разумными, чѣмъ недавнія постановленія указанныхъ статей X тома (1511 и 1512), мы въ параллель имъ приведемъ положенія современнаго намъ нѣмецкаго торговаго кодекса. Въ этомъ отношеніи особенно любопытными являются ст. 307 и 308 этого кодекса: „Если товаръ или другія движимыя вещи отъ торговца, въ его торговомъ дѣлѣ, отчуждены и переданы, то добросовѣстный пріобрѣтатель пріобрѣтаетъ собственность, даже когда отчуждающій не былъ собственникомъ. Прежде обоснованная собственность погашается, равно какъ и всякое прежде обоснованное вещное право на эту (отчужденную, переданную и пріобрѣтенную) вещь, если это право пріобрѣтателю (въ моментъ пріобрѣтенія) не было извѣстно. Если товаръ или другія движимыя вещи отъ купца были заложены и переданы, то прежде обоснованное право (закладное или вещное) на эти предметы, къ невыгодѣ добросовѣстнаго пріобрѣтателя или преемниковъ его правъ (наслѣдниковъ), не можетъ быть осуществлено. Этотъ артикль, замѣчаетъ далѣе 307 ст., не можетъ имѣть примѣненія въ тѣхъ случаяхъ, когда вещи суть краденныя или потерянные“. Ст. 308 представляется еще болѣе любопытной. Здѣсь мы читаемъ слѣдующее: „опредѣленія предшествующей статьи (307) относительно бумагъ на предъявителя имѣютъ примѣненіе и тогда, когда отчужденіе или залогъ были сдѣланы не торговцемъ въ кругу его торговаго дѣла, и если эти бумаги окажутся краденными или потерянными“. Въ этомъ постановленіи, очевидно, сказываются практическія требованія, рассчитанныя на интересы гражданскаго оборота. Обмѣнъ бумагъ, не носящихъ на себѣ имени, былъ бы положительно невозможенъ, еслибы прочность пріобрѣтенія ихъ обуславливалась требованіемъ предварительнаго всякій разъ изслѣдованія, какъ и кто эти бумаги пріобрѣлъ, и есть ли титулъ у лица, передающаго ихъ другому, — разъ эти бумаги пріобрѣтаются не у торговца подобными бумагами, что случается часто въ виду легкой оборотности бумагъ на предъявителя, при чемъ онѣ сплошь и рядомъ исполняютъ функцію денегъ. Правда, гарантія прочности пріобрѣтенія, которую устанавливаетъ законодательство, признавая краденныя или потерянные бумаги собственностью ихъ пріобрѣтателя, даетъ поводъ къ заключеніямъ, что при такомъ порядкѣ возникаетъ возможность безнаказанно стяжать выгоды отъ преступленія; но удобства гражданскаго оборота, рассчитаннаго на *нормальный порядокъ вещей*, не осложненный ни преступленіями, ни собственною неряшливостью, настолько

важны, что принимать въ расчетъ эти возраженія нѣтъ достаточныхъ основаній.

Вслѣдъ за утвержденіемъ въ законодательныхъ инстанціяхъ Нов. Гражд. Ул. 18 авг. 96 г. и Нов. Торгов. Улож. 10 мая 97 г., имѣющихъ въ цѣломъ своемъ составѣ войти въ дѣйствіе во всей Имперіи одновременно, съ 1 января 1900 года, указанные здѣсь статьи будутъ замѣнены рядомъ новыхъ положеній, въ особенности §§ 932 — 936 названнаго Гражд. Улож. и §§ 366, 367 Торг. Улож., которые по существу выражаютъ тѣ же принципы такъ назыв. германской собственности, о коихъ мы говорили выше.

Понятно, что тѣ потребности, которыя вызвали на Западѣ вышеизложенныя постановленія о правѣ собственности, не могли не дать себя почувствовать и у насъ, и если мы обратимся къ нѣкоторымъ продуктамъ нашей позднѣйшей законодательной дѣятельности, то увидимъ, что въ нихъ выражено, въ видѣ частныхъ уставовъ, именно то, что общимъ образомъ выработано въ правѣ французскомъ и общегерманскомъ.

Этихъ уставовъ у насъ весьма много и они до крайности разнообразны. Ссылки и указанія на нихъ можно найти въ приложеніяхъ къ тѣмъ статьямъ X тома (въ изд. Боровиковскаго или Гаугера), въ которыхъ говорится о закладѣ движимыхъ имуществъ. Въ этихъ уставахъ встрѣтятся, напр., постановленія для Ссудной казны Опекунскаго Совѣта, по которому Ссудная казна не выдаетъ даже краденыхъ вещей, въ ней заложенныхъ. Ссудная казна прежде всего удовлетворяетъ своимъ интересамъ и требованіямъ. Точно также въ Уставѣ Полтавскаго Общества взаимнаго кредита мы находимъ постановленіе, что послѣдующее обнаруженіе правъ собственности другого лица, особенно по отношенію къ безыменнымъ бумагамъ, находящимся въ рукахъ общества, не можетъ колебать правъ банка, какъ залогодержателя. Однородныя съ этимъ постановленія мы встрѣчаемъ также и въ другихъ уставахъ обществъ для заклада движимости.

Таково положеніе вопроса о различіи *виндикаціонной* защиты собственности отъ защиты собственности *относительной*. Въ предыдущемъ изложеніи мы, слѣдовательно, говорили о различіи вещей движимыхъ и недвижимыхъ и о соотвѣтствующемъ этому различію конструкцій защиты собственности. Съ этимъ мы связали противоположеніе римскаго права съ правомъ современнымъ по вопросу о собственности и ея защитѣ. Мы нашли подтвержденія дѣйствительной важности того различія между движимыми

и недвижимыми имуществами, которому въ примѣненіи къ области вещныхъ правъ нѣкоторые систематики даютъ рѣшающее значеніе. Въ дальнѣйшемъ изложеніи ученія о собственности мы должны имѣть въ виду раздвоеніе этого ученія во многихъ существенныхъ для института собственности характерныхъ чертахъ.

Общая характеристика различія въ конструкціи собственности, смотря по тому, касается ли она движимыхъ или недвижимыхъ вещей, будетъ заключаться въ томъ, что для недвижимости матеріальная сторона обладанія, т.-е. полнота правъ, никогда не будетъ достигать того предѣла и того абсолютизма, который нѣкоторые мыслители считали существеннымъ признакомъ собственности вообще. Матеріальная сторона собственности для недвижимости будетъ представлять значительныя отступленія отъ полноты права, которая при этомъ въ разныхъ условіяхъ способна очень видоизмѣняться. Съ этими видоизмѣненіями въ полнотѣ господства лица надъ вещью тѣсно связано, какъ увидимъ ниже, особое ученіе о правахъ на чужую вещь, въ особенности о правѣ сервитутномъ. Въ совокупности, различіе этихъ двухъ областей обладанія — вещами движимыми и недвижимыми — сводится къ тому, что въ одной области (недвижимость), при допущеніи почти абсолютной защиты обладанія, полнота матеріальной стороны господства лица надъ вещью значительно умалается въ видахъ разныхъ практическихъ требованій и соображеній общественной пользы. Наоборотъ, для движимости почти полный абсолютизмъ матеріальной стороны обладанія, какъ бы компенсируется крайне существенными ограниченіями формальной стороны правообладанія, его защиты противъ добросовѣстнаго пріобрѣтателя.

§ 5.

Понятіе недвижимости у насъ. — Приватный типъ поземельнаго обладанія. — Задача обособленія и удержавшіеся остатки старыхъ формъ общности и смѣшанныхъ типовъ землевладѣнія. — Параллелизмъ движенія нашего аграрнаго права съ таковымъ-же въ Пруссіи. — Отмѣна старинныхъ формъ зависимости и общности въ поземельномъ Прусскомъ правѣ. — Новыя формы общности и особенно законъ 2 апр. 1872 г. — Результаты сопоставленія.

Указавъ, такимъ образомъ, основныя различія строенія права собственности въ зависимости отъ объектовъ обладанія, мы перейдемъ къ ближайшему изученію *нашего законодательства о правахъ собственности*. Нашего законодателя въ особенности интересовалъ оборотъ съ недвижимостями, и потому X т. съ

большимъ вниманіемъ относится къ нему, чѣмъ къ сферѣ обладанія движимыми вещами.

Нашъ X т. I ч. въ изученіи вопроса о недвижимой собственности не даетъ повода восходить къ явленіямъ стараго русскаго права, къ эпохѣ предшествующей Улож. Царя Алексѣя Михайловича. Самое *понятіе. недвижимости*, объединившее цѣлый кругъ предметовъ обладанія до того времени различныхъ, принадлежитъ эпохѣ Петровскаго законодательства. Различіе помѣстій и вотчинъ съ одной стороны, а съ другой—разныя qualificacіи вотчинъ, которыя знала старая Русь, не оставили почти слѣда въ нашемъ законодательствѣ ¹⁾. Въ до-петровскую эпоху обладаніе недвижимостью носило характеръ очень пестрый вслѣдствіе лежавшихъ на немъ частью служебныхъ или тяглыхъ, частью родовыхъ и территоріальныхъ стѣсненій. Мало-по-малу разнородные виды обладанія идутъ къ объединенію въ одномъ понятіи имущества недвижимаго, которое постепенно вырабатывается въ законодательной практикѣ XVIII в. Нѣтъ сомнѣнія, что и въ этомъ видѣ недвижимая собственность не является съ чисто-приватнымъ характеромъ, ибо способность лицъ къ обладанію недвижимостью, въ особенности сельскою, условливалась обязанностями службы. Слѣдовательно, чисто-приватный видъ собственности былъ вообще чуждъ той порѣ. До какой степени въ законодательствѣ той эпохи на поземельную собственность преобладала точка зрѣнія интересовъ государственной службы, это видно особенно изъ петровскаго закона о единонаслѣдіи. Владѣльцы недвижимаго имущества, особенно населеннаго, въ этихъ условіяхъ не были частными собственниками. Власть собственника земли надъ населеніемъ вовсе не была властью *приватнаго лица*. Помимо этой стороны дѣла, т.-е. огражденія низшихъ классовъ отъ эксплуатаціи высшими, исключительный характеръ закона о единонаслѣдіи заключался въ томъ, что онъ почти вполнѣ изъялъ изъ свободнаго частнаго оборота все землевладѣніе.

Такова была идея Петра. Несмотря, однако, на всю энергію, съ которой она приводилась въ исполненіе законодателемъ, ей не суждено было войти въ русскую жизнь, и вскорѣ послѣ Петра его указъ былъ отмѣненъ Анной Іоанновной. Но въ ту пору, когда русское законодательство возвратилось къ старымъ поряд-

¹⁾ Исчерпывающимъ пособіемъ для изученія состоянія русскаго законодательства по вещнымъ правамъ на недвижимоости со времени Петра въ особенности мы имѣемъ въ исторіи Рос. гражд. зак. К. А. Неволіна, ч. 2-я (изд. 57 г.), стр. 280 и слѣд.; до-петровская эпоха тамъ же, стр. 124—280.

камъ, все-таки назвать объединенныя недвижимыя сельскія имущества *чисто-приватнымъ типомъ поземельной собственности* было бы большою ошибкою. Съ одной стороны, служба лица по-прежнему продолжала и въ это время условливать собою способность лицъ къ обладанію, причемъ привилегіи служилаго класса принадлежали извѣстному, довольно тѣсному кругу лицъ, а съ другой—въ составъ населеннаго имѣнія входили такіе элементы, которые совсѣмъ неудобно было подводить подъ понятіе только пассивныхъ предметовъ частной собственности, ибо это было родственное владѣльцамъ и по происхожденію и по вѣроисповѣданію население страны.

По мѣрѣ того, какъ помѣщики, послѣ отмѣны указа 1714 г., освоивались со взглядомъ на населенныя имѣнія, какъ на частную собственность, подлежащую ничѣмъ не стѣсненной свободѣ обмѣна въ этомъ классѣ лицъ, взглядомъ, получившимъ господство въ особенности въ эпоху Екатерины II, сама идея такого частно-правнаго обладанія возбуждаетъ все болѣе и болѣе сомнѣній въ состоятельности такого порядка вещей не только съ точки зрѣнія справедливости, но и интересовъ государства, такъ что задачи правительства клонятся съ этого же времени не къ развитію этой идеи, а къ ея упраздненію. Это упраздненіе, какъ извѣстно, произошло въ царствованіе Александра II, и только съ этого времени мы получаемъ возможность наблюдать и изучать на русской почвѣ явленіе института чистой недвижимой сельской собственности, какъ предмета свободного обмѣна, независимо отъ спеціальной правоспособности лицъ привилегированнаго класса и отъ тѣхъ или другихъ осложненій въ свойствахъ обладаемаго имущества. Съ этого момента можно говорить о *чисто-приватномъ типѣ поземельной собственности* въ составѣ общаго русскаго гражданскаго права.

Но и до этой эпохи, т.-е. до тѣхъ поръ, когда у насъ образовался *доступный всѣмъ* объектъ обладанія, до этой эпохи образованія чистаго типа частной собственности, у насъ, по отношенію къ землѣ, шло постоянное законодательное движеніе, которое *можетъ считаться подготовительнымъ* къ тому коренному бытовому и юридическому перевороту, который совершился впоследствии.

Въ этомъ движеніи, прежде всего, надлежитъ отмѣтить различныя мѣры, принимавшіяся законодателемъ для того, чтобы *привести въ извѣстность, измѣрить и дать характеръ определенности поземельному обладанію*, обособить интересы частнаго лица. Эти мѣры для приведенія къ извѣстности и опредѣ-

ленію и измѣренію поземельной собственности, долго тянувшіяся въ московскій періодъ русской исторіи, переходятъ въ XVIII вѣкѣ въ задачу *межеванія*. Задача межеванія, однако, заключалась не въ одномъ только измѣреніи, но также и въ *прекращеніи старыхъ формъ общности обладанія*, которыя и въ прежнее время были вредными формами эксплуатаціи недвижимыхъ имуществъ. Такимъ образомъ, ранѣе появленія у насъ чистаго типа собственности въ личномъ и объективномъ смыслѣ, мы уже въ предыдущей его появленію эпохѣ вырабатывали все нужное для возможности осуществленія такого частно-правнаго обладанія недвижимыми вещами. Въ результатѣ наше законодательство, въ его теперешнемъ видѣ, даетъ намъ всѣ необходимые элементы для понятія недвижимой поземельной сельской собственности. Съ 1861 года мы можемъ говорить, что у насъ существуетъ поземельная собственность въ смыслѣ опредѣленнаго, отдѣльнаго, чисто-приватнаго, всѣмъ доступнаго и свободно-обмѣниваемаго обладанія.

Но это только *одинъ типъ* поземельной собственности, допускаемый нашимъ дѣйствующимъ законодательствомъ. Другой типъ обладанія, идущій рядомъ съ только-что указаннымъ, представляетъ собою наша поземельная *сельская община*. На явленіе этой формы поземельнаго обладанія мы также должны обратить вниманіе. Рядомъ съ этимъ, въ нашемъ законодательствѣ *удержалась* также форма надѣленія имуществомъ за службу въ тѣхъ мѣстностяхъ, гдѣ она требовалась въ виду политическихъ цѣлей, именно форма *маіоратныхъ имуществъ*, для которыхъ въ X т. имѣется рядъ постановленій. Далѣе, нашимъ законодательствомъ устанавливается не столько чисто-цивильная форма обладанія, сколько форма смѣшанная, полу-цивильнаго и полу-политическаго характера, именно такъ наз. *заповѣдныя наследственные имѣнія*. Такимъ образомъ, мы имѣемъ не только чистую форму приватной поземельной собственности, но рядомъ съ ней и формы обладанія болѣе или менѣе смѣшаннаго и приноровленнаго къ той или другой особой цѣли характера.

Наконецъ, на ряду съ этимъ, въ нашемъ законодательствѣ существуетъ еще одинъ видъ обладанія, именно въ формѣ *угодій въ чужомъ имуществѣ*. Этотъ видъ обладанія представляетъ собою остатокъ прошлаго, нынѣ отживающій вѣкъ.

Еслибы мы захотѣли все это движеніе нашего законодательства въ дѣлѣ установленія перечисленныхъ видовъ и формъ обладанія недвижимостью представить себѣ совершенно ясно, то для этого не бесполезно было бы сопоставить это движеніе съ соот-

вѣтствующимъ движеніемъ къ той же цѣли законодательныхъ постановленій какого-либо сосѣдняго намъ государства. Какъ исходныя точки развитія поземельныхъ отношеній, такъ и дальнѣйшія цѣли законодательныхъ мѣропріятій нерѣдко оказываются чрезвычайно сходными въ нашемъ и въ нѣкоторыхъ европейскихъ законодательствахъ. Польза такого параллельнаго изученія представляется несомнѣнной потому особенно, что нашъ законодательный процессъ есть процессъ длящійся, еще *не завершившійся*, изъ котораго поэтому пока нѣтъ возможности извлечь представленія о послѣднихъ цѣляхъ законодательнаго движенія по данному вопросу, тогда какъ въ виду такого-же движенія нѣкоторыхъ европейскихъ законодательствъ по тѣмъ же вопросамъ, достигнувшаго извѣстной законченности, мы нерѣдко можемъ предугадать къ какимъ цѣлямъ идемъ и мы, проходя до сего времени тотъ самый путь, который въ свое время прошли государства ранѣе насъ вступившія на этотъ путь.

Если старинныя, зависящія отъ родовыхъ, сословныхъ, служилыхъ союзовъ формы земельного обладанія, мало-по-малу, въ настоящее время теряютъ свое значеніе, и организація защиты собственности строится на иныхъ, чѣмъ прежде, основаніяхъ, то стремленіе современнаго законодателя по отношенію къ этой, освобожденной отъ службъ и др. повинностей землѣ, должно заключаться въ образованіи и законченномъ развитіи института свободной поземельной собственности. Въ этой свободной формѣ поземельнаго обладанія, отнюдь однако не противорѣчащей интересу общему, законодатель находитъ достаточныя гарантіи для прочности соціального быта. И дѣйствительно, во многихъ европейскихъ законодательствахъ мы наблюдаемъ подобныя цѣли и подобныя тенденціи. Съ особенной рельефностью этимъ путемъ въ послѣднее время шло развитіе прусскаго законодательства.

Слѣдуетъ, однако, обратить здѣсь особое вниманіе на то, что это *приватизированіе поземельнаго обладанія* не составляетъ и не можетъ составлять послѣдней цѣли законодателя. Рядомъ съ этимъ приватизированіемъ, рассчитаннымъ на поощреніе и удовлетвореніе *личныхъ интересовъ*, идетъ другое движеніе, въ силу коего отдѣльныя поземельныя участки приводятся въ такое положеніе или сочетаніе, которое наиболѣе соотвѣтствуетъ какъ интересамъ и выгодамъ хозяйства извѣстной мѣстности, въ частности, такъ и постоянству и правильности хозяйственной эксплуатаціи. Такимъ образомъ, на одномъ обособленіи собственности отъ постороннихъ примѣсей законодательство, очевидно, не оста-

навливается и идетъ къ другимъ цѣлямъ и ищетъ достигнуть такого *разверстанія поземельныхъ участковъ*, какое въ наибольшей степени *соотвѣтствуетъ не только интересамъ частнаго хозяйства и государства, но также и общественнымъ*. Мысль о такомъ *разверстаніи участковъ* у насъ пока еще только въ за-
родышѣ; но несомнѣнно, что въ послѣдствіи она найдетъ почву и въ нашемъ законодательствѣ. Въ виду этого, освѣщеніе процесса и хода, коему слѣдовало развитіе европейскихъ законодательствъ въ вопросѣ о формахъ *обладанія недвижимою собственностью*, представляется для уясненія соотвѣтствующихъ явленій нашей правовой жизни весьма важнымъ.

Извѣстно, что въ Пруссіи общая тревога по поводу положенія дѣлъ въ странѣ наступила послѣ несчастной для нея войны 1806 года, кончившейся полнымъ разореніемъ Пруссіи, уни-
тельнымъ миромъ въ Тильзитѣ и 150-милліонной контрибуціею. Эти обстоятельства были поводомъ къ послѣдующимъ реформамъ въ Пруссіи. Эдиктъ 9 ноября 1807 г. создалъ законодательнымъ путемъ *свободу имущественнаго оборота*, такъ что съ этого времени всякій обыватель королевства получаетъ право *приобрѣтать* недвижимую собственность всякаго рода. Черезъ три года, т.-е. въ 1810 г., отмѣнена была всякая *частноправная зависимость лицъ*, живущихъ на чужихъ земляхъ, отъ господъ. Въ то же время допущено было *раздѣленіе нераздѣльных* до этого времени *имуществъ*, и открыта возможность для этой же цѣли *пре-
кращать* путемъ семейныхъ сдѣлокъ старыя имущественно-семе-
йныя связи феодальнаго типа и семейныя *фидеикоммисы*. Къ этимъ законодательнымъ актамъ прусскаго правительства слѣдуетъ при-
соединить также и два эдикта 1811 года, изъ коихъ одинъ на-
правленъ былъ на *улучшеніе* сельско-хозяйственной *культуры*, а другой нормировалъ отношенія бывшихъ господъ къ только что образовавшемуся классу вольныхъ рабочихъ. Прежнія же пре-
карныя отношенія крестьянъ и лицъ, сидящихъ на господской землѣ, къ господину были уничтожены, и прекарное *обладаніе* превратилось въ свободную собственность. Частью законодатель-
ная дѣятельность въ этомъ направленіи продолжается и въ эпоху такъ наз. священнаго союза, но значительно слабѣе. Она усили-
вается и становится болѣе опредѣленной и рѣшительной послѣ 1848 года, когда реформаціонное движеніе завершилось зако-
номъ 1850 года, касающимся *выкупа реальныхъ тягостей* и *регулированіе* отношеній старыхъ привилегированныхъ *землевла-
дѣльцевъ* къ зависимому населенію. Законодательное движеніе на-
чала 90-хъ годовъ несомнѣнно имѣетъ цѣлью *размноженіе не-*

большихъ и среднихъ сельско-хозяйственныхъ единицъ съ капиталистическими ресурсами небольшого размѣра.

Такимъ образомъ, поземельно-политическія отношенія привилегированнаго класса населенія къ непривилегированному, построенныя на идеѣ барщины, понемногу упраздняются. Понемногу, вмѣстѣ съ возможностью выкупа, на рабочемъ населеніи перестаетъ лежать обязанность доставлять землевладѣльцу не только свой трудъ, но и орудія производства. Отношенія крестьянъ къ землевладѣльцамъ устанавливались въ зависимости отъ обоюднаго между ними соглашенія. Мѣстами эти отношенія приняли характеръ *emphiteusis*'а, при которомъ у собственника осталось формальное право собственности — *Proprietätsrecht*, а крестьянамъ предоставлены были *Nutzungsrecht*'ы.

Съ помощью этихъ новыхъ формъ поземельнаго обладанія *разрѣшился старый хозяйственно-политическій строй Пруссіи* и открылась возможность возникновенія новаго хозяйственного быта и новыхъ плодотворныхъ приѣмовъ интенсивнаго хозяйства.

Мы указали, что съ 1807 года въ Пруссіи явилось стремленіе медленно разрѣшить старыя, несоотвѣтствовавшія новому понятію государства, феодальныя узы, которыми были связаны низшіе классы населенія съ классомъ привилегированнымъ. Старымъ формамъ частно-правной зависимости отъ феодаловъ, смыслъ которой съ теченіемъ времени пропалъ, нужно было дать разумный выходъ. Мы прослѣдили фазы того движенія прусскаго законодательства, которое шло въ этомъ направленіи, именно эпоху послѣ-наполеоновскихъ войнъ, время священнаго союза и ближайшее къ нимъ. Въ результатъ этого законодательнаго движенія оказалось *появленіе большого количества новыхъ мелкихъ поземельныхъ собственниковъ* въ Пруссіи, число коихъ къ 1865 году составляло цифру въ 83,288 собственниковъ, владѣвшихъ 5,500 тысячами морговъ земли на всю Пруссію.

На ряду съ этимъ, легко услѣдить въ прусскомъ законодательствѣ и другое движеніе, направленное также къ развитію успѣховъ сельско-хозяйственной культуры. Это движеніе заключалось въ томъ, что законодательство стремилось *упразднить различнаго рода формы общности хозяйства*, невыгодныя для интенсивной культуры. Это движеніе идетъ по направленію къ слѣдующимъ формамъ обладанія: 1) въ то время оставалось еще, какъ памятники старины, много *общихъ угодій*, лѣсовъ, пастбищъ и т. п., пользованіе которыми не могло быть точно установлено, такъ что самая общность обладанія подавала нерѣдко поводъ къ неясностямъ и замедленіямъ въ хозяйствѣ. 2) Такого же рода

общность удерживалась мѣстами и въ земляхъ *пахотныхъ*. Случалось нерѣдко, что члены одной общины пользовались правомъ выпаса на пару ¹⁾ въ извѣстной очереди участковъ. При существованіи такого права, отдѣльные хозяева, понятно, не могли отдѣлаться отъ *обязательной* для нихъ при этихъ условіяхъ трехпольной системы хозяйства, отъ обязательнаго для всѣхъ сѣвооборота (*Flurzwang*, какъ называютъ его нѣмцы). При этой системѣ нужно было именно такъ и въ такой очереди вести обработку полей, ибо съ ней была связана извѣстная очередь пастбищъ. Так. обр., законодательству, направленному къ улучшенію сельско-хозяйственной культуры, необходимо было упразднить и эту сторону общности обладанія. Въ Пруссіи движеніе законодательства къ такому обособленію, по возможности безъ вреда для цѣлаго хозяйства, приняло очень опредѣленный характеръ, въ особенности со времени законодательныхъ актовъ Фридриха Великаго. При раздѣлахъ такого рода приходилось нерѣдко, въ цѣляхъ удобства разверстанія, выводить оказавшихся вслѣдствіе такого раздѣла излишними членовъ общины, удовлетворяя ихъ, по возможности, землею въ другихъ мѣстахъ, или, если такой земли не было подъ руками, рентою.

Въ результатѣ этого законодательнаго движенія получилось то, что *старыя* и вредныя для хозяйства *формы общаго владѣнія* были *упразднены*. Но рядомъ съ такимъ упраздненіемъ общности и установленіемъ *особности* хозяйства, у законодателя появились новыя заботы о томъ, чтобы эти обособленные хозяйства не оказали другъ на друга вреднаго вліянія именно вслѣдствіе своей *особности*. Въ этомъ направленіи законодательство, имѣвшее въ виду *исцѣлить вредныя стороны особенности*, шло путемъ образованія *новыхъ сочетаній*, посредствомъ так. наз. *Verkörperung* и *Arrondierung*. Особность дается законодательствомъ отнюдь не для удовлетворенія однихъ частныхъ интересовъ владѣльцевъ, а для успѣховъ хозяйства и для подъема сельско-хозяйственной культуры. Если эта цѣль была или предполагалась достигнутой, и если рядомъ съ этимъ обнаруживалось то или другое вредное вліяніе *особности владѣнія*, то этого было вполне достаточно для того, чтобы въ границахъ марки допустить *новый предѣлъ земельныхъ участковъ*, причемъ лица, подвергавшіяся при такомъ предѣлѣ потерѣ своихъ участковъ, вознаграждались такъ

¹⁾ При трехпольной системѣ хозяйства паромъ наз. поле, очищенное отъ убранныго съ него ярового хлѣба и предназначающееся для отдыха въ теченіе почти года, послѣ чего на немъ сѣется рожь. Паровое поле, послѣ снятія яровины, представляетъ собою хорошее пастбище.

или иначе на счет совладѣльцевъ. Очевидно, что при такихъ передѣлахъ устройство отдѣльныхъ участковъ принимало болѣе совершенную форму. При обособленности участковъ легко могло, напр., случиться, что одинъ обособленный участокъ своимъ хозяйствомъ причинялъ вредъ и оскудѣніе другимъ. При измѣненіи поверхности, при вырубкѣ лѣса, могли то же произойти всякаго рода неудобства, напр., излишняя сухость почвы, сползаніе слоевъ почвы и проч. Разъ существуетъ безусловная особность участкаго владѣнія, подобный вредъ приходится считать непреодолимымъ. На случай именно такихъ вредныхъ вліяній одного обособленнаго участка на другой или на другіе сосѣдніе, было допущено *новое ихъ распредѣленіе*. При наличности вредныхъ вліяній особности владѣнія обособленные участки приходили въ новое сочетаніе, соотвѣтственно какъ интересамъ частныхъ лицъ, такъ и общимъ интересамъ.

Таково было движеніе законодательства *по аграрному вопросу* въ Пруссіи. Въ этомъ движеніи мы замѣчаемъ три формы или фазы: 1) прежде всего разрываются старыя феодальныя узы, и рядомъ съ этимъ происходитъ *приватизированіе обладанія*, освобожденіе его съ этой стороны отъ публичнаго момента; 2) *устраняются* затѣмъ невыгодныя для хозяйства *старыя формы общности* обладанія, наконецъ, 3) въ установившихся особныхъ хозяйствахъ устраняются вредныя стороны ихъ особности и, путемъ новыхъ распредѣленій участковъ, *образуются новыя формы общности*, примиряющія въ себѣ интересъ частный и общественный.

Въ особенности это стремленіе къ образованію такихъ новыхъ формъ общности обладанія путемъ періодическаго распредѣленія участковъ, было регулировано *въ Пруссіи закономъ 2 апрѣля 1872 года*. Процессъ, которымъ досталась эта цѣль, т.-е. образованіе новыхъ формъ обладанія и передѣлы участковъ — исключительно административный. Для того, чтобы могла произойти перемѣна въ распредѣленіи участковъ данной округи (Feldmark), нужно предложеніе собственниковъ, занимающихъ болѣе половины заключающей въ немъ площади и получающихъ въ сложности болѣе половины дохода, опредѣленнаго по кадастру. Когда такое предложеніе собственниковъ, послѣ провѣрки плана участковъ даннаго округа съ предполагаемымъ новымъ распредѣленіемъ ихъ, одобрено въ извѣстномъ инстанціонномъ порядкѣ (административномъ), то происшедшее вслѣдъ за тѣмъ новое распредѣленіе участковъ обыкновенно дѣйствуетъ на продолжительное время. Такъ что за послѣдовавшей перемѣной новая

можетъ имѣть мѣсто только при особыхъ условіяхъ, когда, напр., прежнее распредѣленіе и отношеніе участковъ данной марки, прежняя гармонія нарушена проведеніемъ новой желѣзной дороги, канала и проч. Если эти условія наступаютъ, и въ поземельныя отношенія даннаго округа привходятъ, так. обр., новыя внѣшнія обстоятельства, то можетъ вновь производиться пересмотръ участковаго распредѣленія. Новый пересмотръ распредѣленія участковъ допускается, затѣмъ, только въ томъ случаѣ, если прошло 30 лѣтъ со времени послѣдняго передѣла, и если притомъ $\frac{3}{4}$ землевладѣльцевъ требуютъ этого.

При такого рода передѣлахъ не могутъ, безъ согласія хозяевъ, входить въ сферу предположеннаго передѣла мѣстности и хозяйственныя установленія, почему либо особенно цѣнныя, какъ-то дома, сады, эксплуатируемыя минеральныя богатства и пр. Так. обр., интересы частныхъ лицъ приносятся въ жертву не исключительно цѣлямъ повышенія уровня сельскохозяйственныхъ удобствъ, а цѣль такого распредѣленія участковъ составляетъ возможное примиреніе общихъ и частныхъ интересовъ любого рода. Переимѣна въ распредѣленіи поземельныхъ участковъ допускается, слѣдовательно, тамъ, гдѣ такая переимѣна явно благопріятствуетъ цѣлому въ смыслѣ общихъ интересовъ, и гдѣ она въ то же время не нарушаетъ интересовъ отдѣльныхъ частныхъ собственниковъ.

Къ этимъ главнымъ моментамъ аграрнаго законодательства Пруссіи надлежитъ прибавить очень стройно выработанную систему пересвоенія недвижимыхъ имуществъ, устраняющую много неясностей въ вопросахъ юридическихъ, и съ этимъ вмѣстѣ открывающую всѣ пути для развитія поземельнаго кредита. На эту сторону дѣла мы укажемъ позже. Въ разсмотрѣнныхъ же здѣсь фазахъ движенія аграрнаго законодательства Пруссіи видны, частью, тѣ стороны вопроса о поземельномъ правѣ, которыя разрабатывало уже русское законодательство, частью же такія стороны вопроса, очередь разработки коихъ несомнѣнно предстоитъ намъ въ ближайшемъ будущемъ. Говоря объ образованіи *новыхъ формъ общности*, мы затрогиваемъ здѣсь вопросъ о союзахъ, коего изученіе было дано частью въ другой связи (ученіе о юридическихъ лицахъ).

Если мы, затѣмъ, перейдемъ къ явленіямъ *нашего права*, то увидимъ, что тутъ совершалось частью то же движеніе и въ томъ же почти направленіи. То движеніе, которое въ Пруссіи шло весьма медленно къ организаціи свободныхъ отношеній между сельскимъ населеніемъ и совершалось въ весьма небольшихъ, по количеству заинтересованныхъ въ этомъ движеніи лицъ и по пло-

щади земли, размѣрахъ, у насъ также имѣетъ свои послѣдовательныя фазы, и это движеніе къ разрѣшенію проблемы въ Пруссіи меркнетъ передъ блестящей, необычайно быстрой и громадной по размѣрамъ въ смыслѣ количества лицъ и земли реформой 1861 года. Наше законодательство, так. обр., выполнило предназначенную ему самымъ историческимъ ходомъ вещей функцію — *уничтожить всѣ формы частно-правной зависимости необычайно быстро, смѣло и полно*. При этомъ движеніи разомъ порвана была масса старыхъ связей, но вмѣстѣ съ этимъ нѣкоторыя формы общности сельскаго хозяйства, въ особенности на сѣверѣ Россіи, мірское землевладѣніе, остались нетронутыми и послужили средствомъ для ликвидаціи стараго порядка и основаніемъ для разрѣшенія тѣхъ сложныхъ задачъ, которыя были предначертаны планомъ реформъ.

Другая сторона движенія нашего законодательства заключается въ стремленіи *обособить землевладѣніе* и дать ему характеръ частно-правнаго обладанія. Это стремленіе замѣтно сказывалось въ теченіе всего прошлаго столѣтія и особенно ясно выразилось въ текущемъ. Направленное именно къ той же задачѣ уничтоженія неизвѣстности владѣнія, неблагопріятной для успѣховъ сельско-хозяйственной культуры, и вредныхъ формъ общности, все это движеніе примыкало, однако, къ прежнимъ формамъ хозяйства, поставленнаго въ особыя условія и приноровленнаго, какъ извѣстно, къ населеннымъ имѣніямъ. Такъ что въ нашемъ законодательствѣ образованіе обособленности владѣнія и хозяйства шло такъ же, какъ и въ Пруссіи, но шло не отрѣшившись еще отъ отвергнутыхъ въ послѣдствіи формъ частно-правной зависимости.

Въ виду этого мы должны, прежде всего, остановиться на этомъ, сходномъ съ прусскимъ, движеніи нашего законодательства. Что касается нашего законодательства, то у насъ развивается особность землевладѣнія первоначально въ примѣненіи къ населеннымъ имѣніямъ, а затѣмъ, когда реформой 1861 года сразу былъ разрѣшенъ вопросъ о частно-правной зависимости населенія отъ господъ, для законодательства возникли новыя задачи опредѣленія особности владѣнія, отрѣшеннаго уже отъ старыхъ формъ. Чтобы ориентироваться въ вопросѣ о томъ, какъ шло и достигало своихъ цѣлей наше законодательство въ этомъ направленіи, намъ нужно прежде всего остановиться на *межевомъ законодательствѣ* ¹⁾.

¹⁾ Для обозрѣнія движенія нашего межевого законодательства можетъ служить работа Неволіна, въ пол. соб. соч. (см. ниже стр. 74). Общей же дисциплины межевого права онъ не даетъ.

§ 6.

Главнѣйшія фазы движенія нашего межеваго законодательства.— Неуспѣхъ межевой инструкціи 1754 г.—Инструкція генеральнаго межеванія Импер. Екатерины II.—Межеваніе спеціальное.—Задача устраненія нѣкоторыхъ старинныхъ формъ общности.—Права угодій въ дѣйствующей системѣ.—Черезполо-сиды.—Результаты эманципаціоннаго движенія.—Ограниченіе права собствен-ности по недвижимостямъ правами участія общаго въ дѣйствующей системѣ.

Если бы мы опредѣлили задачу межевыхъ инструкцій у насъ только какъ задачу привести въ извѣстность мѣру земли, то изъ разсмотрѣнія любой межевой инструкціи, которую мы захотѣли бы взять, легко было бы убѣдиться, что цѣль ихъ и *цѣль пред-принимаемаго на ихъ основаніи межеванія вовсе не исчерпы-вается приведеніемъ въ извѣстность мѣры земли*. Въ межевыхъ инструкціяхъ Елизаветы и Екатерины одинаково, рядомъ съ опре-дѣленіемъ мѣры земли, преслѣдуется и другая задача, именно несомнѣнная задача *лучшаго устройства быта того класса*, въ кругу котораго идетъ межеваніе. Иначе невозможно понять, по- чему, напр., въ этихъ инструкціяхъ законодатель требуетъ, чтобы въ мѣстахъ, прилежающихъ къ рѣкѣ, къ ней по возможности примежевывали земельный участокъ для каждаго владѣльца. Оче- видно, это предписаніе было рассчитано на устройство хозяйства землевладѣльцевъ и потому мы имѣемъ полное основаніе видѣть въ межевыхъ инструкціяхъ, сверхъ главной цѣли, также и по- пытку лучшей организаціи быта населенія. Затѣмъ, въ межевыхъ инструкціяхъ ясно стремленіе достигнуть извѣстныхъ сельско-хо- зяйственныхъ цѣлей, которыя въ общемъ сводятся къ возможному уничтоженію *вредныхъ формъ общности*. Межевыя инструкціи, слѣдовательно, были рассчитаны не только на приведеніе въ из- вѣстность существующаго землевладѣнія и мѣры земли, но заклю- чали въ себѣ также извѣстныя хозяйственно-политическія цѣли, чтѣ вполне сознавалось и составителями этихъ инструкцій. Мы на это укажемъ нѣсколько ниже.

Съ задачею изученія межевыхъ инструкцій и межеваго дѣла, какъ оно выражалось въ Полномъ Собраніи Законовъ, мы мо- жемъ восходить къ царствованію Θεодора Алексѣевича, которому принадлежитъ замѣчательный наказъ писцовый 1684 г., въ нѣ- которыхъ отношеніяхъ служившій исходной точкой для межевыхъ инструкцій Елизаветы и Екатерины II. Но восходить къ началу законодательныхъ движеній дѣло историка права. Мы ограничи- ваемся здѣсь замѣчаніемъ, что перемѣны въ титулахъ землевла- дѣнія, которыя произошли при Петрѣ Великомъ, и которыя еще

полнѣе выразились въ межевыхъ инструкціяхъ Елизаветы и Екатерины, въ основѣ своей имѣютъ тѣсную связь съ Писцовымъ наказомъ и писцовыми книгами Θεодора. Его писцовый наказъ и писцовыя книги не утратили своего значенія и для современнаго законодательства, которое въ своихъ постановленіяхъ дѣлаетъ ссылки на эти акты. Въ юридической практикѣ и понынѣ могутъ встрѣтиться случаи притязаній къ землѣ, которые исключительно основываются на писцовыхъ книгахъ, а не на межевыхъ инструкціяхъ, хотя, несомнѣнно, опредѣляющее значеніе для цѣлаго ряда положеній дѣйствующаго нашего поземельнаго права имѣютъ именно межевыя инструкціи.

Межевыя инструкціи имѣли неодинаковый успѣхъ. Инструкція Елизаветы Петровны хотя и заключала въ себѣ ясно сознанныя задачи, не менѣе того цѣли своей не достигла. Причину этой неудачи легко объяснить себѣ, такъ какъ она была признана вскорѣ послѣ попытокъ Елизаветы, и старая инструкція была исправлена въ позднѣйшихъ законодательныхъ актахъ императрицы Екатерины II. Елизавета Петровна такъ же, какъ и послѣдующая законодательница, ясно сознавала, что цѣль межеванія *не есть частно-правная только*, что цѣль приведенія въ извѣстность мѣры земли есть государственная. Въ своей инструкціи (Полное собр. зак. № 10237) императрица Елизавета, изъясняя свой планъ, говоритъ: „размежеваніе земель *не яко обыкновенное челобитчиково дѣло*, но изъ особой высочайшей императорской милости... учинено“. Какъ здѣсь, такъ еще яснѣе въ инструкціи императрицы Екатерины (Ср. П. С. З., 17 т. стр. 717, п. 6), мы видимъ ту же мысль не только прямо выраженною, но и косвенно подтвержденною въ томъ практическомъ и немаловажномъ положеніи, что *гербовыя пошлины*, которыхъ назначеніе заключалось въ обложеніи частныхъ имуществъ при ихъ переходѣ изъ рукъ въ руки, *съ актовъ генеральнаго межеванія не взимались*. Наоборотъ, тамъ, гдѣ за генеральнымъ межеваніемъ шла частная цѣль такъ назыв. спеціальнаго межеванія, преслѣдовавшаго частный интересъ размежеванія сосѣднихъ владѣльцевъ, тамъ общее положеніе о гербовомъ сборѣ примѣнялось во всей силѣ (кромѣ отдѣльныхъ случаевъ льготы, см. Государств. межев. В. Утина. Спб., 94 г., § 12).

Итакъ, мысль объ обще-государственныхъ политическихъ цѣляхъ межеванія была ясно признана законодательствомъ. Прямымъ послѣдствіемъ такого признанія явилось то, что результатъ генеральнаго размежеванія, генеральная межа, не подлежитъ дѣйствию давности. *Межи генеральнаго межеванія*, говоритъ ст. 563 X т.,

не могутъ быть уничтожены давностью владѣнія; равнымъ образомъ не могутъ быть разрушены давностью и права, соединенныя съ постановленіемъ сихъ межей.

По этимъ признакамъ, такимъ образомъ, мы видимъ, что задача, которая выполнялась нашими законодательными межевыми актами, не была приватной, хотя для частныхъ цѣлей землевладѣнія результатъ межеванія также представлялся въ высшей степени полезнымъ и желательнымъ.

Приведеніе въ извѣстность мѣры земли можетъ быть совершенно различными путями. Можно измѣрять землю для научныхъ цѣлей, не ставя этого измѣренія въ связь съ практическими задачами, и, наоборотъ, можно поставить его въ тѣсную связь съ такими задачами. Можно измѣрять, наконецъ, не столько самую землю, сколько *землевладѣніе*; измѣряя пространство, можно опредѣлить при этомъ и принадлежность земель. Межевая инструкция 1754 года (Елизаветы Петровны) была, по приѣмамъ измѣренія, значительно ближе къ требованіямъ научной техники, чѣмъ предшествовавшія ей писцовые указы. Въмѣсто прежняго опредѣленія границъ живыми урочищами ¹⁾ и измѣренія посредствомъ веревки, инструкция Елизаветы вводитъ измѣреніе математическими инструментами. Это нововведеніе, понятно, давало въ результатѣ болѣе прочныя данныя. Но по инструкціи выполненіе этого измѣренія было поставлено въ такую тѣсную связь *съ вопросомъ о собственности*, съ вопросомъ о томъ, кому, гдѣ, какая и сколько земли принадлежитъ, что это обстоятельство было главной причиной неуспѣха предпринятаго Елизаветой Петровной межеванія. Когда на основаніи этой инструкціи стали дѣйствовать межевыя учрежденія, то межеваніе, начавшееся въ Московской губерніи, тотчасъ же подало поводъ не только къ недоразумѣніямъ, но и къ волненіямъ. Дальнѣйшее примѣненіе межевой инструкціи императрицы Елизаветы пришлось приостановить. Въ позднѣйшей инструкціи императрицы Екатерины прямо указывается на этотъ недостатокъ прежняго межеванія. Въ Полномъ Собр. Зак. (томъ XVII, стр. 716) мы читаемъ, что *новое межеваніе должно быть произведено „безъ ревизіи и редукии“, т.-е. безъ изслѣдованія вопроса о принадлежности извѣстнаго земельного имущества опредѣленному лицу*. Въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ практически оказывалась налицо связь вопроса объ измѣреніи съ вопросомъ о

¹⁾ Въ старину площадь земли, которая подлежала измѣренію, опредѣлялась такъ назыв. живыми урочищами, естественными границами: рѣкой, оврагомъ, ручьемъ, какимъ-нибудь деревомъ или камнемъ, постоянно повторяющимися явленіями природы, подъемомъ воды весной. Въ латинской системѣ поля такъ опредѣляемыя, именуются *agri arcifinii*.

принадлежности, тамъ рѣшеніе вопроса о принадлежности необходимо должно было тормозить самое дѣло межеванія: въ этихъ случаяхъ, только потому, что неизвѣстна принадлежность земли, измѣреніе ея не могло бы состояться или не имѣло бы значенія. Въмѣстѣ съ этимъ, тѣ органы и лица, которые предназначались для производства измѣренія, оказывались некомпетентными для повѣрки титуловъ землевладѣнія, ибо, по существу самой задачи, для этого нужна дѣятельность суда. Въ виду этого, инструкція Екатерины и говоритъ, что всякаго рода ревизія, пересмотръ крѣпостей на землю и приведеніе даннаго землевладѣнія въ соотвѣтствіе съ титулами, составляетъ дѣло суда, и что за этимъ дѣломъ измѣреніе земли не должно останавливаться. Гордіевъ узелъ былъ, такъ сказать, разсѣченъ, и вопросъ межеванія настолько обособленъ отъ вопроса о правахъ лицъ на землю, что цѣль опредѣленія мѣры земли въ этихъ условіяхъ могла стать дѣйствительно достижимою.

Степень недостаточности юридической техники въ то время чувствовалась во многомъ. Чтобы убѣдиться до какой степени неясно сознавались задачи юриспруденціи, достаточно взять любопытный указъ въ Полномъ Соб. Зак., значащійся подъ № 10002. Въ этомъ указѣ Юстицъ-Коллегіи приводятся жалобы и сѣтованія массы московскихъ землевладѣльцевъ на необходимость по поводу всякаго *фактическаго захвата* начинать споръ о *вотчинномъ правѣ* и ходатайство этихъ землевладѣльцевъ передъ правительствомъ оградить *простое владѣніе* независимо отъ изслѣдованія титула. Здѣсь же видимъ отвѣтъ на это ходатайство со стороны высшей инстанціи, смыслъ котораго тотъ, что вопросы этого рода разрѣшены Уложеніемъ, а требованіе указа на указъ воспрещается подъ страхомъ тяжкаго наказанія.

Итакъ, для успѣха межеванія, прежде всего, надо было *обособить вопросъ о владѣніи отъ вопроса о правѣ*. Нужно было безъ изслѣдованія титула констатировать *существующее владѣніе*; надо было указать предѣлъ, до котораго могутъ восходить изслѣдованія наличнаго владѣнія, а затѣмъ, все остальное, т.-е. всѣ могущіе возникнуть споры о правѣ, о титулахъ предоставить суду. Это и было сдѣлано 11 лѣтъ спустя послѣ попытки Елизаветы, при Екатеринѣ II.

Въ 1765 году, въ сентябрѣ, вышелъ манифестъ, а въ слѣдующемъ, 1766, году подробная инструкція для межеванія. Это и есть та самая инструкція, которая съ позднѣйшими ея разъясненіями и дополненіями составляетъ главный, руководящій актъ нашего межевого права.

Съ той оговоркой, что изученіе межевой инструкціи Екатерины не можетъ быть удовлетворено однимъ описаніемъ и передачею ея содержанія, и что для этого требуется обращеніе непосредственно къ подлиннику, мы приступаемъ къ разсмотрѣнію главнѣйшихъ вопросовъ, затронутыхъ этою инструкціею.

Согласно межевой инструкціи Екатерины за основаніе для опредѣленія мѣры даннаго владѣнія принять не титулъ этого владѣнія, въ неопредѣленномъ прошломъ, а *дѣйствительное состояніе владѣнія въ день изданія манифеста* 19 сентября 1765 года. Владѣльцамъ въ виду этого запрещено было распространять владѣніе за предѣлы, въ которыхъ ихъ засталъ этотъ манифестъ. То дѣйствительное владѣніе, въ которомъ они состояли въ день изданія манифеста, было принято основаніемъ, базою для опредѣленія мѣры земли. Рядомъ съ этимъ, въ другихъ не межевыхъ инстанціяхъ могли возникать и разрѣшаться вопросы повѣрки титуловъ владѣнія. Споры объ этомъ были подсудны исключительно судамъ. Межевыя же учрежденія такихъ споровъ вовсе не должны были принимать къ своему разсмотрѣнію. Они должны были, удостовѣрившись предварительно, кто именно владѣлъ въ день 19 сентября, прямо приступать къ измѣренію, а объ остальномъ, если надобно, отписывать суду. Понятное дѣло, что при такомъ разграниченіи компетенціи этихъ учреждений, задача межеванія чрезвычайно упрощалась, такъ какъ сомнѣнія, которыя могли бы возникать *по поводу фактического владѣнія*, разрѣшаются сравнительно легко. Въ старомъ законодательствѣ для этого было достаточно содѣйствія полиціи.

Однако, и въ примѣненіи такого упрощеннаго метода разрѣшенія, или, вѣрнѣе, устраненія, по крайней мѣрѣ, на время споровъ о правѣ, разобраться и точно опредѣлить, гдѣ было дѣйствительное владѣльческое состояніе, могло въ отдѣльных случаяхъ представляться затруднительнымъ. Въ виду возможныхъ трудностей этого рода и съ цѣлью ихъ устраненія, указана была вполнѣ практическая мѣра, которая состояла въ томъ, что тамъ, гдѣ былъ налицо и спутывалъ дѣло владѣльческій споръ по землѣ, тамъ не считалось необходимымъ межевать землю, владѣніе которою оспаривается, *къ опредѣленнымъ владѣльцамъ*, а межеваніе предписывалось производить *къ окружнымъ дачамъ*, причемъ вопросъ о совладѣльцахъ въ окружной междѣ дачи ставился особо отъ генеральнаго межеванія, *какъ задача спеціальнаго межеванія*.

Такимъ образомъ, мы видимъ, что задача генеральнаго межеванія упрощается черезъ отдѣленіе вопроса о собственности

отъ вопроса о владѣніи и чрезъ устраненіе владѣльческаго вопроса межеваніемъ земли къ постояннымъ центрамъ, а не къ лицамъ.

Желательно, натурально, придти при межеваніи къ той идеальной цѣли, которую поставила ему императрица Елизавета Петровна, т.-е. къ приведенію въ извѣстность и мѣры земли и ея принадлежности. Межевая инструкція Екатерины, для указанныхъ выше цѣлей, разсрочила достиженіе этой идеальной цѣли тамъ, гдѣ трудно было ея достигнуть, но сверхъ того, императрица всѣми мѣрами стремилась, *идеально*, устранить излишніе споры при межеваніи для того, чтобы генеральнымъ межеваніемъ сразу могли быть установлены какъ безспорность мѣры земли, такъ и безспорность ея принадлежности. Въ значительной степени въ составъ тогдашняго землевладѣнія входили такъ назыв. „примѣрные земли“ (т.-е. излишнія противъ мѣры). Въ манифестѣ 1765 г. Императрица обращается съ угрозой къ владѣльцамъ, которые стали бы силой захватывать чужія земли и заводить напрасные споры, ибо таковыя „уничтожаютъ должность общественнаго государственнаго союза“. Такіе спорщики штрафуются *отпиской отъ нихъ примѣрныхъ земель*. Наоборотъ, тѣмъ, кто не затѣвалъ споровъ и этимъ доказывалъ, что сознаетъ свой долгъ и свою обязанность передъ общественнымъ союзомъ, примѣрные земли отдавались въ собственность, такъ что они какъ бы вознаграждались за воздержаніе отъ споровъ ¹⁾.

Приведеніе въ извѣстность, по крайней мѣрѣ, окружныхъ дачъ составляло постоянную заботу законодательства прошлаго и нынѣшняго столѣтій. Но рядомъ съ генеральнымъ межеваніемъ, преслѣдовавшимъ эту цѣль, законодательство вслѣдъ за тѣмъ признало необходимымъ выработать правила так.-наз. *спеціального межеванія*. Судьба этого межеванія стоитъ особо. Законодатель дѣлалъ усилія, чтобы и задачи спеціального раздѣла владѣльческихъ дачъ также были разрѣшены по возможности скорѣе. Для этого были выработаны обильныя правила въ 1806 году, по которымъ спеціальнѣйшій раздѣлъ земель внутри дачи генеральнаго межеванія достигался при участіи землемѣровъ и уѣздныхъ судовъ. Съ 1836 года спеціальное размежеваніе сдѣлалось обязательнымъ, и для полюбовнаго размежеванія былъ назначенъ трехлѣтній срокъ, впослѣдствіи, однако, нѣсколько разъ продол-

¹⁾ Для подробнаго изученія вопроса о томъ, по какимъ крѣпостямъ утверждались земли за владѣльцами, слѣдуетъ обратиться къ главѣ IX межевой инструкціи 1766 г. (П. С. З. т. XVIII, стр. 740). Положеніе же о завладѣніи помещено въ главѣ XXVII той же инструкціи.

женный. Несмотря на это, специальное межевание осталось неоконченным до того времени, когда съ реформой 1861 года выступили новыя задачи размежеванія крестьянскихъ участковъ отъ земель бывшихъ помѣщиковъ. Так. обр., задача спеціального межеванія съ 1861 г. значительно усложнилась, и въ этомъ видѣ спеціальное межевание представляетъ новыя трудности, которыя разрѣшить необходимо, ибо, при неудобствѣ раздѣла и неизвѣстности границъ, трудно ожидать повышенія культуры, которая требуетъ большихъ денежныхъ жертвъ со стороны землевладѣльца (См. В. Утинъ, §§ 10—14).

Такимъ образомъ, мы видимъ, что задачи какъ генеральнаго, такъ и спеціального межеванія были выполнены лишь отчасти, такъ какъ межеваніе достигло только одной цѣли, именно приведенія въ извѣстность мѣры земли. Что же касается до задачъ улучшенія и организаціи сельскохозяйственнаго быта, которыя также преслѣдовали межевыя инструкціи обѣихъ императрицъ, то онѣ могли быть осуществлены только въ извѣстныхъ предѣлахъ, въ современномъ же состояніи землевладѣнія онѣ представляютъ опять новаго рода затрудненія. Тѣмъ не менѣе, мы должны упомянуть о томъ, что въ обѣихъ разсмотрѣнныхъ нами инструкціяхъ ясно проходитъ *тенденція прекратить нѣкоторыя формы общности*, вредныя для хозяйства и представлявшія собою отживавшіе остатки старины. Эта тенденція не осталась безъ вліянія на послѣдующее законодательство. На это мы и должны обратить вниманіе.

Начиная съ Писцоваго Наказа царя Θεодора Алексѣевича, мы видимъ, что существуютъ лѣса, вовсе не измѣренные, или измѣренные верстами, лѣса, на которые прилегающіе землевладѣльцы имѣютъ право вѣзда. На ряду съ этимъ у насъ существовали разнаго рода угодья, надѣленіе которыми въ прежнее время нерѣдко замѣняло собою служебный поземельный окладъ (при недостаткѣ земель). Эти *угодья*, соотвѣтствовавшія условіямъ и потребностямъ первоначальнаго натурального хозяйства, представлялись въ видѣ рыбныхъ ловель, звѣриныхъ промысловъ, бобровыхъ гоновъ, птичьихъ привадъ, бортныхъ ухожій и т. п. вмѣстѣ со сгущеніемъ населенія и съ повышеніемъ уровня сельскохозяйственнаго дѣла, всѣ эти права вѣзда въ чужой лѣсъ и права угодій въ чужихъ земляхъ стали явно служить постояннымъ препятствіемъ для успѣха хозяйства. Эти *формы общности* законодательство также разсматривало, какъ *неудобныя и невыгодныя*. Поэтому межевыя инструкціи съ самаго начала стремятся отмѣнить разные виды угодій въ чужихъ земляхъ. Но эти

попытки удались лишь отчасти, ибо въ нашемъ законодательствѣ и до сихъ поръ эти формы общности удержались (см. ст. 452—466 X т.), хотя въ общемъ только какъ остатки старины. Екатерининская инструкція 66 года трактуетъ этотъ вопросъ въ особенности въ главѣ XXVII.

Законодательное движеніе по направленію къ упраздненію нѣкоторыхъ формъ общности, которыя давно возбуждали недовольство и недовѣріе къ ихъ экономическому достоинству, въ межевыхъ инструкціяхъ выражается достаточно ясно. Тѣмъ не менѣе, нѣкоторыя изъ этихъ формъ общности удержались въ современномъ законодательствѣ ¹⁾, какъ это видно изъ ряда статей X тома, начиная съ 452. Эта статья общимъ образомъ опредѣляетъ, что „угодья въ чужихъ имуществѣхъ состоятъ могутъ въ пользованіи лѣсами по праву вѣзда и въ пользованіи звѣриными и другими промыслами“. Въ дальнѣйшихъ статьяхъ идутъ спеціальныя положенія для отдѣльныхъ видовъ угодій. Прежде всего идетъ положеніе о лѣсахъ вѣзжихъ, заключающее въ себѣ правила, регулирующія право вѣзда въ чужой лѣсъ (453—463). Затѣмъ, помѣщается положеніе о звѣриныхъ и другихъ промыслахъ (463—467). Эти формы общности удержались тамъ, гдѣ въ основѣ ихъ лежатъ старинныя титулы, писцовыя книги и другія укрѣпленія. Гдѣ онѣ тѣмъ или другимъ способомъ прекратились, ихъ нельзя устраивать вновь. Въ указанномъ рядѣ статей надлежитъ обратить вниманіе на ст. 465, предоставляющую всякому желающему право пользоваться, при извѣстныхъ условіяхъ, плодами, сѣменами и травой въ казенныхъ лѣсахъ съ соблюденіемъ установленныхъ для сего правилъ. Она наводитъ на соображеніе, что законодатель, упраздняя вредныя формы общности, не хотѣлъ уничтожить тѣ изъ нихъ, которыя безъ результата для собственника стѣсняли бы пользованіе натуральными богатствами для сосѣдей. Такое пользованіе, однако, регулируется правилами Устава лѣсного.

Кромѣ этихъ и имъ подобныхъ формъ общности, наше законодательство не переставало интересоваться и прекращеніемъ такъ называемаго *черезполоснаго владѣнія*. *Черезполосное владѣніе* въ особенности господствовало въ мѣстахъ старыхъ окраинъ русскаго государства, и, по послѣдствіямъ своимъ, было до такой степени неудобнымъ условіемъ сельско-хозяйственной культуры, что всякій выходъ изъ этого состоянія является желательнымъ; но и здѣсь размѣръ задачи остановилъ успѣхъ, несмотря на

¹⁾ Подробнѣе объ этомъ см. у Неволіна. Полн. собр. соч. т. VI, стр. 429—517 и т. IV Ист. рос. гр. зак. §§ 365—369.

лучшія намѣренія. По отношенію къ черезполосному владѣнію, въ нашемъ дѣйствующемъ правѣ мы находимъ слѣдующее постановленіе статьи 1374 X т.: „Мѣняться недвижимыми имуществами запрещается, исключая четырехъ слѣдующихъ случаевъ: 1) для доставленія удобнаго выгона посадамъ и городамъ дозволяется мѣнять казенныя земли на земли помѣщичьи и на земли казенныхъ селеній,.. 3) для миролюбиваго развода *общихъ и черезполосныхъ дачъ*...“ Общій запретъ мѣны получить свое объясненіе, если мы примемъ во вниманіе, что съ переходомъ недвижимостей связанъ казенный интересъ, интересъ фиска. Если бы взаимный одноактный обмѣнъ замѣнилъ собою двѣ купли-продажи, то, безъ сомнѣнія, казна теряла бы выгоду, доставляемую пошлиной. При переходѣ недвижимостей, казна является лицомъ, заинтересованнымъ такъ же, какъ и маклеръ, имѣющій выгоды отъ послѣдовательныхъ купль и продажъ. Какъ казна, такъ и маклеръ слѣдятъ, чтобы стороны достигали обмѣна не однимъ актомъ, а двумя, т.-е. сперва *продажей*, а затѣмъ на вырученные деньги *куплей*. Для казны и для маклера этотъ способъ обмѣна сводится къ полученію двойныхъ сборовъ при совершеніи операціи. Но въ тѣхъ исключительныхъ случаяхъ, когда идетъ рѣчь о прекращеніи черезполоснаго владѣнія, казна отступаетъ отъ этого правила, допуская прямой обмѣнъ двухъ имуществъ. Кромѣ этихъ случаевъ, обмѣнъ допускается и при разверстаніи земель и угодій, согласно Положенію 19 февраля. Наконецъ, существуютъ еще особыя правила для обмѣна въ Западныхъ губерніяхъ (ср. Гаугеръ изд. 98 г.).

Итакъ, стремленія нашего законодательства по направленію къ упраздненію старинныхъ формъ общности и къ обособленію частнаго обладанія не подлежатъ сомнѣнію. Цѣль эта имъ преслѣдовалась такъ же постоянно, хотя и менѣе настойчиво, какъ и законодательствами западными, и въ особенности прусскимъ.

Мы получаемъ, такимъ образомъ, въ результатъ параллелизмъ въ развитіи разныхъ задачъ, уясняющійся изъ сопоставленія движеній прусскаго аграрнаго законодательства и нашего. Главнѣйшая черта новаго движенія въ Прусскомъ законодательствѣ заключается, какъ мы сказали, въ стремленіи поставить сельскаго хозяина въ условія возможнаго обладанія поземельнымъ имуществомъ на правѣ собственности. Совершенно та же задача была выполнена освободительнымъ актомъ 1861 года и у насъ, съ той разницею, что размѣръ нашей задачи и ея исполненія не имѣетъ никакого соотношенія къ тѣмъ сравнительно ничтожнымъ, по объему, результатамъ, къ которымъ пришло законодательство

прусское. Мы приведемъ нѣкоторыя данныя изъ правительственнаго отчета о дѣйствіяхъ выкупной операціи (см. Прав. Вѣстн. за 1886 г. № 23). Оказывается, что со времени открытія ея дѣйствій по 1-е января 1886 г. все число ревизскихъ душъ крестьянъ, приступившихъ къ выкупу, выражается цифрою 8.800,000. Так. обр., около 9 мил. лицъ приступило къ выкупу. Количество выкупной земли равняется 31 мил. десятинъ (1 десятина = $4\frac{1}{4}$ прусск. моргамъ), причемъ средній размѣръ душевого надѣла, какъ онъ опредѣлился для утвержденныхъ сдѣлокъ, достигаетъ $3\frac{1}{2}$ десятинъ, цѣнностью въ 107 рублей. Понятно, что такая громадная (по сравненію съ прусской) операція не могла быть совершена быстро, и потому тѣ задачи, которыя сравнительно быстро достигнуты были прусскимъ законодательствомъ, у насъ могутъ быть выполнены только очень продолжительнымъ процессомъ преслѣдованія цѣли. Громадный долгъ, легшій на новую крестьянскую поземельную собственность сначала въ видѣ временно обязанныхъ отношеній къ бывшимъ помѣщикамъ, а засимъ въ видѣ выкупныхъ платежей, не скоро еще перестанетъ тяготить крестьянское землевладѣніе.

Понятно, что при этой операціи государству было бы крайне затруднительно и неудобно имѣть дѣло съ отдѣльными лицами. Подобный пріемъ могъ бы повлечь за собою еще бѣдшую отсрочку въ достиженіи цѣлей реформы. Поэтому, выполняя принятую на себя задачу, законодатель, для упрощенія дѣла, долженъ былъ прибѣгнуть къ старой союзной формѣ, въ особенности къ крестьянскому міру и поземельной общинѣ, которая и образовала готовую организацію, содѣйствующую достиженію конечныхъ результатовъ реформы.

Насколько этотъ міръ и община представляютъ собою специфическую форму землевладѣнія и вмѣстѣ съ тѣмъ специфическую форму вещнаго правоотношенія по недвижимостямъ, это станетъ яснымъ для насъ впослѣдствіи. Такія особыя формы обладанія, каковы маіораты, заповѣдныя имущества, чиншевыя формы и крестьянская поземельная община, должны составить предметъ особаго изученія.

При выполненіи принятыхъ на себя задачъ, законодатель, однако, не могъ тутъ же установить и регулировать тѣ *новыя формы общности*, которыя, съ цѣлью поднять состояніе сельскохозяйственной культуры, были выработаны, какъ мы видѣли, прусскимъ законодательствомъ. Кромѣ отдѣльных мѣропріятій, направленныхъ къ этой цѣли, мы не найдемъ у себя такого общаго стройнаго, послѣдовательнаго законодательнаго движенія,

какое видимъ въ Пруссіи въ цѣляхъ регулированія неудобствъ, возникающихъ при образованіи особыности обладанія. На ряду съ остающимися еще многообразными остатками старинныхъ формъ общности мы не можемъ отмѣтить ни возникновенія новыхъ, ни послѣдовательнаго развитія свободныхъ сельско-хозяйственныхъ союзовъ въ составѣ нашего общаго права.

Вопросъ о способахъ укрѣпленія недвижимостей съ цѣлью поднятія кредита находится въ стадіи законопроектвъ.

Въ конечномъ результатѣ предыдущаго изложенія мы получили, такимъ образомъ, понятіе собственности и различныя модификаціи ея строенія, особенно въ зависимости отъ различія между движимыми и недвижимыми вещами. Мы остановили вниманіе на легальномъ опредѣленіи собственности, которое дается 420 ст. X тома. Здѣсь законодатель употребляетъ понятіе полной собственности въ отличіе отъ неполной—различіе, которое по нашему мнѣнію, недостаточно обосновано въ русскомъ правѣ. Мы уже сказали, что понятіе *свободной собственности* было бы болѣе подходящимъ для обозначенія извѣстныхъ явленій въ области имущественнаго обладанія и для выраженія существа собственности, какъ по отношенію къ движимымъ, такъ и по отношенію къ недвижимымъ вещамъ. Тѣ признаки собственности, которые даются въ ст. 420 и 423 и слѣд. *исторически* объясняются стремленіемъ законодателя обособить объектъ обладанія и расширить эксплоатацію по возможности всѣхъ экономическихъ его сторонъ. Тамъ, гдѣ есть собственность, хочетъ сказать законодатель, тамъ никто другой не долженъ имѣть никакихъ правъ угодій. Гдѣ есть такая собственность—она должна быть полною (по нашему: свободной). Сверхъ того, ко времени установленія въ нашемъ законодательствѣ понятія полной собственности были упразднены многочисленныя попытки Петра ввести тѣ или другія ея ограниченія, а равно и введенныя имъ формы разныхъ регальныхъ правъ. Такъ что при установленіи понятія полной собственности нашъ законодатель имѣлъ извѣстное историческое основаніе указать на *исключительное* право пользованія, владѣнія и распоряженія имуществомъ, какъ на составъ права полной собственности, разъясняя потомъ, что формы пользованія должны распространяться не только на поверхность земли, но и на воды ея и на богатства, въ нѣдрахъ земли заключенныя.

Правда, установленіе права полной собственности до реформы 1861 года предназначалось исключительно для нѣкоторыхъ и притомъ немногочисленныхъ круговъ общества. Съ реформой 60-хъ годовъ эта способность признана была за всѣми право-

способными субъектами. Однако, если эта свобода (или полнота) собственности разумѣется здѣсь, какъ неучастіе общества и отдѣльных лицъ въ выгодахъ чужого обладанія, то такое размежеваніе и такая раздѣльность сферъ обладанія отнюдь не должна быть расширяема и на тѣ предѣлы, гдѣ интересы частныхъ лицъ приходятъ въ неизбежное столкновеніе съ интересами общества, какъ цѣлаго. Поэтому, устанавливая такого рода собственность, нашъ законодатель по отношенію къ *недвижимости* въ особенности долженъ былъ сдѣлать оговорку и постановить, что, рядомъ съ правомъ собственности на эти имущества, существуетъ и *право участія* общаго, вслѣдствіе чего эта свободная собственность теряетъ призвакъ какъ бы безразличія, даже враждебности по отношенію къ интересамъ общественнаго союза. Она, такимъ образомъ, содержитъ въ себѣ тенденцію раздѣльности, не противорѣчащую, однако, интересамъ цѣлаго. Въ строеніи свободной собственности по недвижимостямъ какъ бы примиряются два начала — частное и общественное.

Вотъ почему мы въ главѣ 2-ой, разд. второго, кн. II — о *правѣ собственности неполномъ* — и находимъ отдѣлъ первый, въ коемъ трактуется „о *правѣ участія* въ пользованіи и выгодахъ *чужого имущества*“. „Право посторонняго участія, говоритъ ст. 433, въ выгодахъ имущества есть или *общее* или *частное*. Оно есть общее, когда участіе въ выгодахъ имущества устанавливается въ пользу всѣхъ безъ изъятія; оно есть частное, когда участіе устанавливается единственно и исключительно въ пользу кого-либо изъ частныхъ владѣльцевъ“. Права участія общаго заключаютъ въ себѣ такого рода лежащія на имуществѣ тягости, которыя обусловлены свойствомъ свободы собственности и назначеніемъ ея въ то же время служить формой обладанія, не враждебной общественнымъ интересамъ, наоборотъ, примиренной съ ними.

Положенія, содержащія въ себѣ разныя ограниченія права собственности, являются весьма обработанными во всякой цивильной системѣ, начиная съ латинской; въ нашемъ же законодательствѣ они до крайности слабо развиты (Ср. Герм. Гр. Ул. ст. 904 и слѣд.). Мы коротко передадимъ содержаніе *права участія общаго*. Это легальныя ограниченія права собственности на имущества недвижимыя, особенно на земли.

Сюда, прежде всего, относится право прохода и проѣзда по *большимъ дорогамъ и водянымъ сообщеніямъ*, которое по ст. 434 X т. составляетъ общее пользованіе всѣхъ безъ изъятія. Владѣльцы земель, черезъ которыя пролегаютъ *большія дороги*, не

должны препятствовать проходу и проѣзду по нимъ (ср. ст. 406 и выше стр. 564).

Далѣе, въ ст. 435 мы встрѣчаемъ постановленіе, по которому „для подножнаго корма прогоняемаго скота владѣльцамъ дачъ, прилегающихъ къ большой дорогѣ, запрещается скашивать и вытравлять траву, растущую на пространствѣ большой дороги, а для того, чтобы прогоняемый скотъ не могъ причинить порчи ихъ полямъ и потравы хлѣбу, обязаны они свои дачи отъ дороги огородить или обрыть канавами“.

Въ памятникахъ нашего права мы встрѣчаемъ поразительные случаи злоупотребленій поземельныхъ собственниковъ прилегающихъ къ дорогамъ участковъ, пользовавшихся именно этимъ своимъ положеніемъ для притѣсненія промышленниковъ, прогонявшихъ скотъ въ города. Цѣны первыхъ потребностей въ Петербургѣ, напр., поднимались въ прошломъ вѣкѣ прямо вслѣдствіе произвольнаго поднятія придорожными собственниками цѣнъ за остановки и подножный кормъ скота. Балтійское законодательство удержало въ Сводѣ мѣстныхъ узаконеній (ч. 3, ст. 1029) это непримиренное отношеніе права частнаго къ интересу публичному.

Сверхъ этого имѣется еще рядъ ограниченій. Такъ, по берегамъ рѣкъ опредѣляется извѣстное пространство земли для бечевой тяги судовъ и плотовъ, причемъ для пользованія бечевникомъ существуютъ особые правила въ Уст. Пут. Сообщ. (437). Пространство подъ бечевникомъ, хотя и остается въ собственности владѣльца берега, тѣмъ не менѣе онъ обязывается не препятствовать пользованію имъ. Затѣмъ, прибрежные владѣльцы обязаны: 1) на рѣкахъ судоходныхъ не строить мельницъ, плотинъ и затоновъ или другихъ преградъ; 2) допускать проходъ и проѣздъ людямъ, занимающимся подъемомъ судовъ и плотовъ; 3) позволять баркамъ и другимъ судамъ останавливаться у береговъ и причаливать оныя, выгружать свои товары безъ всякой за то платы (438). Въ случаѣ мелководія, владѣльцы мельницъ по берегамъ нѣкоторыхъ рѣкъ обязаны спускать воду по требованію начальства (439). Затѣмъ, владѣльцамъ запрещается строить черезъ малыя, но судоходныя рѣчки мосты на козлахъ, жердяхъ и слабыхъ сваяхъ; но дозволяется строить либо постоянные мосты, кои бы сплаву бревенъ и дровъ не препятствовали, либо содержать разводимые живые мосты, или перевозки (440). Далѣе идетъ постановленіе, въ силу котораго при всѣхъ озерахъ, рыбныя ловли которыхъ принадлежатъ лицамъ постороннимъ, или которыя составляютъ предметъ вольнаго промысла, прибрежные

владѣльцы дачъ оставляютъ изъ своей земли 10 сажень для пристанища ловцамъ и просушки ихъ снастей (441). Таково содержаніе права участія общаго.

Разсмотрѣвъ эти ограниченія въ правѣ распоряженія имуществомъ, мы, однако, не будемъ утверждать вмѣстѣ съ редакторами Свода, что въ тѣхъ случаяхъ, когда объектъ обладанія становится частнымъ и въ силу разныхъ ограниченій, лежащихъ на немъ, лишается возможности наносить вредъ общественнымъ интересамъ, что въ этихъ случаяхъ имѣетъ мѣсто институтъ *неполной* собственности. Допуская это, мы были бы принуждены представить себѣ институтъ полной собственности и понятіе о ней въ такой противоестественной абстракціи, которую не подтверждаетъ исторія, и за которую, понятно, не стоитъ и нашъ законодатель.

Мы указывали выше на тотъ фактъ, что у насъ, при Екатеринѣ II, употреблялись для достиженія успѣха правительственныхъ аграрныхъ мѣропріятій разныя, какъ поощрительныя, такъ и штрафныя мѣры. Изъ этого ясно, что въ исторіи развитія нашего поземельнаго права проходитъ постоянное вліяніе законодательной власти на организацію собственности. Императрица Екатерина въ межевыхъ инструкціяхъ постоянно указываетъ на „должность общественнаго союза“, какъ на руководящій принципъ для опредѣленія способовъ пользованія правомъ. Въ заключеніе этого очерка мы повторимъ еще разъ то положеніе, что тамъ, гдѣ собственность *ограничивается во имя общественныхъ интересовъ*, тамъ она не есть неполная, наоборотъ, она есть именно полная или свободная собственность, но въ смыслѣ живого гражданского института, созданнаго закономъ, а не произвольными воззрѣніями на интересы личные, непримиренные съ интересомъ общественнымъ. Тамъ же, гдѣ, какъ въ балтійскомъ краѣ, частью и въ западныхъ губерніяхъ, остались слѣды германскаго вліянія (въ чиншевомъ землевладѣніи), мы имѣемъ не столько „полную“ собственность, сколько повелительное отношеніе отдѣльнаго лица именно по отношенію къ интересамъ общественнымъ. Это вовсе не типъ частной собственности, обладанія *приватнаго*, а лишь не стертые слѣды безразличія права частнаго и публичнаго, остатки территоріальнаго разновластія, свойственнаго эпохѣ феодальной. Уничтоженіе этихъ формъ не составляетъ нарушенія принципа *частной* собственности, а будетъ наоборотъ, источникомъ его утвержденія. Господство надъ морями (см. ст. 1032 Остз. Код., ч. III), надъ морскимъ берегомъ и право обложенія городскихъ и сельскихъ жителей налогами (чиншевыя земли въ

западн. краѣ) не могутъ составлять содержанія права частнаго, какъ его разумѣтъ нашъ законодатель.

Таковы основные моменты понятія собственности съ формальной и матеріальной стороны. Въ дальнѣйшемъ изложеніи мы приступимъ къ разсмотрѣнію вопроса о приобрѣтеніи права собственности или о способахъ, которые законодатель устанавливаетъ какъ условіе для того, чтобы способный къ гражданскому обладанію объектъ поставить въ юридическую связь съ правоспособнымъ частнымъ лицомъ.

§ 7.

Способы приобрѣтенія права собственности.—Общія замѣчанія.—Матеріальная и формальная сторона вопроса о *приобрѣтеніи*.—Черты сходства и различія римскаго права и современныхъ кодексовъ въ этомъ ученіи.—Классификація способовъ приобрѣтенія.

Вопросъ о способахъ приобрѣтенія собственности въ системѣ гражданского права занимаетъ чрезвычайно важное мѣсто. При помощи его совершенно отчетливо опредѣляется различіе двухъ ученій—ученія о владѣніи и ученія о правѣ собственности, сводящееся, какъ извѣстно, къ тому, что для приобрѣтенія владѣнія и его защиты нѣтъ надобности въ *юридическомъ титулѣ*, въ *правооснованіи*, тогда какъ для понятія собственности и ея защиты *наличность титула* составляетъ неперемѣнное условіе.

Если сопоставить современное право съ знакомыми уже намъ началами права римскаго, то по отношенію къ разсматриваемому вопросу мы найдемъ многія общія для обоихъ правъ черты. Но рядомъ съ этимъ, мы встрѣчаемъ также и черты существеннаго различія между римскими началами приобрѣтенія права собственности и нашими. По данному вопросу, какъ и въ другихъ сферахъ права, у римлянъ преобладаетъ начало формализма, тогда какъ у насъ опредѣляющее значеніе получаетъ въ значительно большей мѣрѣ моментъ матеріальный. Но было бы несомнѣнной ошибкой утверждать, что все наше ученіе о способахъ приобрѣтенія собственности носитъ исключительно матеріальный характеръ и не включаетъ въ себѣ никакихъ элементовъ формализма, ибо при этихъ условіяхъ само ученіе потеряло бы характеръ ученія юридическаго. Поэтому, съ помощью ли римскаго права, или руководствуясь началами современнаго права, мы необходимо придемъ къ различенію способовъ приобрѣтенія собственности соотвѣтственно тому, что разумѣютъ подъ этимъ по-

нати́емъ юристы, отъ содержанія этого понятія у экономистовъ. Экономистъ, по существу задачъ этой науки, сводитъ вопросъ о собственности и о всемъ, что связано съ ней или вытекаетъ изъ нея, къ вопросу о выгодѣ собственника, къ вопросу о богатствѣ, о капиталѣ, о матеріальномъ основаніи пріобрѣтенія въ трудѣ, въ сбереженіи; тогда какъ у юриста вопросъ: кто собственникъ, кто пріобрѣлъ право собственности, есть *вопросъ объ извѣстности формальнаго момента принадлежности вещи лицу*, а не матеріальныхъ основаній и не матеріальныхъ послѣдствій (выгода, невыгода), отсюда вытекающихъ. Юристу нужно знать прежде всего, *кто собственникъ*—и только; что же касается до того, становится ли собственникъ черезъ пріобрѣтеніе богаче, или онъ окажется въ положеніи экономически неудобномъ—это обстоятельство ничего не измѣняетъ въ вопросѣ о принадлежности вещи лицу. Такимъ образомъ, съ точки зрѣнія юриста рассматриваемый вопросъ о *титулахъ и способахъ пріобрѣтенія* заключаетъ въ себѣ достаточную долю формализма, присущаго какъ римскому, такъ и нашему праву.

Чтобы иллюстрировать разницу точекъ зрѣнія юридической и экономической въ этомъ дѣлѣ, мы рассмотримъ вопросъ о спецификаціи. Какъ извѣстно, спецификантъ въ извѣстныхъ условіяхъ пріобрѣтаетъ право собственности на вещь, -выработанную имъ изъ чужого матеріала. Для экономиста этотъ вопросъ сводится къ вопросу о томъ, сталъ ли отъ этого пріобрѣвшій собственность богаче; для юриста эта сторона безразлична, и хотя мы и допускаемъ пріобрѣтеніе права собственности чрезъ спецификацію, но въ то же время возлагаемъ на новаго собственника обязанность вознаградить хозяина матеріала, изъ котораго произведена эта вещь. Такъ что, съ точки зрѣнія юриста, одинаково возможно и то, что спецификантъ сталъ богаче, и то, что онъ окажется въ невыгодномъ положеніи, потративъ трудъ на обработку матеріала, оказавшагося чужимъ. Юристъ въ данномъ случаѣ рѣшаетъ вопросъ не экономической, а вопросъ права или ближайшимъ образомъ вопросъ о принадлежности вещи, не исключаящій на ряду съ этимъ и вопроса о вознагражденіи потерпѣвшаго (*condictio sine causa*, §§ 950 и 951 Герм. Гр. Ул.).

Здѣсь не будетъ лишнимъ вспомнить общее противуположеніе юридическаго (формальнаго) начала фактическому (матеріальному), которое мы находимъ у юриста Нерація:... *cum jus finitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat* (L. 2. D. 22. 6), т.-е. въ то время, какъ право можетъ и должно быть опредѣленнымъ, толкованіе факта часто

вводитъ въ заблужденіе даже мудрѣйшихъ. Въ случаяхъ въ родѣ спецификаціи, съ юридической точки зрѣнія, будетъ подлежать изслѣдованію прежде всего, кто есть собственникъ новой вещи, и особо отъ этого, кому слѣдуетъ вознагражденіе убытковъ въ случаѣ, если таковыя окажутся для прежняго собственника вещи, подвергшейся спецификаціи.

Пунктовъ различія за тѣмъ, по вопросу о титулахъ и о способахъ приобрѣтенія собственности въ нашемъ и римскомъ правѣ найдется весьма много. Говоря общимъ образомъ, это различіе, равно какъ и различія во многихъ другихъ областяхъ права, сводится къ тому, что римскія юридическія конструкціи отличаются бѣльшей логичностью и простотой, сравнительно съ сложными конструкціями новѣйшихъ кодексовъ. Если мы возьмемъ французскій кодексъ, то увидимъ, что въ этомъ отношеніи вся система имущественныхъ правъ въ немъ основа на „*différentes manières dont on acquiert la propriété*“, на различныхъ способахъ, коими приобрѣтается право собственности на имущество. То же самое мы замѣчаемъ и въ нашемъ кодексѣ. Art. 711 говоритъ: „*la propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation... et par l'effet des obligations*“.

Наши способы приобрѣтенія собственности включаютъ въ себя отчасти римскіе способы (*accessio, traditio, specificatio*), но рядомъ съ этимъ въ число способовъ приобрѣтенія собственности мы ставимъ такія явленія, какъ наслѣдованіе по закону, по завѣщанію, дареніе, контрактъ. По французскому праву, какъ чисто римскіе способы, такъ и эти новѣйшіе, разсматриваются одинаково въ качествѣ способовъ приобрѣтенія права собственности, и между ними не проводится принципиальнаго юридическаго и систематическаго различія (ср. art. 711 и 712). Не трудно, однако, убѣдиться, что если римскіе способы суть *дѣйствительно* способы, которыми *прямо опредѣляется принадлежность лицу вещи* на правѣ собственности, то новѣйшіе *нерѣдко только въ возможности* ведутъ къ этому послѣдствію, но далеко не къ нему одному и не къ нему въ особенности. Напр., наслѣдство можетъ состоять изъ наличности однихъ только долговыхъ имуществъ—долговъ и требованій, и возможно, что наслѣдникъ, его принявшій, ровно ничего не приобрѣтетъ для себя (*hereditas damnosa*). Очевидно, наслѣдованіе не можетъ разсматриваться какъ способъ приобрѣтенія собственности на ряду съ традиціей, спецификаціей, акцессіей, ибо наслѣдникъ, въ силу наслѣдства, *можетъ* сдѣлаться собственникомъ, иначе говоря, наслѣдство можетъ повести, дать правооснованіе приобрѣтенію собственности, если призванное лицо захочетъ къ

нему приступить; но не представляет собою ничего специфически ведущаго къ этому результату, какъ традиція, accessio и другіе способы приобрѣтенія собственности.

То же самое слѣдуетъ сказать и о договорѣ: договоръ можетъ быть *титуломъ для приобрѣтенія собственности*, таково дареніе, купля, мѣна; но само дареніе, купля и т. д. вовсе не суть юридическіе способы приобрѣтенія права собственности. Мнѣ можетъ быть подарена вещь (т.-е. собственникъ изъявилъ свою волю, и я принялъ это волеизъявленіе), или продана (т.-е. мы заключили договоръ купли-продажи), *но моею эта вещь не стала*, ибо, допустимъ, что, при дареніи, она была украдена, прежде чѣмъ мнѣ ее вручили, или при куплѣ вещь была уже традирована другому, прежде чѣмъ передана мнѣ. Гдѣ же тутъ *modus acquirendi dominii*? У римлянъ, какъ извѣстно, способы приобрѣтенія собственности направлены именно къ цѣли *дать извѣстность вопросу о принадлежности вещи* и ничего больше,—это *modus acquirendi dominii* въ подлинномъ техническомъ смыслѣ, и только. Въ нашемъ же правѣ этотъ вопросъ получаетъ указанныя выше осложненія, т.-е. то событіе или условіе, которое даетъ только титулъ для приобрѣтенія собственности (порядокъ законнаго преемства, завѣщаніе, дареніе, договоръ) ставится систематически на ряду съ тѣмъ, что специфически, технически составляетъ именно не *titulus* только, но *modus acquirendi dominii*. Въ дальнѣйшемъ подробномъ изложеніи это различіе римской и нашей точекъ зрѣнія будетъ виднѣе въ частности.

Простота и логичность римской конструкціи и ея чисто юридическій характеръ составляютъ несомнѣнные ея достоинства. Осложненность же нашей конструкціи объясняется экономической точкой зрѣнія, руководящей насъ въ болѣе значительной степени при разрѣшеніи юридическихъ вопросовъ: напр., при наслѣдствѣ очень вѣроятно, что наслѣдникъ такъ или иначе, а все же нѣчто приобрѣтаетъ, что онъ становится богаче, это и рѣшаетъ дѣло. Въ этомъ именно и заключаются особенныя свойства нашей системы, гдѣ вопросъ о выгодѣ лицъ не различается съ *достаточной ясностью* отъ вопроса о правѣ собственности, или о томъ или другомъ видѣ имущественнаго права вообще; не различается, стало быть, стяжаніе отъ права.

При этомъ намъ надлежитъ обратить вниманіе еще и на то, что въ нашемъ кодифицированномъ правѣ вообще элементъ состава выразился гораздо рѣзче, чѣмъ элементъ движенія. Поэтому тамъ, гдѣ римляне трактуютъ *приобрѣтеніе вещнаго права*, напр., *per accessionem* и пр., у насъ и во французскомъ правѣ *идетъ*

речь о составъ имущества, напр., недвижимой собственности. Право, которое вновь приобрѣтается, рассматривается какъ принадлежность полной собственности. Такъ, ст. 424 и слѣд. X т. говорятъ: „По праву полной собственности владѣлецъ ея имѣетъ право“ на то-то; или: „...владѣльцу принадлежатъ“ (вмѣсто: владѣлецъ приобрѣтаетъ) такіе-то предметы, въ числѣ коихъ значится, напр., и обсохшая земля, оставшаяся отъ уклоненія воды (426, X). Понятно, что обсохшая земля не можетъ рассматриваться какъ принадлежность, равно какъ право пользованія ею не можетъ считаться составной частью права полной собственности, по тому основанію, что этой обсохшей земли до извѣстнаго момента вовсе нѣтъ въ гражд. оборотѣ, она образуетъ ложе рѣки, это *alveus*, русло, не составляющее обособленнаго частнаго объекта для права. Этотъ предметъ можетъ подлежать юридическому опредѣленію только съ момента его обособленія; слѣдовательно, онъ можетъ приобрѣтаться какъ вещь новая, а ни въ какомъ случаѣ не принадлежить къ составу старой собственности прибрежнаго землевладѣльца (ср. *Code civ. art. 546, 551, 556*; *Герм. Гр. Ул.* не опредѣляетъ этихъ вопросовъ, оставляя ихъ въ компетенціи локальныхъ нормъ, см. *Einführ. ges. art. 65*).

Такимъ образомъ, слѣдуетъ признать, что для избѣжанія ошибокъ, въ родѣ только что указанной, мы въ нашихъ конструкціяхъ, въ той или другой степени, всегда должны принимать во вниманіе моментъ движенія въ правѣ, измѣненіе во времени и субъективной и объективной стороны юридическаго отношенія, чтобы отвѣчать фазамъ этого движенія, возникновенія, прекращенія даннаго вещнаго правоотношенія. Давать юридическія конструкціи явленіямъ съ соблюденіемъ этого условія, конечно, много труднѣе, чѣмъ въ томъ случаѣ, когда законодатель придерживается и руководствуется статической точкой зрѣнія. Но этотъ методъ ближе, лучше, вѣрнѣе передаетъ живую сторону явленій, измѣняющихся правоотношенія, и содѣйствуетъ тѣмъ ихъ юридической извѣстности. Таково различіе въ этомъ пунктѣ между нашимъ и римскимъ правомъ.

Когда въ системѣ пандектнаго права говорится о способахъ приобрѣтенія собственности, то подъ этимъ разумѣютъ очень обширное ученіе, которое, главнымъ образомъ, сводится къ различію разнообразныхъ типовъ приобрѣтенія права собственности чрезъ указанные способы. Такъ различаются первоначальные (оригинерные) способы и способы производные (деривативные), непосредственные и посредственные способы и т. д. Классификація способовъ приобрѣтенія собственности можетъ быть

очень различна, и весь вопрос имѣетъ значеніе лишь въ смыслѣ удобства изложенія. Какой бы изъ нихъ мы ни слѣдовали, для насъ представляется необходимымъ отмѣтить одно глубокопроходящее отличіе римской систематики и техники въ разсматриваемомъ вопросѣ отъ нашей. Оно состоитъ въ слѣдующемъ: римляне въ цѣломъ рядѣ способовъ пріобрѣтенія, такъ сказать, обезразличивали объекты всѣхъ возможныхъ пріобрѣтеній. У нихъ *certitudo*, извѣстность принадлежности, наличность собственника, достигалась однимъ методомъ, будь объектомъ пріобрѣтенія недвижимость, обширное землевладѣніе, или ничтожная движимость, грошовое кольцо. Какой бы ни былъ объектъ, разъ онъ пріобрѣтается, напр., *per traditionem*—наличность собственника есть вполне опредѣленная: кому вещь традирована — тотъ и будетъ имъ. Это *обезразличіе объектовъ* пріобрѣтенія — черта важная въ римскомъ правѣ. Наше право въ этомъ отношеніи отличается отъ римскаго. У насъ, какъ и повсюду, гдѣ поземельная собственность и права, съ нею связанныя, не приватизировались въ такой мѣрѣ, какъ въ римскомъ правѣ, способы передачи права собственности на недвижимыя имущества всегда осложнены *письменностью, обрядностью и гласностью*, все равно, какъ бы мы ни называли эти осложненія: ипотекой, крѣпостнымъ порядкомъ, вотчинной запиской, или другимъ наименованіемъ. Поэтому, какъ бы мы ни систематизировали способы пріобрѣтенія собственности, мы по необходимости должны будемъ дѣлать различіе *въ способахъ пріобрѣтенія* собственности съ одной стороны *на движимыя* имущества, а съ другой—*на недвижимыя*.

Въ дальнѣйшемъ изложеніи мы дадимъ общее обозрѣніе способовъ пріобрѣтенія *первоначальныхъ*, а потомъ *производныхъ*, съ различеніемъ ихъ по отношенію къ движимостямъ и недвижимостямъ. На ряду съ этимъ идутъ тѣ способы пріобрѣтенія, въ коихъ актъ пріобрѣтенія связанъ съ обладаніемъ другой вещью (приращенія разнаго рода, о коихъ частью мы говорили выше, какъ о принадлежности права собственности, по нашей терминологіи, и образованіе новыхъ вещей, каковы напр. острова; сюда же относится и открытіе клада). Въ заключеніе мы изложимъ институтъ давностнаго владѣнія.

Эти категоріи (первоначальные и производные) не представляютъ собой граней, которыя не допускаютъ ничего переходнаго изъ одного типа въ другой (передача движимости отъ несобственника добросовѣстному покупщику), и ничего безспорнаго (давностное владѣніе). Но подробности будутъ видны при изученіи отдѣльныхъ способовъ пріобрѣтенія.

§ 8.

Способы приобрѣтенія права собственности первоначальныя въ дѣйствующемъ законодательствѣ.—Вновь открываемыя земли и вступленіе въ *дѣйствительное обладаніе ими*.—Военныя и морскія добычи.—Выморочныя имущества.—Регальныя права.—Отмѣна ихъ и расширеніе способовъ первоначальнаго приобрѣтенія правъ на вещи при посредствѣ обладанія другими вещами.

Нашъ X т., въ ст. 409, по вопросу о первоначальныхъ способахъ приобрѣтенія собственности, даетъ слѣдующее опредѣленіе: „Къ государственнымъ имуществамъ, *по первоначальному праву обладанія*, принадлежатъ земли и острова, *вновь открываемые*, когда порядкомъ, для сего установленнымъ, они приемиются именемъ государства въ *дѣйствительное его обладаніе*“. Тутъ возникаетъ вопросъ, какъ слѣдуетъ понимать указанный способъ приобрѣтенія: какъ чисто-гражданскій, или нѣтъ? Надо думать, что когда государство, занимая новую землю, приобрѣтаетъ ее на себя, то *modus acquirendi* не долженъ разсматриваться въ смыслѣ гражданского приобрѣтенія; однако, реквизиръ *дѣйствительнаго обладанія* есть характерный именно для актовъ гражданскихъ, а не властныхъ.

Рядомъ съ приобрѣтеніемъ недвижимости, государство является также первоначальнымъ или непосредственнымъ приобрѣтателемъ и движимости. Такъ, ст. 410 X т. опредѣляетъ, что „къ государственнымъ имуществамъ принадлежатъ также *военныя и морскія добычи*“. Объ этомъ правѣ приобрѣтать подобныя добычи подробно трактуется въ международномъ правѣ. Мы ограничимся замѣчаніемъ, что и тутъ такъ же, какъ въ предыдущемъ случаѣ, этотъ *modus acquirendi* долженъ разсматриваться не въ смыслѣ чисто-гражданскомъ, а въ смыслѣ государственномъ, хотя при этомъ и частныя лица могутъ также оказаться обладателями добычи на зависимомъ отъ государства титулѣ. Грабежъ непріятельскаго имущества со стороны частныхъ лицъ вообще считается за преступленіе; но въ рядѣ статей приложения къ ст. 410 X т., мы встрѣчаемъ особое положеніе, опредѣляющее характеръ военной добычи и способы ея приобрѣтенія для частныхъ лицъ. Ст. 4 указаннаго приложения говоритъ: „никто не можетъ приобрѣтать добычу прежде, нежели позволено то будетъ отъ начальства“. Далѣе, опредѣляется извѣстный кругъ вещей, которыя способны быть объектомъ добычи и захвата частныхъ лицъ; ст. 7 приложения говоритъ, что „изъ полученной добычи въ городахъ, замкахъ, мѣстечкахъ, крѣпостяхъ или лагеряхъ, знамена, штан-

дарты, оружіе, всѣ воинскіе припасы и снаряды, какъ-то порохъ, свинецъ, аммуниція и провіантъ, деньги въ казначействахъ и публичныхъ какихъ-либо заведеніяхъ, собранныя для общей потребности, принадлежать государству“. Изъ этого видно, что все то, что считалось принадлежностью непріятельскаго государства, какъ добыча можетъ поступить въ обладаніе только къ другому государству. „Всѣ же прочія движимыя вещи почитаются законною добычею того, кто ими *завладѣлъ*, и никто не имѣетъ права лишить его оныхъ“. Слѣдовательно, и нынѣ въ области военнаго права ясны слѣды стараго взгляда на безправіе воюющей стороны, хотя это безправіе какъ бы и смягчается тѣмъ, что на пріобрѣтеніе военной добычи частными лицами требуется разрѣшеніе подлежащей власти. Допущеніе такого смягченнаго безправія не есть, конечно, особенность русскаго законодательства: оно составляетъ общее явленіе всѣхъ законодательствъ цивилизованныхъ народовъ, и существуетъ, такъ сказать, въ силу взаимности.

Много шире начала *приватнаго захвата* примѣняются въ области добычи морской. Тамъ производится выдача, такъ называемыхъ, каперскихъ свидѣтельствъ для нанесенія вреда непріятельскимъ судамъ и береговымъ мѣстамъ, и частныя лица богато вознаграждаются за удалъ, такъ какъ всѣ захваченные ими призы идутъ въ ихъ пользу. Но для предупрежденія полнаго одичанія нравовъ и для ограниченія этого морского грабежа, обыкновенно пріобрѣтеніе права собственности на призъ обусловлено рѣшеніемъ призоваго суда. Парижская конференція 1856 г. отмѣнила выдачу каперскихъ свидѣтельствъ, конечно, безъ обязательной силы этой отмѣны для неприсоединившихся. Такимъ образомъ, мы видимъ, что война *практически дѣлаетъ невозможнымъ полное признаніе института собственности*, или ближайшимъ образомъ — принципа уваженія къ чужой собственности. Наши конструкціи способовъ пріобрѣтенія собственности имѣютъ полное примѣненіе только въ условіяхъ мирнаго сосуществованія народовъ. Во время войны точка зрѣнія необходимости еще долгое время будетъ видоизмѣнять желательное уваженіе къ праву собственности противника.

Не по силѣ частнаго права, а по особой привилегіи казны, по регальному праву, ст. 408 X т. постановляетъ, что „*къ составу государственныхъ имуществъ принадлежатъ также имущества выморочныя...*“ Этотъ порядокъ пріобрѣтенія казною выморочныхъ имуществъ не слѣдуетъ разсматривать какъ способъ пріобрѣтенія собственности, и его удобнѣе отнести къ по-

нятію наслѣдованія на bona vacantia, коимъ нынѣ казна охотно дѣлится съ разными публичными и общественными установленіями (ст. 1162—1183). Во французскомъ правѣ мы находимъ положеніе, что казна по такимъ выморочнымъ имуществамъ отвѣчаетъ за долги умершаго только въ предѣлахъ стоимости оставшагося имущества (С. с. art. 769), у насъ мы не встрѣчаемъ этой предусмотрительной оговорки (ст. 1263).

Наше законодательство въ прежнее время знало массу *реалиныхъ правъ*, которыя ложились большою тягостью на недвижимую собственность (Неволинъ, ч. 2, стр. 324—350). Уже въ теченіе 18 в. эти ограниченія были сняты. Съ этимъ вмѣстѣ наше законодательство предоставило самое широкое пользованіе собственникамъ недвижимыхъ земельныхъ имуществъ всѣми естественными богатствами въ предѣлахъ ихъ владѣній. Лишь порой попадаются крайне странныя ограниченія въ пользованіи собственнымъ имуществомъ въ интересахъ фиска, — несомнѣнные слѣды стараго времени; такъ напр., стерлядь крупнѣе 10 вершковъ, пойманная въ Невѣ, должна быть доставлена въ дворцовую контору. Аналогичное ограниченіе имѣется относительно жемчужинъ, величиною больше воробынаго яйца, на которыя тоже притязаетъ казна.

Совершенно исключительнымъ образомъ мѣстное остзейское право присвоиваетъ собственнику морского берега исключительное право рыбной ловли на пространствѣ 3-хъ верстъ отъ линіи берега. Источникъ любопытной ст. 1032, заключающей въ себѣ это положеніе, есть *обычай*, признанный Указ. Правит. Сената въ 1830 г. Но для Эстляндіи, напр., можно найти и еще болѣе любопытное положеніе, по коему собственники морскихъ береговъ не обязаны оставлять свободнаго бичевника, а пользуются морскимъ берегомъ неограниченно и исключительно, такъ что Балтійское море разсматривается какъ простой прудъ балтійскаго вотчинника (ст. 1029, источникъ которой есть резолюція эстляндскаго ген.-губ. отъ 1766 г.). Конечно, это не есть положеніе частнаго права, а совершенно особенная территоріальная привилегія.

Другіе случаи приобрѣтенія права собственности въ нашемъ законодательствѣ разсматриваются, какъ *принадлежность вотчинныхъ правъ*. Въ этомъ отношеніи ст. 424 X т. указываетъ, что *по праву полной собственности на землю владѣлецъ ея имѣетъ право на все произведенія на ея поверхности, на все, что заключается въ недрахъ ея, на воды въ ея предѣлахъ находящихся и на все ея принадлежности*. Эта статья имѣетъ важное исто-

рическое значеніе, ибо со времени ея дѣйствія у насъ наступила эпоха иной политики по вопросу объ эксплуатаціи недвижимыхъ имуществъ, чѣмъ прежде (см. выше очеркъ развитія поземельной собственности). Въ настоящее время регальныхъ правъ на частныхъ земляхъ государство почти уже не имѣетъ, а наоборотъ, на государственныхъ земляхъ частныя лица, какъ мы сказали, *могутъ пріобрѣтать права* эксплуатаціи ископаемыхъ богатствъ. Насколько свободны промыслы на казенныхъ земляхъ, можно видѣть изъ того, что для освоенія нефтяного промысла на казенной землѣ достаточно простыхъ признаковъ завладѣнія, которые выставляются, съ разрѣшенія надлежащаго начальства, на мѣстѣ до того свободномъ. То же самое относительно янтарнаго промысла на морскихъ берегахъ. Регальная привилегія встрѣчается лишь мѣстами. Вопросъ о минеральныхъ богатствахъ съ развитіемъ торговли и промышленности пріобрѣтаетъ съ каждымъ днемъ все болѣе и болѣе важное экономическое значеніе въ народной жизни и требуетъ соотвѣтствующаго разрѣшенія со стороны законодательства. Наше законодательство отвѣчаетъ на него не столько общимъ положеніемъ, сколько частными мѣрами относительно той или другой отрасли эксплуатаціи. Располагается это законодательство въ частныхъ положеніяхъ общаго кодекса, а главнымъ образомъ въ специальныхъ уставахъ, напр., въ Уставѣ Горномъ, Соляномъ и въ другихъ мѣстахъ свода (см. Сборникъ Цвѣткова и Гожева). Рядомъ съ тѣми богатствами, которыя обращаютъ на себя преимущественное вниманіе казны (золото, серебро, платина), нынѣ государственная экономія интересуется и богатствами иного рода, болѣе, такъ сказать, демократическаго свойства (глина, каменный уголь, нефть, сѣрный колчеданъ и проч.).

Постановленія нашего законодательства о минеральныхъ богатствахъ Россіи изложены въ ст. 424 и 425 X т. Изъ нихъ первая говоритъ, что „по праву полной собственности на землю, владѣлецъ ея *имѣетъ* право... на все, что заключается въ нѣдрахъ ея... на всѣ ея принадлежности“. Вторая постановляетъ, что „по праву полной собственности на имущество, владѣльцу *принадлежатъ* всѣ плоды, доходы, прибыли, приращенія, выгоды и все то, что трудомъ и искусствомъ его произведено въ томъ имуществѣ“. Мы указали выше на важное значеніе этихъ статей въ исторіи развитія понятія поземельной собственности. Онѣ расширяютъ право частной собственности и устраняютъ регальное начало. Но формулировка ихъ не такова, чтобы юристъ, для догматическихъ построеній, обязанъ былъ держаться ихъ бук-

важно. Кодифікація говорить о *составъ* полной собственности. Мы въ нашемъ ученіи беремъ отсюда элементы для построения процесса образования юридическихъ отношеній, мы говоримъ, что собственникъ земли *приобрѣтаетъ* минеральныя богатства, ибо, до разработки этихъ богатствъ, они не существовали какъ отдѣльный объектъ гражданскаго оборота. Съ нахожденіемъ рудъ и разработкой ихъ образуется этотъ *новый объектъ обладанія*, и мы опредѣляемъ его принадлежность собственнику или арендатору этимъ моментомъ *фактическаго выдѣленія, добыванія продукта эксплуатаціи изъ нѣдръ* принадлежащей ему земли, точнѣе *овладѣнія имъ дѣйствительнаго* (ср. выше ст. 409). Нормально эта эксплуатація образуетъ новое угодье, новый промыселъ, способный составить въ юридическомъ смыслѣ особое имущество, съ отдѣльными по этому имуществу юридическими операціями, съ принадлежащей ему особой доходностью.

§ 9.

Способы приобрѣтенія права собственности первоначальные (продолженіе).—
Находка.—Кладъ.—Разные виды присоединенія (accessio) въ дѣйствующихъ системахъ, особенно въ Прусскомъ и новомъ имперскомъ законодательствѣ.—
Спецификація.—Приобрѣтеніе плодовъ.

Въ ту же категорію первоначальныхъ способовъ приобрѣтенія права собственности должна быть поставлена находка — захватъ вещей, коихъ собственникъ неизвѣстенъ. Находка можетъ имѣть мѣсто не только относительно вещи брошенной, но и относительно затерянной вещи, имѣющей, слѣдовательно, хозяина. Чтобы ориентироваться въ конструкціи понятія находки, какъ способа приобрѣтенія собственности, въ виду этихъ условій, нужно принять во вниманіе наличность субъективнаго момента неизвѣстности для находчика принадлежности найденной имъ вещи.

Установленіе признаковъ этого субъективнаго момента на практикѣ представляетъ немалыя трудности, поэтому случаи злоупотребленій при находкѣ весьма часты. Въ виду этого наше законодательство угрожаетъ наказаніемъ за *утайку* найденныхъ вещей и обѣщаетъ награду за ихъ явку. Изъ этого слѣдуетъ заключить, что если нѣтъ въ наличности субъективнаго момента неизвѣстности принадлежности вещи, то находка переходитъ въ преступленіе. Границы добросовѣстной и недобросовѣстной находки весьма трудно устанавливаются, и на практикѣ этотъ пунктъ подаетъ поводъ ко всевозможнымъ спорамъ.

При условіи отсутствія утайки и наличности всѣхъ признаковъ находки, фактъ находки не ведетъ прямо къ приобрѣтенію права собственности на найденную вещь. Весьма часто находка влечетъ за собою только вознагражденіе находчика со стороны хозяина найденной вещи. Въ нѣкоторыхъ законодательствахъ, это вознагражденіе не особенно велико. Такъ, по Прусскому кодексу находчикъ получаетъ, при стоимости найденной имъ вещи въ 1,500 марокъ, всего лишь $\frac{1}{10}$ часть. Нов. нѣм. Ул. опредѣляетъ награду находчику въ размѣрѣ небольшого проценты цѣны находки (§ 971; вообще понятіе находки разработано очень детально). Что касается нашего законодательства, то относящіяся къ этому постановленія мы находимъ въ 538 ст. X т., которая гласитъ, что „находкою называется обрѣтеніе вещей и другихъ движимыхъ имуществъ, которыхъ владѣлецъ неизвѣстенъ. Находка тогда только обращается въ право собственности, когда по явкѣ и публикаціи не найдено будетъ хозяина. Нашедшій чужую вещь долженъ объявить о томъ полиціи...“ Само собою разумѣется, что подъ это понятіе находки не подойдутъ тѣ случаи, когда по обязанностямъ службы или должности лицо, предназначенное именно для собиранія забытыхъ вещей въ извѣстномъ помѣщеніи (напр., кондукторъ желѣзно-дорожнаго вагона; для находки на кораблѣ во время путешествія см. ст. 539 пр. 2), находитъ вещь. Затѣмъ, къ понятію находки не подойдетъ тотъ случай, когда кто-либо находитъ, напр., *именной* денежный билетъ. Найденная цѣнная бумага этой категоріи подлежитъ, конечно, возвращенію ея хозяину.

Чтобы фактическое событіе обрѣтенія находки получило юридическое значеніе, по ст. 538 требуется явка. Разъ поставлено такое условіе, законодательное опредѣленіе *срока* ея становится существенно-необходимымъ. Прусское законодательство постановляетъ, что явка о найденномъ должна быть сдѣлана не позже 3-хъ дней. Наше законодательство въ Гражданскомъ кодексѣ не даетъ на этотъ счетъ точныхъ указаній. Наказанію за неявку подлежитъ находчикъ при просрочкѣ 3-хъ-недѣльной, а для пригульного скота и 7-ми-дневной (ст. 179 уст. о наказ.).

Находчику предоставляется, по возвращеніи вещи хозяину, искать съ него вознагражденія по силѣ 539 ст. X т., которая говоритъ, что „...нашедшій... потерянную вещь получаетъ въ награду третью часть оной“. Количество вознагражденія разнообразится, смотря по мѣстности; для губерній Черниговской и Полтавской оно опредѣляется въ размѣрѣ $\frac{1}{2}$ стоимости найденной вещи (ст. 540).

Предметомъ находки могутъ быть не только вещи, ожидающія находчика, но также и вещи, идущія, такъ сказать, ему навстрѣчу, *res se moventes*. Примѣч. 1-ое къ ст. 539 различаетъ въ этомъ отношеніи домашнихъ и дикихъ животныхъ, причемъ обладаніе первыми регулируется однимъ рядомъ положеній, а для вторыхъ существуетъ другое положеніе, въ силу котораго *дикия животныя, оставившія прежнія инъзда и логовища, не подлежатъ возвращенію*. Приложение къ ст. 539 даетъ цѣлый рядъ подробнѣйшихъ правилъ вообще о находкахъ и о пригульномъ скотѣ, въ особенности, и о порядкѣ ихъ явки. Сущность этихъ правилъ такова: пригульный скотъ долженъ быть прокармливаемъ; въ случаѣ неявки хозяина по истеченіи извѣстнаго срока, скотъ продается съ публичнаго торга, причемъ вырученная отъ продажи сумма, за вычетомъ издержекъ на прокормленіе скота, распределяется на три части: $\frac{1}{3}$ идетъ въ пользу благотворительныхъ учрежденій, $\frac{1}{3}$ — въ пользу общественнаго учрежденія того общества, на землѣ котораго найденъ скотъ и остальная $\frac{1}{3}$ — въ пользу нашедшаго. Въ приложеніи къ ст. 539 содержатся также особыя правила о находкахъ, дѣлаемыхъ государственными крестьянами, и правила о пригульномъ скотѣ, оказавшемся въ земляхъ казачьихъ войскъ. Особность этихъ правилъ не имѣетъ достаточныхъ основаній, и при болѣе удачной редакціи общихъ статей указаннаго приложенія, правила эти можно было бы объединить.

Инымъ понятіемъ, совершенно правильно отличаемымъ отъ понятія находки, является кладъ. Нашъ законъ, въ ст. 430 X т., даетъ слѣдующее опредѣленіе клада: „кладъ (сокрытое въ землѣ сокровище) принадлежитъ владѣльцу земли“. Такимъ образомъ, нашъ законъ разумѣетъ нахожденіе клада только въ землѣ, тогда какъ онъ можетъ находиться и въ другихъ мѣстахъ, въ стѣнѣ дома, за полотномъ картины, въ тюфякѣ кровати и т. п. Кладъ, по закону, рассматривается какъ своего рода *принадлежность* вотчиннаго права. Согласно этому, закономъ прямо запрещаетъ кому бы то ни было отыскивать кладъ на чужой землѣ безъ согласія ея владѣльца; дѣлается исключеніе для Черниговской и Полтавской губерніи, гдѣ лицо, случайно отыскавшее кладъ на чужой землѣ, получаетъ $\frac{1}{2}$ найденнаго, причемъ другая половина идетъ въ пользу собственника земли.

Въ нашемъ законодательствѣ есть особыя постановленія о нѣкоторыхъ родахъ клада, которые въ глазахъ нашедшаго, при его неумѣлой оцѣнкѣ ихъ достоинства, могутъ не имѣть никакой цѣнности, представляя, однако, большой художественный или

научный интересъ. Поэтому не въ цивильныхъ цѣляхъ, а съ точки зрѣнія общественныхъ интересовъ наше законодательство принимаетъ мѣры къ сохраненію такихъ кладовъ, когда они найдены государственными крестьянами на казенныхъ земляхъ, предписывая, какъ въ общихъ постановленіяхъ, такъ и въ инструкціяхъ разнымъ ученымъ учрежденіямъ, напр., Академіи Наукъ и Археологической комиссіи и пр., правила, опредѣляющія порядокъ отобранія достопримѣчательныхъ, старинныхъ или рѣдкихъ вещей отъ пріобрѣтшаго ихъ въ качествѣ клада, и порядокъ пріобрѣтенія ихъ на имя этихъ учреждений за извѣстное вознагражденіе (Ср. прил. къ ст. 539, II и III). Старыя вещи, сокрытыя на днѣ морскомъ, нашъ Торговый Уставъ предписываетъ возвращать собственникамъ, предоставляя требовать вознагражденія за находку и сохраненіе.

Совершенно аналогично относится законодатель и къ находкѣ и спасенію вещей, выбрасываемыхъ на берегъ при крушеніи кораблей и судовъ (См. Прил. къ ст. 539 § 19 и т. XI, 2, кн. 3, ст. 1135—1213).

Въ силу Высоч. утвержд. мн. Гос. Сов. 25 мая 1898 г. метеориты составляютъ *государственную собственность*. Нашедшій обязанъ представить таковой въ музеи Академіи Наукъ, Университетовъ, Горн. института, и получаетъ указанное въ законѣ вознагражденіе.

Непосредственными же (въ смыслѣ отсутствія личною средствами или передачи) способами пріобрѣтенія будутъ и разные случаи присоединенія однихъ вещей къ другимъ. Въ этомъ отношеніи руководящія правила для берегового права даютъ ст. 426 X т. и слѣдующія, весьма близко напоминающія положенія на этотъ счетъ римскаго права. Ст. 426 гласитъ: „По силѣ сего права (полной собственности), владѣльцу земли *предоставляется пользоваться* обсохшею землею, оставшеюся отъ уклоненія воды, равно какъ и растущимъ на оной лѣсомъ и тальникомъ противъ его дачъ въ томъ пространствѣ широты, какое значится на выданномъ ему планѣ и межевой книгѣ по берегу рѣки“. Въ ст. 427 мы читаемъ: „если рѣка... образуетъ послѣ государственнаго межеванія островъ... то островъ такой дѣлится между владѣльцами означенныхъ дачъ вдоль рѣки пополамъ“. Приращеніе берега отъ наноснаго песку (*alluvio*) „дѣлается собственностью владѣльца берега“; при внезапномъ же обращеніи рѣкою своего теченія (*avulsio*) въ иную сторону, „оба ея берега должны принадлежать тому, по чьей землѣ она протекаетъ“ (428). Затѣмъ, при измѣнившемся теченіи большихъ рѣкъ не считается перемѣ-

ной теченія: 1) когда отмывается одинъ и обсыхаетъ другой берегъ до тѣхъ поръ, пока рѣка обоими берегами не войдетъ въ чью-либо дачу и 2) когда рѣка раздѣляется на фарватеръ и на заливъ, имѣющій теченіе, ибо при семъ образуется островъ, право на который остается у той стороны, отъ которой его оторвало. При вхожденіи же бывшей рѣки обоими берегами въ чью-либо дачу, право собственности на нее опредѣляется по общему правилу (ст. 429).

Такимъ образомъ основанія пріобрѣтеній въ этихъ случаяхъ въ нашемъ законодательствѣ сходятся съ таковыми же во французскомъ и римскомъ правѣ.

Въ предыдущемъ изложеніи мы трактовали о способахъ пріобрѣтенія собственности и указывали поводы, которые побуждаютъ нашего законодателя держаться статической точки зрѣнія при опредѣленіи понятія полной собственности, въ этихъ напр., положеніяхъ, по праву полной собственности владѣльцу предоставляется *пользоваться* обсохшей землею и пр., или образовавшимся островомъ и т. п. Преслѣдуя свои задачи въ направленіи къ образованію раздѣльных имущественныхъ комплексовъ взамѣнъ старыхъ формъ общности, законодатель искалъ именно опредѣлить по возможности точно *составъ* имущества, относя къ нему и наличныя и будущія вещи. Мы не можемъ ограничиться этимъ. Для нашихъ цѣлей, опредѣленія вопроса принадлежности вещей въ условіяхъ ихъ обмѣна, несравненно удобнѣе держаться и въ отношеніи къ этимъ явленіямъ намыва и другимъ подобнымъ точки зрѣнія *пріобрѣтенія, прекращенія* собственности, нежели легальной—*состава*. Особенность этихъ случаевъ непосредственнаго пріобрѣтенія заключается въ томъ, что, будучи непосредственными въ личномъ смыслѣ, они предполагаютъ *посредство* въ вещномъ смыслѣ, т.-е. обладаніе на правѣ собственности тою вещью, недвижимою, къ коей намывъ, открывшееся русло, присоединяется (то же имѣетъ мѣсто и въ случаѣ пріобрѣтенія вклада, хотя здѣсь нужна дѣятельность находчика, а въ указанныхъ случаяхъ акцессіи этого реквизиата нѣтъ). И такъ, всѣ тѣ случаи, которые перечисляются въ ст. 426 и сл. нашего X т., мы должны разсматривать, какъ *способы пріобрѣтенія собственности*, знакомые намъ изъ римскаго права, *per accessionem* и т. п. Въ разсмотрѣнныхъ здѣсь случаяхъ это—присоединенія по береговому праву.

Рядомъ съ этими способами пріобрѣтенія, выраженными различно въ разныхъ кодексахъ (*составъ, пріобрѣтеніе* и т. п.), мы имѣемъ другіе способы, *измѣняющіе* юридическія отношенія, ко-

торые также должны разсматриваться какъ *способы приобрѣтенія*. Это именно *случаи присоединенія движимой вещи къ недвижимости*, каковы, напр., засѣвъ, застройка и т. п.

Въ латинской юриспруденціи мы находимъ весьма разработаннымъ ученіе о *satio, inaedificatio* и *plantatio*. Это ученіе болѣе или менѣе замѣтнымъ образомъ отразилось и на современныхъ кодексахъ, образовавшихся на почвѣ римскаго права. Кодексы саксонскій и остзейскій (*accessio* вообще ст. 759—790, *inaedif., satio* ст. 771—788) трактуютъ этотъ вопросъ подъ римскими рубриками. Остзейскій кодексъ въ особенности близко слѣдуетъ за римскимъ правомъ (тоже и саксонскій). Смѣлѣе и самостоятельнѣе разрабатываетъ вопросъ прусское законодательство. У насъ, въ нашемъ кодексѣ, ученіе объ этихъ явленіяхъ, какъ и въ *Code civil art. (552—555)*, сводится къ вопросу о *составѣ* права собственности (см. выше, ст. 386 и слѣд., 424). Нашъ кодексъ не покрылъ вовсе разнообразія этихъ явленій своими постановленіями, и масса вопросовъ, связанныхъ съ этимъ явленіемъ, остаются открытыми.

Въ этомъ вопросѣ римское право отличается, какъ извѣстно, неумолимымъ формализмомъ своихъ конструкцій. Общая точка зрѣнія римскаго права при разрѣшеніи вопросовъ, возникающихъ по поводу разсматриваемыхъ нами способовъ приобрѣтенія, состоитъ въ руководящемъ принципѣ, по которому все, что образуется или возникаетъ на чьей-либо землѣ, безусловно должно принадлежать ея собственнику. Допустимъ случай соединенія двухъ вещей. По указанному принципу, задача будетъ не въ разъединеніи слившихся вещей, а единственно въ разрѣшеніи вопроса, кому должно принадлежать имущество въ этомъ новомъ составѣ, кто будетъ его собственникомъ. Римляне прямо отвѣчаютъ: *aedificium semper solo cedit*. Этимъ отвѣтомъ не рѣшается экономическій вопросъ. Юристъ ищетъ только установить извѣстность собственника, и вовсе не занятъ тутъ же разрѣшеніемъ вопроса, сталъ ли собственникъ силой этого присоединенія богаче или бѣднѣе. Римляне на ряду съ этимъ допускаютъ потерпѣвшаго искать вознагражденія убытковъ, которые понесъ собственникъ присоединенной вещи.

Итакъ, по римскому праву вопросъ о принадлежности рѣшается по формальному принципу въ одномъ процессѣ: экономическая сторона дѣла выдѣляется въ особое производство. Этотъ римскій формализмъ, подчасъ весьма крутой и жесткій, а потому и неудобный для безусловнаго примѣненія къ жизни, въ современныхъ кодексахъ, особенно въ прусскомъ *Landrecht'ѣ*, зна-

чительно смягченъ въ отношеніи къ случаямъ застройки и за-
сѣва.

По отношенію къ застройкѣ, прусское законодательство не держится строгаго римскаго принципа — что на моей землѣ построено, то мое, не расчленяетъ двухъ задачъ, а осложняетъ вопросъ одновременнымъ изслѣдованіемъ всѣхъ сторонъ дѣла. Понятно, что римское рѣшеніе этихъ случаевъ представляется проще и логичнѣе; напротивъ, задача прусскаго законодательства и суда будетъ сложнѣе, принципъ не окажется столь выдержаннымъ, но начало справедливости, примѣнимости нормъ къ жизни будетъ болѣе удовлетворено. Лицо застраиваетъ чужую землю безъ вѣдома собственника, тогда собственнику земли принадлежитъ выборъ присвоить себѣ постройку, или потребовать сноса ея, или предоставить застройщику приобрѣсти застроенный участокъ. Если же застройка произведена съ вѣдома собственника, то застройщикъ можетъ притязать на застроенный участокъ, натурально съ вознагражденіемъ за это его собственника (L. R. I 9. § 327 и слѣд.; ср. Code civil art. 554, 555).

Далѣе, возможенъ случай *застройки на междѣ*. Если сосѣдъ видѣлъ, что застройка производится, и своевременно не сдѣлалъ противъ этого никакихъ возраженій, то послѣдующія возраженія его по поводу уже воздвигнутой и оконченной постройки не лишаютъ строившаго правъ собственности на нее. Сосѣдъ имѣлъ возможность сдѣлать возраженія въ то время, когда начатую постройку можно было остановить, не вводя въ особенно большой убытокъ строителя. Но разъ постройка сооружена, для послѣд-
няго было бы разореніемъ, еслибы сосѣдъ имѣлъ право требовать ея сноса. Поэтому прусское право допускаетъ, что въ этихъ случаяхъ, когда произошла неумышленная застройка чужой земли, и когда хозяинъ ея, видя постройку, не возражалъ противъ нея, не *aedificium solo cedit*, а обратно: черезъ присоединеніе земля сосѣда становится землею застроившаго, а на него возлагается обязанность вознаградить сосѣда за причиненные ему тѣмъ убытки. Казуистика очень детально развита (тамъ же § 340, 342, 341, 332). Вездѣ начала вмѣненія, принципъ справедливости, согласенія интересовъ идетъ впереди вопроса о принадлежности вещи. Очень любопытны и частью близки къ Прусск. Ландрехту положенія Нѣм. Гражд. Код. 1896 г. въ ст. 912 и свѣд., трактующихъ о *содержаніи* права собственности.

Разъясненію этихъ задачъ у насъ помогаютъ отчасти положенія нашего законодательства, гдѣ этотъ вопросъ затрогивается косвенно, именно къ положеніямъ о *вознагражденіи за владѣніе*

чужимъ имуществомъ (Отд. II, гл. VI, раз. II, кн. II, X т.). Мы имѣли раньше случай замѣтить, что эти положенія разработаны лишь въ позднѣйшее время (въ 1851 г.) и отчасти заимствованы изъ французскаго кодекса. Но этими постановленіями (ст. 609 и слѣд.), рассматриваемый нами вопросъ о правѣ собственности на присоединенную вещь прямо не разрѣшается. Въ этомъ отношеніи наше законодательство, давши въ ст. 529 и 530 общія опредѣленія недобросовѣстнаго и добросовѣстнаго владѣнія, въ ст. 609 и слѣд., смотря по тому, какого именно свойства случай завладѣнія, даетъ то или другое рѣшеніе: въ одномъ случаѣ всѣ выгоды положенія у собственника имущества, которымъ завладѣли (ст. 609—625); въ другомъ—собственникъ, отыскивая вознагражденіе за вредъ и убытки, причиненные завладѣніемъ, относится, такъ сказать, съ пощадою къ лицу, завладѣвшему его имуществомъ *bona fide* (ст. 625—638). Прямого отвѣта на вопросъ, кому будетъ принадлежать зданіе, посѣвъ и пр., нашъ законодатель не даетъ, но онъ даетъ намъ въ руководство матеріальную точку зрѣнія о вознагражденіи и ущербѣ, съ различіемъ притомъ понятій добросовѣстнаго и недобросовѣстнаго владѣльца и съ разною для каждого изъ нихъ отвѣтственностью (см. особ. ст. 628, 632, 633).

Въ предыдущемъ мы рассматривали исключительно случаи сочетаній движимыхъ вещей съ недвижимыми. Но вопросъ о томъ, чья вещь, можетъ рождаться и не по поводу только засѣва, застройки и т. п. Связь двухъ вещей можетъ образоваться и въ томъ случаѣ, *когда обѣ соединившіяся вещи принадлежатъ къ разряду движимыхъ вещей*. Эта связь можетъ быть произведена лицомъ съ извѣстной тратой силъ, съ затратой труда и искусства, или она можетъ произойти случайно, безъ всякой затраты труда со стороны лица. Возможны случаи переработки чужого матеріала въ цѣломъ въ новый видъ. На этомъ основаніи у римлянъ и въ другихъ законодательствахъ покоится различіе понятій *specificatio*, *confusio* и *commixtio*. Римскіе юристы, а вслѣдъ за ними и наши, по поводу этихъ случаевъ говорятъ, что здѣсь точка зрѣнія тождества вещей по ихъ природѣ не даетъ возможности разрѣшить вопросъ, чья вещь. Если, напр., изъ слитка серебра, принадлежащаго одному, другой сдѣлаетъ сосуды, художественные предметы, то, понятно, въ смыслѣ природныхъ свойствъ слитка и сосуда изъ него, между этими вещами нѣтъ существенной разницы: та и другая вещь остается все тѣмъ же серебромъ, имѣющимъ лишь разную форму. Но если рассматривать сходство этихъ вещей въ смыслѣ свойствъ ихъ гражданской оборотности,

то разница между ними несомнѣнна, образовался новый видъ, nova species. Возникаетъ вопросъ: чей онъ, кому будетъ принадлежать новая вещь? На это отвѣчаютъ разнo, смотря по тому, что кладутъ въ основаніе вопроса о принадлежности: матеріаль вещи или затраченный на нее трудъ.

Этотъ вопросъ о спецификаціи въ жизни имѣетъ огромное примѣненіе. Люди, преслѣдуя хозяйственныя и экономическія цѣли, вѣчно заняты переработкой однѣхъ вещей въ другія. Очевидно, что это явленіе въ массѣ разнородныхъ случаевъ можетъ породить споры о томъ, кому должна принадлежать *переработанная вещь*, и можетъ ли она считаться однозначущей съ вещью, изъ которой сдѣлана. Спецификація и всѣ связанныя съ нею послѣдствія, въ смыслѣ цивильномъ, наполняютъ собою весь нашъ гражданскій оборотъ. Въ гражданскомъ оборотѣ мы постоянно имѣемъ дѣло съ новыми вещами, и понятно, что каждый разъ съ ихъ появленіемъ можетъ возникнуть и вопросъ о ихъ принадлежности. Посмотримъ, какъ разрѣшается онъ въ римскомъ правѣ.

Римская исходная точка въ разрѣшеніи вопроса о спецификаціи породила, какъ извѣстно, два взгляда: старая школа юристовъ при разрѣшеніи вопроса о принадлежности новой вещи принимала во вниманіе, главнымъ образомъ, принадлежность матеріала, изъ котораго она сдѣлана; новая школа отдавала преимущество виду или формѣ вещи, опредѣляя принадлежность по ея производителю. Среднюю, весьма неудачную, точку зрѣнія принялъ въ своемъ кодексѣ Юстиніанъ, придавъ рѣшающее значеніе способности новой вещи превращаться въ старую, въ прежній видъ. Изъ всѣхъ, это самое неудобное руководство при разрѣшеніи спора о принадлежности новой вещи, и надо сказать, что ученіе Юстиніана осталось наименѣе принятымъ.

Правильное разрѣшеніе этого вопроса зависитъ отъ взгляда на задачи юриспруденціи. Если обратиться къ соображеніямъ на этотъ счетъ Мейера, то мы увидимъ, что этого юриста смущаетъ *нарушеніе* въ этомъ случаѣ *принципа полной собственности*. Другіе смотрятъ на это съ точки зрѣнія экономической и говорятъ, что признаніе права собственности за спецификантомъ невыгодно собственнику. Это также ошибочный взглядъ, ибо юристъ не долженъ рѣшать экономическій вопросъ; его задача опредѣлить, чьей будетъ такая-то вещь. Рѣшивъ эту чисто-юридическую задачу, т. е. присвоивъ вещь извѣстному лицу, юристъ выдѣляетъ экономическую сторону этого рѣшенія и даетъ искъ о вознагражденіи за вредъ и убытки, регулируя его общимъ правиломъ о

гражданской виновности и ответственности. И такой постановкой вопроса юристъ отнюдь не нарушаетъ принципа собственности, а лишь фиксируетъ ее на опредѣленно существующемъ объектѣ. Въ данномъ случаѣ принципъ собственности не отрицается, а ищетъ, такъ сказать, своего оуществленія. Такъ какъ исчезнувшій видъ вещи не можетъ быть возстановленъ, и если будетъ возстановленъ, то съ жертвами, ничѣмъ некупающимися, то принципъ собственности, за отсутствіемъ прежняго объекта, прилагается къ новому его виду, т. е. къ специфической вещи. Но въ виду того, что прежняя вещь исчезла по винѣ одного (спецификанта), и что одна сторона отъ этого терпитъ ущербъ, существеннымъ дополненіемъ къ чисто-юридическому рѣшенію вопроса является экономическая компенсація въ видѣ обязанности для стороны, причинившей убытки, соотвѣтствующимъ образомъ возмѣстить ихъ. Въ этомъ отношеніи прусское право постановляетъ, что еслибы виновнымъ оказался спецификантъ, то онъ долженъ заплатить высшую цѣну вещи ея собственнику (разумѣется, рыночная цѣна матеріала, изъ котораго сдѣлана вещь). Очевидно, это постановленіе покоится всецѣло на экономической точкѣ зрѣнія. Еслибы спецификантъ оказался добросовѣстнымъ приобрѣтателемъ этого матеріала, то прусское право предоставляетъ ему выборъ: либо удержатъ вещь за собою, либо возвратить ее собственнику матеріала съ условіемъ уплаты цѣны за трудъ, потраченный на выдѣлку этой вещи. Есть, однако, юристы, которые, по вопросу о спецификаціи, говорятъ, что *разумъ права и высшій принципъ справедливости* повелѣваетъ примѣнить здѣсь *condominium*. Подобное рѣшеніе спора очень часто можетъ не удовлетворить ни одной изъ спорящихъ сторонъ. По существу дѣла, *condominium* удобно примѣняется лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда двѣ вещи разныхъ хозяевъ способны, *не теряя своихъ свойствъ*, смѣшиваться или сливаться одна съ другой (зерно, хлѣбъ, масло, вино и т. п.), такъ что ихъ нельзя отобрать, какъ это, напр., и допускалось въ римскомъ правѣ, а не становятся *новымъ* видомъ. И здѣсь *condominium* допускаютъ въ особенности для случаевъ *confusio*; для *commixtio* (денегъ, цѣнныхъ бумагъ) охотнѣе удерживаютъ отдѣльное право собственности каждаго изъ многихъ хозяевъ на опредѣленное количество.

Примѣненіе спецификаціи, не смотря на то, какъ рассматриваютъ ее юристы — въ смыслѣ ли нарушенія принципа собственности, или нѣтъ — расширяется все дальше и дальше. Особенно важенъ здѣсь вопросъ, что такое *nova species*? Говоря вообще, это такая новая вещь, на выработку которой потрачены трудъ

и искусство. Такое опредѣленіе, однако, носить совершенно от-носительный характеръ. Прусское право, напр., даетъ понятію новой вещи *весьма широкій* смыслъ. Такъ, не требуется большаго искусства, чтобы вымолотить хлѣбъ. Въ этомъ случаѣ первоначальный предметъ подвергается простѣйшей переработкѣ. А между тѣмъ прусское право тѣ случаи, гдѣ возникаетъ споръ по требованію стороны имѣть хлѣбъ въ снопахъ, а не въ зернѣ, нормируетъ общими опредѣленіями о спецификаціи. Слѣдовательно, оно даже и такую переработку вещи подводитъ подъ это понятіе.

Наше законодательство по вопросу о *commixtio* и *confusio*, такъ же какъ и по вопросамъ о *satio*, *plantatio* и *inaedificatio* не даетъ руководящихъ началъ. Есть лишь отдѣльныя положенія въ ряду статей о вознагражденіи за вредъ и убытки, происходящіе вслѣдствіе владѣнія чужимъ имуществомъ, добросовѣстнаго и недобросовѣстнаго (см. особ. ст. 626, 628, 632, 633, 643). Несомнѣнно, что начала, установленныя римскимъ правомъ и западными кодексами, могутъ дать намъ руководство для выхода изъ тѣхъ практическихъ затрудненій, которыя создаются молчаніемъ нашего законодательства.

Натурально, и въ случаяхъ *commixtio* и *confusio* спорящія стороны всего охотнѣе будутъ ссылаться на убытки, причиненные имъ такими дѣйствіями и требовать вознагражденія; при такомъ направленіи спора для его разрѣшенія практика должна будетъ, прежде всего, встрѣтиться съ вопросомъ о добросовѣстности и недобросовѣстности владѣнія и держаться опредѣленій ст. 609 и слѣд., 671, 673, 684 и слѣд.

Нов. Нѣм. Уложеніе широко ставитъ понятіе спецификаціи и допуская приобрѣтеніе новой вещи спецификантомъ, принимаетъ, однако, во вниманіе и экономическій моментъ, на случай если продуктъ переработки окажется значительно низшимъ по цѣнности, чѣмъ матерія, въ каковомъ случаѣ приобрѣтеніе чрезъ спецификацію не имѣетъ мѣста (950). Вопросъ о вознагражденіи идетъ особо (951).

Есть еще моментъ приобрѣтенія, выдвинутый римскою юриспруденціею и въ ней получившій высокую техническую разработку, именно *вопросъ о приобрѣтеніи плодовъ*. Плодомъ въ юриспруденціи мы называемъ всякій постоянный доходъ, получаемый безъ умаленія самой вещи. Понятіе объ этихъ плодахъ можно встрѣтить во всѣхъ законодательствахъ, но особенно развито оно въ римскомъ правѣ. Мы уже знаемъ, какъ расчленяли это понятіе римляне. Мы знаемъ, что они различали: *fructus pendentes* или *stantes* (неотдѣленные плоды), *fructus separati* (от-

дѣлившіеся сами собою), *fructus percepti* или *apprehensi* (отдѣленные кѣмъ либо или собранные), *fructus percipiendi* (плоды, кои имѣли, при правильномъ хозяйствѣ, быть собраны, но коихъ не получалъ владѣлецъ вещи), *fructus exstantes* (снятые, но не потребленные) и, наконецъ, *fructus consumti* (потребленные плоды), *fructus mere naturales* (произведенные безъ помощи человѣческаго труда) и *fructus industriales* (произведенные трудомъ человѣка). Такія различенія плодовъ нынѣ далеко не всѣ имѣютъ то практическое примѣненіе, какое они имѣли въ правѣ римскомъ; ими не дорожатъ также и въ теоретическомъ отношеніи, такъ что все стройное и детальное ученіе пандектовъ о группировкѣ плодовъ въ настоящее время далеко не имѣетъ прежняго интереса. У римлянъ эта группировка связана была съ извѣстными юридическими послѣдствіями, которыя влекла за собою принадлежность плодовъ къ той или другой группѣ.

Въ нашемъ правѣ вообще не проводится такой тонкости въ различеніи плодовъ и связанныхъ съ нимъ юридическихъ послѣдствій. Русское законодательство, однако, различаетъ плоды собранные и несобранные, но которые могли бы быть собраны. Такое различеніе мы можемъ извлечь изъ указ. выше положеній о вознагражденіи за владѣніе чужимъ имуществомъ. Оно связано съ постановленіями о различной отвѣтственности добросовѣстнаго и недобросовѣстнаго владѣльца, при чемъ отвѣтственность недобросовѣстнаго владѣльца простирается не только на плоды собранные, но и на тѣ, которые могли бы быть собраны (особ. ст. 610, 614, 620, 624 и 641). Отвѣтственность же добросовѣстнаго владѣльца значительно ослабляется въ томъ смыслѣ, что онъ обязанъ возвратить собственнику только тѣ плоды, которые остались у него въ наличности и которые необходимы для продолженія хозяйства въ плодоприносящемъ имуществѣ (ст. 637). Весь остальной, консумированный и вырученный доходъ приобрѣтается добросовѣстнымъ владѣльцемъ (ср. еще ст. 626 и замѣчательный трактатъ Л. І. Петражицкаго *Права добросовѣстнаго владѣльца на доходы*. 1897 г., стр. 328 и слѣд.).

Подъ понятіе плода можно подвести и приплодъ животныхъ. Относительно приплода въ нашемъ законодательствѣ имѣется 431 ст. X т., въ которой вопросъ о принадлежности приплода рѣшается по началу материнства. Эта статья постановляетъ, что „приплоды и приращенія животныхъ принадлежатъ ихъ хозяину; но если самецъ и самка принадлежатъ разнымъ хозяевамъ, то въ семъ случаѣ кому принадлежитъ самка, тому принадлежитъ и приплодъ ея“. Къ этому добавлено, что „въ случаѣ спора о жи-

вотныхъ, находящихся въ чужомъ владѣніи, приплодъ принадлежитъ законному владѣльцу только тогда, когда онъ подалъ жалобу въ теченіе года со дня завладѣнія тѣми животными (ср. ст. 642 и указ. сочин. Петражицкаго ст. 346 и слѣд.).—Пруссаки знаютъ особое понятіе Sprunggeld, т.-е. вознагражденіе, которое имѣетъ получить хозяинъ самца, отъ коего идетъ приплодъ.

§ 10.

Способы приобрѣтенія права собственности производные. — Традиція въ реципированной системѣ. — *Justa causa traditionis*. — Обособленіе вопросовъ обязательныхъ отъ вещнаго эффекта сдѣлки. — Французская система. — Состояніе нѣмецкаго права. — *Передача вещи* въ нашемъ дѣйствующемъ правѣ.

Мы приходимъ къ другой категоріи способовъ приобрѣтенія права собственности, *посредственныхъ* или *производныхъ*, въ коихъ необходимымъ моментомъ является преемство правъ приобрѣтателя отъ правопередатчика. Въ этихъ случаяхъ не само лицо приобрѣтающее создаетъ первое правооснованіе для приобрѣтенія собственности, какъ то бываетъ, напр., при оккупаци и т. п., а мы имѣемъ два лица, совокупной дѣятельностью коихъ право собственности одного изъ нихъ переносится на новаго приобрѣтателя. Этотъ *взаимнымъ соглашеніемъ* условленный эффектъ преемства составляетъ главнѣйшее явленіе разсматриваемой категоріи *производныхъ* способовъ приобрѣтенія права собственности. Въ вопросѣ о *посредственныхъ* способахъ приобрѣтенія мы ставимъ впереди ученіе о *передачѣ* или, какъ называютъ его въ наукѣ, ученіе о *традиціи* (*traditio*). Это одно изъ тѣхъ ученій, передъ которыми философская мысль, чуждая техническихъ проблемъ юриспруденціи, останавливается въ смущеніи. Спрашиваютъ, *какая цѣль пріобрѣтатъ къ особому акту традиціи* въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣло само собою ясно и просто, гдѣ прежній собственникъ выражаетъ волю передать, а новый приобрѣсти вещь. Такое явленіе мы имѣемъ при договорѣ купли-продажи напр. Это дѣло настолько ясно и просто, что не требуетъ никакихъ дальнѣйшихъ придатковъ въ видѣ акта традиціи. Подобныя абстрактныя соображенія остались не безъ вліянія на современныя законодательства. Однако, нельзя не признать, что они далеко не принадлежатъ къ числу зрѣло обдуманыхъ и проверенныхъ практикой гражданского обмѣна соображеній.

Если мы имѣемъ основаніе не отвергать вообще цѣлесообразности расчлененія нашихъ правъ на *права вещныя* и *права*

обязательственныя, то въ этомъ пунктѣ практически особенно важно различать какъ можно отчетливѣе вопросъ о простомъ обязательствѣ и его эффектѣ отъ вопроса о возникающемъ засимъ вещномъ правѣ. Купля, дареніе, мѣна и множество другихъ *титоловъ* являются результатомъ согласія двухъ или болѣе лицъ. Такіе акты только этимъ лицамъ вѣдомы и ихъ только связываютъ. Если мы, однако, съ этими актами соединимъ дѣйствія, *не двухъ только лицъ касающіяся*, а устанавливающія право *вещное*, разрѣшимъ вопросъ *принадлежности* вещи, то мы указаннымъ договорамъ дадимъ не тотъ эффектъ, на который они рассчитаны, а гораздо большій, ибо вопросъ не объ обязательствѣ, а о принадлежности вещи можетъ касаться очень большого круга лицъ; съ другой стороны, для дѣйствія договорной сдѣлки въ сферѣ обязательственной, какъ мы видѣли выше, не существенно, есть ли у лица обязавшагося всѣ средства къ выполнению сейчасъ дѣйствія, условленнаго сторонами. По этимъ соображеніямъ, въ технику строенія вещнаго права и обязательственного мы необходимо должны дѣлать существенное различіе между актами, которыхъ эффектъ ограниченъ договаривающимися сторонами, и такими актами, которые измѣняютъ правоотношенія вещныя. Это будетъ тоже договоръ, но договоръ не съ обязательственнымъ только, какъ купля, мѣна, а съ *вещнымъ* дѣйствіемъ, *dinglicher Vertrag*.

Хотя вопросъ о томъ, что такое римская традиція, предполагается извѣстнымъ изъ предшествующихъ курсовъ, тѣмъ не менѣе мы вкратцѣ напомнимъ существенныя черты ученія о ней въ латинской системѣ. Чтобы была традиція, для этого у римлянъ требовались слѣдующіе реквизиты:

1) Наличие субъектовъ правоспособныхъ отчуждать вещь и ее приобрѣтать.

2) Согласіе воли (элементъ договора), *animus dominii transferendi-acquirendi*.

3) *Iusta causa traditionis*.

4) Самый актъ передачи вещи (владѣльческій моментъ).

Когда передача вещи совершена, то право собственности приобрѣтается *не силой купли, даренія и т. п.*, а посредствомъ традиціи. Въ понятіи традиціи внутренніе моменты (купля, дареніе и т. п.) скрыты. Традиція, такимъ образомъ, будетъ общимъ способомъ приобрѣтенія собственности, *отрѣшеннымъ*, какъ сейчасъ увидимъ, отъ силы предшествующей сдѣлки, купли, даренія, легата, уплаты и т. п. Эта отрѣшенность, *абстракція*, эффекта переноса правъ собственности отъ силы предшествующихъ сдѣлокъ имѣетъ въ римскомъ правѣ очень существенное юридиче-

ское значеніе для вопроса о пересвоеніи вещи, о *вещномъ эффектѣ* этого акта.

Положимъ, одно лицо вручаетъ другому сумму денегъ. При этомъ дающій полагаетъ, что онъ даритъ эти деньги, а получающій, что онъ беретъ ихъ займы. Мы будемъ имѣть, такимъ образомъ, разность намѣреній *tradens'a* и *accipiens'a* по отношенію къ договорному моменту, лежащему въ основѣ сдѣлки. Но при этой разности воли лицъ въ отношеніи къ договору есть моментъ, въ которомъ обѣ стороны согласны. Этотъ моментъ, въ коемъ они согласны, составляетъ *перенесеніе права собственности*, ибо этотъ результатъ будетъ на лицо одинаково, какъ при предположеніи даренія, такъ и при предположеніи займа. Слѣдовательно, общимъ моментомъ согласія обоихъ будетъ совпаденіе *animus dominii transferendi* одного съ *animus dominii acquirendi* другого, ясныхъ изъ обѣихъ, хотя разныхъ по содержанію, но одинаковыхъ по юридической цѣли (*causa*) предшествующихъ сдѣлокъ. Самыя же договорныя сдѣлки, совершенныя ими, суть неодинаковыя, и относительно ихъ дѣйствительности стороны могутъ спорить. Не менѣе того *традиція* остается въ силѣ; остается въ силѣ и вытекающій изъ нея *вещный эффектъ*, т.-е. перенесеніе права собственности на переданную вещь. Такимъ образомъ, мы видимъ, что, при недѣйствительности сдѣлокъ, лежащихъ въ основѣ традицій, *сама традиція и ея эффектъ* удерживаются въ силѣ. Приобрѣтатель въ указанномъ примѣрѣ *станетъ собственникомъ*, ибо есть на лицо *justa causa traditionis*. *Вещный эффектъ* произведенъ, а вопросъ о силѣ договора (займа, уплаты, даренія) ставится особо, выдѣляется совершенно отъ этого вещнаго эффекта. Приобрѣтатель можетъ *дальше передавать* приобретенную вещь, какъ собственникъ, не опорочивая эффектъ этой дальнѣйшей передачи недостатками чисто обязательственныхъ сдѣлокъ, лежащихъ въ ея основѣ. Правильно ли другъ друга понимали прежній традентъ и акципientъ въ *матеріальномъ содержаніи* сдѣлки, это *ихъ дѣло*, это вопросъ договора, который *не касается* приобретателей *вещнаго права*. Вотъ метода абстракціи, свойственная римскому праву, выдѣленіе вопроса о вещномъ правѣ отъ вопроса объ обязательственно-договорныхъ отношеніяхъ отчуждателя и приобретателя, обособленіе формальной и матеріальной стороны въ построеніи способовъ *приобрѣтенія* собственности, метода, съ которой, къ сожалѣнію, мало знакомятъ насъ наши цивилисты въ своихъ учебникахъ и безъ которой, однако, вовсе нельзя уразумѣть ни существа традиціи, ни иныхъ способовъ *приобрѣтенія* собственности, ни, наконецъ, смысла основного

дѣленія всѣхъ правъ имущественныхъ на права вещныя и обязательственныя въ его главнѣйшемъ приложеніи ¹⁾).

Итакъ, мы разсмотрѣли вопросъ о традиціи. Этотъ способъ *преемственнаго приобрѣтенія права собственности на вещи* мы взяли въ томъ его видѣ, въ какомъ онъ составилъ предметъ рецепціи изъ римскаго права. По различію мѣстъ и областей, гдѣ это право реципировалось, образовалось однако то или другое *пониманіе традиціи* и то или другое отношеніе къ этому ученію *новѣйшей юриспруденціи*. Поэтому намъ слѣдуетъ далѣе разсмотрѣть, какъ понимаютъ современные юристы это римское ученіе.

Мы не можемъ прилагать это римское ученіе въ тѣхъ предѣлахъ, въ коихъ оно примѣнялось въ Римѣ, ибо дѣленіе вещей на движимыя и недвижимыя проходитъ у насъ въ своихъ юридическихъ консеквенціяхъ несравненно глубже, чѣмъ у римлянъ. Въ римскомъ правѣ ученіе о традиціи есть *общее*, какъ для движимости, такъ и для недвижимости. Тамъ задача этого ученія заключалась въ томъ, чтобы провести границу *между правомъ вещнымъ и правомъ договорно-обязательственнымъ*. Именно въ этомъ пунктѣ современная юриспруденція и не могла сойтись съ римскимъ ученіемъ о традиціи. Подчиниться римскому ученію мы не могли не только потому, что у насъ несравненно глубже, чѣмъ въ Римѣ, проводится различіе между вещами движимыми и недвижимыми, но еще и потому, что наше право не проводитъ такого рѣзкаго различія между правомъ вещнымъ и договорно-обязательственнымъ, какъ то было въ римской системѣ. Современные ученія по этимъ вопросамъ составляютъ продуктъ исключительно современныхъ правовоззрѣній.

Выраженіемъ этихъ иныхъ положеній и иныхъ задачъ теперешней юриспруденціи сравнительно съ римской служить любой

¹⁾ Юліанъ въ l. 36 D. 41.1 говоритъ:

Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio; veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi; nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire, nec impedimento esse quod circa causam donandi atque accipiendi dissenserimus.

Въ текстѣ мы взяли случай поставленный Юліаномъ на 2-омъ планѣ, при традиціи движимостей. Тоже имѣетъ мѣсто въ первомъ примѣрѣ, гдѣ Юліанъ говоритъ о традиціи недвижимости (fundus), при чемъ правопередатчикъ полагаетъ, что онъ обязанъ традировать по testamentу, а правопреемникъ считаетъ каузой традиціи stipulatio. Въ основной для передачи сдѣлкѣ они не согласны, но при той и другой одинаково есть намѣреніе именно передать собственность, а этого довольно, чтобы была *justa causa traditionis*. Извѣстно, что съ этимъ трудно согласуется Ульпіановъ текстъ въ l. 18 D. 12—1. Но основа ученія Юліана для традиціи есть нынѣ общепринятая.

западно-европейскій кодексъ. Мы беремъ въ образецъ французскій. Французскій кодексъ въ рядѣ статей, особенно въ ст. 711, 1138 и 1583, совсѣмъ иначе классифицируетъ *способы приобрѣтенія собственности*, чѣмъ могли бы мы это сдѣлать съ точки зрѣнія римскаго права. Такъ ст. 711 говоритъ: „La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donations entre vifs ou testamentaire, ou *par l'effet des obligations*, т.-е. собственность на имущества приобрѣтается и переносится посредствомъ наслѣдства, дареній между живыми и по завѣщанію и *дѣйствіемъ обязательствъ*.“

Такимъ образомъ, наперекоръ римскому праву, мы переносимъ собственность *не черезъ посредство традиціи, а дѣйствіемъ обязательства*. Съ точки зрѣнія римскаго права, это безусловная ересь. Ст. 1583 проводитъ этотъ еретическій взглядъ еще яснѣе. Она говоритъ: „Elle (la vente) est parfaite *entre les parties*, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée, ni le prix payé“, (т.-е. продажа совершена между сторонами, и собственность приобрѣтается по праву покупщикомъ *по отношенію къ продавцу* съ той поры какъ состоялся уговоръ насчетъ вещи и цѣны, хотя бы вещь не была вручена или цѣна уплачена). Слѣдовательно, собственность переходитъ единственно въ силу заключенной договорно-обязательственной сдѣлки, купли, даренія и т. п. ¹⁾).

Что касается вопроса о способахъ приобрѣтенія права собственности производныхъ въ Германіи, то Paul Roth въ своей System des Deutschen Privatrechts, dritter Theil, Sachenrecht, даетъ таксе приблизительное *исчисленіе области дѣйствія римскихъ и новыхъ способовъ переноса собственности для Германіи* за 1880 годъ: область примѣненія традиціи — 6 мил. 700 тыс. жителей, транскрипціи — 8 мил. жит., и особаго обряда судебного заявленія воли перенести право собственности на другое лицо (gerichtliche Auflassung, — 30 мил. 500 тыс. жит.). Въ теперешнемъ движеніи имперскаго законодательства это разнообразіе уступить мѣсто стремленію къ объединенію.

Въ нашемъ законодательствѣ въ этомъ вопросѣ замѣчается большой *недостатокъ въ рѣшительности и ясности выраженія воли законодателя*. Такъ ст. 711 X т. говоритъ, что „движимыя имущества *могутъ быть приобрѣтаемы законными способами, и*

¹⁾ Вполнѣ смыслъ этого положенія уяснится намъ, когда мы изучимъ договоръ купли-продажи въ римской и современной системѣ.

безъ всякихъ письменныхъ актовъ, по однимъ словеснымъ договорамъ и соглашеніямъ“.

Далѣе, мы читаемъ въ ст. 1510: *Передача отъ продавца покупщику* (не разъяснено, насколько она необходима и примѣняется ли она относительно, напр., дарителя и одаряемаго) проданнаго движимаго имущества совершается дѣйствительнымъ покупщику врученіемъ самаго его имущества, или поступленіемъ онаго въ его распоряженіе“. То, что передача совершается врученіемъ, т.-е. передачей, это извѣстно и безъ легальныхъ опредѣленій. Такъ что съ помощью этихъ весьма неопредѣленныхъ положеній нельзя такъ рѣшительно утверждать, какъ это возможно на основаніи, напр., латинскаго права, что нужна и насколько существенна и необходима передача для пересвоенія собственности по нашему законодательству. Въ общей системѣ X т. мы видимъ, что тѣ же самыя воззрѣнія, которыя выражены французскимъ правомъ въ ст. 711, лежатъ въ основаніи и нашей систематики. Поэтому нѣтъ сомнѣній, что наше договорно-обязательственное право не можетъ считаться такъ обособленнымъ отъ права вещнаго, какъ это было въ Римѣ.

Чтобы убѣдиться въ томъ, что наше право не придерживается такого обособленія двухъ правъ, достаточно обратить вниманіе на составъ нашихъ положеній объ укрѣпленіи имущества. Порядокъ изложенія этихъ положеній вполне соответствуетъ точкѣ зрѣнія французскаго кодекса. Мы укажемъ впередъ общія положенія о порядкѣ приобрѣтенія и укрѣпленія правъ на имущества, которымъ мы дали мѣсто въ общей части, въ ученіи о сдѣлкѣ. Всѣ общія положенія объ укрѣпленіи правъ на имущества и особенно съ соучастіемъ публичныхъ органовъ удерживаются нынѣ въ III разд. 2-й книги (ст. 707—924), изъ ко- его масса статей отмѣнена или замѣнена приложеніемъ къ 708 ст., а гдѣ введены Суд. Уст. и Нотар. Пол. — этими законодательными актами.

Затѣмъ, книга III X тома трактуетъ „о порядкѣ приобрѣтенія и укрѣпленія правъ на имущества въ особенности“. Содержаніе этой книги *выдаетъ намъ взглядъ* на этотъ предметъ кодификатора и обнаруживаетъ *матеріальную* точку зрѣнія, основанную на свойствахъ сдѣлокъ, возмездныхъ или безвозмездныхъ, которою руководится нашъ кодексъ въ распредѣленіи всей матеріи. Это вполне соответствуетъ различенію, которое дѣлаетъ въ указанной ст. 711 французскій кодексъ, между *donation entre vifs* и *testament*, съ одной стороны, и *vente*, куплей и мѣной — съ другой. Такимъ образомъ, изъ расположенія частей этой книги

и классификаціи способовъ приобрѣтенія мы легко убѣждаемся о заимствованіи всего порядка изложенія изъ французскаго кодекса.

Затѣмъ, и въ подробностяхъ состава этой книги легко видѣть слѣды французскаго вліянія съ небольшими модификаціями. Французы начинаютъ свои *différentes manières* и т. д. съ *наслѣдованія по закону*, мы съ *пожалованія* и иныхъ безмездныхъ способовъ. Къ числу послѣднихъ принадлежитъ и testamentъ у насъ, какъ и у французовъ (кн. 3 тит. 2-й Code civ.; у насъ кн. 3-й разд. I и II). Но затѣмъ крайне любопытное и важное различіе нашей и французской системы въ томъ, что мы относимъ къ способамъ приобрѣтенія правъ на имущество, обоюднымъ, только куплю и мѣны, всѣ остальные договорныя формы выведены у насъ въ 4-ую кн. Въ Code civ. таже 3-я кн. въ число *différentes manières* относитъ всѣ обязательства и давность. Это метода, которая вовсе не заслуживаетъ подражанія.

По отношенію къ вопросу о традиціи мы находимся явно въ томъ же несоотвѣтствіи съ римскимъ правомъ, какъ и французскіе кодификаторы, т.-е. мы не проводимъ такъ строго, какъ римляне, различенія правъ вещныхъ и личныхъ и не обособляемъ такъ точно права вещныя и обязательственныя, какъ это приведено въ римскомъ правѣ.

Мы указывали уже, что въ римскомъ правѣ существуетъ много *титуловъ* для традиціи (обязательственный договоръ, легать, уплата, заемъ), но всѣ они вполне различены отъ вопроса о способѣ приобрѣтенія собственности, который будетъ *все тѣмъ же* (*traditio*), несмотря на это разнообразіе *титуловъ*. При нашей, неодинаковой съ римской, точкѣ зрѣнія на вопросъ о разнообразіи титуловъ и еще болѣе при различеніи у насъ объектовъ пересвоенія (движимости и недвижимости), мы иначе конструируемъ и наши способы приобрѣтенія, чѣмъ римляне.

Нѣкоторые русскіе цивилисты, напр., Побѣдоносцевъ, держась ближе нашей *легальной систематикѣ*, различаютъ въ своихъ руководствахъ способы приобрѣтенія собственности по нашему законодательству именно такъ, какъ они излагаются въ X томѣ: пожалованіе, дареніе, купля и т. п., не останавливаясь на томъ, что все это въ юридическомъ смыслѣ суть *лишь разные титулы* и что при всѣхъ титулахъ законодатель постоянно возвращается къ одному и тому же очень важному моменту—ко вводу во владѣніе. Другіе, какъ Мейеръ, ближе подходятъ къ праву римскому, не слѣдуя указанному выше перечисленію *титуловъ* по Своду, а отыскивая и въ нашемъ законѣ моменты *различенія титула отъ способа* приобрѣтенія. У Мейера этому ученію по-

священо 3 параграфа, куда введены способы приобрѣтенія при посредствѣ владѣнія и безъ него, какихъ-нибудь 40 стр. Между тѣмъ это одно изъ капитальнѣйшихъ ученій всей системы гражданского права, занимающее виднѣйшее мѣсто во всѣхъ новыхъ кодексахъ. У Мейера крайне скудная передача пандектныхъ ученій.

§ 11.

Публично-достоверные акты пересвоенія недвижимостей на Западѣ. — Современное положеніе вопроса у насъ.

Неполнота различенія титула отъ способа приобрѣтенія въ нашемъ законодательствѣ обнаруживается главнымъ образомъ по отношенію къ движимостямъ. Что же касается *приобрѣтенія недвижимости*, то здѣсь мы видимъ повсюду, гдѣ происходитъ пересвоеніе ихъ (черезъ завѣщаніе, дареніе, куплю-продажу и пр.—все равно), на ряду съ этими различными титулами, еще особый актъ *ввода во владѣніе*, подъ коимъ собственно и скрывается моментъ, соотвѣтствующій въ нѣкоторой степени римскому понятію традиціи. Это соотвѣтствіе, конечно, далеко неполное, ибо вводъ во владѣніе есть актъ суда, а не частная договорно-вещная сдѣлка. Не менѣе того, до его совершенія *вещный эффектъ* сдѣлки остается и у насъ тоже какъ бы не законченнымъ, какъ у римлянъ, при отсутствіи традиціи.

Различеніе въ новыхъ системахъ титула и способа приобрѣтенія недвижимостей связано далеко не съ тѣмъ только чисто-приватнымъ противоположеніемъ правъ вещныхъ и обязательственныхъ, какое видно въ Римѣ. Возможно прослѣдить особенности этого явленія на нашей почвѣ исторически. Въ феодальную эпоху для пересвоенія части территоріи, натурально, кромѣ соглашенія сторонъ (отчуждающей и приобрѣтающей), необходимо было совершить вводъ во владѣніе публичнымъ образомъ и дать властную или послушную грамоту, ибо средне-вѣковое владѣніе, *rechte Gewehre*, соединялось въ этихъ случаяхъ съ инвеститурой. Съ паденіемъ феодальнаго режима и феодальныхъ порядковъ далеко не *все его элементы исчезли*. Публичное совершеніе акта осталось, какъ существенный моментъ *обряда* перенесенія права собственности на недвижимость на новаго субъекта.

Какъ бы обстоятельно ни уговорились контрагенты на счетъ перехода собственности, но только съ того момента совершается *дѣйствительный* переходъ ея, когда обѣ стороны *явятся въ судъ и судъ занесетъ въ свой протоколъ* происшедшее событіе, т.-е.

передачу имущества отъ одного другому. Такимъ образомъ, *занесеніемъ сдѣлки въ протоколъ суда*, а вовсе не силой предшествующаго договора, обусловлена дѣйствительность перехода собственности, т.-е. сила *вещнаго* эффе́кта направленныхъ на пересвоеніе обязательственныхъ сдѣлокъ.

Когда собственность, освобождаясь отъ средневѣковыхъ повинностей, на ней лежавшихъ, стала *чисто-цивильной*, то, по отношенію къ способу ея перехода изъ рукъ въ руки, можно было бы ожидать примѣненія *чисто-приватныхъ* началъ римской традиціи. Но на конструкцію *недвижимой частной собственности* повліяли если не тѣ же соображенія публичнаго интереса, какія были въ старину связаны съ оглашеніемъ вступленія новаго сеньора во владѣніе земель, то *задачи кредита*, довѣрія, всего чаще не одного, а многихъ лицъ, коимъ было крайне важно знать изъ вполнѣ достовѣрнаго источника всю исторію смѣны вещныхъ правоотношеній по данной недвижимости. Съ этихъ поръ переходъ собственности сталъ интересовать законодателя какъ въ смыслѣ извѣстности, чья собственность, такъ и съ точки зрѣнія интересовъ поземельнаго кредита. Этотъ вопросъ получилъ *общественную окраску*, и отсюда явилось *новое основаніе* удержатъ публичность обряда перехода недвижимости въ видѣ заявленія суду о послѣдовавшемъ согласіи собственника и новаго приобрѣтателя на переходъ права собственности, повѣрки правооснованій и занесенія событія перехода въ *публично-достоверныя поземельныя книги*.

Многіе историки современнаго права виндицировали весь любопытный процессъ развитія этого явленія въ пользу *германскаго* творческаго юридическаго генія. Въ послѣднее время славянскіе ученые (Перечекъ, Ранда, Цигларжъ) открыли въ памятникахъ своей старины „земскія доски“ — родъ *ипотечныхъ книгъ*, которыя нѣмцы до сего времени почитали за исключительный продуктъ германской жизни. Существованіе такихъ *досокъ* доказываетъ, что уже съ XIII вѣка въ Богеміи, въ Моравіи и др. славянскихъ областяхъ практиковался тотъ именно *публичный переходъ собственности*, сопровождаемый публичнымъ способомъ совершенія актовъ, который лишь позже развился у германцевъ. Было бы очень цѣнно разработать въ подробностяхъ указанія нашей Псковской Судной Грамоты на доски (ст. 1, 14, 19, 28, 61), составлявшія тоже особый способъ оглашенія измѣняющихся правоотношеній по недвижимостямъ въ этой области.

Развитіе этого явленія можно прослѣдить одинаково у французовъ, германцевъ и у насъ. У французовъ, передъ образова-

ніемъ ихъ кодекса, столкнулись два воззрѣнія, двѣ системы способовъ пріобрѣтенія и пересвоенія вещей: 1) воззрѣніе національное, основанное на ихъ кутюмномъ правѣ, имѣющее общія черты съ указаннымъ выше нѣмецкимъ порядкомъ и 2) точка зрѣнія римскаго права, по которому актъ передачи совершается чрезъ традицію. Французскіе кодификаторы придумали особый способъ передачи собственности, примиряющій чисто-приватный характеръ традиціи съ началами публичности, свойственной германскому праву. Это *простая записъ событія перехода правъ въ публичные реестры, транскрипція*. По Code'у она далеко не для всѣхъ видовъ перехода была равно обязательной. *Между сторонами* переходъ почитался совершившимся силой простого договора (см. выше) и безъ транскрипціи. Въ результатѣ, однако, у пріобрѣтателя нерѣдко могло возникнуть колебаніе по вопросу, произошло ли пріобрѣтеніе собственности отъ лица способнаго ее перенести, или нѣтъ, ибо собственникомъ могъ быть и тотъ, кто значится таковымъ въ публичныхъ реестрахъ, и тотъ, кто пріобрѣлъ недвижимость безъ такого оглашенія; сверхъ того, пріобрѣтя недвижимость, нельзя было имѣть увѣренность, что на ней нѣтъ *негласныхъ* ипотеки, которыя отчасти или вполнѣ ее обезцѣниваютъ. Такимъ образомъ, простой и легкій путь, избранный французскими кодификаторами, оказался не вполнѣ надежнымъ, не всегда достигающимъ цѣли извѣстности принадлежности имущества и обезпеченія поземельнаго кредита; хотя, съ другой стороны, этотъ способъ пересвоенія недвижимостей очень облегчалъ *оборотность недвижимостей*, что составляло для той эпохи едва ли не виднѣйшую задачу тогдашняго гражданскаго законодательства ¹⁾.

Итакъ, задача организаціи порядка передачи недвижимыхъ имуществъ, съ одной стороны, есть задача чисто-цивильная, а съ другой, она должна преслѣдовать цѣли подъема поземельнаго кредита, и потому въ этомъ отношеніи есть задача цивильно-экономическая и административная. Составъ *ипотечныхъ книгъ*, какъ увидимъ, очень сложный, и извѣстность момента перехода права собственности, по записи въ нихъ совершающейся, составляетъ лишь одну изъ ихъ функцій, и все содержаніе задачи веденія

¹⁾ Литература вопроса неисчерпаемая. Для самаго сжатаго изложенія и первоначальнаго знакомства см. указ. выше Précis Beaudry-Lacantinerie т. II § 871 и слѣд. По-русски въ послѣднее время блестящій очеркъ вопроса по польскому праву, частью и французскому (сравнительно), сенатора І. И. Карницкаго (Журн. Мин. Юст. 1897 г. январь). Развитіе всего вопроса, представляющаго живѣйшій интересъ, въ предполагаемомъ продолженіи Чтеній по Гражд. пр.

гипотечныхъ книгъ ею не исчерпывается. Оттуда нѣкоторое затрудненіе въ приисканіи мѣста для понятія гипотечныхъ записей въ системѣ гражданскаго права.

У цивилистовъ иногда вся организація гипотечной системы излагается впереди системы вещныхъ правъ. Но съ такимъ же основаніемъ о ней можно было бы трактовать и ранѣе всѣхъ другихъ отдѣльныхъ институтовъ, въ общей части гражданскаго права, что представило бы своего рода неудобства. Мы помѣщаемъ это ученіе здѣсь, въ отдѣлѣ о посредственныхъ способахъ пріобрѣтенія правъ собственности.

Что касается современнаго состоянія *вопроса о пересвоеніи недвижимостей у насъ*, то главнымъ источникомъ для его опредѣленія служатъ намъ *три законодательныхъ акта* — обстоятельство до крайности затрудняющее и теоретическую конструкцію, и практическую разработку этой задачи. Мы имѣемъ: 1) прежде всего рядъ весьма важныхъ положеній X тома, касающихся порядка пріобрѣтенія и укрѣпленія имуществъ и *ввода во владѣніе*, образовавшихся въ старыхъ условіяхъ нашего быта и далеко не вполне утратившихъ значеніе для теперешней практики. Затѣмъ, 2) этого вопроса главнымъ образомъ касаются постановленія новаго нотаріальнаго положенія, значительно измѣняющія дѣйствіе предыдущихъ постановленій, именно статьи о *порядкѣ укрѣпленія и ограниченіи права собственности на недвижимыя имущества* въ особенности. Наконецъ, 3) мы имѣемъ еще крайне важный актъ, имѣющій совершенно самостоятельное значеніе — *порядокъ охранительнаго судопроизводства*, гдѣ мы находимъ положенія, касающіяся тоже вопроса о *вводѣ во владѣніе* (ст. 1424 и слѣд.).

Итакъ, мы имѣемъ три законодательныхъ акта, которые въ промежуткѣ двухъ очень различныхъ эпохъ нашего гражданского быта подвергли значительному измѣненію старый порядокъ переноса правъ собственности на недвижимость отъ одного лица къ другому. То, что совершалось въ этомъ отношеніи въ до-реформенную эпоху, имѣло свои глубокія историческія основанія и въ цѣломъ представлялось вполне законченнымъ въ прежней системѣ поземельнаго обладанія въ Россіи. Происхожденіе ея, какъ извѣстно, тѣсно связано съ наличностью понятія населеннаго имѣнія въ старомъ правѣ. Поэтому, чтобы разяснить этотъ вопросъ по нашему старому законодательству, необходимо принять во вниманіе, что въ основѣ нашей недвижимости лежала дача, назначеніе оклада извѣстному лицу за его службу. Такой окладъ могъ имѣть значеніе только отвлеченное, какъ притязаніе

служилаго человека на поземельный извѣстныхъ размѣровъ участокъ земельного фонда. Такому притязающему предоставлялось найти себѣ свободную землю для дачи въ помѣстье. Въ старину это не было трудно. Но въ послѣдствіи стало затруднительно отыскивать объекты для такихъ дачъ, такъ какъ имѣющіеся на лицо всѣ были разобраны и переходили по наслѣдству или иному правооснованію въ приданое, выдѣлъ, изъ поколѣнія въ поколѣніе въ служиломъ классѣ. Выдѣлять изъ нихъ новые участки для раздачи въ окладъ не было возможности. Поэтому приходилось дѣлать дачи новыхъ, не распаханыхъ и не обработанныхъ земель.

Эта система окладовъ и дачъ вѣдалась центральными учрежденіями, помѣстнымъ приказомъ, вотчинной коллегіей, которая должна была *справлять за лицами служилаго класса ихъ дачи*, если для этого были всѣ основанія въ ихъ лицѣ, въ объектѣ и въ титулѣ для такой справки, а затѣмъ отмежевывать за ними имѣніе, *вводитъ ихъ во владѣніе* онымъ и *слать послушныя грамоты* на мѣста.

Послѣ освобожденія служилыхъ людей отъ обязательной службы, весь этотъ старый порядокъ измѣнился. Дѣла объ освоеніи недвижимой собственности составили предметъ юрисдикціи гражданскихъ палатъ и уѣздныхъ судовъ, или ближайшимъ образомъ крѣпостныхъ установленій, входившихъ въ ихъ составъ. Съ этого-то времени и выработался долго господствовавшій у насъ *порядокъ ввода во владѣніе, который слѣдовалъ за совершеніемъ и утвержденіемъ крѣпостнымъ порядкомъ акта переноса права собственности* отъ прежняго собственника къ новому, въ указанныхъ установленіяхъ, по мѣсту нахождения имущества. Въ этихъ условіяхъ гарантіей правильности *перехода* служилъ собственно утверждаемый въ крѣпостномъ порядкѣ актъ, ибо мѣстное крѣпостное установленіе, кромѣ повѣрки способности сторонъ къ его совершенію, повѣряло еще свободу имѣнія отъ запрещеній посредствомъ справки съ публикуемыми въ „Сенатскихъ Вѣдомостяхъ“ запретительными и разрѣшительными статьями, налагавшимися на недвижимости по весьма различнымъ поводамъ, главнымъ образомъ въ слѣдствіе обремененія ихъ взысканіями по долгамъ. Со временемъ такая справка представлялась все болѣе и болѣе замедляющей утвержденіе акта, а самый актъ, по своему содержанію (напр., въ купчей крѣпости), представлялъ собою *одностороннее заявленіе о продажѣ* со стороны продавца объ отчужденіи имъ имѣнія, причемъ ему предоставлено было актъ этотъ уничтожить въ 7-ми дневный срокъ (ст. 825 X т. ч., изд. 57 г., ст. 84 прилож. къ ст. 708 изд. 87 г.), и передача такого документа

пріобрѣтателю совершалась безгласно, не знаменовалась ничѣмъ осязательнымъ въ смыслѣ момента переноса права. Вслѣдствіе сего *вопросъ о ввѣдѣ во владѣніе*, по утвержденному акту, *не утрачивалъ* своего практическаго значенія.

Ст. 707 т. X ч. 1 *ставитъ въ связь* совершеніе акта и ввѣдѣ во владѣніе, какъ *способъ укрѣпленія* правъ на имущество. Простое сопоставленіе того и другого дѣлаетъ важный *вопросъ о моментѣ* перехода правъ собственности неяснымъ.

Съ освободительной реформой 1861 года всѣ основанія старой вотчинной системы были подорваны. Дѣла этого рода отнынѣ связаны были съ вѣдомствомъ Нотаріальныхъ Учрежденій и Окружныхъ Судовъ. Возможность пріобрѣтенія расширилась на совершенно новый и необъятный кругъ лицъ, на всю страну. Условія пересвоенія недвижимостей не ограничивались уже реквизиатами прежняго времени, стали иными, болѣе легкими и доступными для всякаго. Новый порядокъ и новыя нормы, его опредѣляющія, образовались, такимъ образомъ, *изъ остатковъ стараго*, причемъ моменты стараго оказались вовсе несогласованными съ новымъ, а моменты новаго порядка — крайне невыработанными. Вслѣдствіе этого практика иной разъ ставилась въ положеніе почти безвыходное (прекрасные историко-критическіе очерки въ I т. Курса Побѣдоносцева).

Чтобы ориентироваться въ общихъ условіяхъ пріобрѣтенія недвижимостей по дѣйствующему праву, мы укажемъ здѣсь на порядокъ нотаріальный и на порядокъ охранительнаго судопроизводства.

Что касается порядка и способа пересвоенія имуществъ по нотаріальному положенію, то оно совершается слѣдующимъ образомъ: сила акта, способна произвести вещный эффектъ, условливается прежде всего *утвержденіемъ старшаго нотариуса того округа*, гдѣ находится отчуждаемое имущество (ст. 157 Пол. о Нотар. части). Дѣятельность нотариуса въ этомъ отношеніи заключается въ томъ, что онъ долженъ убѣдиться въ принадлежности отчуждающему имуществу (ст. 167 и 168 и 168¹). При недоказанной принадлежности нотариусъ можетъ отказать въ совершеніи акта. (Объясненіе причинъ этого порядка, имѣющаго, такъ сказать, характеръ предупредительный, слѣдуетъ искать въ той быстротѣ и внезапности, съ какой старые элементы прежней системы смѣнились новымъ порядкомъ, а также и въ той трудности, съ которой сопряжена вообще выработка вотчинныхъ записей). Въ томъ случаѣ, когда принадлежность имущества доказана, актъ пересвоенія утверждается и вносится въ крѣпостную

книгу съ отмѣткой притомъ въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ. Подлинный актъ остается въ нотаріальномъ архивѣ, а стороны получаютъ выписи изъ книги. Затѣмъ, старшій нотаріусъ сообщаетъ утвержденный имъ актъ для напечатанія его въ „Сенатскихъ Вѣдомостяхъ“ (ст. 179 Пол. о Нотар. части). Этимъ преслѣдуется цѣль *всеобщей извѣстности* и публичности перехода собственности, хотя она обыкновенно и не достигается въ виду невозможности слѣдить за этими публикаціями непрофессіональному лицу. Со времени утвержденія акта старшимъ нотаріусомъ право собственности считается окончательно перешедшимъ къ указанному въ актѣ лицу. По окончательномъ утвержденіи, актъ долженъ быть представленъ въ окружной судъ (ст. 1424 Уст. Гражд. Суд.), который также провѣряетъ данныя, на основаніи которыхъ актъ утвержденъ (ст. 1425), и если все окажется исправнымъ, то окружной судъ постановляетъ *о вводѣ новаго собственника во владѣніе* (ст. 1426). Вслѣдъ за тѣмъ приобрѣтателю, по его прошенію, выдается исполнительный листъ, по силѣ коего онъ вводится *судебнымъ приставомъ во владѣніе*. Для этого судебнымъ приставомъ приглашаются извѣстные лица, въ качествѣ свидѣтелей, причемъ, однако, „неявка всѣхъ лицъ не останавливаетъ совершенія ввода“ (ст. 1427). „Вводъ во владѣніе совершается *возвѣщеніемъ о новомъ владѣльцѣ* имѣнія, прочтеніемъ акта укрѣпленія и составленіемъ затѣмъ *вводнаго листа*“ (ст. 1428), причемъ „въ вводномъ листѣ означается: кто именно введенъ во владѣніе и какимъ имѣніемъ, съ указаніемъ, отъ кого оно дошло къ приобрѣтателю и по какому акту“ (ст. 1429). „Совершеніе ввода во владѣніе отмѣчается на самомъ актѣ укрѣпленія“, о чемъ и сообщается старшему нотаріусу, который объ этомъ сообщаетъ для напечатанія въ „Сенатскихъ Вѣдомостяхъ“ (ст. 1431 Уст. Гр. Суд.).

Рядъ чрезвычайно важныхъ положеній мы находимъ въ X т., въ ст. 1523 и слѣд. Въ ст. 1523 *вводъ во владѣніе* требуется, какъ *необходимое условіе для приобрѣтенія собственности на недвижимыя имущества путемъ договора* (купли-продажи). Если обратить вниманіе на другія статьи того же тома, гдѣ рѣчь идетъ о другихъ титулахъ, какъ-то: дареніи, мѣнѣ и т. п., то при нихъ также выражено требованіе ввода во владѣніе. Это, конечно, доказываетъ, что ученіе о традиціи не признано и не обособлено у насъ въ такой степени, какъ у римлянъ, что объясняется любовью нашею къ конкретному мышленію. Ст. 1524 постановляетъ, что если въ теченіе двухъ лѣтъ со времени ввода во владѣніе никто не явится для спора, то

впредь всякій споръ о купчей на пріобрѣтенное имущество не долженъ имѣть мѣста. Сенатъ совершенно правильно ограничиваетъ недопущеніе споровъ по истеченіи 2-хъ лѣтъ только вопросами касающимися *акта укрѣпленія*, а вовсе не права собственности на недвижимость вообще (Гаугеръ, толков. къ указ. ст. подъ 1). Изъ всего этого видно, что и по дѣйствующему нынѣ законодательству введъ во владѣніе представляется весьма важнымъ моментомъ въ вопросѣ о пріобрѣтеніи, и при томъ до такой степени необходимымъ, что даже и тамъ, гдѣ идетъ рѣчь о давностномъ владѣніи, какъ способѣ пріобрѣтенія, наличность этого акта признается существенной, и нотаріусъ для укрѣпленія давностнаго владѣнія актами также требуетъ документа, удостоверяющаго *введъ во владѣніе*.

Нѣтъ никакого сомнѣнія, что это богатство формъ и обрядовъ усложняетъ совершеніе сдѣлокъ, и что этотъ порядокъ можно было бы значительно упростить. За то въ этомъ новомъ порядкѣ мы имѣемъ точно опредѣленный моментъ перехода правъ собственности, который есть отмѣченный въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ день ввода во владѣніе имуществомъ (см. ст. 1432 Уст. Гр. Суд.).

§ 12.

Предполагаемая реформа способовъ укрѣплять права по недвижимостямъ.— Ея цѣли.— Первоначальная запись имѣній.— Типическія черты гипотечнаго порядка по Прусскому закону 5 мая 72 г. и нашему проекту.— Способы веденія гипотечныхъ книгъ.— Реальная система.— Четыре отдѣленія книги и ихъ содержаніе.— Способъ веденія записей.— Очередь.

Можно ли сомнѣваться, что этотъ порядокъ давно уже разсматривается какъ совершенно ненормальный и давно уже осужденъ на сломъ? Въ дальнѣйшемъ рассмотримъ какую-либо изъ новѣйшихъ системъ гипотечнаго укрѣпленія актовъ по недвижимостямъ, въ связи съ Высочайше утвержденными въ 1881 году основными началами предположенной новой системы (Собр. Узакон. за 1881 г., № 59) и появившимся нынѣ проектомъ Вотчиннаго Устава. Новѣйшую изъ дѣйствующихъ формъ гипотечной записи, получившую обширное примѣненіе, представляетъ законъ 5-го мая 1872 года для ипотеки Пруссіи. Много позже этого акта вышло и получило силу закона Гражд. Улож. 18 авг. 96 г. и въ мартѣ 97 г. Вотчинный Уставъ для Имперіи. Но ни тотъ, ни другой, существенно не измѣняютъ Прус. закона 72 г., ибо вопросъ о вотчинномъ укрѣпленіи есть, главнымъ образомъ, земскій,

для отдѣльных частей Германіи, и лишь немногія положенія общаго характера объединяють эту рознь въ указанныхъ двухъ имперскихъ законодательныхъ актахъ.

Вопросъ, существенный для проектируемыхъ измѣненій, есть вопросъ объ отношеніи стараго порядка веденія вотчинныхъ дѣлъ къ новому, предположенному. Если при старомъ порядкѣ не существовало гипотечныхъ записей, то спрашивается, какимъ образомъ перевести этотъ старый, неудовлетворяющій насъ порядокъ, на новый, какъ изначала организовать гипотечныя записи?

Мы встрѣчались съ подобнымъ вопросомъ, говоря о межевомъ правѣ и объ интересахъ, связанныхъ съ межеваніемъ. Мы пришли къ тому заключенію, что интересъ межеванія носить характеръ *интереса публичнаго, общаго*, и, какъ таковой, можетъ иногда и не совпадать съ интересами частныхъ лицъ. Связать интересы частныхъ лицъ съ задачами административными въ этомъ случаѣ именно и составляетъ цѣль законодательства. Попытки въ этомъ отношеніи императрицы Елизаветы были, какъ мы знаемъ, неудачны. Екатеринѣ II съ большимъ тактомъ удалось связать при межеваніи задачу административную съ интересомъ частнымъ. Она сумѣла заинтересовать частныя лица въ достиженіи того, что въ цѣломъ было построено на основаніяхъ несравненно болѣе широкихъ, чѣмъ достиженіе личныхъ цѣлей даннаго круга лицъ, ихъ частныхъ интересовъ, т.-е. въ достиженіи обще-государственной пользы, связанной съ межеваніемъ земель.

Такая политическая задача въ наши дни преслѣдуется съ такой же настойчивостью, съ какой въ старое время достигалась цѣль опредѣленія мѣры земель. Какъ тамъ она выполнялась для цѣлей размежеванія, такъ здѣсь для цѣлей надежнаго *укрѣпленія имуществъ* въ частную принадлежность, для опредѣленія ихъ состава и открытія этимъ путемъ постояннаго и твердаго основанія поземельнаго кредита.

Съ точки зрѣнія государственнаго верховенства, для устройства гипотечной системы было бы достаточно простого исходящаго отъ верховной власти *повелѣнія*, чтобы каждый поземельный собственникъ *подчинился* требованію вести гипотечныя записи. Однако, способъ дѣйствія, вытекающій изъ этого взгляда, нигдѣ и никогда на самомъ дѣлѣ не былъ примѣняемъ. Даже въ прусскомъ государствѣ, которое дѣйствительно умѣетъ ставить императивы закона въ основу права, мы не встрѣчаемъ примѣненія этого способа къ организаціи гипотечной системы. Для организаціи ипотеки вездѣ стараются примѣнять такіе приемы, чтобы, съ одной стороны, выполнить государственныя цѣли и за-

дачи, а съ другой, сдѣлать это выполненіе болѣе или менѣе выгоднымъ, удобнымъ для лицъ, имѣющихъ подчиниться этимъ приѣмамъ. Отсюда вытекаетъ разнообразіе приѣмовъ введенія гипотечныхъ записей.

Прежде всего и главнымъ средствомъ для *привлеченія* лицъ къ этому способу укрѣпленія имуществъ служить собственный ихъ интересъ, именно положеніе ихъ *поземельнаго кредита*, тѣснымъ образомъ связаннаго съ гипотечной системой. Пока имущество владѣльца не занесено въ гипотечную книгу, его кредитъ гораздо слабѣе, чѣмъ въ томъ случаѣ, когда состояніе этого имущества каждый можетъ провѣрить по гипотечнымъ записямъ. Разсчетъ выгоды такого порядка очевиденъ для cadaго.

Далѣе, весь оборотъ съ имуществами значительно облегчается при помощи гипотечной системы. Если при господствѣ стараго порядка трудно было раскрыть и узнать, кто есть собственникъ, и чей актъ для передачи собственности долженъ считаться рѣшающимъ, то при системѣ гипотечной записи, осуществляемой на дѣлѣ въ цѣломъ государствѣ, эти обстоятельства совершенно ясны, ибо имущество собственника и самъ онъ тутъ на лицо, въ книгѣ, которую ведетъ гипотечный персоналъ. При этомъ условіи собственникъ, *безъ всякой ссылки на титулы и безъ всякой провѣрки* ихъ со стороны другого, можетъ совершать всѣ акты, необходимые для передачи принадлежащихъ ему правъ собственности въ другія руки.

Итакъ: 1) подъемъ кредита, и 2) легкость оборота имуществъ, вслѣдствіе несомнѣнности ихъ принадлежности, составляютъ главную приманку для того, чтобы заставить частныя лица подчиниться порядку гипотечныхъ записей.

Но еслибы подчиненіе этому порядку обусловливалось исключительно личнымъ разумѣніемъ cadaго, то занесеніе въ гипотечныя книги происходило бы спорадически, такъ сказать, пятнами въ странѣ: гдѣ появилась надобность въ кредитѣ, или гдѣ нужно перенести собственность, тамъ только и требовалась бы гипотечная книга. Отраженіе дѣйствительности въ гипотечныхъ книгахъ было бы неполнымъ и несовершеннымъ. Здѣсь окажется то же явленіе, которое легко наблюдать при межеваніи. Гипотечныя записи, какъ и приѣмы межеванія, тѣмъ удобнѣе, легче и скорѣе достигаютъ своей цѣли, чѣмъ большее число лицъ подчиняется новымъ требованіямъ.

По этимъ соображеніямъ наряду съ мѣрами поощрительными, вызывающими *самодѣятельность* лицъ, слѣдуетъ признать необходимость и нѣкоторой доли насилія въ видахъ успѣха введенія

ипотечной системы. Указанный параллелизм задач межеванія и задач ипотечныхъ записей вполне подтверждаетъ это мнѣніе.

Проектъ нашъ широко разрабатываетъ разнаго рода поощрительныя мѣры для побужденія къ *первоначальной* запискѣ имѣній въ вотчинныя книги (ст. 356 — 403, см. любопытную ст. 361) и особыя правила *обязательной* записки имѣній въ вотчинныя книги (ст. 404 — 411).

Что касается того, въ чемъ именно можетъ выражаться это насиліе, то, чтобы заставить всѣхъ, или преобладающее количество лицъ заносить въ книги свои имущества, для этого законодательства прибѣгаютъ къ штрафу, налагаемому на тѣхъ, кто оказался бы неисправнымъ (ст. 160, 161).

Главнѣйшею мѣрою, направленною противъ уклоненія отъ ипотечныхъ записей и носящею притомъ *юридическій характеръ*, является соединеніе съ такой записью извѣстныхъ юридическихъ послѣдствій несомнѣннаго и *формальнаго* свойства.

Такой мѣрой является, напр., правило, по которому до тѣхъ поръ, пока имущество не внесено въ ипотечную книгу, владѣніе и вопросъ о принадлежности имѣнія не могутъ имѣть такого характера безспорности, какъ въ томъ случаѣ, когда оно имѣетъ свой ипотечный листъ.

Употребительно еще и такое средство: кругъ лицъ, коимъ предоставляется право требовать такой записи, расширяется по возможности на всякаго, въ такой записи юридически заинтересованнаго (указ. выше ст. 356 и слѣд. проекта).

Таковы тѣ средства, къ коимъ поневолѣ обращаются законодательства для согласованія интереса частныхъ лицъ съ цѣлями государства, которыя достигаются несравненно лучше при совокупномъ участіи всѣхъ, чѣмъ при участіи, предоставленномъ частному усмотрѣнію.

Мы переходимъ, затѣмъ, къ изложению типическихъ пунктовъ современной вотчинной записи. Если задача ипотечныхъ книгъ заключается въ приведеніи въ извѣстность принадлежности имущества опредѣленному лицу, въ удобствѣ кредита, покоящагося на этомъ поземельномъ обладаніи, то всѣ имущества, которыя не имѣютъ надобности въ этихъ удобствахъ, и которыя не обладаютъ свойствомъ оборотности, очевидно, не будутъ подлежать ипотечной записи. Такая запись теряетъ всякій смыслъ по отношенію къ имуществамъ, которыя изъяты изъ гражданскаго оборота, каковы, напр., пути сообщенія, площади, морскіе берега, вообще всѣ имущества общественныя и государственныя (ср. ст. 35 нашего проекта). Но, конечно, разъ имущества та-

кого рода переходятъ изъ категоріи внѣ-оборотныхъ, или, по крайней мѣрѣ, имѣющихъ ограниченный оборотъ, въ назначеніе оборотное, является необходимость и для нихъ также открыть листъ гипотечной книги.

Говоря о предметѣ гипотечныхъ записей, мы употребляли выраженія: имущество и недвижимость, разумѣя подъ ними объекты права собственности. Но права на эти имущества могутъ быть различны: можно распоряжаться имуществомъ не какъ собственностью, а на правѣ, напр., пользованія, которое также способно служить базисомъ для пріобрѣтенія кредита. Итакъ, Н имѣетъ соляныя варницы, нефтяныя источники, угольныя копи или золотыя пріиски. Владѣлецъ ихъ занятъ разработкой богатствъ изъ нѣдръ земли. Сама земля можетъ не быть его собственностью, да она сама можетъ вовсе и не представлять собой цѣнности, но ему принадлежитъ вещное притязаніе къ данному способу эксплуатаціи. Владѣльцу долженъ быть предоставленъ путь къ кредиту, основанному на этомъ промыслѣ, на этихъ притязаніяхъ къ чужой вещи, на этихъ пріискахъ, копияхъ и пр. Этотъ видъ обладанія и вещнаго притязанія становится такимъ образомъ объектомъ самостоятельно-оборотнымъ. Если такое предприятие составляетъ отдѣльный предметъ гражданскаго оборота, то оно такъ же подлежитъ гипотечной записи, какъ любой другой объектъ частной собственности. Въ этомъ случаѣ въ гипотечную книгу будетъ заноситься извѣстнаго рода добыча естественныхъ богатствъ, извѣстный промыселъ. Это знаетъ прусскій законъ (ст. 68, 69); это опущено нашимъ проектомъ, и улучшенія въ этомъ нельзя видѣть (см. изд., заключающія въ себѣ законъ о способахъ укрѣпленія и положеніе о гипотечн. книгахъ, оба 5 мая 72 г., текстъ въ сборникѣ Guttentag'a).

Что касается *способа веденія* гипотечныхъ книгъ, то здѣсь, прежде всего, слѣдуетъ указать на существованіе разныхъ системъ. Такъ какъ задача юридической извѣстности, при выполненіи ипотекой своего назначенія, распадается на *извѣстность состава* имущества и на *извѣстность принадлежности* его определенному лицу, то при установленіи гипотечныхъ книгъ и организаціи гипотечныхъ записей въ разное время видно колебаніе въ выборѣ между двумя методами для достиженія этихъ цѣлей. Возможно лицо заставить обращаться вокругъ имущества, сдѣлавъ послѣднее постояннымъ центромъ веденія всего гипотечнаго дѣла, но возможно и наоборотъ, главное мѣсто и определяющее значеніе дать лицу, и запись имуществъ вести лишь по отношенію къ лицамъ. Гипотечная система въ первомъ случаѣ

будетъ покоиться на *индивидуализаціи имущества*, во второмъ— на имени лица. Отсюда вытекаютъ двѣ системы: *реальная* система веденія гипотечныхъ книгъ и *личная, персональная*.

Нѣтъ сомнѣнія, что разни́ца этихъ системъ условлена прежде всего особенностями данной эпохи и даннаго народа. Итакъ, если недвижимыми имуществами внѣ городовъ имѣютъ право владѣть только лица опредѣленныхъ высшихъ классовъ, тогда такія имущества удобно относить въ смыслѣ ихъ принадлежность *именно къ лицамъ*, ибо для обладанія въ данномъ случаѣ, прежде всего, необходима личная привилегированная правоспособность, и кругъ этихъ лицъ обыкновенно тѣсный.

По мѣрѣ того, какъ обладаніе землею перестаетъ быть привилегіею, практическое удобство этой личной системы гипотечныхъ записей устраняется, и въ указанномъ прусскомъ законѣ, такъ же какъ и въ положеніяхъ нашего проекта (ст. 29), принята такъ называемая система реальныхъ листовъ (*Realfolien*) съ нѣкоторыми отступленіями для тѣхъ случаевъ, когда участки слишкомъ мелки для отдѣльнаго занесенія каждаго изъ нихъ на особый листъ, и гдѣ допущено заносить ихъ всѣ, хотя отдѣльно, но связывая въ одно именемъ владѣльца.

Если въ данной странѣ между землевладѣльцами встрѣчаются элементы старой знати, новый промышленный кругъ лицъ, то систему ипотеки приходится разнообразить по округамъ. Земля въ извѣстныхъ условіяхъ обнаруживаетъ сильную тенденцію къ парцелированію, въ этихъ условіяхъ реальная система можетъ опять оказаться неудобной, и можетъ вновь возникнуть потребность въ системѣ личной.

Прусскій законъ устанавливаетъ для округовъ и общинъ одну или многія книги для указанныхъ операцій (*Gr. V. O. ст. 1*). Для каждаго отдѣльнаго имущества предназначается опредѣленная доля книги, именуемая *листомъ*. Это все очень осложнено и спутано въ нашемъ проектѣ, гдѣ вмѣсто книгъ будутъ томы, а вмѣсто листовъ книги ¹⁾. Гипотечный листъ раздѣляется на нѣсколько отдѣленій, и то отдѣленіе или та часть листа, которая, прежде всего, подлежитъ нашему изученію, есть *титулъ*, который содержитъ въ себѣ наименованіе и показаніе состава имущества. Если мы представимъ себѣ гипотечную книгу, какъ собраніе листовъ, то для каждаго имущества въ ней предназна-

¹⁾ Весь вопросъ не стоилъ бы разговора; между тѣмъ ему посвящено не мало споровъ въ засѣданіяхъ комис., позже оповѣщенныхъ въ объяснительной запискѣ. Не найдется никого, кромѣ членовъ комисіи, кто предпочелъ бы осложненія, приданныя комиссіею простому и ясному порядку прусскаго подлинника.

чается своя особая отъ другихъ часть, которая можетъ занимать не одинъ листъ, а нѣсколько листовъ бумаги и такую часть книги съ особымъ титуломъ технически именуютъ *листомъ*.

Для того, чтобы, при системѣ *реальныхъ листовъ*, имущество *индивидуализировалось*, чтобы оно было занесено въ гипотечную книгу, и чтобы оно имѣло свой листъ, нужно его такъ обособить, какъ сами собою обособлены лица. Это должна быть обособленная вещь, обособленный объектъ гражданского оборота. По отношенію къ имуществу гипотечный листъ равносильнъ какъ бы метрику по отношенію къ лицу. Какъ въ метрику говорится о возникновеніи (рожденіи) лица, о его бракѣ и смерти, также точно и въ гипотечномъ листѣ идетъ запись возникновенія имущества, его притязаній, тягостей, на немъ лежащихъ, всякихъ происходящихъ въ немъ перемѣнъ въ смыслѣ приращенія и убыли, и, наконецъ въ извѣстныхъ условіяхъ отдѣльное существованіе имущества, какъ объекта обладанія и обмѣна, можетъ прекратиться и съ этимъ вмѣстѣ его листъ заканчивается.

При внесеніи въ книгу требуется опредѣлить *размѣръ имущества* и его составъ. Это одна изъ труднѣйшихъ задачъ индивидуализаціи. Нужно описать составъ имущества и выбрать для этого такія черты, которыя отличаются болѣе или менѣе постояннымъ характеромъ. Описаніе урочищъ посредствомъ живыхъ признаковъ совершенно недостаточно, особенно тогда, когда оборотъ недвижимостей принимаетъ обширные размѣры. Поэтому единственнымъ солиднымъ для этого приѣмомъ слѣдуетъ признать математическое измѣреніе. Но достиженіе такой точности стоитъ очень дорого, поэтому приходится пользоваться существующими уже измѣреніями, сдѣланными для цѣлей кадастра или при межеваніи.

Когда мы достигли индивидуализированія имущества съ помощью *историческаго наименованія его и обозначенія со ссылкой на кадастръ* или на межевыя книги, то въ титулѣ сверхъ этого надо описать не только отдѣльныя составныя части имущества, но и принадлежащія этому землевладѣнію права. Итакъ, *имя, измѣреніе, составъ имущества и недвижимыя его принадлежности* — все это должно быть обозначено въ *титулѣ* листа. Затѣмъ, если бы что либо изъ принадлежностей имущества, изъ его угодій и пр. было отъ него отнято, то въ титулѣ листа надлежитъ обозначить эту перемѣну.

У насъ, какъ и вездѣ, могутъ встрѣтиться случаи, когда участокъ земли до того незначителенъ по размѣрамъ, хотя и весьма цѣненъ, что предпринимать по поводу него всю эту

работу записи было бы чрезвычайно затруднительно, въ особенности, если у хозяина этого участка вблизи, въ томъ же округѣ, имѣется еще нѣсколько парцелъ такого же характера. Эти случаи особенно часто имѣютъ мѣсто у крестьянъ-собственниковъ. Понятно, что вносить въ книгу всѣ эти отдѣльные клочки земли, какъ то и слѣдовало бы на основаніи реальной системы гипотечной записи, и заводить для каждаго изъ нихъ отдѣльные листы представляется почти невозможнымъ. Поэтому реальная система допускаетъ отклоненіе отъ правилъ для такихъ мелкихъ земельныхъ участковъ, которые образуютъ какъ бы одно дробное владѣніе того же лица. Въ этихъ случаяхъ реальная система видоизмѣняется въ личную, и въ гипотечной книгѣ отношеніе такого имущества къ лицу будетъ подчиненное. Все что здѣсь составляетъ въ прусской системѣ простую задачу индивидуализаціи имущества и образуетъ его *титулъ*, въ нашемъ проектѣ составляетъ содержаніе перваго отдѣленія книги и подробно разрабатывается въ разныхъ мѣстахъ проекта (ст. 155 и слѣд. 197 и слѣд.).

За титуломъ листа у пруссаковъ и за первымъ отдѣленіемъ у насъ слѣдуютъ въ книгѣ *три отдѣленія*. Эти отдѣленія или рубрики могутъ въ смыслѣ матеріальномъ заключать много листовъ, когда записей много. Въ первое, наше второе, заносится *имя собственника*, слѣдовательно, нѣкоторый измѣнчивый моментъ въ книгѣ, въ противоположность имуществу—элементу наиболѣе постоянному (ст. 159 и слѣд. проекта).

Далѣе слѣдуетъ *второе*, наше третье, *отдѣленіе* листа или книги, гдѣ обозначаются *отягощенія*, всякаго рода бремя, которое лежитъ на имуществѣ. Положеніе имущества въ этомъ отношеніи должно быть совершенно ясно при взглядѣ на книгу, ибо наличностью вещныхъ ограниченій опредѣляется достоинство имущества. Въ число тягостей, лежащихъ на немъ, войдутъ всякаго рода вещныя ограниченія, какъ-то: сервитуты, реальныя тягости и проч. Все это должно быть отмѣчено въ этомъ отдѣленіи.

Третье, наше четвертое, *отдѣленіе* должно заключать въ себѣ собственно *долги, лежащія на имуществѣ*, залоговыя требованія.

Всякую операцію, производящуюся надлежащимъ образомъ на гипотечномъ листѣ, мы называемъ *занесеніемъ* (въ нашемъ проектѣ—это статьи и записи).

Въ *отдѣльности* статьи эти разчленяются на два вида: *записи* въ книгу всякаго рода новообразовавшихся правъ, переходовъ имущества изъ рукъ въ руки, затѣмъ погашеніе старыхъ,

и *отмѣтки*, которыя нѣмцы называютъ *Vormerkung*, предварительной замѣткой, и которую нашъ проектъ называетъ отмѣткой объ охраненіи или обезпеченіи правъ.

Таковъ составъ гипотечныхъ записей.

Что касается *содержанія*, которое заключаетъ въ себѣ эта скриптура въ книгѣ, то новый проектъ подробно разработалъ эти правила на основаніи ст. 4, 13, 33, 34 Осн. Положеній. Прежде всего, запись во 2-мъ отдѣленіи книги должна заключать въ себѣ наименованіе собственника: его имя, отчество, состояніе, съ указаніемъ промысла, мѣстожительства или мѣстопребыванія. Если собственникъ есть юридическое лицо, то требуется обозначить фирму, имя товарищества и т. п. Это составляетъ содержаніе первой графы второго отдѣленія. Во второй графѣ этого отдѣленія указываются ограниченія *права распоряженія собственника*, если имѣніе есть заповѣдное, маіоратное, и такія, которыя на немъ лежатъ въ силу завѣщаніе или дарственной записи. Здѣсь же обозначается низведеніе правоспособности собственника вслѣдствіе несостоятельности, душевн. болѣзней, физич. недостатковъ, расточительности, а также и погашеніе этихъ ограниченій (118).

Третье отдѣленіе гипотечной книги содержитъ въ себѣ указанія на вещныя ограниченія, лежащія на имуществѣ, на то, что у нѣмцевъ именуется *Belastungen*, обремененіями имущества. Вопросъ о томъ, какіе именно моменты слѣдуетъ вносить въ такой ограничительный составъ обладанія, представляется столь же интереснымъ, какъ и труднымъ.

То, что составляетъ государственныя тягости, лежащія на имуществѣ, напр., подати, разнаго рода повинности и т. п., нѣтъ надобности вносить сюда, ибо на отдѣльное имущество можетъ падать измѣнчивое количество ихъ (въ одинъ годъ столько-то, въ другой или третій—больше или меньше), и справку о нихъ, въ случаѣ надобности, всякій желающій можетъ сдѣлать по окладнымъ книгамъ.

Что касается до общественныхъ повинностей, лежащихъ на имуществѣ, напр., обязанности владѣльца въ предупрежденіе размывтія содѣйствовать укрѣпленію берега рѣки насажденіемъ кустарника и т. п., то такія тягости и повинности, связанныя не лично съ собственникомъ имѣнія, а съ имуществомъ, лежащія на имуществѣ, какъ постоянныя, условленныя его топографическимъ положеніемъ, подлежатъ внесенію въ книгу, ибо такія ограниченія, какъ постоянныя, могутъ значительно уменьшать цѣнность имущества, а вмѣстѣ съ этимъ они не суть общія и не всегда

общеизвѣстныя, какъ налоги, а специфическія, связанныя съ даннымъ землевладѣніемъ.

Тягости, лежащія на имуществѣ по праву сосѣдства, также должны вноситься въ это отдѣленіе книги (ст. 175). У насъ сюда же имѣютъ быть вносимы права 3-хъ лицъ, носящія вещный характеръ (право отдѣльнаго владѣнія, право разработки нѣдръ земли, договоры найма и продажи лѣса на срубъ, вотчинныя выдачи (?) и проч., см. стр. 173—183).

Въ германскомъ правѣ возникъ вопросъ, слѣдуетъ ли указывать въ книгѣ тѣ вещныя ограниченія, которыя являются послѣдствіемъ сосѣдства имѣнія, напр., съ крѣпостью, или вообще всѣ тѣ ограниченія, которыя налагаются на опредѣленные имущества на случай войны, какъ-то: право экспроприаціи, снесенія построекъ и т. п. чрезвычайныхъ мѣръ, принимаемыхъ по распоряженію правительства (у нѣмцевъ это Rayongesetz 1871 г., у насъ ст. 719 т. X ч. I). Нѣтъ никакого сомнѣнія, что всѣ такого рода тягости необходимо отмѣчать въ гипотечномъ листѣ, ибо онѣ способны производить глубочайшія перемѣны въ составѣ даннаго частнаго обладанія, до полного его исчезновенія. Напр., фабрика, расположенная въ районѣ крѣпости, въ случаѣ войны можетъ быть обращена въ казарму, въ складъ, можетъ быть, наконецъ, вовсе снесена.

Послѣднее у насъ 4-ое отдѣленіе гипотечной книги предназначается для занесенія поземельныхъ и гипотечныхъ долговъ, лежащихъ на имуществѣ, съ указаніемъ условій ихъ уплаты, размѣра процентовъ и т. п. Внутри отдѣленія запись располагается по тремъ или двумъ графамъ, т.-е. сначала идетъ указаніе на установленіе тягости или долга, потомъ на измѣненія въ немъ происшедшія, и, наконецъ, на прекращеніе тягости или требованія, лежащаго на имуществѣ.

Что касается до *способа веденія* гипотечной книги, то *основной принципъ* заключается въ томъ, что ничто не совершается *ex officio*. Гипотечный судья (у насъ начальникъ), по своей инициативѣ, ничего не можетъ записывать въ книгѣ, хотя бы онъ раньше другихъ узналъ о происшедшемъ измѣненіи въ составѣ даннаго обладанія. Такъ что лицо, записанное въ гипотечную книгу, есть въ полномъ смыслѣ слова хозяинъ листа, отведеннаго для его имущества. Только *съ его согласія* дѣлаются въ немъ записи. Юридически это правило выражается такъ: всякое событіе или перемѣна въ гипотечной книгѣ на данномъ листѣ держится на принципѣ *consens'a*. И этотъ принципъ *consens'a* строго проводится по всѣмъ событіямъ, соединеннымъ съ обла-

даніемъ и занесеніемъ въ книгу, за извѣстными, точно опредѣленными, исключеніями. Если въ отдѣльномъ случаѣ такого консенса, какъ основанія записи, въ наличности не имѣется, а есть споръ, то основой записи служитъ судебное рѣшеніе, но и въ этомъ случаѣ запись или перемѣна въ ней дѣлается хотя и въ силу судебного опредѣленія, но по личной инициативѣ истца или отвѣтчика, смотря по тому, кто изъ нихъ выигралъ споръ (ср. ст. 8,139—155, 212).

Что касается формы того заявленія сторонъ, которое должно быть сдѣлано гипотечному судѣ и на основаніи котораго онъ производитъ запись, то она можетъ быть либо письменной, либо словесной. Разница той или другой формы въ этомъ случаѣ не существенна (213).

Когда гипотечному судѣ является надобность изслѣдовать основанія для скриптурныхъ измѣненій, имѣющихъ произойти въ книгѣ, то отправной точкой для этого служитъ та предшествовавшая сдѣлка, которая была совершена сторонами. Если эта сдѣлка есть двусторонняя, для которой нуженъ консенсъ, то гипотечный судья прежде всего обязанъ изслѣдовать наличность этого consens'а. Еслибы основаніемъ для измѣненія юридическихъ отношеній по поводу имущества и для соответствующей скриптурной перемѣны въ книгѣ служила не предшествующая сдѣлка, а рѣшеніе суда или приказъ компетентной власти, то наличность того рѣшенія или приказа гипотечный судья долженъ разсматривать какъ условіе записи. То же для случаевъ давности владѣнія, которое заносится послѣ вызывного производства (339 и слѣд.).

Затѣмъ возникаетъ важный вопросъ о *порядкѣ занесенія въ книгу* требованій нѣсколькихъ лицъ. Ранѣе должна быть произведена запись того заявленія, которое прежде доставлено гипотечному судѣ. Гипотечный судья не входитъ въ оцѣнку разницы и преимуществъ одного заявленія передъ другимъ. Онъ принимаетъ во вниманіе только дату поступленія этихъ требованій и правильность послѣднихъ.

Иногда стеченіе многихъ заявленій, требующихъ записи, можетъ возникнуть при такихъ условіяхъ, что руководиться какой бы то ни было единицею времени при распредѣленіи очереди имѣющихъ совершиться записей рѣшительно невозможно, какъ это можетъ произойти, напр., въ томъ случаѣ, когда гипотечный судья получаетъ одновременно нѣсколько почтовыхъ пакетовъ, содержащихъ такіа заявленія Въ этомъ случаѣ простая случайность — первый вскрытый конвертъ — рѣшаетъ очередь записи, ибо давать предпочтеніе одной записи и одному заявленію передъ

другими, по какому-либо основанію въ данномъ случаѣ гипотечный судья не въ правѣ (217, 220—223).

Весьма труднымъ вопросомъ гипотечной системы представляется вопросъ о *неполнотѣ данныхъ*, необходимыхъ для занесенія въ книгу. Ближайшимъ образомъ онъ сводится къ вопросу, *сохраняетъ ли* заявлявшій, въ случаѣ неполноты и недостаточности представленныхъ имъ данныхъ, право на то мѣсто, которое ему надлежало бы занять, по представленіи имъ дополнительныхъ свѣдѣній, т.-е. послѣ пополненія недостаточныхъ данныхъ? Принципіально весьма трудно отвѣтить на это. Есть мнѣніе, по которому очередь считается потерянной, пропущенной, даже при наличности малѣйшаго недостатка данныхъ. Другое мнѣніе обусловливаетъ утрату очереди лишь *существенностью* такого недостатка, при чемъ недостатки маловажные не принимаются въ расчетъ.

Трудность вопроса объ очереди записей усложняется, когда съ вопросомъ объ очереди связано разнообразіе заносимыхъ актовъ. Если гипотечному судѣ приходится заносить нѣсколько долговъ на имѣніе въ одну и ту же графу, то каждое предыдущее занесеніе этихъ долговъ умаляетъ вещную гарантію для всѣхъ долговыхъ требованій, занесенныхъ по времени послѣ. Но есть случаи, когда занесеніе одной записи послѣ другой *въ разныхъ графахъ* можетъ измѣнить смыслъ той записи, которая по времени сдѣлана раньше, даже вовсе ее уничтожить. Въ подобныхъ случаяхъ, въ родѣ приведеннаго, когда судѣ нѣтъ выхода изъ возникшаго затрудненія, онъ долженъ *ограничивать свою дѣятельность ролью протоколиста*, т.-е. изображеніемъ въ книгѣ дѣйствительности того, какъ все это происходило, безъ разсмотрѣнія, какія событія имѣютъ существенный характеръ и какія нѣтъ, какія будутъ отъ этого послѣдствія и т. п. Все это — дѣло не нотариуса или гипотечнаго судьи, а заинтересованныхъ сторонъ и того суда, до котораго дойдетъ споръ по этому предмету.

§ 13.

Опроверженіе гипотечныхъ записей.—Юридическое дѣйствіе ихъ.—Безповоротность укрѣпленія.—Отмѣтки для охраненія и обезпеченія правъ.

Несмотря на то, что весь механизмъ занесенія въ книгу разсчитанъ на устраненіе всякихъ неясностей въ правѣ и споровъ, на *безповоротный юридическій эффектъ занесеній*, эта идеальная цѣль, однако, не вполнѣ достигается. Никакая система не въ

силѣ устранить возможность неясностей, ошибокъ и споровъ. Разсмотримъ главнѣйшія возможные явленія этого рода.

1. Задача оспариванья записи можетъ заключаться въ томъ, чтобы сдѣлать внесенную въ гипотечную книгу запись *ничтожной*. Такое уничтоженіе безъ послѣдствій разъ совершенной записи имѣетъ мѣсто тогда, когда содержаніе записи не имѣетъ юридическаго значенія, когда запись противна формамъ и условіямъ, обязательнымъ для гипотечныхъ записей.

Такія ничтожныя записи могутъ быть уничтожены въ книгѣ или по иску заинтересованныхъ лицъ, или, если запись произведена съ явнымъ нарушеніемъ существенныхъ формъ и условій, *ex officio*, по инициативѣ нотаріуса (гипотечнаго судьи), начальника вотчиннаго установленія.

2. Рядомъ съ понятіемъ ничтожности записи существуетъ понятіе о *неправильности* записи. Неправильной мы называемъ ту запись, которая хотя наружнымъ образомъ и соотвѣтствуетъ формальнымъ требованіямъ, но не соотвѣтствуетъ тѣмъ юридическимъ отношеніямъ, которыя она предназначена изображать. Въ основѣ неправильности записи въ этомъ случаѣ можетъ быть или ошибка, вмѣсто лица А записанъ Б, или же недостатокъ записи можетъ условливаться свойствомъ лица, отъ имени котораго послѣдовала запись, это лицо можетъ, на примѣръ, оказаться недѣеспособнымъ для операціи, которая произведена его именемъ.

Въ случаѣ такихъ неправильностей, къ исправленію ихъ и, слѣдовательно, къ приведенію записи въ соотвѣтствіе съ дѣйствительностью должно вести требованіе заинтересованныхъ лицъ. Въ первомъ случаѣ, нужно по требованію А вычеркнуть Б и поставить А, во второмъ — актъ, помѣченный исходящимъ отъ лица недѣеспособнаго, надо уничтожить, если возможно, прежде, чѣмъ онъ послужитъ основой для послѣдующихъ операцій. Натурально, совершенныя добросовѣстнымъ пріобрѣтателемъ въ виду такихъ неправильностей послѣдующія сдѣлки не могутъ быть инвалидированы, и вопросъ о послѣдствіяхъ ошибки и о гражданской отвѣтственности рѣшается судомъ на общихъ основахъ матеріальнаго гражданского права.

3. Кромѣ случаевъ ничтожности и неправильности записи, мы имѣемъ еще третій случай, когда можетъ возникнуть *споръ о записи*. Запись можетъ не быть ни ничтожной, ни неправильной, но она можетъ подлежать оспариванію, опроверженію *по внутреннимъ юридическимъ основаніямъ*. Это есть случай *оспариваемости* записи. Онъ уяснится изъ слѣдующаго примѣра. Положимъ А далъ согласіе на занесеніе въ книгу Б, какъ собствен-

ника, въ виду состоявшагося между ними договора купли-продажи. Но въ послѣдствіи оказывается, что А укрѣпилъ собственность на имущество за Б, думая, что онъ состоитъ ему должнымъ, и что укрѣпленіемъ онъ исполняетъ лежащее на немъ обязательство, тогда какъ, на самомъ дѣлѣ, Б ранѣе того получилъ удовлетвореніе отъ А, такъ что А, укрѣпляя собственность, *уплачиваетъ недолжное*, переноситъ собственность безъ достаточныхъ основаній. Вслѣдствіе этого А можетъ предъявить къ Б искъ объ обогащеніи на его счетъ безъ достаточнаго основанія. Въ результатѣ запись *можетъ быть уничтожена*, конечно, ни въ какомъ случаѣ *не во вредъ третьихъ лицъ*. Нормальнымъ образомъ запись останется въ силѣ, и *только личныя отношенія А и Б* будутъ разрѣшены кондикціоннымъ искомъ.

Такимъ образомъ, хотя техника записи въ гипотечную книгу съ внѣшней стороны и представляется легкой, но въ тѣхъ случаяхъ, когда приходится устанавливать *соотвѣтствіе занесеннаго въ графу книги съ дѣйствительностью*, для правильнаго веденія гипотечной записи, для вѣрности фотографическаго изображенія въ ней дѣйствительности требуется много условій и весьма осмотрительные приемы.

При этомъ надлежитъ имѣть въ виду въ особенности, что назначеніе гипотечной книги заключается именно *въ публичномъ удостовѣреніи истинности содержащихся въ ней записей*, и что поэтому запись, лишь *въ послѣдствіи* оказавшаяся ничтожной, или неправильной, или оспариваемой, прежде чѣмъ она признана таковой и исправлена или уничтожена, функционируетъ съ силой, свойственной безупречной гипотечной записи.

Чтобы понять, какое назначеніе имѣетъ гипотечная книга и запись въ ней для разнаго рода притязаній къ имуществу, необходимо установить то юридическое значеніе, которое присваиваетъ этимъ записямъ законодатель и которое опредѣляется понятіемъ *публичной достовѣрности* (ст. 6). Въ основѣ этой публичной достовѣрности лежитъ слѣдующее положеніе: всѣ наружно-правильныя записи, относящіяся къ вещному правообладанію, образуютъ формальную истину по отношенію ко всѣмъ 3-мъ лицамъ, хотя бы съ матеріальной стороны эти записи и были неправильны.

Значеніе этой формальной силы, не нуждающейся въ каждомъ данномъ случаѣ въ провѣркѣ внутреннихъ ея основаній, есть 1) положительное и 2) отрицательное.

1) Положительная сила заключается въ томъ, что 3-и лица могутъ, какъ мы сказали, разсматривать какъ несомнѣнное юри-

дическое данное все то, что они находятъ въ книгѣ. Если 3-е лицо есть кредиторъ, то онъ будетъ взыскивать долгъ на *томъ* имуществѣ должника, на *той* его собственности, которую онъ видѣлъ занесенной въ книгу, кто бы отъ этого ни потерпѣлъ и кто бы ни оказался виновникомъ неправильности или ошибки, допущенной въ записи, гипотечный судья, или стороны (ст. 6, 7).

2) Что касается отрицательнаго значенія формальной силы записи, то оно уясняется изъ слѣдующаго положенія: что не записано въ книгѣ, не существуетъ въ дѣйствительности, то, чего въ книгѣ въ данную минуту не было, для времени предшествующаго считается какъ бы несуществующимъ, хотя бы впослѣдствіи это и было занесено въ книгу. Допустимъ, что притязаніе къ имуществу, не попавшее пока въ книгу, будетъ затѣмъ признано судомъ какъ безспорное и будетъ въ силу рѣшенія суда подлежать внесенію. Это обстоятельство не измѣнитъ положенія дѣла за все то время, въ теченіе котораго этой *записи не было*, ибо лицо, оперировавшее на основаніи данныхъ книги, не видало этой записи. Послѣдующее занесеніе ея не можетъ оказать никакого вліянія на тѣ права 3-хъ лицъ, которыя опредѣлялись для времени, предшествовавшаго такому занесенію, на основаніи гипотечныхъ данныхъ, имѣвшихъ мѣсто тогда (ст. 15, 16).

Но такъ какъ цѣль записи заключается въ огражденіи довѣрія въ отношеніи къ 3-мъ лицамъ, дѣйствующимъ *добросовѣстно*, то по отношенію къ тому, кто самъ оказался бы виновнымъ въ несоотвѣтствіи формы (записи) съ дѣйствительностью и въ проистекающей отсюда неправильности возникшихъ юридическихъ отношеній, такое довѣріе не дѣйствуетъ, противъ него могутъ быть предъявлены возраженія на судѣ, въ томъ смыслѣ, что онъ недобросовѣстно и злонамѣренно основывался на завѣдомо для него неправильномъ изображеніи дѣла (ст. 17).

Если гипотечныя книги пользуются публичнымъ довѣріемъ, если онѣ пользуются свойствомъ актовъ, гарантирующихъ интересы общества, то отсюда вытекаетъ для cadaго, желающаго ознакомиться съ данными книги, право требовать предоставленія ихъ для просмотра (ст. 6). При этомъ надо только доказать, что лицо, желающее разсматривать книгу, дѣйствительно въ томъ заинтересовано, что тутъ не одно праздное любопытство. Если наличность такого интереса констатирована, то книга открывается такому лицу для осмотра записей. Но кто въ этомъ случаѣ является судьей наличности и достаточности интереса? Установить въ этомъ отношеніи какія-либо нормы нѣтъ никакой возможности, ибо провести точную грань между интересомъ просто

любопытствующаго и лица, имѣющаго въ виду совершить ту или другую юридическую сдѣлку, чрезвычайно трудно. Обыкновенно сужденія о наличности или отсутствіи интереса представляются разумнѣю гипотечнаго судьи, и отъ его умѣлости и добросовѣстности зависитъ степень доступности гипотечныхъ книгъ для каждаго. Такъ что это вопросъ чисто-административный.

Такъ какъ записи въ книгахъ ведутся въ извѣстной послѣдовательности, то порядокъ времени ихъ занесенія можно опредѣлить *тѣмъ мѣстомъ*, которое онѣ занимаютъ въ книгѣ. По мѣсту записи легко заключить о ея датѣ. Запись, стоящая впереди другихъ, этимъ своимъ мѣстомъ указываетъ, что она болѣе ранняя по времени. Это *locus* — принципъ. Мѣсто, на которомъ стоитъ запись, имѣетъ, стало-быть, громадное юридическое значеніе. Для опредѣленія силы и значенія записи въ ряду другихъ, достаточно ознакомиться съ ея содержаніемъ и мѣстомъ, которое она занимаетъ въ книгѣ. Запись, первая по мѣсту въ ряду другихъ однородныхъ, сохраняетъ все то значеніе, которое вытекаетъ изъ ея содержанія, ибо всѣ послѣдующія записи, какъ бы онѣ ни измѣняли составъ имущества или полноту обладанія, ни въ какомъ случаѣ не могутъ уменьшать силу записи, стоящей выше (ст. 388 и слѣд. Въ подробности это разрабатываютъ писатели по общему германскому праву и партикулярнымъ системамъ, на что мы укажемъ въ заключеніе).

Въ высшей степени важно опредѣлить, *какое юридическое дѣйствіе производитъ ипотечная запись*. Съ записью соединяются, смотря по отдѣленію и графѣ, въ которыхъ она помѣщается, вопросъ о принадлежности имущества, вопросъ о наличности ограниченій и, наконецъ, вопросъ о гарантіи долга. Такимъ образомъ, лицо на основаніи ипотечной записи значущееся хозяиномъ имущества, смотря по обстоятельствамъ, можетъ искать, какъ собственникъ, и отвѣчать на судѣ въ качествѣ такового.

Вопросъ о практическомъ значеніи ипотечной записи возникаетъ одинаково, какъ въ отношеніи къ активной, такъ и въ отношеніи къ пассивной легитимациі лица въ процессѣ. Тамъ, гдѣ записи формулируются абстрактно, безъ указанія титула, на коемъ запись основана, тамъ собственнику не нужно ничего доказывать на судѣ и для него достаточно *сослаться на ипотечную книгу*, которая свидѣтельствуетъ о его правахъ собственности на данное имущество. Слѣдовательно, въ этомъ случаѣ книга даетъ безспорную основу для активной легитимациі собственника въ искѣ. Противная сторона, натурально, можетъ доказывать на судѣ, что лицо, противъ правъ котораго ею предъ-

явленъ споръ, *не есть собственникъ*, но въ этихъ условіяхъ вся тяжесть доказать это положеніе лежитъ исключительно на ней. Въ этомъ заключается несомнѣнное удобство собственника занесеннаго въ книгу и несомнѣнное преимущество передъ противникомъ, незанесеннымъ въ книгу.

Гипотечная запись служитъ также и для *пассивной легитимации* собственника. Имѣющій претензію по сдѣлкѣ любого рода къ собственнику можетъ обращаться съ искомъ именно къ собственнику *записанному въ книгу*. Такъ что запись въ этомъ случаѣ пассивно легитимируетъ собственника для участія въ качествѣ отвѣтчика въ процессѣ.

Вся система ипотеки, какъ мы говорили, рассчитана въ наше время на облегченіе кредита въ особенности. Но, какъ справедливо думаетъ Іерингъ, пользованіе кредитомъ, какъ и виномъ, хорошо лишь при извѣстномъ чувствѣ мѣры. Чрезмѣрное пользованіе кредитомъ можетъ имѣть весьма вредныя послѣдствія въ томъ смыслѣ, что кредито-способная вещь теряетъ эту свою способность, а собственникъ — всякій интересъ въ обладаніи ею. Можетъ случиться, что собственникъ, въ виду крайняго обремененія недвижимости долгами и въ виду обезцѣненія ея *бросаетъ ее вовсе*. Въ этомъ случаѣ дѣйствіе пассивной легитимации усложняется, ибо лицо, долженствовавшее быть легитимированнымъ въ качествѣ отвѣтчика въ искѣ, въ дѣйствительности не есть ея хозяинъ. Ею можетъ *владѣть* въ дѣйствительности другое лицо, которое не нашло еще пока нужнымъ или возможнымъ знаменовать свое владѣльческое положеніе записью.

Отсюда слѣдуетъ, что *полнаго и постоянного соответствія* между записью и дѣйствительностью не въ состояніи достигнуть никакая ипотечная система, какими бы полезными цѣлями она ни задавалась. На этомъ основаніи и въ виду указанныхъ случаевъ, прусское законодательство допускаетъ факультативную пассивную легитимацию *не записаннаго* собственника, а лица владѣющаго. Изъ этого видно, что вопросъ о владѣніи, о традиціи, далеко не устраняется системой ипотечныхъ записей. Предлагаютъ о такой дереликціи собственности дѣлать отмѣтку въ книгѣ. Но эта мѣра не можетъ оказать существенной пользы. Такимъ образомъ, факультативность, *двойственность* положенія вполнѣ возможны при всякихъ ипотечныхъ системахъ, ибо *заставить собственника быть собственникомъ насильно нельзя*. Это, конечно, не ложится упрекомъ на самой ипотечной системѣ, ибо для нормальнаго порядка вещей она вполнѣ достигаетъ тѣхъ цѣлей, которыя она преслѣдуетъ. Что же касается случаевъ по-

добныхъ указанному нами, въ которыхъ гипотечная система безсильна, то самое явленіе этого рода, что собственность не мила собственнику, не можетъ считаться нормальнымъ; оно составляетъ несомнѣнно продуктъ тяжелаго экономическаго положенія, и гипотечная система, рассчитанная на нормальный порядокъ въ этихъ предѣлахъ, сохраняетъ весь свой смыслъ и все свое значеніе для интересовъ личныхъ и общественныхъ.

По отношенію къ вопросу о моментѣ и способѣ *приобрѣтенія права собственности на недвижимость* гипотечная система Прусская и нашъ проектъ 92 г. характеризуютъ его признакомъ *безповоротности* укрѣпленія съ той минуты, когда запись внесена въ книгу. Это начало, однако, какъ въ Прусскомъ законѣ (§ 9), такъ и въ нашемъ отнесено лишь къ актамъ возмезднаго приобрѣтенія, добросовѣстнаго, а не дарового и недобросовѣстнаго (Проектъ ст. 15—18).

Мы имѣли до сихъ поръ въ виду случаи, гдѣ запись содержитъ въ себѣ моментъ *завершившагося въ своемъ образованіи права*. Но права и притязанія могутъ носить не этотъ, такъ сказать, готовый, зрѣлый для занесенія въ книгу характеръ, а лишь подготовительный, и въ этомъ видѣ запись также имѣла бы цѣну, какъ средство ближе и точнѣе отражать дѣйствительность, опредѣляющую состояніе имущественнаго вопроса. Для этой цѣли, въ отличіе отъ внесенія или записи въ тѣсномъ смыслѣ, служить тоже запись, но именуемая въ особенности, записью охранительной или *охранительной и обезпечивающей отлѣткой*. Могутъ быть случаи, когда основанія для записи существуютъ въ извѣстной стадіи договорныхъ отношеній сторонъ, но отношенія эти таковы, что стороны сами еще не рѣшили всѣхъ условій имѣющей быть записи, сами не опредѣлили еще, къ какимъ именно результатамъ онѣ должны придти. Жизнь и гражданскій оборотъ создаютъ много такихъ отношеній съ неопредѣлившимся еще окончательнымъ характеромъ. Напр., одинъ предоставляетъ другому при внесеніи имъ условленной суммы, или совершеніи имъ установленнаго дѣйствія, право предпочтительной покупки такой-то вещи въ извѣстный срокъ. Тутъ мы видимъ зарождающееся, по отношенію къ переходу права собственности, состояніе сдѣлки. А такъ какъ такихъ не вполне завершенныхъ и отвердѣвшихъ сдѣлокъ гражданскій оборотъ представляетъ не мало, то было бы вредно отказывать въ ихъ регистраціи. Необходимо, стало быть, создать такую форму гипотечной записи, которая соотвѣтствовала бы именно этому неопредѣлившемуся окончательно состоянію правоотношенія. Съ теченіемъ времени, когда сдѣлка вполне сформи-

руется, она будетъ способна къ занесенію въ видѣ настоящей записи и попадетъ въ ту или другую рубрику гипотечной книги. Для такой записи отводится особое мѣсто въ книгѣ, и ей дается особая форма такъ называемой охранительной отмѣтки.

Предварительная отмѣтка можетъ возникать по разнымъ основаниямъ:

1) Она можетъ возникать на основаніи договора, въ томъ случаѣ, когда сдѣлка по своему составу не подходитъ ни подъ одну категорію гипотечныхъ записей, а лишь предваряетъ таковую.

2) Она можетъ возникать въ силу процесса, на основаніи распоряженія суда, напр., въ томъ случаѣ, когда истецъ, хотя не въ состояніи сейчасъ же убѣдить судей въ необходимости охранительной мѣры по отношенію къ имуществу, на которое направлено его притязаніе, напр., въ необходимости наложенія запрещенія, приводитъ судъ къ убѣжденію въ необходимости предварительной мѣры. Еслибы такое имущество кто-либо вздумалъ купить въ это время у собственника, то, очевидно, пріобрѣтатель рисковалъ бы ошибиться въ своихъ расчетахъ на безспорность принадлежности покупаемой вещи, и могъ бы потерпѣть убытки. Поэтому состояніе *оспариваемости правъ* также должно быть отмѣчаемо въ гипотечной книгѣ; для него также должны быть сдѣланы отмѣтки. Явленіе спора даетъ, такимъ образомъ, содержаніе для особой категоріи предварительныхъ отмѣтокъ, которыми фиксируется неопредѣленность положенія дѣлъ.

Перваго рода отмѣтки, т.-е. основанныя на договорѣ, представляютъ собою извѣстную фазу развитія договорныхъ отношеній. Ихъ нужно поэтому заносить не прямо въ ту категорію, гдѣ окончательно фиксируются права лица, а въ соотвѣтствующую категорію ограниченій или обремененій правъ собственности. Второго рода отмѣтки, возникающія, какъ мы сказали, не по волѣ лицъ, а въ процессуальномъ порядкѣ, носятъ общее названіе *протестацій*.

Главнѣйшіе виды такихъ протестацій группируются по двумъ категоріямъ.

1. Лицо можетъ протестовать *pro conservando loco*. У него еще нѣтъ вещнаго притязанія къ вещи, но оно ведетъ соотвѣтствующій процессъ, и желая занять то мѣсто въ книгѣ, которое будетъ дано ему позже, по окончаніи процесса, въ силу судебного опредѣленія, истецъ проситъ сдѣлать соотвѣтствующую отмѣтку. Если споръ будетъ выигранъ истцомъ—то отмѣткой этой ему уже обезпечено мѣсто въ книгѣ. Съ другой стороны, при этомъ и лица постороннія имѣютъ возможность осторожнѣе вхо-

доть въ сдѣлку съ тѣмъ, кто записанъ собственникомъ въ книгѣ, ибо охранительная отмѣтка укажетъ имъ, что имущество, которымъ они интересуются, находится въ спорѣ, и потому правоотношенія къ нему сомнительны.

2. Затѣмъ, иногда, при возникшемъ спорѣ, истца можетъ интересоватъ не столько вопросъ о мѣстѣ, которое онъ долженъ будетъ занять въ послѣдствіи, сколько вопросы о какихъ-либо существенныхъ противъ правъ собственника возраженіяхъ. Въ этихъ случаяхъ отмѣтка называется протестаціей *pro conservandis exceptionibus*.

Таково понятіе охранительной или обезпечивающей отмѣтки. Такая отмѣтка даетъ лицу заинтересованному извѣстное притязаніе на положеніе въ гипотечной книгѣ; она въ то же время служить цѣлямъ публичнаго довѣрія, и замѣняясь въ послѣдствіи дѣйствительною записью по рубрикамъ книги, или погашаясь, служить, такимъ образомъ, практической мѣрой для приближенія дѣйствительности къ ея отраженію въ гипотечной книгѣ.

Такъ какъ государство связываетъ съ гипотечной записью опредѣленные юридическія послѣдствія, то для тѣхъ случаевъ, гдѣ лицо потерпѣло бы ущербъ или убытки вслѣдствіе ошибокъ, вкравшихся въ запись *не по его винѣ*, законодательство необходимо должно разработать нормы отвѣтственности не только между лицами участвующими въ гипотечныхъ операціяхъ, но въ особенности отвѣтственность гипотечнаго персонала. Въ конечномъ результатѣ не можетъ и само государство, его казна, избѣгнуть тоже имущественнаго риска за неисправность этого персонала. Денежная отвѣтственность государства можетъ служить лишь какъ *ultimum refugium* для потерпѣвшаго, ибо иначе случаи привлеченія казны по искамъ о вознагражденіи могутъ принять опасные размѣры. Въ этомъ и состоитъ трудность задачи правильной организаціи этой отвѣтственности.

Чтобы организовать отвѣтственность казны, надо различать въ дѣятельности гипотечнаго персонала *чисто-техническую сторону отъ юридической или судебной*. За ошибки въ техническомъ смыслѣ гипотечный персоналъ всегда долженъ быть привлекаемъ къ отвѣтственности. Отвѣтственность же за ошибки по дѣятельности его, подходящей къ судебной функціи, надо поставить въ тѣ рамки, въ которыхъ находится вообще судебная отвѣтственность, или отвѣтственность судебного персонала, т.-е. надо предоставить извѣстный *просторъ сужденія* гипотечнаго судьи. Свобода сужденія обуславливаетъ собою необходимо и нѣкоторое ограниченіе отвѣтственности. Такимъ образомъ, общее правило отвѣт-

ственности въ примѣненіи къ гипотечной системѣ будетъ таково: тамъ, гдѣ дѣятельность гипотечнаго судьи чисто-техническая — тамъ напряженность отвѣтственности за ошибки наибольшая; тамъ же, гдѣ онъ фигурируетъ въ качествѣ судьи, она будетъ наименьшею.

Далѣе, отвѣтственность гипотечнаго судьи наступаетъ *исключительно тогда*, когда нѣтъ возможности вознаградить вредъ, происшедшій отъ ошибки въ записи, иными способами, напри- мѣръ, привлеченіемъ самого участника сдѣлки. Такимъ образомъ, прежде всего предъявлять искъ объ убыткахъ прямо къ гипотечному судѣ нельзя, если ущербы и убытки не причинены имъ однимъ.

Весь персоналъ гипотечнаго учрежденія отвѣчаетъ солидарно и — *in subsidium* къ нему — казна или государство. Отвѣтственность государства въ этихъ случаяхъ вытекаетъ изъ того, что обязанность гипотечныхъ записей устанавливается имъ же. Поэтому, если подчиненіе этимъ болѣе или менѣе принудительнымъ записямъ причиняетъ кому-либо убытки, то государство, при отсутствіи или несостоятельности всѣхъ прочихъ отвѣтчиковъ, должно отвѣчать само (См. особ. Дербургъ). Всѣ эти начала прекрасно разработаны въ Западныхъ системахъ (особенно въ Прусской 72 г.) и будутъ несомнѣнно введены и у насъ. Пока это ст. 350—355.

§ 14.

Давностное владѣніе.—Цѣлесообразность этого института.—Условіе давности.—Свойства вещи и качества владѣнія по русскому праву.—Перерывъ и пріостановка теченія давности.—Дѣйствіе давностнаго владѣнія.

Въ предыдущемъ изложеніи мы рассматривали непосредственные способы пріобрѣтенія, т.-е. такіе, которыми юридически опредѣляется моментъ принадлежности вещи лицу безъ посредства другого лица, отъ котораго производнымъ образомъ, посредственно, также можетъ пріобрѣтаться право собственности. Возникаетъ вопросъ, къ какой категоріи слѣдуетъ отнести случай пріобрѣтенія права собственности черезъ давностное владѣніе?

Бринцъ указываетъ на нѣкоторыя характеристическія черты давности, какъ *species alienationis*, стало быть, какъ способа передачи права собственности отъ прежняго собственника. Дѣйствительно тутъ есть, какъ мы увидимъ позже въ ученіи о титулѣ, вопросъ о переносѣ, преемствѣ права, хотя рѣшающимъ моментомъ все-таки будетъ состояніе *длящагося владѣнія* пріобрѣтателя. Въ

нашемъ правѣ точка зрѣнія Бринца не найдетъ поддержки, такъ какъ говорить о давности какъ способѣ производномъ, возможно лишь для того законодательства, въ которомъ получили прочное развитіе ученія о титулѣ и качествѣ владѣнія, чего мы именно и не находимъ въ нашемъ правѣ. Поэтому намъ приходится приблизить давностное владѣніе скорѣе къ непосредственнымъ способамъ приобрѣтенія собственности.

Во французскомъ кодексѣ постановленія о давности (de la prescription) отнесены къ концу Code'a, къ XX тит. 3-й книги. То же самое и въ австрійскомъ кодексѣ. У насъ „о правѣ земской давности“ трактуетъ глава IV, Разд. II, книга II, X т. Общій заголовокъ раздѣла II таковъ: „о существѣ и пространствѣ разныхъ правъ на имущества“, причемъ статьи о земской давности помѣщаются между постановленіями о правѣ собственности (главы I, II и III) и постановленіями „о правѣ по обязательствамъ“ (глава V). Очевидно, что на вопросъ, почему нашъ законодатель далъ такое мѣсто давности, нельзя придумать никакого основательнаго отвѣта. Мы имѣемъ также постановленіе о давности и въ главѣ VII этого же Раздѣла, гдѣ въ ст. 694 и въ приложеніи къ ней говорится о давности исковъ, т.-е. о томъ, что всякій искъ долженъ быть упражняемъ въ теченіе извѣстнаго времени, пропускъ котораго влечетъ за собою потерю иска. Очевидно, что тутъ трактуется собственно о давности исковой или погасительной, мѣсто которой не здѣсь, а тамъ, гдѣ излагаются общія ученія о способахъ осуществленія гражданскихъ правъ. Въ нашемъ же законодательствѣ давность исковая и приобрѣтательная, о которой мы здѣсь собственно и ведемъ рѣчь, смѣшиваются въ нѣкоторыхъ пунктахъ безъ достаточнаго основанія.

Въ литературѣ нашей по разработкѣ вопроса о давности вообще есть цѣнные труды ¹⁾. Что же касается до обработки этого института законодательствомъ, то она крайне слабо развита, что представляется естественнымъ, такъ какъ вообще все то, что связано съ ученіемъ о владѣніи, какъ извѣстно, мало разработано нашимъ законодательствомъ.

Что касается исторіи этого института, то только со времени законодательной дѣятельности Екатерины II примѣненію давности владѣнія, *въ смыслъ способа приобрѣтенія собственности*, дается нѣкоторый просторъ, хотя признаки владѣльческой давности мы

¹⁾ Общую обработку этого института мы находимъ въ соч. Саблера: „О значеніи давности въ угол. правѣ“ и въ соч. Энгельмана, который написалъ О давности въ русскомъ гражд. правѣ обширный трактатъ, переведенный имъ же на нѣмецкій языкъ (1868).

могли бы отыскать и въ самыхъ древнихъ нашихъ памятникахъ, какова Псковская Судная Грамота.

Чтобы надлежащимъ образомъ разработать ученіе о давности владѣнія и дать правильное толкованіе отдѣльнымъ его положеніямъ, необходимо предварительно начертать схему, которая по необходимости должна стать нѣсколько вдали отъ законодательнаго матеріала нашего X-го тома. Въ этомъ отношеніи первымъ существеннымъ теоретическимъ вопросомъ о давности будетъ вопросъ о томъ, *зачѣмъ именно существуетъ институтъ давности*, для чего мы силу простого факта, событія, не имѣющаго *внутри себя* оправданія, освящаемъ давностью, тѣмъ, что оно существуетъ долгое время. Причину этого надо искать въ стремленіи всякой правовой системы быть *практически-цѣлесообразной*. Въ смыслѣ практическихъ удобствъ разслѣдованіе безъ конца вопроса о принадлежности правъ гражданскихъ было бы крайне отяготительнымъ для гражданского оборота; съ цѣлью дать *формальную* основу правоотношеніямъ и устанавливается институтъ давности. Правда, въ отдѣльныхъ случаяхъ этотъ институтъ можетъ освятить захватъ и произволь, но вредъ отъ этого компенсируется широкой извѣстностью и этого института, и владѣльческаго состоянія, съ коимъ связано его дѣйствіе, такъ что каждому предоставляется легкая возможность своевременно устранить посягательства на его права. Срокъ давности нормально достаточно продолжителенъ для того, чтобы каждый могъ оградить свое имущество отъ произвольнаго и скорого освоенія стороннимъ человекомъ. *Jus civile vigilantibus scriptum est*, и институтъ владѣльческой давности можетъ быть рассматриваемъ какъ толчокъ и побужденіе къ большей бдительности, необходимой для осуществленія и огражденія правъ вообще.—Но защищать и оправдывать существованіе давности исключительно этимъ отрицательнымъ образомъ было бы недостаточно. Для оправданія этого института есть и положительныя основанія. Въ самомъ дѣлѣ, давностью пользуются далеко не одни владѣльцы, коихъ правооснованія болѣе или менѣе сомнительны, но и самъ собственникъ, коего права находятся внѣ всякихъ сомнѣній. Продолжительное сохраненіе всѣхъ фактическихъ и юридическихъ основаній, на коихъ держится освоеніе вещи въ собственность встрѣчаетъ нерѣдко такія трудности, что замѣна возможныхъ ихъ недостатковъ наличностью долговременнаго владѣнія съ извѣстными качествами составляетъ для собственника часто единственный выходъ изъ возможныхъ затрудненій.

Въ ученіи о давности надлежитъ имѣть въ виду слѣдующіе моменты:

I. *Условія давности.* А) способность вещи; Б) квалифицированное владѣніе, именно: а) *юридическое*, б) титулованное и в) добросовѣстное владѣніе; В) непрерывное теченіе срока.

II. *Дѣйствіе давности.*

Нигдѣ *современныя* цивильныя системы не дали такъ мало самостоятельнаго, какъ именно въ своихъ постановленіяхъ о давности. Въ нашихъ польскомъ и остзейскомъ кодексахъ мы видимъ несущественное отличіе этого института отъ римскаго ученія о давности. Каноническое право среднихъ вѣковъ оказало нѣкоторое частное видоизмѣняющее вліяніе на него. Если въ современныхъ постановленіяхъ о давности и можно отыскать нѣчто національное, такъ это только въ положеніяхъ о срокахъ. Для теперешняго нѣмецкаго права въ особенности характерной чертой является отрицаніе дѣйствія давности, какъ способа пріобрѣтенія собственности, для тѣхъ случаевъ, гдѣ основу права даютъ гипотечныя записи. Эта черта для насъ чрезвычайно любопытна, ибо и въ нашемъ прежнемъ правѣ точно такъ же слабо были развиты способы пріобрѣтенія черезъ давность, и всѣ формы пересвоенія недвижимости совершались посредствомъ актовъ.

А. Что касается *способности* вещи быть объектомъ давностнаго обладанія, то эта способность совпадаетъ съ способностью ея къ гражданскому обороту, такъ какъ и цѣль института заключается въ легчайшемъ рѣшеніи вопроса о принадлежности вещей, подлежащихъ гражданскому обороту. Къ вещамъ экстракоммерціальнымъ пріобрѣтеніе посредствомъ давности неприложимо. Соотвѣтствующаго *общаго* положенія мы не найдемъ въ нашемъ X т., но цѣлый рядъ статей ясно указываетъ, что эта идея отнюдь не чужда нашему законодательству. Такимъ образомъ, „межи генеральнаго межеванія (ст. 563) не могутъ быть уничтожены давностію владѣнія“. Мысль ясна, межи—вещь экстракоммерціальная, такъ какъ генеральное межеваніе было произведено съ цѣлью публичною, въ интересахъ общественнаго союза, а не какъ простое челобитчиково дѣло. Заповѣдное имѣніе, оборотность котораго въ извѣстныхъ цѣляхъ ограничена, не можетъ быть пріобрѣтено посредствомъ давности, иначе каждое заповѣдное имѣніе могло бы быть обращено въ простое. Тоже слѣдуетъ сказать о земляхъ церковныхъ, которыя по ст. 401 т. IX остаются навсегда неприкосновенною церковною собственностью.

Разъ назначеніе института давности—благопріятствовать гражданскому обороту, то къ *недобросовѣстному* обороту отношеніе

этого института должно быть отрицательнымъ. Это мы и видимъ въ правѣ римскомъ, по которому *res furtiva* не подлежала дѣйствію давности, пока не возвращалась въ руки собственника, у котораго была украдена. То же относительно насильно похищенныхъ вещей.

Такія вещи какъ бы изъемяются изъ оборота по той причинѣ, что на нихъ лежитъ *vitium*. Въ этомъ постановленіи мы можемъ видѣть очень строгую и ясно выраженную охрану, которую посредствомъ давности право даетъ именно институту собственности. У французовъ (*Art. 2233 Code civ.*) давность не распространяется лишь на вещи, вышедшія изъ береженія путемъ насилія. Но если такая вещь возвратится къ собственнику, то, уходя изъ его рукъ опять въ оборотъ, она очищается отъ своего порока. Это и есть *purgatio vitii* ¹⁾.

Въ римскомъ правѣ неспособными къ освоенію посредствомъ давности признавались также вещи малолѣтнихъ (спорно, см. Дернбургъ Пандекты § 220, пр. 22).

Наше законодательство не въ ученіи о давности владѣнія, а въ другой связи, въ положеніяхъ о погашеніи правъ иска, указываетъ на рядъ случаевъ, гдѣ право иска не утрачивается заинтересованными истеченіемъ десяти лѣтъ со времени нарушенія права. Это имѣетъ мѣсто въ тѣхъ случаяхъ, когда искъ будетъ принадлежать малолѣтнему, умалишенному, глухонѣмому (см. прил. къ ст. 694, п. 2), или лицамъ, „состоящимъ въ плѣну или по службѣ въ заграничныхъ походахъ“ (тамъ же п. 7). Это очень недостаточныя опредѣленія. (Полнѣе см. учебники по римскому праву, а также тѣ мѣстные законы, гдѣ оно реципировано. Мы объ этомъ скажемъ дальше, въ ученіи о свойствѣ безспорности владѣнія).

Б. Второе условіе для пріобрѣтенія собственности посредствомъ давности есть владѣніе опредѣленнымъ образомъ *квалифицированное*. Чтобы получить понятіе о владѣніи, какъ способѣ пріобрѣтенія собственности, надо различать *possessio ad interdicta* отъ *possessio ad usucapionem*.

Possessio ad interdicta или владѣніе, ведущее къ защитѣ, не есть то же, что владѣніе, ведущее къ пріобрѣтенію права собственности. Для того, чтобы получить владѣніе, способное превращаться въ собственность черезъ давность, къ понятію защищаемаго владѣнія мы должны прибавить нѣкоторый плюсъ. Что одного за-

¹⁾ Les actes de violence ne peuvent fonder non plus une possession capable d'opérer la prescription. La possession utile ne commence que lorsque la violence a cessé.

щищеннаго владѣнія тутъ недостаточно—видно изъ того, что защищеннымъ можетъ быть и владѣніе съ зависимыми отъ собственника титулами (владѣніе арендатора, эмфитевты и проч.), никогда, конечно, не ведущее къ собственности. Прибавляемый къ защищенному владѣнію плюсъ, силой котораго оно превращается во владѣніе квалифицированное, въ разныхъ законодательствахъ имѣетъ разное содержаніе. По нашему, для дѣйствія приобрѣтательной давности требуется владѣніе „спокойное, безспорное, непрерывное“ въ теченіе опредѣленнаго срока времени и притомъ *въ видѣ собственности* (ст. 533) или *на правѣ собственности* (ст. 560). Такое владѣніе по истеченіи срока превращается въ давностное. Такимъ образомъ, мы видимъ, что наше законодательство требуетъ значительно квалифицированнаго владѣнія.

Чтобы уразумѣть, каковы свойства этого владѣнія, и въ чемъ они составляютъ его признакъ, для этого полезно сдѣлать сопоставленіе тѣхъ его качествъ, которыя требуются нашимъ законодательствомъ, съ квалификаціей его по французскому праву, тѣмъ болѣе, что французское законодательство въ этомъ отношеніи осталось не безъ вліянія на наше. Нѣтъ никакого сомнѣнія, что многія наши положенія о давностномъ владѣніи составляютъ прямой и почти буквальный, хотя и не всегда точный переводъ французскихъ.

Code civil, въ ст. 2229, отъ давностнаго владѣнія требуетъ слѣдующихъ качествъ: *pour pouvoir prescrire il faut une possession continue et non interrompue*, т.-е. отъ такого владѣнія требуется два качества: длительность и непрерывность. Что именно выражается въ этихъ понятіяхъ, мы увидимъ ниже. Теперь же замѣтимъ, что то и другое понятіе мы встрѣчаемъ и въ нашемъ законодательствѣ. Это соотвѣтствіе можно установить, если брать всю совокупность нашихъ, какъ извѣстно, разбросанныхъ постановленій о давности, не ограничиваясь рядомъ статей, специально трактующихъ о земской давности (глава IV, ст. 557 и слѣд.), а обращаясь также и къ ст. 533, 694 и въ особенности къ приложенію къ послѣдней статьѣ.

Затѣмъ, французскій кодексъ, сверхъ указанныхъ качествъ, требуетъ, чтобы владѣніе было *paisible, publique* (гласное, въ отличіе отъ тайнаго), *non équivoque* (не двусмысленное) *et à titre de propriétaire* (въ видѣ собственности). Нѣкоторыя изъ этихъ качествъ требуются и по нашему законодательству. Но рецепція французскихъ постановленій не была выдержана вполнѣ.

Разсмотримъ теперь, въ чемъ заключается существенное различіе въ понятіи владѣнія, какъ оно опредѣляется въ ст. 2229

Code civil и въ ст. 533 и 560 нашего X тома. Для того, чтобы примѣнительно къ области, гдѣ дѣйствовало римское и каноническое право, составить ясное представленіе о свойствахъ владѣнія, способнаго перейти въ право собственности, надо установить слѣдующія требованія: а) чтобы лицо находилось во владѣльческомъ состояніи; б) чтобы это послѣднее образовалось или возникло по опредѣленному титулу и в) чтобы возможные недостатки этого титула покрывались добросовѣстностью давностнаго владѣльца. Такимъ образомъ, владѣльческая давность будетъ достигать цѣли во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда будетъ имѣться владѣніе на себя, титулованное и добросовѣстное. Такъ именно это и устанавливается во французскомъ кодексѣ для 10 и 20-лѣтней давности (2265—2270).

Что касается нашего кодекса, то взявши постановленія его о земской давности (557 и слѣд.) и сопоставляя ихъ съ положеніями о владѣніи, огражденномъ отъ нарушенія (ст. 523 и слѣд.), мы увидимъ, что двухъ изъ указанныхъ выше условій, именно *титула и добросовѣстности*, наше законодательство не разрабатываетъ вовсе.

Разсмотримъ теперь, въ чемъ заключаются установленныя выше требованія и признаки давностнаго владѣнія.

1) Прежде всего, какъ мы сказали, требуется *наличность владѣльческаго состоянія*. Владѣніе можетъ быть различныхъ свойствъ. Можно, напр., владѣть вещью, отданною въ поклажу или въ наймы, т.-е. владѣніе можетъ имѣть смыслъ *detentio*. Спрашивается, будетъ ли такое владѣніе тѣмъ самымъ, которое признается годнымъ для превращенія въ собственность по давности? Руководствуясь общимъ смысломъ нашего законодательства, мы должны дать отрицательный отвѣтъ, хотя, напр., ст. 1706 и нанимателю приписываетъ временную собственность (это неточность редакціи). Наше законодательство выражаетъ это не общимъ образомъ, а лишь по отношенію къ крестьянамъ, сидящимъ на казенныхъ земляхъ (560), т.-е. въ спеціальномъ постановленіи, смыслъ котораго, однако, не возбуждаетъ ни малѣйшаго сомнѣнія. Въ силу этого постановленія, крестьяне-съемщики казенной земли не могутъ приобрѣтать ее по давности. Отсюда необходимо слѣдуетъ тотъ выводъ, что наше законодательство требуетъ отъ давностнаго владѣнія не тѣхъ свойствъ, которыя опредѣляютъ владѣніе при наймѣ, поклажѣ, залогѣ, а требуетъ, чтобы владѣніе было *въ видѣ собственности или на правѣ собственности*. Это то именно свойство, которое въ римскомъ правѣ выражается понятіемъ *possessio civilis*. У французовъ эта квалификація владѣнія

выражается словами: *pour soi* (или *à titre de propriétaire*), на себя, въ отличіе отъ владѣнія на имя собственника, какъ то бываетъ, напр., при залогѣ, поклажѣ и проч.

2) и 3) Второе и третье свойство давностнаго владѣнія состоятъ въ наличности титула, *justus titulus* и въ видѣ корректива возможныхъ недостатковъ этого титула—въ наличности свойства добросовѣстности (*bona fides*) у владѣльца. Въ любомъ западномъ кодексѣ, а также въ нашемъ польскомъ и остзейскомъ, сущность постановленій и ученія о давности главнымъ образомъ покоится на требованіи и понятіи титула и добросовѣстности. Въ нашемъ правѣ, наоборотъ, этихъ понятій мы не встрѣчаемъ.

Въ иностранной литературѣ существо этихъ требованій и ихъ отношеніе одного къ другому освѣщаются различнымъ образомъ. Савиньи думалъ, что для превращенія владѣнія въ собственность, прежде всего, нужна добросовѣстность владѣльца, лицо должно пріобрѣсти владѣніе добросовѣстно. Что же касается до титула владѣнія, то, по ученію Савиньи, онъ имѣетъ значеніе лишь аргументаціи, доказагельства наличности перваго свойства, т.-е. добросовѣстности. Лицо, напр., заявляя, что такая-то вещь принадлежитъ ему, ссылается въ подтвержденіе этого на то, что оно ее купило, унаслѣдовало, или что она досталась ему въ уплату за долгъ и т. п. Это дѣлается, по мнѣнію Савиньи, съ той цѣлью, чтобы такимъ указаніемъ на титулъ доказать добросовѣстность владѣнія. Таково ученіе Савиньи (*Syst. III, Beil. VIII, XV, особ. стр. 371*; все это въ связи съ ученіемъ объ ошибкѣ).

Въ теперешнихъ конструкціяхъ этимъ двумъ качествамъ давности—титулу и добросовѣстности—дается иное отношеніе другъ къ другу. Впереди ставится требованіе титула: прежде всего онъ долженъ быть доказанъ на судѣ. Затѣмъ, въ виду того, что въ титулѣ можетъ оказаться недостатокъ или порокъ, требуется чтобы лицо не знало о немъ въ теченіе времени своего владѣнія. Это и будетъ то, что мы называемъ добросовѣстностью владѣнія. Передъ судомъ, такимъ образомъ, владѣлецъ долженъ доказывать только титулъ (купилъ, наслѣдовалъ и т. п.). Абстрактно этотъ титулъ считается пригоднымъ для пріобрѣтенія собственности путемъ давностнаго владѣнія, только потому онъ и доказывается. Далѣе же, сторона, требующая возвращенія вещи изъ владѣнія, должна будетъ, конечно, доказывать, что владѣлецъ хотя и пріобрѣлъ спорную вещь посредствомъ абстрактно-пригоднаго титула, т.-е. на законномъ основаніи, но пріобрѣлъ, зная недостатокъ этого титула, зная, напр., что продавшій вещь не былъ собственникомъ, или зная, что продавецъ есть сумасшедшій. Такимъ обра-

зомъ, купля, титулъ абстрактно пригодный для приобрѣтенія собственности, въ данномъ случаѣ можетъ оказаться непригоднымъ для этого, какъ порочный. Если-жъ эта *mala fides* не доказана, то добросовѣстность, *bona fides* владѣльца покрываетъ недостаточность титула, скрытую отъ приобрѣтателя. Таково отношеніе обоихъ реквизитовъ другъ къ другу въ ихъ практическомъ примѣненіи. (Вопросъ этотъ въ классич. литературѣ былъ очень оживленнымъ. Объ этомъ особ. у Pernice Labeo, коротко у Дерибурга § 220 пр. 31).

Сравнивая практическое достоинство этой доктрины съ ученіемъ Савиньи, мы должны признать, что конструкція Савиньи менѣе практична, чѣмъ та, которой слѣдуютъ теперь, ибо первую базу для признанія наличности давностнаго владѣнія Савиньи отыскиваетъ тамъ, гдѣ всего труднѣе получить ее, именно, во внутреннемъ моментѣ, во внутреннихъ условіяхъ добросовѣстности. Современное же право, прежде всего, требуетъ того, что удобоказуемо, т.-е. титула, и только тогда, когда въ немъ будетъ обнаруженъ и доказанъ недостатокъ, заинтересованный обязывается доказать, что ему этотъ недостатокъ не былъ извѣстенъ, т.-е. что онъ былъ *in bona fide*. Вопросъ о добросовѣстности возникаетъ, стало быть, только *in subsidium*, а не ставится на первый планъ при возникновеніи спора (Code c. art. 2268; Нѣм. Гражд. Улож. § 937).

Западные законодательства указываютъ не только на необходимость титула, но также опредѣляютъ и его качества. Такъ, титулъ долженъ быть *justus, verus, purus*. Подъ *justus* разумѣется то свойство, въ силу котораго титулъ считается абстрактно-пригоднымъ для усвоенія. Сущность свойства *verus* заключается въ соотвѣтствіи предположенія дѣйствительности. Признаку *purus* противопоставляется *titulus conditionalis*.

В) Третье условіе давностнаго владѣнія, какъ у насъ, такъ и на западѣ, заключается въ *истеченіи опредѣленнаго срока времени*. Въ связи съ этимъ вопросомъ стоитъ ученіе о перерывѣ и приостановкѣ давности. Къ этому западные системы прибавляютъ еще ученіе о присоединеніи счета давностнаго времени предшествующаго владѣльца къ счету времени владѣльца настоящаго (С. с. art. 2235, Нѣм. Ул. 943, 944). Статьи 557 и 565 указываютъ, какъ общій срокъ давности, истеченіе десяти лѣтъ владѣльческаго спокойнаго и безспорнаго состоянія. Ст. 566, близко связанная съ предшествующими, должна бы, повидимому, разъяснить вопросъ объ *accessio possessionis*, но она неожиданно трактуетъ не вопросъ о владѣніи, а вопросъ о погашеніи права

иска. Ст. 567 опредѣляетъ признакъ начавшагося владѣльческаго состоянія. Затѣмъ, свойство спокойствія и безспорности опредѣляется до крайности кратко въ ст. 558 и 559.

Это десятилѣтнее владѣніе должно быть *непрерывнымъ* по силѣ 533 ст. Перерывъ можетъ произвести самъ владѣлецъ, измѣнивъ физическія условія своего владѣльческаго состоянія (см. выше объ этихъ условіяхъ, въ ученіи о защитѣ владѣнія). Но владѣніе можетъ быть прервано безпокойствомъ, причиненнымъ владѣльцу со стороны заинтересованнаго собственника или со стороны третьяго лица. Это безпокойство можетъ составить или фактическое нарушеніе его владѣльческаго состоянія, у прежняго владѣльца вещь отнята силой, и онъ не позаботился возстановить свое нарушенное владѣніе, или къ владѣльцу можетъ быть предъявленъ споръ. Въ томъ и другомъ случаѣ не будетъ налицо одного изъ необходимыхъ свойствъ давностнаго владѣнія: спокойствія или безспорности. Когда вещь брошена владѣльцемъ (*derelictio*), или отнята у него, или къ нему предъявленъ споръ, то владѣніе прервано, и счетъ срока будетъ течь вновь лишь со времени возобновившихся въ его лицѣ условій спокойнаго безспорнаго владѣнія въ видѣ собственности. Римское и съ нимъ связанныя новыя законодательства называютъ случай факческаго нарушенія владѣнія — *interruptio naturalis*, а случай владѣнія оспариваемаго — *interruptio civilis*. Оба эти понятія подробно практически разработаны въ этихъ законодательствахъ, какъ по отношенію къ вопросу, когда есть налицо условія того и другого перерыва, такъ и по отношенію къ вопросу о дѣйствіи этихъ перерывовъ.

Источникомъ для построенія ученія о *фактическомъ* перерывѣ владѣнія должны служить положенія о защищенномъ владѣніи (см. выше это ученіе). Для построенія ученій о *цивильномъ* перерывѣ мы имѣемъ ст. 559, которая требуетъ для этого вида перерыва „поступленія въ судебное мѣсто не только явочныхъ, но и исковыхъ прошеній“. Въ классической системѣ *interruptio civilis* наступить только съ момента *litis contestatio*; нынѣ достаточно предъявленія иска и даже протеста противъ владѣльца. Въ нашемъ законодательствѣ о моментѣ *litis contestatio* нѣтъ рѣчи, и потому требованіе его, какъ условія наличности спора, у насъ не можетъ имѣть мѣста. Наше законодательство признаетъ споръ *предъявленнымъ, когда исковое прошеніе подано въ надлежащее мѣсто*. Отъ момента предъявленія иска владѣніе перестаетъ быть безспорнымъ и теченіе давности прерывается (ст. 559).

Далѣе, важное различіе, котораго не дѣлаетъ наше законодательство, и которое имѣется въ другихъ, заключается въ *дѣйствіи* такого предъявленія спора. Различіе между *interruptio naturalis* и *civilis* въ этомъ отношеніи заключается въ томъ, что послѣднее понятіе относительное въ томъ смыслѣ, что подъ нимъ разумѣется перерывъ теченія давности *только по отношенію къ тому, кто искалъ*, а не ко всякому, кто бы вздумалъ позже сослаться на искъ, предъявленный не имъ. Такъ что, слѣдовательно, сослаться на подобный перерывъ, произведенный другимъ лицомъ, нельзя. Наоборотъ, перерывъ фактическій дѣйствуетъ абсолютно, т.-е. на него можетъ сослаться всякій, кто сталъ бы оспаривать непрерывность давностнаго владѣнія, хотя бы перерывъ этотъ былъ произведенъ и не имъ самимъ.

Понятіе *пріостановки теченія давности* имѣетъ совершенно иное содержаніе, чѣмъ понятіе перерыва. Владѣніе давностное можетъ имѣть свойство непрерывности, но эта непрерывность его можетъ, въ данномъ случаѣ, быть условлена невозможностью для заинтересованнаго произвести такой перерывъ. Когда есть эта невозможность, то непрерывность владѣнія не будетъ имѣть того значенія, какое, въ цѣломъ строеніи института, ей присвоивается. Такая непрерывность была бы условлена не тѣмъ обстоятельствомъ, — отсутствіемъ бдительности со стороны собственника — въ виду котораго владѣльцу открывается возможность стать собственникомъ, а совсѣмъ другимъ. Собственникъ можетъ быть *въ состояніи малолѣтства, сумасшествія, глухонѣмоты, отсутствія поневоли*, и можетъ *лишь по сему* не прерывать владѣльческаго состоянія противника. Непрерывность владѣнія, при этихъ условіяхъ, не квалифицируетъ положенія дѣлъ. И въ этихъ случаяхъ мы не включаемъ въ счетъ давностнаго срока все то время, когда владѣніе не прерывалось, потому что его прервать было некому. Владѣлецъ въ этихъ случаяхъ продолжаетъ владѣть, но срокъ давности не течетъ для него. Это — *praescriptio dormiens*. Различіе ея отъ перерыва очень существенно, ибо при перерывѣ все время, до него протекавшее, не идетъ вовсе въ счетъ давностнаго срока, еслибы потомъ владѣніе возобновилось, тогда какъ въ случаяхъ пріостановки теченія давности владѣлецъ имѣетъ право зачесть себѣ время владѣнія до наступившаго препятствія и къ сему присоединить то время владѣнія, какое протечетъ послѣ устраненія этого препятствія. Къ сожалѣнію, наше законодательство далеко не полно въ перечисленіи этихъ препятствій, пріостанавливающихъ теченіе давности (см. прилож. къ 694 ст., п. 2 и 4). Итакъ, я владѣль вещью, на которую притязаетъ N, какъ

собственникъ. Мое владѣніе длилось 5 лѣтъ. N не искалъ и умеръ. Я продолжаю владѣть еще 5 лѣтъ, въ теченіе коихъ наслѣдникъ N не прерываетъ моего владѣнія, будучи малолѣтнимъ. Непрерывность моего владѣнія въ первыя пять лѣтъ квалифицируетъ его; но, затѣмъ, слѣдующія пять лѣтъ владѣнія не довершаютъ теченія требуемаго закономъ десятилѣтняго срока. На все это время, пока наслѣдникъ N былъ малолѣтнимъ, теченіе давности приостанавливается. Онъ сталъ совершеннолѣтнимъ и можетъ искать. Но вотъ онъ не ищетъ еще 5 лѣтъ, и тогда къ старой квалификаціи (пять лѣтъ непрерывнаго владѣнія) присоединяются эти новыя пять лѣтъ, и давностное, безспорное, непрерывное владѣніе, въ видѣ собственности въ теченіе десятилѣтняго срока, будетъ налицо.

Длительность срока давности у насъ для движимыхъ и недвижимыхъ имуществъ есть десятилѣтняя (ст. 565). Такой срокъ представляется не всегда удобнымъ. Въ римскомъ правѣ, какъ извѣстно, для недвижимостей было два срока — одинъ въ 10, а другой въ 20 лѣтъ (для присутствующихъ и отсутствующихъ); для движимостей 3 года. У насъ одинъ и притомъ общій для движимости и недвижимости. Полезно было бы ввести поправку къ этому въ смыслѣ установленія двухъ сроковъ и притомъ различныхъ, смотря по движимымъ или недвижимымъ вещамъ, а засимъ осложнить реквизиты давностнаго владѣнія требованіемъ правооснованія (титула) и добросовѣстности, ибо только при этомъ условіи институтъ будетъ дѣйствительно служить интересамъ права собственности.

Разъяснивъ три реквизита давностнаго владѣнія въ нашемъ правѣ (способность вещи, квалифицированное владѣніе и срокъ непрерывнаго его теченія), мы переходимъ теперь къ разсмотрѣнію вопроса о томъ, каково *дѣйствіе давности*. Мы обращали вниманіе на то, что элементы нашего дѣйствующаго права, какъ системы *гражданскихъ отношеній*, не выдержаны. Понятно, что имѣя такіе объекты, каковы бывшія населенныя имущества, наше право и не могло достигнуть этого, ибо подводить отношенія, возникавшія по поводу этихъ „имуществъ“, подъ понятіе *отношеній гражданскихъ* до послѣднихъ консеквенцій, не было возможности. Мы указали также на связь частнаго обладанія съ условіями государственной службы. Понятно, что на этой почвѣ не могли возникнуть чисто-гражданскіе институты. Поэтому дѣйствіе давности въ нашемъ старомъ законодательствѣ было крайне ограничено. При тогдашнихъ условіяхъ мы съ помощью давности могли бы перевести всю недвижимую собственность подъ вотчин-

ные титулы, кто владѣлъ 10 лѣтъ, тотъ и получалъ бы титулъ. Вотъ чѣмъ, между прочимъ, объясняется та двойственность въ выводахъ Энгельмана о давности, на которую нельзя не обратить вниманія въ его сочиненіи. Въ условіяхъ стараго нашего быта онъ дѣйствительно не могъ найти соотвѣтствія института нашей давности римскимъ понятіямъ о ней. Но при измѣнившихся условіяхъ новаго законодательства, когда представлялось возможнымъ безъ посягательства на права службы и безъ нарушеній интересовъ государства, освоивать чисто-частное обладаніе, тотчасъ же возникъ вопросъ о давности, неразработанность котораго въ законодательствѣ ставила практику въ величайшее затрудненіе.

Однако практика, какъ и слѣдовало ожидать, нашлась и вышла изъ него установленіемъ *требованія акта*, на основаніи котораго лицо владѣетъ имуществомъ, именно въ видѣ собственности. Хотя бы лицо владѣло 10 или болѣе лѣтъ — все равно, при утвержденіи за нимъ его владѣнія, особенно при передачѣ имъ своего имущества другому, отъ него требуется удостовѣреніе о владѣніи въ видѣ собственности. И такая задержка, порождаемая практикой, въ старое время дѣйствительно была въ большемъ ходу. Тамъ, гдѣ былъ хотя какой-нибудь актъ, удостовѣряющій свойство владѣнія и его безспорность, практика не создавала препятствій при укрѣпленіи владѣнія или при отчужденіи имущества. Да иначе и быть не могло: при другой, болѣе строгой точкѣ зрѣнія ни одинъ актъ не оказался бы въ порядкѣ, ибо при ихъ написаніи и утвержденіи, въ нихъ всегда вкрадывались формальные и матеріальные недостатки, иногда весьма существенные. Только отсутствіе актовъ создавалъ препятствіе для превращенія владѣнія въ собственность. Если же, при ссылкѣ на владѣніе въ теченіе 10 лѣтъ, лицо представляло болѣе или менѣе отвѣчающій требованіямъ закона документъ (см. еще ст. 699), то владѣніе его признавалось безспорнымъ и могло подлежать свободному отчужденію и передачамъ, сдѣлки по коимъ при этихъ условіяхъ утверждались судами безпрепятственно. Въ тѣхъ же случаяхъ, когда никакихъ актовъ не было предъявлено, когда владѣлецъ ссылался только на одну давность, нотаріусъ обыкновенно отказывалъ въ совершеніи актовъ отчужденія имущества.

Такой порядокъ продолжался до тѣхъ поръ, пока кассационная практика Сената (⁷²/₇₉₂) не разрѣшила этого вопроса иначе, предоставивъ возможность подавать въ Окружные Суды прошенія о вводѣ во владѣніе на основаніи давностнымъ образомъ приобрѣтеннаго права собственности. Явилась, такимъ образомъ, возможность съ содѣйствіемъ суда утверждать имущества за давностными

владѣльцами исключительно на основаніи одной давности. Только съ этихъ поръ мы можемъ говорить, что въ нашемъ правѣ возникъ институтъ давности пріобрѣтательной (ср. ст. 533, 557—568 и разъясненія ихъ при помощи кассац. практ. по Гаугеру).

§ 15.

Общая собственность и разные виды неполной собственности. — Сервитуты вещные и личные.

Наряду съ примѣненіемъ института собственности къ вещамъ матеріально-раздѣльнымъ, мы находимъ, начиная съ латинской системы, примѣненіе этого института и къ такимъ вещамъ, которыя матеріально недѣлимы. Это примѣненіе собственности служитъ основой для особой конструкціи соучастія нѣсколькихъ лицъ въ обладаніи одной вещью по отвлеченнымъ долямъ, для коей средневѣковая терминологія создала особый терминъ — *condominium*, *Miteigenthum*, общая собственность. Временно такая *общая* собственность или общее владѣніе можетъ примѣняться и къ имуществамъ раздѣльнымъ (ст. 543, 549). Допустимъ, что одна вещь поступаетъ въ наслѣдство двумъ сонаслѣдникамъ. Если это вещь дѣлимая, то связь совладѣльцевъ будетъ лишь временною. Такое совладѣніе будетъ имѣть мѣсто при наслѣдованіи 2-мя лицами одного поземельнаго участка. Временно это будетъ одно имѣніе съ двумя хозяевами, а затѣмъ оно дробится на два особые имѣнія для каждаго изъ двухъ хозяевъ (т. X, ст. 393). Но *по свойству вещи*, или *по позитивному опредѣленію законодательства*, такое дѣленіе вещи можетъ оказаться невыполнимымъ. (Выше мы указывали на различіе понятій дѣлимости и недѣлимости вещей см. особ. ст. 393—395). Въ такихъ имуществахъ будетъ налицо столько совладѣльцевъ, сколько лицъ притязающихъ на недѣлимую вещь, при этомъ они вовсе не связаны договоромъ товарищества, а лишь фактомъ совладѣнія одною вещью (ст. 544).

Недостатокъ способности вещи къ реальному дѣленію, или временная нераздѣльность имуществъ, не устраняютъ возможности точно опредѣлять объектъ обладанія каждаго совладѣльца при помощи пріема *дѣленія имущества на идеальныя части, на доли*. Тогда образуется понятіе общей собственности и общаго имущества. Въ такомъ матеріально-единомъ имуществѣ каждому совладѣльцу принадлежитъ отдѣльная абстрактная, а не матеріальная доля.

Опредѣленіе общей собственности даетъ 543 ст. X т. „право

собственности, принадлежащее двумъ или многимъ лицамъ на одно и то же имущество, есть право собственности общей; оно называется также правомъ *общаго владѣнія*“. Затѣмъ въ рядѣ статей, сюда относящихся, мы видимъ *два категоріи* явленій этого рода. Прежде всего, устанавливается право собственности общее въ имуществахъ *нераздѣльных* (ст. 545 и слѣд.), а затѣмъ право собственности общее въ имуществахъ, *подлежащихъ раздѣлу* (ст. 550 и слѣд.). Относительно послѣдняго постановленіе ст. 550 совершенно ясно: „никто, говоритъ эта статья, не обязанъ оставаться соучастникомъ въ общемъ имѣніи, подлежащемъ раздѣлу, если не изъявитъ на это согласія“. Итакъ, въ этомъ случаѣ каждому совладѣльцу предоставляется во всякое время требовать дѣлежа. Но покуда имущество находится въ общей собственности, каждый совладѣлецъ имѣетъ притязаніе только къ идеальной его части.

Что касается распредѣленія расходовъ и доходовъ по этому имуществу между совладѣльцами, то относительно доходовъ ст. 554 постановляетъ, что „до раздѣла общаго имущества, доходы съ онаго принадлежатъ, такъ же, какъ и въ имуществѣ недѣлимомъ, всѣмъ соучастникамъ онаго *по мѣрѣ ихъ частей*; распоряженія въ имуществѣ такъ же, какъ и порядокъ управленія, должны быть по общему согласію“. Такимъ образомъ, каждый совладѣлецъ имѣетъ свой пай, свою долю доходовъ, причемъ и то, и другое онъ можетъ отчуждать такъ же, какъ и любую отдѣльную матеріальную вещь.

Не трудно видѣть, что свобода выхода изъ совладѣнія, съ правомъ требовать при томъ раздѣла имущества, можетъ повлечь за собою весьма невыгодныя послѣдствія для другихъ совладѣльцевъ, желающихъ продолжать общее обладаніе. Затѣмъ, иногда раздѣлъ имущества именно въ данную минуту представляется невыгоднымъ. Отсюда возникаютъ вопросы, кто въ этихъ случаяхъ подлежитъ отвѣтственности за убытки и ущербъ, которые могутъ произойти отъ осуществленія раздѣла, и можно ли въ нѣкоторыхъ случаяхъ отсрочить этотъ раздѣлъ? и если нѣтъ, то кто несетъ отвѣтственность за убытки и въ другихъ случаяхъ? На всѣ эти вопросы наше законодательство не даетъ отвѣта.

Такая же неясность господствуетъ и въ постановленіяхъ о расходахъ на содержаніе вещи и о раздѣленіи дохода. Законъ предполагаетъ здѣсь основу *общаго согласія* соучастниковъ. Но какъ достигается цѣль при несогласіи, на примѣръ, одного совладѣльца,—на это нѣтъ отвѣта въ нашемъ законодательствѣ, хотя отвѣтъ неотложенъ. Очевидно, что при извѣстной недобросо-

вѣстности совладѣльца надежда получить его согласіе неосуществима. Въ римскомъ правѣ, какъ извѣстно, разумный выходъ изъ этого затруднительнаго положенія заключался въ томъ, что лицо, дозволяющее себѣ такой произвольный способъ дѣйствія, противорѣчащій интересу другихъ совладѣльцевъ, будетъ отвѣчать за него и можетъ даже потерять свою долю (L. 52, § 10 D. pro socio 17, 2 и L. 4, C. de aedificiis privatis 8, 10). Французы, частью примыкая тѣсно къ римскимъ ученіямъ, частью восполняя ихъ мѣстнымъ обычнымъ правомъ, подробно развили понятіе общей собственности, въ особенности по отношенію къ *mur mitoyen* (Art. 653 — 673). Французы дали мѣсто этому ученію въ главѣ *des servitudes établies par la loi*.

Что касается имущества, не подлежащаго раздѣлу, то разумная задача установленія порядка совладѣнія имъ, и отношеніе къ этой задачѣ законодательства должны заключаться въ томъ, чтобы содѣйствовать всѣми средствами переходу этого общаго имущества изъ рукъ многихъ въ руки одного лица, соединенію всѣхъ долей имущества въ одномъ лицѣ. Этотъ переходъ достигается правомъ предпочтительной или первой покупки.

Относительно имущества нераздѣльныхъ наше законодательство въ ст. 544 постановляетъ, что „право общаго владѣнія относится... къ имуществу, которое по свойству своему или по закону есть недѣлимое...“ Далѣе, ст. 546 указываетъ, что „распоряженіе общимъ нераздѣльнымъ имѣніемъ должно быть по общему согласію“, но тамъ, гдѣ такого согласія нѣтъ, статья не даетъ никакого выхода. Гораздо содержательнѣе постановленіе статьи 548, которая гласитъ: „участникъ въ общемъ... имуществѣ (нераздѣльномъ) властенъ продать или уступить часть свою другому, но не иначе, какъ съ согласія прочихъ. Если они не захотятъ принять къ себѣ въ соучастники того, кому настоящій хозяинъ намѣренъ уступить часть свою, то должны сами уплатить хозяину за оную по справедливой оцѣнкѣ...“ Наконецъ, ст. 545 X тома говоритъ, что „доходы, получаемые съ общаго нераздѣльнаго имущества, принадлежатъ всѣмъ соучастникамъ по соразмѣрности частей...“

Словомъ сказать, въ нашемъ законодательствѣ мы имѣемъ только самыя общія, такъ сказать, шаблонныя данныя, касающіяся общихъ доходовъ, расходовъ, дѣлежа и пр. въ общихъ имуществахъ. Въ такой обрисовкѣ, общія имущества весьма мало походятъ на тѣ, которыя функціонируютъ въ этомъ качествѣ въ практикѣ. Отсюда слѣдуетъ, что съ помощью данныхъ законодательства мы не можемъ составить себѣ яснаго представленія

и о томъ, какъ должны разрѣшаться указанныя трудности общаго совладѣнія въ жизни.

Такъ какъ всѣ эти вопросы могутъ быть конструированы на основаніи общихъ началъ цивильнаго права, то всего скорѣе мы придемъ къ правильному ихъ разрѣшенію на практикѣ съ помощью положеній на этотъ счетъ римскаго права. Цѣлесообразныя конструкціи объ общей собственности, о *condominium* и т. п. мы можемъ заимствовать также и изъ другихъ правъ, которыя путемъ рецепціи усвоили себѣ римскія начала.

Таковъ модифицированный типъ собственности, отличающійся отъ того понятія собственности, которое мы установили ранѣе. Къ этому надо добавить, что въ специальномъ случаѣ общности, образовавшейся при наслѣдованіи умершему, нашъ законъ (ст. 1324) даетъ *старшему* преимущественное право сохранить имущество въ цѣломъ составѣ въ своихъ рукахъ, удовлетворяя другихъ деньгами. Понятіе *старшаго* возбуждаетъ недоразумѣніе практики.

Мы имѣли случай указать выше, что въ основу всей систематики вещныхъ правъ въ т. X ч. I положено дѣленіе права собственности на *полное и неполное* (см. выше стр. 37 и слѣд., ст. 423 и 432 и слѣд.). Это дѣленіе совсѣмъ не опредѣляетъ внутренними юридическими признаками разныхъ явленій вещнаго права и легко даетъ поводъ къ недоразумѣніямъ и неясностямъ. Съ понятіемъ собственности неполной въ гл. 3-й раздѣла 2-го кн. 2-й связаны очень различныя по своему юридическому строенію институты. Сюда отнесено право участія общаго, право участія частнаго, право угодій въ чужихъ имуществахъ. На ряду съ этимъ мы находимъ въ той же главѣ введенныя много позже выработки общей системы тома десятаго имущества заповѣдныя и майоратныя. Сюда же отнесены частью одновременно съ публикаціей 1-й ч. X т. въ первомъ изданіи, частью мною позже выработанныя права пользованія чужимъ имуществомъ. Въ всякаго сомнѣнія, еслибы старые методы классифицировать всѣ вещныя права на двѣ категоріи правъ собственности, полного и неполнаго, продолжались, то въ категорію неполнаго права собственности слѣдовало бы ввести образовавшіяся какъ особыя формы легально опредѣленнаго владѣнія недвижимостями мірское землевладѣніе (и иныя формы мѣстнаго и для отдѣльныхъ союзовъ выработаннаго поземельнаго строя) и издавна существовавшее въ предѣлахъ дѣйствія литовскаго статута вѣчно-чиншевое землевладѣніе.

Обѣ послѣднія формы, какъ особыя и мѣстныя, не были введены въ систему X т. Мірское землевладѣніе было легально разработано въ связи съ общимъ движеніемъ законодательства, имѣю-

щемъ цѣлью устройство сельскаго состоянія, въ составѣ особаго приложенія къ т. IX (законы о состояніяхъ). Туда же, гораздо позже, было введено и положеніе о поземельномъ устройствѣ сельскихъ вѣчныхъ чиншевиговъ, но уже въ томъ видѣ, въ какомъ это поземельное устройство было признано позднѣйшими законодательными актами и предназначено для упраздненія посредствомъ выкупа по закону 9 іюня 1886 г.

Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что всѣ эти разнообразныя вещныя притязанія могутъ быть сводимы къ одной категоріи правъ вещныхъ неполныхъ. Нѣкоторыя изъ нихъ наше законодательство характеризуетъ именно какъ неполное право собственности, съ тѣмъ или инымъ ограниченіемъ полноты собственности, какую изображаетъ намъ ст. 420 т. X ч. I.

Изъ этого состава неполныхъ вещныхъ правъ мы до сего времени разсмотрѣли тѣ ихъ виды, которые введены въ составъ X т. ч. I. Въ ближайшей связи съ межевымъ законодательствомъ это были именно ограниченія права собственности правами участія общаго (выше, стр. 78 и слѣд.). Эти ограниченія, въ томъ видѣ, въ какомъ ихъ даетъ намъ нашъ гражданскій кодексъ, представляютъ собою крайне скудный по содержанію законодательный матеріалъ, пришедшій къ намъ большею частью изъ прошлаго вѣка и по свему развитію далеко уступающій не только праву римскому, но и любому современному европейскому кодексу (ср., напр., Нов. Гер. Гр. Улож. ст. 904 и слѣд.).

Другой видъ ограниченій полноты права собственности на недвижимости даютъ намъ права угодій, составляющія, какъ мы показали выше, въ связи съ межевымъ законодательствомъ, остатки старинныхъ формъ общности, которыя уже давно признаны вредными для правильной хозяйственной эксплуатаціи естественныхъ богатствъ (см. выше, стр. 74 и слѣд.).

Нынѣ это суть отживающія свой вѣкъ права въѣзда въ лѣса, тамъ, гдѣ они основаны на писцовыхъ книгахъ и не прекращены вырубкой и выдѣломъ лѣснаго участка въѣзжему владѣльцу (ст. 453—462); на ряду съ этимъ удерживаются, тоже какъ остатки старины, мѣстами бортные ухажья, бобровые гоны, звѣринья, птичьи и рыбныя ловли и другіе промыслы (463—466).

На ряду съ подобными ограниченіями права собственности по недвижимостямъ любая развитая система гражданскаго права заключаетъ въ себѣ цѣлый циклъ *вещныхъ правъ на чужую вещь, составляющихъ служебныя отношенія одной недвижимости къ другой* (сервитуты предіальныя) или такія же служебныя отно-

шенія, но приуроченныя къ лицамъ, а не къ вещамъ (сервитуты личные).

Нашъ дѣйствующій гражданскій кодексъ знаетъ и то и другое явленіе. Служебныя отношенія недвижимостей, основанныя на правѣ сосѣдства между ними, составляютъ повсюду какъ бы необходимую компенсацію развивающагося исторически обособленія землевладѣльческихъ, сельскихъ и городскихъ участковъ взаимнѣ нѣкогда существовавшихъ формъ общности пользованія удобствами, связанными съ поземельнымъ обладаніемъ въ данномъ округѣ. Съ обособленіемъ участковъ, особенно въ сельскомъ землевладѣніи, является потребность точнѣе опредѣлить взаимныя отношенія отдѣльныхъ участковъ другъ къ другу въ интересахъ пользованія правомъ проѣзда, прогона скота, водопоевъ и подобныхъ потребностей сельскаго общежитія. Такія же связи опредѣляются въ условіяхъ городского сосѣдства въ интересахъ постройки городскихъ зданій, пользованія свѣтомъ, водостоками и прочее ¹⁾.

Извѣстно, что эти сервитутныя отношенія достигли очень значительнаго развитія въ правѣ римскомъ. На этой латинской основѣ юриспруденція разныхъ земель запада развила дальше и очень обогатила, согласно требованіямъ современнаго общежитія, системы сосѣдскихъ, сельскихъ и городскихъ вещно-служебныхъ отношеній отдѣльныхъ землевладѣній.

Очень богато развитыми и цѣлесообразно разработанными находимъ ихъ въ прусскомъ ландрехтѣ.

Французскій кодексъ, по образцу латинской системы, даетъ намъ двѣ широко развитыя системы сервитутныхъ отношеній: а) личныхъ (*usufruit, usage, habitation*, кн. 2-я тит. 3-й) и b) земельныхъ (*servitudes ou services fonciers*, кн. 2-я тит. 4-й). Въ этой системѣ достаточно разработаны не только содержаніе, но и способы возникновенія и прекращенія сервитутовъ (*Char. III, art. 686* и слѣд.).

Нѣмецкое имперское гражданское уложеніе разработываетъ эти службы по тѣмъ же категоріямъ и рубрикамъ, какія опредѣлились въ латинской системѣ (*Denstbarkeiten*) въ 5-мъ раздѣлѣ 3-й книги.

Наше право, зная хорошо это явленіе, котораго возникновеніе можно прослѣдить на нашей почвѣ исторически, обозначаетъ его технически очень удачнымъ терминомъ *права участія*

¹⁾ Здѣсь мы наблюдаемъ въ мірѣ вещей и ихъ взаимоотношеній тоже, что видно въ мірѣ лицъ, когда въ результатъ разрушенія старинныхъ, личныхъ, союзныхъ формъ, люди должны, взаимнѣ этихъ старинныхъ связей, развивать *juris vincula* новаго типа, основанныя, главнымъ образомъ, на договорахъ.

частнаго (очевидно въ пользахъ и выгодахъ чужого имущества). Но разработка этихъ важныхъ для правильныхъ отношеній сосѣдства институтовъ совершенно ничтожна въ системѣ нашего общаго дѣйствующаго права. Нѣтъ сомнѣнія, что причина этой скудости лежитъ отчасти въ особыхъ условіяхъ нашего деревенскаго быта, гдѣ до послѣдняго времени преобладало или сравнительно крупное земельное владѣніе, или удерживались старыя формы общности, исключавшія настоятельную необходимость разработки отдѣльныхъ служебныхъ отношеній между сосѣдними земельными участками.

Эти старыя бытовыя условія быстро измѣняются въ новое время въ деревенскомъ и особенно городскомъ сосѣдствѣ. Между тѣмъ наше общее право (т. X ч. I) остается все при тѣхъ же крайне скудныхъ общихъ опредѣленіяхъ какъ личныхъ, такъ и поземельныхъ правъ участія частнаго. Обогатились нѣсколько эти институты лишь въ мѣстныхъ положеніяхъ для крестьянскаго землевладѣнія въ составѣ приложения къ IX тому (см. по Своду уз. и распор. Правит. объ устр. сельск. состоянія изд. И. Л. Горемыкина, изд. 3-е, напр., на стр. 814, т. I ч. I опредѣленіе о составѣ надѣла, полевыхъ, лѣсныхъ угодьяхъ и водопояхъ, ст. 26 и слѣд., стр. 822, ст. 64 и слѣд.; тоже и въ другихъ мѣстныхъ положеніяхъ въ томъ же сборникѣ). Все, что мы имѣемъ въ составѣ X т. ч. I-й по этому вопросу ограничивается немногими статьями, заимствованными частью изъ Уложенія Царя Алексѣя Михайловича, частью изъ позднѣйшихъ законодательныхъ актовъ, межевыхъ инструкцій и отдѣльныхъ указовъ.

Для вещныхъ сервитутовъ законъ:

а) предоставляетъ владѣльцу земель и покосовъ, лежащихъ вверху рѣки, требовать, чтобъ сосѣдъ не *поднималъ рѣчной воды*, угрожая этимъ дѣйствию мельницъ и лугамъ и пашнямъ, которыя могутъ быть потолены, и чтобы хозяинъ *противулежащаго берега* не примыкалъ къ берегу плотины безъ согласія сосѣда (442);

б) предоставляетъ, въ пользу мельничнаго строенія, примыкающаго къ одному берегу, *право примкнуть плотину* къ *противулежащему берегу*, за что владѣльцамъ этого берега предоставлено пользоваться выгодами, выговоренными ими себѣ при постройкѣ мельницы (443—444);

в) опредѣляетъ *ширину малыхъ дорогъ для проѣздовъ* чрезъ чужія дачи въ лѣса и угодья, для *прогона скота* къ рѣкамъ и *водопоя* въ три сажени (449);

г) при измѣненіи теченія большихъ и малыхъ рѣкъ и рѣчекъ,

служившихъ границей владѣнія, для стороны лишившейся водопоя, *назначаетъ вновь дороги*, при чемъ вообще воспрещено занимать для этой цѣли усадебныя мѣста и повреждать строенія (450—451);

е) для сервитутовъ *городскихъ* дается всего двѣ статьи, изъ коихъ одна направлена не къ учрежденію служебныхъ отношеній, а къ *огражденію сосѣдскихъ* землевладѣній *отъ злоупотребленій сосѣдской близостью* (ст. 445 запрещаетъ пристраивать поварни и печи къ стѣнѣ чужого дома, лить воду и сметать соръ на домъ или дворъ сосѣда, обращать на оный скать кровли и дѣлать окна и двери въ брандмауерахъ), другая указываетъ способъ, коимъ производится „уступка правъ собственности“, очевидно на чужую недвижимость съ цѣлью установленія (и прекращенія) правъ участія частнаго. Все содержаніе этого сервитутнаго права, которое не можетъ быть иначе приобрѣтено или отмѣнено какъ общимъ порядкомъ, установленнымъ для приобрѣтенія, потери и ограниченія вещныхъ правъ по недвижимостямъ, т.-е. съ участіемъ старшаго нотаріуса, ограничивается *дозволеніемъ сдѣлать окно* во дворъ или крышу (?) сосѣда. Разъ уступленное указаннымъ порядкомъ такое право получаетъ характеръ именно вещнаго права по недвижимостямъ, или права участія частнаго, связаннаго съ обладаніемъ господствующаго и служебнаго землевладѣнія, а не съ лицами владѣльцевъ (ст. 446).

Еще значительно скуднѣе, чѣмъ эти предіальные сервитуты, развились въ нашей системѣ общаго права сервитуты личные. Законодательство даетъ намъ нѣкоторыя общія опредѣленія этого права въ связи съ общимъ расположеніемъ видовъ собственности полной и неполной (ст. 432) и ограниченій, коими эта неполнота условлена. При этомъ право пользованія не разрабатывается какъ особый институтъ и особый видъ правъ участія частнаго, отличный отъ предіальныхъ сервитутовъ, и соотвѣтствующій сервитутамъ личнымъ, а именно только какъ ограниченія полного права собственности. Этотъ видъ ограниченій, вѣрнѣе, это особое право пользованія разсматривается отдѣльно, смотря по тому, на какую категорію вещей оно простирается.

Сперва идутъ недвижимости (ст. 514—521), потомъ движимости (534—536). Разработка отдѣльныхъ положеній для этихъ двухъ видовъ права пользованія такъ слабо систематизирована, что собственно для обѣихъ категорій повторяются одни и тѣ же положенія только въ разной редакціи и за разными нумерами статей.

Въ общемъ ясно, что право пользованія можетъ возникать по весьма различнымъ актамъ, договорнымъ между частными ли-

цами, уступкой земель въ частное владѣніе отъ казны (ст. 514, 515, 516, 535). Опущенъ здѣсь случай предоставленія правъ пользованія (пожизненнаго) силой закона, именно въ пользу родителей на имущество, приобрѣтенное ихъ умершими бездѣтно дѣтьми (ст. 1140).

Во всѣхъ случаяхъ за собственникомъ, на имуществѣ коего лежитъ это право участія частнаго въ пользу другого лица, сохраняется власть распоряжаться вещь, уступать, передавать право собственности кому онъ хочетъ, лишь бы не стѣснялось этимъ право пользователя (521, 535, 1141).

Затѣмъ пользованіе можетъ быть *полнымъ*, когда всѣ произведенія и доходъ принадлежать пользователю, и *неполнымъ*, когда нѣкоторые доходы или произведенія ему не предоставлены (536). Есть нѣкоторое основаніе видѣть здѣсь соотвѣтствія латинскому узупфрукту и простому *usus*. Это и можетъ, натурально, случиться. Но законъ нашъ не хочетъ выработать никакихъ типическихъ формъ пользованія, никакого *особаго института*. И особенно въ рядѣ статей о пользованіи недвижимостями указываетъ именно, что все содержаніе такого права условливается актами, которые его устанавливаютъ. Оно, вопреки нормальному латинскому типу, можетъ быть и срочнымъ, и пожизненнымъ, и наследственнымъ (см. 514, 515, 516, 520).

Чѣмъ объяснить эту скудость легальныхъ опредѣленій, это нежеланіе выработать типическій институтъ пользованія недвижимыхъ имуществъ, въ особенности въ нашемъ до-реформенномъ правѣ?

Причина этого, быть можетъ, въ томъ, что главное вниманіе указной дѣятельности сосредоточивалось въ ту пору на имуществахъ недвижимыхъ, господствующій типъ коихъ составляло населенное имѣніе. Натурально, къ этому виду имуществъ, кромѣ понятія собственности, примѣнять еще другіе виды вещныхъ правъ не могло входить въ планы законодательной политики стараго времени.

Какъ только прежній объектъ вотчиннаго права уступилъ мѣсто понятію имущества недвижимаго въ подлинномъ для него видѣ, т.-е. въ видѣ землевладѣнія безъ прикрѣпленнаго къ нему населенія, такъ это препятствіе устранилось само собою, и почти тотчасъ вслѣдъ за симъ мы имѣемъ указъ, коимъ регулируется *пожизненное владѣніе* родовымъ имѣніемъ, предоставленнымъ однимъ супругомъ другому по духовному завѣщанію. Указъ появился въ 1862 г. февраля 27-го. Понятіе такого пользованія недвижимостью послѣ одного изъ супруговъ въ пользу другого

(безъ завѣщанія) очень издавна знакомо нашему праву. Оно извѣстно подъ именемъ *кормли* въ Псковской судной грамотѣ (ст. 88 и 89).

Въ позднѣйшемъ законодательномъ движеніи оно было почти забыто. Указъ 62-го года о пожизненномъ владѣніи супруговъ тоже не введенъ въ категорію правъ участія частнаго (ст. 442—451), а внесенъ какъ отдѣльный случай права владѣнія и пользования отдѣльнаго отъ права собственности въ категорію ограниченій права собственности.

Въ общей нашей системѣ это единственный случай, гдѣ нѣсколько подробнѣе разработано по содержанію право пожизненнаго владѣнія какъ особый институтъ вещнаго права на чужую вещь, близко сходный съ латинскимъ *узуфруктомъ*.

Такое имѣніе принимается во владѣніе не иначе какъ *по описи* всего, что входитъ въ его составъ. Опись составляетъ мѣстное начальство въ присутствіи заинтересованныхъ или ихъ представителя (ст. 533¹). Завѣщатель не можетъ уволить дестинатара отъ выполненія этого требованія своимъ распоряженіемъ (тамъ же).

Пожизненному владѣльцу принадлежать всѣ доходы, выгоды и удобства завѣщаннаго имѣнія со дня смерти завѣщателя. Онъ въ правѣ сдавать такое имѣніе въ аренду на нормальные для аренды сроки (1692¹, 1693), только въ томъ пространствѣ правъ, какое указано закономъ для пожизненнаго владѣнія, съ полученіемъ арендной платы не болѣе какъ за годъ впередъ (533⁷). Такіе арендные контракты обязательны и для наслѣдниковъ вотчинника (тамъ же п. 4).

Пожизненный владѣлецъ обязанъ поддерживать имѣніе отъ разстройства всѣми средствами. Лѣса, если они составляютъ особую доходную статью, подлежатъ пользованію согласно правиламъ лѣсного хозяйства (533⁶).

Имѣніе, состоящее въ пожизненномъ владѣніи, несетъ всѣ лежащія на немъ долги и подлежитъ продажѣ на ихъ удовлетвореніе, причемъ вырученная за удовлетвореніемъ долговъ сумма должна быть помѣщена въ кредитное установленіе какъ собственность наслѣдниковъ прежяго вотчинника, и пожизненный владѣлецъ имѣетъ притязаніе только къ процентамъ съ этого капитала.

Кромѣ общихъ основаній прекращенія правъ имущественныхъ вообще, правъ вещныхъ въ особенности и спеціально правъ на чужую вещь, извѣстныхъ изъ общихъ началъ ихъ построеній въ латинской системѣ, нашъ законъ указываетъ особый случай

прекращенія пожизненнаго пользованія супруговъ, именно случай расторгненія брака (что, казалось бы, разумѣется само собой, ибо въ указѣ 62 г. рѣчь идетъ только о *супругахъ*, а не о тѣхъ, кто въ союзѣ супружескомъ не состоитъ болѣе), или случай признанія брака недѣйствительнымъ по процессу, начатому не позднѣе двухъ лѣтъ по смерти завѣщателя (ст. 533¹³).

Несмотря на относительно болѣе детальное развитіе, институтъ пользованій или пользовладѣнія въ позднѣйшемъ его приложеніи по закону 62-го года, все же нельзя сказать, чтобы это блѣдное его очертаніе можно было признать удовлетворяющимъ требованіямъ сколько-нибудь развитой системы гражданскихъ правоотношеній. Слабое развитіе всего сервитутнаго права, особенно круга сервитутовъ личныхъ для системы имущественныхъ отношеній въ теперешнемъ ея развитіи такъ же неудобно, какъ отсутствіе какой-либо общепризнанной грамматической формы въ данномъ языкѣ, какъ нѣкоторой органической пороки рѣчи, своего рода юридическое косноязычіе, которое тяжело мститъ за себя въ цѣломъ оборотѣ рѣчи, на строѣ всей системы вещныхъ правъ, и не однихъ только вещныхъ,—на всемъ процессѣ имущественнаго обмѣна. Такими отрицательными формулами какъ *неполною собственностью*, ограниченіемъ права собственности, обойтись нельзя тамъ, гдѣ необходимы особые понятія, особые институты съ положительно выдержаннымъ содержаніемъ, извѣстнаго юридическаго типа.

Мы сейчасъ же, въ дальнѣйшемъ изложеніи почувствуемъ это неудобство.

Мы переходимъ къ тому виду *неполной собственности*, ко-
ему наша положительная система присвоиваетъ особое наимено-
ваніе *имѣнія заповѣднаго*.

§ 16.

Право собственности въ заповѣдныхъ наследственныхъ и маіоратныхъ имѣніяхъ.

Наше законодательство относитъ эту форму, а также и владѣніе на правѣ маіоратномъ, къ понятію *неполной собственности* и ставитъ ихъ на-ряду съ правами участія общаго и частнаго, съ правомъ пользованія въ чужомъ имуществѣ, въ главѣ II, разд. II, книги II тома X.

„Собственность“, составляющая содержаніе института заповѣдныхъ имѣній, образуетъ не столько неполную собственность,

сколько *нецивильную* форму обладанія, вещное право, развившееся въ нецивильныхъ интересахъ.

Развился этотъ видъ вещнаго права особенно у нѣмцевъ, но и прежде нѣмцевъ онъ былъ извѣстенъ въ итальянской практикѣ и въ Испаніи. Эпоха развитія этой собственности въ Германіи есть эпоха мелкихъ земскихъ *господствъ* (въ отличіе отъ хозяйствъ, ибо понятіе господства содержитъ въ себѣ больше элементовъ власти, чѣмъ понятіе хозяйства). Въ Германіи такихъ мелкихъ господствъ образовалась масса; они, главнымъ образомъ, возникли изъ особыхъ договоровъ, а отчасти и изъ завѣщаній нынѣ упраздненныхъ, медиатизированныхъ бывшихъ владѣтельныхъ семей. Отсюда получаетъ свое начало понятіе фидеикомисса и фидеикомиссарнаго имущества, совершенно отличнаго отъ соотвѣтствующаго римскаго понятія. Въ римскомъ правѣ фидеикомиссарная форма представляетъ собою замѣну прямого наслѣдника, такъ сказать, душеприказчикомъ, который, покуда онъ не исполнилъ лежащей на немъ обязанности, хотя и рассматривается какъ *heres*, но это есть *heres fiduciarius*, обязанный (въ универсальномъ фидеикомиссѣ) реституировать все наслѣдство фидеикомиссарному наслѣднику. Тотъ, кого онъ долженъ будетъ надѣлить, косвенный наслѣдникъ, получаетъ всю матеріальную сторону наслѣдства. Такова основа римскаго фидеикомисса, которымъ позже стали пользоваться, чтобы установить преемство въ цѣломъ рядѣ лицъ (впрочемъ, ограниченномъ), которыя не существовали въ минуту смерти завѣщателя и, стало быть, не могли быть преемниками его правъ по его завѣщательному акту.

Новый фидеикомиссъ, германскій, прикрываясь римскимъ наименованіемъ, былъ созданъ въ практикѣ 17 вѣка, въ Германіи, прямо для противодѣйствія, для борьбы съ римскимъ. Нѣмецкій фидеикомиссъ имѣетъ въ своей основѣ не просто распоряженіе своимъ имуществомъ на данный случай, но и извѣстную *автономію* учредителя, устанавлиющаго особый *порядокъ правопреемства для цѣлыхъ поколѣній*. Фидеикомиссъ устанавливается и дѣйствуетъ не по общему закону, а, такъ сказать, самозаконно, въ силу спеціальнаго закона, установленнаго и дѣйствующаго въ данной семьѣ.

Все строеніе этого института держится на томъ главномъ основаніи, что все имущество, входящее въ составъ наслѣдства, признается *недѣлимымъ* и въ этомъ видѣ, цѣликомъ, переходитъ отъ одного лица къ другому. Этотъ переходъ можетъ быть сравниваемъ съ преемствомъ власти, которая, напр., въ порядкѣ династическомъ, также переходитъ недѣлимо во всемъ своемъ составѣ къ одному преемнику.

Такимъ образомъ, эта форма имущества имѣетъ не тотъ характеръ, какой имѣютъ имущества, вообще предназначенныя для оборота, а характеръ *заказной*, налагающій на имущество нѣкоторую *заповѣдь* и тѣмъ ограничивающій его гражданскую оборотность. Имущество, составляющее предметъ фидеикомисса, скорѣе всего есть *имущество цѣли*, *Zweckvermögen*, причемъ цѣль въ данномъ случаѣ будетъ заключаться въ *поддержаніи именитаго рода* или въ другомъ какомъ либо интересѣ, касающемся даннаго класса лицъ, опредѣленнаго сословія (*splendor familiae*). Ясно, что такая цѣль не есть цивильная. Это и указываетъ на тотъ специфическій, полуцивильный характеръ, коимъ фидеикомиссарное имущество отличается отъ общаго типа имуществъ въ системѣ нормальной цивильнаго обмѣна.

Наше законодательство, какъ извѣстно, пыталось привить къ намъ эти нецивильныя формы обладанія, но попытки оказались безуспѣшными. Нѣчто подобное представляетъ попытка Петра I ввести особый порядокъ преемства по началамъ единонаслѣдія. Связать, однако, эти попытки съ современнымъ состояніемъ вопроса о нецивильныхъ и полуцивильныхъ формахъ обладанія въ нашемъ законодательствѣ нѣтъ возможности. То, что мы находимъ нынѣ въ составѣ X т., не имѣетъ никакой связи съ предыдущимъ. Новыя постановленія по этому предмету внесены въ нашъ сводъ совершенно самостоятельно. Въ 1845 г. былъ выработанъ законопроектъ института заповѣдныхъ имѣній, цѣлью установленія коихъ было не только поддержаніе именитыхъ родовъ, но и успѣхи крупныхъ промышленныхъ предпріятій. Законъ 1845 опредѣлялъ, что для установленія этихъ формъ обладанія необходимо, *каждый разъ особо*, разсмотрѣніе и одобреніе той особой цѣли, ради которой налагается заповѣдь на имущество, и особое, специально на этотъ случай *Высочайшее повелѣніе*. Въ виду того, что заповѣдное имѣніе представляетъ собою типъ обладанія далеко не чисто-цивильный, весь предположенный комплексъ имуществъ долженъ быть особымъ актомъ власти изъять изъ гражданского оборота. Всего чаще эту форму въ смыслѣ ея цивильнаго строенія сопоставляютъ съ собственностью, вычитая изъ состава права собственности право распоряженія. Такого рода ограниченія собственности встрѣчаются, однако, и въ другихъ случаяхъ, но въ другихъ случаяхъ они устанавливаются *самимъ собственникомъ*, временно, для его личныхъ цѣлей, для обезпеченія кредита. Здѣсь же вещь сама, актомъ законодательной власти, *предназначается не для собственника, а для цѣли внѣшней, и притомъ не на время, а безсрочно*.

Сущность такой заповѣди въ экономическомъ и юридическомъ смыслѣ, заключается въ томъ, что имущество изъ живой цѣнности, изъ вещи, по природѣ своей способной къ гражданскому обороту, превращается въ *main morte*. Съ этихъ поръ такимъ имуществомъ, стоящимъ внѣ оборота, нельзя распоряжаться иначе, какъ порядкомъ, опредѣленнымъ спеціальнымъ на то закономъ.

Что касается *цѣлей установленія заповѣдныхъ имуществъ*, то онѣ могутъ быть различны. Онѣ могутъ быть рассчитаны на промышленный успѣхъ, на нераздробимость большого предпріятія, большого дѣла, производствъ заводскаго, фабричнаго, или на цѣли соціально-политическія, напр., на поддержаніе на долгія времена именитаго, древняго рода. Что касается первой цѣли, то институтъ можетъ, конечно, быть пригоднымъ въ тѣхъ исключительныхъ условіяхъ, гдѣ кругъ граждански правоспособныхъ лицъ тѣсенъ, и союзныя формы товарищескихъ предпріятій въ общемъ правѣ развиты недостаточно или вообще слабо. У насъ преобладающій характеръ имѣетъ послѣдняя цѣль, и для учрежденія заповѣднаго имѣнія къ проекту должно быть присоединено удостовѣреніе дворянскаго происхожденія наслѣдника (ст. 478).

Однако, если мы сдѣлаемъ оцѣнку значенія заповѣдныхъ имуществъ не по отношенію къ этимъ цѣлямъ, а по отношенію *къ интересамъ общества и происходящаго въ немъ цивильнаго обмѣна*, то увидимъ, что установленіе такихъ *mains mortes*, такихъ экстракоммерціальныхъ имуществъ, въ неограниченномъ или, вообще, въ большомъ размѣрѣ и на большихъ пространствахъ, хотя бы и съ промышленной точки зрѣнія, можетъ серьезно угрожать общественнымъ интересамъ. Въ виду этого наше законодательство, въ предупрежденіе возможныхъ вредныхъ послѣдствій, устанавливаетъ *maximum* и *minimum* размѣра имущества, способнаго быть заповѣднымъ. Въ ст. 470 X т. мы имѣемъ опредѣленіе *maximum*'а и *minimum*'а количества десятинъ земли, или количества дворовъ (по старому измѣренію, теперь устранившему), или количества доходовъ, въ предѣлахъ котораго могутъ быть устанавливаемы заповѣдныя имѣнія. Впрочемъ, этой же статьею дозволяется и выходить за означенные въ ней предѣлы, когда въ имѣніи находятся фабрики, заводы и иныя промышленныя заведенія, т.-е слѣдовательно, при наличности въ составѣ имущества промышленныхъ установленій. Ближайшимъ образомъ, указанная статья опредѣляетъ, чтобы при обращеніи имуществъ въ заповѣдныя, они въ общемъ своемъ составѣ заключали не менѣе 10 тысячъ десятинъ земли, или не менѣе 400 дворовъ,

или не менѣе 12 тысячъ годового дохода. Очевидно, этотъ *minimum* установленъ съ цѣлью ограничить претензіи мелкихъ владѣльцевъ на установленіе заповѣди въ ихъ имуществѣхъ, что несомнѣнно представляется цѣлесообразнымъ въ виду особаго порядка учрежденія заповѣдныхъ имѣній. Что касается *maximum'a*, то указанная статья опредѣляетъ, что заповѣдными нельзя дѣлать имущества, которыя въ общемъ своемъ составѣ превышаютъ 4 тысячи крестьянскихъ дворовъ, или 100 тысячъ десятинъ земли, или 200 тысячъ рублей годового дохода. Этотъ *maximum* установленъ очевидно въ интересахъ гражданского оборота и, слѣдовательно, въ интересахъ общества.

Что касается *способа установленія* заповѣдныхъ имѣній, то, прежде всего, имѣніе или нѣсколько имѣній, имѣютъ быть засвидѣтельствованы въ смыслѣ способности къ этой заповѣди (нот. уст., ст. 154, п. 4—выдача свидѣтельствъ на имѣнія, предназначенныя къ обращенію въ заповѣдныя). Нотаріусъ долженъ выдать свидѣтельство о такой способности имущества и о томъ, что оно свободно отъ всякихъ запрещеній (по иску или залогу). Родовыя имѣнія способны подчиняться заповѣди только въ той мѣрѣ, въ какой они составляютъ предметъ распоряженія учредителя (ст. 469). *Заповѣдь*, по просьбѣ учредителя, не можетъ быть установлена иначе, какъ актомъ Высочайшей воли. Наличие законодательнаго акта тутъ рѣшающій моментъ. Для *прекращенія* заповѣди, равно какъ и для какихъ-либо измѣненій въ положеніи или условіяхъ заповѣднаго имущества, примѣняется тотъ же порядокъ, что и при возникновеніи, т.-е. для этого необходимъ также законодательный актъ въ видѣ Высочайшаго повелѣнія. Хотя, какъ мы видѣли, при установленіи заповѣднаго имѣнія необходимо участіе нотаріуса, но его роль тутъ есть только *содѣйствующая*, ибо въ дѣлахъ этого рода можетъ имѣть мѣсто компетенція только не гражданская. Дѣятельность обыкновенныхъ органовъ гражданской юрисдикціи сюда неприменима. Здѣсь дѣйствуетъ сенатъ, въ особенности департаментъ герольдіи, которому министромъ юстиціи объявляется Высочайшее повелѣніе объ изготовленіи грамоты для учредителя, причемъ Высочайшій указъ объ учрежденіи заповѣднаго имущества публикуется въ сенатскихъ и губернскихъ вѣдомостяхъ (483, X). Слѣдовательно, вся процедура установленія заповѣднаго имущества не гражданская.

Разъ заповѣдное имущество существуетъ, необходимо опредѣлить *строеніе тѣхъ имущественныхъ отношеній*, которыя создаются этой формой обладанія. Въ этомъ отношеніи мы встрѣчаемъ рѣзкія особенности, вполне понятныя въ виду специаль-

наго закона, какъ условія возникновенія заповѣдныхъ имуществъ. Такъ, въ составъ заповѣднаго недвижимаго имущества могутъ быть зачислены въ качествѣ его принадлежностей разныя *движимыя вещи*. Наприм., къ нему могутъ быть присоединены документы, фамилныя драгоценности, книги, коллекціи и пр., которыя могутъ составлять принадлежность недвижимости не по свойству своему, а исключительно въ силу спеціальнаго закона. Цѣна нѣкоторыхъ изъ такихъ движимостей въ обще-цивильномъ смыслѣ можетъ быть весьма незначительна, но эти вещи, какъ принадлежность рода, фамиліи, какъ вещи, связанные съ фамилными воспоминаніями для лицъ этой фамиліи, могутъ представлять высокую цѣнность. У насъ это слабѣе развито, чѣмъ въ Германіи, гдѣ, даже, напримѣръ, фамилныя брилліанты изъемяются изъ оборота, переходя изъ поколѣнія въ поколѣніе, изъ рода въ родъ, причемъ членамъ фамиліи предоставляется только пользоваться ими, т.-е. носить ихъ, но ни въ какомъ случаѣ не отчуждать или закладывать (*splendor familiae*). Такимъ образомъ, изъ этого мы видимъ, что составъ заповѣдныхъ имуществъ фиксируется весьма различно и въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ можетъ видоизмѣняться.

Понятіями цивильнаго права опредѣлить характерныя особенности явленія, связаннаго съ обладаніемъ заповѣднымъ имуществомъ, нельзя. Наша кодификація рассматриваетъ владѣльца какъ *неполнаго* собственника имѣнія. Мы много разъ говорили о разныхъ неудобствахъ примѣненія этого понятія. Здѣсь они особенно ясны. Квалификація эта неудобна въ томъ отношеніи, что понятіе собственности неполной страдаетъ неопредѣленностью. Нельзя для цѣлей измѣренія употреблять отрицательные признаки. Если мы опредѣляемъ мѣру, то мѣра, напр., литръ, для этого достаточна, также—полъ-литра, а *неполный* литръ не есть опредѣленіе. Тогда удобнѣе сказать—это не литръ, а совсѣмъ другое измѣреніе. Еще неудобнѣе положеніе статьи 485 (по продолженію), гдѣ право собственности, тоже неполной, приписывается не одному настоящему собственнику, а *всему роду, ради котораго* заповѣдь установлена, стало-быть кругу лицъ какъ родившихся, такъ и *имѣющихъ впредь родиться*. Мы уже видѣли выше, что наше законодательство въ нѣкоторыхъ случаяхъ и простого наемателя называетъ неполнымъ собственникомъ. Такимъ образомъ, подъ неполной собственностью можно разумѣть какой угодно объемъ правообладанія. Называя дестинатаровъ заповѣднаго имѣнія неполными собственниками, мы этимъ ровно ничего не опредѣлимъ. Ближе къ дѣлу было бы сказать, что здѣсь мы имѣемъ

обширнѣйшее пользованіе имуществомъ съ обязанностью охраненія его въ интересахъ установленнаго закономъ преемства. На послѣднее указываетъ ст. 489 (по прод. обязанъ стараться о предотвращеніи всякаго въ ономъ разстройства). Самое же имущество слѣдуетъ разсматривать какъ вещь, имѣющую назначеніе спеціальное, по аналогіи съ вещами, назначенными для публичнаго пользованія, только съ тѣмъ видоизмѣненіемъ, что тутъ дестинатарами являются преемственно слѣдующіе одно за другимъ члены одного рода. Отвѣтственность по сдѣлкамъ, совершеннымъ этимъ хранителемъ, на заповѣдное имѣніе падаетъ лишь въ очень ограниченныхъ предѣлахъ. Оно не можетъ быть ни заложено, ни подвергнуто судебному взысканію въ общемъ порядкѣ. Судьба этого имущества и *увѣковѣченіе* его состава ограждается даже на случай обще-народныхъ бѣдствій, войны, наводненій и т. п. Законъ допускаетъ для возстановленія нарушаемаго такими бѣдствіями хозяйственнаго строя брать только часть запаснаго капитала и въ крайности прибѣгать къ займамъ въ государственномъ Банкѣ размѣрами не выше двухлѣтняго дохода съ этого имущества, и притомъ не иначе, какъ съ разрѣшенія Сената (489, X).

Дѣти владѣльца заповѣднаго имущества въ разныхъ случаяхъ, напримѣръ, при выдѣлѣ, при выдачѣ замужъ и пр., могутъ быть обеспечены капиталомъ, но по размѣру *непревышающимъ трехлѣтняго дохода* съ этого имущества (т. X ст. 1069 и 1211). Въ крайне ограниченномъ размѣрѣ изъ средствъ имѣнія можетъ быть обеспечена и вдова умершаго владѣльца (тѣ же ст.).

Заповѣдное имущество *изъято изъ гражданскаго оборота и въ смыслъ опоры кредита его владѣльцу*. Хозяйство такого имѣнія можетъ процвѣтать, а самъ хозяинъ его въ то же время нуждаться въ самыхъ незначительныхъ ресурсахъ, и если бы онъ захотѣлъ въ виду этого сдѣлать заемъ, то за его личный долгъ имущество не отвѣчаетъ (493, X). Самое имущество, при дурномъ управленіи, можетъ быть передано администрации, однако, не потерять своего характера, причемъ владѣльцу будетъ выдаваться часть дохода, а остальная пойдетъ на улучшение запущеннаго имѣнія.

Только при условіи, что всѣ лица, могущія быть наследниками заповѣднаго имущества въ порядкѣ законнаго преемства, вымрутъ, имѣніе это *теряетъ характеръ заповѣднаго* и вновь вступаетъ въ гражданскій оборотъ. Другой способъ вывести имѣніе изъ заповѣди есть *Высочайшая воля*. При этомъ Высочайшая воля имѣетъ быть выражена или въ отдѣльномъ актѣ, или, какъ

это было въ эпоху освобожденія крестьянъ, въ общемъ мѣропріятіи отчужденія имуществъ всякаго рода для указанныхъ цѣлей. Вырученныя, однако, при освобожденіи крестьянъ, за отошедшія къ нимъ земли, денежныя суммы удержали на себѣ все же характеръ *капитала неприкосновеннаго*.

Къ этому слѣдуетъ добавить, что *дѣйствіе давности не примѣняется* вовсе къ заповѣдному имуществу.

Итакъ, на основаніи этихъ признаковъ, мы вправѣ сказать, что обладаніе заповѣднымъ имуществомъ не есть право собственности, и что цѣли, способы возникновенія и самое содержаніе института заповѣдныхъ имѣній не могутъ быть опредѣлены помощью нормъ гражданскаго права и общихъ цивильныхъ понятій. Съ точки зрѣнія гражданскаго права мы могли бы видѣть въ этомъ институтѣ нѣчто аномальное. Этотъ институтъ можетъ представлять собою при извѣстныхъ условіяхъ явленіе вполне нормальное только въ томъ случаѣ, если мы отнесемъ его къ кругу явленій, лежащихъ на границѣ права гражданскаго и публичнаго. Только въ этой позиціи цѣль установленія будетъ дѣйствительно независимой отъ воли и интересовъ отдѣльныхъ частныхъ лицъ, коимъ присвоены лишь такія имущественныя права, которыя легко согласуются съ этой господствующей цѣлью установленія.

Необходимо выдѣлить эти смѣшанныя, среднія формы обладанія изъ чистыхъ формъ гражданскаго права и отгнать моментъ нецивильный въ строеніи института. Въ этой формѣ только нѣкоторые моменты носятъ характеръ цивильный. Таково, на примѣръ, обращеніе учредителя заповѣднаго имѣнія къ содѣйствію нотаріуса и дѣятельность послѣдняго, таковъ же и самый актъ воли учредителя, рѣшающій наложить заповѣдь на имущество. Въ этихъ моментахъ мы, дѣйствительно, имѣемъ наличность цивильной инициативы. Во всемъ остальномъ институтъ заповѣдныхъ имѣній тѣсно прикасается къ публичному праву, и потому въ примѣненіи къ нему понятіе неполной собственности еще меньше способно внести ясности, чѣмъ въ другихъ случаяхъ.

Вслѣдъ за постановленіями о заповѣдныхъ имуществахъ наше законодательство въ рядѣ статей отъ 494 до 512 устанавливаетъ: „право собственности въ имѣніяхъ, жалуемыхъ подъ именемъ маіоратовъ въ западныхъ губерніяхъ“. Эти статьи отнесены опять къ главѣ о „неполной собственности“. Ст. 494 X т., опредѣляя маіоратное имѣніе, говоритъ, что это есть „казенное имущество, предоставляемое *во владѣніе* (слѣд., маіоратъ не есть собственность) пожалованнаго лица на правѣ маіоратовъ“. Очевидно, что

понятіе *казеннаго* имущества, поступающаго во *владѣніе* частнаго лица, не можетъ разсматриваться какъ право собственности этого лица, какъ то можно было бы заключить по заголовку того раздѣла, гдѣ помѣщены статьи о маіоратѣ. Почему же, спрашивается, кодификаторъ говоритъ о правѣ собственности какъ въ общемъ заголовкѣ III главы, такъ и въ ст. 495, по которой земли и угодья, принадлежащія къ маіоратнымъ имѣніямъ, составляютъ *собственность* владѣльца? Признаковъ права собственности, какъ мы сказали, тутъ нѣтъ, а термины собственникъ, собственность, употребляются здѣсь, какъ и въ другихъ мѣстахъ, въ замѣнъ отвлеченнаго термина: субъектъ, хозяинъ, правообладатель. Нѣмцы выдѣляютъ понятіе субъекта какъ абстракцію и говорятъ, напр., о субъектѣ права наслѣдованія, о субъектѣ обязательства и т. д., и, такимъ образомъ, субъектъ будетъ именоваться то вѣрителемъ, то собственникомъ, то наслѣдникомъ. Гдѣ такое расчлененіе и такая терминологія плохо развиты, какъ, напр., въ нашемъ законодательствѣ, тамъ во всѣхъ этихъ случаяхъ безразлично употребляется неподлинный терминъ „*собственникъ*“. Такъ въ данномъ случаѣ, вмѣсто того, чтобы сказать *лицо, которому жалуется казенное имѣніе*, говорятъ просто *собственникъ*.

Изъ ряда статей, которыя разъясняютъ разсматриваемый нами видъ вещнаго права, мы находимъ, что надъ этими казенными имуществами, жалуемыми на правѣ маіоратовъ, существуетъ постоянный *надзоръ казеннаго управленія* и, по ст. 506 X т., владѣльцу такого имѣнія *вмѣняется въ обязанность*: 1) *управлять имѣніемъ лично* и по возможности имѣть въ ономъ свое пребываніе (натурально, эта обязанность стоитъ въ явномъ противорѣчій съ тѣмъ, что обладаніе маіоратомъ составляетъ собственность владѣльца, ибо изъ понятія собственности ни въ какомъ случаѣ не вытекаетъ обязательное пребываніе собственника въ имѣніи). Передача маіоратныхъ имѣній въ аренду, хотя бы и на короткій срокъ, ни въ какомъ случаѣ не дозволяется (изъ этого запрета также явствуетъ, что тутъ идетъ рѣчь не о правѣ собственности, а скорѣе о правѣ владѣнія, предоставляемомъ притомъ не на общихъ гражданскихъ основаніяхъ, а съ политическими цѣлями и на основахъ, напоминающихъ помѣстную систему); 2) *ограждать имѣніе отъ посторонняго притязанія* и требовать при помощи полиціи возстановленія нарушеннаго владѣнія, или же, начавъ искъ, доносить о томъ палатѣ госуд. имуществъ. Тутъ слѣдуетъ обратить вниманіе на то, что владѣлецъ *обязывается* ограждать имѣніе, тогда какъ, въ гражданскомъ смыслѣ,

онъ имѣть на это *право*, а также и на то, что онъ долженъ доносить палатѣ. Все это ясно указываетъ на нецивильный характеръ института маіоратовъ, къ которому отнюдь не можетъ примѣняться понятіе собственности; 3) *уплачивать* ежегодно *въ пользу инвалиднаго капитала* 3⁰/о съ исчисленнаго по люстраціи дохода. Этотъ пунктъ дополняется ст. 507 и 508 X т., которыя постановляютъ, что если эти 3⁰/о (а равно и другіе платежи) не будутъ своевременно уплачены владѣльцемъ, то имѣніе берется отъ него въ казенный присмотръ на время, пока не будутъ уплачены недоимки, причемъ взятое въ присмотръ имѣніе управляется палатою госуд. имуществъ черезъ выбраннаго ею благонадежнаго чиновника. Въ заключеніе ст. 509 постановляетъ, что владѣлецъ не вправе отчуждать имѣніе, закладывать оное или раздроблять на части и передавать въ другой родъ.

Куда же, спрашивается, мы должны отнести эту форму имущественнаго обладанія? Несомнѣнно—къ праву пользованія чужимъ имуществомъ на основаніяхъ весьма широкихъ, притомъ съ извѣстными, особо опредѣленными, модалитетами (возложеніями, наказами) на этотъ случай пожалованья. По моменту жалованья, эта форма должна быть поставлена также въ тѣсную связь съ уставомъ о службѣ гражданской, ибо имущественныя притязанія здѣсь основываются на пожалованіи и относятся къ имуществу, пожалованному какъ вознагражденіе за службу. Эта форма имущественнаго обладанія очень хорошо была извѣстна у насъ въ старое время. На ней была основана вся помѣстная система. На указанныхъ основаніяхъ права на имѣнія этого рода переходятъ въ наслѣдство мужскому поколѣнію владѣльца по началу старшинства, съ эвентуальными притязаніями женщинъ, при отсутствіи мужчинъ, тоже по началу старшинства (старшей дочери владѣльца, см. подробности въ ст. 1214 и 1215).

§ 17.

Право залога.—Институты залога въ Римѣ; ихъ недостатки.—Реципированное латинское право и партикуляризмы системы залога, идущіе навстрѣчу общему праву.—Методы реального обезпеченія кредита въ новое время.—Отличительныя черты строенія современнаго залога недвижимостей.—Обязательственный и акцессорный характеръ ипотеки.—Возраженія.—Русское право залога въ историческомъ процессѣ.—Дѣйствующая система залога.—Основные черты предложенныхъ преобразованій.—Преобразование старой системы запрещеній.—Закладъ движимостей.

По латинской системѣ классическое сочиненіе принадлежитъ Дернбургу (подробности въ пандектныхъ чтеніяхъ). По современ-

нымъ системамъ, особенно Германской—Штоббе (2-й т. Handbuch d. Deutsch. Privatrechts), сравнительно—Roth (System d. deutsch. Privatr., 3-я ч.); для прусской—Дернбургъ и Гинрихсъ (въ 91 г. оба тома Дернбургомъ 2-е изданіе); для австрійской—Экснеръ. Для насъ особую цѣну имѣетъ прусская система, ибо проектъ Вотчиннаго Устава выработанъ подъ ея господствующимъ вліяніемъ. Французская система не пользуется авторитетомъ, и Лоранъ въ своемъ „Principes de droit civil français“ (особенно т. XXIX и въ проектѣ пересмотра франц. кодекса для Бельгіи (Avant projet de révision du code civil) дѣлаетъ множество упрековъ всей франц. системѣ укрѣпленія недвижимостей, системѣ ипотеки въ особенности. Много проектовъ улучшенія; позднѣйшій, projet de loi sur la reforme du régime hypothécaire présenté au nom de M. Felix-Faure, président de la R. F., par M. I. Darlan, garde des Sceaux (октябрь 1896 г.).

По русскому праву есть почтенныя работы по исторіи залога (особенно Мейера, Побѣдоносцева) и появившійся въ 1890 г. большой трактатъ Л. В. Гантовера „Залоговое право“. Объясненія къ положеніямъ гл. IV, разд. I проекта Вотчиннаго Устава ¹⁾ даютъ исчерпывающее изложеніе ученой и практической литературѣ вопроса и вводятъ съ большимъ умѣніемъ читателя во всѣ подробности современнаго состоянія нашего законодательства и предположенныхъ измѣненій. Большую цѣну для изученія мѣстнаго Польскаго права имѣетъ переводъ обстоятельнаго стараго сочиненія Дуткевича „Польское гипотечное право“. Петербургъ. 1888.

Изъ Пандектныхъ чтеній извѣстно, что въ позднѣйшей практикѣ *вещнаго кредита*, въ римскомъ государствѣ господствующей формой залога стала ипотека, которая устанавливалась на имущества движимыя и недвижимыя должника силою *простаго договора* и этой легкостью установленія превосходила старую фидуціарную форму и владѣльческую форму обезпеченія обязательствъ, *pignus* и т. д. Эта легкость формы установленія ипотеки вела, однако, къ тому, что вѣритель никогда не могъ имѣть юридически достовѣрныхъ данныхъ о томъ состояніи объекта залога, на коемъ собственно основывался его кредитъ. Возможно было всегда, во вредъ даннаго кредита, скрыть уже обременявшія имущество, прежнія ипотеки, или показать ипотеки, позже возникшія, какъ

¹⁾ Въ послѣднее время этотъ проектъ подвергся нѣкоторой переработкѣ и по свѣдѣніямъ, оглашеннымъ въ печати, поступилъ въ этомъ видѣ въ продажу. Если это и такъ, то въ продажѣ эта переработка мало распространена, въ чемъ я имѣлъ случай убѣдиться лично. Указанія и ссылки будутъ сдѣланы по дѣйствительно имѣющемуся въ продажѣ проекту. Различіе для учебныхъ цѣлей не особенно важное.

предшествовавшия. Въ результатѣ вѣритель могъ придти къ убѣжденію, что способность заложенной ему вещи служить обезпеченіемъ его кредита уже вполне исчерпана. Юристы стали прибѣгать къ такъ называемымъ *генеральнымъ ипотекамъ*, которыя обнимали все имущество должника, наличное и имѣющее образоваться, какъ средству вещнаго обезпеченія кредита. Сверхъ того, мошенническія продѣлки должниковъ преслѣдовались карательными способами.

Не легко намъ сказать, насколько подобная недостовѣрность сдѣлокъ, ненадежность кредита (*Unsicherheit, insécurité*), перевѣшивала достоинства легкости и свободы кредитнаго обмѣна; но нѣтъ сомнѣнія, что практика тогда же выработала для массы случаевъ, гдѣ желательна была полная надежность взысканія, *спеціальныя ипотеки*, возникавшія, однако, не силой сдѣлки, а привилегированнымъ способомъ—силой закона. Такія спеціальныя ипотеки тоже могли оставаться тайной для вѣрителя, ибо никакого *обязательнаго оплашенія для ихъ силы не требовалось*. Въ этихъ условіяхъ для *непривилегированнаго вѣрителя* опасность принять въ обезпеченіе кредита вещь, кредитоспособность коей, быть можетъ, вполне уже исчерпана, могла въ отдѣльныхъ случаяхъ еще возрастать. Общихъ надежныхъ средствъ для устраненія этой опасности латинская система не давала никакихъ, или почти никакихъ (законъ Импер. Льва о совершеніи залога при трехъ свидѣтеляхъ не устранялъ привилегированныхъ гипотекъ).

Когда римское право сдѣлалось предметомъ рецепціи на западѣ, то римская ипотека вошла въ систему реципированнаго *общаго права* наравнѣ съ другими институтами. Этой латинской общей системѣ, однако, не удалось вытѣснить безчисленные *партикуляризмы*, дѣйствовававшіе на ряду съ ней. *Партикуляризмъ* мѣстныхъ способовъ укрѣпленія имуществъ для случаевъ ихъ пересвоенія, а равно и для случаевъ залога, далеко не отличались ни легкостью, ни прецизностью латинскихъ цивильныхъ свободныхъ способовъ дѣйствій. Но они давали болѣе надежное въ *матеріальномъ отношеніи* средство обезпечить кредитъ. Итакъ, здѣсь тяжесть, трудность метода, несвобода дѣйствій искупалась матеріальнымъ достоинствомъ новой системы. Надо полагать при этомъ, что и случаи злоупотребленій латинской ипотекой, т.-е. мошенничества, составили здѣсь болѣе значительный процентъ, чѣмъ въ Римѣ, что и побуждало мириться съ неудобствами новой системы, лишь бы не попадаться въ просакъ съ мало приспособленной къ новымъ условіямъ латинской системой. Какъ бы то

ни было, партикулярныя системы нынѣ въ Германіи несомнѣнно торжествуютъ надъ латинской общей и совершенно ее вытѣсняють. Не надо, однако, думать, что нѣмецкіе юристы разработали теперешнюю свою высокую технику гипотечныхъ записей безъ постоянного вліянія классическаго метода на выработку элементарныхъ конструктивныхъ приѣмовъ старо-нѣмецкой техники залоговаго права.

Чтобы представить себѣ кратко, какъ шло развитіе теперешней такъ называемой *германской ипотечной системы* (она есть собственно *новая*, а вовсе не германская исключительно, см. выше о способахъ укрѣпленія недвижимостей вообще), надо имѣть въ виду слѣдующіе главные пункты.

Средствами реального обезпеченія кредита въ партикулярныхъ системахъ въ средніе вѣка служили: а, переносъ собственности (съ условіемъ обратнаго пересвоенія по уплатѣ долга) на кредитора—родъ фидуціи ¹⁾; б, уступка владѣнія (*gewere*) и пользованія вѣрителю отъ должника (купля ренты), удерживавшаго за собою право собственности,—это такъ назыв. *ältere Satzung*,—по времени происхожденія, дѣйствительно предшествовавшая третьей формѣ с, которая состояла въ томъ, что должникъ удерживалъ за собою владѣніе и пользованіе, но подвергалъ заложенную вещь (сначала только движимости, а позже и недвижимости) вещному отягощенію и эвентуально, въ случаѣ неуплаты долга, судебному исполнительному производству, собственно—это родъ запрещенія налагаемаго въ интересахъ даннаго вѣрителя на вещь предпочтительно передъ другими, такъ назыв. *jüngere Satzung* (литература богатая; въ послѣднее время цѣнны работы Франкена по франц. залоговому праву въ средніе вѣка).

Отсюда, изъ этого позднѣйшаго вида *реального обезпеченія кредита* развились въ дальнѣйшемъ основныя черты *современнаго* залоговаго права на недвижимости, рѣзко отличающія его отъ латинской системы.

Здѣсь, во-1, *специализируется* объектъ, служащій средствомъ удовлетворенія вѣрителя; 2, это назначеніе чужой недвижимости для эвентуальной продажи *оплащается* при его установленіи со-участіемъ публичнаго органа, суда; 3, самая продажа совершается не кредиторомъ, какъ въ латинской гипотекѣ, а *судомъ*. Эти основныя черты очень видоизмѣнялись по разнымъ мѣстностямъ и

¹⁾ Фидуціарныя сдѣлки на извѣстный кругъ вещей не могли совершаться иначе, какъ мандипаціоннымъ способомъ, стало быть гласно, и лишь позднѣйшіе методы пересвоенія и обремененія имущества для цѣлей кредита стали въ формальномъ смыслѣ свободными и легкими.

въ различные эпохи, пока не достигли того весьма въ техническомъ смыслѣ законченнаго построенія вещнаго права на чужую недвижимость, которое нынѣ является господствующей формой обезпеченія кредита подъ всякаго рода недвижимости, служащей могущественнымъ орудіемъ борьбы сталкивающихся экономическихъ интересовъ не только отдѣльныхъ лицъ, но и цѣлыхъ классовъ людей, обществъ, націй, наконецъ — государствъ.

Чтобы ориентироваться въ юридическомъ строеніи этого института, мы спрашиваемъ, составляетъ ли это притязаніе кредитора къ чужой недвижимости *вещное* или *личное* право?

Современная ипотека представляетъ собою право обратить тяжесть взысканія на *опредѣленный объектъ*, на недвижимость, цѣна коей и должна послужить средствомъ предпочтительнаго удовлетворенія извѣстнаго долга.

Зомъ указываетъ въ теперешнемъ строеніи ипотеки отсутствіе *прямого воздѣйствія* на вещь со стороны вѣрители, что и затрудняетъ его признать вещный характеръ этого права. Онъ настаиваетъ на *обязательственной природѣ* конструкціи, за которую высказывался въ курсѣ, изданномъ учениками, профессоръ Мейеръ, хотя онъ трактовалъ не столько современную ипотеку, сколько латинскія формы залоговаго права. Въ пользу обязательственной природы залоговаго права приводятъ еще то соображеніе, что оно, какъ *акцессорное*, служащее способомъ обезпеченія взысканія, прекращается актомъ погашенія требованія, т.-е. уплатой по нему.

Противъ этихъ соображеній слѣдуетъ замѣтить: 1, современная ипотека не представляетъ собою акцессорной конструкціи, какою она была въ особенности въ латинской системѣ. Въ современной практикѣ ипотечнаго права нѣтъ надобности *сперва* вступать въ долговое отношеніе къ кредитору и *лишь за симъ* установить ипотеку на недвижимость должника. Возможно при самой покупкѣ имѣнія установить для соучастника сдѣлки, уплачивающаго долю цѣны данной недвижимости продавцу, ипотечное притязаніе къ этому имѣнію на эту именно долю; такъ что соучастникъ вовсе не является впередъ кредиторомъ, а затѣмъ гарантируетъ свое требованіе позже установленнымъ залоговымъ притязаніемъ къ имѣнію. Это будетъ именно *соучастіе* въ приобрѣтеніи, надежность котораго гарантируется занесеніемъ въ ипотечную книгу извѣстной суммы въ отдѣлъ долговъ, лежащихъ на имѣніи, на имя соучастника. Эта конструкція родственна съ куплей ренты, хотя тутъ рѣчь идетъ не о доходѣ, а лишь о долѣ цѣны обремененной недвижимости, къ коей притязаетъ со-

участникъ. — Съ другой стороны, когда собственникъ недвижимости уплатить этому соучастнику его долю и погасить его притязаніе, то ипотека вовсе не исчезнетъ вмѣстѣ съ этимъ, а *приобрѣтается* собственникомъ въ свою пользу. Вмѣсто обремененія недвижимости, въ извѣстной суммѣ, въ 10000, въ пользу соучастника собственникъ является самъ хозяиномъ этой гипотечной записи. Эта гипотечная запись въ 3-е отдѣленіе прусскаго листа (4-го отдѣла нашей „книги“ по проекту 1892 г.), будетъ выражать притязаніе на опредѣленную сумму *самого хозяина имѣнія къ своей же недвижимости*. Онъ можетъ эту ипотеку вновь уступить, опять погасить, удерживать за собою, какъ опредѣленную и удобоотчуждаемую долю соучастія въ обладаніи. Это особое свойство *современной ипотечной системы* создавать такія записи обозначается нынѣшними писателями, въ противоположность акцессорному характеру латинскаго залога, *самобытностью* теперешней ипотеки, самоцѣльностью ея построенія въ отличіе отъ вспомогательнаго только свойства латинскаго залога. — Это одно обстоятельство очень колеблетъ мысль объ обязательственномъ характерѣ конструкціи современной ипотеки.

Но, сверхъ того, — необходимо ли матеріальное воздѣйствіе на вещь со стороны субъекта вещнаго права, чтобы опредѣлить его вещное свойство? Существуетъ право выкупа вещи изъ чужого обладанія (для имѣній родовыхъ). Нѣтъ никакого сомнѣнія, что это право не связано съ тѣмъ или другимъ лицомъ обладателя имѣнія, что оно идетъ противъ любого, направлено на *самую вещь*, есть, стало-быть, вещное, хотя не предполагаетъ никакого матеріальнаго воздѣйствія на чужую вещь.

Русское залоговое право проходило тѣ же стадіи развитія, которыя выше показаны нами, какъ характерныя для такъ называемой германской системы, и одна черта, дѣйствительно отличающая его судьбу отъ современныхъ ипотечныхъ системъ, заключается въ томъ, что оно не встрѣтилось съ латинской системой и не получило такой юридической обработки, которою отличается современная конструкція западныхъ системъ, вслѣдствіе чего его будущее ставится нынѣ въ зависимость не отъ мѣстной высокой его обработки, а отъ болѣе или менѣе высокихъ западныхъ образцовъ.

Въ дальнѣйшемъ мы дадимъ краткую замѣтку по исторіи института, изложимъ дѣйствующее у насъ залоговое право по недвижимостямъ, укажемъ предстоящія преобразованія и заключимъ очеркомъ строенія заклада движимостей.

Въ памятникахъ русскаго права весьма долгое время трудно установить ту связь долговыхъ обязательствъ лица съ имущественнымъ его обладаніемъ, которая составляетъ въ современныхъ системахъ общее и нормальное явленіе гражданскихъ правоотношеній. Первоначально мы видимъ опредѣлившеюся за долги людей отвѣтственность *личную* и лишь чрезъ посредство должника, личной отвѣтственности его и членовъ союза, къ коему онъ принадлежитъ, вынуждаемую имущественную отвѣтственность, или выкупъ должниковъ изъ той или другой формы долговой неволи, къ которой ведетъ невыполненіе обязательствъ. Изъ этихъ формъ личной отвѣтственности за долги возникаютъ въ старину многочисленные постоянные институты, съ тѣми или другими отгѣнками личной зависимости одной стороны отъ другой. Институты этого типа держатся въ практикѣ русскаго права крайне долгое время, не только въ согласіи съ общимъ состояніемъ законодательства, допускавшаго тяжелыя формы личной зависимости, но даже прямо вопреки ему, въ силу простой необходимости нести на себѣ и налагать на своихъ ярмо личной зависимости за деньги. На ряду съ этими формами договорнаго права и способы взысканія по долговымъ обязательствамъ носили такой же характеръ мѣръ, направленныхъ на лицо должника (правежъ), нерѣдко на близкихъ къ нему (долговая тюрьма, которой, даже въ эпоху Екатерининскаго законодательства, подвергаютъ, вопреки закона, жену и дѣтей должника). Условіемъ, благопріятствовавшимъ господству этой личной вмѣсто имущественной отвѣтственности по долгамъ было несомнѣнно *слабое развитіе личного имущественнаго обладанія*, особенно тамъ, гдѣ это имущество было недвижимымъ, и неспособность разныхъ видовъ имущества, особенно недвижимыхъ, составлять предметъ широкаго и свободнаго обмѣна и обремененія посредствомъ залога. Однако, уже значительно ранѣе опредѣлившихся въ исторіи землевладѣнія московскаго государства разнообразныхъ типовъ вещныхъ правъ на земельные участки, мы встрѣчаемъ памятники сдѣлокъ (новгородскія купчія), предметомъ коихъ служитъ отчужденіе со стороны владѣльца лично, или владѣльца и сосѣдей, владѣльца и его дѣтей или родичей, земельныхъ участковъ за деньги, но обыкновенно не окончательно, а условно, до выкупа такой проданной вотчины, такого посилья, самимъ продавцомъ или близкими ему лицами. Нѣтъ сомнѣнія, что одно слово „купля“ въ старину не означало окончательнаго перехода права собственности. Условія, на которыхъ передавались за деньги разнообразныя недвижимости въ старой нашей практикѣ, легко дали бы намъ въ изобиліи всѣ тѣ типы

сдѣлокъ, которые выше мы отмѣтили, какъ замѣнявшія собою и на западѣ специфически-залоговыя сдѣлки позднѣйшей эпохи.

Въ массѣ изданныхъ нынѣ старинныхъ сдѣлокъ новгородскихъ, московскихъ, тверскихъ, мы находимъ передачу *владѣнія и пользо-ванія* недвижимости *за деньги на срокъ до выкупа*. Количество взятыхъ, такимъ образомъ, продавцемъ денегъ находится то въ большемъ, то въ меньшемъ соотвѣтствіи съ дѣйствительной цѣной имущества. За уплатой такому продавцу одной суммы слѣдуетъ нерѣдко еще приплата со стороны приобрѣтателя тому же продавцу, которая повторяется не разъ, пока покупатель выплатитъ приблизительно всю цѣну имѣнія. Но и за симъ все же видно, что правопреемники перваго продавца далеко не всегда считаютъ проданную такимъ образомъ вотчину за окончательно-отчужденную, а ищутъ или выкупить „вотчину свою старинную“, или вновь взять приплату. Въ этихъ и подобныхъ случаяхъ легко различить формы кредита съ вещнымъ обезпеченіемъ то подъ срочную, то подъ безсрочную покупку ренты, т.-е. доходность даннаго имущества. Переходъ сдѣлки кредитной въ основѣ въ сдѣлку окончательнаго отчужденія права собственности на имущество совершается безъ рѣзко выраженныхъ юридическихъ признаковъ. Наименованіе сдѣлки залогомъ и продажей обособляется, наконецъ, въ старой нашей терминологіи, но не всегда возможно въ сдѣлкѣ того или другаго наименованія найти всѣ признаки акта окончательнаго пересвоенія имущества, также какъ въ актѣ залога ясно выраженную специфическую цѣль вещнаго только обезпеченія долга, а не условной продажи.

Безъ всякаго особаго разсчета, по особымъ бытовымъ чертамъ эпохи, сдѣлки этого рода не могли совершаться иначе, какъ съ соучастіемъ круга лицъ, заинтересованныхъ въ обладаніи данной недвижимости, соучастниковъ, отводчиковъ, или установленій, вѣдавшихъ данную категорію имуществъ, стало быть, настолько гласно, что сдѣлки, скрытыя или обманныя, едва-ли могли имѣть значительное приложеніе къ такого рода операціямъ.

Потребность выражать точно признаки сдѣлки того или другаго типа *при самомъ ея совершеніи* опредѣлилась въ особенности въ связи съ разившимся въ московской практикѣ порядкомъ отчужденія недвижимостей съ соучастіемъ публичныхъ органовъ, которые должны были совершать справку и отказъ имущества за приобрѣтателемъ. Въ реформахъ укрѣпленія недвижимостей, введенныхъ Петромъ Великимъ, въ указѣ 1701 г., къ числу *крѣпостей первой статьи*, которыя должны быть заносимы въ книгу у крѣпостныхъ дѣлъ и, затѣмъ, вносимы въ приказы, отъ коихъ

зависитъ вводъ во владѣніе, отнесены *купчія и закладныя на разные виды недвижимостей*. До 1737 года просроченная закладная обращалась въ купчую, что совершалось кредиторомъ съ содѣйствіемъ подлежащаго приказа. Такимъ образомъ, и здѣсь еще нѣтъ специфическихъ признаковъ строенія залоговаго правоотношенія, отличающихъ его отъ эвентуальнаго отчужденія. Но есть уже ясно опредѣлившійся признакъ непремѣннаго, обязательнаго соучастія публичной власти въ осуществленіи притязаній вѣрителя къ имуществу, которое служитъ гарантіей взысканія долга. Въ эту же эпоху, въ указахъ Анны Іоанновны, разработаны опредѣленные способы освобожденія имущества отъ лежащей на немъ тягости *чрезъ внесеніе домовой суммы въ публичное установленіе, съ содѣйствіемъ коего установленъ залогъ*. Изъ двухъ закладныхъ на одну недвижимость лишь *старшая* почитается дѣйствительной. Наконецъ въ эту же эпоху опредѣлилась та специфическая форма обезпеченія кредита, которую нѣмецкіе практики разумѣютъ подъ наименованіемъ *jüngere Satzung*. Заложенная недвижимость остается *во владѣніи и пользованіи должника*, и все обезпеченіе кредитора ограничивается занесеніемъ акта залога въ публичную книгу, съ чѣмъ связано было *запрещеніе совершать на данную недвижимость дальнѣйшіе акты отчужденія или обремененія долгами*. Въ томъ же указѣ Анны Іоанновны предписано, на случай просрочки платежа долга, *предлагать родственникамъ должника выкупить имущество и, лишь за невыкупомъ съ ихъ стороны, подвергать имущество продажѣ съ публичнаго торга на удовлетвореніе долга*. Заимодавцу предоставлено, наравнѣ съ другими, участвовать въ торгахъ, но притязать на самое имущество, какъ на средство погашенія взысканія, онъ можетъ лишь при условіи, что цѣна, имъ предложенная, не ниже другихъ участниковъ торга. Эти моменты несомнѣнно *специализировали окончательное строеніе нашего залога недвижимостей* отъ прежнихъ формъ эвентуальнаго отчужденія. Нельзя, однако, думать, что это опредѣлившееся разъ положеніе развивалось дальше послѣдовательнымъ образомъ. Совсѣмъ нѣтъ; позже встрѣчаются повороты къ старому порядку ¹⁾. При Екатеринѣ операціи укрѣпленія и обремененія переходятъ на другой кругъ учрежденій (мѣстныхъ) въ связи съ учрежденіемъ о губерніяхъ. Количественно операціи этого рода, особенно кредитныя, такъ быстро возрасли, что уже въ XVIII в. раздаются жалобы на неисчерпаемое множество публикацій о заложенныхъ имѣніяхъ, коими обременены тогдашнія офиціальныя вѣдомости.

¹⁾ Подробности въ Истор. Россійск. граж. законовъ, §§ 446 и слѣд.

Въ бытовыхъ условіяхъ той эпохи полезно было не столько поощрять эти общіе позывы къ кредиту, сколько воздерживать отъ излишествъ. Банкротскій уставъ 1800 г. обнаруживаетъ частью именно эту тенденцію. Въ немъ же окончательно опредѣлилась та система реального обезпеченія долговъ недвижимостями, которая съ нѣкоторыми послѣдующими измѣненіями составляетъ и нынѣ дѣйствующій общій законъ. Къ обзорѣнїю этой системы мы и перейдемъ въ дальнѣйшемъ.

Въ основѣ залоговаго права можетъ лежать юридическая сдѣлка, актъ воли лица, устанавлиющій залоговое право (у римл. это консенсуальный контрактъ и тестаментъ), законъ (въ латинской системѣ главнымъ образомъ, и въ нѣкоторыхъ современныхъ системахъ — это *молчаливый* источникъ залоговыхъ претензій) и судебное рѣшеніе. Наше законодательство въ общихъ своихъ нормахъ (т. X, ч. I), разрабатываетъ вполнѣ лишь договорную основу залоговаго права къ недвижимостямъ. Систематическая позиція института залога недвижимыхъ имуществъ въ составѣ т. X, ч. I тѣснѣйшимъ образомъ связана съ положеніями договорнаго права. На ряду съ поручительствомъ и неустойкой, — способами обезпеченія договоровъ и обязательствъ по обоюдному согласію, служитъ залогъ имуществъ недвижимыхъ (и закладъ движимостей). Это главы 3-я и 4-я второго раздѣла (обезпеченіе договоровъ и обязательствъ вообще) книги VI-й (объ обязательствахъ по договорамъ). Такимъ образомъ, въ дѣйствующей системѣ конструкція залога не представляетъ собою той *самостоятельности*, о которой было сказано выше. Наоборотъ, это, въ смыслѣ еще болѣе тѣсномъ, чѣмъ въ латинской системѣ, только *акцессорное правоотношеніе*. Законъ всюду имѣетъ въ виду только залого, въ основѣ коихъ лежитъ договорная сдѣлка, закладная крѣпость на недвижимое имущество; обыкновенно такую сдѣлкой, конечно, въ силу историческихъ основъ, на коихъ развился залогъ, является въ особенности *договоръ займа*, для коего какъ *accessorium* и служитъ эта форма реального обезпеченія (1643 и прил., также 1669 прил.). Во всемъ строеніи залога недвижимости точно также отражается именно эта *obligatio principalis*, хотя натурально, не одно это обязательство можетъ требовать укрѣпленія его надежности залогомъ. Даже для случаевъ договоровъ *подряда и поставки* съ казной требуемое закономъ свидѣтельство отъ нотаріуса для представленія въ залогъ недвижимыхъ имуществъ формулировано какъ удостовѣреніе въ благонадежности залога при *займѣ* подъ сіе имѣніе (см. Прилож. къ ст. 66, пр. 2 Полож.

о казен. подряд. и поставк., ср., однако, Полож. о Нотар. части, изд. 92 г., прилож. къ ст. 192, прим.).

Въ подробностяхъ строенія залога недвижимостей отражается, какъ нѣкотораго рода атавизмъ, близкая связь залога съ пере-своеніемъ имущества, хотя между залогомъ и продажей нѣтъ уже непосредственной близости, какая существовала въ старину.

Отдавать въ залогъ можно только то имущество, которое принадлежит отдающему по праву собственности (1629). Отсюда — не подлежитъ залогоу имущество, въ пожизненномъ владѣніи состоящее, маіоратное, заповѣдное (ст. 488, 509, 1641; кромѣ именно указан. закономъ случаевъ, ст. 489, 1069, 1211 и 1212 и только залогъ дохода). Не могутъ быть отдаваемы въ залогъ части имущества нераздробляемыхъ, также имѣнія, состоящія въ общемъ владѣніи, безъ *общаго* согласія (1633, 1632). Не запрещается, однако, отдавать и принимать въ залогъ имущества, состоящія въ спорѣ, если на нихъ нѣтъ запрещенія (1631).

Если мы сравнимъ эту массу ограниченій въ способности недвижимостей служить средствомъ реального обезпеченія долговыхъ обязательствъ ихъ хозяина съ широкой способностью служить объектомъ ипотеки въ латинской системѣ не только всего наличнаго имущества, но и всего, что позже войдетъ въ его составъ (*omnia quae quis habuit habiturus ve sit*, — l. 6 D. de pignore 20, 1), то насъ поразитъ эта строгость, стѣснительность дѣйствующаго русскаго права по отношенію къ объектамъ залога. Нѣтъ сомнѣнія, что тутъ обнаруживается незабытая связь, родство нашего залога въ его теперешней стадіи развитія съ *отчужденіемъ* имущества. Только то, что можетъ быть объектомъ отчужденія, и только въ томъ кругу лицъ, въ коемъ такіе акты отчужденія могутъ совершаться, дѣйствующій законъ признаетъ способность и лицъ и вещей оперировать посредствомъ залоговой сдѣлки (1638).

Форма совершенія залога недвижимостей есть закладная крѣпость. Крѣпостной порядокъ, съ *соучастіемъ публичныхъ органовъ*, необходимъ не въ цѣляхъ финансовыхъ, ибо крѣпостныя пошлины не взыскиваются прежде, чѣмъ имущество перейдетъ, при извѣстныхъ условіяхъ, къ кредитору для удовлетворенія долга, а собственно въ цѣляхъ *олашенія* посредствомъ наложенія запрещенія на имѣніе.

Дѣйствіе установленнаго залоговаго права будетъ состоять въ томъ, что имѣніе, *оставаясь чужимъ*, во владѣніи и пользованіи его собственника, служитъ реальной гарантіей уплаты обезпеченнаго имъ долга посредствомъ вырученной отъ его продажи

цѣны. Для достиженія этой цѣли въ дѣйствующемъ *общемъ правѣ* средствомъ служить *система запрещеній*, выработанная нашей практикой въ XVIII в. Въ результатѣ, имѣніе, на которомъ лежитъ запрещеніе, не можетъ быть ни продано, ни вновь заложено, иначе какъ съ согласія залогодержателя. До 1862 года никакой актъ, обременяющій вновь имѣніе, на коемъ уже лежитъ запрещеніе, не могъ имѣть силы (1630 и 1630 ¹).

Переходъ имѣнія въ другія руки посредствомъ давностнаго владѣнія не погашаетъ лежащаго на немъ залога. Это составляетъ непремѣнную консеквенцію *вещнаго* характера залогового права, и здѣсь именно пунктъ, въ коемъ тѣсная связь долгового обязательства съ залогомъ какъ бы нарушена, ибо владѣлецъ можетъ не быть лично въ долгу, а тяжесть на имуществѣ все же существуетъ, пока она не будетъ формальнымъ образомъ (см. ниже) прекращена. Частичное погашеніе долга не измѣняетъ ответственности *всего* имѣнія, хотя взысканіе можетъ быть обращено и на одну его часть. Запрещенія налагаются на *имѣнія*, хотя пишутся по фамиліямъ собственниковъ. Закладныя по недвижимостямъ не подлежатъ передачѣ по подписямъ (1653).

Нигдѣ не виденъ такъ ясно *акцессорный характеръ* залога, какъ въ способахъ его *прекращенія*. Собственно не самая уплата долга разрѣшаетъ залогъ, а тотъ же формальный актъ снятія запрещенія, который составляетъ противовѣсъ его наложенію. Но этотъ актъ *снятія запрещенія производится* подлежащимъ присутственнымъ мѣстомъ лишь *по полученіи закладной съ подписью о послѣдовавшей уплатѣ долга*. Въ случаѣ непринятія уплаты вѣрителемъ, сумма можетъ быть внесена въ присутственное мѣсто. Въ томъ и другомъ случаѣ *свободность* имѣнія условлена выполненіемъ цѣлаго ряда обрядностей, степень обязательности коихъ очень спорная, и въ особенности *снятіемъ* лежащаго на имѣніи *запрещенія* (см. по этому предмету поучительный процессъ кн. Кушелева-Бозбородко съ Гинцбургомъ, кас. рѣш. 1877 г. № 137).

Если нѣтъ этого способа прекращенія залоговаго права, то по дѣйствующимъ общимъ нормамъ наступаетъ процессъ взысканія. Взысканіе по просроченнымъ закладнымъ начинается *передачею заложеннаго имѣнія вѣрителю во временное владѣніе съ правомъ управлять и пользоваться доходами съ него*. Сдача совершается по описи. Если бы залогоприниматель не хотѣлъ принять имѣніе во владѣніе, то оно остается на рукахъ хозяина, но тоже по описи, съ обязательствомъ не уменьшать его доходности. Во всякомъ случаѣ, со времени явки ко взысканію вѣритель обязанъ ждать платежа долга въ теченіе года. Разсчетъ явно идетъ на

предоставленіе должнику всѣхъ средствъ выйти изъ залоговаго отношенія безъ роковой продажи на погашеніе долга. Такимъ образомъ, законъ стремится къ тому, чтобы сдѣлать залогъ средствомъ обезпеченія вѣрителя скорѣе въ духѣ старинной передачи имѣнія *во владѣніе* кредитору, съ возможностью для должника выкупить его изъ чужихъ рукъ. Если имѣніе родовое, то право выкупить его отъ вѣрителя принадлежитъ не одному должнику, а также и его родичамъ. По истеченіи года, если нѣтъ уплаты, имѣніе послѣ новой описи и оцѣнки можетъ поступить въ продажу въ цѣломъ составѣ, или въ извѣстной части, смотря по размѣру долга, который окажется лежащимъ на немъ по окончательному расчету. Вырученная цѣна идетъ на погашеніе долга, излишекъ вручается собственнику. Недостатокъ вырученной цѣны для погашенія всей суммы долга не восполняется изъ другихъ ресурсовъ. Вѣрителю предоставляется участвовать на торгахъ; при несостоявшихся торгахъ имѣніе можетъ быть укрѣплено за вѣрителемъ. Закладная идетъ въ цѣну въ случаѣ оставшагося за вѣрителемъ имѣнія по торгамъ (ср. Сборн. Гожева и Цвѣткова, т. I, стр. 738 и слѣд.).

Это *тяжелое* построеніе системы залоговаго права по недвижимостямъ и крайне медленный способъ взысканія по закладнымъ, конечно, дѣйствовалъ неблагопріятно на удовлетвореніе потребности въ кредитѣ и отягощалъ должниковъ всѣми невыгодными послѣдствіями затрудненнаго имущественнаго оборота. Съ тѣхъ поръ какъ главное условіе ограниченнаго и медленнаго оборота съ недвижимостями, т.-е. привилегированное обладаніе населенными имѣніями, было устранено актами 19-го февраля 1861 г., въ состояніи *общаго законодательства* по залогу недвижимостей произошли нѣкоторыя улучшенія. Такимъ образомъ, исключительность обезпеченія имѣніемъ того только долга, по коему на имѣніе наложено запрещеніе, была устранена въ 1862 году дозволеніемъ для недвижимостей, заложенныхъ въ государственныхъ кредитныхъ установленіяхъ, служить, съ вѣдома этихъ установленій, для залога частнымъ установленіямъ и лицамъ (1690¹). Это, конечно, частность, не исцѣлявшая неудобствъ и общей неразработанности старой системы. Серьезныя улучшенія въ старой системѣ требовали пересмотра не только той или другой статьи стараго законодательства, а переработки всей системы укрѣпленія недвижимостей и тѣсно связанной съ нею системы наложенія запрещенія въ обезпеченіе кредита и взысканія съ недвижимостей. А это дѣло трудное съ технической точки зрѣнія, и притомъ крайне дорогое для приведенія его въ исполненіе на пространствѣ цѣлой

имперіи. Мысль и планъ такого улучшенія заботили законодательныя сферы весьма давно. Но ранѣе выполненія этой задачи необходимо было приготовить къ разрѣшенію другія проблемы, еще болѣе неотложнаго характера, чѣмъ улучшение системы недвижимаго кредита.

Такимъ образомъ, улучшение системы кредита по недвижимостямъ шло у насъ долгое время не путемъ измѣненія *общихъ основъ* старой системы, а лишь широкимъ развитіемъ кредитныхъ операцій учрежденій государственныхъ, общественныхъ и частныхъ (въ особенности акціонерныхъ). Въ отдѣльныхъ уставахъ кредитныхъ установленій легко найти много условій, измѣнявшихъ несовершенную технику стараго залога недвижимостей къ лучшему, насколько это, конечно, возможно при оставшихся нетронутыми старыхъ основахъ укрѣпленія имущества и старой системы записей.

Тѣмъ временемъ, успѣхи разработки способовъ укрѣпленія недвижимостей, въ цѣляхъ сдѣлать эти имущества возможно болѣе способными служить основою для кредита, шли на западѣ, особенно въ Германіи, съ крайней быстротой, которую возможно измѣрять не столѣтіями, а десятилѣтіями. Наши планы реформъ постоянно оказывались отсталыми отъ новыхъ улучшеній, которыя успѣвали дѣлать въ этихъ цѣляхъ на западѣ.

Въ настоящее время въ нашихъ законодательныхъ сферахъ проектъ Вотчиннаго устава, въ составѣ коего *глава IV разд. I* относится именно къ залогу недвижимостей, и тѣсно связанный съ нимъ проектъ Положенія о порядкѣ взысканія съ недвижимыхъ имѣній 1893 года—окончательно выработанъ и представляетъ собою продуктъ хотя не самостоятельной, но широко задуманной реформы всего прежняго порядка залога и взысканій. Мы имѣли случай выше указать, что и въ Германіи оба соотвѣтствующихъ этимъ проектамъ обширныхъ элабората для цѣли объединенія имперскаго права появились въ 1889 году. Оба названные нами законопроекта составлены подъ непосредственнымъ вліяніемъ этихъ нѣмецкихъ работъ. Что касается проекта Вотчиннаго устава, и особенно гл. IV разд. I, то на его составителей всего сильнѣе повліялъ прусскій законъ 5 мая 1872 года.

Имѣя въ виду указанная нами выше основы строенія проектированныхъ вотчинныхъ книгъ, мы получаемъ слѣдующія основныя черты предположенной новой системы залога недвижимостей.

Залогъ есть или, а) *добровольный* (договоръ, завѣщаніе) или б) *принудительный* (по суду, по распоряженію правительственной власти). Бремя залога ложится *въ определенной суммѣ* на

занесенное въ вотчинную книгу имѣніе или на долю такого имѣнія, состоящаго въ общей собственности. Въ имѣніяхъ заповѣдныхъ и маіоратныхъ объектомъ залога служатъ только доходы въ указанныхъ закономъ случаяхъ. Обремененіе имѣнія залогомъ совершается чрезъ занесеніе въ надлежащее мѣсто листа или книги (по нашему проекту въ IV отдѣлъ вотчинной „книги“; по прусскому закону въ 3-е отдѣленіе листа).

Добровольный залогъ, *по договору*, служитъ обезпеченіемъ любого требованія (изъ займа, купли, нанесенія вреда, найма и проч.) изъ обязательствъ самого собственника и третьихъ лицъ, *по завѣщанію*, для обезпеченія платежей въ немъ указанныхъ. Если по существу дѣла нельзя опредѣлить ко времени занесенія суммы требованій, подлежащихъ обезпеченію, то опредѣлимость такого залога (*кредитный залогъ*) должна быть видна изъ основаній требованій и указанныхъ при семъ предѣловъ обезпеченія. Для обезпеченія одного требованія могутъ служить *совокупнымъ залогомъ* нѣсколько имѣній.

Занесеніе *принудительнаго* залога совершается лишь по *окончательному* судебному рѣшенію, иначе допускается лишь предварительная отмѣтка въ вотчинной книгѣ. Требовать занесенія могутъ и тѣ правительственныя установленія, коимъ принадлежитъ право распоряженія по взысканію податей, пошлинъ, начетовъ, иныхъ сборовъ и недоимокъ въ пользу казны, земствъ, городовъ и проч.

Количество лежащихъ на недвижимость тягостей не опредѣляется заранѣе никакими нормами, ибо все дѣло здѣсь въ фактическихъ условіяхъ ея кредитоспособности. Законъ опредѣляетъ лишь *очередь* удовлетворенія требованій, которою, конечно, условливается и полнота ихъ удовлетворенія. Въ этой очереди удовлетворенія рѣшающій принципъ есть *старшинство* залоговыхъ правъ. Самое старшинство опредѣляется моментомъ занесенія каждаго изъ нихъ въ вотчинную книгу. Такъ какъ событіе нѣсколькихъ занесеній можетъ наступить въ одинъ и тотъ же день, то рѣшающимъ будетъ *мѣсто*, которое занимаетъ въ очереди записей одна запись впереди другой (*locus principis* въ нѣмецкой терминологіи). Въ составъ требованія входитъ не одинъ капитальный долгъ, а также и проценты за истекшіе два года. Рѣшающее значеніе мѣста даннаго требованія для вопроса объ его удовлетвореніи ведетъ къ тому, что кредитору, стоящему впереди, предоставлено уступить свое мѣсто (натурально въ предѣлахъ суммы, на которую онъ имѣетъ ипотеку) позже возникающему залоговому праву.

Тотъ моментъ строенія ипотеки, который выше мы опредѣлили какъ *черту самостоятельности* (въ противоположность акцессорности латинской ипотеки) новой залоговой системы, принять и въ нашъ проектъ. Такимъ образомъ, собственникъ можетъ сохранить за собою первое мѣсто въ очереди записей на опредѣленную сумму для обезпеченія требованія, которое можетъ возникнуть лишь со временемъ, и коего въ эту минуту еще нѣтъ.

Заложенное имущество отвѣчаетъ за номинальную сумму, проценты (въ указанномъ размѣрѣ) и издержки взысканія по обезпеченному имѣніемъ требованію. Обезпеченіемъ удовлетворенія этихъ требованій служить не только самое имѣніе во всемъ составѣ, какой виденъ по книгѣ въ моментъ занесенія ипотеки, но и всѣ постройки въ немъ возведенныя, хотя бы послѣ занесенія, плоды и растенія (лѣсъ), неотдѣленные и отдѣленные, если они остаются на мѣстѣ и не отчуждены, всѣ движимости, составляющія принадлежность имѣнія, арендная и наемная плата и иные платежи, причитающіеся собственнику по имѣнію, страховыя преміи. Вѣритель въ правѣ страховать самъ въ случаѣ просрочки страхованія имущества, его обезпечивающихъ, за счетъ собственника. На ряду съ этимъ, законъ точно опредѣляетъ дозволенныя собственнику способы эксплуатированія доходности имущества до предѣловъ, гдѣ это можетъ вредить интересамъ кредитора, ограждая его интересы исками или требованіемъ немедленнаго удовлетворенія.

Залоговое требованіе, по проекту, *способно къ передачѣ* другому кредитору, и сверхъ того, залоговой актъ, который выдается вотчиннымъ установленіемъ залоговому кредитору, съ отмѣткой о семъ въ книгѣ, можетъ самъ служить предметомъ *заклада*. Для передачи залоговаго права нужно внесеніе въ вотчинную книгу этой сдѣлки. Для заклада акта необходимо врученіе залоговаго документа вѣрителю съ засвидѣтельствованіемъ (если передача происходитъ не въ вотчинномъ установленіи) нотаріуса о закладѣ, о чемъ нотаріусъ немедленно увѣдомляетъ надлежащее вотчинное установленіе для отмѣтки. Выдача такихъ способныхъ къ передачѣ залоговыхъ актовъ сопряжена съ выполненіемъ указанныхъ законами формальностей и предназначается въ особенности для того, чтобы служить средствомъ обезпеченія сдѣлокъ кредитора съ третьими лицами, напр., по ихъ подрядамъ и инымъ договорнымъ обязательствамъ. При совершеніи залоговой сдѣлки можетъ быть оговорено, что передача залога и выдача актовъ не допускается.

Съ погашеніемъ обязательства, для обезпеченія коего уста-

новлено залоговое право, получится *основаніе* и для погашенія залога, которое производится посредством занесенія этого обстоятельства въ вотчинную книгу. Если отмѣтки о прекращеніи залога не было сдѣлано въ книгѣ своевременно, то требованіе добросовѣстнаго пріобрѣтателя непогашеннаго по книгѣ залога не можетъ быть встрѣчено возраженіемъ собственника, что уступленное ему залоговое требованіе погашено платежемъ или инымъ способомъ.

Вотчинный кредиторъ, по наступленіи сроковъ, въ правѣ требовать публичной продажи имѣнія, въ чьихъ бы рукахъ оно ни находилось. Возможно, однако, обращеніе взысканія на одни доходы, причитающіеся собственнику. Пріобрѣтатель имѣнія съ публичнаго торгоа отвѣчаетъ за долги, на немъ лежащіе, только этимъ имѣніемъ, хотя можетъ, натурально, принять на себя личную отвѣтственность и сверхъ заложеннаго имѣнія. Такія же права взысканія, какъ первоначальный вѣритель, имѣетъ и послѣдующій пріобрѣтатель залога или закладоприниматель залоговаго акта. Противъ требованій третьихъ лицъ, пріобрѣвшихъ залоговое притязаніе *возмездно и добросовѣстно*, могутъ быть предъявлены по существу залоговаго правоотношенія только такія возраженія, которыя явствуютъ изъ содержанія вотчинныхъ записей.

Вотъ главнѣйшія и характернѣйшія основанія предположенной къ введенію у насъ системы залога недвижимостей. По существу это *значительно упрощенная* прусская система, которая тоже составляетъ переработку старыхъ нѣмецкихъ гипотечныхъ уставовъ, въ духѣ примиренія и устраненія нѣкоторыхъ крайностей формализма, имъ свойственнаго.

Тѣмъ временемъ, ускоряя достиженіе цѣли введенія и новаго способа укрѣпленія недвижимостей, и новой общей системы залоговаго права, законодательство наше, начиная съ 1889 года, принимаетъ подготовительныя мѣры для дѣйствительной замѣны прежняго порядка новымъ. Закономъ 26 іюня 1889 г. (см. продолж. 1890 г. къ т. X, ч. 2, ст. 1057, пр. 2) опредѣлено: изданіе С.-Петербургскихъ Сенатскихъ объявленій о запрещеніяхъ на имѣнія прекратить, для статей о запрещеніяхъ съ 1 января 1892 г., о разрѣшеніяхъ съ 1 января 1893 г. Далѣе, въ приложеніи къ ст. 616 уст. гражд. суд. по прод. 1890 г. установлено: 1) что органомъ для наложенія запрещеній и снятія таковыхъ имѣетъ служить мѣстный, по положенію имѣнія, старшій нотаріусъ, для всѣхъ актовъ этого рода, не отосланныхъ до 1 января 1890 г. въ сенатъ. 2) Если одна закладная обнимаетъ нѣсколько недвижимостей, то запрещеніе имѣетъ быть наложено

на каждое имѣніе отдѣльно. Такимъ образомъ, старая система наложенія *общихъ* запрещеній на всѣ имѣнія отдѣльнаго лица отмѣнена. 3) Старшій нотаріусъ возвращаетъ запретительныя статьи, если въ нихъ не обозначенъ *собственникъ*, не указано *имѣніе*, подлежащее обремененію, не указано *требованіе и сумма требованія*, по коему имѣть быть сдѣлана запись, при чемъ *сумма* должна быть обозначена прописью, а не цифрами. 4) Тѣ же реквизиты необходимы для снятія запрещенія. Вмѣстѣ съ этимъ для мѣстныхъ нотаріальныхъ архивовъ будутъ образовываться сборники всѣхъ разрѣшительныхъ и запретительныхъ статей по всѣмъ имѣніямъ cadaго уѣзда и города, входящаго въ нотаріальный округъ. Всѣ статьи, по мѣрѣ вступленія входяція въ одинъ сборникъ, будутъ вноситься въ особую книгу, за каждый годъ особо, за текущими номерами. Для cadaго сборника будетъ общій алфавитный указатель по фамиліямъ собственниковъ, противъ коихъ будутъ отмѣчены нумера статей въ сборникахъ. Такимъ образомъ, всѣ лежація на имѣніяхъ обремененія изъ центральнаго вѣдомства перейдутъ въ мѣстное и послужатъ матеріаломъ для веденія, затѣмъ, на мѣстахъ вотчинныхъ записей вообще и обремененій недвижимостей залогами въ особенности (см. Положеніе о нотаріальной части, изд. 1892 г., прилож. къ ст. 154 п. 5. Въ изд. Уст. гражд. судопр. Вл. Гордона, 1899 г. стр. 798).

На ряду съ указанными нормами общаго закона о залогѣ недвижимостей, т. X, ч. I даетъ основныя черты строенія *заклада движимостей*. Отличіе отъ залога недвижимостей въ томъ, что здѣсь на закладодержателя переходитъ владѣніе вещью, однако, безъ пользованія ею. Предметомъ заклада можетъ быть только *свое* движимое имущество. Исключены именно вещи казенныя, особенно для военно-служащихъ нижнихъ чиновъ съ отвѣтственностью для пріемлющихъ закладъ (1663 и слѣд.; безденежное отобраніе казен. оружія, аммуниціи—ст. 1664). Вопросъ о правѣ собственности на закладываемую вещь закладодателя принадлежитъ къ числу трудныхъ въ нашей практикѣ. Здѣсь должно, по существу дѣла, имѣть приложеніе ограниченіе виндикаціи для случаевъ *добросовѣстнаго* принятія движимостей въ закладъ. Въ виду малой разработки этого вопроса общимъ законодательствомъ, уставы учрежденій и обществъ движимаго кредита обыкновенно заключаютъ въ себѣ положенія на случай виндикаціи движимостей, находящихся въ закладѣ; уставы эти, однако, далеко не одинаково рѣшаютъ вопросъ. Многіе уставы допускаютъ виндикацію заложенныхъ вещей, если онѣ окажутся *похищенными*, хотя бы это

были бумаги на предъявителя (уставъ Одесск. ком. банка). Но Ссудная Казна (уст. кредит., разд. IX, ст. 28), принявъ вещи, которыя позже окажутся краденными, выдаетъ ихъ не иначе, какъ по уплатѣ обезпеченной ими ссуды, а если вещи проданы, то потерпѣвшему возвращается только излишекъ за удовлетвореніемъ притязаній ссудной кассы. По уставу Полтавск. Общ. Взаимн. Кредита оказавшееся впослѣдствіи право собственности на заложенные бумаги не колеблетъ правъ общества, какъ залогодержателя. Встрѣчаются въ уставахъ особыя запрещенія принимать въ закладъ оклады св. иконъ (Цвѣтковъ и Гожевъ, № 4192). Имущество, поступающее въ закладъ, должно быть свободнымъ (не въ описи или секвестрѣ состоящее—1664, п. 2). Мѣстомъ совершенія сдѣлки не долженъ быть кабакъ для платья, посуды, сельскихъ продуктовъ (1665 пр.). Подобныхъ частныхъ ограниченій по полицейскимъ усмотрѣніямъ встрѣчается много въ составѣ нашего законодательства. — Предметомъ заклада могутъ быть не только вещи въ смыслѣ матеріальныхъ объектовъ обладанія, но и цѣнныя бумаги, акціи, облигаціи, билеты кредитныхъ установленій, заемныя письма и проч. — Заемъ подъ закладъ по игрѣ или для игры, если заимодавецъ зналъ это, считается недѣйствительнымъ, закладъ имѣетъ поступить въ казну и половина его цѣны доносителямъ (ст. 1666, т. X, ч. I).

Форма совершенія сдѣлки или а) нотаріальная (respect. крѣпостная, гдѣ нѣтъ нотаріусовъ), или б) домашняя, т.-е. домашнее заемное письмо съ закладомъ движимости. Реальный моментъ сдѣлки виденъ въ требованіи передачи заклада при свидѣтеляхъ (2-хъ) съ описаніемъ вещей въ двухъ экземплярахъ, за подписями сторонъ и свидѣтелей. Противъ злоупотребленій возможны особыя мѣры, именно приложеніе печатей (ст. 1671, 1673). Домовый актъ или домовое заемное письмо съ закладомъ движимости должно быть явлено, подъ страхомъ иначе, при несостоятельности должника, получить удовлетвореніе лишь за удовлетвореніемъ другихъ кредиторовъ (1674).

Дѣйствіе залога не обнимаетъ пользованія вещью и заключается въ правѣ вѣрителя обратить взысканіе на заложенное имущество (1677). На немъ лежитъ обязанность охраны этого имущества подъ страхомъ иначе потерять всю сумму требованія, по коему вещь была принята въ закладъ, и сверхъ этой суммы, заимодавецъ обязанъ отвѣтствовать за эту вещь платежемъ остальной цѣны, безъ всякаго оправданія (1676).

„Закладныя на движимости и домовыя заемныя письма съ

закладомъ движимости не могутъ быть передаваемы по надписямъ“ (1678, для недвижимостей см. ст. 1653).

Съ прекращеніемъ главнаго обязательства прекращается и закладъ, хотя закладное правоотношеніе можетъ быть разрѣшено и независимо отъ этого.

Въ случаѣ взысканія должникъ пользуется 2-хъ мѣсячной отсрочкой, чтобы дать время выкупить закладъ, иначе наступаетъ порядокъ безспорнаго взысканія на основ. законовъ о судопр. гражд. (т. XVI, ч. 2, ст. 580—614) для мѣстностей, гдѣ не введены судебн. уставы, и уст. гражд. суд., согласно правиламъ о производствѣ торговъ и въ особенности ст. 1068 и 1083.

Нѣтъ сомнѣній, что и по закладу движимостей общія нормы дѣйствующаго права оказались не на высотѣ требованій быстро развивавшейся въ новое время потребности въ кредитѣ. Оттуда масса отдѣльныхъ уставовъ для кредитныхъ по движимостямъ установленій, государственныхъ, общественныхъ и частныхъ, дѣйствующихъ какъ отчасти было показано выше (ограниченіе виндикаціи), на основаніяхъ не только видоизмѣняющихся, но и широко восполняющихъ недостаточность общихъ нормъ для института заклада движимостей. Общія положенія для этихъ установленій можно найти въ уст. кредитномъ (т. XI, ч. 2), напр., въ положеніи о ссудныхъ казнахъ (разд. IX), о кредитныхъ установленіяхъ частныхъ и общественныхъ (разд. X), о городскихъ общественныхъ банкахъ (разд. XI), гдѣ указаны частью ихъ операціи, частью способы учрежденія ихъ и образцы ихъ устройства и дѣятельности въ отдѣльныхъ прежде утвержденныхъ уставахъ. Положеніе для ссудныхъ кассъ помѣщается въ т. XIV (уст. о предупр. и пресѣч. преступл.) и выполненіе его находится подъ непосредственнымъ контролемъ полицейскихъ властей.

§ 18.

Способы прекращенія вещныхъ правъ. — Экспропріація. — Юридическая конструкція понятія. — Дѣйствующее право.

Способы прекращенія правъ вещныхъ, условленные ихъ природой, составляютъ предметъ изученія въ системѣ пандектнаго права. Здѣсь намъ надлежитъ остановиться на вопросѣ объ *экспропріаціи* въ современныхъ системахъ. Въ составѣ дѣйствующаго русскаго гражданскаго права вопросъ объ экспропріаціи разработанъ по отношенію къ недвижимостямъ въ отдѣлѣ: „О правѣ вознагражденія за вредъ и убытки (гл. VI, разд. II, кн. 2-й;

самый раздѣлъ озаглавленъ такъ: „о существѣ и пространствахъ разныхъ правъ на имущества“), причемъ эта общая проблема распадается на два отдѣла, отдѣлъ первый—вознагражденіе общественное (нынѣ эту рубрику стали опускать въ нов. изд. т. X, ч. 1, что совершенно непослѣдовательно въ виду сохранившейся рубрики отдѣла второго), отдѣлъ второй—вознагражденіе частное.

Нѣтъ сомнѣнія, что не однѣ недвижимости подлежатъ экспроприаціи. Принудительное прекращеніе права частной собственности обнимаетъ и движимости. Такова масса случаевъ экспроприаціи по соображеніямъ полицейскимъ, для цѣлей прекращенія повальныхъ болѣзней скота, для уничтоженія опасности отъ филоксеры на виноградныхъ лозахъ и т. п. На ряду съ этимъ идутъ экспроприаціи, производимыя для военныхъ цѣлей (напр., въ конской повинности при наступленіи войны).

Чтобы составить себѣ понятіе, въ какихъ широкихъ размѣрахъ практикуется нынѣ экспроприація, полезно прочесть брошюру Гейдельбергскаго профессора Георга Мейера: „Der Staat und die erworbenen Rechte. 1895“.

Чрезвычайно развитое въ современной жизни европейскихъ обществъ явленіе экспроприаціи представляетъ собою по юридической сущности случай столкновенія интересовъ публичныхъ и частныхъ въ области конкретныхъ юридическихъ отношеній. Это не есть область институтовъ, гдѣ такъ или иначе согласуются интересы публичные и частные, или гдѣ ради интереса публичнаго подлежитъ отмѣнѣ цѣлый институтъ (крѣпостное право); а именно область *юридическихъ отношеній*, когда конкретное право лица должно въ данномъ случаѣ уступить мѣсто соображеніямъ общей пользы.

Нѣкоторые изслѣдователи ставятъ на ряду съ экспроприаціей конфискацію имущества. Конфискація недвижимостей и движимостей предпринимается по очень различнымъ поводамъ. Но она имѣетъ, главнымъ образомъ, характеръ карательный и никогда не связана съ обязательствомъ вознаградить собственника за вредъ и убытки, которые влечетъ за собою конфискація. Она составляетъ *способъ прекращенія собственности*, но по свойству своему именно направленный на эту цѣль, на ущербъ, на потерю для того, чье имущество конфискуется. Обыкновенно конфискація составляетъ актъ власти судебной, а не административной, какъ экспроприація для общественныхъ цѣлей. Конфискація поражаетъ не только виновнаго, но и массу лицъ такъ или иначе связанныхъ съ нимъ имущественными интересами. Въ нашей практикѣ она находила широкое примѣненіе въ отношеніи къ служилому

классу въ прошломъ столѣтіи (канцелярія конфискацій). Нѣтъ сомнѣнія, что въ условіяхъ привилегированнаго обладанія населенными имѣніями конфискація въ ту пору имѣла свое основаніе въ началахъ справедливости. Позже она искала себѣ оправданіе только въ чрезвычайныхъ обстоятельствахъ (возстанія цѣльныхъ областей), которыя ее вызывали не столько какъ мѣру справедливости, сколько какъ неизбежное зло, ограничиваемое обыкновенно временемъ настоятельной опасности.

Въ дальнѣйшемъ мы будемъ говорить только объ экспроприаціи для общественныхъ цѣлей.

Въ современномъ состояніи законодательства разныхъ континентальныхъ государствъ очень близко сходятся въ принципахъ, на коихъ держится институтъ. Большое вліяніе на составъ нынѣшнихъ законовъ объ экспроприаціи оказало французское законодательство конца прошлаго и начала текущаго столѣтія. Основу нынѣ дѣйствующаго французскаго права составляютъ законы 3 мая 1841 г. и 27 іюля 1870 г. (*expropriation pour cause d'utilité publique*). Теперешняя французская литература распадается на цѣлую массу работъ чисто-практическаго характера для разныхъ случаевъ экспроприаціи и для разныхъ круговъ лицъ, коихъ интересы ею затрогиваются. Таковы книги Dumaу, особенно Барру, выдержавшая 12 изд. Art. 545 код., на основаніи конституціи 3 сентября 1791 г., провозглашаетъ, что никто не можетъ быть вынужденъ уступать свою собственность иначе, какъ по соображеніямъ общей пользы и за справедливое предварительное возмѣщеніе убытковъ.

Нѣмецкія системы знаютъ отдѣльные земскіе законы общаго содержанія для экспроприаціи (особенно прусскій законъ 11 іюня 1874 г.; другихъ масса см. у Штоббе) и рядъ законовъ имперскихъ по отдѣльнымъ случаямъ экспроприаціи (для недвижимостей съ цѣлями военными, см., напр., знаменитый *Rayongesetz* 21 декабря 1871 г., повліявшій отчасти на нашу ст. 719 т. X ч. I; для движимостей, напр., законъ для огражденія виноградныхъ лозъ отъ филлоксеры, *Phylloxera vastatrix*, — 3 іюля 1883 г.).

Нѣмецкая литература изобилуетъ работами по этому вопросу, котораго особенно касаются писатели по административному праву, Лоренцъ Штейнъ и друг. Между юристами конструкція *принудительнаго отчужденія* до крайности спорная.

Есть писатели, склонные видѣть въ экспроприаціи простое видоизмѣненіе купли. Это, по мнѣнію Гербера (прежнему), *производный* способъ пріобрѣтенія права собственности, но съ обязательной для продавца цѣной вещи, которую устанавливаетъ, при-

ближаясь къ справедливой оцѣнкѣ, покупатель, т.-е. государство, община и проч. Противъ этого построенія экспроприаціи можно сказать очень многое, и рядъ писателей (Мейеръ Георгъ, *Das Recht d. Expropriat.* 1868 г., Лабандъ и друг.) указываютъ на то, что въ экспроприаціи нѣтъ именно *консенза*, который существененъ для купли-продажи. Затѣмъ, большому сомнѣнію подлежитъ, особенно въ виду содержанія новыхъ законовъ (у Meyer'a въ указан. сочин.), чтобы сюда правильно было примѣнять принципы производнаго или посредственнаго (чрезъ прежняго собственника) пріобрѣтенія вещи по титулу купли-продажи. Принудительно-отчуждающій никоимъ образомъ не можетъ быть привлеченъ къ отвѣтственности за эвикцію, за скрытые пороки, за цѣну выше двойной, каковой онъ могъ бы подвергнуться при отчужденіи по *emptio-venditio*, потому что онъ вовсе не думалъ *продавать*, не изъявлялъ на это своего согласія. Наконецъ, экспроприація способна обнять и такой кругъ предметовъ, къ коимъ понятіе продажи вовсе не можетъ имѣть примѣненія, каковы, напр., имущества заповѣдныя (ср. т. X, ч. 1, ст. 589, п. 3).

Цѣлый рядъ писателей (Дернбургъ, Лабандъ) указываютъ здѣсь аналогію съ другими явленіями независимаго отъ собственника отчужденія его вещей, какова, напр., *субгастація*. И тутъ и тамъ нельзя строить правоотношеній на основѣ *передачи* правъ, каковой собственникъ не совершилъ. И тутъ и тамъ основу новаго права составляетъ не договоръ, не правопреемство, а *погашеніе стараго права актомъ судебной или административной власти*, вознагражденіе потерпѣвшаго за вредъ и убытки (при экспроприаціи, конечно) и новообразование юридическое, а вовсе не *переносъ* права, въ рукахъ лица, коему присуждена (адъюдирована) вещь при субгастаціи, или коему будетъ эвентуально принадлежать право собственности на вещь принудительно отчужденную.

Нѣтъ сомнѣнія, что здѣсь мы имѣемъ дѣло не съ простой, а эвентуально съ довольно сложной операціей компетентнаго органа власти для разрѣшенія стараго и образованія новаго правоотношенія. Дернбургъ справедливо отмѣчаетъ въ этомъ явленіи *конфликтъ публичнаго и частнаго права*. Но такихъ конфликтовъ не мало, и намъ надлежитъ для характеристики этого конфликта опредѣлить юридическій эффектъ этой операціи и дать ему мѣсто въ нашей системѣ. Лабандъ видитъ здѣсь *способъ пріобрѣтенія* права собственности. Нѣтъ сомнѣнія, что операціи экспроприаціи можетъ въ результатъ дать обществу, общинѣ, государству именно право собственности на предметъ операціи.

Возьмемъ для примѣра коней въ такъ-называемой конской повинности. Но это вовсе не всегда и непременно такъ. Недвижимость можетъ быть принудительно отчуждена подъ кладбище, подъ площадь, которая составить, такимъ образомъ, въ той или другой степени *изъятый изъ оборота объектъ, а вовсе не предметъ частной собственности*. Лозы зараженного виноградника при экспроприаціи тутъ же сжигаются, а не переходятъ въ собственность государства. Итакъ, собственно и всегда, каковы бы ни были *дальнѣйшія* послѣдствія акта, экспроприація есть способъ принудительнаго *прекращенія права собственности* или иного вещнаго права. Это основной пунктъ различія съ ученіемъ объ экспроприаціи — какъ способѣ *пріобрѣтенія* вещи. Государство ничего не *пріобрѣтаетъ*, а удовлетворяетъ только интересъ общественный (*utilité publique*), когда убиваетъ зараженный скотъ, сжигаетъ виноградники, и стало быть основа вознагражденія за сіе дѣйствіе можетъ въ извѣстныхъ случаяхъ лежать вовсе не въ цѣнѣ вещи, а въ убыткѣ, понесенномъ хозяиномъ участка, нужнаго для той или другой цѣли, хозяиномъ скота, лозъ, которыя угрожаютъ распространеніемъ заразы. Возможно, что въ отдѣльныхъ случаяхъ въ составъ оцѣнки убытка войдетъ и нѣкоторая *премія* для собственника за *доставленіе* извѣстныхъ вещей, обладаніе коими важно въ общественныхъ цѣляхъ (какъ у насъ въ петровскомъ законѣ о доставленіи уродовъ въ Академію Наукъ см. выше, стр. 290, а также въ дѣйствующемъ законодательствѣ для находокъ рѣдкихъ произведеній природы и древностей, которыя имѣютъ быть представляемы въ Археологическую Комиссію — см. прим. 2-е къ ст. 539, т. X, ч. 1 и указан. №№ 2-го Полн. Собр. на коихъ она основана; нынѣ, по закону 25 мая 98 г. для метеоритовъ).

Наше дѣйствующее законодательство, довольно близко подходя къ теперешнимъ типамъ западныхъ законовъ объ экспроприаціи, даетъ намъ слѣдующія главные основанія для принудительнаго отчужденія:

1. Мы находимъ положенія о принудительномъ отчужденіи недвижимостей въ составѣ книги II, т. X, ч. I, которой содержаніе составляетъ порядокъ *пріобрѣтенія* и *укрѣпленія* правъ на имущества вообще. По смыслу ближайшихъ рубрикъ, именно раздѣла второго означенной книги, которая содержитъ интересующую насъ гл. VI этого раздѣла, мы имѣемъ здѣсь дѣло съ *существомъ и пространствомъ* разныхъ правъ на имущества, причемъ *пространство правъ* или *вѣрнѣе предѣлъ права частной собственности* указывается въ данномъ случаѣ *коллизіей* его съ

интересами (пользой) государства и общества. Такимъ образомъ, здѣсь мы найдемъ положенія именно объ *отчужденіи* права собственности на имущества или ограниченныхъ правъ частнаго лица на нихъ. Это, стало быть, ученіе о *прекращеніи*, притомъ недобровольномъ, а принудительномъ этихъ правъ (отдѣл. 1-е гл. VI). *Приобрѣтенія* же правъ, коему посвящена вся вторая книга, обнаруживается здѣсь въ *правѣ требовать вознагражденія* за вредъ и убытки, отъ чего бы таковыя ни произошли, отъ коллизіи ли правъ частныхъ и общественныхъ, или отъ незаконнаго владѣнія, или отъ правонарушающаго дѣйствія (ст. 574).

2. Весь отдѣлъ 1-й главы VI-й распадается на положенія общія, для всѣхъ видовъ принудительнаго отчужденія (ст. 575 и 576), и особыя, для вознагражденія за *самыя имущества*, отчуждаемыя для общественной пользы (ст. 577—601), для случаевъ вознагражденія за *временное занятіе ихъ* и за участіе въ пользованіи чужой недвижимостью (602—608). Оба вида отчужденія допускаются лишь для пользы общественной и государственной и не иначе, какъ за справедливое вознагражденіе (ст. 575, ср. art. 545 с. с.).—При семъ оба вида отчужденій опредѣляются именными Высоч. указами по мотивированнымъ подлежащимъ министерствомъ проектамъ, которые восходятъ на Высоч. воззрѣніе чрезъ Госуд. Совѣтъ (576). Сюда же, къ положеніямъ общимъ, должны быть отнесены предварительныя мѣры соглашенія съ заинтересованнымъ о *добровольной уступкѣ* имущества въ промѣнъ на другое, или за опредѣленную цѣну, въ каковомъ случаѣ производится обыкновенный актъ отчужденія чрезъ купчую крѣпостью (577—579).

3. Если нѣтъ добровольнаго отчужденія, тогда наступаютъ условія отчужденія *принудительнаго*. Для сей цѣли производится, согласно правиламъ уст. гражд. судопроизв., опись и оцѣнка имущества (581), для которой законъ указываетъ обязательныя нормы. Самую оцѣнку производитъ особая коммиссія изъ уѣзднаго предводителя дворянства, мирового судьи, исправника, предсѣдателя или члена уѣздной земской управы и податнаго инспектора, съ нѣкоторымъ видоизмѣненіемъ состава по свойству имущества отчуждаемыхъ (582). Цѣна опредѣляется чрезъ капитализацію 5% дохода съ имущества за послѣдніе 5 лѣтъ. Отчужденіе части имущества можетъ понизить интересъ обладавія цѣлымъ, и это натурально должно вліять на оцѣнку имѣнія (вѣрнѣе, на опредѣленіе мѣры ущерба, который понесъ собственникъ, ст. 548 п. 8). Эвентуальный подъемъ цѣны всего участка въ виду предпріятія, которое требовало экспроприаціи, не понижаетъ размѣра воз-

награжденія. Соображеніе понятно, ибо повышеніе цѣны въ этихъ случаяхъ составляетъ интересъ или выгоду всѣхъ, а не того только лица, которое терпитъ; стало быть, компенсировать одно другимъ было бы неправильно (тамъ же, п. 9). Независимо отъ этого дестинатаръ отчужденія обязанъ устранить неудобства и убытки, которые могъ бы потерпѣть собственникъ отъ его предпріятія, посредствомъ устройства такихъ сооружений, которыя для собственника необходимы, каковы, напр., мосты, плотины, пути, стоки и прочее (п. 11). Еслибы отчужденіе части имущества совершенно уничтожило интересъ обладанія остаткомъ для собственника, ему предоставляется требовать отчужденія цѣлаго (п. 10).

4. Определеніе комиссіи постановляется большинствомъ голосовъ, о чемъ узнаютъ тутъ же наличные владѣльцы, если они сами присутствовали въ засѣданіяхъ, или получаютъ увѣдомленіе. Заинтересованные могутъ въ двухъ-недѣльный срокъ дѣлать противъ определенія комиссіи свои замѣчанія и возраженія, которыя обязательно заслушиваются и могутъ дать основанія для переоцѣнки, послѣ чего протоколы комиссіи идутъ, черезъ губернатора, коего мнѣніе должно быть приложено, на разсмотрѣніе и утвержденіе соотвѣтствующаго министерства (586, 587). До 3-хъ тысячъ окончательное утвержденіе зависитъ отъ министра; выше или при испрошеніи особаго кредита — дѣло восходитъ на уваженіе Государственнаго Совѣта и утвержденія Государя Императора (588). Имущество за симъ *поступаетъ* (передачи вовсе не нужно) въ подлежащее вѣдомство, а потерпѣвшій получаетъ *вознагражденіе* съ $\frac{0}{100}$ по 6 въ годъ со времени его *занятія* (589). Если есть заинтересованные, кромѣ собственника, лица, напр., пожизненные владѣльцы, то, натурально, и ихъ интересы имѣютъ быть вознаграждены (тамъ же, п. 2). Актъ, удостоверяющій права новаго владѣльца, есть *данная*, какъ при субгастаціи, а не купчая (п. 4). На случай могущей оказаться необходимости принудительно отчужденной вещи, законъ нашъ даетъ потерпѣвшему собственнику нѣкоторыя преимущества для обратнаго пріобрѣтенія принадлежавшей ему собственности въ теченіе определеннаго срока (см. ст. 590, 591, 592).

Нѣкоторыя изъ указанныхъ здѣсь началъ нашего законодательства совершенно новаго происхожденія (частью съ 1888 г.) и носятъ признаки вліянія современныхъ западныхъ законовъ и конструкцій.

Особыя правила введены въ 1872 году для экспроприаціи въ виду желѣзно-дорожныхъ построекъ. Здѣсь въ особенности

сокращены сроки операцій комиссії (ст. 594) и иначе определѣна мѣра вознагражденія для частныхъ желѣзно-дорожныхъ предпріятій.

5. Для случаевъ *временнаго* занятія и участія въ пользованіи чужимъ имуществомъ законъ устанавливаетъ вознагражденія въ размѣрѣ шести процентовъ стоимости имущества, по соглашенію или оцѣнкѣ на общемъ основаніи, вносимыхъ за годъ впередъ (602), не долѣе, однако, трехъ лѣтъ, въ каковомъ случаѣ собственникъ можетъ требовать операціи отчужденія (604). Это важно для добыванія нѣкоторыхъ матеріаловъ при постройкѣ дорогъ, устройства защиты отъ свѣжныхъ заносовъ, подъѣздныхъ путей (Выс. утв. мнѣніе Гос. Совѣта Собр. Узак. за 1893 г. № 120). Возможно, кромѣ предварительной уплаты, еще послѣдующее вознагражденіе по ущербамъ, позже оказавшимся (605).

ПРАВО АВТОРСКОЕ И ПРОМЫШЛЕННОЕ.

§ 19.

Самостоятельное положеніе правъ авторскаго и промышленнаго въ системѣ.— Универсальный характеръ института.— Технические названія этой категоріи правъ.— Мысли Гербера.— Опыты построенія и различныя сужденія о необходимости этого института.— Процессъ его развитія.— Идея Канта.— Конструкція Блунчли.— Права личности Оттона Гирке.— Юридическое строеніе правъ авторскаго и промышленнаго.— Предметъ его.— Сближеніе съ нѣкоторыми средневѣковыми типами.

Права *авторское и промышленное*, постепенно расширяясь, заняли въ текущемъ столѣтіи въ особенности очень видное мѣсто въ современныхъ гражданскихъ системахъ на ряду съ другими *имущественными правами*. Эти права, по строенію своему, существенно отличаются отъ тѣхъ типовъ, которые для правъ имущественныхъ выработала латинская система, въ особенности *отъ правъ на тѣлесныя вещи и отъ правъ требованій* или обязательствъ. Самое наименованіе правъ этой категоріи (авторскія и промышленныя) далеко не установившееся въ законодательствѣ и литературѣ. Мы называемъ извѣстные виды права авторскаго литературной, художественной, музыкальной *собственностью*. Права на изобрѣтенія, открытія, усовершенствованія — *привилегіями*, правами на товарные знаки и проч.

Всѣ эти наименованія, какъ и содержаніе правъ, связанныхъ съ ними, не заключаютъ въ себѣ ничего національнаго. Весь вопросъ объ этихъ новообразованныхъ институтахъ, о наименованіяхъ для нихъ, о ихъ юридическихъ построеніяхъ, не носитъ на себѣ никакихъ національных признаковъ. Все это проблемы общія, интересующія одинаково весь цивилизованный міръ и указывающія намъ постоянно расширяющееся и укрѣпляющееся общеніе народовъ и государствъ. Наши термины *право собственности литературной* и проч. составляютъ передачу французскаго термина *propriété littéraire, artistique* и проч. Нѣмцы какъ будто предпочитаютъ терминъ „право авторское“ (*Autorrecht, Urheberrecht*). Но тутъ нѣтъ ничего исключительнаго, ибо и у французовъ встрѣчается названіе *droit d'auteur*, и у нѣмцевъ *geistiges Eigenthum* (см. изд. въ Бернѣ на французск. языкѣ журналъ: „*Le droit d'auteur, organe officiel du bureau de l'union internat.*“).

Когда мы употребляемъ наименованіе собственности литературной (*geistiges Eigenthum*), то этимъ совсѣмъ не достигается та опредѣленность юридическаго строенія этого понятія, которая связана съ латинской *собственностью*. Способъ пріобрѣтенія, объектъ права, способъ передачи, прекращенія защиты *этой собственности* имѣетъ мало общаго съ правомъ собственности на тѣлесныя вещи. Когда права промышленныя мы называемъ *привилегіями*, это свидѣтельствуетъ только о способѣ *утвержденія* этихъ правъ, и то уже отошедшемъ въ прошлое, а вовсе не объ ихъ юридической природѣ.

Если слова эти ничего не даютъ, то ничему и не мѣшаютъ, ибо квалифікація собственности предикатомъ *литературная*, или *промышленная*, или самаго права — *патентнымъ*, составляетъ общепотребительные и условно-опредѣленные термины.

Но этого, конечно, недостаточно для опредѣленности *юридической природы* этихъ явленій.

Нѣмецкая литература послѣдняго времени въ особенности озабочена именно *опредѣленіемъ юридической природы* этихъ явленій и представляетъ цѣлый рядъ любопытныхъ и характерныхъ опытовъ ихъ юридическаго построенія.

Одинъ изъ весьма видныхъ германистовъ, недовѣрчивый къ новымъ *цивильнымъ конструкціямъ*, не основаннымъ на латинскихъ образцахъ, Герберъ находитъ, что авторское право, въ томъ видѣ, какъ его нынѣ разумѣютъ, не представляетъ собою никакого специфическаго *цивилистическаго* содержанія. Авторъ можетъ утилизировать свое произведеніе, можетъ находить удовле-

твореніе, въ томъ вліяніи, какое его идеи оказываютъ на общественное сознаніе, можетъ скрывать его отъ толпы, ограждать свое произведеніе отъ публикаціи, безъ его согласія, ввѣренныхъ имъ кому-либо рукописей, ограждать себя отъ плагіата и т. д. Но все это, по мнѣнію Гербера, *res merae facultatis*, не заключающая въ себѣ никакого опредѣленнаго *юридическаго* содержанія. Вся возможность огражденія *интересовъ* автора исходитъ совсѣмъ не изъ особаго *института частнаго права*, которому предполагають присвоить особое наименованіе литературной собственности, авторскаго права (*Urheberrecht*), а составляетъ простую консеквенцію *деликтнаго обязательства*, возникающаго изъ *легальной нормы*, возбраняющей перепечатку. Тутъ то же, что въ вопросѣ о неприкосновенности жизни человѣка, которая не составляетъ *особаго института частнаго права* въ силу того, что убійство преслѣдуется уголовнымъ закономъ, хотя, нѣтъ сомнѣнія, эта угроза служитъ средствомъ огражденія человѣка отъ покушеній. Близки къ этому взгляды Лабанда и О. Мейера, у коихъ вся основа права авторскаго сводится къ *закону*, къ запрещенію такъ назыв. *concurrence déloyale*, къ *нормѣ публично-правной*, коей право авторское составляетъ лишь отраженіе, рефлексъ, а отнюдь не *особый типъ правъ субъективныхъ*.

Мы замѣтили здѣсь пока только, что право авторское въ томъ видѣ, какъ оно опредѣлилось исторически въ современной практикѣ, есть именно на законѣ (*привилегіи или общей нормѣ*) основанное притязаніе автора на огражденіе его *интересовъ* (свойство этихъ *интересовъ* мы разберемъ дальше) *частнымъ его искомъ* отъ нарушенія со стороны третьихъ лицъ. Въ силу этихъ данныхъ, самое право, хотя отличное отъ другихъ по содержанію, вполне совпадаетъ съ другими *частными* правами по основнымъ признакамъ его конструкции. Сравненіе съ охраной жизни уголовнымъ закономъ не освѣщаетъ дѣла, потому что карательная норма не даетъ основы для притязанія приватнаго, а приводится въ движеніе иными способами. Такимъ образомъ, изъ тѣхъ *нормъ*, которыми ограждено право автора, способенъ именно образоваться *институтъ частнаго права*, именно право авторское, которому соотвѣтствующаго *института частнаго права*, имѣющаго своимъ предметомъ неприкосновенность жизни, мы дѣйствительно совсѣмъ не знаемъ.

Другая группа писателей, въ особенности французовъ (хотя не исключительно), ищетъ въ правѣ авторскомъ признаковъ, соотвѣтствующихъ *праву собственности*. Существенное отличіе этого права отъ собственности условлено лишь свойствомъ его объекта,

который здѣсь не есть матеріально-вещественный, а именно идеальный, продуктъ интеллектуальнаго творчества, идея, воплощенная въ ту или другую форму, или, для собственности промышленной—тоже идеальный, но въ примѣненіи такой идеи, такого изобрѣтенія къ промышленнымъ цѣлямъ. — Независимо отъ того, что въ этихъ построеніяхъ неправильно опредѣляется предметъ юридическаго притязанія, который не есть воплощеніе идеи, — юристъ отнюдь не можетъ допустить такихъ операцій съ понятіемъ вещнаго права, особенно права собственности, въ результатѣ коихъ оно теряетъ всякую распознаваемость и юридическую извѣстность. Нельзя сдѣлать предметомъ иска идею, ее нельзя оцѣнивать, уступать другому. Если контрафакторъ вовсе не будетъ отрицать, что идея его сочиненія вся принадлежитъ не ему, а мнѣ, то онъ все же будетъ виновенъ въ контрафакціи, если за мою идею станетъ класть себѣ деньги въ карманъ, не имѣя моего согласія на изданіе моего сочиненія. Авторское право не есть право собственности на идеи автора, воплощенные въ ту или другую форму, и только.

Такимъ образомъ, прилаживаніе новаго явленія къ старымъ понятіямъ, съ отрицательными (Герберъ) или положительными (французы) результатами приводитъ насъ лишь къ тому заключенію, что признаки огражденнаго частнымъ искомъ интереса есть налицо въ этомъ институтѣ приватнаго права, какъ и въ другихъ.

Много смѣлѣе и продуктивнѣе для института авторскаго права дѣйствуетъ тотъ кругъ писателей, который для этого незнакомаго римскому праву явленія ищетъ *принципіальнаго объясненія и оправданія въ своеобразныхъ для нашего времени историческихъ условіяхъ*, и вмѣстѣ съ этимъ, новыхъ и совершенно независимыхъ отъ латинской почвы основъ построенія.

Въ виду такъ поставленной задачи въ наукѣ и въ современномъ состояніи законодательства мы встрѣчаемъ крайне много розни, внутреннихъ противорѣчій и пестроты данныхъ.

Для обозрѣнія литературнаго движенія по этимъ вопросамъ мы имѣемъ много средствъ не только въ литературахъ западно-европейскихъ, но даже въ отечественной. О правѣ авторскомъ какъ о явленіи новомъ въ юриспруденціи такъ много написано на русскомъ языкѣ, какъ ни по одному изъ основныхъ вопросовъ цивилистики. Мы не будемъ называть работъ авторовъ (Спасовича, Филиппова, Панкевича, Табашникова, Шершеневича, А. Пиленко, у котораго всѣ указанія въ подробности), но не можемъ не замѣтить, что дѣйствительно всестороннюю обработку

вопроса читатель найдетъ въ позднѣйшемъ сочиненіи студента (бывшаго, теперь факультетскаго стипендіата) С.-Петербургскаго университета г. Александра Пиленко.

Прежде всего, въ вопросѣ объ *оправданіи авторскаго права съ экономической и соціальной точекъ зрѣнія*, о чемъ скажемъ лишь вкратцѣ, мы находимъ два направленія мнѣній. Есть писатели, которые отстаиваютъ право авторское во всей силѣ и исключительности его проявленія какъ личной принадлежности автора, которая не подлежитъ, какъ всякая другая собственность, никакому ограниченію во времени (богатые литературныя указанія у Osterrieth'a; для Франціи особенно Pouillet—*Traité*, Wächter—*Autorrecht*, Пиленко—Международныя литературныя конвенціи, Петербургъ. 1894 г.). Это направленіе составляетъ, несомнѣнно, крайность, которая въ этомъ видѣ не отразилась нигдѣ рѣшающимъ образомъ въ законодательной практикѣ.

Другую крайность представляетъ собою ученіе, которое сопровождаетъ всю эпоху постепеннаго развитія авторскаго права (тоже Osterrieth, для Англіи и для Франціи особенно), отрицая всякую экономическую и юридическую основу этого права и видя въ немъ *искусственныя цѣпи*, опасную монополію, стоящую на пути свободного обмѣна высшихъ благъ, принадлежащихъ человѣчеству. Это направленіе литературной пропаганды, какъ крайность, тоже не имѣло *прямого* вліянія на законодательную практику, хотя, какъ извѣстно, есть страны, въ которыхъ защита исключительнаго права автора на его произведеніе развита очень слабо и далеко не во всѣхъ проявленіяхъ интеллектуальнаго творчества (ср. Борзенко, Промышленная собственность. Одесса. 1894 г.).

Оба противоположныя теченія, однако, вся крайность монополіи,—съ одной стороны, и полное отрицаніе всякаго права авторовъ—съ другой, составляютъ именно тѣ *равнодѣйствующія*, подъ вліяніемъ которыхъ шло исторически развитіе нынѣ практикуемыхъ системъ построенія авторскаго права.

Самый *процессъ этого развитія* разработанъ для всѣхъ передовыхъ государствъ запада съ большою тщательностью. Онъ представляетъ собою повсюду очень похожія, почти повторяющіяся фазы, которыя проходитъ идея огражденія интересовъ автора въ своей исторіи. Оболочку, подъ охраной коей зародилось теперешнее авторское право, повсюду составляетъ *монополія*, привилегія (см. Гирке, *Deutsches Pr. recht*, I, стр. 757 и примѣч. 37, гдѣ масса цѣнныхъ литературн. указаній). Эта монополія идетъ, однако, далеко, *не въ пользу автора непосредственно*, а въ самомъ широкомъ смыслѣ *въ пользу издателя*. Собственно только

къ этой фазѣ развитія авторскаго права могутъ быть въ извѣстной степени относимы укеры, которые дѣлались монопольному характеру его построения. Въ этой фазѣ опредѣлилось, однако, не все содержаніе авторскаго права, а лишь одна его сторона, именно имущественная. Это, безспорно, очень важный моментъ юридической конструкціи авторскаго права, но право автора не ограничивается имъ однимъ. Автору, а не издателю, безъ всякаго сомнѣнія, должно быть предоставлено право защищать свои интересы и тамъ, гдѣ рѣчь идетъ не о деньгахъ. Итакъ, присвоеніе себѣ результатовъ чужого интеллектуальнаго труда, покушеніе на чужое творчество составляетъ интересъ до такой степени лично-близкій автору, что выбросить этотъ моментъ изъ конструкціи значитъ оставить недосказаннымъ въ правѣ то, что въ жизненныхъ отношеніяхъ составляетъ нерѣдко добрую долю всего ихъ содержанія.

Эпоха зародышнаго состоянія авторскаго права, когда юридическую формулу, въ которую оно облекалось, составляла привилегія изданія сочиненій, миновала вмѣстѣ съ революціей, поставившей на очередь на мѣсто привилегіи задачу разработки началъ права общихъ. Основу для возрѣнія на существо этого права въ самой личности автора, творца произведенія, указывали особенно философы, не профессиональные юристы. Такимъ образомъ, Кантъ, защищая личный характеръ авторскаго права, исходитъ отъ того положенія, что литературная работа, книга, представляетъ собою *рѣчь автора*, обращенную къ публикѣ, а издатель, распространяющій эту рѣчь, есть лишь уполномоченный автора, причемъ контрафакторъ является дѣйствующимъ именемъ автора, не только безъ его полномочія, но прямо противъ его воли¹⁾.

Между юристами первый, давшій законченную попытку конструировать понятіе права авторскаго на основѣ правъ личности, былъ извѣстный германистъ Блунчли (*Privatrecht* § 47). Мы сейчасъ видѣли, до какой степени одна точка зрѣнія имущественной выгоды, барыша, не исчерпываетъ содержанія правъ авторскихъ именно, не издательскихъ только. Только авторъ въ правѣ дать ходъ своему произведенію, изъ интимнаго, предназначеннаго для извѣстнаго круга лицъ, не вознаграждаемаго ничѣмъ матеріальнымъ, объекта сдѣлать свою работу оборотной цѣнностью. Только авторъ имѣетъ право, не взирая ни на какія невыгодныя для

¹⁾ См. у Гирке стр. 764 пр. 64, указ. сочиненіе Канта, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* Königsb. 1797, стр. 127 и слѣд. и также *Von der Unrechtmässigkeit des Büchernachdrucks*, *Berliner Monatsschrift*, Mai 1785; то же у Renouard'a. Вполнѣ на точкѣ зрѣнія Канта стоитъ извѣстный германистъ Felix Dahn (тамъ же).

него послѣдствія, требовать возврата рукописи отъ издателя, прежде чѣмъ послѣдовала публикація; только ему принадлежитъ власть оспаривать правильность передачи его мысли противъ искаженій, которыя унижительно для его имени, для его авторскаго самолюбія ¹⁾). Нѣтъ сомнѣнія, что въ правѣ авторскомъ есть элементъ *личнаго*, индивидуальнаго, *не рыночнаго* только *интереса*, которымъ опредѣляется его составъ. Какъ бы мало ни былъ доказанъ имущественный интересъ такого рода авторскихъ притязаній на подлинность, правильность передачи его мыслей, этихъ притязаній нельзя вычеркнуть изъ состава правъ авторскихъ на его произведеніе, какъ ихъ сознаетъ современная практика законодательная и судебная по этому вопросу.

Итакъ, Блюнчли выдвинулъ впередъ *существенный* моментъ, дающій характерную особенность строенію этого института. Правда, онъ совсѣмъ оставилъ въ тѣни другую сторону дѣла, именно ту оболочку, въ которой долгое время скрывалось все его содержаніе, т.-е. исключительную принадлежность автору или издателю права утилизировать свою работу для цѣлей матеріальныхъ, по интересамъ и расчетамъ денежнымъ.

За Блюнчли нѣмцы насчитываютъ цѣлый рядъ писателей (Гирке, стр. 765), которые идутъ его же путемъ, такъ или иначе видоизмѣняя положенную имъ въ основу конструкціи идею личности. Самый институтъ находится еще въ такой мѣрѣ въ состояніи броженія, что созданіе для него окончательной юридической формулы было бы, быть можетъ, преждевременнымъ и даже въ извѣстной степени неудобнымъ, предвосхищающимъ его дальнѣйшее свободное развитіе.

Дальнѣйшій успѣхъ разработки этого института заключается именно въ примиреніи или согласованіи двухъ моментовъ, опредѣляющихъ разныя стороны его содержанія, момента личнаго и имущественнаго, ибо они не только сосуществуютъ, но могутъ и коллизировать, и одинъ исключать другой.

Съ другой стороны, идея личности, положенная въ основу строенія авторскаго права, осталась далеко не безплодной для сочетанія *цѣлаго ряда явленій*, въ юридическомъ смыслѣ мало разработанныхъ до сего, но требующихъ, однако, бдительнаго вниманія со стороны юриспруденціи. Это именно рядъ явленій очень цѣнныхъ для торговаго и промышленнаго обмѣна, получившихъ широкое практическое примѣненіе, и все еще мало уясненныхъ юриспруденціей, въ виду ихъ относительной новизны

¹⁾ Иски этого рода въ англійской и французской практикѣ см. у Kohler'a Jahrb. Jhering'a B. 18.

и непримѣнимости къ нимъ латинскихъ юридическихъ категорій. Это есть въ особенности широко развитое нынѣ въ торговомъ оборотѣ понятіе фирмы, торговаго знака (Markenrecht), клейма, этикетки, ярлыка и проч. На ряду съ этими явленіями, въ области промышленной, съ каждымъ годомъ возрастающее значеніе пріобрѣтаетъ такъ называемое промышленное право, droit industriel, brevet d'invention, патентное право, объемъ и содержаніе коего, какъ предмета новаго, опредѣляется очень различно, но которое включаетъ въ себя непочатую область задачъ одинаково новыхъ, трудныхъ и не терпящихъ отлагательства, въ ихъ юридической детальной разработкѣ.

Названный нами уже не разъ выше извѣстный берлинскій профессоръ Оттонъ Гирке, въ своемъ *новомъ систематическомъ трудѣ по германскому праву* (Deutsches Privatrecht. I B. 1895 г.), *связываетъ всѣ указанныя нами сейчасъ явленія* современнаго праворазвитія какъ разнообразныя *формы проявленія личности*, и всѣ ихъ соединяетъ въ одну категорію *правъ личности* (Persönlichkeitsrechte). Идя, очевидно, тѣмъ же путемъ, какъ и Блунчли, Гирке, однако, много смѣлѣе и рѣшительнѣе своего предшественника ставить себѣ задачей создать изъ явленій этого рода *цѣлую систему правъ частныхъ*, совсѣмъ не получившихъ юридическаго чекана въ латинскомъ мірѣ и пріобрѣтающихъ въ современномъ оборотѣ все болѣе и болѣе характеръ опредѣленныхъ юридическихъ типовъ.

Всѣ указанныя нами выше права (и еще нѣкоторыя, см. Гирке 582, коихъ мы здѣсь не касаемся въ виду особенно controверзнаго свойства многихъ сюда относящихся положеній) не должны быть смѣшиваемы съ *правомъ личности*, а составляютъ лишь особыя ея проявленія. Это не есть Recht der Persönlichkeit, а это суть Persönlichkeitsrechte ¹⁾. Они всѣ суть *частныя права*. Въ основѣ своей, они *не суть права имущественныя*, и лишь въ дальнѣйшемъ развитіи они *обнаруживаютъ признаки общіе съ имущественными правами* и подчиняются общимъ съ ними опредѣленіямъ, никогда, однако, не утрачивая вполнѣ особую свойственную имъ складку индивидуальности, личности, изъ которой они исходятъ.

Нѣтъ сомнѣнія, что тотъ рядъ явленій, который мы перечислили выше, дѣйствительно даетъ въ своемъ составѣ *особое со-*

¹⁾ У насъ въ недавнее время появилось по вопросу о личности сочиненіе г. П. Деларова, одного изъ весьма просвѣщенныхъ представителей нашей юридической литературы: „Очеркъ исторіи личности въ древне-римскомъ гражданскомъ правѣ“. Спб., 1895 г.

четаніе лично-имущественныхъ интересовъ, которые регулируются частноправными нормами и неприкосновенность коихъ ограждается нынѣ частноправными (хотя не ими одними) исками.

Таковы мысли Гирке. Очевидно, что тѣсная связь имени лица, фирмы торговаго предпріятія, съ индивидуальностью носителя можетъ, особенно въ области торговой и торговопромышленной дѣятельности, служить основой такихъ несомнѣнныхъ лично-имущественныхъ интересовъ ¹⁾, что регулировать съ юридической точностью всѣ условія извѣстности такой фирмы или имени, право пользоваться ими въ дѣловыхъ операціяхъ, защищать исключительность ихъ употребленія и проч.,—составить для законодательства задачу первостепенной важности, ничѣмъ не уступающую задачѣ подобной разработки любого юридического отношенія имущественнаго типа. Такое же значеніе юридической извѣстности, какое здѣсь имѣетъ *имя*, можетъ имѣть для торговопромышленныхъ цѣлей *товарный знакъ*, клеймо, этикетъ, какъ способъ *индивидуализировать* объектъ права, товаръ, движимость.

Мы не будемъ останавливаться на этихъ явленіяхъ современнаго торгово-гражданскаго права, тѣсно связанныхъ съ понятіями торговаго, торговца, товара, ибо они удобнѣе разъясняются въ связи съ цѣлой системой институтовъ торговаго права. На Западѣ эти понятія имѣютъ продолжительную исторію въ практикѣ торговаго права и юриспруденціи. Недостаточность нормъ нашего законодательства, особенно по отношенію къ товарнымъ знакамъ, восполняется нѣсколько закономъ 26-го февраля 1896 года (Собр. узак. за 96 г., № 31).

Зато намъ необходимо остановить детальнѣе наше вниманіе на *юридическомъ строеніи авторскаго и промышленнаго права* въ особенности. Право авторское и права промышленныя на *изобрѣтенія и открытія* имѣютъ одно съ другимъ много родственнаго и въ исторіи ихъ образованія, и въ нѣкоторыхъ основныхъ чертахъ ихъ юридическаго строенія. Мы отмѣтимъ впередъ черты ихъ сходства и различія, а затѣмъ, перейдемъ къ разбору строенія того и другого въ отдѣльности.

Выше было сказано, что право авторское возникло путемъ привилегій, охранявшихъ сначала издателя больше, чѣмъ автора. Такъ шло дѣло на Западѣ, начиная съ конца XV в. ²⁾. Рано

¹⁾ См. работу нашего кандидата Николая Чернощекова. Очерки промышленной собственности. Право промышленной клиентелы.

²⁾ Старѣйшую привилегію этого рода получилъ въ концѣ XV вѣка Маркъ Антоній Sabellus за исторію Венеціи. У насъ въ Полн. Собраніи есть указанія на много привилегій, особенно иностранцамъ: Гамбеттѣ на шелковыя издѣлія въ Кіевѣ, нѣмцамъ на огнестрѣльное оружіе (ценсіи), Ломоносову на произ-

появляются, на ряду съ привилегіями, и общія нормы, которыя подъ конецъ, особенно въ текущемъ столѣтіи, совсѣмъ вытѣсняютъ привилегіи широкимъ развитіемъ общихъ законоположеній. То же самое видно и въ исторіи промышленныхъ изобрѣтеній. Они держатся сначала въ тайнѣ цеха, которому принадлежитъ данное производство; затѣмъ, изобрѣтатели ищутъ личныхъ привилегій, и лишь въ заключительной стадіи развитія „промышленное право“ образуетъ интергальную часть системы *гражданскихъ правоотношеній*

То и другое право въ современномъ состояніи стремится выйти изъ круга нормъ примѣненія и пріобрѣсти значеніе *международнаго института*. Въ этомъ направленіи остается желать еще весьма многого. Вмѣстѣ съ этимъ полезно замѣтить, что право промышленное значительно сильнѣе, чѣмъ право авторское, потерпѣло, мѣстами, отъ оппозиціоннаго движенія, направленнаго противъ стѣсненій обмѣна монополіями и привилегіями (см. выше).

Въ Германіи въ 60-хъ годахъ эта оппозиція значительно задержала движеніе этой отрасли законодательства ¹⁾. Въ Голландіи въ концѣ 60-хъ годовъ вовсе была отмѣнена выдача какихъ бы то ни было привилегій на открытія и изобрѣтенія ²⁾. Подъ вліяніемъ той же оппозиціи сроки пользованія привилегіями на изобрѣтенія и открытія вездѣ значительно короче, чѣмъ сроки пользованія авторскимъ правомъ. Въ самыхъ послѣднихъ законодательныхъ актахъ, на ряду съ расширеніемъ сферы примѣненія охраны изобрѣтеній отъ concurrence déloyale въ вопросахъ, гдѣ интересъ изобрѣтателя сталкивается съ общественнымъ, законодатель старается оградить и послѣдній въ большей мѣрѣ, чѣмъ прежде.

И то и другое право (*авторское и промышленное*), несомнѣнно, могутъ быть, въ ихъ основѣ, сближаемы по тому общему ихъ признаку, на основѣ коего нѣмецкіе писатели связываютъ ихъ *въ одну категорію* правъ личныхъ. Они не суть права только имущественныя, а именно *лично-имущественныя*. Это видно не

водство бисера. Для привилегій на издательство и печатное дѣло см. у Пиленко.

¹⁾ Возможно, что это замедленіе, которое теперь перешло въ большое оживленіе, объясняется свойствомъ нормъ, опредѣлявшихъ въ 60-хъ годахъ нѣмецкое промышленное право, которыя не принадлежали къ системѣ права общаго (римскаго), а были партикулярными въ томъ или другомъ смыслѣ. Съ образованіемъ новаго источника общаго права въ имперской законодательной компетенціи, всѣ взгляды быстро измѣнились.

²⁾ См. указан. выше брошюру профессора Борзенко. Для исторіи промышленнаго законодательства въ Германіи обильныя указанія у Гирке. У французовъ „Annales de la propriété industrielle, artistique, littéraire... fondé par Pataille (болѣе 40 лѣтъ); Grand dictionnaire international de la propriété industrielle, comte de Maillard de Marafy. Précis de législation industrielle (examen de licence) Maurice Dufourmentelle. 1892.

только изъ ихъ происхожденія, но обнаруживается и во многихъ чертахъ ихъ юридическаго строенія. Возникновеніе, прекращеніе, сроки существованія, условія пользованія носятъ несомнѣнно эти признаки. Вмѣстѣ съ этимъ нельзя сомнѣваться, что въ ихъ развитомъ видѣ они даютъ содержаніе для отношеній и чисто-имущественныхъ.

Что составляетъ объектъ того и другого права?

Нѣтъ сомнѣнія, что въ правѣ авторскомъ, какой бы области творчества оно ни касалось, литературной, музыкальной, пластики, живописи, точно такъ же, какъ и въ области изобрѣтеній, предметъ права не составляютъ вещи, книги, вышедшія изъ-подъ печатнаго станка, ноты, модель машины, образчикъ узора, полотно живописца, хотя въ разныхъ явленіяхъ творчества близость, идеи къ формамъ, связь духовнаго момента съ тѣлеснымъ не одинакова. Связь акта творчества не только съ книгой, но даже съ рукописью есть совершенно иная, чѣмъ связь того же акта творчества съ картиной, съ изваяніемъ... Не менѣе того и тутъ и тамъ автору принадлежитъ и право авторское распространяется не на экземпляры книги, не на картину только, а на то, что составляетъ содержаніе даннаго творенія, на эту повѣсть, на это изслѣдованіе, на эту композицію картины, на это сочетаніе дѣйствующихъ въ придуманной имъ машинѣ механическихъ силъ.

Если это такъ, то въ чемъ же будетъ состоять его право? Очевидно, оно не приражается такъ къ матеріальному, вещному моменту, какъ собственность. Тутъ содержаніе права автора или промышленника является нематеріальнымъ, и вотъ отсюда идетъ между юристами трудная проблема съ достаточной, для юридическихъ цѣлей, точностью опредѣлить объектъ этого права, и затѣмъ уже установить его содержаніе, указать признаки его возникновенія, способъ пользованія имъ, его защиты. Очевидно, что все это должно быть *инымъ*, чѣмъ въ знакомыхъ намъ изъ латинской системы типахъ имущественныхъ правоотношеній.

Прежде всего, въ обоихъ видахъ правъ (авторское и промышленное), и здѣсь, т.-е. и въ объектѣ, и въ содержаніи, можно отмѣтить нѣкоторыя черты *общія*. Отсюда нынѣшніе систематики опредѣляютъ и то и другое право какъ право на *нематеріальныя имущественныя блага*, *Immateriellgüterrechte*, *geistiges Eigenthum*, *propriété littéraire, artistique, industrielle*. Есть писатели, которые хотятъ выразить эту идею такъ, что въ правахъ этого типа *объектъ* не есть вещь, а *само право*. Таковъ Гейсслеръ, который толкуетъ о правѣ на это *Rechtsame*. Такъ можно осложнить любую юридическую конструкцію, ибо и въ правѣ собствен-

ности, если угодно, предметомъ права будетъ не вещь, а *власть* пользоваться, распоряжаться вещью. Но это не объясненіе, а осложненіе. Разумнѣе и правильнѣе приемы другихъ изслѣдователей, которые, не находя для этихъ явленій новаго времени соотвѣтствующихъ категорій въ латинской системѣ, стараются приурочить ихъ къ типамъ такъ-называемыхъ германскихъ, или вообще не-латинскихъ юридическихъ образованій.

Здѣсь мы встрѣчаемъ почтенныя имена многихъ германистовъ и пандектистивъ, между ними Бруннеръ, Дернбургъ.—Эти явленія новаго права, право авторское и промышленное, особенно патенты на изобрѣтенія, сопоставляютъ съ такъ-называемыми *Zwang-und Bann-Rechte*, широко развитыми въ средневѣковомъ правѣ. Въ нихъ нѣтъ чистаго типа латинскихъ вещныхъ институтовъ, ибо объектъ ихъ не составляетъ какая-либо матеріальная вещь; но въ то же время ихъ нельзя помирить и съ латинскимъ обязательствомъ. Обязательственной, въ латинскомъ смыслѣ, природѣ мѣшаетъ здѣсь свойство неопредѣленности субъектовъ правоотношенія. Какъ въ *Zwang-und Bann-Rechte*, такъ и въ разсматриваемыхъ новыхъ институтахъ, *кругъ лицъ, юридически-обязанныхъ воздерживаться отъ извѣстныхъ дѣйствій въ интересахъ автора, издателя, изобрѣтателя, есть совершенно неопредѣленный, какъ въ правѣ вещномъ*. Эти права имѣютъ въ этомъ смыслѣ, хотя не матеріально-вещную по своему объекту, конструкцію, но именно *абсолютный*, какъ въ правахъ вещныхъ (*contra quemcumque*), а не относительный, какъ въ латинскихъ обязательствахъ, характеръ ¹⁾. Итакъ, въ средневѣковыхъ типахъ *Zwang* и *Bann-Rechte* лежатъ, въ смыслѣ юридической конструкціи, родственныя съ авторскимъ правомъ черты. Типическіе случаи этихъ правъ, слабо развитыхъ въ отечественной системѣ, видны, напр., въ реальной тягости, т.-е. въ обязанности цѣлаго круга имѣній или извѣстнаго класса лицъ пользоваться такими-то мельницами, кузницами, винокурнями и проч. Это не составляетъ прямого, такъ сказать, закрѣпощенія лицъ или имущества извѣстному промышленному предпріятію, но фактически, если данное производство безусловно необходимо для этого округа по-

¹⁾ Для *delict'*наго обязательства здѣсь нѣтъ мѣста въ современномъ развитіи этихъ институтовъ, ибо, натурально, выправка патентовъ, уступка права на художественную или литературную собственность составляютъ характерныя черты строенія этихъ правоотношеній, и тутъ такъ же мало намекъ на деликтъ, какъ и въ другихъ частныхъ правахъ, если, прибавимъ, не выводять всего права изъ *delict'*овъ, всего строенія юридической защиты не сводить къ этому отрицательному моменту, къ чему весьма нынѣ склонны нѣкоторые историки и юристы такъ же, какъ есть склонность все право сводить къ одной волѣ государства.

требителей, дѣло сводится къ тому же, если не этимъ путемъ стѣсненія потребителей, то другимъ путемъ—запрещенія производства (винокурения, пивоварения), или *исключительнаго права* извѣстныхъ предпринимателей производить извѣстные продукты, въ ущербъ другимъ, какъ и вообще свободѣ промысла.

Не по экономическо-соціальному своему значенію, а по нѣкоторымъ чертамъ юридической конструкціи нынѣшнее право авторское и промышленное имѣютъ точки соприкосновенія съ этою *исключительной или запретительной системой*.

Главнѣйшая черта различія въ томъ, что указанные средне-вѣковые типы *сокращаютъ* или *уничтожаютъ свободу промысла* въ извѣстной округѣ, *въ пространствѣ*, на территоріи (какъ нынѣшніе покровительственные тарифы), а теперешнія права, промышленное и авторское, дѣйствуютъ въ томъ же смыслѣ *во времени*, примиряя, такимъ образомъ, интересъ личный (премія производства) и общественный (свобода промысла и пользованіе по истеченіи срока).

Бруннеръ думаетъ, что эти явленія непримиримы съ латинской системой цивильной свободы, выраженной въ ея институтахъ гражданского права. Да, но это не значить, чтобы Римляне не знали стѣсненій, хотя не вошедшихъ въ кодексъ гражданскихъ институтовъ, но тяжко отражавшихся на свободѣ экономического обмѣна.

Въ виду этихъ особыхъ свойствъ строенія авторскаго и промышленнаго правъ и явнаго отклоненія ихъ отъ латинскихъ институтовъ вещнаго и обязательственнаго типа, нынѣшніе систематики затрудняются дать имъ мѣсто въ ряду тѣхъ или другихъ институтовъ и отводятъ имъ особое мѣсто, у каждаго писателя свое. Мы ставимъ ихъ *внѣ системы чистыхъ правъ вещныхъ*, но вслѣдъ за нею и впереди системы обязательствъ.

§ 20.

Дѣйствующее русское право, авторское и промышленное. — Историческая замѣтка. — Понятіе литературнаго творчества. — Права автора и ихъ огражденіе. — Собственность художественная и музыкальная. — Открытіе и изобрѣтеніе. — Понятіе новизны. — Различіе методовъ. — Наше законодательство.

Обозначивъ, такимъ образомъ, черты общія для права авторскаго и промышленнаго, мы сдѣлаемъ въ дальнѣйшемъ краткое обзорѣ дѣйствующаго русскаго законодательства для разныхъ

видовъ авторскаго права и, затѣмъ, перейдемъ къ праву промышленному.

Вслѣдъ за привилегіями, коими изобиловалъ у насъ въ особенности XVIII в., законодательные акты общаго содержанія идутъ у насъ съ конца двадцатыхъ годовъ текущаго столѣтія, сперва для огражденія правъ *сочинителей* (литературная собственность), затѣмъ, для огражденія собственности художественной и музыкальной (46 и 45 гг.). Положеніе объ охранѣ права авторскаго долгое время входило въ составъ XIV т. св. зак., въ уставъ цензурный, и лишь нынѣ оно приобщено къ системѣ гражданскихъ институтовъ въ видѣ особаго приложения къ 420 статьѣ (прим. 2): „О правахъ собственности на произведенія наукъ, словесности, художествъ и искусствъ“.

Понятіе авторства въ литературномъ смыслѣ связано у насъ, какъ и въ законодательствахъ западныхъ, съ представленіемъ *самостоятельнаго духовнаго творчества* въ области произведеній слова. Условіе пріобрѣтенія правъ авторскихъ составляетъ, стало-быть, актъ нераздѣльно связанный съ личной дѣятельностью человека (или извѣстнаго круга лицъ, такъ или иначе связанныхъ для опредѣленной творческой дѣятельности въ области печатнаго слова, музыки, драмы, оперы, зодчества и проч., причемъ наружная сторона ихъ отношеній къ данной цѣли можетъ быть замаскирована отъ публики, но внутреннее распредѣленіе труда остается для нихъ вполне яснымъ). Понятіе творчества встрѣчается въ юридической практикѣ съ двоякою трудностью, излишне узкаго опредѣленія его границъ и излишне широкаго. Права сочинителя или автора не могутъ и не должны имѣть приложенія ко всему, что вышло изъ-подъ печатнаго станка. Съ другой стороны, въ юридической практикѣ нѣтъ возможности ограждать интересы авторовъ только тѣми случаями, въ коихъ не только литературно-промышленная мѣрка, но и историко-литературная и эстетическая или научная критика найдетъ печать дѣйствительно самобытнаго духовнаго творчества. Для этого не надо быть ни чародѣемъ русскаго слова какъ Пушкинъ, ни самородкомъ математическаго генія какъ Лобачевскій. Выгодами юридической охраны правъ авторскихъ пользуются очень широко не только вожди умственнаго движенія націи или человѣчества, но и очень скромные литературные труженники, влагающіе посильную лепту своего умственнаго труда въ такія произведенія, которыхъ не отмѣтитъ ни одинъ историкъ литературы, искусства, музыки, въ своей лѣтописи, и которыя, однако, даютъ свою долю пользы для распространенія, охраненія отъ гибели, или облегченія поль-

зованія цѣнными для общества продуктами духовнаго творчества. Отсюда, авторское право ограждается не только въ тѣхъ случаяхъ, когда произведеніе слова составляетъ самостоятельное созданіе автора, но и тогда, когда оно есть переводъ чужого сочиненія. То же право присвоивается первымъ издателямъ народныхъ пѣсенъ, сказокъ, пословицъ, первымъ издателямъ древнихъ рукописей. Книги, носящія характеръ сборниковъ, къ числу коихъ нашъ законъ относитъ хрестоматіи, словари, изданія картъ (географическихъ), таблицъ (историческихъ), логариѳмовъ, указателей, также періодическихъ изданій, журналовъ, альманаховъ (въ цѣломъ ихъ составѣ), ограждаются отъ перепечатки, когда содержаніе ихъ не представляетъ собою сплошнаго заимствованія изъ чужого сборника (ст. 7, 17). Нѣтъ сомнѣнія, что эти опредѣленія крайне недостаточны для того, чтобы дать опредѣленность понятію сочинительства въ области слова, подлежащему законной охранѣ отъ покушеній. Законъ нашъ даетъ еще рядъ *отрицательныхъ признаковъ* такого сочинительства, когда опредѣляетъ контрафакцію. Задача юридической извѣстности этого важнаго понятія почти не достигнута, но достиженіе ея сопряжено съ большими трудностями. Все, чего можно было бы желать для дальнѣйшей разработки этихъ важныхъ понятій, могло бы ограничиться приближеніемъ къ образцамъ западныхъ легальныхъ нормъ, которыя возникли много позже нашего законодательства и въ условіяхъ несравненно болѣе богатаго опыта, чѣмъ нашъ законъ.

Итакъ, наше законодательство очень недостаточно разрабатываетъ вопросъ о правѣ автора тамъ, гдѣ онъ не имѣетъ въ виду распространенія своего слова посредствомъ печати (13 п. 3). Не принята во вниманіе въ чрезвычайномъ обиліи у насъ распространенная нынѣ литература справочныхъ книгъ самаго разнообразнаго назначенія и нерѣдко очень заслуживающихъ поощренія, каковы различные виды каталоговъ, путеводителей, компиляцій. *Мѣра для опредѣленія самостоятельности* работы есть чисто механическая, опредѣленіе количества заимствованія (не больше *одного печатнаго листа*, ст. 4; *два трети* перепечатки перевода сряду, слово въ слово). Во всѣхъ этихъ случаяхъ новыя законодательства предоставляютъ суду, независимо отъ такихъ механическихъ критеріевъ, опредѣлять наличность въ работѣ *своего* плана, *своего* порядка изложенія, *свойственной автору* формы, чѣмъ именно опредѣляется признакъ самостоятельности авторскаго дѣла въ трудѣ, хотя бы и не высокаго типа творчества, но все же цѣннаго въ общественномъ смыслѣ и заслуживающаго юридиче-

ской охраны. Наконецъ, вовсе не разобранъ вопросъ о другихъ способахъ механической мультипликаціи, коихъ нынѣ очень много, тогда какъ нѣмецкое право касается даже мультипликаціи экземпляровъ посредствомъ переписки (см. Urhebergesetz 11 іюня 70 г., § 4 Abs. 3).

Въ чемъ же заключаются права сочинителя или переводчика въ нашемъ законѣ?

Мы уже отчасти коснулись этого вопроса выше въ особенности со стороны личнаго характера этого права. Независимо отъ воли автора его сочиненіе не можетъ стать достояніемъ литературы безъ нарушенія его авторскаго права (ср. т. XVI, ч. 1 ст. 1040, 1041, 1042, и т. XVI, ч. II, Пол. о Взыск. Гр., ст. 354—356). Затѣмъ, *съ точки зрѣнія имущественной*, каждый сочинитель или переводчикъ книги имѣетъ *исключительное* право пользоваться во всю жизнь своимъ изданіемъ и продажей онаго по своему усмотрѣнію какъ *имуществомъ благопріобрѣтеннымъ* (указ. прил. ст. 1). Упражненіе этихъ правъ сочинитель можетъ передать другому лицу, причемъ условія передачи устанавливаются договоромъ, съ явкой его у маклера (ст. 4, 19). Договоры этого рода, однако, не только явленные, но даже необлеченные въ письменную форму, имѣютъ неожиданно широкое значеніе въ смыслѣ ограниченія правъ автора переиздать свое сочиненіе (не ранѣе 5 лѣтъ, ст. 3, 5).

Независимо отъ такого рода сдѣлокъ исключительное право пользоваться изданіемъ и продажей книги, музыкальнаго сочиненія, права художественной собственности, переходить къ его наслѣдникамъ по закону, или по завѣщанію...; но право сіе не можетъ продолжаться долѣе 50 лѣтъ со дня смерти сочинителя, переводчика, или художника, автора, или со времени появленія въ свѣтъ сочиненія, перевода или произведенія, неизданнаго до его смерти (1185). Автору, въ извѣстныхъ условіяхъ, предоставляется исключительное право изданія ихъ и на другихъ языкахъ въ Россіи. Но для огражденія этого права, надо объявить это намѣреніе при изданіи оригинала и издать переводъ не позже 2-хъ лѣтъ со времени полученія цензурнаго билета на выпускъ подлинника (ст. 18, формулированная крайне неясно и дающая поводъ къ недоразумѣніямъ).

Для наслѣдниковъ по завѣщанію необходимо въ теченіе года или двухъ лѣтъ (если находятся за границей) объявить и представить доказательства своихъ притязаній, чтобы вступить въ права законныхъ наслѣдниковъ (6).

Для обществъ, срокъ существованія коихъ не знаетъ есте-

ственного предѣла, пользованіе правами авторскими ограничено 50 годами (22—26).

Какимъ же способомъ законъ отражаетъ интересы автора отъ нарушенія?

Въ вопросѣ о неприкосновенности авторскихъ правъ не все рѣшается одной легальной мѣркой. На ряду съ угрозами противъ самовольнаго изданія, *контрафакціи*, общественное сознаніе клеймитъ еще другой видъ покушеній на чужое авторство, *плагіатъ*, который заключается въ заимствованіи чужихъ мыслей безъ наименованія автора. Но независимо отъ того, названъ авторъ или нѣтъ, законъ подвергаетъ двойному запрещенію самовольное изданіе чужой книги. Контрафакція влечетъ за собою отвѣтственность имущественную для контрафактора, въ пользу автора или его правопреемниковъ, и отвѣтственность уголовную, въ нашемъ законѣ весьма тяжкую. Присвоеніе чужого произведенія словесности, наукъ, искусства, художествъ, чрезъ изданіе подъ своимъ именемъ, влечетъ за собою, кромѣ гражданской отвѣтственности, лишеніе всѣхъ особенныхъ, лично и по состоянію присвоенныхъ правъ и преимуществъ, и ссылку на житье въ отдаленныя губерніи, кромѣ сибирскихъ (ст. 1683 Улож. о нак.). Слабѣе, но тоже съ крайней строгостью, преслѣдуются и другія, менѣе тяжкія покушенія на эти нематеріальныя блага, каково, напр., печатаніе хотя бы подъ именемъ настоящаго автора, но безъ его полномочія, чужого произведенія, также публичное исполненіе чужихъ драматическихъ или музыкальных сочиненій (ст. 1684, тамъ же).

Дѣла этого рода начинаются не иначе какъ по жалобѣ потерпѣвшаго (1685 прим. *ibid.*).

Контрафакціей собственно почитается: а) переизданіе книги безъ согласія автора; б) печатаніе безъ согласія автора его сочиненій, рѣчей, публично прочитанныхъ или произнесенныхъ; с) замаскированная подъ какимъ-либо предлогомъ (для рецензіи) перепечатка чужихъ сочиненій и статей, если это производится постоянно и вполнѣ изъ чужихъ изданій; d) торгъ перепечатанными за границей съ русскихъ изданій книгами въ Россіи; е) изданіе сборниковъ разнаго рода списанныхъ слово въ слово или съ незначительными перемѣнами съ прежнихъ изданій (ст. 13, 17).

Гражданское взысканіе будетъ состоять въ возмѣщеніи убытковъ и отобраніи экземпляровъ, самовольно изданныхъ (20).

Для характеристики всего института интеллектуальной собственности въ высшей степени важно замѣтить, что нѣтъ во всей системѣ гражданскихъ правоотношеній другого подобнаго *исключе-*

чительнаго права, которое допускало бы такое множество ограничений и, такъ сказать, правъ на чужую вещь, какъ эта литературная, художественная, музыкальная и иная собственность.

Исключительность и общеніе отдѣлены здѣсь самой неосязаемой чертой времени. По истеченіи 50 лѣтъ вся эта собственность какъ въ еврейскій юбилейный годъ, подлежитъ, такъ сказать, экспроприаціи *vi legis*. Все *исключительное* достояніе разомъ становится достояніемъ общимъ.

На ряду съ этимъ, любопытно отмѣтить множество ограничений этого исключительнаго права, которыя конституируютъ своего рода право на чужую вещь, лишь бы пользованіе чужой творческой силой производилось *civiliter*, не нарушая предѣловъ, закономъ гражданскимъ установленныхъ. Это широкіе предѣлы, особенно въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ литературному сосѣду не вздумается себя выдать за автора, а добросовѣстно сообщить, кто авторъ перепечатаваемыхъ имъ тирадъ изъ чужихъ книгъ. Законы наши указываютъ здѣсь механическіе предѣлы этого безмезднаго пользованія чужимъ для рецензій, для переводовъ, для сборниковъ съ разными, особенно педагогическими цѣлями. Мѣрка заимствованій широкая — не все цѣликомъ и постоянно изъ чужого источника, не болѣе печатнаго листа, не превышало бы двухъ третей, не слово въ слово, не больше половины, меньшую, а не большую часть цѣлаго (см. *passim* ст. 13 и слѣд.).

Замѣтимъ въ заключеніе, что указанныя нормы огражденія литературной, какъ и иной авторской собственности, служатъ нынѣ у насъ цѣлямъ огражденія лишь національнаго, а не общечеловѣческаго творчества (объ этомъ особенно вышеназван. книга г. А. Пиленко).

Мы видѣли выше, что юридическая охрана интересовъ автора въ области художественнаго, музыкальнаго и драматическаго творчества во многомъ сходится съ огражденіемъ литературной собственности. Но въ каждомъ видѣ творчества неизбѣжны нѣкоторыя различія въ подробностяхъ разработки института.

Нашъ законъ ограждаетъ художественную собственность въ живописи, скульптурѣ, архитектурѣ, граверномъ, медальерномъ искусствѣ. — Пользованіе художника своимъ правомъ будетъ здѣсь состоять въ исключительно ему принадлежащемъ правѣ распространять любыми способами (изданіе, повтореніе) свое произведеніе (28).

Но чтобы обезпечить себя отъ споровъ и подлоговъ, законъ обязываетъ художника-автора удостовѣрять съ помощью оффиціально-достоверныхъ агентовъ (маклера, нотаріусовъ) подлинность

своего авторства, посредствомъ предъявленія и описанія сюжета ихъ работы, и, сверхъ того, извѣщать Академію художествъ о семъ съ приложеніемъ копія съ выписи, которую они имѣютъ взять у нотаріуса объ удостовѣреніи ихъ права собственности (29). Академія, въ свою очередь, дѣлаетъ публикацію, чѣмъ и утверждаетъ положительно художественная собственность автора (*ibid*). Такое право можетъ быть передаваемо мастеромъ чрезъ уступку, продажу, завѣщаніе. Работы мастеровъ, заказанныя (портреты, семейныя картины) и также работы, пріобрѣтенныя для храмовъ, дворцовъ, музеевъ, выходятъ изъ художественной собственности мастеровъ и принадлежатъ частному лицу или правительству, которое и разрѣшаетъ копированіе, размноженіе его произведенія (31, 32). Мастеръ можетъ ввести свои произведенія лишь въ составъ собранія своихъ твореній.

Рядомъ съ дозволеннымъ пользованіемъ чужимъ твореніемъ (копированіе не для продажи или распространенія, заимствованіе частностей, также передача живописной работы чрезъ скульптуру и обратно, или заимствованіе частичное для моделей мануфактурныхъ и ремесленныхъ) законъ различаетъ и здѣсь какъ въ литературной собственности—плагиатъ и противозаконное копированіе, которое ведетъ къ отвѣтственности по указаннымъ выше нормамъ (подробности см. ст. 38, 36, 37; особое положеніе для работъ русскихъ мастеровъ за границей, см. 40).

Произведенія музыкальныя, для коихъ нашъ законъ даетъ лишь немногіе признаки, чтобы отличить черты самостоятельнаго творчества отъ заимствованія (ст. 44; много обильнѣе указан. нѣмец. законъ 70 г., ст. 47 и 48), подлежатъ той же охранѣ по отношенію къ печатанію и повторенію изданій, какъ и литературныя творенія. Но для нихъ, какъ и для драматическихъ произведеній (тоже скудно у насъ разработано, см. прил. къ 420 пр. 2, ст. 1 пр.; ср. указан. нѣмецк. законъ §§ 50—56), существуетъ еще понятіе публичнаго выполненія на сценѣ, которое составляетъ одинъ изъ наиболѣе цѣнныхъ способовъ упражненія этого вида авторскаго творчества. Натурально, не всякое публичное выполненіе подлежитъ ограниченію въ интересахъ авторовъ. То, что издано авторомъ, безъ оговорокъ о его авторскомъ правѣ по отношенію къ исполненію, можетъ быть безпрепятственно выполняемо всякимъ желающимъ, если это не есть опера или ораторія (43). За исполненіе названныхъ музыкальныхъ твореній или тѣхъ, кои имѣютъ при изданіи сдѣланную оговорку, взыскиваютъ съ виновнаго, сверхъ отвѣтственности по 1685 ст. ул. о наказ., двойной сборъ за представленіе недозволенной къ испол-

невію пьесы. Композиторъ, уступившій право изданія въ Имперіи, а, затѣмъ, самъ ввезшій тоже свое твореніе въ заграничномъ изданіи въ количествѣ болѣе 10 экземпляровъ, самъ преслѣдуется какъ за контрафакцію (46, 47). Огражденіемъ отъ нарушенія музыкальной собственности пользуются русскіе, издавшіе свои сочиненія за границей, а также и иностранные авторы, пока пребываютъ въ Россіи (48).

Срокъ жалобъ на нарушеніе литературной и музыкальной собственности двухъ-лѣтній. Форумъ—есть третейскій судъ, а при несогласіи, обыкновенныя инстанціи, начиная съ палаты, съ требованіемъ въ случаяхъ сомнительныхъ по вопросамъ о произведеніяхъ литературныхъ заключеній университетовъ (т. XVI, ч. II, суд. гражд., ст. 546 и слѣд. Для собственности художественной особыя правила въ ст. 552 и слѣд.). Дѣло можетъ быть начато и прямо съ обыкновенныхъ судебныхъ инстанцій.

Мы переходимъ къ вопросу о *промышленной собственности въ дѣйствующемъ русскомъ правѣ*.

Русское законодательство разрабатываетъ весь вопросъ о привилегіяхъ на изобрѣтенія и открытія и о правѣ собственности на фабричныя рисунки и модели въ небольшомъ рядѣ статей (167—210) устава о промышленности (т. XI, ч. 2). Корни этого законодательства очень неглубокіе, въ исторіи русскаго права. Нельзя найти во всемъ рядѣ положеній одной статьи, которой дата восходила бы выше начала 30-хъ годовъ текущаго столѣтія. И не менѣе того, проф. Борзенко совершенно справедливо называетъ, не безъ ироніи, это наше законодательство старѣйшимъ изъ всѣхъ ему извѣстныхъ. Признаковъ поразительной отсталости этого законодательства не въ смыслѣ датъ, а въ смыслѣ содержанія статей, легко указать не мало въ его составѣ при простомъ сравненіи нашихъ законоположеній съ западными, что и сдѣлано профессоромъ Борзенко съ тѣмъ болѣе цѣннымъ успѣхомъ, что нѣкоторыя изъ этихъ неблаговременныхъ нормъ уже устранены позднѣйшимъ законодательствомъ, особенно Выс. Утвержд. мнѣніемъ Гос. Сов. 20 мая 96 г. (Собр. Узак. 1896 г. №№ 272 и 103).

Для того чтобы изобрѣтеніе или открытіе въ области промышленности дало основаніе привилегіи, патентному праву изобрѣтателя, наше законодательство, какъ и западныя, требуетъ *существенной новизны* предмета въ цѣломъ, въ частяхъ или въ сочетаніи частей. При этомъ изобрѣтеніе служитъ основаніемъ для привилегій только въ томъ случаѣ, когда оно *общепользительно именно въ промышленномъ отношеніи*, а не составляетъ только отвлеченной теоріи или научнаго открытія, и при томъ условіи,

что оно не противно общественному порядку, нравственности и благопристойности. Итакъ, съ положительной и отрицательной стороны привилегія составляетъ какъ бы премію труда или таланта, творческимъ образомъ дѣйствующаго на интересы промышленности, стало-быть служащаго общественнымъ цѣлямъ (Пол., ст. 1, 3, 4).

Однако, не любые общественные интересы въ области промышленности даютъ основаніе искать личной привилегіи для изобрѣтателя. Есть такіе общественные интересы, отвѣчая коимъ, изобрѣтатель какъ будто удовлетворяется самимъ изобрѣтеніемъ, независимо отъ вознагражденія его патентомъ, или исключительнымъ правомъ въ теченіе извѣстнаго срока утилизировать его въ свою пользу. Таковы открытія химическихъ, пищевыхъ, вкусовыхъ веществъ, составныхъ частей лекарствъ, а также способовъ и аппаратовъ, служащихъ для ихъ изготовленія (ст. 4).

Признакъ новизны, повидимому, необходимый для самаго понятія открытія и изобрѣтенія, можетъ быть, однако, различно толкуемъ. Что ново для насъ, то можетъ вовсе не представлять новизны для болѣе развитого промышленнаго міра. Тогда собственно не на открытіе, а на введеніе у насъ можетъ быть дана привилегія. Французы отличаютъ это отъ *brevet d'invention* терминомъ—*brevet d'importation*, и ни въ Германіи, ни во Франціи такихъ изобрѣтеній не премируютъ. У насъ давались такіе *brevet d'importation*. Но положеніе 20 мая 96 г. устраняетъ ихъ, хотя и допускаетъ уступку такихъ изобрѣтеній для пользованія въ Россіи (ст. 4, п. 2).

Сверхъ того, ново въ промышленномъ мірѣ не то, что до сего не было изобрѣтено или открыто, а то лишь, что хотя и было открыто, но не было оглашено. Итакъ, достаточно, чтобы открытіе получило огласку, для того чтобы его нельзя было сдѣлать исключительнымъ достояніемъ открывшаго посредствомъ привилегіи (ст. 4, п. в, ст. 10).

По отношенію къ выдачѣ *brevet*, патентовъ или привилегій мы различимъ два метода дѣйствій со стороны власти (въ Англіи еще особый способъ дѣйствія). Одинъ методъ заключается въ томъ, что надлежащая власть (у французовъ министерство земледѣлія и торговли) выдаетъ *brevet d'invention* всякому ищущему исключительнаго упражненія своего промышленнаго изобрѣтенія, безъ предварительнаго изысканія его новизны и проч., *sans examen préalable*, въ томъ, очевидно, предположеніи, что никто не можетъ лучше знать положенія вопроса о производствѣ въ данной отрасли, чѣмъ лицо, близко стоящее къ нему и сдѣлавшее

открытіе. Если здѣсь возможно присвоеніе, обманъ и проч., то защищать себя отъ злоупотребленія будетъ, натурально, скорѣе всего тотъ, кто потерпѣлъ. Итакъ, привилегія выдана. Но заинтересованный можетъ *судомъ* оспаривать ея принадлежность, взыскивать убытки, преслѣдовать *concurrence déloyale* въ данномъ случаѣ, какъ и во всякомъ другомъ. Эту методу мы назовемъ французкою, хотя она дѣйствуетъ далеко не въ одной Франціи ¹⁾. Она ограничивается только выполненіемъ формальныхъ условій выдачи привилегій.

Иного метода держится наше и германское право. Это методъ изысканій *по существу* или *матеріальныхъ*, предшествующихъ выдачѣ привилегій. По закону 20 мая ищущій привилегіи обращается съ просьбой (при которой прилагаются описанія изобрѣтенія съ чертежами, моделями и квитанціей въ полученіи 30 рубл. на производство и публикацію) въ особый комитетъ (по техническимъ дѣламъ) при Департаментѣ мануфактуръ и торговли (Пол. 20 мая, I), котораго организація (техническіе члены) даетъ возможность разсмотрѣть свойство изобрѣтенія или открытія и выдать просителю сперва *охранительное свидѣтельство*, а затѣмъ, и привилегію на изобрѣтеніе. Смыслъ этой двойной операціи въ томъ, чтобы открыть получившему охранительное свидѣтельство возможность тотчасъ сдѣлать оглашеніе, примѣненіе своего открытія, даже уступку, безъ опасности утратить свойство его новизны. Затѣмъ, уже послѣ дальнѣйшаго изслѣдованія всѣхъ данныхъ для выдачи привилегіи, выдается и самая привилегія (ст. 7).

Самая привилегія выдается изъ многихъ возможныхъ изобрѣтателей тому, чье прошеніе поступило прежде другихъ, хотя бы не днемъ, а лишь часомъ. На Комитетъ (техническій) есть апелляція въ Департаментъ (15, 18).

Выданная привилегія обязываетъ изобрѣтателя привести въ дѣйствіе изобрѣтеніе въ теченіе 5 лѣтъ, безъ чего она теряетъ силу (241). Самый *патентъ* заключаетъ въ себѣ не только необходимыя для пользованія исключительнымъ правомъ показанія лица, предмета изобрѣтенія, но и еще *предвареніе*, что *правительство не ручается ни въ принадлежности изобрѣтенія лицу, коему патентъ выданъ, ни въ пользѣ его* (ст. 20, п. 7).

Такимъ образомъ, произведя всѣ изысканія и публикаціи (въ особомъ повременномъ изданіи, съ занесеніемъ въ общіе реестры),

¹⁾ Въ виду этого во Франціи судебная практика даетъ обильный матеріалъ по вопросу о *brevet d'invention* (см. у Борзенко, стр. 16 и подробности въ указанномъ сочиненіи Michel Pelletier, *Droit industriel d'invention*. 1893).

административная власть вовсе не гарантирует изобрѣтателю *безспорность* его изобрѣтенія. На случай же споровъ о первенствѣ принадлежности изобрѣтеній, состязаніе заинтересованныхъ идетъ общимъ судебнымъ порядкомъ. Споръ, однако, о принадлежности изобрѣтенія и о правильности выдачи привилегіи можетъ быть начатъ лишь въ теченіе 2 лѣтъ со дня выдачи привилегіи. Позже допускается лишь уголовное преслѣдованіе (ст. 26).

Со времени выдачи привилегіи изобрѣтатель дѣлаетъ въ теченіе указаннаго патентомъ срока (отъ 1 до 15 лѣтъ, съ уплатой пошлинъ отъ 15 р. за первый годъ до 400 за пятнадцатый) свое изобрѣтеніе предметомъ пользованія въ смыслѣ его исключительной утилизациі, передачи своей привилегіи на часть срока или на весь срокъ, преслѣдованія нарушителей, исковъ объ убыткахъ. По смерти его право (срочное) переходитъ на его преемниковъ по закону и завѣщанію (22). Привилегіи прекращаются по несоблюденіи условій ея выдачи, по истеченіи срока, по суду. Къ сожалѣнію, ни новый, ни старый законъ не указываютъ *экспроприаціи* въ ряду способовъ погашенія привилегій, хотя это вполне натурально для права, которое само возникаетъ подъ ближайшимъ дѣйствіемъ правительственной власти. Одна область изобрѣтеній, особенно важная въ наше время съ государственной точки зрѣнія, именно изобрѣтенія и усовершенствованія до боевыхъ потребностей и до средствъ обороны государственной относящаяся, оставлена, какъ была въ старомъ законѣ (ст. 176), неотмѣненной и въ новомъ положеніи. На эти предметы привилегій не выдается. Въ нѣмецкомъ патентномъ законѣ 7 апр. 91 г. экспроприація широко примѣняется въ этомъ случаѣ, какъ и во множествѣ другихъ, гдѣ личный интересъ изобрѣтателя сталкивается съ общественнымъ и особенно государственнымъ (имперскимъ), причемъ изобрѣтателю гарантируется вознагражденіе за его ущербы и убытки въ общемъ судебномъ порядкѣ.

Есть еще область промышленнаго творчества, очень развитая въ Англіи и во Франціи, нынѣ весьма расширенная въ Германіи, указанія на которую даютъ намъ ст. 199—210 Уст. о промышленности. Это *право собственности на фабричные рисунки и модели*. Тутъ изобрѣтатель тоже обезпечиваетъ себѣ на короткое время исключительное пользованіе своимъ изобрѣтеніемъ. Компетенція для заявки изобрѣтенія тоже административная, какъ и для привилегій. Тотъ же методъ повѣрки новизны. Храненіе рисунковъ и моделей, чертежей и образцовъ при московскомъ отдѣленіи Совѣта мануфактуръ и Торговли. Споры о самоволь-

номъ пользованіи, о поддѣлкѣ, по предварительномъ изслѣдованіи указанныхъ административныхъ инстанцій, подлежатъ суду, равно и опредѣленіе вознагражденія за убытки. И здѣсь возможно не только личное пользованіе рисункомъ и моделью, но и передача правъ другимъ. Но сроки вообще короче, именно отъ одного года до десяти лѣтъ.

17637

ПОСОБІЕ ВЪ ЛЕКЦІЯМЪ

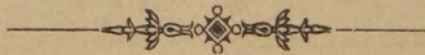
ПО

ГРАЖДАНСКОМУ ПРАВУ.

ВЫПУСКЪ ВТОРОЙ.

Обязательства. Часть общая (Отдѣл. I).
Въ связи съ замѣчаніями на Проектъ
книги V Гражданскаго Уложенія.

Заслуженнаго проф. Н. Л. ДЮВЕРНУА.



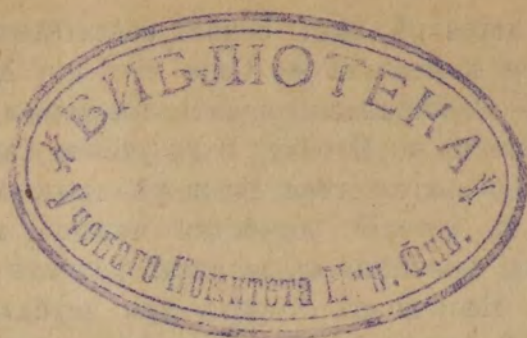
С.-ПЕТЕРБУРГЪ.

Типографія М. М. Стасюлевича, Вас. Остр., 5 лин., 28.

1901.

По опредѣленію юридическаго факультета Императорскаго СПб. Университета,
печатать разрѣшается. 29 октября 1900 года.

Деканъ В. Лебедевъ.



ОГЛАВЛЕНІЕ.

	СТРАН.
Введеніе.	III—XVI

Обязательственное право.

ОБЩІЯ УЧЕНІЯ.

Раздѣлъ I.

Общая характеристика.

§ 1. Противуположныя тенденціи правъ вещныхъ и обязательственныхъ.—Историческая функція договорно-обязательственныхъ институтовъ.—Понятіе объ обязательствахъ въ отличіе отъ права вещнаго.—Слабое развитіе нашей договорно-обязательственной системы и недостатокъ самостоятельности въ системѣ обязательствъ въ средніе вѣка на западѣ	1—5
--	-----

§ 2. Имущества наличныя и долговныя.—Удобства построенія той и другой категоріи отношеній съ практической точки зрѣнія.—Отличительныя черты современныхъ конструкцій обязательствъ права отъ латинскихъ, особенно подвижность обязательствен. отношеній въ смыслѣ личномъ и реальный характеръ современнаго исполнительнаго процесса.	5—10
---	------

§ 3. Обязательство и искъ.—Тѣсная связь того и другого.—Ослабленіе этой связи.—Натуральныя обязательства.—Опыты опредѣлить ихъ построеніе.—Юридическій эффектъ ихъ въ латинской и современной системахъ.—Составъ обязательств. отношеній этого тѣпа.	10—23
--	-------

§ 4. Обязательства общія и торговыя.—Происхожденіе различія.—Современное положеніе вопроса.—Критеріи для разграниченія двухъ областей обязательствен. отношеній	23—37
---	-------

Раздѣлъ II.

Общій анализъ.

§ 5. Различіе основаній и способовъ возникновенія обязательствъ вообще	37—40
--	-------

§ 6. Ученіе о договорѣ какъ основѣ обязательствен. правоотношенія.—Понятіе контракта по Code civil и у Мейера.—Поправки въ Проектъ.—Сопоставленіе понятія договора и обязательств. договора въ особенности по Проекту и по ученію Савиньи . . .	40—46
§ 7. Ученіе объ обязательствен. договорѣ (продолженіе).—Значеніе стипуляціи въ исторіи обработки нашихъ договорныхъ формъ.—I. Verborum solennitas въ латинск. ритуалѣ.—Наша promissio accepta.—II. Наличность сторонъ при вербальной обрядности.—Безобрядный консенсъ въ латинской и нашей договорно-обязательств. практикѣ.—Неудобства и ремедура противъ нихъ.—Техническія трудности достиженія <i>единенія</i> междуотсутствующими.	46—52
§ 8. Обязательствен. договоръ (Продолженіе). — Связанность оферента, независимая отъ акцепта.—Разработка понятія оферты въ современномъ правѣ.—А. Внутренняя сторона вопроса.—1) предварительныя сношенія.—Устойчивость и опредѣленность оферты.—Консумирующее дѣйствіе оферты.—2) Единеніе при наличности 3) и между отсутствующими контрагентами. — Обязательность оферты для оферента.—Выжидательное состояніе въ Нѣм. Улож. и нашемъ Проектѣ.—4) Акцептъ.—Разныя теоретическія попытки легчайшаго образованія <i>одиначества</i>	52—62
§ 9. В. Формы внѣшняго выраженія единенія.—Символизмъ.—Слово.—Письмо и другіе способы соленизировать договорную сдѣлку въ классическ. правѣ и у насъ.—Признаки нѣкоторой оборото-способности заемн. сдѣлокъ у насъ.—Дальнѣйшее развитіе и теперешнее значеніе письма для перфекціи договорной сдѣлки.	62—77
§ 10. Явленіе не исполнѣ законченныхъ договорно-обязательств. волеизъявленій.—I. Задатокъ.—Неодинаковая его функція въ процессѣ образованія договорнаго обязательства.—Историческая замѣтка и современное значеніе задатка.	77—104
§ 11. Явленіе не исполнѣ законченныхъ договорно-обязательственныхъ волеизъявленій (продолженіе).—II. Евентуальная отвѣтственность контрагирующихъ за убытки по несостоявшемуся договору.—Основаніе отвѣтственности и предѣлы ея	104—109
§ 12. Явленіе не исполнѣ законченныхъ договорно-обязательственныхъ волеизъявленій (продолженіе).—III. Аукціонъ.—IV. Публичное обѣщаніе, въ особенности обѣщаніе награды.—Теорія договорная и односторонней силы обѣщанія.—Условность въ ученіи Зигеля.—Анализъ.—Цѣлевое волеизъявленіе	109—131
§ 13. Явленіе не исполнѣ законченныхъ договорно-обязательственныхъ волеизъявленій (продолженіе). — IV. Обѣщаніе въ составѣ договора о совершеніи третьему или договоръ въ пользу третьяго.—Латинскій принципъ.—Гуго Гроцій и кодексы.—Состояніе практики.—Ученіе Унгера. Гражд. Улож. 96 г. и Проектъ V вв. (ст. 45—48) ¹⁾	131—149

¹⁾ Ученіе о бумагахъ на предъявителя, хотя тѣсно связанное съ разработанными въ §§ 12 и 13 темами, отнесено къ послѣдующимъ листамъ этого выпуска.



Изумительно странное впечатлѣніе оставляетъ въ читателѣ Посланіе, никѣмъ неподписанное, съ котораго начинается Пятикнижіе трудовъ Высочайше учрежденной въ 82-мъ году Комисіи по составленію Гражданскаго Уложенія. Эти появившіяся въ исходѣ 99-го года, 17 лѣтъ послѣ учрежденія комисіи, пять книгъ проекта съ объясненіями обнимаютъ не всю задачу, принятую на себя редакторами проекта, а лишь одну пятую долю труда, который имѣетъ быть этой комисіей выполненъ. Отдѣльный оттискъ текста самого проекта, подписанный предсѣдателемъ и членами комисіи, даетъ намъ 1106 статей, которыя всѣ посвящены книгѣ пятой будущаго гражданскаго Уложенія, имѣющей своимъ предметомъ Обязательства ¹⁾.

Названное Посланіе должно составлять, по мысли издателей, Введеніе,—но къ чему? ко всей работѣ, которой теперь появилась одна пятая часть, или только къ этой пятой части? На это крайне трудно обстоятельно отвѣтить; до такой степени измѣнчивы, непостоянны точки зрѣнія, на которыя становится неизвѣстный намъ авторъ Введенія.

Поразительнѣе всего *приступъ Посланія*, его начало. Это цѣлая діатриба, направленная противъ существующаго нашего законодательства по гражданскому праву. Дѣйствующіе наши законы, по этой оцѣнкѣ, не только безсистемны, противорѣчивы, ненадежны въ смыслѣ терминологіи, но что всего ужаснѣе—*это законы несправедливые!*..

¹⁾ Проектъ пятой книги заключаетъ въ себѣ 222 страницы текста. Пять книгъ Объясненій даютъ свыше трехъ тысячъ страницъ большаго формата.

Допустимъ, что все это такъ. Но есть ли малѣйшая надобность съ этихъ удивительныхъ ретроспективныхъ замѣтокъ, съ этого грубаго повальнаго осужденія начинать дѣло обновленія нашего гражданскаго законодательства, конечно и вызваннаго несоотвѣтствіемъ существующихъ нормъ требованіямъ времени и измѣнившимся условіямъ общежитія? Неужели это подобающая для офиціальнаго установленія или лица манера сужденія, неужели ничего болѣе обдуманнаго, зрѣлаго, обстоятельнаго въ смыслѣ критики дѣйствующей системы не нашла сказать намъ многоголовая коммисія?

По существу, конечно, упреки старому законодательству, особенно упреки *въ несправедливости*, не только неумѣстны *въ кругу лицъ ревностно приводившихъ* эти несправедливые законы въ исполненіе, но до крайности несвоевременны и неумѣстны еще разъ въ составѣ Введенія къ пятой, именно къ пятой книгѣ будущаго Уложения, къ законамъ объ обязательствахъ гражданскихъ, которые не только не были противорѣчивыми, несправедливыми, но которыхъ у насъ до сего времени въ составѣ дѣйствующаго кодекса (т. X ч. 1) *почти вовсе не было*.

Быть можетъ этому Посланію было свое мѣсто и время, когда коммисія для пересмотра гражданскихъ законовъ едва приступала къ дѣлу. Быть можетъ, многія проблемы этого Введенія слѣдовало коммисіи поставить на очередь восемнадцать лѣтъ назадъ, впереди всѣхъ ея работъ и начинаній, и уже въ ту пору призвать къ соучастію въ разрѣшеніи основныхъ проблемъ труднаго и сложнаго дѣла свѣдущихъ людей, печать, общество, чтобы не оставлять всю тяжесть ответственности за неудачный планъ, за ошибки въ общемъ направленіи предпріятія на небольшой группѣ лицъ, силы которыхъ, быть можетъ, и вовсе недостаточны для выполнения задачи первостепенной государственной важности!

Теперь это Введеніе неумѣстно, ибо, во-первыхъ, вопросы въ немъ затронутые касаются вовсе не одной пятой части будущаго кодекса; во-вторыхъ, ставить эти вопросы въ составѣ книгъ, уже законченныхъ по ранѣе принятому, хотя, быть можетъ, и неудачному плану, конечно, не время и не мѣсто.

Пора, когда производятся предварительныя развѣдки, когда

вырабатывается общій планъ дѣйствія, ставятъ вѣхи, миновала для этой комисіи безповоротно. И если въ этихъ первыхъ шагахъ предпріятія сдѣланы ошибки, если направленіе, данное дѣлу, фальшивое, то пересмотръ и поправка ляжетъ, конечно, не на эту же комисію. въ теперешнемъ составѣ, а на другой ея составъ, и, стало быть, всякія пренія съ теперешнимъ ея составомъ по этимъ основнымъ вопросамъ приходится заранѣе признать безцѣльными и излишними.

Если мы, однако, находимъ необходимымъ разсмотрѣть это Введеніе, то вовсе не для того, чтобы вступать въ излишнія словопренія, а исключительно съ цѣлью разобраться, вмѣстѣ съ читателемъ, въ вопросъ, въ какихъ собственно видахъ это Введеніе предлагается намъ *именно теперь*.

Прежде всего это совсѣмъ не есть дѣло недосмотра, оплошности неизвѣстнаго намъ автора. Какъ у юристовъ вообще, такъ особенно у юристовъ долго искушавшихся въ примѣненіи „несправедливыхъ законовъ“, въ этомъ Посланіи труднѣе всего допустимо предположеніе недоразумѣній или плохо сдѣланнаго расчета. Наоборотъ, тутъ все разсчитъ, все взвѣшено, во всемъ предусмотрительность, доведенная до нѣкоторой виртуозности, до несомнѣннаго мастерства.

Совсѣмъ *ненапрасно* начали наши кодификаторы съ этой подавляющей картины безправія и неурядицы нашего стараго юридическаго быта! Они начинаютъ съ этого, они къ этому возвращаются въ концѣ своего Введенія. И чтò же мы находимъ въ заключительныхъ его страницахъ? Это почти сказочное заключеніе! Чего вы ожидали отъ комисіи кодификаторовъ? Ваши самыя смѣлыя ожиданія? Вы ожидали, что это будетъ взамѣнъ стараго хаоса нѣкоторая система, нѣкоторая законченная обработка обширнаго круга плохо систематизированнаго матеріала. Вы ожидали, что тамъ, гдѣ были пробѣлы въ законодательствѣ, редакторы найдутъ чѣмъ ихъ восполнить, закончатъ, завершатъ. Это, конечно, не все. Читатель, особенно хорошо освѣдомленный по исторіи движенія западныхъ законодательствъ къ *объединенію нормъ* и достиженію возможнаго на всемъ пространствѣ государственной территоріи единства системы гражданскихъ институтовъ,

станетъ, быть можетъ, ожидать еще и этого результата затянувшегося почти на два десятилѣтія большого кодификаціоннаго предприятия. Однако, нѣтъ. Въ этомъ ожиданіи онъ несомнѣнно ошибется. И ошибка въ этихъ ожиданіяхъ почувствуется, несомнѣнно, особенно горько. Это будетъ настоящее разочарованіе! Мы хорошо знаемъ не только изъ исторіи кодификаціонныхъ предприятий на западѣ, начиная съ 18 в. и до послѣднихъ дней, но изъ тѣхъ усилій, которыя дѣлало наше правительство для достиженія этой цѣли, особенно со времени 2-го изд. Свода Законовъ, насколько высоко ставились эти задачи издавна, еще въ ту пору, когда трудно было и мечтать о ихъ достиженіи.

И вотъ, нынѣ именно эта сторона дѣла, эта задача давно сознанной первостепенной государственной важности, поставлена въ хитро задуманномъ Введеніи не только не на первый, но даже и не на второй планъ.

Въ заключительныхъ страницахъ Посланія, задача *исцѣленія нашихъ старыхъ недуговъ, особенно несправедливыхъ законовъ*, до такой степени выдвинута впередъ, высунута на первый планъ, освѣщена до того ярко, что тутъ поневолѣ навязывается мысль о хорошо рассчитанномъ планѣ совершенно отвлечь вниманіе читателя отъ тѣхъ проблемъ первостепенной государственной важности, о которыхъ мы сейчасъ говорили, и всего приковать къ чудесамъ этого начавшагося процесса исцѣленія отъ насильственно навязанныхъ намъ недуговъ. Весь трудъ кодификаціи направленъ вовсе не къ восполненію только, отнюдь не къ объединенію нашего гражданскаго права. Задача совсѣмъ иная. Мы даже не просто подлежимъ исцѣленію, а, такъ сказать, полному перерожденію при помощи кодификаціи.

Въ основу этого нашего перерожденія Редакціонная коммисія кладетъ рядъ руководящихъ началъ, или положеній, которыя тутъ же не безъ торжественности и изрекаются: 1) *законъ, прежде всего, долженъ быть справедливымъ*. Эту задачу достиженія справедливости не слѣдуетъ, учатъ насъ наши цѣлители, разумѣть, 2) *въ смыслъ только формальной правды*. Цѣль должна быть поставлена выше. И этотъ невѣдомый намъ доселѣ подъемъ духа законодательнаго обѣщаетъ намъ *достиженіе матеріальной правды*;

3) законъ долженъ дать *широкій просторъ усмотрѣнію суда*, такъ какъ только этимъ путемъ отношенія сторонъ могутъ быть опредѣлены справедливо; 4) законъ долженъ *облегчить обращеніе къ суду* ¹⁾. Что же касается договорныхъ отношеній въ особенности, то они должны покоиться *на началахъ справедливости и добросовѣстности*. И этотъ взглядъ проведенъ, говорятъ редакторы, во многихъ статьяхъ проекта. Такъ, продолжаютъ они, договоры должны быть исполняемы по доброй совѣсти (ст. 65) ²⁾.

Вотъ тѣ свѣтлыя перспективы, которыя обѣщаетъ намъ раскрыть Редакціонная коммисія 82-го года, не жалѣя яркихъ красокъ, чтобы сдѣлать картину, насколько хватаетъ силъ, въ самомъ дѣлѣ захватывающей!

Зачѣмъ все это? Гдѣ цѣль? Неужели для кого-нибудь еще можетъ и нынѣ оставаться сомнѣніе, что въ вопросахъ *добросовѣстности*, что въ задачахъ *достиженія матеріальной правды*, для области гражданскихъ правоотношеній въ особенности, однѣ нормы, однѣ легальныя гарантіи, какъ бы онѣ хорошо ни были продуманы и формулированы на бумагѣ, не способны не только привести къ цѣли, но даже приблизить общество къ ея достиженію?

Никто лучше юристовъ-практиковъ, изъ которыхъ главнымъ образомъ состоитъ коммисія, не знаетъ тщеты самыхъ лучшихъ намѣреній и начинаній законодателя въ этой области правоотношеній въ особенности! Если бы это былъ кругъ юныхъ мечтателей, можно бы охотно повѣрить по крайней мѣрѣ полной искренности ихъ свѣтлыхъ ожиданій, ихъ вѣры въ магическую силу кодификаціоннаго творчества. Совсѣмъ иное дѣло, когда такими чаяніями наполнено Посланіе официальной кодификаціонной коммисіи юристовъ, издавна искушенныхъ въ примѣненіи къ прак-

¹⁾ Ср. стр. LI—LV Введенія. Мы не можемъ здѣсь остановиться на общихъ мѣстахъ, которыми, повидимому, думаютъ поднять цѣну заслугъ коммисіи. Все, что тутъ выставляется съ громкой похвалой какъ *достиженіе матеріальной правды*, вовсе не связано необходимо съ задачей кодификаціи и не составляетъ отнюдь препятствія къ достиженію на ряду съ этой цѣлью и другой цѣли пересмотра дѣйствующихъ гражданскихъ законовъ, т.-е. устраненія партикуляризовъ.

²⁾ Тамъ же, стр. LII, сверху.

тикѣ „несправедливыхъ законовъ“ на отечественной почвѣ. Здѣсь нельзя допустить никакихъ признаковъ наивности, и мы спрашиваемъ, въ какихъ собственно видахъ дана намъ вся эта яркая, захватывающая картина предстоящаго будто вмѣстѣ съ введеніемъ кодекса великаго торжества новой правды надъ старыми нашими недугами?

Мы постараемся далѣе раскрыть ближайшій расчетъ, который, вѣроятно, побуждалъ нашихъ редакторовъ располагать въ извѣстномъ порядкѣ свои декорации и сосредоточивать весь свѣтъ на однихъ пунктахъ, оставляя другіе или въ нѣкоторой тѣни, или вовсе безъ освѣщенія.

Подойдемъ поближе къ дѣлу.

Высочайшее повелѣніе объ общемъ пересмотрѣ дѣйствующихъ гражданскихъ законовъ 12/26 мая 1882 года, на основаніи коего образована Редакціонная коммисія для составленія проекта гражданского Уложенія, поставило полномочія коммисіи настолько широко и свободно, что весьма многое въ вопросѣ о *предѣлахъ и цѣли кодификаціи* зависѣло отъ разумѣнія и взглядовъ (натурально, не произвольныхъ, а хорошо обоснованныхъ) призванныхъ къ выполненію задачи лицъ.

Этотъ составъ коммисіи понялъ (хотя изъ наличныхъ актовъ не видно, когда именно) свою задачу *отчасти шире*, чѣмъ можно было ожидать, *отчасти поставилъ ее въ такіе тѣсные предѣлы*, которыхъ никакъ нельзя оправдать ни прямыми указаніями законодательнаго акта, ни предшествующимъ движеніемъ отечественнаго законодательства, начиная со втораго изданія т. X ч. 1, ни еще менѣе постояннымъ распространеніемъ на всю государственную территорію, не исключая ни Царства Польскаго, ни Прибалтійскихъ губерній, Судебныхъ Уставовъ 20 ноября 64 г. и Нотаріальнаго Положенія 14 апрѣля 66 г. (съ извѣстными отклоненіями отъ общаго типа), ниже какими либо экономическими, соціальными, политическими или научными соображеніями.

Введеніе касается обѣихъ проблемъ, и *расширенія задачи кодификаціи* не только на область собственно гражданскихъ институтовъ, но и на институты права торговаго, и *суженія предѣловъ примѣненія*, на которые собственно и рассчитывалась выпол-

ненная нынѣ часть работы, до крайняго минимума, т.-е. до территории нынѣ дѣйствующаго т. X ч. 1, а вовсе не на все пространство примѣненія Судебныхъ Уставовъ и Нотаріальнаго Положенія.

Оглушивъ насъ настоящимъ диэирамбомъ наступающему царству правды на Руси вслѣдъ за введеніемъ въ дѣйствіе пресловутаго Уложенія, котораго пока мы видимъ одинъ хвостъ, коммисія старается всячески расположить читателя въ пользу включенія въ проектъ пятой книги не однихъ институтовъ общаго обязательственнаго права, но и права торговаго. Это образуетъ, такъ сказать, второй планъ заманчивой дерокаціи нашего будущаго гражданскаго блаженства! И сколько наговорено въ пользу этого сочетанія! Дивишься только тому, какъ это до сихъ поръ такъ мало нашлось на Западѣ охотниковъ произвести на дѣлѣ этотъ заманчивый опытъ сліянія двухъ системъ, общей и торговой, въ одно нераздѣльное цѣлое. Мы не только проектировали это сліяніе, но, ничтоже сумняся, тутъ же его и выполнили. Посланіе посвящаетъ добрыхъ тридцать страницъ глубокимъ соображеніямъ всѣхъ преимуществъ подобнаго сочетанія ¹⁾.

Остается третій вопросъ. Для насъ въ этомъ третьемъ вопросѣ весь смыслъ и вся цѣль пересмотра дѣйствующей системы.

Господство въ дѣйствующей системѣ началъ неправды есть безусловно навѣтъ и передержка. Видимый всякому недостатокъ дѣйствующихъ гражданскихъ законовъ въ ихъ неполнотѣ, неразвитости тѣхъ источниковъ, воздѣйствіемъ коихъ объясняется преимущество западныхъ системъ, обогащенныхъ вѣчно живыми элементами національныхъ институтовъ обычно-правнаго происхожденія и универсальными основами научной юриспруденціи. Наша система мало развита, скудна; она скорѣе есть сборникъ ордонансовъ, чѣмъ сводъ институтовъ гражданскаго права. Эту фазу въ свое время переживала каждая изъ кодифицированныхъ нынѣ и по содержанію роскошныхъ сравнительно западныхъ системъ.

На ряду съ нашими школами и практикой судовъ несомнѣнно и кодификаціонныя коммисіи могли служить посредниками въ

¹⁾ См. стр. III—XXXVII подъ заглавіемъ *Необходимость включенія въ проектъ постановленій о торговыхъ сдѣлкахъ.*

процессъ рецепціи универсальныхъ основъ современныхъ цивильныхъ системъ.

Коммисія 82-го года до послѣдняго времени служила не содѣйствующимъ, а противодѣйствующимъ этой цѣли факторомъ, настоящимъ тормазомъ, произведшимъ, въ теченіе семнадцати лѣтъ безплодныхъ ожиданій, никогда, нигдѣ неслыханный застой въ этомъ нормальномъ процессѣ обновленія системы зарожденіемъ новыхъ нормъ и притокомъ новыхъ институтовъ.

Теперь этому выжидательному состоянію приближается, повидимому, конецъ.

Коммисія 82-го года дала намъ для пятой части будущаго Уложенія образцы своихъ посредническихъ работъ въ указанномъ процессѣ рецепціи. Какія это работы, по ихъ внутреннему достоинству, мы скажемъ въ свое время въ курсѣ.

Коммисія несомнѣнно считаетъ ихъ весьма совершенными.

Но она этимъ не ограничивается и ставитъ себя не въ положеніе исполнителя возложеннаго на нее дѣла пересмотра; она идетъ далѣе и, не выслушавъ еще ничьей критики ¹⁾, указываетъ законодателю предѣлы въ коихъ имѣетъ быть введенъ въ дѣйствіе ея никѣмъ еще не опробованный и, быть можетъ, ничего не стоющій проектъ.

Не подлежитъ сомнѣнію, что разъ тѣмъ или инымъ путемъ, раньше или позже, недостатокъ элементовъ общихъ въ составѣ нашей системы устраненъ, какъ тотчасъ же возникаетъ самъ собой вопросъ, какимъ должно быть *пространство примѣненія проекта?*

Поставивъ впередъ задачу исцѣленія насъ отъ вымышленныхъ недуговъ, обогативъ насъ затѣмъ мало испытаннымъ на практикѣ и слабо соображеннымъ во Введеніи сліяніемъ правъ общихъ съ торговыми, Посланіе на послѣднемъ планѣ ставитъ и этотъ вопросъ о *пространствѣ примѣненія проекта.*

¹⁾ Читателю необходимо ознакомиться съ самимъ текстомъ Высочайшаго повелѣнія 12/26 мая 82 г., чтобы судить о томъ, насколько это входитъ въ компетенцію означенной Редакціонной коммисіи, и съ какою осмотрительностью, при всей предоставленной коммисіи свободѣ дѣйствій, законъ указываетъ процессъ публичной оцѣнки и послѣдующей повѣрки выработаннаго проекта въ высшихъ инстанціяхъ.

Но для чего и какъ ставится этотъ вопросъ, и какъ разрѣшается? Посланіе въ какомъ-то блаженномъ невѣдѣніи посвящаетъ своимъ соображеніямъ по этому предмету 3—4 страницы самаго поверхностнаго содержанія, и вовсе не для того, чтобы его сколько-нибудь освѣтить, а исключительно съ цѣлью сейчасъ же отложить до болѣе веселаго будущаго, *ad calendas graecas*, какъ говорили въ старину. Мы, натурально, не беремъ на себя рѣшать вопроса, есть ли тутъ побужденіе неодобрительнаго свойства, или это послѣдствіе простого неумѣнія придти къ цѣли объединенія разныхъ системъ, неспособности или непригодности этого состава лицъ достигнуть хотя не столь блестящей, но много болѣе цѣнной, чѣмъ предполагаемое царство матеріальной правды, задачи..

Самый подборъ лицъ изъ круга юристовъ, сколько могу судить, весьма различныхъ кодификаціонныхъ территорій заставлялъ ожидать если не другого результата, то *по крайней мѣрѣ основательнаго разъясненія причинъ недостижимости у насъ единства гражданскихъ институтовъ*, когда эта цѣль достигается вездѣ нынѣ съ совершенно несомнѣннымъ успѣхомъ, и когда у насъ столько уже сдѣлано для ея достиженія въ области процессуальнаго права и добровольной юрисдикціи.

Основательнымъ нельзя назвать отвѣта на вопросъ въ указанномъ мѣстѣ Введенія. Это поверхностное, легкое отношеніе къ задачѣ. Это какая-то робость передъ его разрѣшеніемъ, которая прячется за мнимую невозможность сейчасъ поставить дѣло на очередь.

Коллегія кодификаторовъ неожиданно превращается въ коллегію авгуровъ и вмѣсто серьезнаго изслѣдованія задачи ограничивается признаніемъ ея важности, съ одной стороны, и увѣреніемъ, что это дѣло будущаго, съ другой.

Развѣ почтенные редакторы созваны для пророчествъ? Это совершенно новая точка зрѣнія на призваніе кодификаціонныхъ комиссій. Ея не знали, сколько мнѣ извѣстно, ни французскіе, ни недавніе нѣмецкіе кодификаторы, у которыхъ несомнѣнно есть чему поучиться и нашимъ.

¹⁾ См. Введеніе XXXVII.

Нельзя, впрочемъ, упрекать авторовъ Введенія, что они не знакомы съ настоящимъ значеніемъ *кодификаціонныхъ работъ для цѣлей объединенія разныхъ системъ гражданскаго права*. Они прекрасно повторяютъ *зады* недавнихъ нѣмецкихъ кодификаціонныхъ программъ и не оспариваютъ вовсе высокаго значенія унификаціи гражданскихъ институтовъ по самымъ вѣскимъ основаніямъ. Вотъ эти мысли.

Нѣтъ сомнѣнія, читаемъ мы во Введеніи, что для облегченія какъ торговыхъ, такъ и иныхъ сношеній разныхъ частей государства между собой, для сглаженія особенностей отдѣльных мѣстностей, для усиленія государственной связи, другими словами (и найти лучше трудно!), для достиженія экономическихъ и политическихъ цѣлей въ высшей степени важно *введеніе однихъ гражданскихъ законовъ на всемъ пространствѣ Имперіи* ¹⁾.

Все что мы прибавили бы здѣсь отъ себя къ перечету этихъ высокихъ цѣлей, къ коимъ приводитъ система общаго права, ограничивается лишь соображеніями научными и дидактическими. Никогда партикулярные кодексы ни привлекали къ себѣ такого обилія научнаго освѣщенія, какимъ пользуются системы права единого и общаго для цѣлаго государства. Наряду съ этимъ идутъ и дидактическія задачи, достиженіе коихъ только тогда легко и удобно, когда оно не встрѣчаетъ непрестанныхъ партикуляристскихъ пороговъ, загромождающихъ русло великаго общаго потока юриспруденціи.

Какой же, однако, конечный результатъ по вопросу о *пространствѣ* примѣненія новыхъ нормъ у насъ?

Спокойное и холодное изреченіе авгуровъ:

„Но осуществленіе этой мѣры—дѣло будущаго“.

Вотъ тутъ для читателя и раскрылся весь планъ любопытнаго Посланія, вся тайна этой декоративной затѣи. И эта ярко освѣщенная и наименѣе зависящая отъ кодификаторскихъ услугъ

¹⁾ Введеніе, XXXVII. Очень характерно дальнѣйшее разсужденіе на тему о томъ, что *полнаго* объединенія нельзя достигнуть. Но кто же говорилъ о полномъ объединеніи? Объ немъ не только не говорятъ, но и не думаютъ ниже въ Германіи. Но развѣ между *полнымъ* объединеніемъ и совершеннымъ его отсутствіемъ нѣтъ средняго? Мы не считаемъ такія реплики ни въ какомъ смыслѣ серьезными.

задача водворенія въ Россіи царства правды на мѣсто тьмы и лжи, которая будто непроглядной толщей лежала на всемъ русскомъ правосудіи до самой минуты появленія проекта пятой части будущаго Уложенія, и это ловко задуманное, въ вящую хвалу великихъ научныхъ заслугъ Коммисіи, *насильственное втискиванье институтовъ торгового*, т.-е. наименѣе удобнаго для партикулярной обработки, права въ систему будущаго *партикулярнаго* гражданского кодекса.

Что-жъ мы имѣемъ къ этому дню въ результатѣ семнадцатилѣтнихъ трудовъ этого подбора юристовъ для вопросовъ и задачъ ихъ компетенціи?

Торжественное *non possumus!*

Мы взялись за дѣло, котораго выполнить мы, очевидно, не способны, не можемъ, не въ силахъ!

Есть разные, однако, пути къ отступленію. И въ этомъ печальномъ исходѣ возможна искренность, прямота, достоинство. Мы не находимъ ея въ изумительномъ Посланіи.

Въ немъ *все фальшъ*. Юристы, всю жизнь примѣнявшіе законы, которые они сами почитали несправедливыми, не могли найти другого выхода. И вмѣсто простого, открытаго *non possumus*, они оставляя сцену (я увѣренъ, что они не вернутся болѣе), укоризненно восклицаютъ... единство въ правѣ хорошо, *но Вы* еще до этого не дозрѣли. *Quod licet Jovi non licet bovi.*

* * *

Намъ остается сказать нѣсколько словъ объ источникахъ проекта, о коихъ трактуетъ очень коротко раздѣлъ Введенія подъ римскимъ III ¹⁾.

Тутъ два вопроса: что это за источники, первоисточники, или такіе, которые уже давно каптированы въ составъ другихъ кодексовъ? и затѣмъ, въ какомъ смыслѣ это источники, въ смыслѣ нормъ нашей или иной дѣйствующей системы, или въ нетехническомъ смыслѣ любого матеріала, изъ коего можно что-нибудь готовое набрать въ циклъ статей своей редакціи?

¹⁾ Стр. XLI.

Первоисточники, право римское, источники права германскаго, историческіе памятники русскаго права, сколько могу сейчасъ обозрѣть (объ этомъ рѣчь будетъ еще въ курсѣ), не входили въ кругъ изученія кодификаторовъ при составленія кодекса, и ссылокъ на эти источники мы не встрѣчаемъ подъ редижированными въ проектѣ статьями. Гдѣ попадались доступныя литературныя разработки юридическихъ проблемъ, они показаны въ Объясненіяхъ, и нѣтъ сомнѣнія, что въ составѣ исполнителей были вполне по этой части освѣдомленные лица.

Формулировка статей, о которой мы подробно будемъ говорить въ курсѣ, основывается всегда на сопоставленіи цѣлаго ряда близко или далеко отстоящихъ другъ отъ друга прежнихъ кодексовъ, преимущественно иностранныхъ, и наряду съ ними различныхъ проектовъ, никогда не переходившихъ въ стадію легальныхъ нормъ.

Эта работа нерѣдко совершенно не представляетъ никакого интереса, хотя она стоила порядочнаго механическаго труда Коммисіи. Кодексы и проектъ не сведены къ типическимъ группамъ и составляютъ нерѣдко многократно повторяемую транскрипцію одной и той же редакціи. Въ дальнѣйшей работѣ мы остановимся на характерныхъ случаяхъ рецепціи чужого, гдѣ цѣль нашей редакціи какъ будто не въ умаленіи партикуляризовъ, а скорѣе въ ихъ разведеніи, въ искусственной ихъ культурѣ. Если унификація составляетъ дѣло будущаго, то натурально для настоящаго это разведеніе отклоненій отъ общепринятыхъ тезисовъ не есть недостатокъ.

Такимъ образомъ внизу, подъ текстомъ статьи, читатель не встрѣтитъ ничего вѣчно, такъ сказать, живого, ни ссылокъ на классическое право, ни прямо на источникъ французскаго, нѣмецкаго, русскаго обычнаго права или судебной практики. Это не живые источники права, а какое-то обширное кодификаціонное кладбище.

Читателя можетъ удивить, что на этомъ кладбищѣ, рядомъ съ извѣстными и дѣйственными и у насъ и на западѣ кодексами, значутся и не дѣйствующіе уже нынѣ, а частью никогда не переходившіе въ стадію закона проекты. Ихъ особенно много въ

Германи. Читатель может спросить, какъ это случилось, что наряду съ совершенно-зрѣлыми, хотя и отжившими свое время кодексами, положены здѣсь и эти кодификаціонные, такъ сказать, недоноски?

Отвѣтъ совершенно простой. Нѣмцы очень любятъ кодифицировать. Но въ послѣднее время, чуть что въ этихъ работахъ обнаруживается склонность къ партикуляризму, проектъ тотчасъ свозятъ на кладбище.

Эти многочисленныя, теперь не дѣйствующія нигдѣ болѣе или никогда не дѣйствовавшія партикуляристскія работы и образуютъ видный источникъ нашего теперешняго проекта. Надписей о причинѣ преждевременной смерти того или другого проекта не дѣлаютъ, но по названіямъ ихъ, баденскій, гессенскій, саксонскій и иныхъ земель ¹⁾, легко заключить, что недугъ, вѣрнѣе, органической пороки, котораго они всѣ сдѣлались преждевременной жертвой, одинъ, это ихъ партикуляризмъ.

* * *

Общія замѣчанія, которыя мы здѣсь дѣлаемъ по поводу Введенія, должны были появиться къ 1-му октября, какъ этого требовала бумага, при которой мы получили рассматриваемыя офиціальныя изданія. Теперь мы въ небольшомъ опозданіи.

Въ ту пору, когда проектъ пятой книги „Обязательства“ пришелъ къ намъ, нашу задачу составляло изданіе второго выпуска Пособій, которыя предназначаются для слушателей. Этотъ второй выпускъ долженъ былъ содержать именно общія ученія объ обязательствахъ. Мѣнять планъ и ходъ занятій было затруднительно. Мы присоединяемъ въ дальнѣйшемъ наши детальныя замѣтки по поводу проекта къ тексту этихъ Пособій. Для цивилиста весь составъ проекта не представляетъ, конечно, ничего новаго. Это все рецепція разныхъ кодифицированныхъ системъ. Такое сліяніе двухъ задачъ, чисто учебной и крити-

¹⁾ Между этими проектами есть, однако, и по достоинству самостоятельной научной постановки вопросовъ и по благородству задачъ стоящіе несравненно выше Проекта пятой части Гражданскаго Уложенія.

ческой, имѣть, конечно, свои невыгодныя стороны. Но одновременно вести эти двѣ работы врозь было бы тоже почти невыполнимо при обильныхъ иныхъ текущихъ занятіяхъ.

Въ настоящее время появляется только часть названнаго второго выпуска Пособія; продолженіе слѣдуетъ.

ОБЯЗАТЕЛЬНОЕ ПРАВО.

ОТДѢЛЕНИЕ ПЕРВОЕ.

Общая ученія.

РАЗДѢЛЪ I.

Общая характеристика строения современныхъ системъ обязатель-
ственного права.

§ 1. Противуположныя тенденціи правъ вещныхъ и обязательственныхъ. — Историческая функція договорно-обязательственныхъ институтовъ. — Понятіе объ обязательствѣ въ отличіе отъ права вещнаго. — Слабое развитіе нашей договорно-обязательственной системы и недостатокъ самостоятельности въ системѣ обязательствъ на Западѣ въ средніе вѣка.

Для характеристики этой системы юридическихъ отношеній въ отличіе отъ системы правъ вещныхъ, Савиньи принимаетъ за господствующій признакъ вещнаго права тенденцію къ обособленію, къ разобщенію сферъ обладанія лица. Здѣсь каждому указывается опредѣленная граница матеріальнаго обладанія. Цѣль вещнаго права заключается въ разграниченіи интересовъ, въ размежеваніи правъ. Если бы въ правѣ преслѣдовалась одна эта цѣль, то вопросъ о социальномъ союзѣ былъ бы разрѣшенъ совершенно односторонне. Неоконченную задачу институтовъ вещнаго права призвана довершить именно система обязательствъ, тенденція и задача которой, наоборотъ, связать людей, поставить ихъ въ тѣ отношенія общности и единенія, которыя какъ бы нарушены предшествующей частью гражданской системы, т.-е. принципами вещнаго права.

Это противоположеніе вещнаго права обязательственному, при историческомъ освѣщеніи вопроса, приобретаетъ еще болѣе инте-

реса. Современные формы исключительнаго вещнаго обладанія представляют собою, по многимъ признакамъ, *нарушенную старую общность* людей, и люди являются намъ нынѣ, въ этой области отношеній, разьединенными, поставленными врозь, даже враждебно другъ другу. Это исчезновеніе прежнихъ формъ общности вознаграждается нынѣ тѣмъ единеніемъ, которое даетъ намъ въ особенности богато развитое *договорное право*. Характеръ вещнаго права есть вѣчная тяжба, никогда не разрѣшимая вполне проблема обособленнаго существованія. По мѣрѣ достиженія ея цѣлей, необходимость компенсаціи господствующей розни становится все болѣе и болѣе ощутительной. Необходимость замѣнить старую общность и старое единство новыми, свободными сочетаніями становится настоящимъ дѣломъ.

Что это начало сочетанія интересовъ, сознанный общности людей составляетъ именно сущность и конечную тенденцію всей системы обязательствъ — это сознавалось давно. Мысль эту мы находимъ и у юристовъ классиковъ и у новыхъ писателей — не юристовъ, иногда въ аллегорической формѣ, какъ у извѣстнаго французскаго сатирика Рабле, который ставитъ себѣ вопросъ: что было бы, если бы не было долговъ? и отвѣчаетъ на него картинами ужаса и разрушенія, гдѣ всѣ элементы вселенной существуютъ каждый только для себя ¹⁾.

Чтобы составить себѣ правильное *понятіе объ обязательствахъ въ отличіе отъ права вещнаго*, исходной точкой надлежитъ взять опредѣленіе обязательства, которое мы находимъ въ Римскомъ правѣ. Съ этого опредѣленія именно и необходимо *начать*, ибо система обязательствъ нигдѣ не выработана въ такой полнотѣ, какъ въ этомъ правѣ ²⁾. Это обстоятельство придаетъ ученію

¹⁾ „Планеты прекратили бы свое правильное теченіе, солнце отказалось бы свѣтить, облака давать дождь и проч.; не чувствуя къ этому *никакого побужденія дома*, земля стала бы производить однихъ чудовищъ и т. п.“

²⁾ Что касается общихъ литературныхъ пособій, то, прежде всего, здѣсь слѣдуетъ указать на соч. Савиньи „Das Obligationenrecht“ въ 2-хъ томахъ (1851 и 1853 г.). Общее ученіе объ обязательствахъ въ немъ далеко не исчерпано, и хотя эта работа принадлежитъ не къ лучшей порѣ литературной дѣятельности Савиньи, все же она остается капитальнымъ и незамѣненнымъ трудомъ, дающимъ во многомъ основу обязательственнаго права. Переводъ сдѣланъ въ Москвѣ гг. Фуксомъ и Мандро, и хотя онъ не вездѣ безупреченъ, не менѣе того можетъ служить хорошимъ подспорьемъ при занятіяхъ этой системой. Всѣ лучшія работы по обязательственному праву кладутъ въ основу системы римское право, при чемъ, конечно, постоянно слѣдятъ за отклоненіями нашихъ институтовъ отъ латинскихъ. Такъ, для права французскаго мы можемъ указать обширную и прекрасную работу бельгійскаго проф. Молитора: „Les obligations en droit romain avec indication des rapports entre la législation romaine et le droit français. 2-me édit. 66—68 гг. Это часть 3-хъ томнаго Cours du droit romain approfondi“ въ 2-хъ томахъ; 1-ый же томъ, вышедшій ранѣе, имѣетъ содержаніемъ ученіе о вещныхъ правахъ.

Большую цѣну имѣетъ Lehrbuch des Pandectenrechts, 2-й томъ, Виндшейда,

классиковъ особенную важность. По опредѣленію Юлія Павла (fr. 3 pr. D. 44. 7), „*obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum*“. Въ этихъ словахъ именно и заключается противоположеніе системы институтовъ связующихъ системъ институтовъ обособляющихъ.

Тамъ, гдѣ существуютъ старыя формы общности, не можетъ выдѣлиться и развиться особая система обязательствъ, и нигдѣ она не оказалась столь слабо разработанной, какъ у насъ. Причина этого въ томъ, что нигдѣ формы *старой общности* не были такъ сильно развиты, нигдѣ люди не были такъ закрѣплены разнаго рода зависимостями (особенно крѣпостной, служилой, сословной и проч.), какъ у насъ въ эпоху составленія свода. При связанности старыми формами общности, понятно, развитіе *свободныхъ союзовъ* было невозможно, да въ нихъ не чувствовалось и надобности. Отсюда ясно само собою, что въ то время не могла развиться система обязательствъ на почвѣ свободного договорнаго начала. Въ Римѣ, гдѣ старыя формы общности людей рано прекратили свое существованіе, смѣнившись началами разьединенія, рано развилась и система обязательственнаго права. Наоборотъ, въ Зап. Европѣ, вслѣдствіе продолжительнаго существованія общественныхъ формъ зависимости, *свое* обязательственное право развилось очень поздно. Въ первое время, когда почувство-

3-й т. сочин. Вангерова: „Lehrbuch der Pandecten“ и Pandecten Дербурга т. 2-ой 96 г.

Нынѣ дѣйствуютъ наряду съ римскими многіе институты обязательственнаго права, не имѣющіе связи съ Римскимъ правомъ, образовавшіеся много позднѣе, которымъ нѣмцы присваиваютъ наименованіе институтовъ германскаго права. Мы назовемъ ихъ новыми институтами. Въ совокупности они не составляютъ цѣльной системы обязательственнаго права; поэтому труды, которые посвящены ихъ разработкѣ, по необходимости не имѣютъ характера законченнаго. Изъ общихъ сочиненій, какъ наилучшее, слѣдуетъ указать сочиненіе Штоббе: „Handbuch d. deutsch. Privatrechts“, 3 томъ (I т. содержитъ общія ученія; II—вещное право; IV—семейственное; V—наслѣдственное право; третій томъ включаетъ право обязательственное).

Для Австрійскаго обязательственнаго права есть хорошая неоконченная работа Hasenöhrl'a „Das oesterreich. Obligationenrecht mit Einschluss d. handelsrechtlichen Lehren“ 2-ое изд. 1892 г. Для Прусскаго права цѣнно соч. Дербурга: „Lehrbuch d. preuss. Privatrechts“, т. 2, совмѣстно разсматривающее институты Прусскаго, Римскаго и Германскаго права. Онъ же нынѣ издаетъ новое сочин. Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens. B. II. Die Schuldverhältnisse. Abt. I. Allg. Lehren. Нѣмецкое новое уложеніе толковалось франц. профессоромъ R. Saleilles, Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet du Code civil allemand. 1890 г. Для русскаго права дѣйствующаго, лучшую работу даетъ Побѣдоносцевъ, Курсъ, т. 3. Большой интересъ представляетъ Гражданское Уложеніе, кн. 5-ая, Обязательства. Проектъ редакц. Коммисіи по составл. Гражд. уложенія. 5 томовъ.

валась въ немъ потребность, сдѣланы были обильныя заимствованія изъ римской догмы.

Нѣтъ, поэтому, ничего удивительнаго, что въ нашихъ правахъ, рядомъ съ развитіемъ системы вещнаго права, мы не находимъ такой законченной, самостоятельной и цѣльной обработки обязательственнаго права, какую оно нашло у римлянъ. Въ нашемъ сводѣ, равно какъ и во французскомъ и прусскомъ кодексахъ, обязательству не дано того *вполнѣ самостоятельнаго* положенія въ общей системѣ цивильнаго права, какое оно имѣетъ въ системѣ римской. У насъ, какъ и въ Code civil и въ Прусск. земск. правѣ, обязательство является не столько само себѣ цѣлью, сколько *средствомъ* для тѣхъ цѣлей, къ которымъ направляется система права вещнаго. Въ силу этого, у французовъ, напр., вся система обязательствъ, введена въ категорію „*différentes manières dont on acquiert la propriété*“, которыя составляютъ содержаніе кн. 3-ей Code civil. Очевидно, французскій кодексъ рассматриваетъ обязательство какъ средство. Это видно изъ содержанія Livre III С. с., коей titre I говоритъ: „des successions; titre II — des donations entre vifs et des testaments; titre III—des contrats ou des obligations conventionnelles en général, titre—IV des engagements sans conventions, а дальнѣйшіе титулы трактуютъ отдѣльные договорно-обязательственные формы“ и т. д. Такъ что содержаніе этой книги обнимаетъ все, что ведетъ къ одной конечной цѣли — къ приобрѣтенію собственности. Иную позицію обязательственному праву даютъ римляне. Въ ихъ глазахъ, это право не есть совокупность только *manières*, способовъ для приобрѣтенія вещныхъ правъ. У нихъ право обязательственное и право вещное являются двумя *самостоятельными сферами правоотношеній*, имѣющими каждая свою жизнь, свои особыя цѣли и свою область примѣненія.

Систематики нашего Свода Законовъ, кодифицируя скудный матеріалъ обязательственныхъ нормъ, стояли не на римской почвѣ, а на почвѣ французскаго законодательства. Въ виду этого, книга III тома X ч. I, трактующая „о порядкѣ приобрѣтенія и укрѣпленія правъ на имущества въ особенности“, въ ея раздѣлѣ III — говоритъ „о порядкѣ *обоюднаго* приобрѣтенія правъ на имущество мѣною и куплею“ (разд. I и II этой кн. соотвѣтствуютъ titre I и II кн. III С. с., съ перестановкой перваго titre на мѣсто разд. второго и второго titre на мѣсто разд. перваго), т.-е. объ институтахъ, по существу своему, принадлежащихъ къ области права обязательственнаго, а не вещнаго. Наши систематики, впрочемъ, были нѣсколько осмотрительнѣе

французскихъ; они не внесли *всѣхъ институтовъ* обязательственнаго права въ рубрику *manières dont on acquiert* и пр., а выдѣлили нѣкоторые изъ нихъ въ особую книгу IV, трактующую „объ обязательствахъ по договорамъ“. Необходимость такого выдѣленія станетъ очевидной, если принять во вниманіе, что многіе институты обязательственнаго права вовсе не ведутъ къ приобрѣтенію собственности, таковъ договоръ довѣренности, поклажи, ссуды, личного найма, и что, слѣдовательно, ихъ нельзя разсматривать какъ способы приобрѣтенія.

Если, такимъ образомъ, настоящая разработка обязательствъ, какъ въ кодексахъ, такъ и въ теоріи не даетъ имъ той самообытности, которую сообщило имъ римское право, то для насъ становится необходимымъ, ознакомившись предварительно съ римскимъ ученіемъ объ обязательствахъ, рядомъ съ этимъ дать характеристику *тѣхъ особенностей*, которыя замѣчаются въ современной системѣ обязательственнаго права и которыя отличаютъ ее отъ римской. Такова будетъ цѣль дальнѣйшаго изложенія. Римская основа остается неизмѣнной, не смотря на энергичное стремленіе особенно нѣмецкой юридической литературы поколебать ее; не менѣе того видоизмѣненія въ построеніяхъ современныхъ обязательственныхъ системъ весьма существенны.

§ 2.

Имущества наличныя и долговныя.—Удобство построенія той и другой категоріи отношеній съ практической точки зрѣнія.—Отличительныя черты современныхъ конструкцій обязательственнаго права отъ латинскихъ; особенно подвижность обязательственныхъ отношеній въ смыслѣ личномъ и реальный характеръ современнаго исполнительнаго процесса.

Если мы отмѣтили выше характерную для современныхъ системъ особенность обязательственнаго права отъ латинскаго чертой самообытности для латинской системы и лишь характеромъ средства для приобрѣтенія вещнаго обладанія у насъ, то несомнѣнно эта особенность должна обнаруживаться и *въ построеніяхъ* современныхъ обязательственныхъ отношеній, иныхъ чѣмъ они были у римлянъ.

Согласно вышеприведенному опредѣленію Юлія Павла, обязательство существуетъ тамъ, гдѣ есть *личная связь*, силой коей *должникъ* побуждается къ совершенію опредѣленнаго дѣйствія въ интересахъ *кредитора*. Этотъ признакъ обязательства одинаково существенъ для обязательствъ латинскаго и современнаго типа.

И тутъ и тамъ этимъ признакомъ мы отличаемъ понятіе обязательства отъ права вещнаго. Основываясь на этомъ Оттонъ Бэръ говоритъ, что практическое удобство строенія обязательственнаго отношенія, особенно договорнаго, заключается въ томъ, что въ немъ заранее извѣстно, кто станетъ эвентуально отвѣтчикомъ въ случаѣ неисполненія добровольно обязательственнаго дѣйствія. Содержаніе обязательственнаго отношенія есть всегда *долгъ*, и въ латинской конструкціи, это долгъ *опредѣленнаго лица*, безъ чего нѣтъ иска, который есть всегда и необходимо личный, *actio in personam*.

Наше право раздѣляетъ весь составъ имуществъ на двѣ категоріи, на имущества *наличныя и домовыя* (кн. II, разд. I, гл. 3-я). Здѣсь мы имѣемъ въ виду категорію имуществъ *долговыхъ*, которыя суть *въ долахъ на другихъ лицахъ состоящія* и принадлежащія намъ по договорамъ, заемнымъ письмамъ, векселямъ и всякаго рода обязательствамъ (ст. 418). Нѣмецкій кодексъ 1896-го года называетъ всю систему обязательственнаго права *домовыми отношеніями* (Schuldverhältnisse, см. Bürger. Ges.-buch, кн. 2-ая) ¹⁾.

Обратная сторона, неудобная сравнительно съ правомъ вещнымъ, въ смыслѣ пракческаго осуществленія, заключается, для имуществъ *долговыхъ*, въ томъ, что тутъ, въ силу нашего права, мы не прикасаемся непосредственно никакой матеріальной вещи, какъ въ имуществѣхъ *наличныхъ*, а достигаемъ пользованія вещью, услуги, лишь *черезъ посредство должника*.

Область обязательственныхъ отношеній способна идти далеко за предѣлы вещнаго міра обладанія въ сферу вещей *бездѣльныхъ* (res incorporales), услугъ; но она всегда есть область *до-вѣрія* въ силы должника, кредита, связаннаго необходимо не съ однимъ *наличнымъ настоящимъ*, но, главнымъ образомъ, съ

¹⁾ Мы выше отмѣтили, что въ X т., въ составѣ кн. III, содержаніе раздѣла II той же книги франц. код. поставленъ у насъ въ гл. I, а раздѣла I того же код. и кн. въ гл. II. Теперешніе наши кодификаторы слѣдуютъ той же методѣ ничего не значущихъ перестановокъ разныхъ частей нѣмецкаго кодекса въ вырабатываемомъ ими проектѣ. У нѣмцевъ Schuldverhältnisse поставленъ впереди, въ началѣ особенной части (2-ая кн.), у насъ ее поставили позади, въ концѣ кодекса (5-ая кн.). У Сперанскаго эта неважная „самостоятельность“ была вполне безвредною. Въ новомъ проектѣ „самостоятельность“ тоже ничего не стоящая, но притомъ еще вредная, ибо несомнѣнно удобнѣе знать впередъ природу разныхъ имущественныхъ правъ, чѣмъ трактовать ихъ переходъ въ составѣ универсальнаго преемства. Здѣсь удержана система. т. X. ч. I, гдѣ обязательства поставлены тоже въ концѣ (кн. IV). Но кодификаторы не въ правѣ сказать, что такъ это будетъ *по-русски*, ибо система эта взята у французовъ и составляетъ недостатокъ ихъ кодекса, за который нечего держаться, когда есть на лицо вполне цѣлесообразныя поправки въ новыхъ кодексахъ. Это можно слѣлать развѣ, чтобъ досадить, zum Trotz, а не по основательнымъ соображеніямъ.

будущимъ, неизвѣстнымъ. Это несомнѣнно область правоотношеній прогрессирующихъ, знаменующихъ собою успѣхъ, поступательное движеніе общественности.

Практическое удобство правоотношеній вещныхъ состоитъ главнѣйшимъ образомъ въ томъ, что объектъ обладанія есть здѣсь *наличный, осязаемый* (земли, дома, капиталы, вещи, все что укрѣплено, передано или самимъ произведено и за владѣльцемъ состоитъ, хотя бы и не безспорно, ср. ст. 416 тамъ же). Тутъ не нужно личнаго посредства другого для достиженія цѣли обладанія. Но зато, при возможномъ нарушеніи вещнаго правоотношенія, отвѣтчикъ не есть заранее извѣстный, а любой, всякій кто могъ нарушить безпрепятственное обладаніе и пользованіе данной вещью. Здѣсь мы имѣемъ дѣло не столько съ поступательными, какъ въ системѣ обязательствъ, сколько съ охранительными явленіями общественности.

Если въ любой развитой системѣ можно наблюдать оба эти типа гражданскихъ правоотношеній, то наиболѣе чистыми они являются въ системѣ латинской. Въ системахъ современныхъ нѣтъ этой самобытности и чистоты типовъ, и отсюда получаютъ слѣдующія двѣ главныя отличительныя *черты строенія* современныхъ обязательствъ.

I. У римлянъ строеніе обязательства и его индивидуальность были совершенно условлены извѣстностью лицъ, между коими образовалась обязательственная связь, *juris vinculum*. Если лицо вѣрителя или должника мѣнялось въ строеніи обязательства, то и самое обязательство переставало быть тѣмъ же и становилось необходимо другимъ. Такимъ образомъ, связь самого обязательственного отношенія съ опредѣленнымъ лицомъ, вѣрителемъ и должникомъ, есть строго необходимая черта его строенія. Изъ этой строгости, особенно характерной для классической латинской системы, истекали всѣ характерныя черты образованія, замѣны, прекращенія, частью процессуальной защиты обязательственныхъ отношеній. Эта строгая связь индивидуальности обязательственного отношенія съ непремѣнно извѣстными лицами, которыя образуютъ данное отношеніе, является намъ въ современныхъ построеніяхъ въ весьма смягченномъ, весьма ослабленномъ видѣ. Взаимно-отношеніе лицъ, вѣрителя къ должнику, связь ихъ далеко не столь повелительная, рѣзко выраженная, и вмѣстѣ съ этимъ не столь исключительная какъ у римлянъ. Въ виду этого перемѣна лицъ въ составѣ обязательства вовсе не такъ рѣзко вліяетъ на самое правоотношеніе, какъ у римлянъ. Лица въ составѣ даннаго обязательства стали совершенно иными,

а обязательство, особенно въ нѣкоторыхъ его типахъ, все остается тѣмъ же...

Въ этомъ смыслѣ О. Бэръ очень мѣтко характеризовалъ латинское обязательство свойствомъ неподвижности, какъ у растенія, а черту отличительную нашего обязательства *подвижностью*, какъ у животнаго.

Отсюда получается пригодность нашего обязательства къ такимъ операціямъ передачи его, обмѣна производимаго въ этой сферѣ правоотношеній, о которомъ латинская мысль не имѣла вовсе и приблизительнаго представленія.

Чрезвычайная подвижность нѣкоторыхъ нашихъ обязательствъ приближаетъ ихъ юридическую природу скорѣе къ правамъ вещнымъ, чѣмъ къ обязательствамъ, какъ ихъ разумѣло латинское право.

II. Въ самой тѣсной связи съ этой характерной чертой обязательственнаго отношенія, связи его съ данными первоначально для его состава лицами, находится и другая отличительная черта современнаго обязательства отъ латинскаго. Взыскной процессъ, на случай невыполненія должникомъ обязательственнаго дѣйствія добровольно, состоялъ у Римлянъ *въ воздѣйствіи на личность должника*. Это было совершенно послѣдовательно въ виду того, что право вѣрителя заключается именно въ совершеніи должникомъ извѣстныхъ дѣйствій. Въ преторскую эпоху тяжелыя формы личнаго взыскного процесса смягчились; но все же, однако, вѣритель притязалъ на извѣстное дѣйствіе должника, а отнюдь не на опредѣленный объектъ его имущества. Если должникъ оказывался несостоятельнымъ, то происходила такъ называемая *missio in bona*, вводъ во владѣніе *всей совокупности имущественныхъ правоотношеній должника*. Въ такомъ случаѣ имущество въ цѣломъ составѣ переходило за деньги (*venditio bonorum*) къ покупщику (*bonorum emptor*), который и удовлетворялъ въ извѣстныхъ предѣлахъ требованія вѣрителей. По разнымъ соображеніямъ для должника могло быть удобнѣе добровольно уступить свое имущество въ цѣломъ (*cessio bonorum*) на удовлетвореніе кредиторовъ. Но это опять была уступка *всей совокупности имущества*. Исполнительное производство, имѣющее своимъ предметомъ уступку отдѣльнаго имущественнаго объекта или, когда это возможно, совершеніе отдѣльнаго дѣйствія, составляло и въ позднѣйшую эпоху способъ взысканія экстраординарный, къ которому должникъ побуждался возрастающимъ денежнымъ штрафомъ и эвентуально *manu militari*.

Исторія развитія обязательственныхъ формъ въ жизни новыхъ

народовъ знаетъ тоже на первоначальныхъ стадіяхъ суровыя формы взысканій личныхъ по долговымъ обязательствамъ (у насъ долгое холопство, суровыя формы правежа). Но эти формы являлись, главнымъ образомъ, какъ средство вынудить уплату долга въ случаяхъ, *идъ не было на лицо другихъ способовъ удовлетворенія впрителѣ прямо изъ состава его имущества*, или гдѣ существовали сомнѣнія на счетъ его несостоятельности и особенно свойствъ этой несостоятельности. Вспомнимъ, что въ старыхъ бытовыхъ условіяхъ индивидуальное обладаніе вещами было далеко не такъ развито, какъ въ Римѣ. Преобладали формы правообладанія союзнаго съ многообразными вещными притязаніями на одну и ту же вещь. Въ этихъ бытовыхъ условіяхъ много легче было перейти отъ формально-личныхъ процессуальныхъ способовъ взысканія къ *экзекуціи реальной*. А эта реальная экзекуція, обращеніе *отдѣльныхъ цѣнностей изъ состава имущества*, какъ цѣлаго, на удовлетвореніе долговыхъ притязаній измѣняла въ основѣ самую сущность обязательственнаго отношенія, матеріализовала его, сближала съ притязаніемъ вещнымъ, сглаживала противуположенія обоихъ рѣзко у Римлянъ опредѣлившихся типовъ имущественнаго правоотношенія (вещныхъ и личныхъ), и этимъ еще разъ способствовала развитію подвижности обязательствъ, легкой смѣнѣ лицъ въ ихъ составѣ, безъ измѣненія самого обязательственнаго отношенія ¹⁾.

Въ современныхъ системахъ способы взысканія строго личные (особенно личное задержаніе за долги) повсюду быстро уступали мѣсто *реальной экзекуціи*, особенно, начиная съ 48 г., когда во Франціи, двумя декретами, было отмѣнено личное задержаніе по денежнымъ обязательствамъ. Эти декреты вскорѣ были отмѣнены. Но затѣмъ отмѣна личнаго задержанія была распространена закономъ 27 іюля 67 г. на всѣ гражданскія и торговыя взысканія и быстро засимъ перешла, съ тѣми или другими ограниченіями, въ законодательство австрійское, сѣверо-германскаго союза, Баваріи, Бадена, Вюртемберга, въ общегерманскій процессъ и съ 1879 г. въ наши уставы гражданского судопроизводства ²⁾.

¹⁾ Объ исполнительномъ моментѣ особенно Ziebarth Realexecution u. Obligation, особ. стр. 192. У насъ касался вопроса В. Умовъ въ сочин. Договоръ найма имущества по римск. пр. и новѣйш. иностр. законодат. 1872 г.

²⁾ См. ст. 934, 968, 1021 и слѣд. и прилож. III къ ст. 1400 (прим.), ст. 31 и слѣд., У. Г. С.; также Энгельмана Учебн. русск. гражд. судопроизв. Юрьевъ 1899 г. стр. 336 и слѣд. Ср. еще У. Г. С. ст. 365 и слѣд. по изд. Гордона.

§ 3.

Обязательство и искъ.—Тѣсная связь того и другого.—Ослабленіе этой связи.—Натуральныя обязательства.—Опыты опредѣлить ихъ построение.—Юридическій эффектъ ихъ въ латинской и современныхъ системахъ.—Составъ обязательственныхъ отношеній этого типа.

Въ виду указаннаго выше свойства долгового правоотношенія, особенно договорнаго, именно—*извѣстности должника*, строеніе его стоитъ несомнѣнно ближе къ строенію *иска*, чѣмъ строеніе правоотношенія вещнаго. Въ римскомъ правѣ оба термина *obligatio* и *actio* являются, какъ извѣстно, очень близко соприкасающимися, способными даже замѣнять одинъ другой ¹⁾. Договорное обязательство можетъ получить такое построение, что оно совершенно такъ же пригодно къ *непосредственному* осуществленію, какъ состоявшееся судебное рѣшеніе. Это какъ бы самоосужденіе должника, формальное признаніе долга, которое по юридическому эффекту приравнивается судебному рѣшенію (*aeris confessi* XII табл., *in jure confessus pro judicato habetur*) и также приближаетъ истца къ осуществленію его притязанія, какъ кондемнація отвѣтчика судомъ.

Примѣры такимъ образомъ формулированныхъ обязательствъ мы находимъ въ правѣ римскомъ, особенно въ старинной формѣ долгового рабства изъ извѣстной строгообрядной сдѣлки *per aes et libram* (съ обрядными рѣчами — *damnas esto dare*), носившей характерное названіе *nexum*. При взысканіи, направленномъ на личность должника, процессъ начинался съ конца, съ исполнительнаго момента *manus injectio*.

Къ такому же суммарному порядку осуществленія притязаній вѣрителя къ должнику направлены были средневѣковыя итальянскія *instrumenta guarentigiata*, дѣйствіе коихъ обезпечивалось (гарантировалось, *guaranto*) присоединяемой къ нимъ исполнительнаго клаузулой, *mandatum de solvendo*. То же свойство суммарности и близости къ осуществленію притязаній истца удерживаютъ долгое время сдѣлки торговаго права, особенно вексель, сохранившій и нынѣ черту особой строгости исполнительнаго производства, если не въ смыслѣ формальномъ (краткость сроковъ, личное задержаніе, нынѣ почти всюду устраненное), то въ

¹⁾ Kuntze, Die obligation im römischen u. heutigen Recht. 1886 г., стр. 56 и слѣд., 61. Brinz, Pand. I, § 92. Особенно Bekker. Ueber das Verhältniss v. actio u. obligatio. Zeitschr. f. RG. Bd. 9. ...Omnis actio dicitur sive in personam sive in rem sit petitio; sed plerumque actiones personales solemus dicere. l. 178, § 2 de V. S. Виндшейда Пандекты, § 43 и особ. Кирульфа, Theorie, стр. 156 и слѣд.

смыслъ матеріальномъ, т.-е. сокращенія до возможнаго минимума возраженій отвѣтчика ¹⁾).

Это тѣсное прикосновеніе обязательства къ иску побуждаетъ нѣкоторыхъ цивилистовъ опредѣлять самую природу обязательства *принудительнымъ воздѣйствіемъ на волю должника*, которое лежитъ именно въ процессуальномъ способѣ его осуществленія, особенно въ искѣ ²⁾).

Нѣтъ сомнѣнія, что для *juris vinculum*, которое открываетъ вѣрителю путь къ формальному осуществленію его права, *искъ къ лицу должника* (*actio in personam*) представляетъ самую существенную черту подлинной юридической природы обязательственнаго отношенія. Не только право римское, но и отечественныя нормы даютъ осуществленію обязательства посредствомъ *обращеннаго къ должнику требованія* принципиальное значеніе. Ст. 570, т. X, ч. 1, составляющая обобщеніе узаконеній, касающихся договорныхъ обязательствъ (ст. 568, прим.) говоритъ: *всякій договоръ и всякое обязательство, въ случаѣ неисполненія, производятъ право требовать отъ лица обязавшагося удовлетворенія* во всемъ томъ, что постановлено въ оныхъ.

Было бы, однако, ошибочно наличностью этого признака (иска) ограничивать существованіе самого обязательственнаго правоотношенія. Такая тѣсная связь обязательства съ искомъ, отрицаніе въ обязательствахъ, неогражденных искомъ, юридической природы можетъ составлять черту извѣстной эпохи или свойство особыхъ институтовъ гражданской системы. Это эпоха ригоризма, формализма правосознанія, черта особой строгости въ построеніи извѣстныхъ институтовъ. Но его отнюдь нельзя признавать необходимымъ и постояннымъ свойствомъ построенія обязательственныхъ отношеній любой эпохи и всякаго рода институтовъ гражданского права. Въ эпоху юридического формализма и въ кругу институтовъ особаго типа, на ряду съ обязательствомъ, огражденнымъ исковымъ средствомъ осуществленія, могутъ развиваться другого рода отношенія между людьми, обязательность коихъ основана на законѣ нравственномъ, на чувствѣ приличія. Но такія отношенія для правового сознанія людей въ этихъ условіяхъ будутъ дѣломъ безразличнымъ, фактомъ безъ всякаго юридическаго эффекта.

¹⁾ Wechselrecht. Grünhut, 97 г. стр. 2, 66, 74. Lyon-Caen Traité de droit commerc. 2 éd. t. IV, n. 344. Старинная поговорка „solve aut mane“.

²⁾ Creditores eos accipere debemus, qui aliquam actionem habent... (L. 42, § 1 de O. et A. 44, 7).

Время, смягченіе соціальныхъ отношеній оказываетъ всегда и необходимо вліяніе на этотъ ригоризмъ правосознанія и даетъ, на ряду съ институтами строгого долгового права, жизнь и развитіе такимъ видоизмѣненіямъ юридическаго строенія обязательства, въ коихъ вовсе нѣтъ первоначальной исключительности юридическихъ средствъ осуществленія обязательствъ. Въ этихъ условіяхъ обязательственное право перестаетъ быть *правомъ требованія* въ строгомъ и точномъ смыслѣ. *Schuldverhältnisse*, долговые отношенія, остаются отношеніями не фактическими только, а именно юридическими, хотя они не связаны съ правомъ требовать, *Forderungsrecht*, съ правомъ предъявлять къ должнику притязаніе въ судебномъ порядкѣ.

Взятая нами выше ст. 570, т. X, не даетъ намъ непремѣнной связи гражданскаго обязательства съ искомъ, а указываетъ на такой его эффектъ лишь при условіи *невыполненія* обязательства со стороны должника. Строеніе статьи, однако, таково, что оно (*всякое обязательство производитъ право требовать*) оставляетъ сомнѣніе, мыслилась ли въ этомъ обобщеніи возможность существованія такого обязательства, которое *не производитъ права требовать* и составляетъ все-таки явленіе обязательственнаго отношенія тоже *юридическаго*, основаннаго на *правосознаніи*, а не на правилахъ приличія, на законѣ нравственномъ и проч.

Состояніе нашего гражданскаго права въ ту пору не то чтобы отличалось специфической строгостью, какую видимъ въ системахъ юридическаго формализма, а представляло собою скорѣе крайне неразвитую технику. И не смотря на формулировку довольно строгую статьи 570, мы увидимъ, что и у насъ, при нынѣ дѣйствующемъ кодексѣ, возможно различить, на ряду съ обязательствами исковыми или цивильными, какъ ихъ называли въ латинской системѣ, еще другую категорію тоже юридическаго характера обязательственныхъ отношеній, которыя *не производили права требованія*, но сопровождались нѣкоторымъ, тоже *юридическимъ*, эффектомъ, подобнымъ тому, какой виденъ у римлянъ и въ системахъ современнаго реципированнаго права въ обязательствахъ называемыхъ *натуральными*.

Въ чемъ же состоитъ *юридическій* эффектъ такихъ *натуральныхъ* обязательствъ? Признакъ *отрицательный* юридическаго строенія этой категоріи обязательствъ и для римскаго права и для современныхъ системъ очень легко опредѣлить. Они *не имѣютъ иска*. Въ самомъ ихъ наименованіи въ теперешнихъ системахъ мы находимъ или передачу латинскаго термина, какъ

напр., у Французовъ, obligations naturelles ¹⁾ (С. с. art. 1235, 1965, 1966, 1967), или обозначеніе этихъ обязательствъ именно отрицательнымъ признакомъ, klaglose Obligationen, неисковыя обязательства. Новый имперскій кодексъ не даетъ опредѣленнаго техническаго наименованія этому явленію, хотя допускаетъ его въ принципѣ (§§ 222, 223).

Однимъ отрицательнымъ признакомъ,—это обязательства неисковыя,—нельзя, конечно, ограничиться при изученіи природы натурального обязательства. Но вопросъ о его *положительныхъ* свойствахъ, объ основахъ, признакахъ, юридическомъ эффектѣ этого рода обязательствъ порождаетъ въ современной литературѣ много разнообразныхъ попытокъ юридической конструкціи этого явленія и далека отъ безспорнаго его разрѣшенія. Нѣмецкіе пандектисты видятъ положительное свойство натурального обязательства въ томъ, что оно допускаетъ, наравнѣ съ исковыми обязательствами, *уплату*, какъ *юридически эффективный* способъ его погашенія, безъ права должника потребовать уплаченное обратно. Другіе находятъ способность подобнаго обязательства *быть признаннымъ* въ его юридической силѣ еще больше для его природы характернымъ свойствомъ, чѣмъ погасимость его платежемъ.

Едва ли отдѣльно взятый признакъ, тотъ или другой, дастъ намъ подлинное представленіе объ этомъ любопытномъ явленіи обязательственнаго права.

Профессоръ Шейрль, отвергая въ строеніи натурального обязательства ему какъ таковому свойственный юридическій эффектъ, находитъ, что оно только въ томъ и обнаруживаетъ свою силу, что представляетъ *фактическую основу* или причину (causa), которая пригодна для признанія за ней юридической силы.

Это обобщеніе Шейрля не даетъ всего, что намъ нужно для опредѣленія природы натурального обязательства, но оно даетъ правильную исходную точку для дальнѣйшаго анализа и разработки понятія.

Натуральное и цивильное обязательство представляютъ, такъ сказать, разныя стадіи зрѣлости обязательственнаго отношенія до полной его законченности въ юридическомъ смыслѣ. Обязательство цивильное есть вполнѣ зрѣлый плодъ юридической куль-

¹⁾ Въ латинской терминологіи названіе этихъ обязательствъ obligationes naturales далеко не было вполнѣ установившимся и однозначущимъ. Объ этомъ особенно у Шванерта, Die Naturalobligation des römischen Rechts, 61 г., работа котораго считается вообще классической по этому предмету. На русскомъ языкѣ по этому предмету обширное сочиненіе Московскаго профессора Хвостова.

туры, который для своихъ функцій въ обмѣнѣ юридическомъ не требуетъ никакихъ додатковъ, никакого восполненія. Въ немъ все, и основа, и дѣйствіе, выработались вполне въ смыслѣ *юридической* квалификаціи и этой основы и этого дѣйствія. Это изъ контракта займа, ссуды и прочее, изъ правонарушенія возникшая и въ смыслѣ ея осуществленія юридически вполне дѣйственная связь, настоящее *juris vinculum*, опредѣленнаго, какъ *compedes XII таблицъ*, легально установленнаго, и никакъ не менѣе, вѣса.

Но не всѣ обязательственныя отношенія имѣютъ (въ историческомъ и въ практическомъ смыслѣ) эту степень юридической зрѣлости. Право, система нормъ, можетъ эти незрѣлыя формации вполне отвергать, находить, что данный фактический составъ неполонъ для юридическаго эффекта въ смыслѣ законченной обязательственной юридической формы. Это будетъ методъ строгаго формализма. Это мы и видимъ въ нѣкоторыхъ системахъ (квиритизмъ, сдѣлки торговаго права). Но отношенія объективнаго права къ этимъ явленіямъ можетъ быть и инымъ. За такимъ сочетаніемъ *фактическихъ основъ* обязательственнаго отношенія возможно не признавать *всей* праворождающей силы; но въ то же время не отвергать въ ней нѣ котораго юридическаго эффекта, болѣе или менѣе выраженнаго.

Ясно, что здѣсь мы имѣемъ дѣло съ методомъ квалифицировать способные оказывать вліяніе на право факты болѣе расчлененной, съ техникой болѣе чуткой.

Эта болѣе тонкая юридическая техника скажется не только въ томъ, что мы за неразвившимися еще вполне основами правоотношенія признаемъ извѣстную юридическую силу. Она будетъ видна и въ томъ также, что за такими основами юридической обязательности, которымъ несомнѣнно принадлежалъ весь юридическій эффектъ, мы, въ измѣнившихся условіяхъ, будемъ отвергать этотъ эффектъ тоже не вполне, а лишь въ той или другой степени.

Вотъ эта болѣе тонкая метода квалифицировать основы юридическаго эффекта разныхъ явленій и составляетъ свойство болѣе развитой эпохи въ исторіи права. Для римскаго права это эпоха *juris gentium*.

Отъ этихъ абстракцій легко перейти къ явленіямъ конкретнымъ, которыя можно отмѣтить въ любой системѣ.

Мы возьмемъ впередъ такія системы, въ коихъ яснѣе обозначаются эти различія. Мы увидимъ ихъ затѣмъ и въ нашемъ правѣ.

И такъ, въ дальнѣйшемъ анализѣ намъ надо будетъ брать 1) тотъ или другой эффектъ, который право связываетъ съ извѣстными основами обязательственныхъ отношеній, и 2) намъ надо рассмотреть различіе и самыхъ этихъ основъ.

1) Въ современныхъ системахъ обязательственного права, на которыя вліяло право римское, легко различить или полноту юридическаго эффекта, который въ нихъ связанъ съ даннымъ юридическимъ основаніемъ, или большую или меньшую степень его неразвитости.

Образецъ вполне развитого обязательственнаго отношенія мы будемъ имѣть тамъ, гдѣ основа его есть признанная правомъ и дѣйствіе заключается въ осуществленіи притязанія посредствомъ иска.

Если основа даннаго отношенія не имѣетъ такого законченнаго въ юридическомъ смыслѣ образованія, то юридическій эффектъ даннаго отношенія будетъ зависѣть отъ того, какъ въ дальнѣйшемъ опредѣлится къ нему отношеніе сторонъ, и сила этого эффекта будетъ очень различна.

Скала этихъ различій опредѣлилась первоначально въ преторской системѣ и удерживается нынѣ въ западныхъ системахъ въ такомъ видѣ. *Минимальный* юридическій эффектъ данной основы можетъ выразиться въ томъ, что лицо, обязанное совершить извѣстное дѣйствіе (уплату), окажется юридически связаннымъ только тогда, когда оно по собственному побужденію совершитъ это дѣйствіе, уплатитъ долгъ. Явно, что здѣсь основа обязательности до того слаба, что *безъ содѣйствія самого должника она не имѣла бы никакого юридическаго эффекта*. Это наименьшая, въ юридическомъ смыслѣ, зрѣлость отношенія, какъ правомѣрно-обязательственнаго. Оно было въ состояніи зародышномъ, и зрѣлость въ юридическомъ смыслѣ дана ему совершеніемъ должника дѣйствія безъ внѣшняго побужденія. Здѣсь послѣдующій добавокъ для юридической зрѣлости отношенія есть явно наибольшій.

Максимальный эффектъ незрѣлой, неискowej основы обязательства будетъ состоять въ томъ, что вѣрителю будетъ предоставлено, въ случаѣ требованія къ нему предъявленнаго со стороны его натурального должника, этимъ юридически безсильнымъ обязательствомъ встрѣтить исковое требованіе и погасить его посредствомъ зачета.

И такъ, при минимальной силѣ натурального обязательства обязательственная основа даетъ себя чувствовать только когда *должникъ захочетъ заплатить*. Другого способа вызвать ея

эффекта нѣтъ. При максимальной ея силѣ онъ эвентуально можетъ почти сравниться съ искомъ. Надо только, чтобъ стороны обязательственнаго отношенія въ одномъ обязательствѣ оказались тоже сторонами другого обязательства въ противоположномъ смыслѣ. Надо, чтобъ А, натуральный должникъ кредитора В, по первому обязательству на 100, оказался цивильнымъ вѣрителемъ того же В по второму обязательству тоже на 100. Тогда, противъ иска А къ В по второму обязательству, В противопоставитъ требованіе о зачетѣ, иначе—о вмѣненіи въ уплату его натурального требованія къ А, стало быть, *принудительно* осуществить натуральное обязательственное отношеніе, хотя и не посредствомъ иска, а только посредствомъ возраженія, совершенно, однако, независимо отъ желанія А ¹⁾).

Мы взяли минимальное и максимальное юридическое дѣйствіе основъ обязательственнаго отношенія, по той или другой причинѣ не вполнѣ юридически зрѣлаго или утратившаго свою силу. Максимальное дѣйствіе, *компензація*, очень мало привилось къ нашимъ системамъ, и изъ наиболѣе распространенныхъ новыхъ системъ, находитъ примѣненіе, очень, однако, не широкое, въ прусскомъ ²⁾ ландрехтѣ, въ австрійскомъ правѣ лишь *въ силу особаго соглашенія* сторонъ по этому вопросу, чего не возбранить и никакая другая система.

Между этими крайностями (*minimum* и *maximum*) лежатъ еще средніе по эффекту способы поднять безсильную основу натурального обязательства до той или другой высоты юридическаго значенія.

Мы выше брали случай, гдѣ по неисковому обязательству, произведена *уплата*, и законъ разсматриваетъ ее именно какъ уплату, какъ способъ погашать *обязательство*, а вовсе не какъ дареніе, и не допускаетъ кондиционировать ее по отсутствію долга. Мы предполагали уплату по неисковому обязательству *сознательную* со стороны должника, а не ошибочную. Но возможенъ случай, и его знаютъ какъ латинская, такъ и нѣкоторыя новыя системы, гдѣ уплата произведена прямо *въ ошибочномъ предположеніи* объ исковой силѣ обязательства (должникъ не зналъ недостатка обязательства, относительно, напримѣръ, формы его совершенія, или не зналъ объ истекшей давности, и уплатилъ по

¹⁾ Здѣсь и видна недостаточность построенія Шейрлемъ силы натурального обязательства на признаніи. Оно явно способно имѣть силу и тамъ, гдѣ признанія нѣтъ.

²⁾ См. Дернбургъ, Preuss. Landr. II, § 3, прим. 10. Hasenöhrl, I, стр. 44 (не безспорно). Baudry-Lacantinerie. II, 1014.

неисковому обязательству), и законъ все же не допускаетъ требовать ея возврата ¹⁾).

На ряду съ признаніемъ и уплатой слѣдуетъ поставить *запнну* обязательственного дѣйствія какимъ-либо другимъ способомъ удовлетворить вѣрителя, такъ называемую *datio in solutum*, и *обновленіе* неискowego обязательства новымъ обязательствомъ, въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ это вообще допустимо.

Кромѣ указанныхъ юридическихъ средствъ осуществленія натуральнаго обязательства, оно способно, въ извѣстныхъ условіяхъ, силой послѣдующаго признанія со стороны должника, *стать* *исковымъ*, или подлежать осуществленію посредствомъ *исковъ*, основанныхъ на поручительствѣ или залогѣ, обеспечивающемъ такое обязательство.

Мы разсмотрѣли, такимъ образомъ, *технику*, такъ сказать, оснащенія извѣстныхъ неполнѣ развитыхъ обязательственныхъ основаній меньшимъ или бѣльшимъ юридическимъ эффектомъ. Если въ этой сторонѣ дѣла новое право могло прямо заимствовать для разработки и ближайшаго примѣненія латинскіе образцы, то этого отнюдь нельзя сказать о другой сторонѣ вопроса, которую мы и имѣемъ засимъ разсмотрѣть, именно:

2) *Какія основы обязательственнаго отношенія признаются въ современныхъ системахъ достаточными*, чтобы связать съ ними тотъ или другой, болѣе или менѣе сильный юридическій эффектъ?

Это вопросъ совсѣмъ другого рода, несравненно тѣснѣе связанный съ основами правосознанія, которыхъ держится данное общество, извѣстная эпоха, чѣмъ разсмотрѣнная нами техническая сторона дѣла. Если тутъ тоже возможны заимствованія изъ готовой *чужой системы*, то только тамъ, гдѣ рѣчь идетъ о *формальныхъ реквизитахъ* юридической силы обязательства. Но этимъ однимъ не ограничиваются случаи, въ которыхъ новыя системы связываютъ съ извѣстными основами обязательства тотъ или другой юридическій способъ ихъ осуществленія. Вопросъ, что люди признаютъ для себя обязательнымъ, независимо отъ формально-вынужденнаго судебнымъ путемъ выполненія такого обязательства, есть настолько же интимный, внутренній, нераз-

¹⁾ Такимъ образомъ, здѣсь нѣтъ со стороны должника *нампренія признать* юридическую силу неискowego обязательства, и, однако, законъ даетъ акту *ошибочной* уплаты такую же силу, какою имѣетъ сознательная уплата долга, по коему нѣтъ иска. Здѣсь, очевидно, основѣ обязательственнаго отношенія, неимѣющаго *исковой* силы, придается болѣе значенія, чѣмъ при сознательной уплатѣ, которая уже сама въ себѣ заключаетъ *нампреніе* должника санкціонировать натуральное обязательство.

рывно связанный съ воззрѣніями общества, какъ съ ними связаны, на примѣръ, вопросы чести лица. Въ дѣлахъ этого рода насъ никогда не удовлетворитъ рецепція чужихъ мнѣній. Тутъ неизбѣжно должны имѣть силу на ряду съ общими и *особыя воззрѣнія*, свойственныя извѣстному времени и извѣстнымъ общественнымъ сферамъ.

Образцомъ *общихъ* основъ натурального обязательства для права латинскаго и современнаго могутъ служить явленія обязательственныхъ отношеній, для осуществленія коихъ, посредствомъ иска, недостаетъ риквизитовъ чисто формальнаго свойства, или по коимъ истекла исковая давность.

Случаи этого рода знакомы не только западнымъ системамъ, но и нашему праву.

Возьмемъ въ дѣйствующей нашей системѣ положенія, опредѣлявшія, въ составѣ т. X, ч. I, изд. 1857 года, заемныя сдѣлки между инородцами. Ст. 2097 говоритъ: „не запрещается дѣлать займы по словеснымъ условіямъ и безъ явки; но условія таковыя, основанныя на одномъ личномъ довѣріи, не подлежатъ *никакому разбирательству* ни въ судебныхъ мѣстахъ, ни въ волостныхъ правленіяхъ..., ни въ земскихъ, ни въ городскихъ общихъ и частныхъ судахъ“. „Всѣ займы общественныя, безъ дозволенія губернскаго начальства у частныхъ людей сдѣланныя, по общимъ законамъ суть и признаются ничтожными. Иска по нимъ нѣтъ, и взысканіе нигдѣ не производится“ (ст. 2099 тамъ же) ¹⁾.

Законъ не воспрещаетъ такихъ займовъ, но не вооружаетъ кредитора по такимъ займамъ исковыми способами взысканія, очевидно, опасаясь закабаленія посредствомъ частныхъ сдѣлокъ незрѣлаго для цивильныхъ операцій, подобно несовершеннолѣтнимъ, инородческаго населенія въ руки эксплуататоровъ, цѣлямъ коихъ содѣйствовали бы власти.

Но отказывая въ искахъ по такимъ сдѣлкамъ, хочетъ ли законъ погасить въ этомъ населеніи сознаніе обязательности добровольной уплаты взятой взаймы суммы? Отнюдь нѣтъ. Обязательство является намъ здѣсь со всѣми отрицательными и положительными признаками настоящаго натурального обязательства. Произведенная уплата не будетъ подлежать возврату какъ уплата недолжнаго. Но это, конечно, одно, при томъ наиболѣе слабое дѣйствіе неисковаго обязательства, и едва-ли было бы справедливо

¹⁾ Эти и другія статьи, опредѣляющія строеніе заемныхъ обязательствъ у инородцевъ въ т. X, ч. 1-ю изд. 1887 г. не внесены и входятъ нынѣ въ составъ Положенія объ инородцахъ, въ т. II, ч. 1-й; см. особ. стт. 305—309.

поднимать юридическую силу такого обязательства на какую-либо высшую степень юридического напряженія.

Другой характерный случай обязательства, какъ мы думаемъ, тоже натурального, слѣдуетъ видѣть въ положеніяхъ нашего права, по существу очень близкихъ къ латинской системѣ, о погашающей давности.

Вопросъ о погашающемъ дѣйствиіи давности разрѣшается въ рядѣ положеній, составляющихъ гл. 7-ю раздѣла 2-го (о существѣ и простр. разн. правъ на имущество) книги второй X тома. Эта глава носитъ общій титулъ *О правѣ судебной защиты по имуществамъ* (ст. 690 — 695). Ст. 694 говоритъ: „иски, такъ же какъ и тяжбы, ограничиваются общей земскою десятилѣтней давностью. Кто въ теченіи оной иска не предъявилъ, или, предъявивъ, хожденія по оному въ присутственныхъ мѣстахъ не имѣлъ, тотъ *теряетъ свое право*“. Точный смыслъ подчеркнутыхъ нами въ текстѣ словъ (*теряетъ свое право*) не можетъ быть правильно истолкованъ иначе, какъ въ примѣненіи къ тому праву, о коемъ трактуетъ вся глава 7-я. Это есть *право судебной защиты по имуществамъ*, иначе, это *право иска*. Въ широкомъ смыслѣ право иска включаетъ въ себя и право возражать противъ требованій истца по существу. Такимъ образомъ, пропустившій десятилѣтній срокъ погашающей давности, утрачиваетъ *исковые способы огражденія* своихъ правъ по имуществу. Значитъ ли это, что съ этимъ вмѣстѣ субъектъ правоотношенія, въ данномъ случаѣ вѣритель, лишается и внѣсудебныхъ способовъ осуществленія своихъ правъ? Конечно, нѣтъ. И такъ, за нимъ остается право вѣрителя, неогражденное искомъ, неисквое или натуральное обязательство должника, которое должникъ можетъ погасить актомъ уплаты долга, не только признавая этотъ долгъ, коего неисквой характеръ ему извѣстенъ, но также и *ошибочно почитая обязательство за исквое*. Едва-ли можетъ быть сомнѣніе, что залоги и поручительства по такимъ, утратившимъ исковые способы осуществленія, обязательствамъ, могутъ оставаться въ силѣ или быть устанавливаемы вновь.

Если наше законодательство и не даетъ намъ прямого отвѣта на вопросы здѣсь нами поднятые, то это легко объяснить, съ одной стороны, формализмомъ юридическихъ воззрѣній стараго времени и неразвитостью юридической техники, съ другой. Въ условіяхъ современнаго правосознанія мы не только можемъ, держась указанныхъ пріемовъ толкованія текста, но должны, обязаны идти по этому пути разрѣшенія задачъ нашей практики въ духѣ времени и новыхъ, чуждыхъ старому праву, стремленій

нашего законодательства къ справедливости, а не къ внѣшнему формализму. Аргументировать это легко въ виду законовъ, ограждающихъ противъ сдѣлокъ, направленныхъ къ эксплуатаціи нужды и крайне стѣсненныхъ обстоятельствъ (Уст. о Нак. налаг. Мир. Суд., ст. 180³ и слѣд.), содѣйствующихъ устройству незаконнорожденныхъ дѣтей и т. под.

Мы имѣемъ еще два случая обязательственныхъ отношеній, въ коихъ вопросъ о юридической силѣ неисковыхъ обязательствъ привлекъ въ правѣ латинскомъ и нынѣ привлекаетъ вниманіе западныхъ юрисконсультовъ. Это вопросъ о силѣ обязательствъ людей недѣеспособныхъ, особенно малолѣтнихъ, и долговъ, происшедшихъ по игрѣ.

Наше законодательство касается вопроса о долгахъ лицъ недѣеспособныхъ въ положеніяхъ о несовершеннолѣтнихъ и о безумныхъ и сумасшедшихъ. Въ положеніи тѣхъ и другихъ есть общія черты. Вопросъ о *недѣйствительности обязательствъ, выданныхъ недѣеспособными* (ст. 220), не возбуждаетъ сомнѣній. Но какъ толковать эту недѣйствительность, въ смыслѣ ли полного ничтожества сдѣлки, особенно заемной, которую чаще всего ищутъ оспаривать въ этихъ условіяхъ, или въ смыслѣ неисковаго характера подобнаго обязательства? Мы только что рассмотрѣли положеніе инородцевъ, которые уподобляются въ отношеніи заемныхъ сдѣлокъ малолѣтнимъ, и мы видѣли, что для этого вида цивильно-незрѣлыхъ людей нашъ законъ объявляетъ заемныя сдѣлки только неисковыми, если онѣ совершены безъ письменнаго удостовѣренія и безъ особаго дозволенія, одобренія и поручительства ихъ начальствъ (ср. стр. 2097 и 2074 по изд. 1857 г.). Тутъ много аналогическаго съ положеніемъ недѣеспособныхъ людей по общему праву. Но положенія общаго права не даютъ намъ прямого отвѣта на поставленный нами выше вопросъ.

Однако, ст. 222, ближе другихъ касающаяся вопроса, не даетъ повода толковать эту недѣйствительность въ смыслѣ ничтожества заемной сдѣлки. Все, что въ ней прямо выражено (несовершеннолѣтній, давшій письменное обязательство, или совершившій какой либо актъ отъ своего имени, безъ согласія опекуна, *не подвергается никакому взысканію и отвѣту* ни во время малолѣтства, ниже по вступленіи въ совершеннолѣтіе), очевидно, ограничивается отказомъ въ судебномъ содѣйствіи, что равносильно объявленію такихъ обязательствъ неисковыми, какъ для инородцевъ, а никакъ не болѣе. Въ виду этого несомнѣнно, что послѣдующее, по достиженіи совершеннолѣтія, *признаніе*

такого обязательства даетъ ему силу исковаго. Въ этомъ смыслѣ мы имѣемъ довольно выдержанную сенатскую практику за продолжительное время (ср. Гаугеръ къ стт. 220, пр. 12, и къ 222, прим. 2-е).

Остается нерѣшеннымъ вопросъ о дѣйстви уплаты по такому обязательству, когда уплата послѣдовала со стороны третьихъ лицъ или самого должника, по достиженіи имъ совершеннолѣтія. Нѣтъ сомнѣнія, что обязательство, неискосе, служитъ достаточнымъ основаніемъ для настоящаго юридическаго смысла уплаты по немъ, безъ права потребовать таковую обратно, какъ при уплатѣ недолжнаго. Нужно ли здѣсь со стороны плательщика сознаніе выполненія именно неисковаго долга, или и ошибка въ этомъ смыслѣ не мѣшаетъ юридическому эффекту уплаты? Нѣтъ никакого основанія ограничивать эффектъ уплаты случаями сознаваемого неисковаго характера долга. Наконецъ, любопытенъ вопросъ о силѣ залоговъ и поручительствъ со стороны третьихъ лицъ по такимъ неискосымъ обязательствамъ. Вопросъ этотъ очень занималъ французскую юриспруденцію, и въ ней совершенно послѣдовательно поддерживается мнѣніе, что такіа средства обезпеченія неискосыхъ обязательствъ несовершеннолѣтнихъ должны быть признаны юридически эффективными ¹⁾.

Изумительно разнообразными по своему юридическому эффекту являются въ разныхъ современныхъ системахъ обязательства, возникающія *изъ игры или пари*, по коимъ проигравшій обязывается уплатить ставку выигравшему. Нѣкоторые кодексы держатся латинской точки зрѣнія на игру и пари, противуполагая ихъ дѣлу серьезному и отказывая обязательствамъ по игрѣ въ осуществленіи посредствомъ иска. Даже послѣдовавшую уплату не рассматриваютъ какъ погашеніе обязательства и допускаютъ обратное ея требованіе, особенно по игрѣ запрещенной. Code civil отвергаетъ всякую легальную защиту судебными средствами долга, происшедшаго по игрѣ или для уплаты пари (1965); но, однако, также какъ въ правѣ латинскомъ, игры, служащія упражненіемъ мужества, ловкости (конечно, игры перечисленные здѣсь суть любимыя французскія игры, особенно jeu de romme) не только допускаютъ уплату должника или пари, но предоставляютъ и средства исковыя выигравшему, съ однимъ ограниченіемъ, именно въ смыслѣ предѣла ставки, сумма которой можетъ быть редуцирована судомъ, если будетъ найдена чрезмѣрной (1996). Уплаченный по игрѣ долгъ ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть

¹⁾ Baudry Lacantinerie III, стр. 563 (n°. 950, 951).

потребованъ обратно (1967; тоже въ австр. код. § 1432; тоже у пруссаковъ для долговъ по незапрещенной игрѣ, при чемъ, однако, поручительство и новация почитаются вообще недѣйствительными по долгамъ этого рода) ¹⁾.

Наряду съ этими болѣе или менѣе близкими къ латинскому прототипу комбинаціями нынѣшнія системы даютъ силу натурального обязательства совершенно своеобразнымъ основамъ долговыхъ отношеній.

Итакъ, германская практика недопускаетъ обратнаго требованія излишковъ взносовъ, которые оказались бы сдѣланными хотя и ошибкой предпринимателемъ въ пользу кассы его рабочихъ. Тотъ же юридическій эффектъ имѣетъ переплата со стороны несостоятельнаго, по аккорду его съ кредиторами, не только когда онъ зналъ объ этомъ излишкѣ, но и въ случаѣ ошибки его на этотъ счетъ ²⁾.

Очевидно, особенно въ послѣднихъ образцахъ, что нѣкоторымъ эпохамъ въ исторіи развитія социальныхъ отношеній свойственны такія возрѣнія на социальные обязанности, которыхъ старое время вовсе не хотѣло знать.

Нашъ дѣйствующій кодексъ признаетъ ничтожнымъ долгъ, когда онъ произошелъ по игрѣ или произведенъ для игры съ вѣдома о томъ заимодавца (2014, 2019). Указанныя положенія имѣютъ, однако, въ виду тотъ случай, когда такое свойство долга будетъ установлено *судебнымъ разсмотрѣніемъ*, вызваннымъ, очевидно, отказомъ должника добровольно платить по такому заемному обязательству. Это не значитъ, натурально, что и *добровольная уплата* такого долга должна быть рассматриваема какъ уплата недолжнаго. Обязательство указаннаго въ ст. 2014 и 2019 свойства, очевидно, способно тоже послужить основой для слабѣйшаго изъ перечисленныхъ выше дѣйствій неискowychъ обязательствъ, именно эффективнаго погашенія черезъ уплату, когда должникъ платитъ, сознавая свое право оспаривать долгъ, а не по ошибкѣ.

Дернбургъ, стараясь обобщить это явленіе неискowychъ обязательствъ и раскрыть его внутреннія основанія, выражаетъ по этому поводу такую мысль. Есть-де такія обязательственные отношенія, съ которыми считается *гражданское общество* частью по соображеніямъ доброй славы и меркантильнаго кредита, частью по чувству приличія и по требованіямъ нравовъ, и которымъ, однако, *государство* не рѣшается дать полнаго признанія иско-

¹⁾ Hasenöhrl, стр. 30, пр. 12, Дернбургъ. Preus. Landr. II, § 4.

²⁾ Дернбургъ, тамъ же.

выхъ правоотношеній по цивильно-политическимъ основаніямъ. Въ то же время оно не можетъ отказать имъ въ нѣкоторой силѣ, въ нѣкоторомъ воздѣйствіи на его предписанія (Pandekten II, изд. 1897 г., стр. 10).

Для вопроса объ этихъ основахъ обязательности, конечно, важенъ и источникъ, откуда онѣ воспріемлютъ свою силу (*гражданское общество* и его правосознаніе); но несомнѣнно важно и юридическое мастерство, *умѣнье различать оттенки*, въ коихъ обнаруживается юридическая идея, рѣзче или мягче выраженные, и этимъ различіемъ ея напряженія, этими нюансами, опредѣлять степень развитія и относительную силу различныхъ правооснованій.

§ 4.

Обязательства общія и торговые. — Происхожденіе различія. — Современное положеніе вопроса. — Критерій для разграниченія двухъ областей обязательственныхъ отношеній.

Современное обязательственное право большихъ европейскихъ государствъ представляетъ оригинальное, незнакомое римскому праву раздвоеніе обязательственныхъ системъ на двѣ группы институтовъ: на *институты общаго права* по обязательствамъ и *особеннаго обязательственнаго права торговаго* ¹⁾.

Это обособленіе системы торговаго права вообще и обязательствъ торговыхъ въ особенности составляетъ въ дѣйствующихъ системахъ остатокъ средневѣковыхъ преданій. Въ современныхъ западныхъ литературахъ значеніе и необходимость такого раздвоенія системъ и особенно системъ права обязательственнаго подвергалась неоднократно и съ разныхъ сторонъ большимъ сомнѣніямъ. Защитники особенности торговыхъ институтовъ подкрѣпляютъ свое мнѣніе тѣмъ, что въ интересахъ самаго широкаго обмѣна необходимо для обязательствъ торговыхъ въ особенности свойство универсализма и особой подвижности его институтовъ (Гольдшмитъ); крайне важна также быстрота совершенія, легчайшая распознаваемость торговыхъ сдѣлокъ и осуществимость притязаній въ спеціальныхъ инстанціяхъ торговаго суда. — Противники существующаго дуализма находятъ, что достоинство легкой распознаваемости и осуществимости правъ не слѣдуетъ терять изъ виду

¹⁾ Въ особую систему права торговаго входятъ не одни институты права обязательственнаго, коего мы здѣсь только и касаемся, а еще рядъ другихъ институтовъ права частнаго и публичнаго, о чемъ подробно въ Курсахъ Торговаго Права.

не только для обязательствъ торговыхъ, но и для общихъ, а вмѣстѣ съ этимъ они требуютъ и для институтовъ торговаго права устойчивости въ замѣнъ излишней подвижности, которой они подвергаются. Писатели этого лагеря указываютъ сверхъ того, что въ практикѣ современнаго общаго и торговаго обязательственнаго права граница примѣненія институтовъ той и другой системы все болѣе и болѣе сглаживается, и въ послѣднее время одинъ изъ наиболѣе характерныхъ для торговаго обмѣна институтовъ, именно вексель, повсюду перестаетъ быть исключительнымъ орудіемъ оборота въ кругахъ только коммерческихъ (Дернбургъ). Этотъ споръ западныхъ писателей находилъ нѣкоторый отголосокъ и въ нашей юридической литературѣ ¹⁾.

Не смотря, однако, на эти весьма цѣнные для дальнѣйшей обработки институтовъ обязательственнаго права теоретическія соображенія, мы видимъ, что главнѣйшія системы дѣйствующаго права на западѣ и вслѣдъ за ними нашъ сводъ законовъ держится старой традиціи раздвоенія нормъ общаго и торговаго права и отчасти двойственной организаціи судебныхъ инстанцій для дѣлъ той и другой категоріи.

Не только французы удерживаютъ свой Code de Commerce (вступилъ въ дѣйствіе съ 1-го янв. 1808 г.), какъ особый для торговаго права, но это раздвоеніе нормъ остается въ силѣ и въ тѣхъ территоріяхъ, гдѣ реципированы съ большей или меньшей точностью французскія кодификаціонныя работы начала XIX столѣтія.

Въ самое послѣднее время и нѣмцы оставили этотъ дуализмъ институтовъ обязательственнаго права неустраненнымъ, хотя ими сдѣлано очень много для выработки не только общаго гражданскаго права, но съ 1877 г. (новый Civilprozessordnung) и *для устранения двойственности судебныхъ инстанцій по дѣламъ гражданскимъ общимъ и торговымъ.*

Мы обращаемъ здѣсь въ особенности вниманіе на эти образцы французскаго и нѣмецкаго законодательства по тому соображенію, что господствовавшія въ первой половинѣ XIX столѣтія французскія воззрѣнія встрѣчаютъ нынѣ во многихъ вопросахъ права общаго и торговаго конкуренцію нѣмецкихъ ученій. Въ данномъ случаѣ, однако, оба руководящія государства сходятся на практикѣ, не торопясь замѣной указаннаго дуализма кодексовъ права общаго и торговаго одной системой институтовъ гражданскаго права.

¹⁾ Объ одномъ эпизодѣ этого спора см. въ Юридич. Библиогр. изд. Юридич. Факульт. Имп. С.-Петербург. Универс. Годъ 1-ый (1884) Гельбке, Торговое право и Гражд. уложеніе (№ 80, стр. 147).

Задачи, которыя ставятъ на очередь оба руководящія законодательства, заключаются, повидимому, вовсе не въ томъ, чтобы изъ двухъ кодексовъ непремѣнно, и чего бы это ни стоило, составить одинъ шпикъ, какъ бы ни осталось при этомъ пестрое содержаніе. Одно формальное объединеніе такого рода ничего собственно не рѣшаетъ. Расчеты идутъ гораздо далѣе этого.

Мы напомнимъ здѣсь стремленія, которыя опредѣлились главнымъ образомъ въ Германіи послѣ 1806 года, когда политическое единство націи и всякіе виды на формальное объединеніе ея права приходилось поневолѣ откладывать на неопредѣленное время. Какую цѣль ставили себѣ въ этихъ условіяхъ нѣмцы? Можно, безъ преувеличенія, сказать, что нѣмцы, въ этихъ неблагоприятныхъ условіяхъ для внѣшней унификаціи права, не теряли ни одной минуты для сближенія, насколько это возможно, внутренняго строенія тѣхъ институтовъ, которыхъ близость хотя бы только по этимъ внутреннимъ признакамъ, по ихъ содержанію, представлялась въ особенности практически важной для интересовъ обмѣна во всѣхъ политически разъединенныхъ нѣмецкихъ территоріяхъ. Какія же это были институты? Конечно, прежде всего тѣ, которые, начиная съ среднихъ вѣковъ, опредѣлились какъ особая система институтовъ именно *торговаго права*. Что за дѣло, что это была традиція средневѣковая, а не классическая! Матеріальное сходство строенія этихъ институтовъ компенсировало теперь, какъ и въ среднихъ вѣкахъ, въ весьма значительной степени отсутствіе формальной общности ихъ источника. Сходные институты, дѣйствовавшіе въ разныхъ территоріяхъ, служили прекрасно основой если не *общаго* (*gemeines*), то повсюду *одинаковаго*, и въ этомъ смыслѣ *всеобщаго торговаго права*, *allgemeines Handelsrecht*. Принципіально важное формальное различіе этихъ понятій далеко не давало себя особенно тяжело чувствовать въ примѣненіи къ практикѣ. Этимъ путемъ побѣждалась сверхъ того заранѣе трудность, которую не было нужды вторично одолевать тогда, когда, при измѣнившихся политическихъ условіяхъ, оказалась на лицо и единая законодательная компетенція, способная сообщить этимъ готовымъ нормамъ формальную санкцію общаго торговаго права имперіи.

Вотъ то движеніе, которое мы наблюдаемъ въ Германіи до той поры, пока не было на лицо единой имперской законодательной компетенціи.

Но собственно тотъ же результатъ *фактическаго сближенія* если не всѣхъ, то весьма многихъ институтовъ той же области



торгового права достигали и тѣ многочисленныя территоріи, которыя рецинировали одна за другой въ первой половинѣ истекающаго столѣтія французскій Code de commerce. Что за дѣло для интересовъ торга, что законъ о векселяхъ въ Польшѣ, Греціи, на востокѣ не есть формально-единый для этихъ земель. Достаточно пока и того, что населеніе разныхъ территорій въ количествѣ свыше 233 милліоновъ жителей на пространствѣ слишкомъ полумилліона квадратныхъ миль ¹⁾ одинаково понимаетъ и примѣняетъ институтъ, напр., векселя, во всемъ жизненномъ торгово-промышленномъ оборотѣ, или другіе подобные институты торгового права.

Натурально, тамъ гдѣ возможно къ тождеству фактическому присоединить еще начала *легальной общности институтовъ* никто не упуститъ поставить на очередь достиженіе и этой цѣли. Такъ поступили, какъ мы сейчасъ покажемъ, нѣмцы съ своимъ кодексомъ *всеобщаго* торгового права. По отношенію къ завоеваннымъ французскимъ провинціямъ (Эльзась и Лотарингіи) они пошли далѣе и ни минуты не поколебались замѣнить дѣйствовавшій въ этихъ земляхъ Code de commerce, который, съ момента отторженія пересталъ быть кодексомъ права общаго (съ Франціей), своимъ кодексомъ торгового права, который подчинилъ эти территоріи хотя новому, но теперь опять общему торговому праву всей нѣмецкой имперской территоріи.

Въ результатѣ, обособленіе права торгового отъ гражданскаго едва-ли до сихъ поръ способно вызвать сомнѣніе въ своей цѣлесообразности, даже въ теперешнихъ бытовыхъ условіяхъ, когда вопросы торга и обмѣна торговыми обязательствами интересуютъ далеко не однихъ торговцевъ. Германія удержала это обособленіе и послѣ образованія имперскаго общаго гражданскаго права. У нѣмцевъ и теперь, въ отличіе отъ права римскаго, двѣ системы обязательствъ, права общаго гражданскаго (кодексъ 18 авг. 1896 г.) и торгового (Handelsgesetzbuch изд. 1897 г.). Вся перемѣна противъ прежняго въ томъ, что торгового кодекса незачѣмъ называть всеобщимъ, ибо онъ есть такой же имперскій общій, какъ и кодексъ общаго гражданскаго права, и разница изданія торгового кодекса 1897 г. отъ прежняго по содержанію ограничивается тѣмъ, что при наличности общаго гражданскаго и торгового кодексовъ лучше согласованы отдѣльныя ученія, которыя входятъ въ составъ того и другого кодекса.

Въ этомъ своемъ видѣ, какъ отдѣльный сборникъ права для

¹⁾ Borchardt Oscar-Sammlung der... Wechselgesetze (см. Юрид. Библ. № 3, стр. 168).

торгового промысла вообще и для морского торго (Seehandel) въ особенности новый кодекс несомнѣнно явится сильнымъ конкурентомъ значительно устарѣвшаго Code de commerce на попрощѣ универсальной рецепціи.

Чтобъ освѣтить себѣ еще болѣе вопросъ объ отношеніи обязательственнаго права торгового отъ обще-гражданскаго въ современной практикѣ полезно имѣть въ виду законодательное движеніе Швейцаріи и Скандинавскихъ государствъ въ особенности.

Швейцарская федерація искала объединенія своего гражданского права цѣной большихъ усилій и не взирая ни на пестроту ея населенія, ни на его разноязычность и разноисповѣдность. При наличности, однако, очень разнообразныхъ институтовъ, особенно поземельно-вещнаго права, достигнуть этого, безъ насилій, было трудно. Тогда рѣшено было изъ общей системы гражданскихъ правоотношеній выдѣлить область обязательствъ и, соединивъ ее съ институтами частнаго торгового права, ввести этотъ Code fédéral suisse des obligations въ дѣйствіе начиная съ 1-го января 1883 года во всѣхъ кантонахъ федераціи. Такое частичное сочетаніе двухъ системъ обязательствъ имѣетъ цѣну для такихъ земель, которыя пока не имѣютъ общаго гражданского права и въ которыхъ, однако, потребность общенія въ правѣ есть уже весьма назрѣвшая. Нѣчто подобное задумывалось и въ Германіи въ неудобную для объединенія всего ея гражданского права эпоху. Едва-ли отъ этого сочетанія практика выиграетъ больше, чѣмъ потеряетъ отдѣльно каждая партикулярная система отъ выдѣленія изъ ея состава такой капитальной части цѣлаго, какою является система общецивильныхъ обязательствъ. Это какое то довольно болѣзненное переходное состояніе всего права. Можно навѣрное сказать, что примѣръ Швейцаріи не найдетъ себѣ нигдѣ, особенно въ странахъ развитаго морского торго, никакого подражанія.

Много поучительнѣе примѣръ скандинавскихъ государствъ. Здѣсь мы находимъ санкціонированное парламентами трехъ территорій объединеніе права вексельнаго и ордерныхъ бумагъ вообще, которое введено въ дѣйствіе съ 1-го января 1881 года, опять независимо отъ вопросовъ правособщенія въ другихъ институтахъ обязательственной системы ¹⁾.

Мы уже отмѣтили выше, что та же двойственность права

¹⁾ Lyon-Caën Traité t. I n° 49 и 52. Читатель найдетъ здѣсь же указаніе и на дальнѣйшее стремленіе къ единенію международному въ области нѣкоторыхъ институтовъ цивильной системы; подробности особенно въ изданіяхъ института международного права, Annuaire de l'Institut de droit international

гражданскаго, общаго и торговаго, какую мы видимъ на западѣ, составляетъ, конечно, подѣ господствовавшимъ въ пору образованія Свода французскимъ вліяніемъ, отличительную черту и нашей дѣйствующей системы отъ права римскаго." При этомъ мы удерживаемъ этотъ дуализмъ не только для институтовъ права матеріальнаго, но и для процесса. То и другое входитъ въ составъ разныхъ томовъ свода законовъ (т. X ч. 1-я, и т. XVI ч. 2-я, а для торговыхъ институтовъ т. XI ч. 2-я).

Недостаточность теоретическихъ основаній для подобнаго расчлененія и здѣсь можетъ быть доказываема тоже особенно въ системѣ процессуальныхъ нормъ и институтовъ обязательственнаго права ¹⁾. Эта недостаточность еще, пожалуй, рѣзче сказывается у насъ, чѣмъ на западѣ, ибо распредѣленіе матеріи по указаннымъ томамъ свода законовъ производилось мѣстами у насъ скорѣе подѣ вліяніемъ какихъ-то кодификаціонныхъ случайностей, чѣмъ на основаніи какихъ-либо теоретическихъ или практическихъ соображеній. Мы остановимся на одномъ примѣрѣ этого рода. Code civil и code de commerce составляли въ ту пору, несомнѣнно, виднѣйшій источникъ кодификаціонныхъ вдохновеній по крайней мѣрѣ для области цивилистики. Но если мы сопоставимъ составъ указанныхъ двухъ томовъ, X ч. 1-й и XI ч. 2-й (не перваго, а послѣдующихъ изданій), то уклоненія отъ прототипа окажутся поразительныя. Возьмемъ для примѣра положенія о товариществѣ. Code civil (какъ и нынѣшній Имперскій кодексъ 96 г.) заключаетъ въ себѣ хорошо развитыя положенія для *договорнаго товарищества*. Отдѣльные виды *торговыхъ товариществъ* разработаны у французовъ (особенно до 67 г.) слабѣе, у нѣмцевъ превосходно въ кодексѣ торговомъ (въ изд. 97 тоже въ виду общихъ нормъ для товарищества договорнаго въ Имперскомъ кодексѣ гражданскаго права 96 года). Противъ такого распредѣленія матеріи обязательственнаго права, общей, на ряду съ другими договорно—обязательственными формами, и особенной, для товарищества полнаго, на вѣрѣ и акціонерной компаніи, въ составѣ институтовъ торговаго права, нельзя рѣшительно ничего сказать ни съ какой точки зрѣнія, ниже съ подлинно-латинской, ибо латинское право не знало такихъ формъ товарищества, которыя выработала новая жизнь.

Но вотъ въ нашей кодификаціи по тому же предмету мы находимъ явленія дѣйствительно уродливыя. Начать съ того, что по-

¹⁾ См. выше въ нашемъ Введеніи, гдѣ мы пытались дать скалу пригодности разныхъ частей системы для постепенной выработки началъ права общаго насчетъ партикуляризовъ (особ. § 4).

нѣтіе *договорнаго* товарищества почти вовсе не развито въ системѣ общихъ гражданскихъ институтовъ. А за тѣмъ, одна изъ формъ торговаго товарищества, акціонерная компанія, попала въ т. X ч. 1, а другія двѣ, которыя могли бы во всякомъ случаѣ стать на ряду съ первой, оказались въ составѣ т. XI ч. 2-й. Любопытно, куда опредѣлила бы наша кодификація такую смѣшанную форму какъ акціонерно-командитное товарищество! Встрѣчаясь съ такими странностями, дѣйствительно не трудно оспаривать и всякій смыслъ и всякія основанія для распредѣленія всего состава обязательствъ на двѣ системы, общихъ гражданскихъ и особенныхъ торгово-обязательственныхъ договорныхъ формъ...

Мы не защищаемъ именно нашей системы (если это *система!*), но не находимъ въ то же время основанія отвергать значеніе для современнаго права указаннаго нами выше дуализма обязательственныхъ системъ вообще на томъ основаніи, что латинское право не знало этого раздвоенія и что обязательственные институты того и другого типа вмѣстѣ съ временемъ утрачиваютъ тѣ или другія черты своей особенности.

Проектъ Гражданскаго Уложенія, книга пятая, заключающая въ себѣ именно Обязательства, стоитъ на точкѣ зрѣнія прямо противоположной и держится системы швейцарской кодификаціи, съ двумя, впрочемъ, до крайней степени важными отступленіями.

1) Швейцарское право соединяетъ торговое право не съ кодексомъ всѣхъ институтовъ гражданского права, а лишь съ *одной частью* общей системы гражданскихъ институтовъ.

2) Швейцарскій кодексъ посредствомъ этого сочетанія ищетъ достигнуть *объединенія, въ составъ общаго права для всѣхъ кантоновъ, всего, что въ системѣ права частнаго способно къ такому объединенію.*

Указанный нами проектъ русскаго гражданскаго уложенія, соединяя нѣкоторую часть нашего торговаго кодекса съ системой всѣхъ гражданскихъ институтовъ, совсѣмъ не имѣетъ въ виду *расширеніе правообщенія* въ какой бы то ни было части системы, тѣмъ менѣе въ цѣломъ ея составѣ. Задача Коммиссіи ставится такъ ¹⁾, какъ ее никогда не ставилъ ни одинъ кодексъ граждан-

¹⁾ Мы позволяемъ себѣ выразить большое сомнѣніе, чтобы эта Коммиссія съ начала и до конца своей дѣятельности, не смотря на безсмѣнность своего состава въ лицѣ его руководящихъ представителей, преслѣдовала *одну и ту же цѣль* даже въ главнѣйшихъ своихъ задачахъ. Мы говоримъ здѣсь о двойственности системъ обязательствъ, общихъ и торговыхъ. Первое декабря 1894 г. (12 лѣтъ послѣ учрежденія Коммиссіи, когда былъ весь досугъ обдумать *планъ работъ*), господинъ предсѣдатель В. У. Коммис. публиковалъ во всеобщее свѣдѣніе о послѣдовавшемъ *изготовленіи*, очевидно, тогда же, проектовъ, изъ коихъ одинъ, именно проектъ *Обязательственнаго права* (нынѣ, въ 1899 г.,

скаго права. Цѣль этой кодификаціи, вопреки всѣмъ извѣстнымъ образцамъ работъ подобнаго рода, указаннымъ намъ выше, составляетъ *укрѣпленіе и дальнѣйшее развитіе на территоріи одного государства партикуляризмовъ*, вмѣсто объединенія ихъ, при наличности при этомъ самыхъ благопріятныхъ условій нашего государственнаго строя, составляющихъ историческое достояніе отечественной культуры права. Она вся направлена къ правообщенію, къ объединенію институтовъ процессуальнаго и матеріальнаго права, притомъ безъ всякихъ проявленій излишняго усердія, которое такъ часто вредило успѣху подобныхъ предпріятій на Западѣ. И вотъ этому свободному и естественному стремленію нашего гражданскаго права къ единству для всей Россіи проектъ книги V идетъ явно наперекоръ, прямо навстрѣчу.

Мы имѣли до сего особый кодексъ торговый, заключавшій въ себѣ, по своему содержанію, какъ всѣ торговые кодексы западные, очень много началъ права общаго. Его положеніе, какъ особаго комплекса нормъ, могутъ подлежать дѣйствительно многимъ улучшеніямъ, путь для коихъ указываютъ измѣняющіяся и расширяющіяся потребности правообщенія и успѣхи науки права. Въ этомъ смыслѣ торговое право идетъ впереди другихъ частей общей системы гражданскихъ институтовъ. Оно естественно, по этимъ соображеніямъ, можетъ стоять внѣшнимъ образомъ, въ смыслѣ кодификаціи, врозь съ другими частями системы.

появившійся въ продажѣ) заключалъ всего „около 800 ст.“ (см. наши Чтенія изд. 3-е стр. 234 примѣч.). Это значительно больше новаго нѣмецк. Уложенія, гдѣ этой части посвящено около 610 статей. Но все же такое увеличеніе числа статей понятно, даже при простомъ расчлененіи слишкомъ иногда обширныхъ, положимъ, нѣмецкихъ параграфовъ на нѣсколько отдѣльныхъ статей въ русской редакціи. Но какъ объяснить себѣ, что вмѣсто 600 нѣмецкихъ или около 800 русскихъ статей, проектъ 1899 года въ дѣйствительности даетъ намъ *больше тысячи ста статей* для однихъ обязательствъ (на дѣлѣ ихъ 1106)?! Откуда могло явиться на 800 статей не предположенныхъ только въ 1894 г., но уже *изготовленныхъ*, еще 300, цѣлыхъ 300 совсѣмъ неожиданныхъ? Не допускаемъ, чтобъ господинъ предсѣдатель, послѣ 12 лѣтъ работы, не зналъ въ 1894 г., что дѣлаетъ Коммиссія. Онъ, конечно, имѣлъ вполнѣ точныя свѣдѣнія о положеніи дѣла. Чѣмъ же объяснить такой промахъ? *Знала ли Коммиссія въ декабрь 1894 года, что въ проектъ обязательствъ имѣютъ войти не только общія, но и торговыя обязательства?* Если Кодификаціонная Коммиссія черезъ 12½ лѣтъ работы не знала, какая это работа, какая ея программа, къ чему она направлена, то неожиданный приростъ трехъ сотъ статей на 800 наличныхъ совершенно понятенъ. Включеніе, весьма вѣроятное, послѣ декабря 1894 г., въ составъ обязательствъ гражданскихъ еще 300 статей для обязательствъ торговыхъ рисуется намъ, какъ нельзя лучше, внутренніе процессы кодификаціоннаго творчества этой Коммиссіи. Какъ и почему произошло это приращеніе, на чемъ основывалось запоздалое осложненіе проекта статьями изъ права торговаго, если наше предположеніе вѣрно,—объ этомъ очень серьезномъ вопросѣ „Объясненія“ ничего не объясняютъ. Швейцарскій законъ объ обязательствахъ, вмѣстѣ съ вексельнымъ уставомъ, котораго у насъ не ввели въ общую редакцію кн. V, имѣетъ всего 880 статей.

Путь естественный, коимъ должны идти его институты въ дальнѣйшемъ развитіи, для всякаго, кто хочетъ видѣть, совершенно ясенъ, чтобы не ходить далеко, хотя бы, для примѣра, въ теперешнемъ движеніи нѣмецкаго законодательства. Въ Германіи дѣлаютъ все необходимое, чтобы впередъ устранить *двойственность судебныхъ инстанцій* и процессуальныхъ различій по дѣламъ общимъ и торговымъ, оставляя пока вовсе въ сторонѣ задачу сплетенія институтовъ общаго и торговаго права въ одинъ кодификаціонный шпикетъ. Настоящій нѣмецкій юристъ не давалъ и не дастъ подобному пустому дѣлу никакой цѣны.

Что же производимъ мы въ этой области? О дальнѣйшихъ успѣхахъ сліянія двухъ процессуальныхъ компетенцій въ Объясненіяхъ не находимъ ни слова. Можно бы думать, что задача правообщенія поставлена серьезно въ какомъ-либо другомъ смыслѣ! Совсѣмъ нѣтъ. Быть можетъ кодификація послѣдуетъ швейцарскому образцу, сливая право торговое съ правомъ обязательственнымъ *общимъ*? Нѣтъ, общаго права *пока* не можетъ, по несчастнымъ идеямъ Коммиссіи, въ Россіи быть никакого. Ни одинъ изъ институтовъ гражданскаго кодекса не можетъ и не долженъ быть общимъ для всѣхъ русскихъ территорій. Въ Россіи могутъ и должны быть и остаться одни партикулярные кодексы гражданскаго права. И вотъ къ такому *партикулярному кодексу*, для коего закрыть вовсе доступъ въ территорію другихъ кодексовъ, имѣетъ быть, въ цѣляхъ дальнѣйшаго расширенія партикуляризовъ, прицѣпленъ кодексъ торговаго права.

Отвергая безусловно всякій разумный и практическій смыслъ подобнаго опыта для послѣдующей исторіи русскаго права мы не только не находимъ излишнимъ, но почитаемъ весьма цѣнными для насъ научныя и законодательныя попытки, особенно въ правѣ нѣмецкомъ, провести, насколько это возможно въ современныхъ условіяхъ, опредѣленные границы права торговаго и общаго, особенно въ области отношеній обязательственныхъ ¹⁾.

Границы сдѣлокъ торговыхъ и общихъ гражданскихъ видны обыкновенно въ легальныхъ нормахъ и ихъ сборникахъ того и другого рода. Мы только-что показали на одномъ примѣрѣ выше, что наша кодификаторы очень плохо умѣли справиться съ этой немаловажной задачей. Слѣдуя образцу французскаго кодекса, у насъ эту задачу ставили въ связь съ разграниченіемъ предметовъ вѣдомства и подсудности торговыхъ судовъ въ отличіе отъ общихъ ²⁾.

¹⁾ Мы не хотимъ напоминать нашимъ кодификаторамъ, какую *встрѣчу* въ свое время дѣлали нѣмцы подобнымъ прожекторамъ на ихъ родинѣ.

²⁾ Такъ ставилъ себѣ задачу г. Меликъ-Оганджановъ въ очень хорошей

Вспомогательнымъ легальнымъ ресурсомъ могутъ служить положенія о пошлинахъ за право торговли ¹⁾. Однако обособленіе обязательствъ торговыхъ не связано необходимо не только съ положеніями фискальными, но ниже съ особой компетенціей торговыхъ судовъ ²⁾. Поэтому, конечно, желательно поставить этотъ вопросъ совершенно самостоятельно, чего и ищутъ нынѣ достигнуть особенно нѣмецкія легальныя и научныя работы въ этой области.

Вполнѣ точнаго и исчерпывающаго разграниченія сдѣлокъ торговыхъ и неторговыхъ въ теперешнихъ условіяхъ достигнуть трудно. Французы держались въ старой литературѣ критерія спеціальной компетенціи, какая установлена процессуальными нормами для сдѣлокъ, разсматриваемыхъ закономъ какъ торговыхъ. Нынче и видные французскіе писатели держатся того критерія, который выработанъ нѣмецкимъ торговымъ кодексомъ прежнихъ изданій и въ существѣ удержанъ въ кодексѣ изд. 97 г. ³⁾.

Въ старину было не трудно ориентироваться въ вопросѣ, руководясь чисто *субъективнымъ* критеріемъ, ибо вся масса торговыхъ дѣлъ сосредоточивалась въ классѣ профессиональных торговцевъ. Когда этотъ критерій сталъ ненадежнымъ, его замѣнили въ литературѣ *объективными* признаками состава самой сдѣлки, по коему дѣйствительно можно въ массѣ случаевъ надежнымъ

работѣ на эту тему, напечатанной въ Запискахъ Новорос. Университета т. XXIX (начало 80-хъ годовъ) и отдѣльно подъ заглавіемъ Разграниченіе подсудности Коммерч. суд. отъ подсудн. суд. учрежден. общихъ и мировыхъ.

¹⁾ Г. Носенко очень основательно присоединяетъ къ св. изд. Устава Торговаго и эти положенія о сборахъ за права торговли изъ состава V т. Св. Закон. Нынѣ слѣдуетъ особенно имѣть въ виду Положеніе о государственномъ промысловомъ налогѣ (Выс. утвержд. 3 іюня 1898 г. Мн. Госуд. Сов.), напечатанное въ Законодательномъ Бюллетенѣ за 1898 г. (1-ое полугодіе) подъ редакц. А. Ф. Волкова и Ю. Д. Филиппова, изд. тип. тов. „Обществ. Польза“, стр. 154. Нов. изд. Торгов. Уст. напечатано съ очень цѣнными приложениями подъ редакцію А. Черкаса (изд. Чичинадзе) 1900 г.

²⁾ Вопросъ о необходимости особой компетенціи для дѣлъ торговыхъ не разъ возбуждался въ нашей литературѣ. Въ послѣднее время крайне интересныя соображенія по этому предмету публиковалъ высоко-просвѣщенный и опытный нашъ юристъ Д. В. Туткевичъ (товарищъ предсѣдателя Варшавскаго Коммерч. Суда) въ двухъ обширныхъ статьяхъ Журн. Мин. Юст. за 1898 г., сентябрь и октябрь „О нашихъ коммерческихъ судахъ“, гдѣ читатель найдетъ цѣнныя литературныя указанія.

³⁾ Ориентироваться въ этихъ разныхъ изданіяхъ не трудно, хотя вообще тутъ сдѣланы многочисленныя перестановки статей изъ одной книги въ другую. Нѣмецкаго способа опредѣленія границъ держатся теперь не только коммерціалисты, но и Дербургъ, для прусскаго права, Газенбурль, для австрійскаго, и Lyon-Saen, Traité, I, 99 и слѣд., для французскаго права. Мы коротко беремъ въ текстъ тотъ же критерій, ибо онъ дальше другихъ отъ случайнаго и произвольнаго, которое легко найти въ любыхъ позитивныхъ нормахъ. Натурально для спеціальнаго изученія вопроса въ извѣстномъ законодательствѣ надо знать его особыя положенія и практику (см. для нашего права особенно изд. Носенко, также Черкаса).

образомъ установить, идетъ ли дѣло о торгѣ, или объ операціяхъ общецивильнаго типа. Нынѣшняя метода состоитъ въ *смѣшанномъ примѣненіи* того и другого критерія ¹⁾.

Такимъ образомъ общій объективный критерій даетъ намъ впередъ *отрицательный* результатъ, исключая вовсе изъ сдѣлокъ торговаго типа:

А) всѣ акты семейнаго права, не имѣющіе прикосновенія къ операціямъ имущественнымъ (бракъ, усыновленіе), хотя бы побужденіемъ къ сдѣлкѣ служилъ несомнѣнно торговый расчетъ.

В) Сюда же должны идти сдѣлки *безкорыстнаго* содержанія, каковы акты послѣдней воли и акты чисто-дарственнаго характера.

С) Неторговыми считаются и сдѣлки имущественныя, стяжательныя, каковы операціи купли, найма, если *предметъ* ихъ есть *недвижимость*. Однако, операціи торгово-строительныя для фабрикъ, желѣзныхъ дорогъ, домовъ, суть торговыя, ибо предметъ таковыхъ представляетъ собою не сама *недвижимость*, а собственно операція ея переработки (спорно).

За этими отрицательными признаками нѣмецкое право идетъ къ опредѣленію признаковъ *положительныхъ*, коими устанавливается свойство сдѣлки какъ торговой. Здѣсь слѣдуетъ различать кромѣ указанныхъ выше критеріевъ, объективнаго и субъективнаго, еще свойство сдѣлки какъ главной или основной торговой и производной или вспомогательной торговой.

I. *Объективно или абсолютно-торговыми* сдѣлками (*actes commerciaux par eux mѣmes*) считаются:

а) всѣ сдѣлки *пріобрѣтенія* движимости съ цѣлью дальнѣйшаго отчужденія (спекуляція). Сюда относится пріобрѣтеніе цѣнныхъ бумагъ съ цѣлью перепродажи. Точно такъ же торговой сдѣлкой будетъ пріобрѣтеніе, съ той же цѣлью, всякаго рода плодовъ и продуктовъ землевладѣнія. Есть ли это именно купля или иная сдѣлка *возмездная*,—это не дѣлаетъ разницы въ свойствѣ сдѣлки какъ торговой, лишь бы пріобрѣтеніе не составляло результата собственнаго производства данной движимости (сельскохозяйственнаго, охоты, рыбной ловли, горнаго промысла и проч.). Къ операціямъ этого рода относятся не только пріобрѣтеніе для дальнѣйшаго отчужденія товара въ томъ же видѣ, какъ онъ пріобрѣтенъ, но и послѣ нѣкоторой его переработки ²⁾;

¹⁾ Литературныя указанія особенно у Газенörля, стр. 52.

²⁾ Законодательства всегда ищутъ указать поименно относительные виды такихъ перерабатывающихъ промысловъ, наличностью коихъ устанавливается понятіе торговца и торгова въ отличіе отъ простаго ремесла, руководѣнія, коимъ не устанавливается понятіе торгова. Подробности въ курсахъ торговаго права. Цѣнныя литературныя указанія у Hasenöhrля § 7 (по 2-му изд. стр. 83 и 84).

b) абсолютно торговыми сдѣлками почитаются *сдѣлки о поставкѣ* (отчужденіи) *движимостей*, которыя еще *имѣютъ быть приобрѣтены* поставщикомъ. Разсчетъ здѣсь идетъ на осуществленіе операціи по прошествіи нѣкотораго времени. Если бы такое осуществленіе поставки произошло не изъ имѣющаго послѣдовать приобрѣтенія, а изъ наличнаго товара, то это не было бы сдѣлкой абсолютно торговой. — И такъ, это или спекулятивное приобрѣтеніе (a), или спекулятивное отчужденіе движимостей (b);

c) сюда же идутъ всѣ *страховыя сдѣлки за премію*. Исключаются сдѣлки взаимно-страхового типа, ибо здѣсь нѣтъ спекуляціи. Виды страхованія, отъ огня, града, падежа, страхованіе перевозки, жизни, — дѣло безразличное, лишь бы налицо была *премія*, т.-е. впередъ уплачиваемая страховая сумма;

d) сюда же идетъ рядъ сдѣлокъ морского торговаго права, перевозки людей и товара, бодмерейнаго займа;

e) наконецъ, абсолютно-торговыми будутъ всѣ биржевыя сдѣлки кои совершаются въ публичномъ помѣщеніи биржи въ установленные закономъ часы по такимъ предметамъ торга, который производится и котируется на данной биржѣ (австрійское право) ¹⁾.

II. *Субъективно* или относительно-торговыя сдѣлки, ст. б. тѣ сдѣлки, которыя получаютъ свойство торговыхъ въ связи съ вопросомъ объ участвующихъ въ нихъ лицахъ (*actes réputés commerciaux à raison de la qualité de leur auteur*).

При этомъ *относительномъ* критеріѣ существенный признакъ сдѣлки, какъ торговой, условленъ упражненіемъ извѣстной дѣятельности *какъ промысла*. Вовсе не нужно, чтобы такая професіонально-торговая дѣятельность исключала въ ея субъектѣ всякую другую. Напротивъ, такой промыселъ можетъ быть упражняемъ лицомъ должностнымъ, художникомъ, мастеромъ... Несущественно также, чтобы торгъ составлялъ источникъ его имущественнаго обезпеченія, приносилъ ему выгоду. Безразлично побужденіе и цѣль, къ которой, въ смыслѣ результата, направлена такая дѣятельность, общая гуманитарная, просвѣтительная. Нѣмецкое право обезразличиваетъ также, для вопроса о свойствѣ сдѣлокъ, какъ торговыхъ, государство ли (желѣзн. дороги, почты, фабрики), или церковныя установленія (книгоиздательство, свѣчной заводъ) упражняютъ торговый промыселъ. Въ этихъ комбинаціяхъ государство и церковная община являются торговцемъ ²⁾.

¹⁾ Нѣмецк. торг. уст. ст. 271, изд. 97 г. ст. I. Code de com. 632 (и весь titre II Кн. IV de la compétence. des tribunaux de commerce. Уст. Суд. Торг. ст. 43 (разд. 1-аго гл. 3, предметы и пространство вѣдомства).

²⁾ Очень спорно, ибо нѣкоторые писатели для разрѣшенія этого вопроса

Въ этомъ смыслѣ, по свойству дѣятельности какъ профессиональной, сфера торговыхъ дѣлокъ будетъ налицо.

а) Въ промыслѣ фабричной обработки или переработки движимостей для сбыта продукта, когда производство выходитъ изъ предѣловъ простого ремесла ¹⁾.

б) Въ промыслѣ банкира и мѣнялы. Сюда входятъ всѣ операціи вексельнаго оборота, съ цѣнными бумагами, по учету, текущимъ счетамъ, по сдѣлкамъ учредительскимъ (для акціонерныхъ компаній), кредитно-оборотнымъ, залоговымъ и т. п.; при чемъ для опредѣленій специфическаго свойства такихъ операцій существенно совершеніе ихъ въ общепринятыхъ для банковаго дѣла формахъ.

в) Въ разнообразныхъ комиссіонныхъ (на свое имя за чужой счетъ), посредническихъ (маклерство, роль сводчика, агента, напр., а не простое механическое содѣйствіе посылнаго), транспортныхъ (для людей и товара), по сухопутнымъ и водянымъ сообщеніямъ, операціяхъ.

г) Въ издательскихъ и торгово-промышленныхъ по литературѣ и искусствамъ предпріятіяхъ.

Въ отношеніи къ этимъ категоріямъ операцій существенный признакъ тотъ, что тѣ же операціи, но упражняемыя не въ видѣ профессіи, а въ видѣ отдѣльныхъ дѣйствій, или въ размѣрахъ мелкаго ремесла (извозъ, рукодѣлье), не конституируютъ круга торговыхъ дѣлокъ. Натурально, въ вопросахъ объ этихъ границахъ легко возникаютъ сомнѣнія чисто-фактическаго свойства.

III. Перечисленныя торговыя операціи суть самостоятельныя или основныя въ смыслѣ ихъ значенія въ торговомъ дѣлѣ. Но наряду съ этимъ всякая система знаетъ еще рядъ такихъ дѣйствій, которыя, по значенію своему, суть только вспомогательныя, принадлежностныя къ нимъ. Отличить эту категорію тоже торговыхъ дѣлокъ важно въ томъ смыслѣ, что если ихъ совершаютъ безъ связи съ торговымъ дѣломъ (денежныя операціи заемныя, поручительскія, наемныя и проч.), то въ нихъ нѣтъ признака сдѣлки торговой, и только этимъ свойствомъ принадлежности къ основной торговой операціи за ними конституируется этотъ, тоже торговый, характеръ сдѣлки.

Сюда слѣдуетъ отнести не только операціи продажи, кредитныя сдѣлки, которыя только по связи съ торговымъ дѣломъ

считаютъ существеннымъ свойство интереса, который при этомъ имѣется въ виду, чисто публичнаго, общественнаго или только финансоваго (Гольдшмитъ).

¹⁾ Торг. Код. ст. 272, 1; вопросъ о разграниченіи фабричнаго и ремесленнаго промысла очень споренъ (см. особ. Hosenöhr, стр. 74, примѣч.). Въ изд. Торг. Код. 1897 г. это ст. 1 и 2.

становятся торговыми; но и многочисленные соглашения съ торгово-служебнымъ персоналомъ, безъ коего немислима развитая торговая дѣятельность.

Всѣ эти развѣтвленія составляютъ предметъ подробной разработки торговаго законодательства и спеціальной литературы торговаго права.

IV. Нѣмецкая практика различаетъ наряду съ торгово-договорными источниками обязательствъ еще и особые *деликты*, тѣсно связанные съ областью отношеній по торговому праву. Таково, напр., неразрѣшенное пользованіе фирмой, которое можетъ повлечь за собой требованіе вознагражденія вреда.

V. Вопросъ о свойствѣ сдѣлки въ каждомъ данномъ случаѣ, какъ именно торговой, легко можетъ, при ненадежности указанныхъ нами выше разграниченій, служить поводомъ къ спорамъ, коихъ разрѣшеніе трудно потому главнымъ образомъ, что вопросъ о свойствѣ сдѣлки связанъ часто съ чисто-фактическими данными, каковы въ особенности *нампренія и цѣли*, съ коими предпринимаются извѣстныя операціи. Теперешнія системы больше или меньше содѣйствуютъ выходу изъ подобныхъ споровъ *методами презумцій*.

Нѣмецкій кодексъ развиваетъ здѣсь ту же тему, которую даетъ Code de com. въ art. 638, *les billets souscrits par un commerçant sont censés faits pour son commerce... lorsqu'une autre cause n'y sera pas énoncé* ¹⁾. По нѣмецкому кодексу презумція свойства сдѣлки, какъ торговой, обнимаетъ всѣ заключенныя торговцемъ договоры и иныя юридическія операціи, принадлежащія къ его торговому предпріятію. Исключаются, натурально, сдѣлки о недвижимостяхъ (см. выше) и такія, которыя признаны будутъ по суду не связанными съ даннымъ торговымъ предпріятіемъ.

Для *домовыхъ* обязательствъ, изъ коихъ не явствуетъ прямо, что они не имѣютъ отношенія къ торгу, презумція ихъ торговаго свойства *не допускаетъ опроверженій* (*praesumptio juris et de jure* ²⁾).

Вопросъ объ особомъ *складѣ* торговыхъ сдѣлокъ, ихъ *stylus mercatorum*, о специфическихъ свойствахъ юридическихъ отношеній по торговлѣ составляетъ задачу особой дисциплины ³⁾, и

¹⁾ Lyon. Caen I n. 168 и слѣд.

²⁾ Эта сила презумціи рассчитана на легчайшую оборотность такихъ обязательствъ.

³⁾ Изъ солидныхъ курсовъ Торговаго права на русскомъ языкѣ см. особенно Учебникъ торговаго права проф. П. П. Цитовича. Короткую удачную

мы здѣсь укажемъ только отдѣльныя черты, которыми опредѣляется ихъ индивидуальность. Особенность торговаго права видна 1) въ болѣе широкомъ примѣненіи здѣсь нормъ права обычнаго, не только общихъ, но и локальных, 2) въ значительно болѣе настойчивомъ примѣненіи сюда началъ солидарной отвѣтственности круга лицъ, соучаствующихъ въ совершеніи торговой сдѣлки, 3) въ повышенной мѣрѣ обязательной для торговца бдительности и связанной съ этимъ повышенной отвѣтственности его за убытки, 4) въ сравнительной легкости условій для вступленія въ договорную сдѣлку между отсутствующими, 5) въ цѣломъ рядѣ простѣйшихъ методовъ перевода долга, уступки требованій, оборота съ движимостями и обмѣна цѣнныхъ бумагъ въ особенности. Это связано съ особой техникой построенія обязательствъ, абстрактныхъ или формальныхъ, находящихъ широкое примѣненіе въ кругу торговыхъ операцій. Сюда же относится 6) общій характеръ услугъ, совершаемыхъ въ дѣлѣ торговомъ, какъ возмездныхъ, 7) повышенный процентъ и болѣе тяжелый способъ расчета по долговымъ обязательствамъ, 8) кумулятивный характеръ неустойки, 9) обязательность книговодства и тяжкія послѣдствія ея невыполненія, 10) особый способъ счисленія времени, характерная краткосрочность обязательствъ, 11) наконецъ широкое развитіе представительства.

Эти черты будутъ несомнѣнно еще долгое время налагать на нѣкоторый кругъ институтовъ, примѣняемыхъ въ мірѣ торговыхъ сношеній, специфическую печать, которой нельзя и не должно съ нихъ снимать ни въ какихъ расчетахъ, всего менѣе въ расчетѣ партикуляристской кодификаціи нормъ гражданскаго права внутри одной государственной территоріи.

РАЗДѢЛЪ II.

Общій анализъ.

§ 5. Различіе основаній и способовъ возникновенія обязательствъ вообще.

Мы показали, такимъ образомъ, общее самостоятельное значеніе и роль обязательствъ въ системѣ гражданскаго права, отличивъ его природу отъ построеній права вещнаго, дали главные характерные признаки различія современныхъ обязательственныхъ системъ отъ латинской, установили возможность построенія обя-

характеристику *Дуализма частно-правныхъ системъ* даетъ г. Удинцовъ въ своей вступительной лекціи на эту тему въ Кіевѣ въ 1894 году.

зательства независимаго отъ искового способа его осуществленія и провели границу современныхъ обязательствъ общаго и торговаго права. Намъ надлежитъ, за симъ, перейти къ ученію о *способахъ, коими устанавливаются обязательства.*

Обязательственные отношенія образуются на почвѣ весьма различныхъ отношеній частно-правнаго характера (другихъ сферъ соціальныхъ отношеній мы здѣсь не касаемся) и какъ по своему содержанію, такъ и по способамъ возникновенія отличаются величайшимъ разнообразіемъ. Привести это разнообразіе къ нѣкоторому единству и связать хотя бы отдѣльныя группы обязательствъ отличительными для каждой изъ нихъ *юридическими* признаками составляетъ задачу, очень уже давно поставленную на очередь цивилистической литературой. Одна изъ старинныхъ попытокъ такой классификаціи обязательствъ, завѣщанная намъ классиками, беретъ за основу группировки обязательствъ (какъ вообще правъ гражданскихъ) тотъ или другой способъ ихъ возникновенія. По этому принципу, близко примыкая къ извѣстному образцу систематики обязательствъ у Гая, нынѣшніе цивилисты дѣлятъ обязательственные отношенія на *два главныхъ группы*: на группу обязательствъ, возникающихъ изъ актовъ воли, изъ сдѣлокъ, и на группу обязательствъ, возникающихъ независимо отъ актовъ воли. Эта переработанная и приноворенная по теперешнимъ системамъ группировка (контракты и деликты) не есть исчерпывающая, какъ и у латинскихъ писателей, и для второй группы ограничивающаяся чисто-отрицательнымъ признакомъ (обязательства, возникающія независимо отъ актовъ воли). Чтобы подойти ближе къ явленіямъ живымъ въ этой второй группѣ способовъ возникновенія обязательствъ, въ ней различаютъ еще отдѣльныя низшія группы.

Такимъ образомъ въ цѣломъ систематика будетъ такою.

А) Первую группу будутъ составлять обязательства, возникающія изъ актовъ воли, главнымъ образомъ, изъ *договоровъ*. Наряду съ этимъ общимъ способомъ образованія обязательственныхъ отношеній слѣдуетъ, для современнаго права значительно шире, чѣмъ для римскаго, поставить *одностороннее обѣщаніе* какъ самостоятельную основу обязательства.

В) Другая категорія обязательственныхъ отношеній отличается признакомъ *несвободы*. Сюда принадлежатъ обязательства, возникающія *независимо отъ воли должника* (*invito debitore*, *случайно* въ этомъ смыслѣ).

Сюда относятъ обязательства а) возникающія изъ деликтовъ, б) изъ отношеній родственныхъ, соціальныхъ (связь образовалась,

напр., изъ общности имущественнаго обладанія или при упражненіи извѣстнаго предпріятія), с) наконецъ, обязательства могутъ возникнуть вслѣдствіе обогащенія одного лица на счетъ другого безъ достаточнаго правооснованія (напр., уплата недолжнаго, или по основанію, отвергаемому правосознаніемъ, какъ противному добрымъ нравамъ и проч.; это система кондикцій ¹⁾).

Классифицируя по основаніямъ ихъ возникновенія разныя обязательства юристы-систематики, начиная съ Гая, не находили такой классификаціи исчерпывающею ²⁾. Хотя бы мы и признали недостаточность тѣхъ или другихъ попытокъ классификаціи обязательствъ по основаніямъ ихъ возникновенія; все же классификація на этой основѣ будетъ всегда имѣть для опредѣленія юридической природы отдѣльныхъ обязательствъ принципиальное значеніе, и юристы не могутъ отказаться отъ попытокъ такой классификаціи.

Такимъ образомъ, для природы и строенія отдѣльнаго обязательственнаго отношенія очень существенно опредѣлить не только его личный составъ, интересъ имущественный или неимущественный, связанный съ нимъ, но и то основаніе, по которому оно возникло. Обязательство *ex maleficio*, *ex delicto*, обязательство договорное, хотя бы оно по суммѣ денегъ, по лицамъ, было тождественно съ другимъ, будетъ все же различно по различію, болѣе или менѣе существенному, того или другого изъ основаній его возникновенія. Въ этомъ смыслѣ важно различать не только главныя категоріи и признаки указанной классификаціи (договоръ, правонарушеніе и прочее), но и особую природу каждаго отдѣльнаго договорно-обязательственнаго основанія, на которомъ держится данное отношеніе. Не однимъ и тѣмъ же будетъ обязательство уплатить сто по абстрактному обязательству, или по обязательству съ выраженнымъ матеріальнымъ его осно-

¹⁾ Ср. Савиньи Обязательства §§ 51, 85, Система III § 103 — 112. Дербургъ Lehrb. d. Preusz. R. II § 10; Hasenöhr, для австр.-пр., Oester. Obligat. 2-ое изд. стр. 333 (*obligationes mediatae*, черезъ посредство воли, и *immediatae*, безъ посредства воли, прямо изъ закона возникающія; первыя тоже называются *dativae*, вторыя *pativae*; это излюбленное дѣленіе старыхъ кодификаторовъ брошено нынѣ). Wendt Lehrbuch § 193. Виндшейдъ § 302. Имп. Ул. 1896 г. имѣетъ въ виду всѣ указан. основанія, но не сводитъ ихъ къ категоріямъ здѣсь показаннымъ. Иначе проектъ V Кн. Гражд. Улож., гдѣ § 2 указываетъ категоріи въ духѣ старыхъ кодификацій.

²⁾ Гай *obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris* (l. I pr. D. 44,7). За этимъ положеніемъ идутъ, далѣе, многочисленныя попытки такъ или иначе свести всѣ способы возникновенія обязательствъ или къ простымъ логическимъ, или къ исторически-опредѣлившимся, или, наконецъ, обрядно-обособленнымъ категоріямъ. Любопытенъ Модестинъ: *obligamur aut re, aut verbis, aut simul utroque, aut consensu, aut lege, aut jure honorario, aut necessitate, aut ex peccato (ex facto)* (l. 52 pr. eod. tit.); *sed et nutu solo pleraque consistunt* (§ 10 *ibid.*).

ваніемъ. Въ числѣ послѣднихъ обязательство на тѣ же сто будетъ *юридически* весьма различнымъ, смотря по тому, какая договорно-обязательственная форма лежитъ въ его основѣ, заемъ, поклада, купля-продажа, дареніе или еще иная договорная сдѣлка ¹⁾).

§ 6.

Ученіе о договорѣ, какъ основѣ обязательственнаго правоотношенія.—Понятіе контракта по Code civ. и у Мейера.—Поправка въ Проектъ.—Сопоставленіе понятія договора и обязательственного договора въ особенности по Проекту и по ученію Савиньи.

Мы переходимъ къ изученію первой категоріи основаній обязательственныхъ отношеній, именно къ договорамъ и инымъ актамъ воли, направленнымъ на установленіе или видоизмѣненіе обязательственныхъ правоотношеній.

Впереди должно идти ученіе объ *обязательственномъ договорѣ*, какъ наиболѣе типической основѣ обязательства.

Понятію договора издавна присвоивали такой широкій смыслъ (...duorum vel plurium in idem placitum consensus l. 1 § 2 D. 2. 14, Ульпіанъ), который можетъ имѣть примѣненіе къ соглашениямъ въ любой области отношеній, правомѣрныхъ и неправомѣрныхъ, и ближайшаго отношенія къ праву гражданскому въ особенности не имѣетъ вовсе. Мы, натурально, здѣсь не имѣемъ интереса касаться этого понятія договора въ общемъ смыслѣ соглашения многихъ объ одномъ предметѣ, хотя бы и правомѣрномъ, но относящемся къ области вопросовъ государственныхъ, международныхъ, исповѣдныхъ и проч.

При установленіи понятія договора цивилисты должны были вносить въ указанный общій смыслъ договорнаго соглашения тѣ или другіе ограничивающіе признаки, коими имѣлось въ виду точнѣе опредѣлить именно къ области права гражданского относящуюся сферу договорныхъ волеизъявленій.

Такого рода попытки установить понятіе договора находимъ не только въ юридической литературѣ, но, вслѣдъ за нею, и въ современныхъ кодификаціяхъ. Таковъ Code civil, дающій, по образцу Pothier, *понятіе контракта какъ соглашения* (conven-

¹⁾ Чтобы уяснить себѣ юридическое значеніе этихъ общихъ соображеній надлежитъ вникать особенно въ ученія современныхъ пандектныхъ системъ. Онѣ имѣютъ цѣну для русскаго гражданского права, какъ и для всякаго другого. Но нигдѣ, къ сожалѣнію, не примѣняли этихъ критеріевъ къ изученію конкретныхъ явленій такъ мало, какъ въ нашей юридической литературѣ.

tion), силой котораго одно или многія лица обязуются, въ отношеніи тоже къ одному или многимъ, что-либо дать, совершить, или чего-либо не совершать (art. 1101¹⁾).

Это одно изъ самыхъ ходячихъ опредѣленій, которыхъ охотно держались въ литературѣ, особенно ранѣе разработки общаго ученія о юридической сдѣлкѣ, и которое, съ небольшими видоизмѣненіями, введено въ особенно распространенный у насъ курсъ Мейера. Договоръ у Мейера опредѣляется какъ соглашеніе воли двухъ или нѣсколькихъ лицъ, которое порождаетъ право (активная сторона отношенія, Forderungsrecht; въ Code civ. показана пассивная сторона того же отношенія, какъ нынѣ и въ Имперск. код., Schuldverhältnisse) на чужое дѣйствіе (въ Code civil указаны, согласно латинскимъ образцамъ, главныя категоріи этихъ дѣйствій), имѣющее имущественный интересъ²⁾.

Это опредѣленіе (по Code civ. или по Мейеру) есть, очевидно, въ извѣстномъ отношеніи, излишне узкое. Договоры не только порождаютъ право на дѣйствія, но совершенно такъ же прекращаютъ или видоизмѣняютъ прежде существовавшее право

¹⁾ См. особ. Traité des obligations n. 3, гдѣ Pothier указываетъ приведен. выше текстъ Ульпіана; ср. тоже по изд. Code civ. Dard, и у Baudry Lacantinerie Précis II, 784.

²⁾ Наличие имущественнаго интереса какъ непремѣннаго элемента строенія обязательства вообще и договорнаго обязательства въ особенности принадлежитъ нынѣ къ самымъ спорнымъ проблемамъ цивилистики. Контroversа развита особенно на почвѣ пандектнаго права. Рѣшеніе вопроса едва ли можетъ быть правильно въ смыслѣ общемъ, безъ примѣненія къ тому или другому институту въ особенности. И въ этомъ смыслѣ нельзя сомнѣваться, что въ область права гражданскаго способны входить интересы не имущественные, а напр. личные (въ правѣ авторскомъ) и подлежатъ охранѣ юридическими средствами. Старое толкованіе латинскаго принципа, ea in obligatione consistere, quae res ipsa sui praestantur, даже для римскаго права ограничивается тѣсными предѣлами примѣненія и противъ непремѣнности денежнаго мѣрила для обязательствъ высказываются нынѣ виднѣйшіе пандектисты, какъ Виндшейдъ и Jhering. По Виндшейду, для теперешняго права, допустимъ уговоръ объ отказѣ отъ фортепіанной игры въ интересахъ сосѣда съ штрафнымъ эффектомъ для обязавшагося (подобный случай у Вигеля, но уговоръ былъ вынужденъ этимъ извѣстнымъ писателемъ отъ сосѣдки-гувернантки своего рода репрессаліями, ибо Вигель, чтобы заставить сосѣдку умолкнуть къ извѣстному часу, 12 ночи, призывалъ съ этого часа музыканта, который въ свою очередь мѣшалъ спать сосѣдкѣ до часу ночи). Jhering въ пользу расширенія юридич. охраны на неимуществ. интересы приводитъ рядъ образцовъ далеко не изъ области договорно-обязательственныхъ отношеній для права римскаго. Вообще же онъ допускаетъ широкое примѣненіе для роена arbitraria въ договорахъ. Широкое примѣненіе этого принципа можетъ представить серьезныя опасности (ср. Rechtsgutachten betref. Gäubahn, Jahrb. B. 18). У насъ съ Jhering'омъ Муромцевъ. Ср. еще Laband Arch. f. civ. Praxis B. 73. Обширныя и интересн. литературныя указанія особ. у Hasenöhrl'я § I, V, стр. 22 — 25, особ. прим. 79. Имп. код. не даетъ именно расширенія догов. обяз. на область неимуществ. отношеній. Но объяснительная записка въ пользу этого, близко къ воззрѣніямъ Виндшейда. У Арндтса и Унгера наряду съ прямымъ имуществен. интересомъ различается непрямою имуществен. интересъ договорнаго обязательственнаго отношенія. Господствующее ученіе и нынѣ въ пользу непремѣнности оцѣночнаго интереса. Это несомнѣнно излишне узкое начало.

на дѣйствіе (достаточно вспомнить *acceptilatio, datio in solutum*) ¹⁾.

Въ виду этого и особенно въ виду успѣховъ разработки общаго ученія о юридической сдѣлкѣ въ истекшемъ столѣтіи, особенно въ нѣмецкой литературѣ (см. выше, общая часть § 31 и слѣд.), понятна перемѣна, которую произвели въ указанномъ выше проектѣ Обязательствъ наши кодификаторы, опредѣляя понятіе договора такимъ образомъ:

Договоромъ именуется соглашеніе (NB) двухъ или нѣсколькихъ лицъ *о приобритеніи, измѣненіи или прекращеніи какого-либо права* ²⁾ (ст. 4).

Если эта статья даетъ намъ, такимъ образомъ (вмѣсто *порождаетъ* поставлены подчеркнутыя слова статьи), вполне умѣстную поправку опредѣленія *Code civ.* и Мейера ³⁾, то въ ней все-же остается цѣлый рядъ крайне крупныхъ и важныхъ ошибокъ, которыхъ избѣгнуть было вовсе не трудно для лицъ, сколько-нибудь знакомыхъ съ современнымъ положеніемъ вопроса въ юридической литературѣ ⁴⁾.

И такъ, 1. Договоръ, какъ и вообще юридическая сдѣлка, не есть *только соглашеніе* двухъ или нѣсколькихъ лицъ. Это есть сдѣлка, стало-быть, не соглашеніе только, а *волеизъявленіе*

¹⁾ Иначе Вангеровъ.

²⁾ Въ подчеркнутыхъ словахъ мы видимъ поправку Мейера. Какимъ образомъ у Мейера могло въ курсѣ остаться въ концѣ 50-хъ годовъ безъ оговорки это его опредѣленіе („порождаетъ“), мы затрудняемся объяснить. Вангеровъ и позже держался того же тѣснаго понятія договора. Но мысли Савиньи, конечно, заслуживали хотя бы простого указанія на нихъ. Возможно и тутъ, какъ во многихъ другихъ мѣстахъ курса, что мы имѣемъ дѣло вовсе не съ Мейеромъ, а съ его невнимательными издателями. Вангеровъ вовсе отвергалъ договорный характеръ акцептиляціи и иначе объяснял *rustum de non petendo* не какъ либераторную, а какъ обязывающую договорную сдѣлку. Онъ не нашелъ себѣ многихъ послѣдователей.

³⁾ Другая поправка опредѣленія Мейера состоитъ въ томъ, что здѣсь выброшенъ признакъ *имущественнаго интереса*. Въ этомъ наши кодификаторы имѣютъ за себя Нѣм. Улож.; но у нѣмцевъ вопросъ хорошо разработанъ въ литературѣ и частью въ Объяснительной запискѣ къ проекту, чего не даетъ ни наша литература и еще менѣе Объяснительная записка, столь же многословная сколь и скудосодержательная. Если нужно въ законѣ опредѣленіе договора (о чемъ сейчасъ ниже), то обойти *безъ оговорокъ* признакъ имущественнаго интереса для договорной сдѣлки вообще окажется, пожалуй, для *нашей практики* небезопаснымъ.

⁴⁾ Ошибки здѣсь, какъ и вообще въ проектѣ, носятъ характеръ такого явнаго незнавія, что для обличенія ихъ нѣтъ вовсе нужды входить въ тонкости и детально разбирать дѣло. Это не то, что можно назвать несовершенствомъ научной техники, отъ которой никто никогда не свободенъ вполне, въ виду непрестанныхъ успѣховъ знанія. Нѣтъ, это ошибки элементарнаго свойства, отъ котораго свѣдущій человѣкъ обязанъ быть свободнымъ и имѣть для этого подъ рукой всѣ средства. Входить въ особыя тонкости я не нашелъ бы возможнымъ въ книгѣ, имѣющей ближайшей цѣлью пособіе учащимся. Дальше я буду держаться самыхъ видныхъ литературныхъ явленій, безъ знакомства съ коими нельзя юристу братья за перо.

сторонъ. Это очень большая, для разумѣющихъ дѣло, разница признаковъ.

Къ тѣмъ непремѣннымъ свойствамъ юридической сдѣлки, которыя мы описали выше, основываясь на успѣхахъ нѣмецкой цивилистики (см. Введение), для понятія сдѣлки *договорной* необходимо прибавить еще нѣкоторые специфическіе признаки.

Никто до сего лучше и никто вмѣстѣ съ этимъ проще не выразилъ этихъ *специфическихъ признаковъ договора* чѣмъ Савиньи въ своей классической работѣ *Das Obligationenrecht*, появившейся по-нѣмецки въ началѣ 50-хъ годовъ и нынѣ переведенной (безъ содѣйствія коммисіи) на русскій языкъ.

Вотъ что даетъ намъ гениальный юристъ для понятія договора *въ сферѣ правоотношеній гражданскихъ*. Мы возьмемъ его идею въ цѣломъ, чтобы разомъ обнаружить очевидныя заблужденія нашихъ кодификаторовъ въ опредѣленіи понятія договора во всемъ ихъ размѣрѣ. Вмѣстѣ съ этимъ мы достигнемъ пониманія и различенія юридически точнаго одного изъ важнѣйшихъ моментовъ всей обязательственной системы.

„Договоръ, какъ основаніе возникновенія обязательствъ (обязательственный договоръ), образуетъ лишь отдѣльное примѣненіе болѣе общаго понятія договора“¹⁾...

Въ правѣ частномъ договоръ можетъ рѣшающимъ образомъ дѣйствовать на отношенія права семейнаго, на права вещныя, на обязательства. Савиньи, трактующа современное примѣненіе *римскаго* права, не касается здѣсь натурально еще ряда другихъ явленій, гдѣ, какъ въ системахъ права *германскаго*, договоръ тоже оказываетъ рѣшающее дѣйствіе на гражданскія правоотношенія. Таковы особенно договоры о наслѣдованіи (*Erbverträge*)²⁾.

„Въ области правоотношеній обязательственныхъ договоръ можетъ служить какъ для возникновенія, такъ и для разрѣшенія обязательствъ“.

Для понятія договора, *порождающаго* обязательство необходимы признаки суть слѣдующіе.

„Это есть *единеніе* многихъ въ согласномъ волеизъявленіи, силой коего между ними возникаетъ обязательство“.

И такъ, первое, договоръ, вопреки статьѣ 4-ой проекта, не есть только соглашеніе, а составляетъ, какъ всякая сдѣлка, *согласное волеизъявленіе*.

¹⁾ Das Obligationenrecht... § 52. Объ указанномъ здѣсь *общемъ* смыслѣ договора см. System III §§ 140, 141. Этому вопросу мы уже коснулись выше.

²⁾ Объ этомъ подробно говорятъ нынѣ не только германисты, но и пандектисты, напр., Регельсбергеръ. Дѣйствующее наше право ихъ не знаетъ. Проектъ именно устраняетъ ихъ и для послѣдующаго времени (ст. 23).

Второе. Для договора, для этой сдѣлки въ особенности, согласное волеизъявленіе должно дать въ результатѣ *единеніе*. Какой высокій и опредѣляющій все существо этого явленія смыслъ имѣетъ это *единеніе* волеизъявляющихъ сторонъ, — объ этомъ позже. Идемъ далѣе.

Третье. Договоръ, какъ сейчасъ показано, можетъ для области однихъ гражданскихъ правоотношеній рѣшающимъ образомъ вліять на весьма многія области цивильной системы. Онъ можетъ, какъ соглашеніе, или согласное волеизъявленіе, вліять на область отношеній права семейнаго (признаніе добрачнаго рожденія, узаконеніе, усыновленіе), на область вопросовъ наслѣдованія (нашъ проектъ это устранилъ), на область правоотношеній вещныхъ (такъ назыв. *dingliche Verträge* ¹⁾), наконецъ, на отношенія обязательственнаго типа.

О какихъ же правахъ трактуетъ процитованная выше статья проекта въ подчеркнутыхъ здѣсь словахъ „соглашеніе о приобрѣтеніи *какого-либо права*“? Какъ должна будетъ истолковывать себя практика это странное „опредѣленіе договора“ въ статьѣ 4-й, какъ договоръ вообще, или какъ обязательственный договоръ въ смыслѣ общаго основанія возникновенія, измѣненія, прекращенія не правъ вообще, а именно правъ по обязательствамъ, проще — *обязательственныхъ отношеній* различнаго рода?

Достаточно сопоставить указанные выше (ст. 4-ая проекта) блѣдныя, едва распознаваемые признаки договорнаго обязательства по нашему проекту 1899 съ свѣтлымъ анализомъ, съ выпуклыми чертами, которыми отличилъ почти пятьдесятъ лѣтъ назадъ Савиньи эту основную для всей системы обязательствъ юридическую фигуру отъ другихъ болѣе или менѣе ей родственныхъ, чтобъ опредѣлить цѣну этой работы для нашего времени! Идеи Савиньи съ тѣхъ поръ стали общимъ достояніемъ науки права на западѣ. Ей слѣдуютъ, съ тѣми или другими второстепенными измѣненіями, юристы самыхъ различныхъ направленій мыслей и школъ. Ее найдете у Виндшейда, Регельсбергера, у Огтона Гирке (*Deutsch. Pr. Recht*, стр. 284); за ними слѣдуетъ масса другихъ. Она, наконецъ, составляетъ нынѣ, послѣ перевода классической работы Савиньи, достояніе самыхъ обширныхъ круговъ русскихъ цивилистовъ.

¹⁾ Очень широко распространенное, особенно въ институтахъ вещныхъ новаго происхожденія, понятіе. Для римскаго права Ехпер и много другихъ цивилистовъ принимаютъ это понятіе для традиціи. Иначе фонъ-Вангеровъ. Наша древность не была чужда и договоровъ о наслѣдованіи, см. напр., А. Ю. № 260, I, новгородскія раздѣльныя, XV в; тоже Грамоты XIV и XV вв. — изслѣдов. Д. М. Мейчика, Москва, 1883 г. стр. 117, раздѣльная 2, см. конецъ.

И вотъ, именно въ этой основѣ всѣхъ построеній обязательственнаго права нашъ проектъ предлагаетъ вмѣсто простаго и яснаго ученія такую путаницу понятій и признаковъ, среди которой не легко ориентироваться читателю, даже совершенно готовому къ разумнѣю подобнаго рода проблемъ.

И такъ, анализъ Савиньи даетъ намъ для понятія обязательственнаго договора рядъ слѣдующихъ необходимыхъ признаковъ. Это есть а) единство, одиначества воли (*Vereinigung*, а не *Uebereinstimmung*, не соединеніе двухъ величинъ, а образованіе новой одной), b) въ согласномъ волеизъявленіи (*übereinstimmende Willenserklärung*), c) между нѣсколькими, d) о возникновеніи обязательства между ними.

То, что въ этомъ построеніи составляетъ наиболѣе видное и цѣнное для современной юриспруденціи приобрѣтеніе заключается въ признакъ *самостоятельности*, обособленности, которая имъ сообщается понятію обязательственнаго договора. Характеръ самостоятельности этой юридической фигуры заключается въ томъ, что изъ двухъ волеизъявленій, которыя лежатъ въ ея основѣ, образуется совершенно новое ничто, не составляющее только сумму этихъ двухъ волеизъявленій (два голоса), а именно какъ бы новое юридическое тѣло, *единство*, сочетание, *Vereinigung*, по счастливому выраженію Савиньи, *одиначество* по русской старинѣ, которое, разъ образовавшись, уже не зависитъ отъ воли или усмотрѣнія той или другой стороны, а существуетъ отдѣльно и самобытно, какъ особая юридическая потенція, съ которой право неразрывно связываетъ или на которой юридическій бытъ основываетъ формальную юридическую силу обязательственнаго отношенія.

Вотъ та живая сторона дѣла, которая совсѣмъ выскользнула изъ рукъ бездарной канцелярской обработки понятія договора въ статьѣ 4-ой разсматриваемаго проекта.

Юристы стараются сверхъ того отмѣтить, что волеизъявленіе нѣсколькихъ соучастниковъ только тогда способно дать основу обязательственному договору, когда волеизъявляющіе образуютъ двѣ разныя стороны одного отношенія (вѣритель и должникъ), а не когда эти нѣсколько соучаствуютъ въ волеизъявленіи съ одной только стороны, въ качествѣ свидѣтелей, замѣстителей, представителей и проч.

Германисты, натурально, склонны къ понятію договора прибавить признакъ, допустимый современнымъ правосознаніемъ, именно измѣненіе правоотношеній не только для самихъ соучастниковъ договора, но и для третьихъ (договоры въ пользу третьихъ).

Это видоизмѣненіе, которое мы увидимъ позже. Теперь-же мы остановимся на вопросѣ: необходимо ли въ самомъ дѣлѣ вводить въ составъ кодекса не только положенія чисто позитивнаго характера, юридическія нормы, но и научныя опредѣленія, каково понятіе договора, которое въ такомъ неудачномъ видѣ предлагаетъ намъ ст. 4-ая проекта?

На этотъ вопросъ мы находимъ въ цѣломъ рядѣ нѣмецкихъ кодификацій, начиная съ прошлаго вѣка (въ томъ числѣ и въ Прусск. Ландрехтѣ) и до кодекса 1896 г., отвѣтъ совершенно отрицательный. Дѣло, конечно, не въ томъ, чтобъ изъ состава этихъ кодексовъ нельзя было выработать понятія обязательственнаго договора. Наоборотъ, оно очень легко и просто вырабатывается путемъ самыхъ простыхъ логическихъ операцій. Но статьи закона опредѣляютъ конкретныя данныя, которыя даютъ основу отвлеченнаго понятія обязательственнаго договора, предоставляя научной юриспруденціи вырабатывать для ея цѣлей необходимыя ей абстрактныя построенія уже такъ сказать за свой страхъ, а не за страхъ законодателя.

Это путь, вполне соотвѣтствующій идеѣ закона и совершенно цѣлесообразный. Какимъ образомъ достигается эта цѣль,—для насъ конечно составляетъ вопросъ первостепенной важности, и мы въ подробности рассмотримъ его въ дальнѣйшемъ нашемъ изложеніи.

§ 7.

Ученіе объ обязательственномъ договорѣ (продолженіе).—Значеніе стипуляціи въ исторіи обработки нашихъ договорныхъ формъ.—I. Verborum solennitas въ латинскомъ ритуалѣ.—Наша promissio accepta.—II. Наличие сторонъ при вербальной обрядности.—Безобрядный консенсъ въ латинской и нашей договорно-обязательственной практикѣ.—Неудобства и ремедура противъ нихъ.—

Техническія трудности достиженія *единенія* между отсутствующими.

Мы выше показали, что для состава обязательственнаго договора необходимо *единеніе* волеизъявленій, одиначество, нѣчто замѣняющее, восполняющее собой простой обмѣнъ согласныхъ волеизъявленій, нѣкоторое юридическое *новообразованіе*, заступающее мѣсто этого обмѣна.

Эту смѣну простого соглашенія договаривающихся сторонъ *единеніемъ* ихъ волеизъявленій даетъ намъ простое абстрактное понятіе договора, какъ мы его выставили выше. Но для пракческаго обихода, для законодательныхъ задачъ много больше имѣетъ цѣны осязательное изображеніе этого *единенія*, въ формѣ

конкретной, свойственной практическимъ проблемамъ юриспруденціи (...leges quatenus manu tenere possunt).

Въ виду этого теперешніе юристы, и какъ увидимъ, современные законодательства избѣгаютъ ограничиваться въ постановкѣ основныхъ понятій абстрактными признаками (Begriffsjurisprudenz) и ищутъ замѣнить такіа абстракціи юридическими формулами, прямо обращенными къ практическимъ цѣлямъ.

Въ ученіи объ обязательственномъ договорѣ новое право пробило себѣ путь къ этой цѣли *не вполне самостоятельно*. Ни западно-европейское, ни наше юридическое преданіе не можетъ выставить настолько простой, типической и вмѣстѣ жизненной формы обязательственного договора, чтобы мы могли, принявъ такую конкретную форму за отправную точку, съ ея помощью разъяснить себѣ всѣ существенные элементы строенія договорно-обязательственного отношенія, сколько бы они затѣмъ ни осложнялись требованіями развитого обмѣна и соотвѣтственной ему развитой юридической техники. За то, однако, современная юриспруденція находитъ именно такую простую, типическую и вмѣстѣ вполне жизненную форму договорнаго обязательства въ образѣ вербальнаго контракта, латинской *стипуляціи*.

Юристы давно обратили вниманіе на ея особое свойство включать въ себѣ какъ бы въ зародышномъ состояніи основы всего широкаго развитія, котораго въ дальнѣйшемъ достигла латинская система договорно-обязательственныхъ формъ. Еще Куяцій указывалъ въ этомъ контрактъ *verbis pandectae omnium contractuum*. Въ наши дни Оттонъ Бэръ видитъ въ ней ту живую типическую форму абстрактной договорной сдѣлки, которая поможетъ *нашему сознанію раскрыть лежащія и въ основѣ нашихъ договоровъ абстракціи*. Но у насъ, прибавляетъ онъ, нѣтъ такого свѣтлаго построенія, которое, подобно алгебраической формулѣ, изображаетъ результаты, не разрушая элементовъ. Для насъ эта типическая форма договорной сдѣлки служила издавна и нынѣ служитъ средствомъ привести къ сознанію *то, что есть налицо* технически-юридическаго, чисто-формальнаго и въ нашихъ обязательственныхъ договорахъ, но что въ ихъ сложныхъ конструкціяхъ нерѣдко трудно различить безъ помощи сопоставленія съ другими построеніями, вполне жизненными и въ то же время болѣе простыми и типическими. Обрядностей самыхъ разнообразныхъ у насъ множество; но сила и смыслъ ихъ не есть ни столь общій, ни столь постоянный,

какой виденъ въ стипуляціонной обрядности ¹⁾. Стипуляціонная форма не была реципирована на Западѣ. Еще меньше она имѣетъ непосредственно-обязательнаго значенія для насъ. Но несомнѣнно, что съ ея помощью и западная наука и наша юриспруденція приводитъ скорѣе и легче къ сознанію юридическую природу явленій нашего очень сложнаго обязательственно - договорнаго обмѣна.

Въ виду этого, мы въ дальнѣйшемъ будемъ, насколько найдемъ это полезнымъ и удобнымъ, идти путемъ сопоставленія основъ конструкціи нашей договорно-обязательственной системы съ общими латинскими типическими формами.

I. Стипуляція въ томъ видѣ, какой даетъ намъ послѣдующая исторія Рима, представляетъ собою обрядъ устныхъ волеизъявленій, *verborum solennitas*, между присутствующими (наличными) сторонами, въ формѣ вопроса вѣрителя и конгругирующаго отвѣта должника (*verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione*. Гай III, 92) ²⁾, коимъ конституируется

¹⁾ Для эпохи предшествующей рецепціи западные историческіе памятники содержатъ много цѣнныхъ указаній на разнообразныя договорныя обрядности, безъ коихъ встарину нельзя было обходиться, но которыя, однако, послѣ рецепціи, не развивались далѣе на практикѣ или до крайности видоизмѣнили свой первоначальный составъ и юридическое значеніе. У насъ подобныхъ обрядностей, притомъ слабо освѣщенныхъ исторической наукой, тоже не мало въ старыхъ памятникахъ; но все съ тѣмъ же непостоянствомъ въ процессѣ развитія, какъ и на Западѣ. Для первоначальной эпохи образованія договорныхъ формъ вопросъ объ *обязательности договора* освѣщается особой обстановкой его совершенія, на которой лежитъ обыкновенно нѣкоторая религіозная окраска. Въ правѣ греческомъ, старо-латинскомъ и германскомъ договорное обязательство ограждается не свѣтскимъ судомъ, а религіознымъ прещеніемъ, ибо и *verborum solennitas* и иные обряды сопровождаются священнодѣйствіями (*σπονδή*, *sponsio*, *Weinspende*, *Litkauf*), при чемъ, вмѣстѣ съ призываніемъ боговъ, совершалось изліяніе вина, символически обозначавшее пролитіе крови, которое угрожало первому нарушителю единенія. Leist, *Graeco-italische Rechtsgesch.* (Исторія *реального* контракта нехитрая иная). Послѣдующая эволюція отрѣшаетъ формально-обязательную силу обрядныхъ рѣчей стипуляціи (*Spondes—ne? Spondeo*) отъ всей этой старинной ритуально-религіозной обстановки, и отсюда идетъ широкое и свободное развитіе чистаго вербальнаго контракта. Наши историки, какъ и германисты, отмѣчаютъ признаки тѣхъ же явленій въ нашей старинѣ. „Религіозно-символическій характеръ нѣкоторыхъ договорныхъ обрядовъ, возникшихъ еще въ пору *общественныхъ рядовъ*, виденъ изъ ихъ наименованій: „богомолье“, „литки“, „Zavdavki“ (питье), указывающихъ на употребленіе въ старое время при рядахъ „религіозно-жертвенныхъ возліаній“ (см. особ. Леонтовича „Старый земскій обычай“. Одесса. 1889 г., стр. 61 и друг., гдѣ обиліе очень цѣнныхъ литературныхъ указаній). Но у насъ, какъ и въ Германіи, отрѣшенная отъ указанныхъ обрядностей смлва, сгода, пословица (тамъ-же) далеко не даетъ того широкаго и могучаго примѣненія слова, обряда рѣчей на службу обязательственнаго договора, какое видимъ въ исторіи стипуляціи.—Есть и въ нашей старой письменности образцы религіознаго прещенія (проклятіе) противъ нарушителя гражданской сдѣлки, Мейчика—Грамоты XIV и XV вв., стр. 91.

²⁾ Эта очень характерная форма обрядныхъ рѣчей, вопроса и отвѣта, между присутствующими составляла неизрѣшимый реквизитъ стипуляціи до императора Льва (472), когда стали признавать силу стипуляціи при любомъ

строгое исковое обязательство для должника выполнить договоренное дѣйствіе, какого бы оно ни было содержанія (*dare facere*).

Этому единенію предшествуютъ переговоры, коими опредѣляется основаніе, цѣль, содержаніе соглашенія; но вся эта предшествующая стадія совершенно *консумирована* формой вопроса стипулятора (*centum mihi dare spondes?*) и отвѣта промиссара (*spondeo*). Отвѣтъ имѣетъ послѣдовать *in continenti*. И не предшествующимъ соглашеніемъ, а именно *этимъ единеніемъ* въ формѣ обрядныхъ рѣчей устанавливается юридическая сила вербальнаго контракта.

Мы имѣемъ, такимъ образомъ, для римскаго обихода форму вопроса со стороны вѣрителя, отвѣта со стороны должника, обмѣномъ коихъ достигается цѣль установленія обязательственнаго договора. Это то же, что наша оферта, предложеніе, и акцептъ, принятіе; существенное различіе, однако, въ томъ, что въ нашемъ правѣ формулировка предложенія или вопроса вовсе не связана силой юридической обрядности съ ролью вѣрителя, и принятіе его, или отвѣтъ, съ ролью должника.

Наша практика допускаетъ это взаимодѣйствіе вопроса и отвѣта, предложенія и спроса, для установленія обязательства какъ съ той, такъ и съ другой стороны. У насъ это именно ближе къ исполнѣ матеріальному отношенію *предложенія и спроса*, какимъ является ихъ обмѣнъ *въ смыслъ рыночномъ*, а не технически - юридическомъ. Предлагающимъ, оферентомъ можетъ быть и должникъ и вѣритель, и тоже въ обратномъ смыслѣ для роли акцептанта, т.-е. для принятія оферты ¹⁾.

устномъ обмѣнѣ волеизъявленій *quibuscunque verbis*, и въ этомъ уже значительно выродившемся видѣ стипуляція осталась въ силѣ въ эпоху Юстиніана. Не смотря на обычай удостовѣрять документально (*cautio*) вербальный контрактъ, онъ остался и въ эпоху Юстиніана контрактомъ *verbis* съ нормальнымъ обмѣномъ вопроса и отвѣта, какъ *jus commune*, на ряду съ коимъ, какъ *jus singulare*, развился для отдѣльныхъ случаевъ (особ. для *dictio dotis*) другой видъ вербальнаго договора, безъ обмѣна вопроса и отвѣта, *uno loquente*.

¹⁾ Въ виду этого, Siegel сближаетъ наше *Versprechen*, *Antrag* (обѣщаніе, предложеніе) и *Annahme* (принятіе) съ экономическимъ смысломъ понятій предложенія и спроса, см. короткий, но очень удачный германистскій его этюдъ, озаглавленный *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht*. Berlin, 1873. *Code civ.* въ art. 1108, выставляетъ, подобно латинской стипуляціи, *le consentement de la partie qui s'oblige*, въ качествѣ формальнаго (въ числѣ четырехъ) реквизита образованія договора (*convention*). Три остальные реквизита суть: 1) дѣеспособность сторонъ (объ ней мы говорили выше въ общемъ ученіи о юридической сдѣлкѣ, и здѣсь къ этому реквизиту не вернемся болѣе), 2) опредѣленный объектъ, составляющій содержаніе обязательства (объ этомъ будемъ имѣть случай сказать позже), 3) дозволенная основа или цѣль обязательства (объ этомъ отчасти была рѣчь въ ученіи объ юридической сдѣлкѣ выше, отчасти будетъ еще впереди). Если заимствовать по оче-

Во всякомъ случаѣ, непремѣнное требованіе строго и точно поставленной офферты, на которую имѣть, для установленія обязательственнаго договора, послѣдовать конгруирующій отвѣтъ, составляетъ завѣтъ латинской формы вербальнаго контракта, принятый и разработанный въ духѣ времени современной юриспруденціи, какъ основа нашего обязательственнаго договора.

Цѣлый рядъ нѣмецкихъ кодексовъ, начиная съ прошлаго вѣка и кончая Гражданскимъ Уложеніемъ 1896 г., совершенно отказывается, не за скудостью научныхъ ресурсовъ, конечно, отъ абстрактныхъ понятій и опредѣленій договора, подобно art. 1101 С. с. и нашей ст. 4, и ограничивается *указаніемъ составныхъ элементовъ*, изъ коихъ слагается договоръ вообще и обязательственный договоръ въ особенности. Эти оба главные элемента суть именно *объщаніе и его принятіе*, такъ что въ старыхъ кодексахъ въ составъ понятія необходимо вводились эти два совершенно осязательные въ смыслѣ юридической техники момента, *promissio accepta, das angenommene Versprechen*¹⁾. Уложеніе 1896 года вводитъ общее ученіе о договорѣ въ составъ *Общей части*²⁾, при чемъ абстрактное опредѣленіе договора оставлено совершенно въ сторонѣ. Если при этомъ, однако, потребовалась научная обработка чисто практически конципированныхъ положеній о договорѣ, то составъ понятія приближался бы къ старинному нѣмецкому „*das angenommene Versprechen*“, а не къ странной формулѣ ст. 4 нашего проекта³⁾.

II. Форма вербальнаго латинскаго контракта предполагаетъ необходимо въ составѣ своего ритуала *наличность сторонъ*,

реди статьи, то изъ французскаго, то изъ нѣмецкаго кодекса въ нашъ проектъ, то намъ кажется, было бы цѣлесообразнѣе поставить въ рядъ статей общаго содержанія скорѣе эту 1108 С. сив., чѣмъ 1102, которую передаетъ ст. 5 проекта. Было бы вполнѣ правильно совсѣмъ забыть понятіе *односторонняго договора* и замѣнить его болѣе грамотнымъ *одностороннимъ обязательствомъ*.

¹⁾ Zeiler, natürl. Pr. recht. (das angenommene Versprechen ist ein Vertrag, ср. австр. кодексъ; тоже для баварскаго кодекса, для прусскаго ланд-рехта). Эти и другія обширныя литературныя указанія у Siegel'я, см. выше, стр. 5 и 6, примѣч. Le contrat n'est parfait que par l'acceptation de l'offre. Lyon-Caen, Traité, III, 25.

²⁾ Эту общую часть въ нашемъ проектѣ можно назвать самой стыдливой частью проекта. Она какъ-то сама покуда ничего не обнаруживаетъ, и если что изъ ея нормальнаго состава можно угадывать уже теперь, то это все видно пока въ составѣ *Особенной части*.

³⁾ Общая формула „соглашеніе о приобрѣтеніи *какого-либо права*“, конечно, больше подходитъ къ *Общей части*, къ договору вообще, чѣмъ къ раздѣлу *обязательственнаго договора*. Путаница на каждомъ шагѣ. Не беремся уяснить, зачѣмъ все это нужно; но несомнѣнно, что нѣмецкая метода скорѣе привела бы насъ къ праву обязательственному *общему* для всей имперіи, чѣмъ эта своеобразная система, которая, конечно, навсегда останется *партикулярной*. О договорѣ у насъ работа Нечаева (Теорія договора. Юрид. Вѣстн. за 88-й г.).

обмѣнивающихся вопросомъ и отвѣтомъ. Уже сама латинская практика, однако, вышла изъ этого стѣснительнаго условія, локализирующаго обязательство, и съ развитіемъ системы *консенсуальныхъ* контрактовъ въ особенности, открыла возможность вступленія и *для отсутствующихъ* въ договорныя обязательственныя отношенія. Обрядность волеизъявленій доведена въ латинской системѣ консенсуальныхъ контрактовъ до минимума.

Въ этомъ смыслѣ, въ смыслѣ безобрядности установленія, наша теперешняя договорная система въ цѣломъ несравненно ближе къ эпохѣ развитія контрактовъ консензуальныхъ, чѣмъ къ обрядному формализму старой стипуляціи.

Мы заключаемъ наши договоры, за немногими исключеніями, именно указанными закономъ, самымъ свободнымъ образомъ. „Порядокъ составленія и совершенія письменныхъ договоровъ и обязательствъ опредѣляется закономъ; порядокъ же заключенія словесныхъ договоровъ состоитъ въ полной волѣ договаривающихся лицъ, *лишь бы оныя утверждались на непринужденномъ произволѣ и взаимномъ согласіи* и не содержали въ себѣ ничего законамъ противнаго (т. X, ч. I, ст. 571) ¹⁾).

Такимъ образомъ, наши контракты въ общемъ смыслѣ, за извѣстными изъятіями ²⁾, суть консензуальные и безобрядные.

Нѣтъ сомнѣнія, что эта свобода, близость къ матеріальнымъ, экономическимъ основамъ обмѣна, представляетъ въ нашей системѣ договорно-обязательственныхъ отношеній свои выгодныя стороны. Но на ряду съ этимъ такая безобрядность вымещаетъ себя несовершенствомъ нашей юридической техники, отсутствіемъ осязательности нашихъ договорныхъ сдѣлокъ и побуждаетъ и насъ идти отъ этой матеріальной основы тоже къ охранительнымъ формамъ и примиряться съ *специфическими требованіями техники* договорныхъ сдѣлокъ, безъ которой совершенно затерялась бы ихъ юридическая извѣстность.

Мы отмѣтили пока одно существенное отступленіе латинскаго консензуальнаго контракта и нашего теперешняго безобряднаго договора отъ формализма стипуляціи, это именно возможность договора *между отсутствующими*. Связанный съ этимъ интересъ расширенія обмѣна совершенно очевиденъ. Но совершенно также ясны и новыя трудности, съ которыми связано, въ этихъ усло-

¹⁾ См. еще примѣч. къ этой статьѣ и стт. 1529 и 1531 тамъ-же.

²⁾ Особо стоитъ группа реальныхъ договоровъ, основа которыхъ есть та же что и въ латинской системѣ (*re contrahitur obligatio*). Есть мнѣнія въ пользу консензуальнаго характера и этой группы въ теперешнемъ ихъ построеніи. Въ разработкѣ контрверзы участвовали Brinz, Demelius, Unger. Обзорѣніе литературы у Eisele Zeitschr. f. Schw. Recht. Neue Folge 3.

віяхъ, *достиженіе* согласія волеизъявленій и *единенія*, одиначества воли контрагентовъ.

При устномъ обмѣнѣ вопроса и отвѣта между присутствующими предшествующіе переговоры и заключительная обрядность связаны тѣсно, и единеніе, не смотря на реквизиы обряда, вырабатывается легко и естественно.

Совсѣмъ иначе ставится задача въ случаяхъ договора между отсутствующими.

Вопросъ и отвѣтъ слѣдуютъ въ стипуляціонной обрядности *in continenti* одинъ за другимъ. Такъ ли происходитъ обмѣнъ предложенія, офферты, и принятія, акцепта, между отсутствующими?

Нѣтъ никакого сомнѣнія, что оба встрѣчныя волеизъявленія раздѣлены друга отъ друга не только мѣстомъ, но и временемъ. А это совершенно иначе ставитъ всю задачу постановки ихъ въ извѣстную связь, сочетанія ихъ, объединенія воли, какъ необходимаго состава договорнаго обязательства.

Достигнуть этой цѣли простымъ указаніемъ статьи 571 здѣсь, конечно, невозможно.

Западно-европейская юридическая литература и каутеларная и законодательная практика выработали для этой цѣли особую технику, которая и составляетъ основу практическаго ученія объ обязательственномъ договорѣ въ его современномъ развитіи и примѣненіи.

§ 8.

Обязательственный договоръ (продолженіе). — Связанность оферента, независимая отъ акцепта. — Разработка понятія оферты въ современномъ правѣ. — А) Внутренняя сторона вопроса. — 1) Предварительныя сношенія. — Устойчивость и опредѣленность оферты. — Консумирующее дѣйствіе оферты. — 2) Единеніе при наличности — 3) и между отсутствующими контрагентами. — Обязательность оферты для оферента. — Выжидательное состояніе въ Нѣм. Улож. и нашемъ проектѣ. — 4) Акцептъ. — Разныя теоретическія попытки легчайшаго образованія *одиначества*.

III. Латинская стипуляція, въ виду тѣснаго прикосновенія вопроса и отвѣта въ ея ритуалѣ, не возбуждала у юристовъ интереса къ вопросу, насколько *оферта*, разъ выраженная одной стороной, *связываетъ* ее, независимо отъ послѣдующаго акцепта, и какое время должно длиться это состояніе связанности оферента, пока акцептантъ дастъ свой рѣшающій для состава договорной сдѣлки отвѣтъ.

Съ этой проблемой связанъ еще цѣлый рядъ вопросовъ, ко-

торыхъ вовсе не могла возбудить, которымъ, лучше сказать, вовсе не давала мѣста строгая обрядность латинскаго вербальнаго контракта, и которые очень осложняютъ ученіе современнаго безобряднаго обязательственнаго договора. Мы увидимъ эти осложненія въ послѣдствіи.

Впередъ надо поставить основную задачу юридической разработки понятія оферты въ составѣ современнаго обязательственнаго договора. При этомъ ученіе объ образованіи договорно-обязательственной, какъ и всякой другой, сдѣлки легко расчленяется на два вопроса:

А) вопросъ о внутренней сторонѣ дѣла, о юридической техники, съ помощью которой достигается *единеніе* волеизъявленій въ составѣ договора и

В) вопросъ о внѣшней сторонѣ или объ обрядности совершенія договора.

Натурально оба эти вопроса являются въ практикѣ (латинская стипуляція, нашъ вексель) весьма часто неразрывно связанными. Не менѣе того анализъ той и другой стороны дѣла очень важенъ для общихъ цѣлей.

А) Техническая задача достигнуть главнѣйшей цѣли договорной сдѣлки, единенія воли, при томъ возможно легко, составляетъ одну изъ любимыхъ проблемъ цивилистики нашего времени, въ Германіи въ особенности.

Наибольшія заслуги въ этомъ дѣлѣ принадлежатъ нынѣ Регельсбергеру, Кёппену, Шотту, Марсону ¹⁾. Основанныя на этихъ трудахъ въ особенности положеніе новаго нѣмецкаго уложенія (§ 145 — 157 въ составѣ общей части), заслуживаютъ самого тщательнаго изученія ²⁾.

¹⁾ Подробныя указанія этихъ работъ см. въ общихъ пандектныхъ курсахъ. У французовъ для договоровъ между отсутствующими новое соч. Valéry, Contrats par correspondance, прежнее очень солидное Arthur Girault, Traité des contrats par correspondance. У французовъ вопросъ особенно разрабатывался въ виду торговыхъ сдѣлокъ. По сему подробныя указанія (общія у Laurent XV т.), особенно для торгов. права у Lyon-Caen Traité III 8—46. По русски Евецкій и общія руководства по торгов. праву.

²⁾ Стт. 6—20 Проекта въ томъ, что онѣ составляютъ цѣннаго, списаны съ Нѣм. Улож., къ сожалѣнію, не безъ перестановокъ въ порядкѣ изложенія (впередъ поставлена ст. 154 Нѣм. Улож., ср. ст. 6 проекта, хотя эта статья Уложенія переходитъ отъ главной задачи *образованія единенія въ составъ договора* къ другой задачѣ, истолкованія воли, и въ виду этого тѣсно связана съ статьей 155 Нѣм. Проекта; эта связь у насъ нарушена) и особенно не безъ „улучшеній“. Вѣроятно, чтобы мотивировать такія улучшенія, подъ указанными статьями Проекта помѣщаются безконечныя ссылки, частью неимѣющія никакого отношенія къ дѣлу, частью же не интересныя для *русской* кодификаціонной, или вѣрнѣе, компиляціонной работы. Привести указанія на дрезденскій, баварскій и иныя проекты, послѣ того какъ они уже приведены въ мотивахъ къ Нѣм. Уложенію, дѣло вовсе не хитрое, но несомнѣнно для насъ не имѣющее вовсе того смысла, какой оно имѣло для составителей кодекса

1. Чтобъ существовала *оферта* въ техническомъ, юридическомъ, а не общемъ экономическомъ, рыночномъ, смыслѣ, для этого недостаточно общаго обращенія оферента къ неопредѣленному кругу лицъ, которому оферентъ предлагаетъ услуги, товаръ, съ указаніемъ условій, заработной платы, цѣны и т. под. Такія общія обращенія, въ видѣ циркуляровъ, проспектовъ, афишъ, прейсъ-курантовъ, даже писемъ съ опредѣленнымъ адрессомъ имѣютъ свой смыслъ въ задачахъ обмѣна и фиксирования его условій, но это не то понятіе предложенія, оферты, *Antrag*'а, которое служитъ *основой* послѣдующаго соглашенія контрагентовъ ¹⁾.

Нормальнымъ образомъ юридической формулировкѣ оферты предшествуютъ не только такія общія обращенія, но и особыя, между данными заинтересованными лицами, сношенія. Это образуетъ иногда очень сложную операцію, требующую болѣе или менѣе обширныхъ письменныхъ проектовъ, смѣтъ, замѣтокъ по данному дѣлу. Но и это все будетъ для понятія оферты, въ юридическомъ смыслѣ, служить только подготовительной стадіей сношеній, ничего для состава оферты обязательно не предрѣшающей.

Собственно оферту въ точномъ юридическомъ смыслѣ, какъ основу договорно-обязательственнаго единенія, мы будемъ имѣть въ предложеніи такъ формулированномъ, что простой актъ пріятія со стороны облата, дестинатара оферты (лица, коему сдѣлано предложеніе) даетъ вполне опредѣленное въ юридическомъ смыслѣ содержаніе договорнаго обязательства.

Чѣмъ ближе въ этомъ смыслѣ мы подойдемъ къ нормальной формулѣ *стипуляціи*, тѣмъ больше устойчивости и юридической опредѣленности, прецизности будетъ имѣть эта основа договор-

общаго права въ Германіи, гдѣ несомнѣнно было полезно сосчитаться съ бракованными проектами разномѣстныхъ кодификацій. Въ наши Объясненія это вноситъ ненужную путаницу и осложненія. Самый текстъ нашихъ статей выигралъ бы много въ простотѣ, еслибы составлялъ точное воспроизведеніе Нѣмецк. Уложенія 96-го года, безъ перетасовокъ статей, а главное — безъ „улучшеній“.

¹⁾ *Franken Lehrb. d. deutsch. Pr. R. стр. 132; Lyon-Caen III 15.* Вопросъ объ обязательности для предлагающаго цѣнъ, показанныхъ въ такихъ общихъ обращеніяхъ, весьма сложный и далеко не безспорный. Общія условія договорныхъ сдѣлокъ извѣстнаго рода могутъ составлять предметъ особыхъ предварительныхъ соглашеній или *между тѣми же лицами*, которыя позже будутъ вступать въ конкретныя сдѣлки по заранее выработанному обязательному плану (*pacta de cambiando, de mutuo contrahendo, de emendo vendendo*), или могутъ вырабатываться *въ интересахъ неопредѣленнаго круга лицъ*, публики, черезъ посредство извѣстныхъ публичныхъ органовъ такихъ интересовъ (*services publics*). Последнее имѣетъ мѣсто обыкновенно при концессіяхъ тѣхъ или другихъ службъ предпринимателямъ, для эксплуатаціи путей, сухопутныхъ, водяныхъ, желѣзнодорожныхъ, пароходныхъ, почтовыхъ, телеграфныхъ, телефонныхъ и иныхъ средствъ сношенія. Этихъ вопросовъ мы будемъ имѣть случай коснуться частью впослѣдствіи.

наго обязательства (Нѣм. Улож. ст. 150, 2-й абз., ст. 11 Проекта).

Мнѣніе это далеко не всѣми раздѣляется и практика допускаетъ тѣ или другія отступленія отъ этой строгой формулы, но нѣтъ сомнѣній, всегда на счетъ солидности и опредѣленности юридической концепціи оферты.

Все что предшествуетъ офертѣ должно быть *консумировано* въ ея заключительной формулѣ. Эта консумція, подобная консумціи процессуальной, очень облегчаетъ пониманіе состава договорнаго обязательства.

Нѣм. Улож. 96 года ожидаетъ отъ предварительныхъ переговоровъ соглашенія *по всѣмъ пунктамъ* послѣдующей оферты и договора; причемъ соглашеніе по отдѣльнымъ пунктамъ, хотя бы письменно формулированное, ничего не измѣняетъ въ этомъ требованіи соглашенія *общаго* для состава договора (ст. 154).

При этомъ, натурально, ничто не мѣшаетъ формулировать оферту съ необходимой для ея юридическаго эффекта опредѣленностью, но альтернативно, элективно, на выборъ акцептанта (о чемъ позже), или условно, образцы чего въ обиліи даютъ намъ латинскія формулы стипуляціи.

Нашъ проектъ, слѣдуя въ лучшихъ своихъ положеніяхъ нѣмецкимъ образцамъ, не связываетъ необходимо, со всякимъ отступленіемъ отъ этихъ требованій точности и солидности, недѣйствительности сдѣлки, но, какъ увидимъ дальше, связываетъ съ несоблюденіемъ этихъ требованій большія неудобства и эвентуальную отвѣтственность за убытки, которые могутъ послѣдовать въ результатѣ для небрежной стороны.

2. Разъ есть на лицо оферта въ указанномъ смыслѣ, какъ возникновеніе договора, для присутствующихъ контрагентовъ, представляется дѣломъ совершенно простымъ, какъ при латинскомъ вербальномъ контрактѣ.

Современное право сопоставляетъ съ этой наличностью сторонъ обмѣнъ волеизъявленія посредствомъ телефона. Въ юридическомъ смыслѣ это тоже, что волеизъявленіе сторонъ устное. Наоборотъ, обмѣнъ волеизъявленій посредствомъ телеграфа сопоставляется съ договоромъ между отсутствующими, какъ при сношеніяхъ посредствомъ письма (въ предположеніи, что сданная депеша подписана стороною, отъ которой идетъ волеизъявленіе) ¹⁾.

3. Трудность вопроса объ образованіи единенія и возникно-

¹⁾ Ср. Бэръ *Gegenentwurf* стт. 92. Нѣм. Улож. ст. 147 вач. Проекта ст. 7 и 8. По русски есть по этому предмету соч. Каткова, *Заключеніе договоровъ при посредствѣ электричества* (Журн. Юр. Общ. 1896 г.).

веніи договора и необходимость точной выработки руководящих нормъ начинается тамъ, гдѣ обмѣнъ волеизъявленій происходитъ между отсутствующими.

Здѣсь именно современная литература и законодательство даютъ рядъ попытокъ побѣдить такъ сказать разстояніе и установить для волеизъявленія между отсутствующими тотъ же характеръ юридической опредѣленности, какой имѣютъ эти волеизъявленія при устномъ ихъ обмѣнѣ между присутствующими.

Относительная трудность разработки вопроса здѣсь та же, что въ процессѣ, гдѣ, при длительности состязанія и спорнаго состоянія даннаго правоотношенія, искусственно достигаютъ тѣхъ цѣлей, которыя достигались бы совершенно просто при разрѣшеніи спорнаго вопроса немедленно, безостановочномъ послѣ его возникновенія.

И такъ, мы предполагаемъ, что оферта, въ указанномъ формальномъ смыслѣ, есть налицо.

Этого мало для единенія. Для единенія необходимо принятіе, акцептація оферты. Недостаточно одной формальной способности предложенія быть акцептированнымъ. Надо, чтобъ оферта, изъ акта воли совершенно свободнаго, подлежащаго отмѣнѣ по усмотрѣнію, превратилась въ нѣчто въ юридическомъ смыслѣ болѣе или менѣе устойчивое.

Чтобы этого достигнуть, при условіи разобщенія сторонъ въ смыслѣ пространства, необходимо допустить: а) нѣкоторую степень обязательности волеизъявленій для оферента, независимо отъ послѣдовавшаго акцепта, б) возможность привлеченія оферента къ отвѣтственности за произвольный и убыточный для противной стороны отказъ отъ оферты ¹⁾, в) наконецъ въ высшей степени важно, для цѣлаго ряда вопросовъ обязательно-договорнаго характера, съ возможной прецизностью, установить моментъ возникшаго договорнаго единенія и основаннаго на немъ обязательственнаго отношенія.

Около этихъ вопросовъ и вращаются главнымъ образомъ проблемы современной цивилистики и практической юриспруденціи.

Съ этого начинается Нѣм. Улож. 96 г. свои опредѣленія о силѣ оферты: кто предлагаетъ другому заключеніе договора, тотъ *связываетъ себя* этимъ предложеніемъ, развѣ бы онъ именно оговорилъ необязательность его для себя (145; напрасно это положеніе опущено нашимъ проектомъ; это одинъ изъ образцовъ нашихъ „улучшеній“). Если въ этомъ положеніи и не все доска-

¹⁾ Das negative Vertragsinteresse, отрицательный интересъ заключенія договора, culpa in contrahendo, о чемъ позже.

зано, то все же оно прекрасно характеризуетъ понятіе оферты какъ экспектативнаго предшествующаго образованію договора волеизъявленія.

Строеніе выжидательнаго волеизъявленія несомнѣнно рассчитано на увѣренность, которую оферта должна поселить въ дестинатаріи оферты, при условіи его отсутствія, подобномъ увѣренности наличной стороны, которая непосредственно выслушала и восприняла устное предложеніе оферента (*stipulator*). Дальше этого нѣтъ надобности усиливать связанное состояніе оферента.

Итакъ, еслибы раньше, чѣмъ до отсутствующаго дестинатарія дошла оферта, или одновременно съ ея сообщеніемъ ему, акцептантъ былъ увѣдомленъ, что оферта отмѣнена или не можетъ быть выполнена, то никакихъ юридическихъ послѣдствій подобное своевременно парализованное покушеніе контрагировать имѣть не будетъ (ст. 146 Нѣм. Улож. и 9 проекта) ¹⁾.

Связующее въ извѣстной степени дѣйствіе оферты для оферента есть, какъ сказано, выжидательное. Чтобы дать этой выжидательности юридическую опредѣленность, современная практика и легальныя нормы предоставляютъ оференту установить срокъ, до котораго онъ считаетъ себя связаннымъ, или руководиться общепринятымъ для обмѣна волеизъявленій извѣстнаго рода (обычнымъ) терминомъ.

Если въ такіе сроки акцепта со стороны отсутствующаго не послѣдовало, то обязательность оферты для оферента угасаетъ и она уже не подлежитъ акцепту (Нѣм. Улож. ст. 147 и 148; Проектъ ст. 7 и 8 заключаетъ въ себѣ очень опасныя „улучшенія“. Несомнѣнно было бы вѣрнѣе сохранить точный текстъ указанн. статей Нѣм. Уложенія) ²⁾.

Цѣль, на которую рассчитано выжидательное состояніе волеизъявленія оферента не есть, конечно, эта отрицательная (миновалъ срокъ акцепта, возникъ вопросъ объ отвѣтственности за убыточный для акцептанта отказъ, *das negative Vertragsinteresse*), а именно положительная, вступленіе въ договорно-обязательственное единеніе.

Въ этомъ состояніи, временно связанномъ волеизъявленіемъ, оферентъ находится до послѣдовавшаго акцепта.

4. *Вопросъ объ акцептѣ* ³⁾ требуетъ тщательной разработки

¹⁾ Тутъ нѣтъ „улучшеній“, но ст. 9-ая выражена какимъ-то лубочнымъ языкомъ.

²⁾ Объясненія I стр. 34—48 неубѣдительно въ этомъ отношеніи.

³⁾ Lyon Caen, *Traité* III, 16.

какъ и понятіе оферты, тоже въ особенности для случаевъ обмѣна волеизъявленій между отсутствующими.

Для того сочетанія воли, которое такъ просто и естественно происходитъ при наличности сторонъ, требованія, при разномѣстномъ нахожденіи контрагентовъ, очень, конечно, осложняются.

Желаніе дать ту же законченность такому сочетанію волеизъявленій отсутствующихъ привело новыхъ юристовъ къ требованію, и при этихъ условіяхъ, наличности тѣхъ же реквизитовъ, которые нужны были для совершенія контракта *verbis*. И такъ, необходимо не только, чтобы оферта дошла до ея дестинатара, не только, чтобы дестинатаръ ее принялъ, но сверхъ того необходимо, чтобы о послѣдовавшемъ акцептѣ былъ поставленъ въ извѣстность оферентъ. Буквально тоже, что и при стипуляціонномъ обрядѣ *ex interrogatione et responsione*.

Это ученіе давало, однако, въ его примѣненіи къ отсутствующимъ, такія замедленія и трудности, что въ доктринѣ и практикѣ оказались необходимыми многочисленныя отступленія, которыя отодвинули на задній планъ всю эту тяжелую конструкцию.

Начать съ того, что эта такъ называемая *Vernehmungstheorie*, *doctrine de l'information*, требующая именно такого же освѣдомленія оферента о принятіи оферты, какое имѣетъ мѣсто при стипуляціи, подверглась нѣкоторому формализированью, нѣкоторой технической переработкѣ. Это въ томъ смыслѣ, что для освѣдомленности оферента перестали считать существеннымъ *настоящее воспріятіе* имъ отвѣта объ акцептѣ, что собственно и означаетъ нѣмецкое *Vernehmung*. Достаточно, если къ оференту дошла ожидаемая вѣсть, и вовсе нѣтъ нужды, чтобы онъ фактически въ ней удостовѣрялся. Это будетъ собственно уже не *Vernehmung*, не воспріятіе, а *Empfang*, въ смыслѣ полученія оферентомъ возможности объективной освѣдомиться объ акцептѣ, хотя бы оферентъ этой возможностью фактически и не воспользовался, т.-е. не воспринялъ бы отвѣта на дѣлѣ. Я выслалъ своевременно мой отвѣтъ, онъ пришелъ къ адрессату, адрессатъ отсутствовалъ и не принялъ мѣръ къ поддержкѣ сношеній. Пусть это фактическое обстоятельство будетъ доказано, по ученію такъ назыв. *Empfangstheorie*, это не мѣшаетъ состояться договору, это не препятствуетъ его совершенію, перфекціи ¹⁾. Оферентъ дѣйствительно

¹⁾ Hasenöhl § 51 Der perfecte Vertrag, гдѣ обширныя литературныя указанія.

не зналъ объ акцептѣ, но это его дѣло; онъ могъ узнать и въ своихъ интересахъ обязанъ былъ это сдѣлать. Для юридическихъ послѣдствій такія фактическія различія не существуютъ вовсе.

Но нѣтъ сомнѣнія, что и этотъ объективный реквизитъ *формально дошедшаго* до оферента *акцепта* далеко не всегда составляетъ необходимое условіе перфекціи договора, окончательно состоявшагося одиначества.

И такъ, оферентъ можетъ, въ увѣренности, что его оферта есть вполне подходящая (пусть этого рода сдѣлки совершаются между тѣми же лицами далеко не въ первый разъ), заранее, въ составѣ самой оферты, избавить адрессата отъ необходимости увѣдомленія объ акцептѣ. Признакомъ такого же акцепта могутъ служить и другія дѣйствія адрессата, независимыя отъ увѣдомленія, напр. принятіе высланной въ счетъ заказа денежной суммы, минованіе при этомъ срока, когда, по свойству дѣла или по принятому въ сношеніяхъ этого рода обычаю, могъ послѣдовать отказъ (Нѣм. Улож. ст. 151 и 12 проекта). Совершенно достаточнымъ знаменіемъ акцепта можетъ служить, тоже независимо отъ увѣдомленія, приступъ акцептанта къ выполненію принятаго имъ на себя дѣйствія (Проектъ 12).

Въ такихъ условіяхъ современная практика и господствующая доктрина не ставятъ непремѣннаго требованія увѣдомленія со стороны акцептанта въ томъ или другомъ смыслѣ (*Vernehmungs* или *Empfangs-theorie*), а довольствуются, примѣнительно къ случаю, наличностью тѣхъ или другихъ признаковъ волеизъявленія (явно или молчаливо-выраженнаго) акцептанта, и это составляетъ основу такъ-называемой *Aeusserungs-theorie*.

Надлежитъ замѣтить, что въ практикѣ спорнымъ является нерѣдко вопросъ не о наличности акцепта, въ чемъ оферентъ вовсе не выражаетъ сомнѣнія, а о *времени*, когда состоялся акцептъ. Для такихъ случаевъ наличность единенія, моментъ перфекціи договора, по указаннымъ выше положеніямъ, связанъ съ этими признаками волеизъявленія (*Aeusserung, Willensaeusserung*), а не съ особымъ актомъ увѣдомленія оферента.

Вопросъ о срокѣ состоявшагося договора можетъ имѣть важное юридическое значеніе не только въ этихъ исключительныхъ случаяхъ, но и въ случаяхъ, гдѣ нужно увѣдомленіе объ акцептѣ. Нѣмецкій кодексъ предусматриваетъ возможность промедленія въ доставкѣ отвѣта, независимо отъ воли акцептанта, и обязываетъ оферента, для установленія точной даты промедленія, въ его интересахъ, конечно, тотчасъ увѣдомить объ этомъ акцептанта.

Иначе отвѣтъ предполагается пришедшимъ во время (ст. 149) ¹⁾. И если предложеніе было срочнымъ, то принятіе его будетъ дѣйствительнымъ, не просроченнымъ (ст. 148), каковымъ оно оказалось бы при своевременно оговоренной офферентомъ просрочкѣ (ст. 149 Нѣм. Улож., 1-ый абз.).

Акцептъ, какъ мы утверждали выше, есть только тогда акцептъ въ настоящемъ смыслѣ слова, когда онъ составляетъ, подобно обмѣну рѣчей въ стипуляціи, вполне конгруирующий вопросу утвердительный отвѣтъ.

Если акцептъ такъ или иначе *видоизмѣняетъ* офферту, то онъ перестаетъ быть акцептомъ, а становится новой оффертой.

Въ чемъ бы ни заключалось видоизмѣненіе офферты, въ ея расширеніи, суженіи, иной перемѣнѣ въ ея составѣ, это есть отклоненіе офферты и обращеніе къ прежнему офференту съ новой оффертой.

Просроченный акцептъ офферты есть точно также *новая* ²⁾ офферта (ст. 150 Нѣм. Улож., ст. 11 Проекта).

Вопросъ объ обязательности офферты въ условіяхъ, гдѣ дестинатаръ умеръ или потерялъ дѣеспособность прежде акцепта, не можетъ быть рѣшенъ разъ навсегда въ одномъ смыслѣ, а все зависитъ въ этихъ случаяхъ отъ индивидуальнаго свойства офферты (Н. Ул. 153).

Таковы строгія требованія внутренняго сочетанія волеизъявленій, долженствующихъ достигнуть *единенія* въ составѣ обязательственнаго договора. Не надо терять изъ виду, что выработка ихъ составляетъ результатъ долговременной тщательной разработки трудныхъ и сложныхъ задачъ практики договорнаго права.

Въ краткомъ изложеніи началъ, на коихъ основанъ весь этотъ обмѣнъ волеизъявленій съ послѣдней цѣлью *одиначества*, единенія участвующихъ въ образованіи договорнаго правоотношенія сторонъ, не разъ чувствовалась близость этихъ формальныхъ реквизитовъ добровольнаго волеизъявленія съ такими же реквизитами процессуальныхъ обрядностей, которыя завершаются установленіемъ спорнаго правоотношенія, какъ здѣсь соглашенія договорнаго. Параллель обрядностей въ обѣихъ сферахъ юрисдикціи, *jurisdictio voluntaria* и *jurisdictio contentiosa*, замѣчена давно

¹⁾ Мнѣ кажется, что ст. 10 проекта составляетъ неточную передачу (быть можетъ „улучшеніе“) ст. 149 Нѣм. Улож.

²⁾ Неправильно, конечно, переводъ нѣмецкаго *neuer Antrag* порусски *самостоятельное предложеніе*, если это переводъ, а не „улучшеніе“, какового всегда надлежитъ избѣгать, если въ немъ нѣтъ никакой нужды. *Le mieux est l'ennemi du bien!*

въ юридической литературѣ. Ее можно провести и далѣе замѣченныхъ уже до сего явленій, въ роляхъ оферента и акцептанта, во многомъ соотвѣтствующихъ процессуальнымъ ролямъ истца и отвѣтчика, при чемъ возраженіе отвѣтчика, какъ и измѣненія въ содержаніи оферты со стороны акцептанта, мѣняетъ его положеніе въ сдѣлкѣ, какъ измѣняется позиція отвѣтчика черезъ представленіе возраженія (*excipiendo reus fit actor*) въ процессѣ ¹⁾. Отмѣтимъ здѣсь еще ту же формальную силу *консумции*, которую обнаруживаетъ окончательно установившееся единеніе договаривающихся сторонъ на прежнія ихъ отношенія и предшествующій единенію обмѣнъ волеизъявленій, въ которой такъ много формальнаго соотвѣтствія моменту *litis contestatio* для правоотношенія спорнаго. Наконецъ, соглашеніе уже состоявшееся, по силѣ своего дѣйствія для дальнѣйшаго развитія правоотношенія, по юридическому своему эффекту для сторонъ, не есть ли точнѣйшій коррелятъ состоявшемуся окончательно рѣшенію, *res judicata*, которая *jus facit* для обязательственно-договорныхъ правоотношеній, какъ и для правоотношеній сторонъ процессуальныхъ.

Этимъ мы заключаемъ разсмотрѣніе *внутренней стороны* вопроса объ обязательственномъ договорѣ ²⁾.

¹⁾ Въ старинной нашей юридической терминологіи стороны въ договорной сдѣлкѣ именуется *истцами*, какъ и въ процессѣ (А. Ю., № 71, I).

²⁾ Проектъ даетъ наряду съ изложенными нами здѣсь положеніями еще рядъ другихъ, касающихся внутренней стороны волеизъявленій договаривающихся или ихъ представителей, именно положеніе о принужденіи, ошибокъ, обманѣ (ст. 26—34), а засимъ и объ условіяхъ и срокахъ въ составѣ договорныхъ волеизъявленій (ст. 35—42). Всѣ эти положенія несомнѣнно очень важны и цѣнны въ составѣ гражданскаго кодекса; но мы сомнѣваемся (и это сомнѣніе не имѣетъ въ себѣ ничего личнаго для насъ), чтобы мѣсто этимъ положеніямъ было въ составѣ Книги пятой, объ обязательствахъ. Всѣмъ хорошо извѣстно, что этимъ положеніямъ даютъ мѣсто въ связи съ обязательствами тамъ, гдѣ въ составѣ системы не выдѣляютъ Общей части. Это мы видимъ въ *Code civil* (art. 1109 и слѣд. и 1168 и слѣд.) и въ 3-ей части мѣстныхъ остзейск. закон. (ст. 3150 и слѣд. и 2936 и слѣд., послѣднія для сдѣлокъ вообще, но въ составѣ кн. 4-ой, Право требованій). Въ нашемъ проектѣ предположена Общая часть, и хотя мы вовсе не знаемъ ея состава (оглашено пока только общее число ея статей, именно 296, съ такой точностью, что даже круглаго счета 300 не допущено; останется ли, однако, то же число 296 и послѣ включенія въ составъ будущ. Уложенія торговыхъ обязательствъ?), но какая же надобность при этомъ планѣ указанныя положенія о принужд. и проч., объ условіи, срокахъ, связывать именно съ договорнымъ обязательствомъ, а не со сдѣлкой вообще?—Не касаясь вовсе этихъ положеній, которыя мы ввели въ общую часть нашихъ Чтеній ранѣе появленія проекта, позволяемъ себѣ выразить сомнѣніе въ практичности статьи 35, которая признаетъ условіемъ въ техническомъ сммслѣ событіе *уже наступившее, но еще неизвѣстное сторонамъ*. Мы частью касались въ Чтеніяхъ разумнѣя этого понятія и его смысла для состава сдѣлки у такого колоссальнаго таланта какъ покойный Рудольфъ ф. Jhering (см. Чтенія стр. 699; подробно мы не разсматривали этого ученія, ибо оно все должно быть отнесено къ курсу Пандектовъ). Хорошо знаемъ, что событіе неизвѣстное только сторонамъ, тоже разсматривается какъ условіе, и эту тезу защищаютъ Унгеръ, особенно Фиттингъ... Но развѣ этого достаточно, чтобы ввести это очень непрактичное пониманіе условія въ законопроектъ? Аргументъ

§ 9.

Формы внѣшняго выраженія единенія.—Символизмъ.—Слово.—Письмо и другіе способы solemnизировать договорную сдѣлку въ классическомъ правѣ и у новыхъ народовъ. — Признаки нѣкоторой оборотоспособности заемныхъ сдѣлокъ у насъ.—Дальнѣйшее развитіе и современное значеніе письма для перфекціи договорной сдѣлки.

В) Другую сторону договорнаго волеизъявленія составляетъ та обрядность, въ которую должно быть облечено договорное единеніе соотвѣтственно юридической природѣ этого единенія.

Мы указали уже отчасти выше (см. Чтенія, ученіе о юридической сдѣлкѣ, стр. 743), что требованія извѣстной обрядности волеизъявленія или единенія воли можетъ имѣть въ своей основѣ объективную норму, или же такія требованія обрядностей отвѣчаютъ только желанію сторонъ, соучаствующихъ въ совершеніи договора.

Это различіе основаній обрядности хорошо знакомо любой системѣ гражданскаго права, хотя не вездѣ съ этимъ различіемъ умѣютъ правильно соединять и различную оцѣнку обрядностей для юридической силы актовъ. Стт. 1530 и 1531, т. X, ч. 1 предоставляютъ въ отношеніи къ способамъ совершенія договоровъ у насъ въ общемъ самый широкій просторъ усмотрѣнію сторонъ какъ для внутренней, такъ и для внѣшней обрядной стороны договорнаго волеизъявленія, исключая изъ этой свободы лишь отдѣльные виды договоровъ, для коихъ законъ (Полож. Нотар. и прил. къ ст. 708, т. X, ч. I) опредѣляетъ именно ту или другую обязательную обрядность волеизъявленія, но очень слабо разрабатываютъ общій вопросъ о юридическихъ послѣдствіяхъ невыполненія различнаго рода обрядностей. Нѣмец. Улож.

тировать здѣсь не беремся. Обратимъ вниманіе на отзывъ Виндшейда о мнѣніи Фиттинга (Pandekten § 87 пр. 2 и 6): *er hat die Quellen gegen sich und die Natur der Sache nicht für sich* (стр. 272 по 6 изд.). Ссылки Объясненій (къ проекту, т. I, стр. 93) составляютъ здѣсь прямой курьезъ (см. особ. ссылку на ст. 1530 т. X, гдѣ вовсе о свойствѣ событія, какъ будущаго, вѣтъ рѣчи; въ составѣ Code civ. на art. 1181, который не даетъ событію неизвѣстному только сторонамъ *никакого суспензивнаго эффекта*; наконецъ, всего любопытнѣе ссылка на Остз. Сводъ, гдѣ условіе, относящееся къ прошедшему и настоящему *не есть условіе въ истинномъ смыслѣ*, ср. ст. 3151. Это не мѣшаетъ комиссіи принять именно суспензивный эффектъ условія наступившаго уже, но неизвѣстнаго сторонамъ, какъ будто на основѣ этихъ образцовъ кодификаціи. Это поразительно!) и еще разъ освѣщаютъ намъ неожиданнымъ образомъ подлинный ходъ дѣлъ въ названной комиссіи, въ которой не только не было, повидимому, разногласія, но даже вовсе никакихъ сомнѣній по вопросу до такой степени не только спорному, но именно до послѣдней степени сомнительному! Цѣль, однако, достигнута, и мы, съ нашимъ партикулярнымъ кодексомъ остаемся, при такомъ мнѣніи, которое *hat die Quellen gegen sich und die Natur der Sache nicht für sich*...

1896 г., а за нимъ и нашъ проектъ (на этотъ разъ съ дѣйствительной поправкой названнаго Уложенія, къ которой мы охотно присоединяемся; ср. ст. 154 Нѣм. Ул. и ст. 16 Проект.) допускаютъ обязательность извѣстныхъ обрядностей (у нѣмцевъ только облеченіе сдѣлки въ письмо; у насъ въ любую опредѣленную форму; мы именно въ пользу этихъ расширеній), *по уговору сторонъ*, при чемъ невыполненіе этого требованія разсматривается указаннымъ закономъ и нашимъ проектомъ какъ несовершенство договора.

Реквизитъ обрядности, особенной, установленный объективной нормой, составляетъ для договоровъ, какъ и для сдѣлокъ вообще, существенную сторону въ исторіи развитія договорнаго права. Въ латинскомъ мірѣ тяжелый духъ символическихъ обрядностей составлявшихъ конститутивный элементъ любой сдѣлки, посредствомъ коей устанавливались правоотношенія гражданского типа (особенно *манципация*), уступилъ, вмѣстѣ съ самими институтами *квиритской* системы, относительно легкимъ способамъ договорныхъ волеизъявленій въ эпоху преторскаго права. Полная свобода въ способахъ волеизъявленія, рассчитаннаго на юридическій эффектъ, составляетъ, однако, характерную черту лишь позднѣйшей фазы въ исторіи развитія гражданского права. Наряду съ контрактами *консензуальными* продолжали жить и въ эту пору договорныя сдѣлки, для коихъ обрядность слова (контракты *verbis*) или письма (*litteris*) составляла конститутивный моментъ состава сдѣлки, безъ котораго самый контрактъ не существовалъ.

Въ позднѣйшую эпоху къ этимъ необходимымъ для состава сдѣлки способамъ волеизъявленія присоединялись еще внѣшнія для ея состава способы *удостоверять* событіе посредствомъ свидѣтелей или посредствомъ письма. Это обрядности только декларативнаго, а не конститутивнаго для сдѣлки характера (Чтеніе стр. 745). Различное юридическое значеніе свидѣтеля обряднаго и свидѣтеля событія случайнаго, который только удостоверяетъ событіе на судѣ, есть столь же существенное, какъ и различіе способа совершать сдѣлку *litteris* (литеральный контрактъ) и способа удостоверить, положимъ, вербальный или консензуальный контрактъ письменнымъ актомъ (*cautio*).

Въ позднѣйшемъ правѣ въ числѣ такихъ внѣшнихъ способовъ удостовѣренія актовъ играетъ роль *соучастіе публичныхъ органовъ*, особенно суда (занесеніе сдѣлокъ *apud acta*), коимъ гарантируется публичная достовѣрность событія.

Для обряднаго совершенія договоровъ въ старой практикѣ германскаго и русскаго права видное мѣсто занимаютъ *символи-*

ческіе способы волеизъявленій, для договоровъ особенно обряды, обозначающіе *взаимодѣйствіе* и единеніе сторонъ, у нѣмцевъ особенно Handschlag, у насъ *рукобитіе* ¹⁾.

Значеніе слова, формализмъ рѣчей въ юридическихъ, особенно въ процессуальныхъ обрядностяхъ, засвидѣтельствовано въ старыхъ германскихъ и въ общеславянскихъ и русскихъ памятникахъ старины самымъ несомнѣннымъ образомъ (См. особ. Чтенія стр. 748 и пр.). Для договорныхъ сдѣлокъ значеніе слова первоначально, повидимому, конститутивное видно въ синонимикѣ наименованій ряда (собственно договора, dokonчанья) съ одиначествомъ, пословицей, смолвкой ²⁾.

Однако, ни старо-германское, ни наше право не знаетъ того обмѣна рѣчей, вопроса и отвѣта, который служилъ въ латинской стипуляціи такимъ простымъ и вмѣстѣ образнымъ выраженіемъ, именно рѣчами сторонъ, *verbis*, достигнутаго единенія договаривающихся.

Наряду съ этимъ надо замѣтить, что вмѣсто послѣдовательнаго развитія одной обрядности, какъ знаменія соглашенія сторонъ, въ практикѣ старо-германскаго и нашего права скорѣе видно нагроможденіе такихъ обрядностей. Наряду со словомъ, крестнымъ цѣлованіемъ, дачей реальной (задатки, пополнки) практикуется широко призывъ послуховъ, рядцевъ ³⁾ къ соучастію въ совершеніи ряда, договорной сдѣлки и, наконецъ, письменное начертаніе, памяти такихъ сдѣлокъ, кабалы и проч.

Въ этихъ осложненіяхъ состава договорной сдѣлки много общаго даютъ памятники нашей и германской юридической старины. Такими многообразными путями стороны ищутъ усилить (*roboration*) или утвердить, особенно чрезъ рукоприкладство на самой памяти, на грамотѣ, крѣпость одиначества (*manufir-matio*).

Такія памяти соленнизируются не только подписями сторонъ. писцовъ, послуховъ, но очень рано, въ 15 и 16 вв., еще удо-

¹⁾ Рукобитіе имѣло мѣсто не только при куплѣ-продажѣ, займѣ, но и при *рядахъ* на самомъ судѣ. Напр., при дачѣ срочной грамоты о явкѣ въ судъ къ извѣстному сроку требовалось крестное цѣлованіе „да *по руцѣ* (тутъ же, передъ судьей) ему *ударити* съ истцемъ своимъ“ (Новгор. Судн. гр. ст. 24; ср. Леонтовичъ, Земскій обычай стр. 61; то же Неволинъ Исторія § 387).

²⁾ Тамъ же у Леонтовича стр. 58. Соглашеніе соучастниковъ въ должностномъ дѣлѣ именуется *заговоромъ*, надо думать тоже по способу обрядному приходитъ къ соглашенію изустно. Таковы часто встрѣчающіеся въ памятникахъ *заговоры недѣльщиковъ*.

³⁾ См. Особ. А. Ю. № 257 и слѣд. Новгородскія рядныя XV в., гдѣ много очень цѣннаго для изученія обрядной стороны договоровъ. № 258 упоминаетъ о разборѣ дѣла передъ салманами. Передача документа безпрестанно встрѣчается какъ способъ удостовѣренія права (№ 266 и друг.).

стовѣряются приложеніемъ печатей¹⁾, явкой въ публичныя установленія для записи въ публично-достоверныя книги.

Вполнѣ возстановить всю технику и опредѣлить юридическое значеніе подобныхъ актовъ при свѣдѣніяхъ довольно отрывочныхъ и при слабомъ развитіи юридическаго анализа у старыхъ мастеровъ актуарной части дѣло далеко не легкое не только у насъ, но и на западѣ, гдѣ ранѣе и лучше чѣмъ у насъ дѣйствовала юридическая школа²⁾. Не менѣе того изъ строенія этихъ актовъ мы, какъ и западные историки права, имѣемъ все основаніе заключить, что цѣль ихъ³⁾ стояла не только въ укрѣпленіи силы договорной сдѣлки, но верѣдко и въ сообщеніи такому письменному акту, такой граматѣ, кабалѣ и тому подобное еще и *нѣкоторой оборотоспособности*, способности быть предметомъ негоціаціи (*Negotiabilität*). Актъ, коимъ конституируется долговое правоотношеніе, составляетъ *предметъ передачи*, врученія вѣрителю. Если изъ договора возникаютъ *взаимныя* обязательственныя отношенія, то каждая изъ сторонъ получаетъ списокъ, „противень“, копію документа, которая и служитъ какъ бы знаменіемъ его права⁴⁾.

¹⁾ Отъ печатей „дектемъ“ (Запис. кн. актамъ явлен. дяку Алябьеву Лаппо-Данилевскій 1898 г. № 291) идутъ въ смыслѣ прочности операціи къ вислымъ свинцовымъ въ позднѣйшей практикѣ, и у печатей „стоитъ“ верѣдко особый соучастникъ утвержденія силы акта. Это сперва частныя лица, потомъ публичныя, для коихъ приложеніе печати есть, рядомъ съ удостовѣреніемъ подлинности акта, способъ поборовъ, сильно разившійся подъ именемъ печатныхъ пошлинъ.

²⁾ А. Ю. № 232 и слѣд. Случаевъ и требованій такого публичнаго удостовѣренія старина знаетъ массы, не только для укрѣпленія правъ по недвижимостямъ, но и въ сдѣлкахъ по движимостямъ, см. выше, Чтеніе стр. 759 прим., записныя конскія книги, а также въ массѣ недавно опубликованныхъ профес. Лаппо-Данилевскимъ актовъ Записной книги дяка Алябьева, въ числѣ коихъ есть очень для правовозрѣній того времени характерныя, см. напр. № 259 о дачѣ въ приданое *четырехъ головъ людей*.

³⁾ Мы избѣгаемъ обобщеній, ибо предметъ мало изученъ, и наряду съ грамотами, которыя въ нѣкоторой степени *воплощаютъ* право, основанное на договорѣ, есть такія грамоты, памяти, которыхъ значеніе для права не есть не только конститутивное, но ниже декларативное, а скорѣе вспомогательное, какъ значеніе письменной кауціи для стипуляціи. Таковы особенно такъ назыв. *изустныя памяти*, которыхъ не пишутъ и не подписываютъ должники, а пишутъ постороннія сдѣлкѣ лица, для памяти, со словъ совершающихъ, именно какъ *фактическіе* соучастники сдѣлки. Нельзя также вообще сказать, что плата кабальнаго долга производилась не иначе какъ по врученіи этого документа должнику. Есть случаи въ старой практикѣ, гдѣ удостовѣреніемъ послѣдовавшаго платежа по кабальному долгу служитъ *отпись*, которую выдаетъ вѣритель должнику (см. для примѣра А. Ю. №№ 420 421). Указывая на оборотоспособность кабальныхъ долговъ, мы имѣемъ въ виду технику, которая несомнѣнно *могла* приводить къ этой цѣли и до которой додумывались скромныя дѣльцы стараго времени, какой-нибудь Ганка Перекусихинъ, Карло Малый, Истома, Полушка, коихъ изобрѣтательности наградой служили или ведро рыжиковъ, или семга съ калачемъ, каврига, пирогъ, въ лучшемъ случаѣ гусь (А. Ю. № 376).

⁴⁾ А. Ю. № 107, а си у насъ записи писаны по противнемъ и розняты

Стремленіе сообщить документу, хартіи, бумагѣ *нѣкоторыя черты оборотоспособности (titre négociable)* обнаруживается натурально въ особенности въ *денежномъ долѣ* и заключается въ томъ, что должникъ, евентуальный отвѣтчикъ, заранее отказывается отъ цѣлаго ряда возраженій, которыми онъ могъ бы, особенно въ силу его правъ личныхъ, встрѣтить предъявленное къ нему требованіе.

Въ результатѣ становится, такимъ образомъ, совершенно безразличнымъ, *кто явится для осуществленія обязательственнаго договора*, и въ силу этого съ обладаніемъ документа связывается, въ известной степени, вопросъ о принадлежности требованія и о субъективномъ моментѣ обязательственнаго отношенія ¹⁾. Словомъ, у насъ, какъ и на Западѣ, вопреки латинской традиціи, право требованія *материализуется, сближается*, въ известной мѣрѣ, съ обладаніемъ *вещью* (напр. кабальной грамотой) и *присвоивается предъявителю документа*.

по себѣ; дьякъ и послушн одни (ср. еще № 395). Сказать, что такія записи, особенно кабалы, „воплощаютъ“ въ себѣ право требованія, было бы ошибочно, ибо далеко не всѣ подобныя акты назначены для легчайшей оборотности, и сверхъ того есть признаки, что при всей негодности напр. кабалныхъ долговъ, потеря кабалы не влекла за собою необходимо и потери права искать долги (см. напр. А. Ю. № 419). Независимо отъ этого наряду съ кабалами всегда были и безкабалные долги.

¹⁾ Мы аргументируемъ эти важныя для исторіи нашего обязательства черты примѣрами, которые, конечно, легко обогатить дальнѣйшей детальной разработкой памятниковъ. И такъ, должникъ (или должники, солидарные, съ условіемъ платить долгъ *не развѣчивая*, или проратарные, платящіе *по вытѣмъ*, жеребьямъ, или паямъ) обязываются „не отыматись отъ праведу отъ сее кабалы всякими царя великаго князя несудимыми граматами, ни княжеческими, ни боярскими, ни слободами, ни Свѣяжскимъ, ни Казанью, ни Чебоксарами (очевидно, здѣсь имѣются въ виду отсрочки, такъ назыв. на западѣ *мораторіи*, которыя давались ратнымъ людямъ по случаю походовъ), гдѣ ся кабала насъ, заимщиковъ, ни застанетъ, тутъ свои деньги правити любымъ приставомъ“ (А. Ю. № 243). „А гдѣ насъ заимщиковъ по сей кабалѣ застанетъ, на коимъ городѣ, или въ коей волости, подѣ коимъ судомъ ни буди, а кой насъ въ лицѣхъ, на томъ деньги и ростъ и убытки всѣ сполна, а кто монастырскихъ по сей кабалѣ станеть истцомъ, старецъ (настоящій кредиторъ), или слуга, той намъ истецъ (тамъ-же № 253, ср. еще № 234 № 238 для пассивной стороны обязательства и № 415). Нѣтъ сомнѣнія, что такія оговорки снимали съ долгового отношенія характеръ строго личнаго и давали ему, въ тяжелыхъ условіяхъ обмѣна той эпохи, значительную подвижность, оборотоспособность, связанную именно съ обладаніемъ документа. Шагъ дальше въ этомъ направленіи видимъ въ послѣдующей практикѣ, образцы которой были приведены выше (Чтенія, стр. 750, прим.): *кто (съ) сею кабалою станеть, тотъ по ней истецъ* (Акты до юр. б. отн. т. II стр. 3 и слѣд.).—Въ указанныхъ образцахъ ясно стремленіе снять съ правоотношеній гражданскихъ столь вредный для ихъ развитія характеръ привилегіи, очистить ихъ отъ примѣсей нецивильнаго свойства, первоначально хотя бы путемъ сдѣлокъ, такъ какъ норма легальная вся представляла собою въ эту пору именно осложненіе права гражданского множествомъ совершенно нецивильныхъ элементовъ. И этой цѣли искали достигнуть наши старые дѣльцы въ своей каутелярной практикѣ.—Значеніе передачи документа („державы“, „пути“) вообще и распространенность этого обычая см. у Мейчика—Грамоты XIV и XV вв., стр. 70, 151.

Законодательство послѣдующаго времени, особенно Судебники, Уложеніе, разрабатывали старую практику письменныхъ сдѣлокъ, устанавливая постоянные реквизиты тѣхъ или другихъ для разныхъ типовъ сдѣлокъ, особенно для договоровъ. Однако, значительныхъ успѣховъ по существу дѣла, особенно въ смыслѣ различенія дѣйствія той или иной обрядности на самыя свойства договорнаго обязательства, въ тяжелыхъ условіяхъ обмѣна того времени, достигнуть было трудно. Реформы Петровской и Екатерининской эпохи, касаясь вообще актуарной части, отразились замѣтнымъ образомъ на *отдѣльныхъ договорно-обязательственныхъ*, особенно соприкасающихся съ правомъ торговымъ, формахъ сдѣлокъ ¹⁾.

Въ составѣ Свода законовъ формальная сторона совершенія договорныхъ сдѣлокъ была, согласно этимъ историческимъ даннымъ, разработана тоже лишь по отношенію къ отдѣльнымъ договорнымъ формамъ, а не вообще. Въ общемъ же, какъ видно было выше, порядокъ заключенія словесныхъ договоровъ состоитъ и нынѣ въ полной волѣ договаривающихся лицъ, лишь бы договоры утверждались на непринужденномъ произволѣ и взаимномъ согласіи и не содержали въ себѣ ничего законамъ противнаго (ст. 571).

Нотаріальное положеніе 14-го апрѣля 1866 года во многомъ улучшило старый порядокъ корробораціи договорныхъ сдѣлокъ при содѣйствіи публичныхъ установленій, но не измѣнило прежнихъ общихъ основаній договорныхъ волеизъявленій, которыя остаются на полной волѣ сторонъ, если законъ не указываетъ для отдѣльной договорной сдѣлки обязательной, въ томъ или другомъ смыслѣ, письменной обрядности (ст. 571 т. X. ч. 1). Нѣкоторыя *общія* правила, коими опредѣляется *относительная сила письменной и устной или иной формы* волеизъявленій договаривающихся, даны еще Уставомъ гражданскаго судопроизводства, особенно ст. 409 и 410. Статьи эти, однако, лишь самымъ общимъ образомъ опредѣляютъ *доказательную силу письменныхъ актовъ*, коими устанавливается опредѣленное *содержаніе* сдѣлки, и не допускаютъ опровергать его показаніями свидѣтелей (ст. 410). И такъ, документъ правильно совершенный, если противъ него не предъявлено спора о подлогѣ, будетъ для договорной сдѣлки служить способомъ удостовѣрить на судѣ со-

¹⁾ По связи этихъ мѣръ съ отдѣльными договорными формами мы ихъ здѣсь не касаемся и отсылаемъ читателя къ изложенію Неволіна, почти исчерпывающему всю *легальную* сторону дѣла (см. также въ Чтеніяхъ ссылки на его труды по общимъ задачамъ въ этой области).

стоявшееся между сторонами *договорное единение по отношенію къ его содержанію* и возражать противъ этого удостовѣренія ссылкой на какія-либо *рѣчи*, коими стороны при семъ обмѣнивались и которыя прямо противорѣчатъ документу, хотя бы на это нашлись и свидѣтели, законъ нашъ не допускаетъ.

Это въ высшей степени разумное начало, въ истолкованіи коего, однако, не слѣдуетъ идти далѣе прямого смысла положенія.

Точно то же слѣдуетъ сказать и о статьѣ 409. Статья эта, въ самыхъ общихъ выраженіяхъ, допускаетъ примѣненіе, какъ способа доказательства на судѣ, свидѣтельскихъ показаній только для *тѣхъ событій, для которыхъ по закону не требуется письменнаго удостовѣренія*. Изъ этого общаго правила, но очевидно уже не въ примѣненіи *къ событіямъ* вообще, а лишь къ актамъ, о коихъ собственно мы здѣсь и трактуемъ, законъ указываетъ только два исключенія: 1) когда акта (о поклажѣ) нельзя было составить въ виду внезапно постигшаго стороны бѣдствія (наводненія, пожара, словомъ, при тысячи лѣтъ извѣстномъ такъ называем. *depositum miserabile*), 2) когда актъ утраченъ (утрата кабалы не исключала изстари удостовѣренія долга другими способами, кромѣ документа).

Очевидно и это *общее* правило для области сдѣлокъ ограничивается тѣми случаями, гдѣ законъ требуетъ именно письма, какъ способа совершенія или удостовѣренія договорной сдѣлки.

Обѣими этими статьями отнюдь не измѣняется общій смыслъ ст. 571 для всей области вопросовъ договорнаго права, въ которой наше законодательство, послѣ изданія уставовъ 20 ноября 64 года, какъ и до ихъ изданія, даетъ руководящій принципъ по вопросу объ обрядной сторонѣ договорныхъ волеизъявленій.

Всматриваясь въ эти положенія, мы невольно приходимъ къ заключенію, что наше законодательство сходится, въ этомъ вопросѣ, много ближе съ законодательствомъ австрійскимъ, чѣмъ съ прусскимъ или французскимъ.

Прусскій Ландрехтъ и Code civil условливаютъ обрядный реквизитъ договорнаго волеизъявленія *цѣнной* сдѣлки, для Ландрехта 50 талеровъ, для Code civil 150 франковъ, достигая которой сдѣлка имѣетъ быть, по силѣ закона, облечена въ форму письма, независимо отъ вопроса, что это за сдѣлка ¹⁾ (для Code civ. см. art. 1341 и 1348).

¹⁾ Взятыя въ составъ Уст. Гражд. Суд. стт. 409 и 410 несомнѣнно составляютъ своеобразную переработку или, пожалуй, „улучшеніе“ artt. 1341 и 1348 Code civ. Намъ необходимо хотя немного остановить вниманіе на этой любопытной рецепціи. Она крайне характерна для работъ нашихъ кодификаціонныхъ и иныхъ комиссій, направленныхъ на улучшеніе или восполненіе за-

Юридическое значеніе этого требованія письменной обрядности въ составѣ сдѣлки есть весьма различное. Мы отмѣтимъ здѣсь

конодательства. Этотъ самый пріемъ безтолковаго и отрывочнаго выхватыванія отдѣльных статей изъ разныхъ кодексовъ практикуется нашими комиссіями и нынѣ. Мы не беремся разбирать здѣсь, чѣмъ объясняется любопытная манера дѣйствія; быть можетъ, извинительнымъ, но больше для юныхъ адептовъ правовѣдѣнія, чѣмъ для достойныхъ всякаго уваженія мужей, стремленіемъ придать работѣ нѣкоторый штемпель самобытности. Намъ больше интересуютъ здѣсь послѣдствія, которыя влечетъ за собою для практическаго примѣненія этотъ способъ сшивать изъ пестрыхъ ключевъ разныхъ кодексовъ собственные институты гражданского права. Вырванные изъ своей связи артикли Code civil попали у насъ не въ соотвѣтствующій Code civil т. X ч. 1, а въ соотвѣтствующій французскому Code de procédure Уставъ Гражд. Суд. Это разомъ совершенно измѣнило смыслъ и значеніе французскихъ статей для нашей практики. Обремененіе обрядностей совершенія сдѣлокъ общимъ реkvизитомъ письменности имѣло и у французовъ неудобныя для гражданского обмѣна послѣдствія. Оно произошло въ условіяхъ отправленія юстиціи далеко неблагоприятныхъ (ordonnance de Moulins 1566 г.) и удержалось нынѣ въ составѣ Code civil какъ остатокъ старины, для котораго современная французская юриспруденція старается указать возможно тѣсныя границы примѣненія. Критики безусловно осуждаютъ эту *общую мѣру* стѣсненія обмѣна излишними обрядностями. Лоранъ (Avant-projet, Библиографія Андреевскаго № 26 и 57) думаетъ, что такое осложненіе реkvизитовъ сдѣлки представляетъ несомнѣнное удобство лишь для небдительныхъ судей. Общій принципъ, къ которому старались свести указанный реkvизитъ сдѣлки, выражается французскою формулою: lettres passent témoins. Нигдѣ этотъ принципъ не нашелъ себѣ болѣе широкаго примѣненія, чѣмъ въ первое время дѣйствія нашихъ новыхъ судовъ, несмотря на широкій просторъ, предоставленный суду въ изслѣдованіи и оцѣнкѣ силы доказательствъ по убѣжденію суда. Но вѣдь неизмѣримо легче не входя въ дальнія разсужденія, требовать прямо формы, бумаги, какъ основы иска и при отсутствіи ея отказывать въ искѣ. Такъ и дѣлалось. Юристъ практикъ Формакозскій, конечно, не безъ основаній настаиваетъ въ своемъ Руководствѣ на необходимости *письма* для силы сдѣлки во всѣхъ случаяхъ, гдѣ требуется содѣйствіе суда, кромѣ указанныхъ въ стг. 409 и 410 исключеній. По существу дѣла это прямой отказъ въ правосудіи, для котораго указан. статьи даютъ основаніе только благодаря случайности и отрывочности ихъ появленія въ Уст. Гр. Суд.—Въ составѣ Code civ. указанные выше статьи стоятъ въ связи съ рядомъ другихъ, которыя крайне смягчаютъ характеръ требованій выраженныхъ въ этихъ именно статьяхъ. Укажемъ здѣсь на нѣкоторыя. И такъ, 1) хотя противъ письменнаго акта нельзя возражать ссылкой на свидѣтелей, но это ограничивается въ примѣненіи предѣлами указанными ст. 1341 (contre et outre le contenu aux actes, sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, наша ст. 410 говоритъ, правда, тоже о *содержаніи* акта, но и только), при томъ безъ распространенія на торговое право (см. конецъ указ. art.); 2) правило, выраженное въ ст. 1341 (и нашей 409) о недопустимости свидѣтелей ограничено въ Code civ. для тѣхъ случаевъ, когда на ряду съ свидѣтелями для убѣжденія суда приводятся такъ назыв. commencement de preuve par écrit (art. 1347); и такъ, противъ письменнаго акта истца я привожу не только свидѣтелей, но еще его *письма* ко мнѣ, служащія свидѣтельствомъ противъ него, замѣтку сдѣланную его рукой, хотя бы и безъ его подписи. Суду предоставлено оцѣнить свободно вѣроятность событій, въ пользу коихъ говорятъ и свидѣтели и это commencement de preuve par écrit; 3) смыслъ art. 1341 не расширяется на любыя *событія* (ср. нашу ст. 409, въ art. 1341—toutes choses), которыя служатъ основой притязаній, а истолковывается въ тѣснѣйшемъ примѣненіи къ *актамъ*, къ *юридическимъ сдѣлкамъ*, на коихъ стороны основываютъ свои притязанія. Событія же вообще, а не тѣ только, которыя показаны въ art. 1348 и въ ст. 409 особ. п. 3, могутъ быть доказываемы, по толкованію принятому во Франціи и въ послѣднее время у насъ, натурально не одними письменными актами, а и всѣми другими способами доказывать, не исключая и презумцій. По этому вопросу см. Précis. Baudry Lacantinerie II, п. 1253 и слѣд. (этотъ писатель ошибается, однако, что сила

юридическое значеніе письма въ составѣ сдѣлки въ его главныхъ оттѣнкахъ.

Итакъ, облеченіе волеизъявленія въ форму письма можетъ быть предоставлено *на волю сторонъ* и составлять вовсе не исключительный, а одинъ изъ многихъ способовъ удостовѣренія состоявшейся договорной сдѣлки, которому, *по существу дѣла*, нельзя въ извѣстныхъ условіяхъ не дать преимущества передъ другими средствами для достиженія той же цѣли (ст. 917 и слѣд.) ¹⁾.

Значеніе письменной обрядности для юридической силы договорнаго волеизъявленія весьма повышается, когда законъ, подобно указанному сейчасъ для сдѣлокъ выше 150 франк. требованію Code civil, связываетъ съ наличностью письменнаго акта, частнаго или публично-достовернаго (titre authentique въ противоположность titre sous seing privé), особую силу въ томъ или другомъ смыслѣ.

Мы сейчасъ видѣли, что такая обрядность можетъ имѣть существенное значеніе *для доказательства состоявшейся сдѣлки*.

Дѣйствующее русское право даетъ намъ рядъ *частныхъ* опредѣленій для отдѣльныхъ видовъ договорной сдѣлки, коими

свидѣтельскихъ показаній находится въ обратномъ отношеніи къ распространенію образованности, см. указ. п. 1253 нач., ибо ослабленіе письменнаго реквизита сдѣлки въ Нов. Герм. Код. сравнительно съ Прусс. Ландрехтомъ было бы въ такомъ случаѣ совершенно необъяснимымъ явленіемъ). Прекрасный экскурсъ читатель найдетъ по этому предмету въ III т. Курса Побѣдоносцева, § 8, стр. 50—71 по изд. 2-му. Полезно просмотрѣть практику Сената, по изд. Судебн. Устав. Гордона, къ статьямъ 409 и 410. Кромѣ сдѣланныхъ здѣсь указаній, полезно ознакомиться съ понятіями contre-lettres, разныхъ видовъ écritures privées и copies des titres, которыя всѣ весьма важны для понятія письменнаго доказательства во франц. практикѣ (см. Baudry, тамъ же, п. 1223 и слѣд.). По этому вопросу Проектъ, ст. 15-я, вводитъ крайне серьезное новшество, требуя письменнаго удостовѣренія *для всѣхъ договоровъ, сумма коихъ превышаетъ 300 р.* Въ объяснительной запискѣ одинъ г. Сабуровъ (противъ 9) возражаетъ противъ этого новшества, съ аргументаціей, однако, менѣе убѣдительною, чѣмъ у г. Побѣдоносцева въ указ. мѣстѣ Курса. Аргументація большинства опять поистинѣ курьезна. Ст. 15 вводится, чтобъ облегчить (?) формализмъ договорнаго права, ибо договоры не превышающіе 300 р. не подлежатъ этому реквизиту, кромѣ нѣкоторыхъ. Но вѣдь до сего такого *общаго* реквизита не было въ нашемъ законодательствѣ вовсе. Въ чемъ же облегченіе? Въ томъ дескать, что письмо требовалось *почти* въ каждомъ отдѣльномъ договорѣ. Здѣсь *почти*, но и въ проектѣ тоже *почти* всѣ договоры до 300 р. будутъ свободны отъ требованій статьи 15-й. Мы спросимъ только: если для *всѣхъ почти* отдѣльныхъ договоровъ требовалось доселѣ письмо, то много-ли было дѣйствительно разработано въ старой системѣ нашего *общаго* права такихъ отдѣльныхъ договоровъ? А если ихъ было очень немного, то въ чемъ же будетъ облегченіе письменнаго формализма, когда письмо составитъ нынѣ *общій* реквизитъ удостовѣренія договоровъ выше 300 р. и такихъ договоровъ будетъ въ новой системѣ неизмѣримо болѣе чѣмъ въ старой?

¹⁾ По этому предмету особенно для книгъ розничныхъ торговцевъ, а также для употребленія бирокъ (въ Code civ. tailles) см. Цвѣтковъ и Гожевъ 10816—10821).

опредѣляется юридическое значеніе письма именно какъ непременнаго реквизита доказанности данной сдѣлки. Мы возьмемъ здѣсь для освѣщенія вопроса въ нашемъ дѣйствующемъ правѣ одинъ примѣръ такого требованія закона.

Обязательство по займу можетъ быть составлено порядкомъ ноторіальнымъ (или у крѣпостныхъ дѣлъ), явочнымъ, или домашнимъ (ст. 2031).

Всѣ эти способы составленія заемнаго обязательства суть *письменные* съ весьма различнымъ эффектомъ по различію порядка ихъ письменной перфекціи.

Нормальнымъ образомъ заемная сдѣлка совершается посредствомъ одновременнаго реальнаго врученія суммы со стороны кредитора должнику и заемнаго обязательства (письменнаго акта) со стороны должника вѣрителю.

Это нормально, но это вовсе не необходимо. Реальный моментъ врученія должнику извѣстнаго количества можетъ предшествовать во времени выдачѣ заемнаго документа (стт. 2045 и 2046). Это не мѣшаетъ договорной сдѣлкѣ быть настоящимъ займомъ. Но отсутствіе „заемнаго обязательства“ (документа) очень принижаетъ юридическое значеніе займа для упражненія вѣрителемъ его правъ вѣрителя (передачи ихъ другому лицу, цессіи, ст. 2058 и слѣд.) и особенно для осуществленія его притязаній къ должнику (см. особ. ст. 2046 и 2047).

Такимъ образомъ, письмо можетъ въ составѣ сдѣлки имѣть значеніе повышающаго во многихъ отношеніяхъ ея юридическій эффектъ обряднаго реквизита.

Мы отмѣчаемъ здѣсь главнымъ образомъ *легчайшую доказуемость и осуществимость обязательства*, которая связана именно съ письменной обрядностью.

Но то же письмо можетъ имѣть не только это привходящее для юридической силы договора, хотя и очень существенное, но все же только внѣшнее значеніе. Юридическое значеніе письма для состава договора можетъ имѣть характеръ конститутивнаго, внутренняго реквизита, безъ котораго затруднены не только тѣ или другія функціи договорнаго обязательства, но и оно само юридически вовсе не существуетъ, хотя бы наличность всѣхъ другихъ волевыхъ и матеріальныхъ реквизитовъ договорнаго единенія не подлежала никакимъ сомнѣніямъ.

Наше законодательство не даетъ и этому вопросу общей разработки, хотя письменная обрядность въ составѣ договора какъ внутренній, конститутивный его реквизитъ, знакома ему такъ же хорошо, какъ и западнымъ системамъ. Такимъ образомъ, цессія

заемнаго обязательства не можетъ быть совершена иначе какъ указаннымъ въ законѣ обрядомъ письменной перфекціи, которая именуется передаточной *надписью* (ст. 2059). Такой же письменный реквизитъ виденъ въ способѣ удостовѣренія послѣдовавшаго долевого или полнаго вноса своей ставки въ акціонерный капиталъ, а также въ способахъ передачи предварительныхъ свидѣтельствъ и именныхъ акцій (2163, 2167).

Техника выполненія письменной обрядности, какъ реквизита договорнаго волеизъявленія, весьма различна. Возможно совершеніе письменнаго акта личное, чрезъ начертаніе всего документа, или одной надписи на готовомъ документѣ, собственноручно, а въ извѣстныхъ условіяхъ (безграмотность) съ содѣйствіемъ другого, при томъ съ соучастіемъ или безъ соучастія обрядныхъ свидѣтелей (*призванныхъ* совершающимъ *частныхъ* лицъ извѣстнѣй квалификаціи). Это домашніе акты, способные вполнѣ удостовѣрять событія только по отношенію къ тѣмъ лицамъ, которыя ихъ совершили. Эта сторона вопроса была слабо разработана въ нашей дѣйствующей системѣ въ составѣ т. X ч. I, а нынѣ, подъ несомнѣннымъ вліяніемъ Code civil (art. 1322 и слѣд.), много обстоятельнѣе, введена въ составъ Уст. Гражд. Судопроизв. (стт. 438—479). Такіе домашніе акты могутъ составлять лишь подготовительную стадію для послѣдующей корроборациі съ содѣйствіемъ органовъ публично-достоверныхъ. Но и независимо отъ этого они могутъ имѣть извѣстную силу именно по отношенію къ совершающимъ. Такова въ особенности сила актовъ, не предназначенныхъ для эффекта по отношенію къ третьимъ, ограничивающихъ свое дѣйствіе самими соучастниками, и въ этомъ смыслѣ не подлежащихъ оглашенію ¹⁾.

¹⁾ Code civ. въ отдѣльной статьѣ (1321) опредѣляетъ силу такихъ скрытыхъ актовъ, когда они рассчитаны на извѣстную модификацію эффекта другого акта, открытаго, но почему либо не выражающаго подлиннаго намѣренія договаривающихся. Таковы такъ назыв. *contre-lettres*, которыя, если не составляютъ ничего противнаго закону и праву, способны въ извѣстной степени связывать стороны, отнюдь, однако, не третьи лица, именно въ смыслѣ такого скрытаго акта (*contre-lettres*). Акты этого рода, направленные на запрещенныя цѣли (напр., сокрытіе подлинной цѣны въ избѣжаніе платежа пошлинъ, обходъ запрещеннаго даренія), не только не могутъ имѣть юридическаго эффекта, но способны подвергать виновныхъ отвѣтственности, напр., штрафу. Въ другихъ случаяхъ скрытая сдѣлка можетъ не быть ничтожной для совершающихъ, но не имѣть никакого эффекта для 3-хъ. Таковы, напр., фидуціарныя сдѣлки для цѣлей залога, въ свое время восполнявшія отсутствіе специфической залоговой сдѣлки въ Римѣ и натурально ни къ чему не обязывавшія третьихъ. Для самихъ участниковъ сила такой сдѣлки, при трудности прямого ея осуществленія, можетъ быть подкрѣплена страхомъ инфаміи (въ Римѣ), конвенціональнымъ штрафомъ (для фидуціи вообще см. выше, въ общемъ ученіи о сдѣлкахъ, Чтенія § 38, особ. стр. 729, 734, 736). Неправильные расчеты на юридическій эффектъ такихъ скрытыхъ сдѣлокъ встрѣчаются въ практикѣ весьма нерѣдко. Понятіе *скрытой* сдѣлки не исключаетъ возможности укрѣпленія ея содѣй-

Ограниченный юридическій эффект акта домашняго обнаруживается въ особенности въ тѣхъ случаяхъ, когда для силы акта существенна достовѣрность мѣста, особенно времени совершенія акта, или когда дѣйствіе договорной сдѣлки не ограничивается первоначальными непосредственными ея участниками, а имѣетъ распространиться на третьи лица.

Въ такихъ случаяхъ актъ, совершенный домашнимъ порядкомъ, подлежитъ корроборациі при помощи публично-достовернаго лица или установленія. Этимъ способомъ *явки* акта можетъ быть достигнута публичная достовѣрность *руки*, т.-е. начертанія самого акта или подписи его одною только или каждою изъ соучаствующихъ въ совершеніи договора сторонъ (Пол. о нот. ч. ст. 128 п. 2, 133—135, 147, уст. гр. суд. 456, 458, 459, 460, 542, 543), а также *времени*, когда актъ явленъ (Пол. о нот. ч. ст. 128 п. 3, ст. 136—138, уст. гр. суд. ст. 477, 476).

Договоры въ нѣкоторыхъ случаяхъ могутъ, въ другихъ должны быть не только *являемы*, но именно и обязательно совершаемы *письменно чрезъ посредство публично достоверныхъ лицъ или установлений* (Пол. о нот. ч. 66, 79, 84, 86, 88). Образцы факультативной явки или совершенія договора при содѣйствіи публично-достовернаго лица даютъ намъ въ составѣ дѣйствующаго права заемныя обязательства, которыя, по закону, могутъ быть *явочными и крѣпостными* (т. X ч. I ст. 2031, 2036, 2039, 2045—2047, 2033, 2034).

Юридическое или процессуальное достоинство публично-достовернаго акта повышается, какъ это видно въ приведенныхъ статьяхъ дѣйствующаго законодательства, въ различной степени, смотря по способу корроборациі, предписанному легальной нормой. Они вообще имѣютъ силу предпочтительную въ отношеніи *ихъ даты и эффекта для третьихъ лицъ*. Но, сверхъ того, имъ можетъ быть присвоена специфическая сила безспорности въ извѣстномъ моментѣ ихъ состава (напр.: не приѣмлются никакія показанія ни должника, ни наслѣдниковъ его о безденежности крѣпостныхъ заемныхъ писемъ, т. X. ч. I ст. 2015), или же ускоренной, иногда непосредственной взыскной способности, образцы коей видимъ въ нашемъ Уст. гражд. суд. ст. 365¹⁻²⁴ 1),

ствіемъ публичнаго органа. Она есть *скрытая* не въ смыслѣ способа совершенія, а въ относительномъ смыслѣ такихъ видоизмѣненій содержанія другой сдѣлки, которыя имѣютъ связывать лишь ограниченный кругъ вошедшихъ въ это *особое* между собою соглашеніе лицъ (ср. С. с. art. 1321 и Baudry Lacapinerie Précis II n°. 1223).

¹⁾ См. по изд. Гордона съ указан. на Отчетъ Гос. Совѣта, стр. 211 и слѣд.; также Энгельмана Учебникъ рус. гражд. судопроиз. § 63.

объ упрощенномъ порядкѣ судопроизводства, и въ стт. 141—160 Правиль о понудительномъ исполненіи по актамъ (съ очень ограниченной компетенціей земскаго начальника и городского судьи, на сумму не выше 300 р., тамъ же ст. 20 п. 4)¹⁾. Въ послѣднемъ случаѣ резолюція о понудительномъ исполненіи безъ вызова отвѣтчика полагается на самомъ актѣ (съ продолженіемъ, если нужно, на пришитомъ къ нему листѣ, 149), который и возвращается истцу для дальнѣйшаго производства понудительнаго взысканія (151).

Французскій процессъ соединяетъ исполнительное производство по актамъ (*titre exécutoire*) съ непремѣннымъ требованіемъ нотаріальнаго совершенія акта (*actes notariés*) и подъ условіемъ, что противъ него не заявлено спора о подлогѣ, при чемъ акты подобнаго рода подлежатъ исполнительному производству (*seront exécutoires*) на всемъ пространствѣ республики²⁾. Исполнительная формула также должна быть положена на самомъ актѣ³⁾. Нѣмецкій процессъ, знаетъ подобные *titres exécutoires*, *vollstreckbare Titel*, такіе документы и акты, исходящіе отъ нѣмецкаго нотаріуса или суда, въ предѣлахъ ихъ компетенціи, направленные на уплату опредѣленной денежной суммы или выдачу опредѣленнаго количества замѣнимыхъ вещей или цѣнныхъ бумагъ, въ коихъ должникъ заранѣе подчинился немедленному принудительному исполненію (*Zwangsvollstreckung*) и для осуществленій коихъ нѣтъ нужды въ искахъ⁴⁾.

Мы получили, такимъ образомъ, обрядности совершенія дого-

¹⁾ Т. XVI ч. I Правила объ устройствѣ суд. части и произв. суд. дѣлъ въ мѣстностяхъ, въ котор. введено положеніе о земск. участков. начальникахъ (Св. Зак. Рос. Имп. неофиц. изд. Волкова и Филиппова стр. 331). У Энгельмана, см. выше, § 65.

²⁾ Старый способъ производства дѣлъ по такимъ заявленіемъ см. указан. выше соч. Sosthène-Berthelot, *Esprit du notariat*, art 19 loi du 25 ventose an XI. Нынѣ это положеніе выражено съ видоизмѣненіями въ art 1319 Code civ.

³⁾ Нынѣ она начинается словами: *République française. Au nom du peuple français* и заключается „*en consequence le président de la R. F. mande et ordonne*“. См. особ. *Leçons de procédure civile* par Boitard... édition mise au courant par Glasson, leçon 36, titre VI C. de proc. civ., art 545 и слѣд., *règles générales sur l'exécution forcée des actes et jugements*.

⁴⁾ *Civilprozessordnung* кн. V *Urkunden u. Wechselprocess*, ст. 555 и слѣд., особ. ст. 702 и 5. См. коротенькій, какъ у Энгельмана, и прекрасный обзоръ нѣмецкаго *Civilprocess'a* у проф. Hermann Fitting *Der Reichs-Civilprocess* §§ 65, 78, 80 и слѣд. Сопоставленіе съ нашими нормами полезно для правильной оцѣнки нашихъ кодификацій, составляющихъ очевидныя попытки приспособленій, а быть можетъ и „улучшеній“ западныхъ подлинниковъ.—Процессъ, съ его расчлененнымъ составомъ можетъ имѣть мѣсто и здѣсь, но лишь евентуально (Fitting, указ. соч. §§ 83 и 84), подобно старому процессу *per legis actionem* въ Римѣ, гдѣ тоже, въ извѣстныхъ его формахъ (l. a. *per manus injectionem* и *per pignoris capionem*), процедиrowанье начиналось съ конца, съ исполнительной стадіи.

ворныхъ сдѣлокъ, помощью коихъ повышается ихъ юридическая или процессуальная эффективность въ смыслѣ ихъ достовѣрности, способности къ передачѣ, легчайшей осуществимости. Но все же эти обрядности являлись намъ какъ моментъ для состава сдѣлки придаточный, внѣшній, служебный для тѣхъ или другихъ цѣлей, главнымъ образомъ декларативныхъ. Документъ такого рода, *Urkunde, titre* ¹⁾ не воплощаетъ въ себѣ договорную сдѣлку, а лишь сопровождаетъ ее, правда, при этомъ, придавая ей тотъ или другой особый юридическій эффектъ. Заемъ есть, хотя нѣтъ еще документа его удостоверяющаго. Заемъ будетъ налицо, хотя документъ исчезъ, утерянъ, похищенъ, сгорѣлъ. Эту связь письменной обрядности сдѣлки съ самой сдѣлкой для ея силы, связь только декларативную знаетъ современное право и знало прекрасно старое право, которое отнюдь не соединяло съ утратой кабалы какъ непремѣнное послѣдствіе прекращеніе и самого долговаго отношенія.

Несравненно болѣе интимною, внутреннею и до извѣстной степени неразрывною является намъ связь волеизъявленія съ письменнымъ совершеніемъ тамъ, гдѣ безъ такого письменнаго акта договорная сдѣлка вовсе не можетъ возникнуть. Таковы договоры и вообще акты, направленные на *пересвоеніе* или *ограниченіе правъ по имуществамъ недвижимымъ*. Извѣстный порядокъ (крѣпостной, съ соучастіемъ старшаго нотаріуса) ихъ совершенія является не факультативнымъ только, какъ для заемной сдѣлки, не декларативнымъ, по его эффекту, а необходимымъ и конститутивнымъ, безъ коего сдѣлка такого содержанія не можетъ быть совершена, не способна произвести никакого юридическаго эффекта для правоотношеній этого типа (см. выше Чтенія стр. 769—770). Для насъ здѣсь достаточно отмѣтить это именно *конститутивное* значеніе письменной обрядности и содѣйствія публичныхъ органовъ для совершенія этой категоріи сдѣлокъ, чтобы провести существенную черту различія такихъ обрядностей волеизъявленія для юридическихъ сдѣлокъ разнаго строенія. Для однихъ сдѣлокъ это только оболочка, для другихъ это органическая основа ихъ построенія. Различіе крайне существенное для права. Его возможно свести приблизительно къ тому различію, какое имѣютъ для наличности сдѣлки случайныя свидѣтели, которые удостоверяютъ какъ шло дѣло, въ коемъ они собственно вовсе не участвовали сами, и обрядные свидѣтели, послухи, безъ юридическаго соучастія коихъ сдѣлка совсѣмъ не

¹⁾ Французы употребляютъ этотъ терминъ въ двоякомъ смыслѣ, *titre-titulus*, правооснованіе, и *titre* въ смыслѣ *instrumentum*, *Urkunde*, документъ.

можетъ состояться, какъ бы ни было несомнѣнно волеизъявленіе договаривающихся сторонъ.

Письменная обрядность можетъ, однако, приходить и въ еще болѣе тѣсное и неразрывное сочетаніе съ договорно-обязательственнымъ отношеніемъ, которое въ ней воплощается. Если въ указанныхъ сейчасъ случаяхъ (пересвоеніе и ограниченіе правъ по недвижимостямъ) *возникновеніе* сдѣлки органически связано съ реквизитомъ скриптуры, то въ другихъ случаяхъ *самое существованіе* договорнаго-обязательственнаго отношенія сочетается приблизительно столь-же тѣсно съ наличностью бумаги, акта, документа, Urkunde, titre, какъ вещное право съ существованіемъ вещи. Это любопытное явленіе современной договорно-обязательственной системы, которое мы наблюдаемъ въ бумагахъ ордерныхъ и на предъявителя и съ которымъ ближе мы ознакомимся въ дальнѣйшемъ нашемъ изложеніи.

Письменная обрядность составляла въ нашей договорно-обязательственной системѣ весьма нерѣдко въ старину, частью еще и нынѣ, требованіе болѣе или менѣе существенное для сдѣлокъ по соображеніямъ не юридическаго, а чисто финансоваго характера и влекла за собою обыкновенно штрафы для уклоняющихся, во вредъ казны, отъ предоставленныхъ формальностей совершенія сдѣлокъ. Фискъ не всегда выходилъ торжествующимъ изъ этихъ столкновеній свободы гражданскаго оборота съ интересами казны ¹⁾. На этой сторонѣ дѣла мы остановимся въ ученіяхъ объ отдѣльныхъ договорно-обязательственныхъ формахъ.

Способомъ волеизъявленія для обязательственнаго договора, когда онъ есть безобрядный, могутъ, какъ и въ другихъ сдѣлкахъ, служить не только специфическіе признаки, символы, рѣчь, письмо, врученіе, но и любыя другіе общія формы обнаруженія воли, отъ коихъ возможно придти къ заключенію и ея существованію. Это будутъ конклюдентные факты, отъ коихъ легко, иногда обязательно, заключать къ наличности извѣстнаго акта воли. Таковы—уничтоженіе знаковъ, служащихъ свидѣтельствомъ состоявшейся сдѣлки, возвращеніе заемнаго обязательства (документа)

¹⁾ Острый характеръ такое столкновеніе имѣло не разъ, особенно въ царствованіе Александра I, когда военныя потребности, послѣ 12-го г., повели къ чрезмѣрному повышенію бумажныхъ реквизитовъ для сдѣлокъ торговыхъ и вызвали такое упорное сопротивленіе торговаго класса, что въ результатъ пришлось поневолѣ слагать постепенно, а затѣмъ и окончательно сложить накопившіяся безнадёжныя недоимки (ср. особенно изд. въ 1826 г. В. Оминымъ Собраніе (частное) узаконеній о векселяхъ, банкротяхъ и проч., гдѣ читатель найдетъ, стр. 343 и слѣд., рядъ указовъ, вызванныхъ трудностью примѣненія § 140 и слѣд. Банкротскаго Уст., которые именно направлены были къ осложненію письменныхъ реквизитовъ для сдѣлокъ торговаго права).

должнику, наддраніе такого документа (ст. 2053). Таковы же, для удостовѣренія возобновленнаго на новый терминъ аренднаго или заемнаго обязательства, приѣмъ арендной платы или процентовъ. Такимъ же конклюдентнымъ фактомъ будетъ выдача квитанціи въ полученіи платежа за позднѣйшій терминъ для вопроса о платежахъ по прежнимъ терминамъ. Вопросъ о силѣ и значеніи такихъ косвенныхъ способовъ волеизъявленія не связанъ съ договорно-обязательственными формами въ особенности и имѣетъ общее значеніе для любыхъ сдѣлокъ, притомъ и не для одной какой-либо системы, а для любой, если въ ней не отклонены позитивнымъ образомъ такого рода презумціи; поэтому мы его здѣсь и не касаемся въ особенности (см. Чтенія стр. 774). Особый интересъ въ ученіи о внѣшней сторонѣ договорнаго волеизъявленія представляетъ для насъ здѣсь *задатокъ*, значеніе котораго, какъ сейчасъ увидимъ, не ограничивается одной этой функціей *ознаменованія* состоявшагося договора, а идетъ и нѣсколько далѣе этого.

§ 10.

Явленіе не вполне законченныхъ договорно - обязательственныхъ волеизъявленій. — I. Задатокъ. — Неодинаковая его функція въ процессѣ образованія договорнаго обязательства. — Историческая замѣтка и современное значеніе задатка.

Уже въ самомъ наименованіи *задатка*, у нѣмцевъ *Angeld*, *Haftgeld*, *Draufgabe*, слышится нѣкоторая двойственность его назначенія, то какъ при самомъ установленіи обязательства, *впередъ* произведенной дачи, то какъ дачи имѣющей возмѣстить, восполнить нѣчто недостающее, неконченное. Въ послѣднемъ смыслѣ это очень ходячая въ старой русской каутелярной практикѣ *пополнка*, назначеніе которой, хотя вообще довольно загадочное, можетъ этимъ путемъ получить нѣкоторое освѣщеніе въ исторіи развитія нашихъ договорно-обязательственныхъ формъ.

Новыя изысканія въ исторіи развитія обязательственнаго договора приводятъ изслѣдователей къ заключенію, что латинская *arra* составляетъ сдѣлку совсѣмъ не латинскаго происхожденія. Широкое распространеніе *arra* имѣетъ въ греческой (*ἀρράβων*) и еще ранѣе въ семитической практикѣ торговаго права, такъ что и самую этимологию этого рѣченія нынѣ сводятъ къ еврейскому корню ¹⁾. Изобрѣтенію этого способа *знаменованія* и *укрѣп-*

¹⁾ См. Schulin Lehrbuch d. Geschichte d. römisch. Rechtes (есть русскій переводъ) § 79, стр. 372 прим. 1, гдѣ сдѣланы и литературныя указанія.

ляют договорное обязательство изслѣдователи старины приписываютъ очень большое значеніе въ исторіи распространенія и международнаго примѣненія договорныхъ сдѣлокъ въ древности вообще.

Весьма вѣроятно, что въ первоосновѣ задатка лежатъ религіозныя обрядности, сопровождавшіяся возліянiями, слѣды коихъ остались въ юридической терминологіи разныхъ народовъ, на что мы выше дѣлали указанія (см. стр. 48, прим. 1). Возможно также, что въ этихъ обрядностяхъ на лицо, неисполнившее принятое на себя обязательство, падала матеріальная тягость тратъ, съ коими было связано заключеніе договора, особенно угощенія сторонъ и послуховъ. Но для исторіи задатка и его послѣдующаго развитія это лишь зародышная стадія. Arrha получаетъ самостоятельное значеніе и пріобрѣтаетъ широкую распространенность общаго способа выраженія и укрѣпленія договорной сдѣлки лишь съ той поры, когда она стала отдѣльнымъ актомъ, несвязаннымъ ни съ какими иными обрядностями, особенно религіознаго характера. Задатокъ, arrha, въ этихъ условіяхъ сталъ простымъ актомъ врученія реальной цѣнности тому, кто принималъ на себя выполненіе обязательства. Такой актъ, сперва по всей вѣроятности реальный, потомъ быть можетъ и символическій только, служилъ прежде всего знаменіемъ перехода простыхъ переговоровъ (Vorverhandlungen) въ стадію рѣшительнаго обязательственнаго договора, а вмѣстѣ съ этимъ, при реальной дачѣ, и нѣкоторымъ обезпеченіемъ силы обязательства страхомъ матеріальныхъ потерь для того, кто не выполнитъ принятаго на себя обязательства.

Вотъ именно въ этой стадіи отдѣльнаго акта, реального врученія, *материализаціи*, хотя бы только частичной, обязательственныхъ отношеній, лежитъ та черта, которая дала задатку то обширное и повсюдное примѣненіе въ античной торговой практикѣ, которому историки даютъ цѣну важнаго изобрѣтенія и поступательнаго шага въ исторіи договорнаго обязательства.

Arrha встрѣчается вездѣ въ томъ или другомъ видѣ. Но именно въ Римѣ она далеко не имѣла того обширнаго примѣненія, которое ей принадлежало въ древности вообще. Причина понятна. Реальное врученіе цѣнно, практично для договора, связываетъ дѣловыхъ людей особенно тогда и тамъ, гдѣ самъ договоръ, само единеніе, независимое отъ матеріальнаго сопровождающаго момента дачи, задатка, недостаточно выраженъ, безсиленъ, мало обезпечиваетъ. Въ Римѣ рано опредѣлилось и развилась *формальная* обязывающая сила слова въ составѣ сти-

пуляціи. Вербальный контракт и со стороны его содержания, и со стороны формы, оферты и акцепта, вопроса и отвѣта, а наконецъ, со стороны его юридической силы составлялъ въ исторіи культуры обязательнаго права ступень до такой степени высокую, что въ кругу лицъ, признававшихъ эту форму, конечно, менѣе всего должна чувствоваться потребность въ какомъ нибудь матеріальномъ суррогатѣ въ родѣ задатка для общихъ функцій обязательственнаго обмѣна.

Arrha у римлянъ примѣняется, но именно въ отдѣльных случаяхъ, гдѣ еще не развилась формальная сила контракта, или гдѣ соглашеніе предшествующее обязательственному выполнению трудно укрѣпить чѣмъ-либо, кромѣ угрозы потерей реальной сопутствующей договору дачи. — Гдѣ-жъ мы находимъ у Римлянъ примѣненіе такой реальной дачи? При спонзалияхъ, гдѣ не только нельзя было придти къ цѣли помощью иска, но гдѣ не допускалась и штрафная estipulatio, неустойка. Что-жъ оставалось дѣлать? Впередъ брать задатокъ, какъ знаменіе состоявшагося соглашенія и вмѣстѣ, какъ реальное обезпеченіе и побужденіе не уклоняться отъ выполненія обязательства. Кто отступалъ, тотъ или терялъ сумму, врученную имъ другой стороной, или имѣлъ возвратитъ принятую имъ сумму, обыкновенно вдвое ¹⁾. Этимъ однимъ не ограничивается въ Римѣ примѣненіе задатка. Пока не завершилось развитіе системы и особаго юридическаго строенія консензуальныхъ контрактовъ, юридическій эффектъ сдѣлокъ купли-продажи, также найма, обезпечивается или облеченіемъ соглашенія во всезаключающую формулу контракта *verbis*, — но вербальный контрактъ былъ удобенъ только для точнаго примѣненія *inter praesentes*; тогда, для эффективнаго примѣненія соглашеній о куплѣ-продажѣ въ самыхъ широкихъ кругахъ должна была и дѣйствительно была способна служить эта форма обезпеченія силы соглашенія посредствомъ сопутствующей состоявшемуся уговору *реальной дачи*, состоявшей обыкновенно въ нѣкоторой части условленной цѣны товара. Когда окончательно опредѣлилась и сложилась формальная исковая сила консензуальныхъ контрактовъ, тогда натурально не было больше побужденія, въ нормальныхъ условіяхъ взаимнаго довѣрія сторонъ, обращаться къ этимъ суррогатамъ для укрѣпленія силы контракта купли-продажи или найма, или въ нихъ искать средство обезпечить себя отъ опасности невыполненія контракта. Для этого были налицо другія средства, вытекавшія прямо изъ исковой природы

¹⁾ Schulin см. выше § 51, стр. 208.

контракта. Однако, и здѣсь мы все еще видимъ длящееся примѣненіе задатка. Это обуславливается *безформенностью* совершенія консензуальнаго контракта. Задатокъ продолжалъ, такимъ образомъ, служить *знаменіемъ*, свидѣтельствомъ состоявшагося соглашенія, *argumentum* или *testimonium perfectae emtionis*. Это *arrha confirmatoria* классической эпохи. Когда такой контрактъ оказывался выполненнымъ, то задатокъ или шелъ въ счетъ цѣны, или подлежалъ возврату, въ крайности съ помощью кондикціоннаго иска. Натурально, и здѣсь наряду съ этой функціей, и особенно въ позднѣйшую императорскую эпоху, задатокъ евендуально, въ условіяхъ матеріальной ненадежности обязывающейся стороны или особаго свойства формальной незаконченности даннаго договора, легко могъ получить и ту силу укрѣпляющаго средства и штрафнаго эффекта, какая ему принадлежала ранѣе ¹⁾).

Легко себѣ представить, какую широкую сферу примѣненія нашла себѣ эта форма *реальной дачи* въ ознаменованіе и для нѣкотораго матеріальнаго обезпеченія выполненія договорнаго обязательства въ условіяхъ, съ одной стороны, уже опредѣлившейся потребности свободнаго имущественнаго обмѣна, а съ другой, еще слабо выработанной обрядной стороны и особенно формальной извѣстности и обязательственной силы договора у новыхъ народовъ.

Повсюду, на всѣхъ языкахъ въ каутелярной практикѣ новаго времени, мы находимъ примѣненіе задатка въ самыхъ своеобразныхъ сочетаніяхъ и съ очень разнообразными послѣдствіями. Всегда, однако, это есть дача *впередъ*! Это главная отличительная черта его отъ неустойки. Эта черта составляетъ въ то же время свидѣтельство именно невысокой культуры договорнаго обязательства, какъ сдѣлки по существу кредитной, гдѣ все собственно рассчитано на будущее. Въ эту раннюю пору неразвитаго договорнаго права, если нѣтъ для него иной основы обязательности, кромѣ слова, знаменія, если силу сдѣлки не укрѣпляетъ личная или сословная честь ²⁾), или религіозное чувство (при дачѣ присяги), то одно, что можетъ восполнить несовершенство договорной техники и особенно ненадежность практическаго осуществленія обѣщаннаго,—это предшествующая реальная дача

¹⁾ Тамъ-же § 79, стр. 374. Вопросы эти, конечно, не безспорны въ современной литературѣ пандектнаго права (Дернбургъ, *Pandecten*, II, § 12).

²⁾ Есть масса свидѣтельствъ, что именно „честью своей“ особенно извѣстные классы нѣкогда укрѣпляли силу договоровъ. Нынѣ это тоже еще удерживающаяся форма укрѣпленія сдѣлки *честнымъ словомъ*, не для всѣхъ, однако, одинаково цѣннымъ, см. по этому вопросу Stobbe III, § 174 (стр. 141 и слѣд. по 2 изд.).

и страхъ потери ея для одной или возврата вдвое для другой стороны.

Въ виду этого мы повсюду находимъ на западѣ, какъ и у насъ, постоянное и общее примѣненіе задатка къ самымъ разнообразнымъ сдѣлкамъ, прежде всего, какъ знаменія послѣдовавшаго договорнаго единенія. Наряду съ этимъ задатокъ играетъ роль матеріальнаго понужденія, а затѣмъ и простѣйшаго способа расчета для удовлетворенія убытка, который несетъ сторона, оставшаяся вѣрною договору отъ невыполненія его другой стороной. Наименованіе такой реальной дачи въ старой юридической терминологіи очень различное, частью удержавшееся и въ нынѣшней каутеллярной практикѣ. Это *denarius Dei, Sancti Spiritus, denier à Dieu* у французовъ, *Gottespfennig, Heiligergeistpfennig* у нѣмцевъ, особенно для тѣхъ случаевъ, когда задатокъ шелъ хотя частью въ пользу церкви, *arrhes, Draufgabe, Handgeld*, когда его назначеніе исключительно и вполне свѣтское.

Форма укрѣпленія и обезпеченія договорнаго обязательства посредствомъ задатка носить въ нашей старой практикѣ признаки какъ будто еще болѣе ранней поры развитія, вѣрнѣе — неразвитости договорно-обязательственной сдѣлки, чѣмъ на западѣ.

Мы видимъ во множествѣ нашихъ старинныхъ купчихъ, въ особенности наряду съ указаніемъ цѣны вещи, обыкновенно недвижимости, еще нѣкоторый придатокъ, носящій, какъ сказано было выше, весьма загадочный характеръ. Это какъ будто необходимая принадлежность такихъ сдѣлокъ. Гдѣ нѣтъ при куплѣ-продажѣ особо прибавленнаго къ цѣнѣ вещи подобнаго придатка, тамъ въ купчей находимъ такую оговорку: *а тутъ* (т. е. въ составѣ цѣны) *и пополникъ*¹⁾. И такъ, это въ составѣ купчей осложненіе обязательствъ покупателя въ отношеніи къ продавцу нѣкоторымъ придаткомъ. Въ знакомыхъ намъ образцахъ старой практики такой *пополникъ* или такую *пополнку* составляетъ далеко не всегда додатокъ къ цѣнѣ вещи, образующій затѣмъ общую съ ней сумму, стало быть нѣкоторое количество денегъ (гривень, рублей, кунъ, бѣлокъ), а всего чаще иной объектъ, иногда тоже квантитетъ (пополнка два сугреба желѣза)²⁾, всего же чаще вещь, движимость, определенную индивидуально (конь воронъ, конь рыжъ, свинья пополнка, весьма часто — овца пополнка, куница съ шерстью за овцу, кура пополнка)³⁾.

¹⁾ А. Ю. Новгор. купч. 14 и 15 вв., № 71, V.

²⁾ Тамъ же III.

³⁾ А. Ю. № 71 новгор. купчія XIV и XV вв., II, VI, X, XXVII, XXXI, XXXVI, № 82 и друг.

Какъ это ни трудно, но для исторіи развитія договорнаго права было бы весьма цѣнно приподнять нѣсколько завѣсу, за которой въ этихъ купчихъ скрывается юридическій и практическій смыслъ этой *пополнки*. Быть можетъ этотъ додатокъ къ цѣнѣ вещи въ составѣ купчей способенъ раскрыть намъ такія перспективы въ исторіи обязательственнаго договора, какія въ исторіи договора на западѣ или совѣмъ не видны, или которыя тамъ еще труднѣе различить, чѣмъ у насъ.

Тѣ акты, въ которыхъ мы встрѣчаемъ любопытный прида-токъ къ цѣнѣ, суть всѣ законченные въ своемъ образованіи сдѣлки. Изъ состава нѣкоторыхъ (напр. № 71, V) легко придти къ заключенію, что загадочная пополнка въ этомъ своемъ значеніи додатка къ цѣнѣ является именно послѣ того, какъ вся сдѣлка представляетъ собою законченное договорное обязательство, *negotium* или *actum perfectum*.

Нельзя сомнѣваться въ томъ, что *ранѣе* перфекціи купли-продажи (купчія собственно и служатъ удостовѣреніемъ, что недвижимостъ продана и цѣна получена продавцемъ) пополнка, эта часть послѣ образовавшейся суммы, которая составляетъ цѣну вещи, имѣла не этотъ *смыслъ пополнки*, а именно *значеніе задатка*, врученіе котораго продавцу служило для него матеріальнымъ побужденіемъ выполнить принятое имъ на себя обязательство ¹⁾.

Для историческаго освѣщенія вопроса любопытно, что въ этой функціи задатка, который позже обращается въ придатокъ, въ пополнку, въ нашей старой практикѣ всего чаще встрѣчается не часть цѣны, не деньги, не пфенигъ, не динарій, а вещь, индивидуально опредѣлимая, конь рыжъ, куница съ шерстью и прочее. Обычай такого рода задатковъ уноситъ насъ, какъ

¹⁾ Неволинъ знаетъ пополнку, но разумѣетъ ее только какъ *придаточную плату*, не разъясняя смысла этой двойственности состава цѣны (Истор. рос. Гр. Зак. §§ 407 и 408, стр. 43 и 45, т. V. Полн. Собр. сочин., 1858 г.). Такимъ образомъ, онъ беретъ ее только въ составѣ уже *завершившейся* купчей. Между тѣмъ составъ законченныхъ купчихъ, особенно № 71, V, служитъ намъ въ то же время указаніемъ на тотъ процессъ, который прошла сдѣлка *передъ ея завершеніемъ*. Въ купчей, именно въ указан. образцѣ, цѣна опредѣлена извѣстной суммой, какъ и въ другихъ; но весьма вѣроятно, что раньше уплаты этой суммы *вполнѣ*, о чемъ свидѣлствуетъ купчая, продавцу была вручена *часть ея*, которая теперь, при завершеніи сдѣлки, и зачисляется въ эту сумму, чтобы образовать весь ея составъ. Иначе трудно объяснить смыслъ словъ этой купчей „а тутъ (т.-е. въ составѣ цѣны) и пополонокъ“. Мы считаемъ весьма вѣроятнымъ, что то, что служитъ въ *завершенной сдѣлкѣ* пополнкой цѣны, составляло въ *предшествующей ея стадіи*, которая закрыта отъ насъ окончательной письменной формулировкой сдѣлки, именно *задатокъ*. Вопросъ, конечно, заслуживаетъ самаго тщательнаго и подробнаго изученія, которое не можетъ войти здѣсь въ нашъ планъ. Его слѣдуетъ брать въ связи съ изученіемъ понятія „цѣны“ въ составѣ купчей. Натурально, и пополнка не всегда носила одно и то же значеніе задатка и вознагражденія, въ ней могъ со временемъ рѣзче опредѣлиться смыслъ *вознагражденія* продавца въ особенности.

пережитокъ, въ эпоху мѣнового торга. Историческая перспектива, въ которой является этотъ обычай, еще болѣе глубокая, чѣмъ обмѣнъ денежный. Несомнѣнно, въ этихъ, болѣе отдаленныхъ отъ опредѣлившейся впослѣдствіи формальной силы обязательственнаго договора, условіяхъ, задатокъ имѣлъ еще болѣе смысла и значенія, чѣмъ впослѣдствіи. Мы знаемъ, что впослѣдствіи онъ составляетъ *знаменіе* состоявшагося соглашенія и вмѣстѣ *средство побудить* принявшее на себя обязательство лицо довершить впослѣдствіи это *раctum imperfectum* ¹⁾ настоящимъ выполненіемъ условленнаго дѣйствія.

Въ той отдаленной перспективѣ, въ какой задатокъ является намъ въ старыхъ нашихъ сдѣлкахъ въ значеніи *пополнки*, его юридическій и практическій смыслъ не ограничивается и этими двумя функціями. Когда цѣль достигнута, когда ожидаемая заключительная сдѣлка окончательно состоялась, то задатокъ можно или зачислить въ цѣну вещи, или же потребовать его возврата покупщику, какъ превышающаго цѣну вещи количества, какъ недолжнаго.

То ли мы видимъ въ практикѣ стараго *пополнка*, какъ она является намъ въ старинныхъ нашихъ сдѣлкахъ? Изъ свойства этого придатка, который въ наиболѣе характерныхъ случаяхъ есть вещь совершенно не связанная съ цѣной, а также изъ самаго термина (*пополнокъ*) ²⁾ совершенно ясно, что функція задатка здѣсь не есть только знаменіе или символъ начавшагося реального выполненія обязательства, не есть также только побужденіе къ завершенію, къ перфекціи сдѣлки угрозой невыгодъ, а рядомъ съ этимъ еще иная, природу которой надлежитъ уста-

¹⁾ Носендхрл находитъ эту квалификацію соглашенія, укрѣпленнаго реальной дачей въ виду будущаго дѣйствія обязавшагося, какъ *раctum imperfectum* неправильнымъ, вопреки мнѣнію Arndts'a и друг. (см. стр. 540, пр. 12). Несомнѣнно, что задаточная сдѣлка есть сама по себѣ *раctum perfectum*, но пока она составляетъ средство для послѣдующей окончательной перфекціи купли-продажи и допускаетъ отказъ стороны съ единственнымъ его послѣдствіемъ, потерей задатка, какъ своего рода отступного (отличіе отъ отступного будетъ въ томъ, что отступное не предполагаетъ необходимо реальной дачи *впередъ*, какъ задатокъ), такое выжидательное соглашеніе можно по отношенію къ послѣдующей сдѣлкѣ совершенно правильно квалифицировать какъ *раctum* или *negotium imperfectum* и возникающее изъ него обязательство, какъ *obligatio imperfecta*. Здѣсь будетъ нѣкоторое соотвѣтствіе понятію *lex imperfecta*, тоже неимѣющему свойства законченной обязательности его примѣненія. Именно этотъ смыслъ *не вполне законченнаго договорно-обязательственнаго волеизъявленія* мы и дали задатку въ заглавіи этого параграфа. Задатокъ, какъ *argha poenitentialis*, имѣетъ здѣсь значеніе отступного (Hasenöhrl, § 42).

²⁾ Кажется мужской родъ, *пополнокъ*, правильнѣе употреблять, чѣмъ женскій, *пополнка*. Мейчикъ, впрочемъ, видитъ здѣсь женскій родъ, *пополнку* (см. Грам. XIV и XV в.), также какъ Неволинъ (Ист. Рос. Гр. Зак., ч. III, изд. 58 г., стр. 43 и 45).

новить сообразно культурнымъ для силы договорнаго обязательства условіямъ той отдаленной эпохи.

Эту задачу не мы ставимъ себѣ впервые. Ее уже ставили себѣ и пытались разрѣшить нѣмецкіе историки права для вопросовъ ихъ старой практики ¹⁾. Однако, ихъ памятники даютъ основанія скорѣе для догадокъ, чѣмъ для полнаго освѣщенія вопроса. Дѣло въ томъ, что при слабомъ развитіи формально-обязательной силы договора, кромѣ побужденій къ его выполнению страхомъ потерять задатокъ, привлеченіемъ должна была служить и нѣкоторая *прямая выгода* его выполнить. Можно думать, что къ этой цѣли и шелъ *пополнокъ* или *пополнка*, составлявшая *положительный* придатокъ къ уговоренной цѣнѣ ²⁾. Это *личное удовлетвореніе*, своего рода *премія*, которая вознаграждала продавца за вѣрность слову, за отказъ иначе воспользоваться подлежащей его распоряженію вещью, продать ее другому, за выжидательное состояніе, въ которомъ онъ находился до той поры, пока ему была вручена вся условленная цѣна вещи.

Такое толкованіе задатка, какъ *придатка*, вполне соотвѣтствуетъ духу времени, недостаточно развитой формальной силѣ договорнаго обязательства и находитъ себѣ подтвержденіе въ цѣломъ рядѣ аналогическихъ явленій той же эпохи, во всемъ строѣ правоотношеній того отдаленнаго времени, когда сила права покоилась, несомнѣнно, гораздо болѣе на *личномъ сознаніи должника*, чѣмъ на объективной легальной юридической нормѣ.

Въ исторіи договорнаго обязательства, западные историки отмѣчаютъ, какъ поворотный пунктъ, *процессъ рецепціи* латинскаго права. При этомъ освоеніи чужого права весьма многое въ его строеніи видоизмѣнялось соотвѣтственно историческимъ условіямъ новаго времени. И не смотря на все это, въ общемъ результатѣ рецепціи, культура договорнаго обязательства очень выиграла, очень повысилась сравнительно съ предшествующей

¹⁾ Въ изслѣдованіяхъ этой матеріи мы находимъ лучшія имена нѣмецкой историко-юридической литературы: Sohm'a, Brunner'a, Heusler'a, Stobbe. Есть и отдѣльныя монографіи, посвященныя вопросу о задаткѣ, напр., Jagemann'a *Die Darauflage (arrha)* 1873 г., гдѣ разработана историческая сторона вопроса. Слѣдуетъ особенно принять во вниманіе соображенія Andreas Heusler'a, *Institutionen*, I, § 19 (стр. 84). См. тоже Siegel, *Das Versprechen*.. стр. 33 и слѣд., особ. прим. 17—*pretium implere*, непонятное для автора.

²⁾ Самое понятіе *цѣны* слѣдуетъ не одинаково въ разныя историческія эпохи и включаетъ въ себѣ субъективные моменты, о чемъ позже, въ ученіи о куплѣ-продажѣ; нѣкоторое напоминаніе стараго обычая пополнки, видятъ нынѣ въ *pot de vin*, удержавшемся у французовъ въ ихъ кутюмномъ правѣ, составляющемъ, однако, нормально минимальный придатокъ къ цѣнѣ вещи при куплѣ-продажѣ. У нихъ это выродилось изъ стараго *denier à Dieu*. Не тоже ли въ нѣмецкомъ *Trinkgeld*, который можетъ быть сухимъ, какъ и нашъ *могарычъ*, и составлять тоже придатокъ къ цѣнѣ.

рецепции эпохой. Та *материальная* основа обязательности договорной сделки, которую мы показали выше, разбирая многообразное значение для силы договора реальной дачи, задатка, уступала постепенно место другому взгляду на обязательную силу договора, свойственную более высокому уровню правосознания в латинском мире. Новые народы не восприняли всей системы латинских исковых контрактов с ее расчленениями на вербальные, консензуальные, реальные, безыменные и проч. В реципированной системе, вместо этих расчленений, имевших весь свой исторический смысл в обязательственной системе латинской, все обязательственные договоры суть безобрядные ¹⁾ и собственно консензуальные.

Для измерения успеха в правосознании под влиянием рецепции важно собственно не это. Успех культуры договорного права у новых народов определяется тем, что *формально-обязывающая* сила договора держится с этих пор не на материальной основе, которой принадлежало встарину такое решающее значение, а на простом единении воли договаривающихся лиц. И этот успех, который для западных систем связан в особенности с процессом рецепции, имел, несомненно, для дальнейшей культуры договорного права поворотное значение.

С этим вместе значение реальной дачи, задатка, как очень ходячего в старину способа укреплять или утверждать обязательственную силу договора стала заметно упадать.

Главнейшие кодексы немецкой работы отводят задатку совершенно второстепенное в вопросе об обязывающей силе договора значение. По Прусскому Ландрехту, это только *знамение*, знак (Zeichen) заключение договора, и только в договор о найме прислуги это *форма* заключения сделки, ранее выполнения которой стороны еще не связаны договором. Если это деньги, то сумма задатка должна идти в счет платы по договору (для челядинского договора, Gesindevertrag, — это спорно). Задаток, по правилу, *не имеет значения отступного*. Чтобы дать ему силу отступного, надлежит это особенно выговорить. В задатке, таким образом, *может* заключаться штраф для виноватой в невыполнении обязательства стороны, но *независимо от этого* идет вопрос и о вознаграждении вреда ²⁾.

Австрийский кодекс предоставляет заинтересованному в выполнении обязательства, обеспеченного задатком, когда противная

¹⁾ О спорности выделения группы контрактов реальных было сказано выше.

²⁾ Dernburg, Das Oblig. R. Preussens. II, § 17.

сторона виновна въ его невыполненіи, альтернативу: а) или требовать выполненія, иначе вознаградить вредъ, б) или же удержать за собой задатокъ, если отъ виновнаго невыполненія обязательства (напр. непринятія товара) терпитъ принявшій задатокъ; если же терпитъ вручившій задатокъ, то требовать его вдвое. Такимъ образомъ, задатокъ здѣсь *можетъ имѣть* штрафное дѣйствіе. Это будетъ *arrha poenalis*. Вопросъ объ отступномъ и возможной для задатка именно этой функціи отступнаго, не разрѣшается здѣсь такъ категорически, какъ въ Прусскомъ Ландрехтѣ. Толкователи, однако, тоже допускаютъ для задатка этотъ смыслъ отступнаго, только въ томъ случаѣ, когда это было именно выговорено ¹⁾.

Съ точки зрѣнія этихъ кодексовъ дѣйствіе задатка, какъ отступнаго, представляется совершенно инымъ, чѣмъ это было въ старину. Въ условіяхъ, гдѣ не была выработана общая основа обязательности договора, независимо отъ реальной дачи, задатокъ былъ способомъ *укрѣпить силу договора*. Теперь, когда обязывающая сила договора легально связана съ наличностью простого единенія волеизъявленій сторонъ и вовсе уже не зависитъ отъ реальной дачи, законодатель избѣгаетъ давать ему смыслъ отступнаго, ибо въ этомъ *теперь* заключалось бы *ослабленіе обязывающей силы договора*. Такъ, по крайней мѣрѣ, думаютъ нынѣ весьма авторитетные нѣмецкіе юристы.

И вотъ, на этой же точкѣ зрѣнія стоитъ и новый имперскій гражданскій кодексъ 1896 года. Общая тенденція новаго кодекса въ этомъ ученіи совпадаетъ съ Прусскимъ Ландрехтомъ. Если *при вступленіи* въ договоръ данъ задатокъ, то это лишь *знаменіе* (Zeichen) заключенія договора. *Въ случаяхъ сомнѣній задатокъ не долженъ быть разсматриваемъ какъ отступное* (336). Задатокъ идетъ въ счетъ дѣйствій, къ коимъ обязался выдавшій его; если жъ это не можетъ имѣть мѣста, то задатокъ имѣетъ быть возвращенъ при выполненіи договора. То же слѣдуетъ сдѣлать и въ томъ случаѣ, когда договоръ прекращается (337). При виновномъ со стороны даващаго задатокъ невыполненія обязательства, принявшій задатокъ въ правѣ его удерживать. Если же онъ требуетъ возмѣщенія убытковъ, то задатокъ или идетъ, если это можно, въ счетъ вознагражденія, а если этого нельзя, то подлежитъ возвращенію (338).

Формулировка этихъ положеній въ кодексѣ 96 года несомнѣнно отличается простотой и краткостью.

¹⁾ Hasenöhr, §§ 40 и 42 (стр. 550—553 и 560).

Въ связи съ этими положеніями о задаткѣ (Draufgabe), въ томъ же титулѣ, нѣм. кодексъ разрабатываетъ и положенія о *неустойкѣ* (договорной), рассматривая и ее здѣсь тоже въ ея значеніи *заранѣе* выговоренной, *но не врученной* сторонѣ, суммы, которая составляетъ вознагражденіе убытковъ для вѣрителя и штрафъ для должника за неисправное выполненіе принятаго имъ на себя обязательства. Въ неустойкѣ, даже такъ взятой, есть, несомнѣнно, точки соприкосновенія съ задаткомъ; но отлічіе отъ задатка видно здѣсь, во-первыхъ, въ томъ, что неустойка есть уговоръ о *дачѣ въ будущемъ*, и сверхъ этого въ томъ еще, что неустойка предполагаетъ такое невыполненіе обязательства, которое *вмѣняется должнику въ вину*, а не предоставляется на его усмотрѣніе, какъ при задаткѣ, съ однимъ только условіемъ потери задатка.

Эта угроза отвѣтственностью за убытки или штрафомъ дѣйствительно *усиливаетъ* бдительность должника, побуждаетъ его къ исправности въ соблюденіи принятыхъ на себя обязательствъ.

Договорная неустойка и штрафъ, очевидно, однако, могутъ сопровождать только *вполнѣ завершенную*, законченную договорно-обязательственную сдѣлку, а не такую, которая *еще находится въ процессѣ образованія и допускаетъ отказъ* договаривающихся подъ опасеніемъ потерять только задатокъ. Въ виду этихъ свойствъ неустойки намъ нѣтъ надобности рассматривать ее въ связи съ задаткомъ, какъ это дѣлаетъ нѣмецкій кодексъ.

Нѣмецкій кодексъ, не соединяя съ задаткомъ значенія отступного, если это не выговорено именно сторонами, не отказывается, однако, договаривающимся въ правѣ именно ослабить дѣйствіе договора, дать ему ограниченное, незаконченное обязательственное дѣйствіе, если стороны именно этого хотятъ и прямо выразятъ это въ сдѣлкѣ. Для такого выговореннаго стороною для себя отступленія (Rücktritt) кодексъ разрабатываетъ еще особый рядъ детальныхъ положеній (§§ 346—361). Но и эти положенія опять важны не столько для вопроса насъ здѣсь занимающаго о возникновеніи, сколько для вопроса о *прекращеніи* договорно-обязательственной сдѣлки. Притомъ право отступить отъ договорной сдѣлки характерно *не для строенія договорно-обязательственной сдѣлки вообще*, а лишь для отдѣльныхъ договорно-обязательственныхъ формъ, о чемъ мы будемъ имѣть случай сказать въ своемъ мѣстѣ ¹⁾.

Французскій кодексъ, въ вопросѣ о задаткѣ, не широко, впро-

¹⁾ Ср. особ. Виндшейдъ, Lehrbuch, § 323.

чемъ, разработанномъ, не обнаруживаетъ вовсе того опасенія передъ ослабляющимъ обязывающую силу договора его дѣйствиємъ, какое видно въ кодексахъ нѣмецкаго типа. Наоборотъ, Code civil признаетъ за задаткомъ, и именно въ договорѣ купли-продажи, силу *отступного*, хотя бы это вовсе не было особенно выговорено при его врученіи. Art. 1590 говоритъ: Si la promesse de vendre a été faite avec des arrhes, chacun des contractans est maître de s'en départir. Celui qui les a données en les perdant. — Et celui qui les a reçues en restituant le double.

Смыслъ статьи простъ и ясенъ. Если обѣщаніе продать сопровождалось врученіемъ задатка, то каждая изъ сторонъ *въ правѣ отступить* отъ сдѣлки, вручившая задатокъ сторона, теряя его, а принявшая, выплачивая противнику двойную сумму задатка.

Мы видѣли выше, что этотъ институтъ повсюду развивался какъ обычно-правный съ довольно значительными видоизмѣненіями въ его примѣненіи къ отдѣльнымъ случаямъ. Несомнѣнно, что значеніе *пополнка*, *преміи*, онъ утрачивалъ повсюду, гдѣ поднимался общій уровень сознанія обязательной силы договора, независимо отъ какихъ бы то ни было поощреній. Но, далѣе, для тѣхъ случаевъ, гдѣ обычный смыслъ задатка имѣетъ не это значеніе *преміи*, а *только отступного*, трудно сказать, насколько такое примѣненіе задатка способно именно ослаблять въ общемъ надежность и безвозвратную силу договорныхъ сдѣлокъ, и насколько, наоборотъ, это примѣненіе задатка, какъ отступного, содѣйствуетъ *расширенію* договорнаго обмѣна. Хорошо разработанная система примѣненія задатка, конечно, не произведетъ неблагоприятнаго дѣйствія на сознаніе обязательности договоровъ въ культурномъ обществѣ. Весьма возможно, что опасенія этого рода въ нѣмецкихъ кодексахъ составляютъ результатъ полицейскихъ задачъ, которыя такъ часто вліяли на кодификаціонныя работы въ Германіи. Никто, конечно, не рѣшится утверждать, что подъ дѣйствиємъ art. 1590 Code civ. во Франціи *понижилось уваженіе* къ обязательности договора ¹⁾. Точно такъ же трудно думать, чтобъ уваженіе къ договорамъ въ Германіи находилось въ какой-либо связи съ статьями Прусскаго кодекса или новаго

¹⁾ Французы удержали это кутюмное значеніе задатка какъ отступного вовсе не потому, что *не догадались* насчетъ опасности, которую нынѣ видятъ въ этомъ нѣмецкіе законодатели. Вопросъ этотъ составлялъ въ литературѣ предшествовавшей образованію кодекса предметъ очень горячихъ споровъ. Для краткаго ознакомленія съ этой контроверзой см. Molitor, Les obligations en droit romain avec l'indication des rapports entre la législ. rom. et le droit français, t. I, 2-me édit., стр. 212 и слѣд.

уложенія, принимающими значеніе задатка главнымъ образомъ только какъ знаменія состоявшагося единенія.

Въ исторіи русскаго права изслѣдователи отмѣчаютъ *вымираніе пополнка* уже въ практикѣ XVI вѣка. Составляя чисто—обычно-правный институтъ, пополнокъ вовсе не разрабатывался послѣдующимъ законодательствомъ. Весьма возможно, что причину вымиранія стариннаго обычая *поощряютъ исправность* выполненія договора (особенно купли-продажи), а не угрожать только штрафами, составляетъ повывсившееся, *въ эпоху указной дѣятельности* государства, смѣнившую прежнее господство обычно-правныхъ нормъ, сознаніе обязательности договора, тоже, какъ и на западѣ, независимо отъ какихъ бы то ни было поощреній ¹⁾. Но вмѣстѣ съ пополнкомъ и задатокъ очень мало разрабатывается въ послѣдующемъ правѣ ²⁾. Это объясняется, конечно, не тѣмъ, что задатокъ вышелъ изъ практики, а общимъ состояніемъ нашего позднѣйшаго писаннаго права, особенно гражданскаго, составъ котораго опредѣлялся главнымъ образомъ указами, а не обычно-правными нормами.

Источникомъ дѣйствующаго гражданскаго кодекса въ вопросѣ о задаткѣ служатъ указы девятнадцатаго столѣтія, хотя нѣтъ сомнѣнія, что задатокъ въ разнообразныхъ случаяхъ его примѣненія (особенно въ торгахъ съ наддачей цѣны) практиковался гораздо ранѣе, въ теченіе всего восемнадцатаго вѣка, и изъ этого стараго указнаго матеріала образовались главнымъ образомъ опредѣленія о задаткѣ, особенно при публичныхъ торгахъ въ положеніи о взысканіяхъ гражданскихъ въ составѣ прежней ч. 2-й т. X, нынѣ т. XVI, ч. II (изд. 92 г.), особ. въ ст. 271 и слѣд. названнаго положенія, а также въ уставѣ гражд. судопроизв., ст. 1057 и слѣд. 1161, 1170 и 3, 1176 (съ приведенной по указ. внизу изд. Сенатской практикой ³⁾).

Въ дѣйствующей практикѣ примѣненіе задатка весьма разнообразно, и юридическое значеніе его не сведено къ единству въ разныхъ случаяхъ его примѣненія. Среди этого ничѣмъ необъ-

¹⁾ Вымираніе пополнка г. Мейчикъ относитъ уже къ практикѣ XVI в. (см. особ. его Грамоты XIV и XV. в., стр. 85 и 86). Самому обычаю пополнка названный писатель даетъ весьма остроумное объясненіе, относя его къ переходной эпохѣ отъ оборота мѣноваго къ денежной сдѣлкѣ купли-продажи (для оцѣнки этого предположенія надлежитъ въ особенности прочесть, стр. 86 указ. книги). Это тѣмъ болѣе вѣроятно, что пополнокъ рѣдко составляетъ часть цѣны, а чаще другая вещь, индивидуально, а не количественно опредѣляемая.

²⁾ Объ угрозахъ имущественными потерями для неисправнаго должника мы скажемъ позже. Здѣсь замѣтимъ, что такой угрозой часто служили неустойки, заряды, зарядныя записи, практика которыхъ, однако, мало разработана въ нашей историко-юридической литературѣ.

³⁾ См. особ. частн. изд., составлен. Влад. Гордономъ (1899 г.).

единеннаго понятія, скорѣе даже просто наименованія задатка, мы видимъ его употребленіе для обозначенія безпроцентной ссуды *впередъ* нѣкоторой денежной суммы по договору подряда или поставки подрячику или поставщику. Обыденная рѣчь не выдерживаетъ этого термина и охотно замѣняетъ его другимъ, иноземнымъ, не соотвѣтствующимъ передачѣ латинскаго *argra*, французскаго *arrhes*, а чисто-французскимъ — *авансъ*. Дѣйствительно, съ подлиннымъ понятіемъ *arghes*, задатокъ, эта операція не имѣетъ ничего общаго. Это не есть знаменіе состоявшейся сдѣлки, ибо перфекція договора поставки и подряда, особенно съ казной, гдѣ именно и употребляется терминъ авансъ, есть совершенно другая. Но, засимъ, авансъ не имѣетъ значенія выговореннаго сторонами себѣ *права отступиться* отъ договора цѣной потери задатка или уплатой его вдвое. Дача аванса вовсе не исключаетъ ни неустоекъ, коими можетъ быть обезпечено выполненіе договора, ни иска о вознагражденіи ущербовъ и убытковъ, происшедшихъ отъ виновнаго невыполненія обязательства. Авансъ составляетъ въ этомъ легальномъ его примѣненіи *кредитную операцію*, и весь юридическій эффектъ ея, въ случаѣ надлежащаго выполненія обязательства, будетъ заключаться *въ погашеніи долга послѣдующимъ расчетомъ* съ подрячикомъ или поставщикомъ. Нашъ законъ именуетъ этотъ особый видъ задатка *пособіемъ* отъ казны (полож. о казен. подряд. и поставкахъ ст. 27; пособие это безпроцентное, но обезпеченное залогами), *денежной ссудой, выдачей впередъ* (авансъ) части договорной платы, то же, однако, и задаткомъ (ст. 28). Юридическое дѣйствіе такого аванса определяется нашимъ закономъ въ указанныхъ нами выше чертахъ въ ст. 29 п. 2, 36, 43, 188 и 208. Полож. о казен. подряд. въ особенности.

За выдѣленіемъ этого специфическаго смысла задатка, какъ аванса, намъ надлежитъ установить его значеніе въ болѣе широкомъ примѣненіи *общаго способа знаменовать* состоявшееся договорное единеніе сторонъ и нерѣдко, на ряду съ этими, *гарантировать* стороны отъ опасности безнаказаннаго отступленія отъ обязательства и связанныхъ съ этими убытковъ.

Задатокъ въ этомъ общемъ значеніи примѣняется по дѣйствующему законодательству къ цѣлому ряду договорныхъ сдѣлокъ. Таковъ въ особенности договоръ личнаго найма. Въ большемъ разнообразіи сдѣлокъ этой категоріи (см. т. X ч. 1 ст. 2201 примѣч., по Продолж. 1895 г.) врученіе задатка служитъ иногда именно *признакомъ* окончательно закрѣпленнаго соглашенія (см. также уст. Торг. стт. 265 и 267—269, гдѣ требуется не только

подписанія договора, но сверхъ того врученія задатка, чтобы имѣть право потребовать на судно водоходца или корабельнаго служителя съ содѣйствіемъ полиціи; иначе въ уст. горн., гдѣ для найма горнорабочихъ на частн. золотые промыслы договоры могутъ быть и словесные, но тоже съ выдачей задатка, см. Уст. Горн. Прилож. къ ст. 661 по Прод. 95 г., стт. 6, 13). Правила эти не объединены, что, несомнѣнно, много цѣлесообразнѣе въ виду большого разнообразія условій осуществленія взаимныхъ притязаній сторонъ, чѣмъ механическое подчиненіе всего разнообразія этихъ жизненныхъ отношеній одному шаблону. Побѣдоносцевъ справедливо замѣчаетъ, что путемъ врученія задатка предприниматель нерѣдко ищетъ еще и *обзадачить* рабочаго, *связывая его этимъ способомъ* (Курсъ 3-ій 2 ч. изд. 90 г., стр. 294), конечно, вѣрнѣе всякихъ иныхъ обрядностей. Получается, въ результатѣ, своего рода кабала, чему, какъ справедливо думаетъ Побѣдоносцевъ, подтвержденіемъ могутъ служить и наше обычное право ¹⁾. Законодательство, однако, особенно

¹⁾ См. тамъ же Курсъ Побѣдоносцева III, стр. 294, съ указаніями на *обычное право*, какъ на источникъ нормъ для этого вида повседневныхъ сдѣлокъ, особенно предпринимателей съ рабочими. Несомнѣнно, источникъ этотъ очень цѣнный, особенно для этого рода проблемъ. Къ тому времени, когда у насъ была поставлена задача пересмотра гражданского законодательства, къ этому источнику стали обращаться очень часто и не безъ поспѣшности принялись обобщать собранныя наблюденія. Иногда результаты получались совершенно неожиданные. Оказывалось, напр., что нормы обычно-правныя очень близко походятъ на легальныя, тогда какъ всѣмъ хорошо извѣстно, что основу нашего законодательства дали указыныя нормы, а не обычно-правныя. Такой собственно неожиданный и довольно банальный результатъ условливался несомнѣнно свойствомъ матеріала подлежаващаго изученію, въ составъ котораго входили далеко не всегда личныя наблюденія самого изслѣдователя, а чаще всего готовые труды какихъ-либо официальныхъ комиссій, работавшихъ обыкновенно наскоро и не имѣвшихъ вовсе въ виду именно изученія обычного права (какъ это видно, напр., на извѣстныхъ трудахъ комиссіи по преобразованію волостныхъ судовъ). Неожиданныя черты сходства легальныхъ и обычныхъ нормъ въ рѣшеніяхъ волостныхъ судовъ легко могли составлять результатъ мастерства волостныхъ писарей, ихъ вліянія на рѣшенія судовъ, а вовсе не обычныхъ правовозрѣній народа. Такой матеріалъ при неподходящей къ дѣлу механической его обработкѣ по готовому шаблону еще болѣе обезцвѣчивался и утрачивалъ весь свой жизненный смыслъ. Для оцѣнки трудовъ, очень различнаго достоинства, въ этой области мы имѣемъ въ недавнемъ изданіи Е. И. Якушкина „Обычное право“, особенно въ вып. II этого изд., 1896 г., (особенно въ обширномъ предисловіи, I—XXXVII) ничѣмъ незамѣнимое руководство. Натурально, впереди другихъ должны быть поставлены работы, основанныя на личныхъ наблюденіяхъ изслѣдователей, тщательно провѣренныя по даннымъ продолжительной практики и правильно освѣщенныя исторической критикой явленія. Работы такого рода могутъ быть выполнены съ успѣхомъ конечно только въ очень опредѣленныхъ, тѣсныхъ рамкахъ наблюденія и первоначально способны освѣщать вопросы только локальнаго, а вовсе не общаго значенія. Весьма цѣнныхъ наблюденій этого рода указано не мало въ назв. трудѣ Якушкина. Случается, однако, что и самые почтенные изслѣдователи не умѣютъ вполнѣ воздержаться отъ слишкомъ поспѣшныхъ обобщеній. Такъ, напр., Костровъ, въ результатѣ изслѣдованія мѣстныхъ обычаевъ старожиловъ Тобольской губерніи, заключаетъ, что *выдача задатка употреби-*

въ последнее время, ищетъ ввести эти *обзадачиванія*, имѣющія, конечно, больше характеръ экономическаго, чѣмъ правомѣрнаго насилія, въ возможно тѣсныя предѣлы. Въ приведенныхъ сейчасъ образцахъ новаго движенія нашего законодательства значеніе задатка и какъ знаменія, и какъ средства укрѣпленія сдѣлки хотя не отвергнуто, но введено въ границы именно въ смыслѣ устраненія злоупотребленій этимъ *обзадачиваньемъ* нуждающихся людей. На ряду съ задаткомъ способомъ перфекціи сдѣлки съ обрядной стороны служить и *письмо*, и вмѣстѣ съ этимъ для *размѣровъ задатка указаны границы*. Въ приведенныхъ выше примѣрахъ по уст. торгов. размѣръ задатка для водоходцевъ есть плата за мѣсяцъ, если уговоръ помѣсячный, и одна четверть, если водоходецъ нанятъ на весь путь (ст. 265); по уст. горн. при задѣльной платѣ задатокъ не долженъ превышать ста рублей, въ другихъ случаяхъ одной трети годовой наемной платы (ст. 13). При этомъ, уст. о промышл. за выданныя впередъ деньги при расчетахъ не допускаетъ вычета разомъ большихъ суммъ, а въ предѣлахъ лишь одной трети съ причитающейся выдачи для холостого и одной четверти для женатаго или вдоваго рабочаго съ дѣтьми (ст. 100 и дополн. по Прод. 95 г.).

Вмѣстѣ съ этими вполне цѣлесообразными гарантіями договаривающихся отъ слишкомъ тяжкихъ послѣдствій *обзадачиванья*, особенно людей нуждающихся въ пользу предпринимателей, которыя находимъ въ новыхъ *спеціальныхъ положеніяхъ*, дѣйствующія *общія нормы* заключаетъ въ себѣ еще и понынѣ такіе остатки старины, которые ждутъ своего упраздненія или исправленія. Такимъ образомъ, рядъ статей X т. ч. 1 допускаетъ еще и нынѣ нѣкоторый родъ задатка—пособія, или *аванса*, притомъ не без-

тельна при всѣхъ договорахъ. Несомнѣнно, однако, что не всѣ договоры возмездны и не всѣ имѣютъ обязательственное дѣйствіе (подробныя указанія содержанія этой почтенной работы см. у Якушкина № 2289).—Объяснительная записка къ проекту V книги ссылается между прочимъ и на нѣкоторыя работы по обычному праву, особенно на тѣ, которыя заранѣе принаровлялись къ задачамъ кодификаціи, собственно безъ всякихъ послѣдствій для самаго проекта, ибо весь проектъ совершенно не соображенъ не только съ русскимъ обычнымъ правомъ, но ниже съ русскимъ законодательствомъ, старымъ и новымъ, которое все огуломъ осуждено какъ *несправедливое*, устарѣлое, противорѣчивое и проч. (Объясненіе I, Введеніе, стр. 1).—Натурально и приведенное нами въ текстѣ движеніе новаго законодательства по занимающему насъ вопросу (особ. прод. 1895 г.) только тогда достигнетъ своей цѣли, когда дѣйствительно войдетъ въ жизнь, а не останется мертвой буквой. Прослѣдить за этимъ процессомъ освоенія подобныхъ нормъ жизнью составляетъ задачу для круга лицъ, привыкшихъ къ наблюденіямъ этого рода, отнюдь не менѣе важную, чѣмъ раскрытіе старыхъ обычаевъ, господствующихъ въ юридической практикѣ. Новыя законодательныя положенія нерѣдко напоминаютъ, что отреченіе отъ легальныхъ гарантій договаривающихся, которое такъ часто практиковалось въ старое время (напр., въ уставахъ старыхъ артелей), безсильно въ глазахъ закона.

процентнаго, какъ для подрядчиковъ, и въ договорахъ съ рабочими *въ заживъ*. Все противодѣйствіе законодателя закабаленію состоитъ лишь въ ограниченіи срока такого найма пятью годами (стт. 2214, 2215, 2239).

На ряду съ этимъ довольно гибкимъ значеніемъ задатка въ договорѣ личнаго найма дѣйствующее законодательство, въ рядѣ статей стараго указнаго происхожденія, притомъ крайне неловко выраженныхъ, даетъ задатку опять смыслъ *только знаменія состоявшагося договора*, именно при *куплѣ движимости*. Случай, который имѣетъ въ виду ст. 1513, предполагаетъ врученіе задатка (или всѣхъ денегъ; вмѣсто денегъ было бы для договора купли-продажи умѣстнѣе сказать *всей цѣны*) продавцу, который затѣмъ отказывается выполнить обязательство, т.-е. традировать вещь (*отдавать не будетъ* по выраженію показан. статьи, видя въ цѣнѣ возвышеніе...) Вопросъ въ послѣдствіяхъ невыполненія обязательства. Законъ рѣшаетъ его съ кажущейся простотой: продавецъ вынуждается къ *отдачѣ* вещи *судомъ по условленной цѣнѣ*. Задатокъ здѣсь, очевидно, не есть ни отступное, ни неустойка, а только *знаменіе* состоявшагося договора. При другой гипотезѣ, тоже мало вѣроятной, когда принятый уже покупщикомъ товаръ окажется ниже образца, дѣйствіе договорнаго обязательства, конечно, по требованію покупателя, обезсиливается судомъ, и продавецъ обязывается принять товаръ обратно съ возвращеніемъ задатка покупщику (ст. 1518). Здѣсь опять задатокъ не имѣетъ никакой юридической функціи, кромѣ служебной, знаменующей только заключеніе договора и ничего болѣе.

Очевидно, что ни въ первомъ случаѣ (задатокъ-ссуда, авансъ), ни во второмъ (задатокъ-знаменіе), *специфическая и самобытная договорно-обязательственная функція* задатка не выступила еще въ достаточной степени.

Но этими двумя случаями примѣненія наша дѣйствующая система и не ограничивается по отношенію къ задатку. Въ нашей практикѣ уже издавна установился *обрядъ публичной продажи вещей*, особенно недвижимостей, посредствомъ *наддачи*, т.-е. повышенія объявленной продавцемъ цѣны кругомъ лицъ, ищущихъ купить продаваемое *съ молотка* имѣніе ¹⁾. Что бы ни

¹⁾ Терминъ *наддача* встрѣчается уже въ Улож. Царя А. М. (гл. XVII ст. 21, гдѣ установлена особая пошлина по сдачамъ на откупъ посредствомъ наддачи разныхъ казен. сборовъ; наддача означаетъ еще прибавку къ земельному окладу служилыхъ людей, см., напр., П. С. З. № 830). Обрядъ сдачи на откупъ и продажи черезъ наддачу, то, что позже называлось аукціономъ, по Адмиралт. реглам. опредѣлялся сгораніемъ свѣчи, что было впослѣдствіи замѣнено указаніемъ часа, до коего имѣетъ длиться торгъ (тамъ же № 6524).

составляло предметъ публичнаго торга, цѣль аукціонной операціи будетъ всегда заключаться въ привлеченіи возможно бѣльшаго количества конкурентовъ для повышенія цѣны, и въ извѣстныхъ случаяхъ (сдача работъ, поставка товара) ея пониженія. Въ случаяхъ продажи съ аукціона въ расчетѣ продавца будетъ всегда допустить къ торгу возможно больше конкурентовъ и поставить для этого заключеніе сдѣлки въ возможно болѣе льготныя для широкаго круга лицъ условія. Цѣль будетъ достигнута, если къ торгу явятся не только тѣ лица, которыя *сейчасъ способны внести всю цѣну* идущаго съ молотка имущества, но и тѣ, которыя могутъ немедленно произвести уплату лишь *нѣкоторой доли*, опредѣлившейся черезъ наддачу цѣны. Доля цѣны, имѣющей санкціонировать состоявшееся между сторонами (покупщикомъ и аукціонистомъ) договорное единеніе, не должна быть ничтожной, чтобы не открывать, цѣной небольшого риска, легкой возможности сорвать аукціонъ. Отыскивая подходящую середину между слишкомъ высокимъ и слишкомъ низкимъ ея размѣромъ, нашъ законодатель опредѣляетъ ее для продажи съ молотка *движимостей* размѣромъ одной *двадцатой*, для *недвижимостей* одной *десятой* доли состоявшейся цѣны.

Эта доля цѣны имѣетъ быть *тотчасъ внесена*, иначе аукціонъ будетъ продолжаться. Нашъ законодатель называетъ эту долю цѣны *тоже задаткомъ*. Но юридическое значеніе ея не есть ни только признакъ заключеннаго договора, ни еще менѣе авансъ. Чтобы опредѣлить именно юридическій смыслъ этого рода задатка, слѣдуетъ имѣть въ виду альтернативу, которую можетъ принять дальнѣйшее развитіе сдѣлки. Операція продажи недвижимостей станетъ *безповоротной*, если покупатель внесетъ *въ теченіе 15 дней* остальную часть цѣны проданной съ молотка *недвижимости*, или не позже *12 ч. утра* слѣдующаго дня всю цѣну купленной имъ *движимости*. Это одинъ исходъ. Задатокъ въ этомъ случаѣ будетъ *зачтенъ* въ составъ цѣны проданнаго имущества. Это *не придатокъ*, не пополнокъ, а лишь уплата всей состоявшейся цѣны *вещи*. Такой исходъ наиболѣе обычный и наименѣе характерный для юридическаго строенія задатка при аукціонѣ.

Другая альтернатива будетъ состоять въ томъ, что покупатель не будетъ въ силахъ или не захочетъ внести всей цѣны вещи. Въ такомъ случаѣ, совершенно согласно основной тенденціи этого способа торга, купленная вещь *не будетъ навязана по-*

Продажа съ молотка (subhastatio) составляетъ тоже ходячій терминъ еще въ XVIII в. (тамъ же № 5858).

купщику, какъ это постановляетъ ст. 1513 т. X ч. 1 для простой купли движимостей; наоборотъ, покупщику предоставляется *отступить* отъ несомнѣнно состоявшагося договора *цѣной утраты внесеннаго имъ задатка* ¹⁾.

Безъ всякаго особаго уговора на этотъ счетъ, прямо по свойству дѣла, задатокъ имѣетъ здѣсь юридическій смыслъ *заранѣе выговореннаго для покупщика права отстать*, отступить отъ сдѣлки, *ничѣмъ не мотивируя* этого отказа и *не отвѣчая*, кромѣ потери задатка, ничѣмъ за невыгоды и убытки, которые могутъ отъ этого послѣдовать для продавца. Съ другой стороны, *продавецъ*, если онъ не отказывается отъ этого обогащенія насчетъ покупщика, не обязанъ допускать нарушенія договора безмездно и *не можетъ требовать больше того, что поступило въ задатокъ*, имѣющій свойство отступного.

Понятіе *отступного* въ практикѣ нашихъ сдѣлокъ связано не съ этимъ только явленіемъ *впередъ внесенной* при аукціонѣ доли состоявшейся цѣны. Отступнымъ называютъ также ту плату, которую предлагаютъ *стакнувшіеся конкуренты* сопернику, котораго они хотятъ устранить отъ конкуренціи. На ряду съ этимъ *отступнымъ* называется не только эта внесенная при совершеніи сдѣлки *реально* часть состоявшейся цѣны, а тоже и *условленная* лишь за могущій послѣдовать позже отказъ отъ исполненія договорнаго обязательства *плата*, замѣняющая для кредитора интересъ его исполненія.

Въ послѣднемъ случаѣ мы имѣемъ не задатокъ, а *уговоръ объ отступномъ*, т.-е. на ряду съ главнымъ договоромъ вспомо- гательный или разрѣшительный тоже обязательственный договоръ, допускающій *альтернативу выполненія* принятаго на себя обязательства (эта альтернатива именно *не въ обязательствѣ*, не *in obligatione*, а *въ исполненіи*, *in solutione* ²⁾).

Случаи такой альтернативы и купли съ *задаткомъ-отступнымъ* имѣютъ очень широкое примѣненіе въ сдѣлкахъ общаго и торговаго права какъ на западѣ, такъ и у насъ. Во всѣхъ этихъ случаяхъ видна нѣкоторая двойственность, нерѣшительность, незаконченность волеизъявленія, допускающаго поворотъ, отказъ отъ состоявшагося уже единенія, входящій какъ *конститутивный мо-*

¹⁾ См. указан. выше Положеніе о взысканіяхъ въ составѣ т. XVI ч. 2-ой ст. 271 и слѣд., а также Уст. Гражд. Судопр. стт. 1057 и слѣд., 1161, 1170 п. 3, 1176.

²⁾ Въ старой письменности словомъ *отступился*, *отступная грамота* обозначается вообще отказъ или отреченіе отъ какого-либо права (А. Ю. № 23; также у Мейчика, гл. 5 и 8), отъ права соучастія въ выгодахъ, въ наслѣдованіи, отъ права выкупа и проч.

ментъ въ самый составъ сделки, при самомъ ея заключеніи. Собственно, для понятія договора, какъ мы старались его установить выше, необходима *promissio asserpta*. Принятіе оферты можетъ быть условное, срочное. Это видоизмѣняетъ строеніе договора, сделки вообще; но не измѣняетъ свойства ея законченности съ субъективной точки зрѣнія. На ряду съ такимъ *negotium perfectum* практика развила рассматриваемый здѣсь особый видъ не вполне законченной договорно обязательственной формы, гдѣ на волю стороны предоставлено отступить отъ состоявшагося единенія, или отказываясь отъ впередъ уплаченнаго задатка, или выплачивая заранѣе выговоренную сумму, какъ нѣкоторую пеню нерѣшительности, расплату за порывъ, неприведшій къ цѣли. Нѣмцы прекрасно именуютъ этотъ особый видъ штрафа терминомъ *Reugeld*, отъ *reuen*, раскаиваться, или *Wandelpön* отъ *wandeln* — странствовать, *Wandelbarkeit* — непостоянство, превратность. Если штрафная сумма внесена впередъ, — это *задатокъ*. Если она только выговорена на случай отказа (отплатки, въ старой терминологіи), — это *договоръ объ отступномъ*.

Слѣдуетъ ли допускать въ практикѣ такіа незаконченные договорно-обязательственные формы, — это вопросъ гражданской политики. Современная практика допускаетъ этотъ способъ вступленія въ договорную сделку не только тамъ, гдѣ надо привлечь возможно большее число конкурентовъ для подъема или пониженія цѣны, но и въ другихъ случаяхъ, съ расчетомъ *ограничить рискъ* тамъ, гдѣ безъ подобнаго ограниченія расплата за порывъ угрожала бы неизмѣримо большей опасностью. Таковы особенно биржевыя сделки, объектомъ коихъ служатъ цѣнности, подверженные значительнымъ колебаніямъ. Чтобы ограничить рискъ такой *сделки на срокъ*, покупатель выговариваетъ себѣ право отступить отъ принятія упавшаго въ цѣнѣ товара (или уплаты всей разницы, образовавшейся вслѣдствіе паденія цѣны), внося вмѣсто этого только условленную премію, *Reugeld*, *Wandelpön*, или тѣя задатокъ, врученный въ этихъ видахъ поставщику при заключеніи сделки. Это у нѣмцевъ *Vorprämiengeschäft*. Тоже, въ обратномъ смыслѣ, для ограниченія риска *продавца*, которому предоставлено ограничить рискъ повышенія цѣны на подлежащій поставкѣ товаръ, такой же преміей, которую нѣмцы называютъ *Rückprämiengeschäft* ¹⁾,

¹⁾ Здѣсь только общее понятіе; подробности въ торговомъ правѣ. См. Lyon-Caen, *Traité de droit commercial*, t. 4 (изд. 2-ое) § 960 и слѣд. 988 и слѣд. (*Nature juridique des reports*). Здѣсь обильныя литературныя указанія и со поставленіе иностранныхъ законодательствъ. То же кратко въ *Manuel de droit commerc.* того же автора 4-me édit. § 838 и слѣд. То же по-нѣмецки у Gareis,

Гдѣ бы и съ какою бы цѣлью ни производились подобныя осложненія сдѣлокъ обязательственно-договорныхъ съ *разрѣшительнымъ эффектомъ задатка* или уговора объ отступномъ, ихъ слѣдуетъ строго различать отъ сдѣлокъ осложненныхъ *договорными неустойками*.

Неустойка присоединяется къ договорной сдѣлкѣ *вполнѣ законченной* въ смыслѣ ея обязательственнаго эффекта, *negotium perfectum*, безповоротной для оферента и акцептанта. Если задатокъ, какъ было выше видно, полезенъ въ цѣляхъ *расширенія круга лицъ*, конкурирующихъ въ одной операціи, если связь, *juris vinculum*, въ которую вступаютъ лица *въ договоръ рисковомъ*, умѣстно сдѣлать въ извѣстной степени *разрѣшимой*, то, наоборотъ, неустойка существуетъ для *самаго рѣшительнаго противодѣйствія всякимъ колебаніямъ*. Дѣйствующее законодательство такъ и понимаетъ тенденцію неустойки. Неустойка включается въ договоръ для *подкрѣпленія силы домовыхъ обязательствъ* (ст. 1583). По мѣстнымъ законамъ Черниговской и Полтавской губерн. количество неустойки не должно превышать суммы самого обязательства (1584). По общему праву не существуетъ и этого ограниченія для договорной неустойки, тогда какъ для задатка, какъ было показано выше, это количество нормально для сдѣлокъ по движимостямъ есть $\frac{1}{20}$, по недвижимостямъ $\frac{1}{10}$ ихъ покупной цѣны. Совершенно ясно, что *задача неустойки и ея тенденціи есть совершенно обратная тенденціи задатка*. Если позволено сравненіе, неустойка связываетъ волю сторонъ въ неразрѣшимое одиначество, подобно неразрѣшимоу соединенію двухъ металловъ посредствомъ ихъковки, *ferruminatio*. Наоборотъ, задатокъ дѣлаетъ эту связь именно легко разрѣшимой, какъ въ простой спайкѣ, *adplumbatio*, которую латинскіе юристы противопоставляютъ ковкѣ, давая этой формѣ сочетанія вещей смыслъ именно *разрѣшимаго, несовершеннаго* сочетанія, когда двѣ вещи, или, какъ здѣсь, двѣ воли не вполнѣ слились воедино, тогда какъковка изъ двухъ вещей раздѣльныхъ образуетъ новую, *res unita*, какъ и въ законченномъ договорѣ изъ двухъ волей возникаетъ нѣчто новое, поглощающее эту двойственность неразрѣшимое одиначество.

Несомнѣнно, что и тотъ и другой способъ сочетанія двухъ волей въ договорномъ обязательствѣ, какъ и въ сочетаніи вещей, имѣетъ, въ различномъ примѣненіи, каждый свой смыслъ, свое

Das Deutsche Handelsrecht (kurzgefasstes Lehrbuch) § 62 и слѣд. То же въ различн. отечествен. учебникахъ торговаго права и у проф. Невзорова, Русскія биржи. Юрьевъ. Вып. I—III.

техническое и практическое достоинство и значеніе. Наше право, какъ и право классическое, знаетъ хорошо оба приѣма сочетаній, оба техническіе метода. Но, несомнѣнно, тамъ, гдѣ обязательство есть *само себѣ цѣль*, гдѣ связь договорно-обязательственная устойчива, неподвижна, тамъ и метода сочетанія есть *болѣе законченная, неразрѣшимая*, какъ въ латинской стипуляціи. Наоборотъ, въ условіяхъ, гдѣ обязательство составляетъ скорѣе *средство для внѣ его лежащихъ цѣлей*, гдѣ задача массы обязательственныхъ отношеній есть обмѣнъ ихъ же самихъ, движеніе, тамъ и конструкція обязательственного договора тоже, конечно, не можетъ не отражать на себѣ этихъ свойствъ обязательственной системы и должна допускать въ болѣе широкомъ примѣненіи методу *сочетаній болѣе легкихъ, менѣе законченныхъ, легче разрѣшимыхъ*, каковыми будутъ договорныя сдѣлки съ задаткомъ, имѣющимъ эффектъ отступного, разрѣшительный, цѣною сравнительно небольшого штрафа, связаннаго съ колебаніемъ воли, съ правомъ односторонняго отказа отъ обязательственного договора. — То что подобныя сдѣлки *теряютъ въ прочности*, въ неизблѣмости ихъ построенія, то онѣ *выигрываютъ въ широтѣ ихъ примѣненія, въ ихъ подвижности*.

Различіе задатка и отступного или задатка въ роли отступного отъ неустойки ¹⁾, существенно не только для вопроса о вліяніи того и другого на силу договорнаго единенія, которая есть укрѣпляющая при неустойкѣ и разрѣшающая при задаткѣ; оно существенно также и въ самомъ основаніи примѣненія той и другой мѣры къ случаямъ неисполненія принятыхъ на себя стороною обязательствъ. Отказъ *обѣихъ сторонъ* отъ договора (*mutuus dissensus* или *consensus contrarius*) несомнѣнно одинаково способенъ устранить всякую отвѣтственность за невыполненіе обязательствъ, укрѣпленныхъ неустойкой или сопровождаемыхъ задаткомъ. Неустойки въ этихъ случаяхъ нельзя взыскивать, а задатокъ слѣдуетъ возвратить. То же имѣетъ мѣсто и при наступившей впослѣдствіи невозможности выполнить обязательственное дѣйствіе.

Но за этими общими способами разрѣшенія силы договорныхъ обязательствъ слѣдуютъ существенныя различія основаній взысканія неустойки или потери задатка. Въ виду того, что строеніе неустойки направлено на понужденіе должника выполнить ею укрѣпленное обязательство, задача взысканія будетъ направ-

¹⁾ Мы обходимъ пока историческую сторону вопроса, которая очень любопытна, но мало разработана нашими историками права. Неустойку старыя сдѣлки именуютъ *нерѣдко зарядомъ*.

лена къ установленію момента *неисправности* (ст. 1574), стало быть, *вмѣнимой должнику виновности* въ неисполненіи обязательства и соотвѣтственно этому взысканія не только неустойки, но, эвентуально, и убытковъ, которые понесъ вѣритель отъ виновнаго невыполненія обязательства (ст. 1585). Натурально, отсутствіе момента виновности невыполненія обязательства, укрѣпленнаго неустойкой, необходимо устраняетъ и вопросъ объ отвѣтственности ¹⁾.

Совершенно иначе строится вопросъ о потерѣ задатка. Здѣсь вовсе нѣтъ цѣли настаивать на выполненіи главнаго обязательства, взыскивать убытки, опредѣлять мѣру виновности, мѣру отвѣтственности. Въ этой комбинаціи отказъ отъ выполненія принятаго на себя обязательства составляетъ заранѣе выговоренное себѣ должникомъ право, и, не выполняя этого обязательства, должникъ не отвѣчаетъ ни за что и ничѣмъ, кромѣ заранѣе врученной суммы или той суммы отступного, которую выплатить онъ обязался въ случаѣ отказа отъ выполненія подлиннаго обязательственнаго дѣйствія.

Мы разсмотрѣли, такимъ образомъ, задатокъ въ разныхъ его функціяхъ, *знаменія сдѣлки, аванса, отступного* въ одностороннемъ договорно-обязательственномъ отношеніи.

Но законодательство наше знаетъ еще очень важную функцію задатка въ договорно-обязательственныхъ отношеніяхъ *характера обоюднаго*, гдѣ стороны взаимно принимаютъ на себя выполненіе извѣстныхъ обязательствъ (*synallagma, ultro citroque obligatio, contrat synallagmatique ou bilatéral* по Code civ. art. 1102, ср. fr. 7 § 2 D. 2. 14); у насъ порядокъ *обоюднаго* приобрѣтенія правъ на имущества, т. X, кн. третьей, Разд. III. Договорныя обязательства этой категоріи (по Code civ. особенно купля-продажа, у насъ не только купля-продажа, но и договоръ запродажи) могутъ быть совершаемы врученіемъ задатка. Такимъ задаткомъ обыкновенно сопровождаются *предварительныя условія* о совершеніи формальной запродажной записи (тоже обыкновенно сопровождаемой неустойкой) или купчей крѣпости (ст. 1685). Для удостовѣренія такого *предварительнаго* договора не достаточно простого словеснаго волеизъявленія сторонъ, сопровождаемаго врученіемъ задатка, а необходима выдача со стороны продавца покупщику *задаточной росписки* (тамъ же).

Конституированное, такимъ образомъ, обязательство крайне

¹⁾ По этому предмету, коего мы коснемся еще въ другомъ мѣстѣ, въ послѣднее время мы имѣемъ цѣнную монографію М. Я. Пергамента, Договорная неустойка и интересъ въ римскомъ и современномъ правѣ. Одесса, 1899 г.

любопытно по своему строению и дѣйствию и въ этомъ смыслѣ очень близко сходится съ приведенной выше art. 1590 Code civil.

Особенность строенія этой формы заключается въ томъ, что для одной стороны, покупателя, это есть задатокъ въ точномъ смыслѣ слова, т.е. *дача впередъ* извѣстной суммы денегъ (или другихъ квантитетовъ), а для другой—задатокъ будетъ лишь той же суммой, количествомъ, которою другая сторона, продавецъ, *только обязуется удовлетворить* покупателя за свой отказъ выполнить свое обязательство, безъ всякой реальной дачи. Такимъ образомъ, для обѣихъ сторонъ это будетъ лишь *одинаковая сумма отступного*, которая идетъ въ пользу того, кто потерпитъ отъ отказа контрагента выполнить договоренное дѣйствіе. Статья 1688, т. X, ч. 1 выражаетъ ту же идею задатка-отступного, какую находимъ въ 1590 art. Code, но, къ сожалѣнію, трактуетъ одновременно задатокъ и неустойку, чѣмъ отличается отъ Code civil и, конечно, способствуетъ скорѣе смѣшенію, чѣмъ различенію этихъ существенно разныхъ понятій. То что можно извлечь изъ ст. 1688 именно для *задатка отступного* такъ же просто и понятно, какъ французскій art. 1590. Мысль такая: если отъ совершенія формальнаго акта (купчей крѣпости или запродажной записи) *откажется* продавецъ, то онъ *обязанъ возвратить* задатокъ *въ двойномъ количествѣ*. Итакъ, для продавца это *есть обязательство*, принятое имъ на себя на случай отказа отъ выполненія главнаго обязательственнаго дѣйствія. Если же, продолжаетъ ст. 1688, помянутые акты не будутъ совершены вслѣдствіе отказа покупателя, то онъ теряетъ свой задатокъ. Отличіе ст. 1688 отъ art. 1590 Code civil въ томъ только, что art. 1590 выражается не только совершенно опредѣленно, но и коротко, не смѣшивая двухъ разныхъ вещей, чѣмъ, несомнѣнно, весьма облегчаетъ анализъ не всегда легкихъ проблемъ договорной практики.

Въ нашу статью 1688, кромѣ *права отказаться*, отступить, вплетена еще возможная *виновность* невыполненія обязательства, а затѣмъ еще и срокъ, въ который имѣло послѣдовать выполненіе. Это очень спутываетъ простое понятіе задатка—отступного съ неустойкой, гдѣ элементъ виновности существененъ вообще, и съ запродажной записью, которой дѣйствіе есть въ нашемъ законодательствѣ (по особымъ соображеніямъ, о чемъ позже) всегда срочное.

Несмотря, однако, на этотъ недостатокъ анализа и кодификаціонныя осложненія, нѣтъ никакого основанія заключать, что теперешнее наше законодательство не хочетъ различить задатка-от-

ступного въ этомъ его примѣненіи къ обоюднымъ обязательствамъ отъ неустойки ¹⁾. Если въ указанныхъ статьяхъ сторона *отказывается* отъ выполненія обязательства, отвѣчая только задаткомъ, то, несомнѣнно, здѣсь скрывается разрѣшающій или ослабляющій для обязательства (ст. 569) эффектъ задатка. Таковъ собственно и есть и долженъ быть специфическій его эффектъ. На ряду съ задаткомъ, но съ тенденціей прямо ему противоположной, наше законодательство знаетъ, въ составѣ договорной сдѣлки, и неустойку. Она вовсе не гарантируетъ договорившемуся возможность или право *отказаться* отъ исполненія, какъ задатокъ; а наоборотъ, включается въ договоръ *въ подкрѣпленіе силы договорныхъ обязательствъ* (ст. 1583 и слѣд., ср. ст. 569). Неустойка взыскивается *съ виновнаго* въ невыполненіи или въ неисправномъ выполненіи обязательства. Но независимо отъ неустойки стороны въ правѣ требовать выполненія и самаго договорнаго обязательства, которое и при взысканіи неустойки остается въ своей силѣ (ст. 1585). Это, такъ сказать, антидотъ поползка. Пополнокъ идетъ сверхъ цѣны въ пользу *исправнаго* должника, какъ настоящая награда. Неустойка падаетъ *на виновнаго* сверхъ выполненія обязательства, какъ *настоящее наказаніе*, какъ настоящій штрафъ за вину, а не вознагражденіе только за убытокъ (ст. 1585).

Правда, возможно особымъ соглашеніемъ неустойку поставить *взаимнѣ* выполненія главнаго обязательства. Но для этого *замѣняющаго* эффекта во всякомъ случаѣ, при современномъ состояніи законодательства, полезно именно къ этому направленное волеизъявленіе сторонъ.

Стремленіе нашего законодателя предоставить на волю сторонъ включеніе въ договоръ любыхъ условій (ст. 1530; условіе здѣсь не есть именно *conditio*, а то или другое осложненіе, *clausula*, видоизмѣняющая дѣйствіе обязательственнаго договора), лишь бы они не были противны законамъ, раскрываетъ весь просторъ построенію такихъ вводныхъ или придаточныхъ къ нормальному составу договора осложненій по усмотрѣнію контрагентовъ и даетъ возможность значительно отклоняться въ каждомъ данномъ случаѣ отъ обыденнаго, ходячаго у насъ употребленія понятій задатка или неустойки въ точномъ значеніи слова. Въ виду та-

¹⁾ Трудность провести это различіе составляетъ скорѣе черту старыхъ формъ задатка-аванса, задатка-отступного и неустойки. Неустойкой въ широкомъ смыслѣ можно назвать всѣ формы невыполненія принятыхъ на себя обязательствъ, кромѣ случаевъ не зависящей отъ человѣка невозможности его выполнить. Старина знала задатки и авансы и отступные и заряды, зарядныя записи съ неустойками, но точно различить эти понятія и въ ту пору и особенно теперь далеко не легко.

кой свободы и статьи закона формулируются какъ будто на случай возможныхъ осложненій этихъ простыхъ понятій въ составѣ отдѣльныхъ соглашеній (сл. особ. ст. 1688 и 1689). Этимъ, однако, вовсе не слѣдуетъ пользоваться, чтобы вообще сглаживать типическія особенности обоихъ понятій, которыя, наоборотъ, должны ясно выступать всякій разъ когда онѣ не осложнены особыми для даннаго случая-соглашеніями сторонъ.

Итакъ, задачу нашего изложенія составляло именно различіе понятія задатка, опредѣленіе основной тенденціи, направленной именно къ *разрѣшительному эффекту*, къ ослабленію непремѣнной необходимости выполнить обязательственное дѣйствіе, которое можетъ далеко не соответствовать правильнымъ расчетамъ заинтересованныхъ въ каждомъ данномъ случаѣ.

Таковъ несомнѣнный *специфическій* смыслъ и эффектъ задатка въ нашей и во французской дѣйствующей гражданской системѣ.

На ряду съ этимъ возможны указанныя нами выше отклоненія отъ этого дѣйствія задатка - отступного въ видѣ задатка только знаменія, задатка - аванса въ разныхъ видахъ его примѣненія.

Въ общемъ нѣтъ сомнѣнія, что примѣненіе задатка въ нашемъ законодательствѣ и практикѣ весьма развитое, разнообразное и въ большинствѣ случаевъ общепонятное. Все, чего можно было желать отъ пересмотра дѣйствующей системы, — это разработки общихъ положеній о задаткѣ, точнаго различія этого понятія отъ другихъ соприкасающихся съ нимъ осложненій строенія договорнаго обязательства и прецизирования, точнѣйшаго опредѣленія его юридическаго дѣйствія въ разныхъ случаяхъ примѣненія.

Вмѣсто этого проектъ даетъ намъ, во-первыхъ, рядъ совершенно неожиданныхъ новшествъ въ этомъ институтѣ, очень ужившемся въ нашемъ законодательствѣ и приладившемся къ нашей практикѣ; во-вторыхъ, сопровождаетъ свои положенія совершенно очевидными недосмотрами.

Ошибки составляютъ несомнѣнно вполнѣ самобытное достояніе проекта, а новшества выбраны, не безъ „поправокъ“ и столь часто связанныхъ съ ними ухудшеній, изъ нѣмецкаго уложенія 96 года.

Къ числу явныхъ ошибокъ слѣдуетъ отнести начальную, 49-ю статью этого раздѣла, гдѣ задатокъ (денежная сумма, по проекту; отчего, однако, непремѣнно *денежная*, а не иное что, какъ въ нѣмецкомъ текстѣ *etwas*, ср. ст. 336 Нѣм. Ул. и 1590 С. с.? Просто для оригинальности, или чтобъ было больше

партикуляризмъ, которые въ будущемъ станутъ сводить къ единству?) опредѣляется какъ *доказательство* заключенія договора. Вѣдь *доказательство* имѣетъ въ цивилистикѣ техническій смыслъ и по-латыни именуется probatio, medium probationis. Возможно въ литературѣ найти указаніе на задатокъ, какъ на argumentum, въ общемъ смыслѣ *приведенія подтвержденія* или *способа придти къ заключенію*, а вовсе не въ техническомъ смыслѣ *средства доказать* юридическое событіе. Совершенно понятно, почему нѣмцы въ своемъ Уложеніи называютъ задатокъ *знакомъ* (Zeichen, указ. ст. 336), знаменіемъ, а не доказательствомъ состоявшагося договора. При этомъ нѣмецкій редакторъ статьи, очевидно весьма привыкшій давать себѣ отчетъ въ каждомъ изгибѣ рѣчи, не говоритъ о задаткѣ, выданномъ одною изъ *договорившихся сторонъ*, а о выдачѣ чего либо въ задатокъ при *вступленіи въ договоръ* (bei der Eingehung eines Vertrages). Отсюда легко заключить, что задатокъ - знаменіе составляетъ конститутивный моментъ сдѣлки, а не сопровождающій только ее для послѣдующей аргументаціи.

Нѣтъ ни одного оборота рѣчи въ этой маскированной передачѣ, крайне неуклюжей, чужого текста, которая не возбуждала бы не то сомнѣній, не то негодованія при сопоставленіи подлинника и дрянного перевода.

Не беремъ на себя аргументировать этого дальше, ибо всякій немного смыслящій въ языкѣ нѣмецкой юриспруденціи легко придетъ къ одинаковому съ нами заключенію.

Перейдемъ къ *новшествамъ*. Главнѣйшее изъ нихъ клонится къ тому, чтобы поставить задатокъ самъ по себѣ, а отступное само по себѣ. И такъ, кодификаторъ стоитъ не на томъ, чтобы схватить вѣрно идею существующаго института задатка - отступного, какъ онъ есть у насъ, у французовъ, и сочетать наше право хоть съ польскимъ кодексомъ. Нѣтъ. Это не оригинально, да и даетъ вовсе не тотъ результатъ, котораго мы ищемъ. Задача въ томъ, чтобы существующій институтъ, какъ бы онъ ни сжился съ нашимъ сознаніемъ, вытолкать вонъ и замѣстить совершенно чуждымъ нашему пониманію извращеніемъ его смысла, при томъ опять замѣнить не чѣмъ либо хотя заимствованнымъ, но простымъ и толковымъ, а именно чужимъ, да еще спутаннымъ и безтолковымъ.

Возьмите все ту же ст. 336 у нѣмцевъ и въ ней прочтете коротко и ясно: въ случаяхъ сомнѣній задатокъ не есть отступное. Прекрасно! Это пойметъ всякій. Это то опасеніе ослабитъ обязывающее дѣйствіе договора, о коемъ была рѣчь выше. У

насъ, какъ и у французовъ, нигдѣ нѣтъ и слѣда этого опасенія. Проектъ хочетъ *привить его намъ*. Но какъ производится эта прививка?! Не выразивъ вовсе такъ хорошо и просто основную идею *новаго задатка*, какъ она выражена у нѣмцевъ, въ двухъ словахъ, нашъ проектъ въ слѣдующей же ст. 50 затягиваетъ канитель о виновномъ ¹⁾ невыполненіи обязательства и о потерѣ вслѣдъ за симъ задатка, да сверхъ того о вознагражденіи потерпѣвшаго отъ невыполненія за убытки, которые превышаютъ задатокъ. Вотъ тутъ уже и становится сразу ясно, что задатокъ собственно вовсе не есть задатокъ, какъ его до сего всѣ привыкли понимать, — надо думать, не скоро отъ этого и отвыкнуть, — а что его обязательно впредь понимать прямо какъ *неустойку* по исполнѣ законченному, безповоротному договорно-обязательственному отношенію. Это безусловное *новшество*! Если-жъ, продолжаетъ проектъ въ дальнѣйшемъ развитіи очень вязкихъ статей объ отступномъ, о задаткѣ, о неустойкѣ, каждая изъ сторонъ при заключеніи выговорить себѣ право отступить отъ договора, то задатокъ имѣетъ значеніе отступного (стт. 52 и 53). Тогда-де не нужно и вознагражденія за убытки (56).

Словомъ, до сего мы всѣ разумѣли задатокъ по-русски и очень близко къ французамъ. Проектъ же предполагаетъ собственно такой принципъ: если хочешь, чтобы тебя поняли по-русски, то ты имѣешь для этого именно и особо, а если васъ нѣсколько, то каждый отдѣльно, заявить объ этомъ твоимъ или вашимъ желанію; иначе мы и тебя и васъ всѣхъ поймемъ не въ русскомъ, а именно въ нѣмецкомъ смыслѣ, ибо всякому человѣку надлежитъ прежде всего быть нѣмцемъ и уже за симъ, по особому всякій разъ соглашенію, сверхъ того, и кѣмъ либо еще другимъ.

§ 11.

Явленіе не исполнѣ законченныхъ договорно-обязательственныхъ волеизъявленій (продолженіе). — II. Евентуальная отвѣтственность контрагирующихъ за убытки по несостоявшемуся обязательственному договору. — Основаніе отвѣтственности и предѣлъ ея.

Мы только что разсмотрѣли случаи такой степени *обязательности* договорнаго единенія, въ коихъ легко, цѣной небольшой жертвы (потери задатка), *развязаться* съ операціей, когда ея невыгода далеко могла бы превысить всѣ ожиданія сторонъ при

¹⁾ Любопытно, что въ ст. 57 проекта, гдѣ рѣчь о неустойкѣ, моментъ *виновности* опущенъ.

ея заключеніи (биржевыя сдѣлки на срокъ), или когда сторона была вовлечена въ операцію лихорадочнымъ соперничествомъ конкурентовъ торга (при аукціонѣ, calor licitandi, Auktionsfieber). Мы видѣли, что германская литература и законодательство спѣшили, особенно въ послѣднее время, ввести въ самые тѣсныя предѣлы примѣненіе задатка, какъ способа *ослаблять* обязательственный эффектъ договора.

Мы говорили выше, что задатокъ тутъ не причемъ и что хорошо разработанная система задатковъ не столько усиливаетъ ненадежность договорно - обязательственныхъ сдѣлокъ, сколько способствуетъ расширенію круга заинтересованныхъ въ соучастіи въ дѣловыхъ операціяхъ, и этимъ путемъ приносить свои выгоды обмѣну.

Неустойчивость договорной сдѣлки обуславливается далеко не возможностью отступить, теряя задатокъ. Не задатокъ составляетъ *причину* нѣкоторой незаконченности теперешнихъ обязательственныхъ сдѣлокъ, а прямо наоборотъ, самъ онъ вызванъ этимъ ихъ несовершенствомъ, составляетъ его послѣдствіе и вмѣстѣ нѣкоторую его поправку. Договорныя сдѣлки *inter praesentes*, облеченныя въ болѣе или менѣе строгую обрядность, совершаемыя самими сторонами, будутъ всегда устойчивѣе договоровъ между отсутствующими, совершаемыхъ безобрядно, часто черезъ посредниковъ, въ довольно растянутые между офертой и акцептомъ промежутки времени. То что мы въ этихъ условіяхъ теряемъ, сравнительно съ латинской практикой, въ прочности и незыблемости договорныхъ сдѣлокъ, то мы съ избыткомъ возмѣщаемъ въ ихъ расширеніи...

Какъ выше средствомъ для устраненія опасности быстрыхъ и безповоротныхъ рѣшеній служилъ намъ задатокъ, дающій противнику нѣкоторое возмѣщеніе неудобствъ выжидательнаго состоянія, такъ же точно, въ другихъ случаяхъ, противъ несовершенствъ, неконченности современныхъ договорныхъ формъ, наука и практика старается найти такія же поправки, такія же цѣлительныя средства.

Выше мы, въ ученіи о договорѣ, исходили изъ предположенія, что между стадіей подготовительной къ договорному единенію и окончательно состоявшимся единеніемъ лежитъ рѣзко опредѣлившаяся грань, не дойдя до коей контрагирующіе вольны отступить отъ переговоровъ, но перейдя которую, они безповоротно подчиняются дѣйствію наступившаго единенія. Это совершенно вѣрно, и строгимъ образцомъ такой грани служила намъ *verborum solennitas* латинской стипуляціи. Сказано—сдѣлано; и эту непо-

колебимую, законченную, рѣшающую силу слова нѣмцы прекрасно выражаютъ въ поговоркѣ — ein Mann, ein Wort, несравненно болѣе характерной для римскаго, чѣмъ для современнаго юридическаго сознанія. Не говоря о томъ, что уже въ латинской практикѣ первоначальный ригоризмъ обряда сильно уступилъ дѣйствию времени, договорно-обязательственные типы *новаго происхожденія* въ самой своей основѣ, какъ это было показано выше, далеки отъ этихъ требованій единого и опредѣленнаго обряда совершенія договора. Новая договорная практика, нерѣдко тяжело испытывая неудобства этой безобрядности въ выраженіи состоявшагося договорнаго единенія, не хочетъ, однако, возвращаться къ прежнимъ тяжелымъ реквизитамъ формы и къ старому стѣсненію оборота кругомъ лицъ, непосредственно соучаствующихъ въ дѣлѣ и наличныхъ.

Изъ кодифицированныхъ новыхъ системъ раньше другихъ Прусскій Ландрехтъ ¹⁾ искалъ и указалъ выходъ изъ этой коллизіи недостаточно рѣзко выраженныхъ признаковъ уже состоявшагося договорнаго единенія и необходимости оградить надежность дѣловыхъ сношеній сторонъ. Несклонный къ задатку, какъ къ средству будто-ослабляющему обязательность выполненія подлиннаго договореннаго дѣйствія (Erfüllungsinteresse), Ландрехтъ допустилъ, однако, что при добросовѣстной увѣренности одной стороны въ безповоротности оферты, эта сторона въ правѣ требовать, чтобы отказавшійся отъ оферты оферентъ вознаградилъ ей тѣ убытки, которые она понесла по его милости. И такъ, въ данномъ случаѣ не только нѣтъ налицо прямо и точно условленнаго обязательственнаго дѣйствія, но, по мнѣнію одного изъ контрагирующихъ, вовсе нѣтъ никакого окончательно установившагося договорнаго единенія; но если, однако, явно, что другая сторона терпитъ убытки, то ей хотя нельзя дать иска на выполненіе договореннаго (Erfüllungsinteresse), но можно и слѣдуетъ дать искъ на возмѣщеніе убытковъ отъ несостоявшагося, независимо отъ нея, договора.

Любопытная доктрина Ландрехта о защитѣ въ извѣстныхъ условіяхъ интересовъ контрагирующаго по несостоявшемуся еще контракту, впрочемъ, далеко не безспорная, нашла себѣ въ новой литературѣ блестящаго представителя въ лицѣ Рудольфа Ihering'a ²⁾.

¹⁾ См. I, 5, § 284. Толкованіе положеній Ландрехта не безспорно; см. особ. Дернбургъ Lehrb. d. Pr. Landr. II, § 16, пр. 2 и 4. Для герм. торгов. права, тамъ же, пр. 3.

²⁾ Ihering, Jahrbücher für die Dogmat., IV. Литература у Виндшейда, § 307, прим. 5.

Имъ собственно создано очень характерное для нашего времени ученіе о нѣкоторой *обязательной въ дѣловыхъ сношеніяхъ бдительности*, отступленіе отъ коей налагаетъ на виновнаго въ этой небдительности, *culpa in contrahendo*, обязанность отвѣчать за такъ называемый *отрицательный интересъ договора*.

Выраженіе *отрицательный интересъ договора* (*das negative Vertragsinteresse*, собственно — интересъ имѣвшаго быть заключеннымъ, но не состоявшагося на дѣлѣ договора) не считаютъ удачнымъ (Бэръ и друг.). Оно, однако, станетъ достаточно яснымъ при противуположеніи его съ понятіемъ *положительнаго интереса* выполненія договореннаго дѣйствія (*Erfüllungsinteresse*). Смыслъ его будетъ тотъ, что, въ извѣстныхъ случаяхъ, потерпѣвшій отъ отозванія оферты акцептантъ можетъ требовать съ содѣйствіемъ суда не выполненія того, что еще не было окончательно договорено, а возмѣщенія интересовъ, которые ему вознаградили бы состоявшійся договоръ.

И такъ, N, оферентъ, не далъ своевременно знать акцептанту, что наступила невозможность выполнить оферту, что онъ утратилъ полномочіе, что неожиданно послѣдовала смерть предлагавшаго операцію¹⁾. Акцептантъ, однако, имѣлъ всѣ основанія ждать выполненія, отказывалъ другія оферты, сдѣлалъ все нужное для принятія оферты. Это все ставитъ его въ положеніе потерпѣвшаго.

Чтобы возмѣстить свои потери, онъ имѣетъ а) доказать виновность оферента въ небрежности, *culpa in contrahendo*, и б) установить размѣры своего интереса въ наступленіи невосполнимоваго единенія (*das negative Vertragsinteresse*).

Возможно-ли утверждать, чтобы подобные иски, построенные на такихъ основаніяхъ, направленные на разрѣшеніе такихъ нерѣдко проблематическихъ цѣлей, какъ возмѣщеніе отрицательныхъ интересовъ заключенія договора, вполнѣ насъ удовлетворяли?

Несомнѣнно, нѣтъ! Это крайне трудныя, нерѣдко едва достижимыя задачи. Этотъ способъ рѣшать дѣла, конечно, ничѣмъ не выше отступленія отъ главнаго договорнаго дѣйствія цѣной утраты задатка. Но это, въ то же время, для извѣстныхъ случаевъ коллизіи интересовъ, единственный возможный путь, чтобы противодѣйствовать опасной шатости дѣловыхъ сношеній, какъ и затокъ, который открываетъ выходъ изъ трудностей выполненія

¹⁾ Предполагается именно только небрежность, ибо доложныя дѣйствія этого рода влекутъ къ другимъ послѣдствіямъ.

быстро-состоявшихся рѣшеній, коихъ безповоротность шла бы дальше всякихъ разумныхъ цѣлей.

И тутъ и тамъ мы сохраняемъ, насколько возможно, силу дѣловыхъ операцій текущихъ или уже до извѣстной степени отвердѣвшихъ, не прибѣгая къ стѣсненію обмѣна ни тяжелыми обрядностями, ни наличностью извѣстныхъ формальныхъ реквизитовъ для силы сдѣлки, которые въ концѣ концовъ отзовутся неизбѣжно неблагопріятными послѣдствіями на свободѣ и широкомъ развитіи обмѣна.

Не одни незыблемые устои неподвижныхъ мостовъ, а на ряду съ ними и любыя другія, гораздо менѣе постоянныя, но въ то же время болѣе послушныя волѣ, легче приноровимыя къ извѣстнымъ даннымъ средства должны, въ построеніяхъ юридическихъ, какъ и въ путяхъ сообщенія, служить этимъ цѣлямъ сношенія и обмѣна, на интересы коихъ и имѣютъ быть главнымъ образомъ рассчитаны всѣ построенія общей обязательственной гражданской системы.

Мы называемъ эти методы построенія договорно-обязательственныхъ отношеній *неконченными, несовершенными*... Да, это съ извѣстной точки зрѣнія несомнѣнныя черты такихъ построеній. Но эта неконченность, несовершенство *не составляетъ ихъ порока*, отъ котораго такъ легко было бы отдѣлаться. *Это ихъ свойство*. И это свойство юридическихъ построеній извѣстной эпохи, извѣстнаго стиля, видно вовсе не на одномъ типѣ юридическихъ конструкцій, именно договорно-обязательственныхъ. Нѣтъ, оно обнаруживается вездѣ. И норма юридическая не всегда есть *императивъ*, сопровождаемый всей грозой ничтожества и даже наказуемостью, штрафомъ за то, что не подошло подъ ярмо этой нормы. На ряду съ императивомъ закона развитая юриспруденція ставитъ свои *конъюнктивы*, очень гибкіе, но далеко не лишеныя большой доли эффекта въ практикѣ гражданского права. Довольно вспомнить, что эти конъюнктивы и на будущее время направленные обороты глаголовъ составляли въ свое время въ латинской рѣчи любимую грамматическую форму преторскаго эдикта ¹⁾. Извѣстнаго дѣленія легальныхъ нормъ по степени *законченности ихъ эффекта* на *leges perfectae, imperfectae* и *plusquamperfectae* мы здѣсь не коснемся ²⁾.

Не то же ли свойство несовершенства, неконченности на-

¹⁾ См. классическіе экскурсы въ этой области юридической техники у Ihering'a въ его *Geist'f*, § 47.

²⁾ *Ulp. fragm. tit. 1 § 2* и какое-либо изъ безчисленныхъ толкованій всего, что содержитъ и чего не содержитъ въ себѣ этотъ текстъ.

блюдаемъ мы нынѣ въ извѣстныхъ формахъ сложенія юридическаго лица, неримскаго происхожденія, въ коихъ многіе цивилисты строгаго обряда и нынѣ отказываются признать свойства настоящей, законченной личности, и которому эта неконченность отнюдь не мѣшаетъ обслуживать массу самыхъ настоятельныхъ нуждъ современнаго цивильно-соціального строя?

Не та же ли, наконецъ, неконченность и выжидательное состояніе правоотношенія видно въ столь распространенныхъ, приноровленныхъ именно къ отраженію живой дѣйствительности съ ея отгѣнками и полутѣнями, *предварительныхъ отмычекъ* нашихъ теперешнихъ ипотечныхъ книгъ?

Эти несовершенства, эти свойства неконченности постоятъ за себя, если мы сопоставимъ ихъ съ надежными, правда, но неподвижными, неповоротливыми конструкціями стараго типа, и попытаемъ опредѣлить ихъ сравнительную полезность для интересовъ практики, прямо связанной съ жизненными задачами гражданскихъ институтовъ нашего времени.

Что касается ближайшей нашей проблемы, именно системы обязательствъ нашего времени, то эти черты не довершенной, но все же крайне цѣлесообразной техники нашихъ построеній, мы наблюдаемъ далеко, конечно, не въ этихъ только понятіяхъ задатка, *culpa in contrahendo*, отличающихъ нынѣшнія системы отъ латинскихъ, но и во многихъ другихъ, совершенно оригинальныхъ и крайне плодотворныхъ для нашего обмѣна новообразованіяхъ, которыя съ точки зрѣнія латинской техники могутъ, конечно, тоже быть названы неконченными, недовершенными основами для правоотношеній обязательственнаго типа.

§ 12.

Явленіе не вполне законченныхъ договорно-обязательственныхъ волеизъявленій (Продолженіе).—III. Аукціонъ—IV. Публичное обѣщаніе, въ особенности обѣщаніе награды—V. Юридическая природа бумагъ на предъявителя.—Опыты юридическаго построенія этого явленія въ современной, особенно нѣмецкой, литературѣ.

III. Вопросъ объ аукціонѣ, о юридической квалификаціи обмѣна волеизъявленій въ этой операціи, весьма занималъ и занимаетъ нынѣ западную юриспруденцію¹⁾. Практика публичныхъ продажъ *посредствомъ лицитаций* была хорошо знакома, какъ

¹⁾ Работы Унгера, Геринга, Регельсбергера см. въ учебникахъ Пандектн. права, особ. у Виндшейда § 308 примѣч.

частью мы показали уже выше, римскому міру. Признакъ, отличающій этого рода операціи отъ обыкновенной, простой купли продажи, заключается въ томъ, что волеизъявленія здѣсь обращаются не къ одному, а ко множеству лицъ одновременно, кто бы ни были эти лица. Въ аукціонной продажѣ это будетъ, именно, *venditio publice celebrata*, продажа любому желающему купить. Такой же характеръ соучастія многихъ виденъ и въ другихъ обоюдныхъ сдѣлкахъ этой категоріи, особенно въ поставкахъ и подрядахъ на условіяхъ сбавки цѣны (такъ назыв. *Minuslicitation*). Для опредѣленія природы такого публичнаго торга важно, прежде всего, установить юридическое значеніе обращенія *лицитанта къ публикѣ* съ указаніемъ, болѣе или менѣе полнымъ, всего плана операціи. Составляетъ ли, со стороны лицитанта, предложеніе купить продаваемую вещь, или принять на себя на извѣстныхъ кондиціяхъ подрядъ или поставку то, что мы именуемъ въ точномъ смыслѣ *офертой*, или такой призывъ къ *неопредѣленному множеству* конкурентовъ соотвѣтствуетъ не этому понятію оферты, а только и исключительно понятію *предварительнаго оповѣщенія* въ виду имѣющихъ засимъ послѣдовать офертъ?

Различеніе того или другого юридическаго свойства подобныхъ заявленій важно въ томъ отношеніи, что простыя предварительныя сношенія сторонъ не обязываютъ ни той, ни другой, и, особенно, предлагающаго свой планъ, неизмѣнно держаться его въ послѣдующемъ развитіи сношеній подъ опасеніемъ отвѣтственности за убытки передъ акцептантомъ.

Вопросъ принадлежитъ къ числу весьма controверзныхъ. Несомнѣнно, что призывъ неопредѣленнаго круга лицъ къ соучастію въ договорно-обязательственныхъ сдѣлкахъ весьма часто въ дѣловой практикѣ можетъ носить скорѣе характеръ простаго проспекта, плана предпріятія, которому предприниматель хочетъ дать широкую огласку въ смыслѣ средства привлечь вниманіе общества къ данному дѣлу. Есть писатели, которые склонны думать, что въ правѣ Римскомъ подобныя оглашенія аукціонистовъ и не способны были идти далѣе этого смысла предувѣдомленія, предварительной огласки имѣющаго засимъ послѣдовать обмѣна обязательныхъ волеизъявленій сторонъ. Этому взгляда, въ особенности для права римскаго и современнаго его примѣненія, держался Ihering на томъ основаніи, что обязывающее оферента предложеніе *in incertam personam* имѣетъ въ практикѣ такое примѣненіе къ случаямъ опредѣленнаго характера (публичное обѣщаніе награды) и отнюдь не должно быть расширяемо на аукціоны. Сверхъ того, рѣшающимъ въ пользу только *приготовительнаго*

къ сдѣлкѣ характера заявленій аукціониста критеріемъ служить и то еще, что аукціонистъ не устанавливаетъ самъ окончательно цѣны вещи, а лишь вызываетъ къ этому публику.

Мысли Phering'a далеко не безспорны даже для права римскаго. Для современныхъ системъ, несомнѣнно, что аукціонъ *можетъ* имѣть именно этотъ же смыслъ предварительнаго оглашенія условій, на которыхъ имѣлъ бы впослѣдствіи состояться договоръ. Если смыслъ предложенія есть въ конкретномъ случаѣ только этотъ, тогда натурально, *настоящая оферта* въ сдѣлкѣ будетъ исходить *отъ призванныхъ къ соучастію въ торгахъ лицъ*. Они, въ порядкѣ повышения или пониженія цѣнъ, въ формѣ волеизъявленій устныхъ или письменныхъ, дѣлаютъ свои предложенія цѣнъ по данному плану, и аукціонистъ акцептируетъ оферту высшей или низшей цѣны, чѣмъ и знаменуетъ такъ или иначе (съ правомъ до извѣстнаго срока отступить, теряя только задатокъ, или окончательно) состоявшееся единеніе контрагентовъ.

Наряду съ этимъ значеніемъ заявленій аукціониста только предшествующаго договору оглашенія условій торга, для современной практики, въ особенности, въ каждомъ данномъ случаѣ, въ нихъ, несомнѣнно, *можетъ* заключаться и совсѣмъ другой смыслъ, т.-е. смыслъ прямо обращаемый со стороны аукціониста къ публикѣ оферты, посредствомъ которой онъ прямо связываетъ себя *передъ любымъ* послѣдующимъ *акцептантомъ* согласно имъ установленнымъ условіямъ лицитациі.

Для современной практики эта общая возможность обязывающей силы оферты *in personam incertam* возбуждаетъ гораздо менѣе сомнѣній, чѣмъ для права латинскаго, ибо наша практика вообще несравненно менѣе стѣснена требованіемъ наличности формальныхъ реквизитовъ (особенно извѣстности акцептанта) перфекціи договорной сдѣлки, чѣмъ это было свойственно праву римскому.

Итакъ, аукціонъ, который открывается предложеніемъ продавца пріобрѣсти вещь по такой-то цѣнѣ или принять на себя поставку тоже съ указаніемъ условій и цѣны, если эти цѣны понижаются или повышаются самимъ аукціонистомъ, можетъ въ этихъ заявленіяхъ аукціониста заключать обязывающую аукціониста оферту, которая станетъ договоромъ въ минуту, когда будетъ окончательно принята однимъ изъ конкурентовъ торга. На этой точкѣ зрѣнія стоятъ многіе авторитетные юристы и между ними, въ особенности, Виндшейдъ.

Она есть несомнѣнно вполне соответствующая свободному характеру современнаго договорно-обязательственнаго права.

Для этого *второго* случая, когда аукціонистъ заранѣе обязываетъ себя своей офертой передъ любымъ торгующимся, нѣтъ необходимости, чтобы онъ же непремѣнно ставилъ отъ себя цѣну купли или поставки и подряда. Онъ можетъ *связать* себя такими условіями аукціона, что *цѣна, имѣющая опредѣлится посредствомъ наддачи или сбавки, получитъ для него значеніе обязательной для него цѣны, какъ бы отъ него самого исходящей.*

Въ послѣднемъ случаѣ предполагаютъ кажущуюся опасность стачекъ между торгующимися. Ихъ можно осуждать; но дѣло не въ этомъ, а въ возможности противодѣйствія такимъ неправильнымъ способамъ пользованія аукціономъ. Практически такая опасность злоупотребленій со стороны торгующихся легко устраняется агентами со стороны аукціониста, которые своимъ соучастіемъ парализуютъ весь эффектъ подобныхъ стачекъ.

Что касается судебного аукціона въ особенности, то о немъ мы будемъ имѣть случай говорить впослѣдствіи.

Наряду съ общими легальными нормами и особенностями отдѣльныхъ случаевъ, въ вопросахъ аукціонной практики имѣютъ нерѣдко весьма важное, рѣшающее для обсужденія дѣла значеніе локальные обычаи (*usances*), которые издавна примѣняются въ операціяхъ извѣстнаго рода или въ извѣстныхъ кругахъ лицъ.

Любопытною и отступающею отъ началъ латинскаго права въ аукціонной практикѣ нашего времени чертой является здѣсь, прежде всего, *широкая допустимость оферты in incertam personam*, при чемъ обязательность для оферента такимъ образомъ сдѣланной оферты можетъ распространиться на болѣе или менѣе *значительный промежутокъ времени*, смотря по условіямъ аукціона, по кругу лицъ призываемыхъ къ торгу, только наличныхъ или отсутствующихъ, и связанному съ этимъ способу выраженія волеизъявленій, только словесному, или письменному, съ указаніемъ предѣльнаго срока принятія такихъ заявленій.

IV. Въ весьма тѣсной принципиальной связи съ этимъ явленіемъ оферты, обращенной къ неопредѣленному кругу лицъ при аукціонѣ, стоитъ и другое, тоже весьма характерное и широко-примѣняемое въ наше время явленіе *публичныхъ обѣщаній награды*, которыя обыкновенно рассчитываются на поощреніе извѣстнаго рода дѣйствій или дѣятельности въ неопредѣленномъ, болѣе или менѣе широкомъ, притомъ нормально совершенно неизвѣстномъ обѣщающему кругу лицъ.

Это явленіе не безъизвѣстно и римскому праву. Но оно тамъ далеко не имѣло того широкаго примѣненія, которое получило въ новое время, особенно въ примѣненіи къ цѣлямъ промышленнымъ.

Публичное обѣщаніе *награды* надлежитъ строго отличать отъ простаго *обѣта* имущественныхъ пожертвованій для какой-либо общепользующей *цѣли*. Въ латинской практикѣ такія *pollicitationes* имѣли нѣкоторый ограниченный кругъ примѣненія, и въ тѣхъ предѣлахъ, въ которыхъ латинское право признавало обязательность подобныхъ обѣтовъ, юридическая сила ихъ удерживалась въ земляхъ реципированнаго юстиніановскаго права ¹⁾).

Наше законодательство не знаетъ *юридической* обязательности подобныхъ обѣтовъ, хотя обѣты были очень въ ходу въ старое время и ограждались если не закономъ свѣтскимъ, то силой вѣры и прещеніями власти церковной, особенно противъ обратнаго требованія уже выполненныхъ въ пользу церквей и монастырей обѣщаній ²⁾).

Новый нѣмецкій кодексъ гражданскаго права совсѣмъ не упоминаетъ реципированныхъ латинскихъ положеній объ этихъ обѣтахъ, *vota, pollicitationes*. Мы не находимъ ихъ и въ нашемъ проектѣ V кн. Гражданскаго Уложенія.

Подлежащія здѣсь разсмотрѣнію публичныя обѣщанія наградъ отличаются отъ указанныхъ *vota, pollicitationes* тѣмъ, что въ нихъ ясно выражается признакъ *возмездія*, притомъ любому, кто совершитъ поощряемое наградою дѣйствіе, кто возьметъ съ боя непріятельское знамя, напишетъ маршъ на вступленіе Роберта въ Преторію, откроетъ убійцу секретаря консисторіи Комарова. Тутъ вовсе не богоугодная цѣль, какъ въ обѣтѣ, тѣмъ менѣе пожертвованіе заранѣе извѣстному лицу, общинѣ, городу, какъ въ *pollicitatio*. Это *обѣщаніе только*, притомъ обѣщаніе *любому* за имѣющее быть выполненнымъ или уже выполненное дѣйствіе.

Вопросъ о свойствахъ дѣйствія, для поощренія коего допустимъ юридическій эффектъ такого односторонняго обѣщанія, принадлежитъ, натурально, къ числу весьма существенныхъ для характеристики этой обязательственной формы. Мы указывали выше въ нашей старой практикѣ форму поощренія, награды за *выполненіе* принятаго стороною на себя *обязательства*. Это такъ называемая *пополнка*. Здѣсь есть награда за выполненіе уже состоявшагося договора. Это, такимъ образомъ, награда, которую стяжаетъ опредѣленный контрагентъ, награда рассчитанная на поощреніе къ соблюденію договорныхъ обязательствъ, имѣющая весь свой практическій смыслъ въ условіяхъ невысокой культуры обязательственного права.

¹⁾ Виндшейдъ § 304.

²⁾ Павловъ. Номоканонъ при большомъ требникѣ, ст. 116.

Совсѣмъ иной смыслъ и иное значеніе будетъ имѣть обща-
ніе награды неизвѣстному, не связанному съ общающимъ ни-
какими и всего менѣе юридическими, договорными узами. Со
стороны самого общающаго или сулящаго награду, несомнѣнно,
можетъ существовать какой-либо личный интересъ вызвать желаю-
щихъ ее получить къ выполненію предположеннаго имъ дѣйствія
(находчику потерянной вещи, который вернетъ ей ее, общаю
уплатить ей цѣну или вдвое противъ цѣны; за лучшій проектъ
моста, станціи въ такомъ-то городѣ, по изученіи его практи-
ческаго достоинства,—такая-то премія), но такого интереса для
общающаго можетъ вовсе и не быть (за лучшее оригинальное
драматическое сочиненіе, признанное таковымъ словеснымъ фа-
культетомъ такого-то университета).

Независимо отъ вопроса о свойствахъ дѣйствія, которое
такимъ образомъ вызывается и поощряется, нельзя не замѣтить,
что разработка въ современной практикѣ юридической обязатель-
ности одностороннихъ публичныхъ общаній награды составляетъ
несомнѣнный шагъ впередъ сравнительно съ латинской обяза-
тельственной техникой. Мы соединяемъ въ этихъ случаяхъ юри-
дическій эффектъ съ волеизъявленіями *не имѣющими того закон-
ченнаго характера, какой имѣетъ договоръ*, подобно тому, какъ
мы возводимъ тоже на степень личности, также, конечно, незакон-
ченной, нѣкоторыя союзныя формы, коимъ римляне отказывали
совершенно въ этомъ свойствѣ ¹⁾. Въ смыслъ юридическаго метода
мы здѣсь, какъ и тамъ, съ относительно слабыми реквизитами
связываемъ болѣе сильный юридическій эффектъ, чѣмъ въ латинской
техникѣ.

Въ этомъ вопросѣ, какъ и въ вопросѣ строенія юридическаго
лица, трудно между современными юристами указать сколько-
нибудь согласныя мнѣнія не только въ подробностяхъ ученія, но
ниже въ основныхъ его пунктахъ. Не только виднѣйшіе пандек-
тисты уже сошедшаго со сцены поколѣнія, но и многіе пред-
ставители новаго движенія науки права въ Германіи относятся
недовѣрчиво ко всякому отступленію отъ латинской догмы. Савиньи
съ рѣшительностью отвергаетъ *искъ*, обращенный къ публично-
общавшему награду за поимку вора или въ вознагражденіе за
возвратъ потерянной вещи. Вознагражденіе можетъ быть дано
лишь *добровольно*, подобно уплатѣ долга по игрѣ, и только въ
случаѣ доказанныхъ со стороны поимщика или находчика тратъ
по сдѣланному публично вызову допускаетъ *doli actio* противъ

¹⁾ Чтенія §§ 19 и 20.

объщавшаго ¹⁾). Такимъ образомъ, юридическая сила общанія въ пользу неизвѣстнаго сводится почти на нѣтъ не только для римскаго права, но и для современнаго его примѣненія. Въ этомъ отношеніи Савиньи идетъ далѣе другихъ послѣдователей такъ называемой *Vertragstheorie*, *теоріи договора in incertam personam*, который и полагается въ основу этой несовершенной, незаконченной обязательственной формы. Для системы права общаго эта договорная теорія находитъ приверженцевъ до послѣдняго времени. Хотя далеко не столь рѣшительно, однако, съ прямымъ недовѣріемъ къ противоположному ученію, къ такъ назыв. *Pollicitationstheorie*, *теоріи односторонняго общанія*, относится Виндшейдъ даже въ непосредственно предшествовавшемъ появленію имъ же взлелѣяннаго Проекта Герм. Улож. 88 г. изданіи своего учебника, отдавая предпочтеніе теоріи договорной ²⁾).

Если въ ученіи объ обязывающей силѣ публичнаго общанія награды мы поставимъ въ основу именно договоръ, тогда, натурально, ранѣе послѣдовавшаго такъ или иначе акцепта со стороны соискателя награды не можетъ быть и рѣчи о настоящей обязывающей силѣ такого общанія для поллицитанта. Именно такого момента и ищутъ послѣдователи договорной теоріи. И въ этомъ огромная трудность, а вмѣстѣ и бесплодность всего построенія. Нельзя утверждать, что я вступилъ въ договорную сдѣлку, если я выполнилъ поощряемое дѣйствіе, но хотя немного ранѣе послѣдовавшаго общанія награды. А съ другой стороны, если готовый выполнить требуемое дѣйствіе такъ или иначе сначала заявить, что принимаетъ на себя выполненіе, или докажетъ, что уже предпринялъ направленную къ этой цѣли дѣятельность, то вся операція потеряетъ подлинный характеръ вызова къ дѣятельности, поощренія къ соперничеству, и получитъ нѣкоторый характеръ заказа. Въ массѣ случаевъ цѣль не будетъ достигнута. Далѣе, опредѣленіе, при многихъ конкуррентахъ, скрытаго момента начавшагося исполненія, чтобъ установить наступленіе признаковъ договорной сдѣлки для каждаго особо, должно на практикѣ встрѣчать такія трудности, которыя дѣлаютъ и вообще сомнительной примѣнимость этого ученія къ дѣлу. Для тѣхъ, наконецъ, случаевъ, гдѣ договорный моментъ безъ труда устанавливается оконченнымъ исполненіемъ поощряемаго дѣйствія, вопросъ

¹⁾ Савиньи. Обязат. право, § 61.

²⁾ § 308, гдѣ, въ прим. 3—5 сгруппированы послѣдователи обоихъ крайнихъ мнѣній и указаны видѣйшія отклоненія въ ту или другую сторону отъ латинской догмы. Виндшейдъ выражается по этому предмету крайне осторожно, находя, несмотря на всѣ сомнѣнія, *болѣе надежной* теорію договора (пр. 3).

о предшествующей обязывающей силѣ самой оферты остается вполне открытымъ, и обѣщаніе, никѣмъ не принятое и не имѣющее самостоятельной юридической силы, не способно ни въ комъ вызвать довѣріе, ибо подлежитъ ежеминутному отозванію. Такимъ образомъ, теорія договора съ послѣдующимъ неизвѣстнымъ вѣрителемъ встрѣчала массу сомнѣній и крайне мало прикасалась жизненнаго опыта, несмотря на всю видимую свою законченность въ смыслѣ абстрактнаго построенія.

Тѣмъ временемъ, пока юристы *общаго права* упорно отстаивали свои старыя позиціи, въ практикѣ *торговаго права* все болѣе развивалось и укрѣплялось сознаніе *обязательности оферты* независимо отъ акцепта, а вмѣстѣ съ этимъ и внѣ предѣловъ торговаго права расширялась *практика одностороннихъ обѣщаній награды* въ самомъ разнообразномъ примѣненіи. Изъ круга мѣстныхъ правъ весьма смѣлое отступленіе отъ латинской доктрины въ этомъ новомъ направленіи и совершенно въ духѣ времени мы находимъ уже въ прусскомъ ландрехтѣ ¹⁾.

Это очень замѣчательное по своему практическому смыслу положеніе довольно долгое время оставалось мало разработаннымъ въ юридической литературѣ и затѣненнымъ, такъ сказать, противоположными теченіями *господствующей договорной доктрины* общаго права.

Если мы, однако, смѣряемъ разстояніе отъ той поры, гдѣ силу даже вполне законченной договорной сдѣлки приходилось скрѣплять особыми поощреніями (пополнка), до этого явленія *самостоятельной юридической обязательности простого односторонняго обѣщанія*, то, несомнѣнно, успѣхъ расширенія и развитія юридической силы свободныхъ волеизъявленій въ примѣненіи къ социальнымъ интересамъ явится намъ во всемъ его величіи!

Прусскій ландрехтъ указалъ собственно только принципиальное отступленіе отъ господствовавшихъ воззрѣній, и дальнѣйшее развитіе института шло путемъ практической и ученой разработки его нѣмецкими юристами. Историки германскаго права хорошо подготовили почву для этого новаго ученія, а наиболѣе крупныя заслуги въ его разработкѣ критической и догматической принадлежатъ I. Э. Кунце, покойному профессору Лейпцигскаго, и Гейнриху Зибелю ²⁾, проф. вѣнскаго университета. У послѣдняго въ особенности выступаетъ впередъ *національная точка зрѣнія* въ

¹⁾ Allg. Landr. I, tit. 11 § 988 и слѣд.

²⁾ У Зибеля Das Versprechen als Verpflichtungsgrund, который выгодно отличается отъ Кунце прекраснымъ изложеніемъ, читатель найдетъ массу литературнаго матеріала (см. особ. § 11 стр. 91 и слѣд.).

разработкѣ этого и другихъ соприкасающихся съ нимъ явленій юридической силы односторонняго общанія.

Явленія совершенно подобныя этимъ, какъ въ этомъ легко убѣдиться, встрѣчаются, однако, далеко не въ одной только практикѣ германскаго права.

Быть можетъ, въ этихъ успѣхахъ новыхъ ученій на западѣ, въ особенности по отношенію къ реципированной системѣ, правильнѣе было бы указать историческую аналогію подобнаго же вторженія въ старую цивильную систему, подъ вліяніемъ расширявшагося обмѣна и измѣнившихся экономическихъ условій, *свободныхъ творческихъ силъ общенароднаго права*. Если германисты видятъ здѣсь особую заслугу именно германскаго правосознанія, то вѣдь на то они и германисты...

Подъ вліяніемъ указанной практики и ученій, въ законопроектахъ и законодательствахъ ¹⁾, особенно же и главнымъ образомъ въ новомъ нѣмецкомъ Уложеніи 96 года эта *независимая отъ реквизитовъ договора основа обязательства* разработана вполне самостоятельно и занесена въ кругъ *отдѣльныхъ доловыхъ отношеній* ²⁾ на ряду съ договорами и иными основаніями обязательства.

Выработанный нашей комиссіей проектъ V кн. Гражд. Ул. здѣсь, какъ и во множествѣ другихъ договорныхъ формъ, воспроизводя совершенно близко соотвѣтствующія статьи нѣмецкаго уложенія, не входитъ вовсе въ противорѣчіе ни со старымъ сознаніемъ обязательности у насъ по крайней мѣрѣ нѣкоторыхъ формъ обѣтовъ, ни съ дѣйствующей, крайне скудной, легальной нашей системой, ни съ достаточно распространенной у насъ практикой самыхъ разнообразныхъ формъ публичныхъ общаній наградъ. Такимъ образомъ, дальнѣйшее движеніе нашего законодательства необходимо пойдетъ по этому пути общей точнѣйшей разработки и укрѣпленія юридической силы публичнаго общанія награды. Проектъ ничего своего не прибавляетъ къ этому стремленію, заимствуя у нѣмцевъ, наряду со статьями закона, и теоретическую основу института (въ объяснительной запискѣ) и всю технику его построенія, опредѣляя лишь иную чѣмъ у нѣмцевъ позицію этого института въ общемъ составѣ системы ³⁾.

¹⁾ Stobbe, § 171, пр. 12.

²⁾ Седьмой раздѣлъ книги 2-ой Герм. Улож. носитъ именно этотъ общій титулъ, *einzelne Schuldverhältnisse*, о чемъ мы сейчасъ скажемъ нѣсколько словъ.

³⁾ Эта перестановка его у насъ въ особый отдѣлъ и въ ближайшее прикосновеніе съ незаконнымъ обогащеніемъ, веденіемъ чужихъ дѣлъ безъ полномочія и съ недозволенными дѣяніями едва ли дастъ ему лучшее освѣщеніе.

Мы остановимся въ дальнѣйшемъ, на слѣдующихъ главныхъ пунктахъ ученія:

1) Какимъ должно быть обѣщаніе награды, чтобъ самостоятельно, т.-е. независимо отъ акцепта, породить извѣстный юридическій эффектъ?

2) Нужны ли специфическія свойства въ поощряемомъ дѣяніи, чтобъ вызвать юридическій эффектъ публичнаго обѣщанія награды?

3) Какія главнѣйшія разновидности подобныхъ обѣщаній мы находимъ въ практикѣ и въ дѣйствующихъ нормахъ нѣмец. уложенія и нашего проекта?

4) Какой *самостоятельный* юридическій эффектъ, болѣе слабый и болѣе сильный, современныя системы связываютъ съ обѣщаніемъ награды?

5) Какія попытки *теоретическаго обоснованія* самостоятельной юридической силы одностороннихъ обѣщаній на ряду съ договоромъ были предприняты до сего и какъ собственно всего легче въ духѣ современныхъ системъ найти и это основаніе и построенную на немъ технику этого института?

По 1-му вопросу невозбуждающій споръ отвѣтъ состоитъ въ томъ, что обѣщаніе награды, подлежащее регламентаціи въ общемъ кодексѣ гражданскаго права, должно быть обращено не къ болѣе или менѣе тѣсному кругу извѣстныхъ поллицитанту лицъ, въ коемъ регуляторомъ способно служить сознаніе необходимости добровольнаго (какъ въ игрѣ, пари) выполненія (см. выше Савиньи), а къ неопредѣленно—большому кругу неизвѣстныхъ людей, среди котораго оно дѣлается *яснымъ посредствомъ* доступной такимъ кругамъ лицъ *публикаціи* обѣщанія награды. Итакъ, обѣщаніе награды, о коемъ трактуютъ современныя законодательства, какъ объ особомъ *цивильномъ институтѣ*, есть всегда *публичное* обѣщаніе.

Съ другой стороны, практика современнаго торгово-промышленнаго обмѣна вызвала необходимость еще другихъ оговорокъ относительно свойствъ подобныхъ *публичныхъ* обѣщаній наградъ. Начать съ того, что не все, что привыкли называть въ различныхъ публикаціяхъ *наградой, преміей*, составляетъ въ самомъ дѣлѣ награду, а не такой же товаръ, какъ и тотъ, къ коему ищутъ привлечь вниманіе посуломъ награды. Одно наименованіе здѣсь ничего не измѣняетъ въ свойствѣ сдѣлки, такимъ образомъ обставленной. Но вмѣстѣ съ этимъ и тамъ, гдѣ публичный вызовъ, повидимому, направленъ только на поощреніе, гдѣ награда должна служить какъ будто именно возмездіемъ достойныхъ съ точки зрѣнія поллицитанта трудовъ и усилій, такой

вызовъ далеко не всегда дѣйствительно направленъ на эту цѣль ¹⁾. Подлинныя намѣренія поллицитанта, лишь слегка прикрытыя маской безкорыстной преданности высокимъ интересамъ, могутъ явно ничего не заключать въ себѣ кромѣ самой обыденной рекламы, площадного выкрикиванія высокихъ свойствъ товара, за открытіе малѣйшаго недостатка въ которомъ торгашъ сулитъ горы золота. „Тысячу талеровъ тому, кто откроетъ одну прядь бумаги въ моемъ полотнѣ (складъ тамъ-то)“. Открытіе не требуетъ никакихъ усилій, ибо *полотно* наполовину бумажное. Такія же преміи за изобрѣтеніе вѣчной свѣчи, мази, которая превзойдетъ въ чудодѣйственной силѣ мою помаду для рощенія волосъ и т. под. Нѣмецкіе суды, тщательно избѣгаютъ соблазнительнаго (для любителей дешевой наживы) смѣшенія *подлинныхъ* обѣщаній награды съ этими обыденными приемами привлекать вниманіе праздной толпы къ ничего нестоющему дѣлу. Сдѣлать такое различіе не всегда легко, но достигать его всегда необходимо. Мы увидимъ далѣе, что нѣкоторыя требованія въ составѣ такихъ обѣщаній сами собою облегчаютъ достиженіе этой цѣли.

Итакъ, одностороннее обѣщаніе влечетъ за собой юридическія послѣдствія, когда оно есть *публичное* и выраженное *съ очевиднымъ намѣреніемъ* поллицитанта *стать* именно *въ обязательственныя отношенія къ неизвѣстному*, *in personam incertam*.

По второму вопросу, о свойствахъ дѣйствія, которое можетъ быть поощряемо такими юридически-эффективными публичными обѣщаніями награды, старыя законодательства заключали въ себѣ любопытныя ограниченія. Такимъ образомъ прусскій Ландрехтъ соединялъ именно *исковой эффектъ* односторонняго обѣщанія не съ любымъ дѣяніемъ, а лишь съ дѣяніемъ *общепольнымъ или съ умственно-полезнымъ трудомъ* ²⁾. Юридическій чеканъ получаетъ такое обѣщаніе цѣною не въ немъ самомъ лежащей, а лишь цѣной особо-заслуживающаго поощренія дѣянія, какъ бы *по принципу авторства*, чего собственно вовсе здѣсь не предполагается необходимо.

Дальнѣйшее развитіе ученія объ обязывающей силѣ такого обѣщанія вышло изъ этихъ первоначальныхъ стѣсненій. Значитъ ли это, что предметомъ поощренія способно служить любое дѣй-

¹⁾ Виндшейдъ II § 308, пр. 9; Побѣдоносцевъ Курсъ III § 14 приводитъ Кас. Рѣш. по дѣлу Шандора и Врадін, 71 г. № 114, гдѣ Шандоръ заплатился за свое обѣщаніе обѣщанной преміей.

²⁾ Pr. Landr. I, tit. II § 988 ср. Dernburg Lehrbuch des Pr. Landr. II § 12, пр. 7. Общепольность и умственно-полезное свойство можетъ, натурально, тоже подлежать спору, если явѣтъ особаго ареопага для безапелляціонныхъ рѣшеній.

ствіе, безъ всякой квалификаціи со стороны его допустимости вообще, пригодности для обязательственныхъ отношеній въ особенностяхъ? Натурально, нѣтъ. Предметъ поощренія въ составѣ односторонне-обязывающей сдѣлки могутъ составлять, конечно, только дѣйствія, входящія по своимъ свойствамъ въ кругъ пригодныхъ для сдѣлокъ договорныхъ вообще. Въ виду этого ни новый герм. код., ни нашъ проектъ не квалифицируетъ никакими особыми признаками этотъ родъ дѣяній, подлежащихъ поощрительнымъ наградамъ.

По *третьему вопросу*, какія главнѣйшія разновидности подобныхъ обѣщаній даютъ намъ современныя, наиболѣе законченныя системы, замѣтимъ слѣдующее.

Нашъ проектъ (ст. 1045 и 1046), какъ и нѣмецкій кодексъ (657 и 658) допускаютъ публичныя обѣщанія награды *безъ указанія срока*, до поступленія котораго обѣщающій остается связаннымъ своимъ обѣщаніемъ. Формулированное такимъ образомъ волеизъявленіе, безсрочное въ этомъ смыслѣ, обязательно для обѣщавшаго, какъ и срочное. Но юридическій эффектъ безсрочнаго обѣщанія слабѣе, ибо промиттентъ въ этомъ случаѣ вправѣ въ любое время отказаться отъ обѣщанія ¹⁾. Законъ указываетъ лишь необходимую для юридическаго дѣйствія такого отказа обрядность, которая состоитъ въ томъ, что *отказъ имѣетъ быть оглашенъ тѣмъ же способомъ*, какимъ было оглашено самое обѣщаніе ²⁾.—Если бы, однако, по сдѣланному поощрительному вызову *исполненіе* было уже *предпринято*, то отказъ хотя бы публично оглашенный, не будетъ имѣть отмѣняющей силы (ср. указан. выше статьи ³⁾).

Наряду съ такимъ обѣщаніемъ безъ срока, допускающимъ

¹⁾ Такое ослабленное дѣйствіе безсрочнаго обѣщанія и вообще различіе обѣщаній срочныхъ съ усиленнымъ дѣйствіемъ, и безсрочныхъ, со слабымъ эффектомъ, полезно между прочимъ имѣть въ виду въ тѣхъ случаяхъ публичнаго обѣщанія награды, которые даются не въ цѣляхъ вызвать поощряемое дѣйствіе, а для рекламы. Реклама всегда широковысказательна. См. еще дальше замѣчаніе по поводу 661 ст. Герм. Уложенія.

²⁾ У насъ (ст. 1046) непременно *публичное объявленіе*; у нѣмцевъ еще *особое сообщеніе* (ст. 658). Последнее можетъ несомнѣнно имѣть свой кругъ примѣненія и его напрасно выбросили въ нашемъ проектѣ.

³⁾ Указанныя статьи проекта нѣсколько видоизмѣнены сравнительно съ Уложеніемъ 96 г. и, по нашему мнѣнію, не къ выгодѣ проекта. Просимъ слѣдить, но не беремъ на себя здѣсь подробнаго разбора, чтобъ не осложнять разсмотрѣнія дѣла. Тяжелое начало нашей ст. 1046: *пока не приступлено еще къ исполненію*, совсѣмъ не то что *Vornahme der Handlung* въ Нѣмецк. Уложеніи. Нѣмецкій текстъ лучше и точнѣе выражаетъ то, что слѣдовало выразить и вовсе не имѣетъ смысла *только приступа къ дѣйствию*. Въ институтѣ еще не достаточно выдержавшемъ практическій искусъ всегда окажется кое что недосказаннымъ, какъ въ этомъ положеніи. Но у нѣмцевъ все же недосказаннаго меньше въ ст. 658 начало, чѣмъ у насъ въ ст. 1046 тоже начало.

въ указанныхъ предѣлахъ отказъ промиттента, нашъ проектъ, какъ и Герм. Уложение, знаетъ другую форму волеизъявленія, несравненно болѣе эффективную въ юридическомъ смыслѣ. Это именно обѣщаніе, сопровождаемое въ самомъ его составѣ *отказомъ отъ права измѣнить впослѣдствіи свою волю*. Наряду съ этимъ и тоже въ направленіи къ усиленію дѣйствія обѣщаній этого рода должно быть поставлено обѣщаніе, *устанавливающее срокъ для выполненія награждаемаго дѣйствія* (ст. 1046 пр. и 658 конецъ). Когда указанъ такой срокъ, то отказъ обѣщавшаго, сдѣланный ранѣе срока, признается недѣйствительнымъ ¹⁾.

Нельзя придумать ничего надежнѣе въ цѣляхъ увѣренности заинтересованныхъ въ юридически-обязательномъ эффектѣ публичныхъ одностороннихъ обѣщаній наградъ, какъ именно эту форму, которую создаетъ Нѣмецкое Гражд. Уложение и реципируетъ нашъ проектъ. Но при этомъ для всякаго также очевидно, что обѣщанія награды осложненные отказомъ отъ права позже измѣнить свою волю, если они идутъ не на срокъ, а навсегда, могутъ лечь тяжелымъ и безцѣльнымъ бременемъ на обѣщающаго. Быть можетъ въ этомъ лежитъ объясненіе недовѣрія, частью преувеличеннаго, которое питали классики къ этой формѣ одностороннихъ обѣщаній вообще.

Нѣмецкій кодексъ, различивъ двѣ категоріи обѣщаній награды, а) неуказывающихъ вовсе срока и вмѣстѣ допускающихъ отказъ, а съ другой стороны, б) недопускающихъ отказа (до опредѣленнаго срока, или же навсегда), прибавляетъ, что обѣщаніе награды, вѣрнѣе — преміи, *которая выдается лишь по конкурсу*, считается обязательнымъ только при условіи присоединеннаго къ обѣщанію *указанія срока для соисканія* (ст. 661 нач.).

¹⁾ Нѣмецкая ст. 658 несравненно проще и лучше выражаетъ существо дѣла чѣмъ соответствующая ст. проекта. Обороте рѣчи въ ст. 1046 коп. *безусловное истечение этого срока* составляетъ буквальную передачу ст. 686 Дрезд. Пр. (не привожу всѣхъ ссылокъ на проекты, ибо они не всякому читающему доступны, да и во многихъ случаяхъ совершенно излишни въ самомъ нашемъ проектѣ и въ объяснит. запискѣ). Wenn die für die Leistung festgesetzte Zeit ohne Erfolg abgelaufen ist. Вопросъ только въ томъ, всегда ли необходима и умѣстна такая рабская передача любого оборота чужой рѣчи? Это можно передать гораздо легче, чѣмъ дѣлаетъ нашъ проектъ, напр., словами, *если въ теченіе назначеннаго срока цѣль не была достигнута*. Опять и здѣсь практикѣ останется многое досказать въ этомъ незавершенномъ въ своемъ развитіи институтѣ. Не можемъ одобрить и другого „улучшенія“ нѣмецкой 658 статьи. Наша ст. 1046 говоритъ: *отмѣна обѣщанія можетъ послѣдовать* только и проч. Это во 1-хъ несправедливо, а затѣмъ, что это за дѣтскія разсужденія о возможномъ въ законѣ, когда передъ глазами свойственный именно закону текстъ не о возможномъ, а о *должномъ*, объ обязательномъ для дѣйствія отреченія способѣ его выразить. Такъ и формулировано ст. 658. Der Widerruf ist nur wirksam, по-русски — *отказъ имѣетъ силу, или... будетъ дѣйствителенъ, когда... и проч.*

Этимъ вполне разумнымъ ограниченіемъ нѣмецкій законъ устраняетъ возможность вызвать на конкурсъ и *затѣмъ отречься* отъ обѣщанія согласно ст. 657 и 658 Герм. Ул. и соотвѣтствен. статей проекта. Такой призывъ (на конкурсъ безъ указанія его срока) есть актъ ничтожный съ самаго начала и стало быть неспособный возбуждать ни въ комъ никакихъ ожиданій.

Но еще важнѣе это ограниченіе въ томъ смыслѣ, что оно *не допускаетъ безсрочной конкуренціи*, стало быть такой, гдѣ ни одинъ изъ конкурентовъ никогда не можетъ достигнуть увѣренности, что его дѣйствіе будетъ окончательно и безповоротно признано достойнымъ награды.

Это положеніе нѣмецкой ст. 661 нач. воспроизведено нашей ст. 1048 нач.

Мы не войдемъ въ подробности задачи распредѣленія преміи между конкурентами и соучастниками, которое выработано въ обоихъ законоположеніяхъ приблизительно тождественно, и остановимся

на *четвертомъ вопросѣ*, о юридическомъ эффектѣ, болѣе слабымъ или болѣе сильнымъ, который современное право соединяетъ съ этой *самостоятельной, независимой* отъ элементовъ договорнаго построенія, односторонней сдѣлкой.

Мы говоримъ здѣсь не о вопросахъ чести, не о нравственной обязательности сдѣланнаго вызова для поллицитанта, а именно о *юридически-обязывающей силѣ* публичнаго обѣщанія награды. Она несомнѣнно есть иная, чѣмъ въ договорной формѣ, и въ нѣкоторыхъ разновидностяхъ односторонняго обѣщанія его юридическій эффектъ, обязывающая сила сдѣлки крайне слабая. Публичное обѣщаніе, которое дано безъ всякихъ осложненій, безъ указанія срока его обязательности для поллицитанта, безъ заявленнаго вмѣстѣ съ публикаціей отказа отъ права отречься, порождаетъ несомнѣнно юридическія послѣдствія, обязываетъ поллицитанта, влечетъ для него евентуально отвѣтственность за траты, сдѣланныя для выполненія поощряемаго дѣйствія, даетъ вмѣстѣ основаніе требовать преміи въ случаѣ достиженія цѣли. Но вотъ въ чемъ особенность именно этой разновидности. Если поллицитантъ не связалъ себя ни срокомъ, ни зароконъ когда либо отречься отъ обѣщанія, то безусловно онъ будетъ въ силу обѣщанія обязанъ только къ тому, чтобы въ случаѣ измѣнившейся его воли, *также огласить свой отказъ*, также публично отречься отъ принятаго на себя обязательства, *какъ публично онъ его на себя принялъ*. Это обязательство исключительно формальнаго свойства, какъ формально требованіе для эксгередиціи извѣстныхъ

близкихъ поименно указать каждаго въ testamentъ. Если такого формальнаго соответствія между обѣщаніемъ и его отозваніемъ не будетъ, тогда обязывающая сила его продолжаетъ дѣйствовать, хотя бы поллицитантъ фактически несомнѣнно измѣнилъ свои намѣренія. Но и формальное отреченіе избавляетъ его лишь отъ отвѣтственности по требованіямъ, которыя позже образовались. Что же касается раньше образовавшихся требованій, то они остаются въ силѣ, несмотря на отреченіе.

Публичное обѣщаніе награды за извѣстное дѣйствіе по конкурсу, сдѣланное безъ указанія срока, съ самаго начала не влечетъ за собою, какъ было показано выше, никакого юридическаго дѣйствія.

Наконецъ, обѣщаніе можетъ быть осложнено присоединеніемъ *срока или отреченія* измѣнить волю. Если въ публичномъ обѣщаніи награды за дѣйствіе, имѣющее совершиться къ извѣстному сроку, есть нѣчто родственное договорной сдѣлкѣ, хотя совсѣмъ, напр., въ римской системѣ, не выработаннаго, неопредѣлившагося типа, то въ обѣщаніи *осложненномъ отреченіемъ* несомнѣнно есть признаки далеко нецивильной, для сферы имущественной воособенности именно нецивильной сдѣлки. Форма обязывающаго волеизъявленія выжидательная, незаконченная по своей конструкціи, съ такимъ сильнымъ эффектомъ безповоротности, при этомъ безъ опредѣленнаго дестинатарія, заключала бы въ себѣ нѣчто уродливое, какой-то диссонансъ въ системѣ латинскихъ институтовъ, въ которой лейтмотивомъ является всегда и необходимо *utilitas singulorum*, облеченная въ конкретную форму притязанія *опредѣленнаго субъекта*. Это, въ латинскомъ смыслѣ, было бы *обязательство безъ опредѣлившагося домоваго отношенія*! Тутъ для поллицитанта образуется невозможное въ латинскомъ смыслѣ *juris vinculum* въ интересахъ не только неопредѣленнаго, но, быть можетъ, и неопредѣлимаго никогда, ниже въ отдаленномъ будущемъ, кредитора!

Юридическій эффектъ такого осложненнаго публичнаго обѣщанія состоитъ въ томъ, что поллицитантъ, *должникъ*, въ любой послѣдующій моментъ *подлежитъ* имущественной *отвѣтственности* въ предѣлахъ сдѣланнаго обѣщанія, до истеченія срока или навсегда, какой *подлежалъ бы изъ вполнѣ законченной обязательственно-договорной сдѣлки съ опредѣленнымъ кредиторомъ*. Въ этой роли кредитора можетъ явиться выполнившій поощряемое дѣйствіе ранѣе публикаціи поллицитанта, позже предпринявшій и довершившій такое дѣйствіе, одинъ притязающій, рядъ конкурентовъ; и притязанія всего этого круга лицъ будутъ носить *вполнѣ выразившійся исковой характеръ*.

Хотя ни нѣмецкій кодексъ, ни нашъ съ него сколокъ въ этомъ институтѣ, не трактуетъ особенно вопроса о возможности поручительства, реального обезпеченія этого обязательства, но не можетъ быть сомнѣній, что не одинъ искъ, а наряду съ нимъ и иные способы матеріальнаго обезпеченія принятаго поллицитантомъ обязательства могутъ имѣть мѣсто здѣсь, какъ и въ договорѣ (ср. ст. 3 проекта).

Это наиболѣе выраженный по силѣ своей юридическій эффектъ односторонняго публичнаго обѣщанія награды. Мы переходимъ къ *пятому вопросу*, поставленному выше, *какую общую теоретическую основу возможно дать* этому любопытному опыту обогатить нашу систему обязательственныхъ формъ этою новою, остающею столько желать, столь неконченною сравнительно съ господствующей латинской договорной основой, формой односторонняго публичнаго обѣщанія награды?

Если современная юриспруденція спѣшитъ въ практическомъ примѣненіи этой формы отрѣшиться отъ классическихъ завѣтовъ, то и въ теоретической обработкѣ проблемы наша юридическая литература, особенно нѣмецкая, ищетъ создать новую базу для этого новообразования практики.

Старая договорная база, коей считали необходимымъ придерживаться, начиная съ Савиньи, столь многіе теоретики до послѣдняго времени, теряетъ все больше и больше сторонниковъ, ибо нельзя же въ самомъ дѣлѣ утверждать, что основа обязательности обѣщанія въ томъ, что оно кѣмъ-то принято, вошло въ сферу его притязаній, когда обязательность его существуетъ на лицо явно въ полной независимости отъ акцепта, когда соотвѣтствующій акцепту моментъ (выполненіе) можетъ опредѣлиться раньше оферты, когда, наконецъ, нѣтъ ни предѣла времени, до котораго продолжается выжидательное состояніе, ни права когда-либо его прекратить.

Одна изъ попытокъ дать теоретическую основу построенію обязательной силы публичнаго обѣщанія награды принадлежитъ названному выше профессору Зигелю. Ее принимаютъ многіе. Для насъ она любопытна потому особенно, что наши кодификаторы охотно къ ней присоединяются въ Объяснительной къ проекту V кн. запискѣ ¹⁾.

Вотъ въ чемъ она состоитъ.

Мы приведемъ кратко конструкцію Зигеля, ибо она собственно и дала толчекъ разсужденіямъ, которыя находимъ въ

¹⁾ Т. 5 стр. 315.

указанномъ мѣстѣ Объяснит. Зап. Зигель думаетъ, что совершеніе поощряемаго дѣйствія составляетъ *условіе*, отъ коего поставлено въ зависимость возникновеніе обязательства. Такимъ образомъ, *содѣйствіе притязающаго въ обоснованіи обязательства* имѣетъ мѣсто именно въ той мѣрѣ, въ какой совершеніе имъ дѣйствія составляетъ выполненіе условія ¹⁾.

Буквально на той же основѣ строятъ обязывающую силу обѣщанія награды послѣдующіе нѣмецкіе писатели этого лагеря и наши кодификаторы. Это сдѣлка односторонне-обязывающая, но по своему составу она не есть *negotium purum*, а *sub conditione contractum*.

Не столько въ смыслѣ результатовъ, ибо они взяты въ нашъ проектъ почти текстуально изъ Нѣм. Уложенія, сколько именно по отношеніи къ методу этой любопытной конструкціи намъ необходимо поближе разобратъ въ этомъ дѣлѣ. *Награда и дѣйствіе*, опредѣляемое въ обѣщаніи, не находятся, по словамъ Объяснит. записки, въ такой-же *причинной* (?) *связи*, какъ при заключеніи *договора* о совершеніи дѣйствія за извѣстное вознагражденіе. „...дѣйствіе, опредѣляемое въ обѣщаніи, является *условіемъ* возникновенія обязательства выдать награду“. „Оно составляетъ то событіе будущее и неизвѣстное, отъ наступленія котораго зависитъ возникновеніе обязательства“ ²⁾. Трудной проблемы изслѣдованія *причины* явленій мы, по свойству нашей задачи, не станемъ здѣсь касаться; позволимъ себѣ, однако, спросить—если соглашеніе о цѣнѣ вещи, *pretium*, въ составѣ договора купли-продажи (тоже и для найма, напр.) заключаетъ въ себѣ *причину* обязательства ея отчужденія покупщику (за эту цѣну, тамъ же, стр. 316), то отчего бы не допустить того-же значенія *причины* возврата потерянной вещи въ публичномъ обѣщаніи наградить находчика, отчего и въ выгодѣ пріобрѣсти премію нельзя видѣть такой же *причины* предъявленія работы на конкурсъ? Какъ провести здѣсь разницу между *причиной* и *условіемъ*? Отчего цѣна вещи, поденная плата найма, ея врученіе,

¹⁾ Siegel, das Versprechen, стр. 104: mit dem Vollbringen der That, worauf die Auslobung den Preis gesetzt hat, erfüllt sich die Bedingung, von welcher Sollen u. Haben abhängig gemacht worden war.. Eine Mitwirkung des Forderungsberechtigten bei Begründung der Obligation findet nur insofern statt, als sein Thun der Bedingung die Erfüllung bringt. Штоббе опредѣляетъ и особый видъ этого условія, называя самое обѣщаніе *суспензивно-условнымъ* (§ 171, пр. 12).

²⁾ Гражд. Уложеніе, кн. V, томъ пятый, стр. 318—319. Съ какими трудностями юриспруденція встрѣчается въ понятіи *causa* въ смыслѣ причины, цѣли, мотива волеизъявленія и сдѣлки,—объ этомъ мы знаемъ изъ общаго ученія о сдѣлкѣ въ любомъ учебникѣ Гражд. пр., особенно же въ Пандектныхъ руководствахъ.

не есть условіе, а именно причина, а премія именно не есть причина, а непременно условіе въ составѣ сдѣлки?

Мы не будемъ ждать отвѣта комисіи и не общаемъ публично никакой награды за рѣшеніе этой загадки ни къ сроку, ни безсрочно, а *попытаемся сами* разрѣшить ее. Тутъ дѣло все въ томъ, что понятіе условія имѣетъ не одинъ смыслъ, и не всѣми и не всегда употребляется въ одномъ значеніи. Въ совершенно *нетехническомъ* для цивилистики смыслѣ и врученіе товара и совершеніе поощряемаго дѣйствія будутъ одинаково условіями полученія цѣны въ куплѣ, награды въ публичномъ общаніи таковой. *Технический* смыслъ условія въ составѣ юридической сдѣлки совсѣмъ не этотъ, и какъ всѣ знаютъ или должны знать, условіемъ технически будетъ 1) *внѣшнее для состава сдѣлки*, стало быть, произвольно присоединяемое къ ней, 2) *будущее*, 3) *неизвѣстное событіе*, отъ наступленія или ненаступленія котораго поставляется въ зависимость юридическій эффектъ данной сдѣлки ¹⁾.

Въ юридическихъ построеніяхъ нельзя, натурально, употреблять техническій терминъ въ нетехническомъ смыслѣ. Если наши кодификаторы говорятъ о выполненіи поощряемаго дѣйствія какъ объ условіи обязательности общанія, то считаютъ его или, вѣрнѣе, *должны считать* за нѣчто для состава сдѣлки *внѣшнее*, произвольно къ ней присоединяемое. Такъ ли это, однако, на дѣлѣ? Возможно-ли, не извращая всего существа понятія *награды, премии*, утверждать, что для вопроса объ удостоеніи награды поощряемое ею дѣйствіе не есть внутренне принадлежащій къ составу сдѣлки моментъ, *corpus negotii*, а лишь нѣчто *внѣшнее*, безъ чего понятіе *награды* и *обязательство ее выдать* можетъ существовать совершенно самостоятельно? Несомнѣнно, какъ бы мы ни квалифицировали награду (причиной, цѣлью имѣющаго совершиться, или возмездіемъ уже совершеннаго дѣйствія), для ея *существа*, какъ и для обязательности ея выдачи, поощряемое дѣйствіе будетъ всегда постулятомъ, *непременнымъ, внутреннимъ составнымъ моментомъ*, а не *внѣшнимъ* придаткомъ сдѣлки. Самая сдѣлка такого строенія всегда будетъ сдѣлкой *возмездной*, а не *безмездной*.

Для *возникновенія* обязательства (но только съ точки зрѣнія договорной теоріи ²⁾) совершеніе поощряемаго дѣйствія будетъ тоже не *условіемъ*, а *способомъ* возникновенія.

¹⁾ Въ этой формулѣ есть спорные моменты, которые частью неважны здѣсь для насъ, частью же будутъ нами сейчасъ особо указаны какъ именно здѣсь весьма существенные.

²⁾ Сейчасъ ниже будетъ показано, что эта теорія условной сдѣлки скрываетъ въ себѣ именно договорную основу, отъ которой ищетъ отрѣшиться.

Какъ бы ни формулировали отношеніе награды къ дѣйствию, какъ идущую за его совершеніе, или въ случаѣ его совершенія ¹⁾, или по поводу его совершенія, все же внутреннее свойство обѣщанія награды составляетъ именно его возмездность

Если это вѣрно, то вся конструкція условной сдѣлки въ примѣненіи къ ученію объ обязательности публичнаго обѣщанія награды падаетъ сама собою безъ всякаго результата для теоретическаго обоснованія этого института.

Вся наша дедукція держится, однако, на томъ, что понятіе *условія* мы принимаемъ въ подлинномъ его, *техническомъ для цивилистики, смыслъ, какъ событія для состава сдѣлки внѣшняго*. Но нѣтъ того подлиннаго, технического смысла какого угодно термина, котораго нельзя было бы подмѣнить нетехническимъ употребленіемъ того-же слова. Нѣмцы вообще этого не допускаютъ. Для насъ важны, однако, не нѣмецкія, а *свои строители ученій*. И вотъ что мы находимъ въ томъ опредѣленіи *условія*, которое предлагаетъ намъ коммисія, но уже не въ Объясненіяхъ, а въ самомъ текстѣ законопроекта: сила договора, говоритъ ст. 35 Проекта, можетъ быть, по соглашенію сторонъ, поставлена въ зависимость *отъ событія могущаго въ будущемъ наступить или не наступить, или же хотя и наступившаго, но еще неизвѣстнаго сторонамъ*. Внимательно разсмотрѣвъ эту статью мы не находимъ въ составѣ этого „легальнаго“ понятія *условія* того существеннаго момента, безъ котораго нѣтъ никакой возможности надежнымъ образомъ провести границу понятія *условія технического и нетехнического*.

Мы уже указали выше съ какимъ свойствомъ *условія*, какъ событія только субъективно неизвѣстнаго, думаетъ насъ помирить проектъ. Здѣсь тоже своего рода извращеніе общепринятаго понятія въ смыслъ пригодномъ для случая ²⁾. Это бы еще, пожалуй, съ полбѣды. Но разъ пойдя этимъ опаснымъ путемъ, коммисія уже не можетъ не довести дѣла до самыхъ печальныхъ крайностей. Не найдется ни одного цивилиста, который не по-

¹⁾ Объ этомъ Объяснителн. Зап., т. V, стр. 319 нач.

²⁾ См. выше стр. 61 прим. 2, гдѣ видно, что условіемъ вопреки самому распространенному мнѣнію о его природѣ, можетъ быть, по мыслямъ коммисіи, субъективно-неизвѣстное сторонамъ (въ договорѣ) событіе. Условіе въ этомъ смыслѣ можетъ составлять не будущее событіе (однако ср. еще Объяснит. Зап. т. V стр. 319), а тоже и наступившее уже, т.-е. совершившееся. Необыкновенно складно, и будто именно все само собою подходитъ къ той теоріи односторонняго обѣщанія, которой держится коммисія. Не подходитъ развѣ только иная формула для *условія* на стр. 319, чѣмъ въ ст. 35. Но кто же скажетъ, какъ это могло произойти? Быть можетъ не одинъ редакторъ составлялъ статьи для *условія* и статьи для односторонняго обѣщанія награды. Тогда все понятно, хотя отъ этого читателю, конечно, не станетъ легче.

чувствовалъ бы, къ чему ведетъ этотъ подмѣнъ подлиннаго понятія условія неподлиннымъ, нетехническимъ. Тутъ, на сей случай, все очень складно и просто, лишь бы изъ понятія условія былъ выброшенъ именно этотъ признакъ—*внѣшняго для состава сдѣлки событія*. Тогда совершенно неподходящая къ одностороннему общанію *теорія условной сдѣлки* подойдетъ какъ разъ.—Но, вѣдь, мы на этомъ не остановимся. Этотъ нетехническій смыслъ условія мы будемъ примѣнять вездѣ, ко всѣмъ сдѣлкамъ, которыя кодификаторы введутъ въ V книгу Объ обязательствахъ. Тогда и соглашеніе объ уплатѣ цѣны въ куплѣ-продажѣ, о рабочей платѣ при наймѣ мы тоже будемъ считать *условіемъ*, ибо и то и другое какъ разъ подойдетъ къ смыслу статьи 35-ой.

Что будетъ въ результатѣ такого извращенія одного изъ основныхъ понятій и терминовъ нашей системы, догадаться не трудно. Картину этого произвола давно изобразилъ Кунце ¹⁾, имѣя въ виду только литературный хаосъ, имѣющій наступить вслѣдъ за упраздненіемъ общепринятыхъ и наиболѣе выдержанныхъ юридическихъ понятій и терминовъ. У насъ этотъ хаосъ не ограничивается областью свободнаго воздѣлыванія научныхъ проблемъ въ юриспруденцію. Его хотятъ сдѣлать обязательнымъ, положить на немъ штемпель *легальнаго* авторитета. И чего ради? Чтобъ ввести въ нашъ новый кодексъ 5—6 статей касающихся института публичнаго общанія награды? Едва ли. Быть можетъ, и это гораздо вѣроятнѣе, для того, чтобъ въ ту часть системы, которая по существу своему, всего менѣе способна быть локальной, партикулярной, розной, въ обязательства, внести нѣчто такое, что поставило бы ее дѣйствительно врозь не только съ общимъ правомъ, но и со здравымъ человѣческимъ смысломъ.

Мы вовсе не находимъ удачной ту основу построенія разсматриваемой обязательственной формы, которой держится Зигель и за нимъ наши кодификаторы. Мы указали выше, что уже Виндшейдъ съ недовѣріемъ смотрѣлъ на эти опыты и находилъ болѣе надежной *договорную теорію*, не обставляя своихъ опасеній особой аргументаціей. Лучше и ярче тоже недовѣріе выразилось у Регельсбергера ²⁾, который допуская въ основу сдѣлки условность волеизъявленія поллицитанта, не находить, что этимъ способомъ мы упраздняемъ договорную теорію и замѣняемъ ее самостоятельнымъ эффектомъ односторонняго общанія. Такимъ образомъ латинская договорная теорія, которую мы только-что

¹⁾ См. въ Чтеніяхъ изд. 3-е стр. 246 пр.

²⁾ Указаніе это и другія очень цѣнныя у Зигеля, стр. 91 и слѣд., особ. 103 и 104.

вытолкали въ дверь (Ausstossungsprocess) совсѣмъ непрошенная лѣзетъ къ намъ опять въ окно. Выполненіе дѣйствія, составляющаго условіе оферты, есть несомнѣнно все тотъ же своеобразно выраженный акцептъ. И, однако, договорная теорія все-жъ неспособна послужить основой института ни при этой конструкціи (условное обѣщаніе), ни независимо отъ нея.

Мы также, отказываясь отъ договорной основы, совсѣмъ не думаемъ ставить на ея мѣсто такой суррогатъ, какъ условно-обязательное волеизъявленіе, разрѣшающееся въ смыслѣ возникновенія сдѣлки (договорной, явно) чрезъ выполненіе поощряемаго дѣянія. Во всѣхъ этихъ попыткахъ обязательность обѣщанія получаетъ юридическій характеръ лишь съ той минуты, когда есть на лицо всѣ элементы настоящей договорной конструкціи. Между тѣмъ на практикѣ эта обязательность вовсе не зависитъ отъ акцепта. Она существуетъ раньше его, независимо отъ него, вполне самобытно, то на извѣстный срокъ, то безсрочно, но отнюдь не подъ условіемъ.

Примирить это явленіе съ латинской конструкціей договорнаго обязательства нѣтъ никакихъ средствъ, ни прямо (договорная теорія), ни косвенно (самостоятельная сила *односторонняго, но условнаго* волеизъявленія). Диссонансъ остается ничѣмъ не прикрытымъ.

Причина этого заключается въ томъ, что латинская система не знаетъ обязательствъ безъ личнаго прираженія, обязательствъ, которыя не составляли бы въ то же время долгового отношенія къ лицу опредѣленному или опредѣлимому. Латинское обязательство есть всегда личное. Это неперемѣнно *poten. Nominis appellatio ad omnem contractum et obligationem pertinet* ¹⁾. Въ этомъ вся его оригинальная природа, вся юридическая его сущность. Въ немъ всегда сказывается притяженіе къ лицу, *къ кредитору*, принадлежность *кому-либо*, *pertinentia ad aliquem*. Гдѣ нѣтъ кредитора и нельзя раскрыть его, тамъ нѣтъ обязательства. Это тѣло безъ души. Въ немъ нѣтъ жизни.

Таковы-ли *наши* построенія? Нужны ли для нашихъ обѣтовъ эти неперемѣнно выраженные личные отношенія? Возможно ли сказать, что обѣтъ у насъ ничтоженъ, если не виденъ его дестинарій? Сила обѣта въ томъ ли только, что изъ него сейчасъ можно построить исковое притязаніе въ пользу такого-то? Или сила обѣта, позиція себя обязывающаго оферента совсѣмъ отъ этого не зависитъ? Мы не сомнѣваемся, что средневѣковыя воз-

¹⁾ l. 6 pr. D. V. S.

зрѣнія не только не совпадаютъ здѣсь съ классическими, но даже не соприкасаются съ ними. Право частное, вообще, не кончается въ этой системѣ тамъ, гдѣ нельзя сейчасъ указать или гдѣ не видна непосредственно *utilitas singulorum*, польза или выгода отдѣльнаго человѣка, лежащая въ основѣ юридическаго притязанія. Имущественныя отношенія вообще, обязательство въ частности связаны въ этой средневѣковой атмосферѣ не съ лицомъ, а съ *положеніемъ*. Это не есть необходимо и исключительно *per-
tinentia ad aliquem*, а точно также и наряду съ этимъ *per-
tinentia ad aliquid*. Нашедшему, создавшему, достигнувшему той или другой *цѣли* я общаю награду. Это *цѣлевое одностороннее волеизъявленіе* поллицитанта. *Цѣль имѣетъ быть достигнута*, и въ интересѣ ея достиженія публичное обѣщаніе конституируетъ награду съ такой мѣрой обязательности этого обѣщанія, что оно для поллицитанта можетъ стать безповоротнымъ, хотя *поллицитантъ никому ничего не долженъ*. *Utilitas singulorum* отходитъ на второй планъ. Возможна, стало быть, строгая и вполнѣ законченная обязательственная связь не съ лицомъ, а съ *опредѣленнымъ назначеніемъ*, съ *известной цѣлью*. Моментъ каузальный въ этомъ смыслѣ, не въ смыслѣ *причины*, а въ смыслѣ *цѣли*, безъ всякой необходимой связи съ известнымъ лицомъ, есть достаточный не только для возникновенія, но и для самаго продолжительнаго существованія совершенно опредѣленнаго обязательственнаго отношенія. Обѣтъ первоначально, обѣщанія того или другого содержанія въ послѣдствіи отнюдь не менѣе сильны оттого, что они обращены не къ известному лицу, а къ известной *цѣли*. Они *вовсе не условно, а именно безусловно обязательны*.

Наиболѣе общій и вѣрный способъ ихъ *прекращенія* есть достиженіе *цѣли*, кто бы ея ни достигъ (быть можетъ, самъ поллицитантъ, напр., въ случаѣ находки имъ самимъ вещи, открытія виновника преступленія), или утраченная возможность ее достигнуть.

Если явленія самостоятельной обязывающей силы публичнаго обѣщанія награды не гармонируютъ съ латинской системой, то подлинный для нихъ фонъ даетъ своеобразный строй имущественныхъ отношеній средневѣковой эпохи. Ихъ корни тамъ. Для новаго времени они составляютъ какъ будто одну рапсодію изъ старой поэмы, характерный пассажъ выхваченный изъ *цѣльной симфоніи* для какихъ нибудь попури, съ удивительной стряпней коихъ такъ напрашиваются на сопоставленіе нынѣшніе кодификаціонные продукты.

Это тѣже недосказанныя, незаконченныя, въ латинскомъ смыслѣ,

очертанія, какія встрѣчаются намъ въ многообразныхъ формахъ тогдашнихъ посвященій, заповѣдей, зарокѣвъ и въ этомъ неисчерпаемомъ обилии тогдашнихъ союзныхъ формъ имущественнаго обладанія, которое мы изображали выше. Вся разница въ томъ, что тамъ въ этихъ безчисленныхъ *fondations perpetuelles, riae causae*, цѣлевыхъ имуществъ, *Zweckvermögen*, корпораціяхъ новаго типа, мы видимъ обыкновенно *цѣлыя имущественныя массы*, коихъ *pertinentia ad aliquem* едва примѣтна сквозь несомнѣнную ихъ связь съ опредѣленной цѣлью. Здѣсь, въ публичномъ общаніи, этой цѣли призваны служить не массы имущества, а лишь *отдѣльныя выдачи* за дѣйствія, за предпріятія достойныя поощренія.

Пока мы ищемъ для нихъ контакта съ Римомъ—работа бесплодна. Необходимо на сей разъ вовсе забыть классическія конструкции, и тогда изъ цѣльной картины средневѣковаго быта намъ придутъ навстрѣчу тѣ обильныя сочетанія, вмѣстѣ съ коими и посреди коихъ *самостоятельная сила односторонняго общанія* станетъ разомъ для насъ и безусловно ясной и вполне жизненной.

Такимъ образомъ, основы института не возбуждаютъ сомнѣній. На вопросъ о томъ, выдержать ли тѣ *попытки построенія* этого института, которыя видны въ нѣмецкомъ кодексѣ и введены нынѣ въ нашъ проектъ, пробу современной дѣйствительности—едва ли возможенъ сейчасъ сколько-нибудь увѣренный отвѣтъ. Не въ одномъ этомъ дѣлѣ нынѣшняя цивилистика проходитъ стадію болѣе или менѣе рискованныхъ и тяжелыхъ *попытокъ*.

Мы не безъ нѣкотораго расчета остановились здѣсь на этой сторонѣ вопроса, на связи отдѣльнаго явленія современной обязательственной системы съ его историческими корнями и съ своеобразными общими чертами другихъ институтовъ той же формации. Эти мысли откроютъ намъ свободный и широкій путь уразумѣнія подобныхъ этому институтовъ обязательственного права характера совсѣмъ не римскаго.

§ 13.

Явленіе не вполне законченныхъ договорно-обязательственныхъ волеизъявленій. — IV. Общаніе въ составѣ договора о совершеніи третьему, или договоры въ пользу третьяго. — V. Юридическая природа бумагъ на предъявителя.

Мы только что заключили ученіе о юридическомъ эффектѣ односторонняго волеизъявленія, именно *публичнаго общанія* награды, независимо отъ его акцепта, стало быть, *независимо отъ*

договорной основы обязательства. Но обѣщаніе является въ современныхъ системахъ не въ этомъ только видѣ, не въ видѣ волеизъявленія публичнаго только, основой долгового требованія. Наряду съ тѣмъ что разсмотрѣнной конструкціей слѣдуетъ, для характеристики новыхъ системъ, въ отличіе ихъ отъ римской, ставить еще другое явленіе, гдѣ обѣщаніе, независимо отъ его акцепта, тоже служитъ основой долгового требованія со стороны лица, въ пользу коего оно сдѣлано, хотя оно обращено не къ нему, не къ дестинатару обѣщанія, и не оглашено во всеобщее свѣдѣніе, а дано контрагенту, съ коимъ промиттентъ вступилъ, такимъ образомъ, въ договорную сдѣлку.

Итакъ, отличіе этого обѣщанія отъ публичнаго обѣщанія награды въ томъ, во-1-хъ, что оно не публичное, во-2-хъ, что оно не составляетъ вовсе награды за совершенное дестинатаромъ дѣйствіе, въ-3-хъ, что оно выговорено въ пользу неучаствующаго въ сдѣлкѣ дестинатара *одною изъ договорившихся въ этомъ смыслѣ сторонъ*, промиссаромъ отъ промиттента, не себѣ, а другому или другимъ, въ-4-хъ, что обѣщаніе здѣсь дается не *in personam insertam*, какъ въ публичномъ обѣщаніи награды, а въ пользу *извѣстнаго* или *извѣстныхъ* лицъ.

Основой для такого рода обѣщаній служитъ, такимъ образомъ, *обязательственный договоръ*. Отклоненіе отъ нормальнаго для обязательственнаго договора состава и эффекта заключается здѣсь въ томъ, что долговое требованіе изъ этого обязывающаго договора образуется не для *вѣрителя*, а для *третьяго*, вовсе не участвующаго, евентуально даже вовсе неосвѣдомленнаго объ этомъ договорѣ, *нерѣдко*, притомъ, *неспособнаго ни узнать, ни соучаствовать въ договоръ лица*.

Итакъ, я договариваюсь съ покупщикомъ моего имѣнія, чтобы сосѣдъ мой, которому ранѣе былъ подаренъ участокъ того же имѣнія, продолжалъ пользоваться правомъ проѣзда, какимъ пользовался при мнѣ. По договору со страховымъ обществомъ старшій родственникъ обезпечиваетъ младшему, несовершеннолѣтнему, душевнобольному, опредѣленнымъ, до окончанія воспитанія, или безсрочныя денежныя выдачи (ренту), на условіяхъ, которыя подробно выработаны уставомъ общества и состоявшимся между сторонами контрактомъ.

Въ правѣ ли такой дестинатарій сдѣлки на этой обязывающей промиттента (покупщика, страховое общество) договорной основѣ *требовать отъ промиттента* выполненія сдѣланнаго имъ обѣщанія *какъ долга, какъ юридически конституированнаго въ отношеніи къ нему обязательства?*

Латинская система *въ принципъ* отвѣчала на этотъ вопросъ отрицательно... *neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus* ¹⁾.

Рядъ случаевъ, совершенно одиночныхъ, гдѣ такой модалитетъ въ интересахъ третьяго сопровождаетъ договоръ въ пользу самого промиссара, отнюдь не нарушалъ начала, по коему дестинатаромъ контракта способенъ быть лишь самъ контрагентъ, самъ вѣритель ²⁾, а никакъ не любой третій. Общая теза о цѣли, исключительно личной, эгоистичной, для коей созданы всѣ обязательства, составляла безспорную школьную истину ³⁾.

Изъ указанныхъ сейчасъ примѣровъ несомнѣнно, однако, что расширение дѣйствія договорнаго обязательства на кругъ лицъ не участвующихъ въ установленіи договора можетъ заключать въ себѣ совершенно очевидный жизненный практическій интересъ.

Формальная законченность правоотношеній, возникающихъ изъ обязательственнаго договора, конечно, не выигрываетъ въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ практика ищетъ расширенія дѣйствія договора на кругъ лицъ неучаствующихъ въ его составленіи. Здѣсь тоже, что въ волеизъявленіяхъ условныхъ, въ сдѣлкахъ, совершаемыхъ чрезъ представителя. Осложненіе строенія сдѣлки посредствомъ присоединенія условія, еще бѣдшія трудности проблемы совершенія сдѣлокъ чрезъ уполномоченныхъ для этого агентовъ открываютъ массу техническихъ разногласій и споровъ, какихъ не знаетъ волеизъявленіе, сдѣланное самимъ субъектомъ сдѣлки и безусловно, категорически. Но мы уже указали выше, въ соотвѣствующихъ ученіяхъ (объ условіи, о представительствѣ), какой результатъ въ смыслѣ подчиненія нашему юридическому воздѣйствію интересовъ будущаго, ст. б. во времени, и въ смыслѣ круга сдѣлокъ, ст. б. въ пространствѣ, получается отъ этого допущенія сдѣлокъ условныхъ и совершаемыхъ чрезъ другого для нашихъ имущественныхъ интересовъ ⁴⁾.

Того же весьма цѣннаго въ практическомъ смыслѣ результата для расширенія обмѣна интересовъ на *самые обширные круги лицъ* мы достигаемъ и въ тѣхъ случаяхъ, когда отступаемъ отъ латинской догмы (*alteri stipulari nemo potest*) и допускаемъ договоры, *содержаніе коихъ составляетъ обѣщаніе дать или*

¹⁾ L. 11 D. de O. et A. (44—7).

²⁾ Мы не перечисляемъ ихъ всѣхъ, ибо ихъ легко найти въ любомъ пандектномъ учебникѣ (Виндшейда § 316), и толкованіе ихъ далеко не одинаково.

³⁾ *Alteri stipulari nemo potest; inventae sunt enim hujusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi acquirat quod sua interest; ceterum, ut alii detur, nihil interest stipulatoris* § 19. J. de inutil. stipul. 3. 19.

⁴⁾ См. Чтеніе вып. III, стр. 699 и слѣд., 799.

совершить что либо не мнѣ, промиссару, а третьему (*ut alii detur*), не только фактически неучаствовавшему, но евентуально и неспособному соучаствовать въ договорѣ въ качествѣ контрагента.

Комбинируя такимъ образомъ элементы строенія *договорнаго обязательства* изъ данныхъ, для коихъ въ эту минуту еще нѣтъ, быть можетъ, ничего на лицо, кромѣ надежды, что такія данныя явятся со временемъ (я, промиссаръ, обязуюсь такой-то компаніи вносить ежегодно, опредѣленную сумму, съ тѣмъ чтобъ эта компанія приняла на себя обязательство, *обѣщала выдать моей дочери*, по достиженіи ею совершеннолѣтія, приданое, *вдовѣ* моей пенсію, *сыну* ренту до окончанія школьнаго возраста), я юридически обезпечиваю имущественные интересы цѣлой семьи, цѣлаго поколѣнія, совершенно независимо отъ теперешнихъ моихъ наличныхъ ресурсовъ, въ будущемъ, притомъ настолько солидно, что кромѣ моихъ частичныхъ взносовъ для этой цѣли, мнѣ нѣтъ надобности совершать никакихъ актовъ, чтобъ весь этотъ кругъ лицъ явился, каждое за себя, вѣрителемъ и евентуально истцомъ по даннымъ мнѣ этой компаніей въ пользу названныхъ *дестинатаровъ обѣщаній*.

Занимающій насъ здѣсь вопросъ заключается не въ томъ, чтобъ доказать практическій интересъ такой задачи, который едва ли можетъ возбуждать сомнѣнія, а въ томъ, чтобы найти легчайшій путь для рѣшенія ея въ технически-юридическомъ смыслѣ.

Эластичность договорно-обязательственной юридической связи (*juris vinculum*) составляетъ одно изъ наиболѣе цѣнныхъ въ практическомъ смыслѣ ея свойствъ. Но этого предѣла растяжимости, когда она охватываетъ не только участниковъ договора, но и третьихъ, наша техника стала достигать лишь въ позднѣйшую эпоху своего развитія, главнымъ образомъ благодаря эманципации отъ латинскихъ преданій въ школѣ такъ называемаго *естественнаго права*, заслуги которой въ этомъ вопросѣ нераздѣльно связаны съ именемъ Гуго Гроція.

Вотъ его изумительная по простотѣ и силѣ соображеній по этому предмету рѣчь: *Si mihi facta est promissio (de re danda alteri), naturaliter videtur mihi acceptanti jus dari accipiendi, ut ad alterum jus perveniat, si et is acceptet, ita ut medio tempore a promissore promissio revocari non possit, sed ego cui facta est promissio eam possim remittere. Nam is sensus juri naturae non repugnat, et verbis talis promissionis maxime congruit* ¹⁾.

¹⁾ De jure bel. ac pac. lib. II c. XI, § 18 (ср. Зигель, стр. 159. Тоже у Газенörля, гдѣ богатыя литер. указан., стр. 461, пр. 56; особ. у Гарейса *Verträge zu Gunsten dritter* 1873 г., гдѣ хорош. очеркъ исторіи догмы, стр. 70).

Но въ этихъ первыхъ признакахъ сближенія техническихъ проблемъ цивилистики съ практическими задачами имущественнаго обмѣна новаго времени едва замѣтны знаменія будущаго роскошнаго развитія ученія о договорахъ въ пользу третьихъ, какимъ оно является въ литературѣ, въ законопроектахъ и законодательствѣ второй половины девятнадцатаго вѣка.

Въ первыхъ своихъ проблескахъ ученіе отвѣчало практической потребности, которая становилась очень настоятельной, особенно въ условіяхъ разложенія старинныхъ союзныхъ формъ обладанія, выговаривать, въ раздѣльныхъ актахъ бывшаго до сего въ общемъ владѣніи имущества, обѣщанія со стороны получившаго свою долю въ пользу другихъ, неучаствующихъ въ сдѣлкѣ, отдѣльныхъ правъ, выгодъ или послѣдующихъ выдачъ.

Бруннеръ находитъ практику такихъ договоровъ съ искомымъ эффектомъ для третьяго въ самыхъ старыхъ памятникахъ германскаго права въ гораздо болѣе развитомъ примѣненіи чѣмъ у Римлянъ ¹⁾.

Мы можемъ и въ памятникахъ отечественной старины указать весьма ранніе образцы подобныхъ обязательствъ или обѣщаній въ пользу неучаствовавшихъ въ сдѣлкѣ лицъ, натурально, всего чаще въ сдѣлкахъ дарственныхъ ²⁾ со стороны выговаривающаго выгоду въ пользу третьяго. Практика такихъ договоровъ въ пользу третьихъ отмѣчается въ нѣмецкомъ обычномъ правѣ въ обилии и для послѣдующаго времени. Совершенно тоже должно имѣть мѣсто и въ нашихъ, не только старинныхъ, но и современныхъ договорныхъ, особенно семейно-договорныхъ сдѣлкахъ въ обиходѣ крестьянскаго землевладѣнія.

Наиболѣе по этому вопросу развитая изъ нынѣшнихъ кодифицированныхъ системъ, именно Нѣмец. Гражд. Улож. 1896 г., не теряетъ изъ виду и эту первоначальную форму договорныхъ сдѣлокъ, гдѣ, наряду съ безмездной уступкой имущества, на пріобрѣтателя возлагаютъ обязанность совершенія чего либо въ пользу третьяго, или онъ самъ, принимая такое имущество, даетъ обѣщаніе совершить что либо на удовлетвореніе третьяго. Те-

¹⁾ Das deutsche Pr. Recht (Encykl. v. Holtzendorf), § 54. См. также указан. и поправки Stobbe къ мыслямъ Sohm'a и Пановскаго (Handbuch § 172, пр. 4).

²⁾ Для примѣра см. А. Ю. № 124 (1553 г.), гдѣ имѣемъ образецъ вкладной монастырю вотчины съ обязательствомъ *постричь за тѣмъ же вкладомъ* указанное лицо и алиментировать. Это, конечно, не единственный примѣръ. Мы не ставимъ себѣ здѣсь задачи освѣтить весь вопросъ съ историч. точки зрѣнія; не сомнѣваемся, что средствъ для этого въ старыхъ памятникахъ, особенно въ актахъ вкладовъ, дареній, въ раздѣльныхъ, найдется, при ближайшихъ изысканіяхъ, множество.

перешняя система обеспечиваетъ юридическій эффектъ такого выговореннаго въ составѣ договора обѣщанія въ пользу третьяго *искомъ*, который этотъ третій *приобрѣтаетъ непосредственно* силой самого обѣщанія (art. 330 2-ой абз.) ¹⁾.

Но отъ этого первоначальнаго сознанія обязательности такихъ договоровъ въ интересахъ третьяго до того роскошнаго развитія, которое они получили теперь, особенно въ новомъ нѣмецкомъ уложеніи, лежалъ въ исторіи ихъ догмы еще весьма долгій путь.

Несомнѣнно, что для современнаго широкаго примѣненія этой формы было весьма существеннымъ возможно законченная разработка самостоятельной, независимой отъ строенія договора, силы *односторонняго обѣщанія*, которая, какъ мы видѣли, съ такимъ трудомъ пробивала себѣ путь въ системѣ права общаго въ Германіи.

Большинство кодифицированныхъ системъ прошлаго и первой половины 19-го вѣка очень неохотно отступало отъ латинскихъ воззрѣній на ограниченный кругомъ контрагентовъ эффектъ договорной сдѣлки, оставляя, такимъ образомъ, настоятельныя требованія практики почти безъ отвѣта. Если помянутому въ составѣ договора третьему присвоивалась какая либо юридическая гарантія его притязаній, то *не ранѣе его приступа къ сдѣлкѣ*, принятія имъ заключенной въ ней оферты, одобренія (*ratihabitio*) выговореннаго въ его пользу интереса, ст. 6. съ того момента, когда онъ переставалъ быть третьимъ. Независимо отъ этого права, которыя онъ могъ *приобрѣсть* на основѣ договора не имъ заключеннаго, разсматривались не какъ самостоятельно имъ *приобрѣтенныя*, а лишь какъ уступленныя ему *вѣрителемъ* (*cessio*) ²⁾.

Кодексы прусскій и французскій (*Code civil*) держатся близко такъ назыв. *Acceptationstheorie*, т.-е. ученія, по коему договаривающіеся до приступа третьяго связаны лишь одинъ по отношенію къ другому, и лишь *промиссаръ самъ* способенъ упражнять исковое притязаніе къ промиттенту объ исполненіи въ пользу дестинатара обѣщаннаго дѣйствія. Это первая стадія, которую

¹⁾ Нашъ проектъ, имѣвшій всѣ основанія для рецепціи этого положенія въ составъ статей 45—49, посвященныхъ договорамъ въ пользу третьяго, обошелъ его вовсе, по основаніямъ не заслуживающимъ одобренія. Позже это будетъ виднѣе. Замѣтимъ здѣсь, что специфическій характеръ отдѣльныхъ операций этого рода, въ сдѣлкахъ страховыхъ, семейно-раздѣльныхъ, фрахтовыхъ, въ подпискѣ на акціи, не избавляетъ кодификацію общихъ нормъ отъ обязанности дать общую выработку институту, какъ это именно и дѣлаютъ нѣмцы.

²⁾ Подробности для баварск., австрійск., цюрихскаго код. и для ряда проектовъ, на кои опирается нашъ проектъ у Штоббе, *Handbuch* § 172 (стр. 113 по 2-му изд.).

проходить развитіе сдѣлокъ этого типа. Пока нѣтъ ничего больше, третій не имѣетъ никакихъ правъ, и стороны могутъ свободно отмѣнить договоръ *mutuo dissensu*, не посягая этимъ ни на чье право.

Если договорившіяся стороны обратились къ третьему съ выговореннымъ въ его пользу обѣщаніемъ, то и въ этомъ еще не будетъ самостоятельной обязывающей ихъ въ отношеніи къ нему основы—это только оферта, вторая стадія развитія сдѣлки. Стороны связаны ею, какъ всякой офертой, до срока, пока есть основаніе ждать акцепта.

Лишь тогда, когда договорная сдѣлка достигнетъ своей законченности, именно *въ смысл договорной формы*, т.-е. когда третій принялъ оферту, для третьяго открывается самостоятельная обязывающая основа. Но секретъ здѣсь опять въ томъ, что принявъ оферту онъ перестаетъ быть третьимъ ¹⁾ и становится въ положеніе контрагента по офертѣ, которая въ предшествующей сдѣлкѣ была выговорена въ его пользу.

Шагъ, сдѣланный въ направленіи къ отторженію отъ латинской системы, весь заключается въ томъ, что договоръ въ пользу третьяго не становится прямо бесильнымъ по конституціональному, такъ сказать, недостатку прямого интереса самихъ соучастниковъ, а даетъ основу для коллективной и обязательно-выжидательной оферты въ отношеніи къ третьему. Ни кругъ интересовъ, ни кругъ лицъ, на которыя простиралось дѣйствіе договора въ этихъ построеніяхъ, не расширился сколько-нибудь значительно.

На этой же точкѣ зрѣнія стоитъ *Code civil*, который вообще, *en général*, не допускаетъ *s'engager ni stipuler* иначе, какъ *en son propre nom* и *pour soi* (art. 1119) ²⁾; однако, даетъ силу контракту *en faveur d'autrui*, какъ теперь говорятъ французы, или *au profit d'un tiers*, какъ выражается кодексъ, когда таково было *условіе договора* въ пользу самихъ контрагентовъ, или даренія, сдѣланнаго однимъ изъ нихъ другому. Но и въ этихъ случаяхъ тотъ, кто выговорилъ это обязательство, теряетъ право отречься отъ него лишь съ того момента, когда третій заявилъ свое желаніе имъ воспользоваться (art. 1121).

Итакъ, самостоятельная сила договора въ пользу третьяго

¹⁾ Прусск. Ландр. I, 5, 75 и слѣд. Дербургъ. D. Oblig. recht. Preussens § 19.

²⁾ Ср. *Code civ. avec des notes indicatives*. и проч. par Dard, гдѣ читатель подъ текстомъ этой статьи найдетъ ссылки на тѣ самые латинскіе тексты, которые были нами процитованы выше изъ титула *instit. de inutil. stipulation.*, изъ соотвѣтств. титул. Пандектовъ, и сверхъ того на подходящія мѣста изъ Pothier, Obligations.

наступаетъ здѣсь, en général, опять только при томъ условіи, что третій пересталъ быть третьимъ, и обязательство вмѣсто альтруистическаго, pour autrui, стало эгоистическимъ, pour soi même ¹⁾.

Таковы общія начала для цѣлаго ряда кодифицированныхъ западныхъ системъ. Это не мѣшаетъ, однако, тому, что на ряду съ опасеніемъ рѣшительно отступить отъ традиціонныхъ латинскихъ основъ, тутъ же не только во множествѣ специальныхъ уставовъ по отдѣльнымъ предпріятіямъ акціонернымъ и инымъ союзнымъ, но и по самымъ ходячимъ торговымъ сдѣлкамъ допускаются совершенно очевидныя отступленія отъ строгости формальныхъ реквизитовъ договорной сдѣлки съ исключительнымъ эффектомъ ея на соучастниковъ. Эластичность строенія договора доводятъ при этомъ до такихъ предѣловъ, гдѣ становится вполне очевиднымъ, что основой обязательства, притомъ обязательства самостоятельнаго, самостоятельнаго долговаго притязанія служитъ далеко уже не самъ договоръ, а *составляющее содержаніе его обѣщаніе*, которое принято однимъ лицомъ, вѣрителемъ, промиссаромъ, но которое юридическій эффектъ свой производитъ вовсе не въ его пользу, а въ пользу третьяго, притомъ совершенно независимо отъ приступа этого третьяго къ сдѣлкѣ въ качествѣ контрагента.

Получавшееся въ результатъ явное разобщеніе неповоротливыхъ, очевидно, отживающихъ свое время общихъ легальныхъ нормъ, съ одной стороны, и настоятельныхъ и все шире развивающихся требованій жизни, съ другой, дѣлало практическую юриспруденцію въ высшей степени непостоянной и ненадежной ²⁾, и необходимость общаго пересмотра основъ ученія объ обязывающей силѣ договора для самихъ контрагентовъ и третьихъ совершенно неотложной.

Однако, въ наукѣ общаго права въ Германіи почти до исхода шестидесятихъ годовъ эманципаціонное движеніе отъ римскихъ основъ ученія въ сторону новаго общаго обычнаго права оставалось едва замѣтнымъ. Видна была даже скорѣе тенденція въ пользу удержанія общей *договорной основы* для обязательства, въ чью бы пользу оно ни клонилось.

Чтобы спасти эту общую договорную основу и вмѣстѣ съ

¹⁾ См. еще Baudry Lacantinerie Précis, II, 822—827. On peut pareillement stipuler pour autrui lorsque telle est la condition d'une stipulation qu'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter (art. 1121).

²⁾ Siegel, 151; Gareis, стр. 184 и слѣд.; Виндшейдъ § 316 пр. 13, 15.

этимъ насколько возможно гарантировать интересы третьихъ, согласно задачамъ современнаго обмѣна, *одинъ рядъ ученыхъ* полагаетъ въ основу притязаній третьихъ на выполнение сдѣланныхъ въ ихъ пользу обѣщаній *молчаливую цессію иска* со стороны промиссара третьему, дестинатару сдѣлки.

Во множествѣ случаевъ договорной въ пользу третьихъ практики нельзя, однако, найти никакихъ признаковъ пріобрѣтенія по договору правъ (на получение ренты по смерти промиссара и тому подобн.) *сперва самимъ контрагентомъ*, а за тѣмъ, черезъ его посредство, дестинатаромъ. И въ этихъ случаяхъ, за отсутствіемъ настоящей уступки правъ, приходится натурально прибѣгать къ воображаемой, фиктивной цессіи.

Другіе цивилисты отказываются измышлять цессію тамъ, гдѣ ея на самомъ дѣлѣ не только нѣтъ, но и быть не можетъ, но все же всѣми силами ищутъ *спасти договорную основу* обязательности обѣщанія въ пользу третьяго, хотя и нѣсколько инымъ путемъ. Таковъ, напр., знаменитый ученый практикъ Оттонъ Бэръ. Онъ отвергаетъ цессію, но ставитъ на ея мѣсто *мандатъ* (тоже *фингированный*), препорученіе или полномочіе промиссара, *mandatum ad agendum*, по силѣ коего неучаствующій въ сдѣлкѣ дестинатаръ самъ ищетъ, требуетъ, дѣйствуетъ, но не самостоятельно, а въ качествѣ уполномоченнаго для этой цѣли агента, коего личный интересъ обезпечивается-де этимъ путемъ въ полной мѣрѣ.

Любопытно, однако, то обстоятельство, что весьма часто интересъ третьяго получаетъ свойство завершеннаго въ смыслѣ его юридической осуществимости лишь въ моментъ смерти промиссара, т.-е. въ тотъ моментъ, когда не только фингируемый, но и подлинный мандатъ теряетъ свою силу.

Такіе фальшивые выходы изъ трудной для конструкціи технической проблемы, натурально, никого не могли удовлетворить. Они еще разъ подтверждали въ глазахъ cadaго *предѣлъ растяжимости и пригодности латинской договорной основы* для построения на ней такихъ институтовъ, на которые эта старая основа вовсе не была рассчитана. Приходилось поневолѣ искать другого выхода, создавать новыя базы для дальнѣйшаго расширения обязательственнаго обмѣна на кругъ лицъ, очевидно, ни прямо, ни косвенно не связанныхъ съ промиттентомъ ни договоромъ, ни послѣдующими операціями уступки или полномочія.

Въ десятомъ томѣ Jhering'овскихъ Jahrbücher ¹⁾ для дог-

¹⁾ Стр. 1—109.

матики римскаго и нѣмецкаго права талантливый профессоръ вѣнскаго университета *Иосифъ Унгеръ* сдѣлалъ опытъ дѣйствительно новаго, идущаго далеко за предѣлы латинской традиціи построения этого ученія. Несмотря на то, что ученіе Унгера нельзя назвать и нынѣ, 30 лѣтъ послѣ его публикации (въ 69 г.), господствующимъ, все же съ этого времени литературная, практическая и законодательная разработка вопроса въ самой его основѣ пошла въ системѣ права общаго по двумъ вполне различнымъ направленіямъ. Одно изъ нихъ, начало коему дала слегка отклонявшаяся отъ договорной основы попытка *Гуго Гроція*, въ которой такъ выпукло показана способность простого обѣщанія, *promissio*, служить въ извѣстныхъ предѣлахъ базой юридически-обязательственнаго отношенія. Другая принадлежитъ именно Унгеру и открываетъ для destinatара такого въ договорную форму облеченнаго обѣщанія совершенно независимую ни отъ соучастія въ договоръ, ни отъ цессіи или мандата, самобытную юридическую позицію, которая вполне отражаетъ его особое отъ promissара право самостоятельнымъ искомъ лично ему принадлежащимъ.

Эти оба ученія въ разработкѣ вопроса получили каждое свое наименованіе. Ученіе Гроція, по господствующему признаку, коимъ опредѣляется самостоятельная позиція destinatара сдѣлки, называютъ *Acceptationstheorie* (теорія принятія, офертъ, конечно, или приступа къ ранѣе возникшему договору). Ученіе Унгера и его послѣдователей отличаютъ названіемъ *Anwachsungstheorie* (теорія приращенія, по аналогіи съ подобнымъ явленіемъ въ латинской системѣ наслѣдственнаго преемства, гдѣ доля призваннаго къ наслѣдованію въ цѣломъ, но не унаслѣдовавшаго ее, *прирастаетъ* непосредственно сонаслѣднику, *jus accrescendi*).

Унгеръ, искавшій признаковъ договоровъ въ пользу третьихъ прежде всего въ юстиніановскихъ источникахъ, которые имъ и разработаны въ этихъ видахъ съ большой тщательностью, владеть, однако, въ основу своего построения вовсе не эти старые тексты ¹⁾. Вся конструкція держится на самыхъ прогрессивныхъ и жизненныхъ, въ смыслѣ интересовъ и задачъ современнаго обмѣна, основахъ. Общее допущеніе юридической силы подобныхъ договоровъ въ современныхъ системахъ имѣетъ въ своемъ основаніи прежде всего практическія требованія жизни, соотвѣтствіе такихъ построеній нашему правовому чувству (*Rechtsgefühl*), юридическому сознанію, наконецъ, постулатамъ современной этики.

¹⁾ Въ смыслѣ типа сдѣлки Унгеръ сближаетъ договоры въ пользу 3-хъ съ отказами и относитъ къ категоріи *quasi-контрактовъ*.

Такія очень отдаленныя отъ формальныхъ реквизитовъ общезначительности извѣстной нормы соображенія вызываютъ въ кругахъ юристовъ всегда большія сомнѣнія, и доктрина Унгера, особенно въ первое время, не нашла благопріятнаго отзвука въ кругахъ виднѣйшихъ нѣмецкихъ юристовъ.

Не оказался на сторонѣ новой теоріи приращенія и Оттонъ Бэръ, отставшій на этотъ разъ, такъ сказать, отъ себя самого въ обычной для него творческой ¹⁾ способности разрѣшать труднѣйшія проблемы практической юриспруденціи согласно требованіямъ времени и жизненнымъ интересамъ общины. Зато въ тонкомъ анализѣ юридическаго строенія договоровъ въ пользу третьяго этотъ противникъ прогрессивнаго ученія оказалъ ему больше услугъ, чѣмъ иные его послѣдователи. Главнѣйшая заслуга Бэра въ этомъ послѣднемъ отношеніи заключается въ томъ, что онъ различилъ каузальную основу обязательства, которая лежитъ здѣсь не въ отношеніяхъ дестинатара къ промиттенту, а въ отношеніяхъ промиттента къ промиссару, тогда какъ эффектъ сдѣлки идетъ въ пользу дестинатара, неучаствовавшаго въ ней и не способнаго поэтому стать, какъ думаетъ Бэръ, въ положеніе истца, иначе какъ силой мандата со стороны промиссара, которому единственно и является обязаннымъ промиттентъ.

Анализъ каузальнаго момента и эффекта сдѣлки сдѣланъ прекрасно, но вся заключительная сторона конструкціи Бэра есть вполне ошибочная.

Несомнѣнно, что *договоръ* А (промиссаръ) съ В (промиттентъ) не даетъ каузальнаго момента для самостоятельнаго притязанія третьяго, С, который въ немъ не участвовалъ. Какой результатъ этой договорной сдѣлки служить дѣйствительной основой для самостоятельнаго притязанія С къ В—мы сейчасъ покажемъ. Ошибка Бэра заключается въ томъ, что онъ считаетъ А, промиссара, *лично притязающимъ* въ качествѣ вѣрителя на совершеніе выговореннаго имъ въ пользу С дѣйствія. Въ виду этого Бэръ и полагаетъ, что изъ этой договорной основы только отъ промиссара и возможно вести *производное притязаніе въ пользу дестинатара*, С, который такимъ образомъ явится какъ бы молчаливо имъ уполномоченнымъ.

Такой случай несомнѣнно возможенъ. А договаривается съ В, своимъ должникомъ, чтобъ В уплатилъ третьему, С, кредитору А

¹⁾ Особныя заслуги этого писателя, въ этомъ же прогрессивномъ направленіи извѣстны въ области ученій о цессіи и о договорѣ признанія, о чемъ мы будемъ имѣть случай говорить впоследствии.

ту сумму, которую А ему, С, долженъ ¹⁾. Здѣсь А заинтере-сованъ, чтобы В произвелъ эту плату, и С, если будетъ искать съ В, то именно на производной отъ А основъ.

Но вѣдь это вовсе не есть единственная и необходимая комбинація. А можетъ договориться съ В, и В можетъ обѣщать ему произвести извѣстныя дѣйствія не ему, А, а именно третьему, только третьему. Себѣ А ничего не выговариваетъ, самъ онъ можетъ остаться совсѣмъ въ сторонѣ, такъ что ни какого отъ себя производнаго требованія на третьяго онъ ни перевести, ни цедировать, или за себя, по своему полномочію третьему поручить взыскать совсѣмъ не можетъ, ибо самъ онъ никакого требованія себѣ не выговаривалъ. Мы ищемъ конструкцій не для случаевъ производнаго для третьяго, а именно для случаевъ самостоятельнаго, первоначальнаго для третьяго притязанія къ промиттенту изъ его договора съ промиссаромъ.

Если мы не допускаемъ никакого иного, кромѣ договорнаго, основанія для свободнаго образованія обязательства, то, натурально, дестинатару неначемъ будетъ самостоятельно основать свое требованіе, ибо самъ онъ въ договорѣ не участвовалъ.

Если же мы, наряду съ договоромъ допускаемъ самостоятельную обязывающую силу односторонняго обѣщанія, то чѣмъ бы и какъ бы оно ни было вызвано, его дестинатаръ, несомнѣнно, найдетъ въ немъ, въ одностороннемъ обѣщаніи ту формальную основу обязательности, какой ему нельзя найти самостоятельно въ договорѣ.

Такимъ образомъ, не договоръ непосредственно, а возникшее въ его результатъ обѣщаніе можетъ, если оно именно къ этому направлено, создать основаніе для самостоятельной, независимой отъ промиссара, позиціи дестинатара и въ смыслѣ вѣрителя и евентуально въ роли истца. Отсюда понятно нѣкоторое колебаніе терминологіи, служащей для техническаго обозначенія этого явленія. Одни хотятъ видѣть здѣсь именно договоръ въ пользу третьяго. Другіе иначе и ближе къ подлинной основѣ обязательства въ пользу дестинатара называютъ эту сдѣлку обѣщаніемъ въ пользу третьяго.

Начиная съ Гуго Гроція вездѣ видимъ именно этотъ моментъ, *promissio* (de re danda alteri), das Versprechen der Leis-

¹⁾ Ср. ст. 329 Нѣм. Гр. Уложенія, гдѣ для случая аналогичнаго законъ вовсе отвергаетъ непосредственное право вѣрителя въ нашемъ примѣрѣ прямо требовать удовлетворенія съ промиттента, если на него не былъ переведенъ самый долгъ. У С тутъ будетъ не свое прямое, какъ изъ договора въ пользу третьяго, а производное отъ В притязаніе.

tung an einen Dritten, выдвинутыми въ конструкціи впередъ ¹⁾.

Что касается договора, коимъ вызывается, фиксируется, обосновывается обѣщаніе, то онъ весь можетъ представлять собою въ самомъ дѣлѣ исключительно только средство, чтобъ вызвать одностороннее обязывающее волеизъявленіе, не создавая вовсе никакого долгового притязанія для контрагента, для промиссара. Это только *коузальная обязательственная связь, безъ окончательно-опредѣлившагося* до извѣстнаго срока, до выполненія промиссаромъ извѣстныхъ дѣйствій, *долгового отношенія* промиттента къ дестинатару. Здѣсь близкое подобіе того явленія публичнаго обѣщанія награды, которое, въ извѣстныхъ условіяхъ, создаетъ для неизвѣстнаго долговое притязаніе на основѣ уже образовавшагося *juris vinculum* (см. выше, стр. 123). Разница будетъ только въ томъ, что при публичномъ обѣщаніи награды притязующимъ на нее явится выполнившій предложенное для соисканія преміи дѣйствіе. Здѣсь, возьмемъ за образецъ страховыя операціи, страховая компанія отвлеченно обѣщаетъ въ своемъ проспектѣ преміи, ренты и прочее въ пользу любого дестинатара, но не въ награду напр. за лучшій маршъ на выступленіе англичанъ изъ Преторіи, а за послѣдовательные въ продолженіе такого то срока взносы такихъ-то размѣровъ кѣмъ бы то ни было въ пользу кого угодно, вдовы, дочери, сына промиссар'а, любого третьяго, который, такимъ образомъ, и оказывается *самостоятельнымъ дестинаторомъ* обѣщанія, сдѣланнаго, по договору съ промиссар'омъ, страховымъ обществомъ въ его (дестинатара) пользу.

Вся привлекательность ученія Унгера и заключалась въ томъ, что онъ указалъ *самостоятельную основу притязаній дестинатара* къ промиттенту, независимо отъ цессіи, отъ мандата, независимо, наконецъ, и отъ самого вопроса о договорной основѣ притязанія третьяго, которой дать ему нельзя, ибо эта основа есть совершенно его чуждая.

Опасная сторона построенія Унгера заключалась, независимо отъ указанной выше общей чисто-идеалистической основы института, въ его стремленіи обобщить этотъ самостоятельный, отрѣщенный отъ возможныхъ со стороны промиссара осложненій, характеръ конструкціи.

Все было направлено къ тому, чтобъ упразднить латинскую эгоистическую максиму (*alteri stipulari nemo potest*) по всей

¹⁾ Последняя точка зрѣнія особенно у Зигеля, Регельсбергера, Газенбюрля, Дерибурга, въ послѣднее время у Hellwig'a, которому принадлежитъ позднѣйшая (1899 г.) и весьма цѣнная работа по этому предмету.

линии сдѣлокъ и водворить германскій-де-альтруистическій принципъ самобытной силы притязанія третьяго изъ договорной сдѣлки, въ которой онъ не участвовалъ. Это была ошибка, передержка, увлеченіе, которое натурально не замедлило вызвать умѣряющее воздѣйствіе на дальнѣйшую разработку новой основы въ видахъ ближайшаго пользованія ею для различныхъ практическихъ цѣлей.

Разъ мы пришли къ этому, допустимъ, не общему, необходимому и исключительному, а лишь возможному самостоятельному юридическому эффекту договора или на договоръ основаннаго обѣщанія въ пользу третьяго, какъ для практической юриспруденціи оказалось очень существеннымъ обособить эту конструкцію отъ другихъ, болѣе или менѣе близко съ ней соприкасающихся и допускающихъ въ силу этого, опасность ихъ смѣшенія одного съ другимъ.

Институтъ обѣщанія въ пользу 3-яго кажется близко сходнымъ съ представительствомъ въ гражданскомъ правѣ. Несомнѣнно, онъ расширяетъ юридическій эффектъ волеизъявленія одного лица на сферу интересовъ другого. Но это только общность тенденціи обоихъ этихъ институтовъ и наряду съ ними еще и *negotiorum gestio*. По своему строенію договоръ въ пользу третьяго вполне отличенъ отъ представительства, ибо третій не уполномочиваетъ *promissar'a* оперировать въ его пользу, а безъ полномочія или послѣдующей *ratihabitio* нѣтъ въ юридическомъ смыслѣ волеизъявленія взаимнъ или вмѣсто другого.

Въ нѣсколькихъ блестящихъ догматическихъ изысканіяхъ *Ihering* обнаружилъ намъ цѣлый рядъ мало до того времени замѣчавшихся явленій, гдѣ третій, вовсе не причастный къ юридической операціи другихъ лицъ, несомнѣнно выигрываетъ отъ такихъ операцій. Явленій такого пользованія выгодами и удобствами безъ всякаго специфическаго для этого основанія мы имѣемъ массу. *N*, въ силу сосѣдства, пользуется такимъ освѣщеніемъ, какого на свои средства никогда не имѣлъ бы. Векселя, шедшіе по 30 коп. за рубль, вдругъ поднялись въ цѣнѣ, потому что богатый и великодушный наслѣдникъ умершаго должника не захотѣлъ отягчать память своего близкаго злословіемъ его кредиторовъ и не отрекся отъ наслѣдованія несостоятельному. Это возможныя *выгоды третьяго* условленныя операціями, которыя вовсе на него не рассчитаны. *Ihering* удачно прозвалъ такихъ случайныхъ соучастниковъ въ пользованіи разными благами паразитами, *Rechtsparasiten*; и ихъ существенная для права позиція заключается именно въ томъ, что операція не на нихъ рассчитана, что они непрошеные гости. По сему они не имѣютъ вовсе

самостоятельныхъ юридическихъ притязаній, не могутъ требоватьъ тѣхъ удобствъ, какія случайно имъ выпали. Это не тѣ третьи, въ пользу коихъ нѣчто прямо выговорено или въ пользу коихъ сдѣлано обѣщаніе. Свою позицію они также случайно утрачиваютъ (*Rechtsvereitelung*), какъ случайно ее заняли.

Возможно, какъ было показано выше, совершеніе акта *черезъ подставное лицо*, въ результатѣ операцій котораго выгода и удобство пойдетъ неучаствовавшему (см. Чтенія стр. 797). Такое скрытое содѣйствіе приведетъ, конечно, къ выгодѣ, и притомъ самостоятельной, для скрытаго destinatара. Отличіе отъ договора въ пользу 3-го видно не только въ этой чертѣ *скрытой* за агентомъ фигуры destinatара, но и въ томъ, опять, что фактический destinatаръ не можетъ прямо притязать на тайно задуманный и рассчитанный на него результатъ. Онъ есть скрытый фактический соучастникъ, а не явный destinatаръ операціи. Такова же будетъ и роль комисіонера въ его специфической операціи.

Наконецъ, и поручитель, вступая въ соглашеніе съ кредиторомъ, фактически открываетъ для должника возможность кредита. Но въ юридической позиціи поручителя вовсе не видна эта цѣль поручительства. Роль должника и поручителя суть обѣ поставленныя юридически особо, а не какъ средство для цѣли, не какъ юридическая основа для выгодныхъ только третьему консеквенцій (ср. ст. 329 Нѣм. Гр. Ул.). Если нельзя такимъ образомъ въ поручительствѣ видѣть договора въ пользу третьяго, то нѣтъ сомнѣнія, что предметъ договора между А и В (банкиръ) можетъ составлять кредитованіе промиттента, В, не промиссару, А, а *третьему*, destinatару, С. Въ какое положеніе при этомъ станетъ В—это вопросъ особый.

Мы выдѣлили, такимъ образомъ, съ достаточной рельефностью положительные признаки конструкціи и повѣрили ихъ, путемъ отрицанія, на явленіяхъ въ томъ или иномъ смыслѣ соприкасающихся съ ней въ фактическихъ результатахъ.

Мы взяли эту конструкцію въ ея чистомъ видѣ, т.-е. какъ обѣщанія, составляющаго содержаніе договора двухъ лицъ, съ юридическимъ самостоятельнымъ эффектомъ для третьяго.

Несомнѣнно, это самая важная и цѣнная для изученія юридической природы явленія фигура. Но при этомъ надо имѣть въ виду, что она не есть въ практикѣ единственная, всегда простая и неосложненная никакими привходящими чертами или отклоненіями отъ типа. Наоборотъ, отклоненія отъ этого чистаго типа суть постоянныя въ практикѣ. Въ текущей юридической литературѣ наиболѣе возраженій и споровъ противъ этого по-

строенія вызвало именно то обстоятельство, что множество писателей допускают именно *только въ частныхъ явленіяхъ возможность такой формы договора, гдѣ промиссаръ не есть вовсе кредиторъ, а настоящимъ кредиторомъ является третій*. Общій же принципъ, по мнѣнію многихъ, долженъ остаться нетронутымъ такъ, какъ его выразила латинская догма. Нельзя признать силы договора, когда стипулянтъ не имѣетъ никакого интереса въ его заключеніи, а для дестинатара это *res inter alios acta*... Вопросъ здѣсь въ томъ, какъ разумѣть *интересъ сдѣлки*. Если онъ не можетъ быть допущенъ въ составѣ сдѣлки, не получивъ такъ сказать офіціального штемпеля его наличности, тогда такой договоръ ничтоженъ; но совершенно иначе, *если о наличности интереса достаточнымъ свидѣтельствомъ будетъ то, что никѣмъ ненудимый стипулянтъ выговариваетъ обѣщаніе не себѣ, а третьему*. Такимъ образомъ если вообще трудно допустить предположеніе, что выговаривая не себѣ, а третьему, обѣщаніе выгодъ, самъ стипулянтъ, при этомъ ничѣмъ, ни явно, ни тайно, хотя безъ указанія въ чемъ именно ¹⁾, не заинтересованъ, тогда противъ такихъ договоровъ не только въ частныхъ случаяхъ, но и вообще нельзя сказать ровно ничего и въ самомъ принципѣ.—Что же касается до того, что для дестинатара такая сдѣлка есть *inter alios acta*, то мы уже видѣли, что формальную основу его притязанію даетъ не договоръ, а *одностороннее обѣщаніе*. Что же касается, наконецъ, формальной силы самого договора, то для нашей цѣли достаточно, если онъ ни по свойствамъ лицъ, ни по содержанію и цѣли не принадлежитъ къ категоріи не допустимыхъ подъ эгидой права по тѣмъ или другимъ поводамъ операцій.

Законодательныя нормы, однако, работаютъ не на уясненіе принциповъ. Это дѣло юриспруденціи. Ихъ задача прямо практическая. Посему нѣтъ ничего удивительнаго, что новѣйшій опытъ законодательной регламентаціи института (въ уложеніи 96 г., стт. 328—336), весь основанный на разработкѣ вопроса юристами не затрогивая общаго принципіальнаго вопроса, прямо постановляетъ, что посредствомъ такого *договора* (по легальной терминологіи Нѣм. Уложенія это *обѣщаніе о совершеніи третьему*) *возможно* выговорить въ пользу третьяго совершеніе чего-либо съ такимъ юридическимъ эффектомъ, что третій пріобрѣтетъ *непосредственно* право требовать выполненія обѣщаннаго ему дѣйствія (art. 328, нач.).

¹⁾ Какъ въ векселѣ, гдѣ нужно помянуть *валюту*, безъ опредѣленія, однако, въ чемъ именно она состоитъ.

Отсюда ясно, что новое уложеніе открываетъ, для извѣстныхъ случаевъ, возможность примѣненія къ этимъ построеніямъ такъ назыв. *теоріи приращенія*. Для образованія самостоятельнаго требованія у дестинатара вовсе не нужно, чтобъ онъ принялъ обѣщаніе (теорія акцепта).

Это, однако, не значитъ, что такая самостоятельность и безповоротность правъ дестинатара образуется непременно въ ту же минуту, когда состоялся въ его пользу договоръ. *Все зависитъ отъ состава договора*, на коемъ основано обязательство промиттента. Возможно, что договаривающіеся гарантируютъ дестинатару тотчасъ неотъемлемое и самостоятельное притязаніе на выполненіе выговореннаго въ его пользу. Но совершенно также возможно, что такое право дестинатара образуется лишь къ определенному термину (смерть промиссара, достиженіе извѣстнаго возраста дестинатаромъ) или при наличности извѣстныхъ данныхъ (срочныхъ платежей со стороны промиссара промиттенту до такого-то предѣла). Въ такихъ случаяхъ отъ договаривающихся зависить такъ или иначе обусловить самостоятельность и безповоротность правъ дестинатара. Законъ открываетъ широкій просторъ для тѣхъ или иныхъ комбинацій, которыя договаривающіяся стороны введутъ въ составъ сдѣлки, и содѣйствуетъ съ своей стороны только легчайшему выходу изъ трудностей толкованія, которыя можетъ вызвать договоръ ¹⁾.

И такъ, совершенно возможно, что стороны только евентуально допускаютъ самостоятельность и непосредственность пріобрѣтеній правъ дестинатаромъ. При извѣстныхъ условіяхъ онѣ обѣ, по соглашенію, или одна, особенно, натурально, промиссаръ, который имѣетъ дѣлать срочные взносы промиттенту, могутъ прекратить или измѣнить (напр. умалить) права дестинатара. Но такое ихъ право не разумѣется, по Новому Уложенію, само собою, какъ оно само собою разумѣлось въ теоріи акцепта, до самаго момента приступа дестинатара. По новому уложенію такое *право поворота должно быть сторонами особо выговорено* (ст. 328, 2-ой абз.).

Для извѣстныхъ комбинацій законъ прямо устанавливаетъ, въ случаяхъ сомнѣній, *предположеніе непосредственности пріобрѣтенія правъ третьимъ*. Таковы обѣщанія, данныя въ связи съ безмезднымъ обращеніемъ имущества промиттенту, или выгово-

¹⁾ Такъ какъ договоры въ пользу третьяго развивались въ современномъ правѣ главнымъ образомъ на почвѣ уже заранѣе выработанной самостоятельной обязывающей силы односторонняго обѣщанія, то понятно, что разновидности, которыя встрѣчаются тамъ, будутъ видны и здѣсь.

ренныя у пріемлющаго имущество съ цѣлью надѣлѣть вмѣстѣ съ этимъ и дестинатара обѣщанія. Послѣдній случай есть по всей вѣроятности самый старинный въ ряду возможныхъ комбинацій въ составѣ такихъ договоровъ (тамъ же ст. 330 коп.).

Тоже предположеніе имѣетъ силу и въ договорѣ страхованія жизни или пожизненныхъ доходовъ въ пользу третьяго (ст. 330 нач.).

При эффектѣ страхованія, связанномъ съ наступленіемъ извѣстнаго событія (смерть промиссара) возможны, натурально, случайности, напримѣръ смерть дестинатара раньше смерти промиссара, и для такихъ случайностей важно расширеніе притязаній на нѣсколькихъ дестинатаровъ (332).

Возможно, что, на ряду съ притязаніемъ дестинатара, и промиссаръ выговариваетъ евентуально и въ свою пользу тѣ или другія права (335).

Навстрѣчу требованіямъ дестинатара промиттентъ имѣетъ всѣ возраженія, которыя возможно обосновать на содержаніи договора, ибо обѣщаніе дается, конечно, въ связи съ выработанными въ составѣ договора осложняющими его данными (334).

Этихъ главныхъ чертъ строенія договора въ пользу третьяго достаточно, чтобы составить себѣ понятіе, насколько широко, свободно и льготно для самостоятельнаго юридическаго эффекта такихъ договоровъ поставлены нормы новѣйшей изъ кодифицированныхъ системъ обязательственнаго права. Несомнѣнно, что въ глазахъ нѣмецкихъ юристовъ и общества это расширеніе сферы юридическаго воздѣйствія договорной сдѣлки будетъ играть весьма видную и благодарную роль въ практикѣ имущественно-обязательственнаго обмѣна.

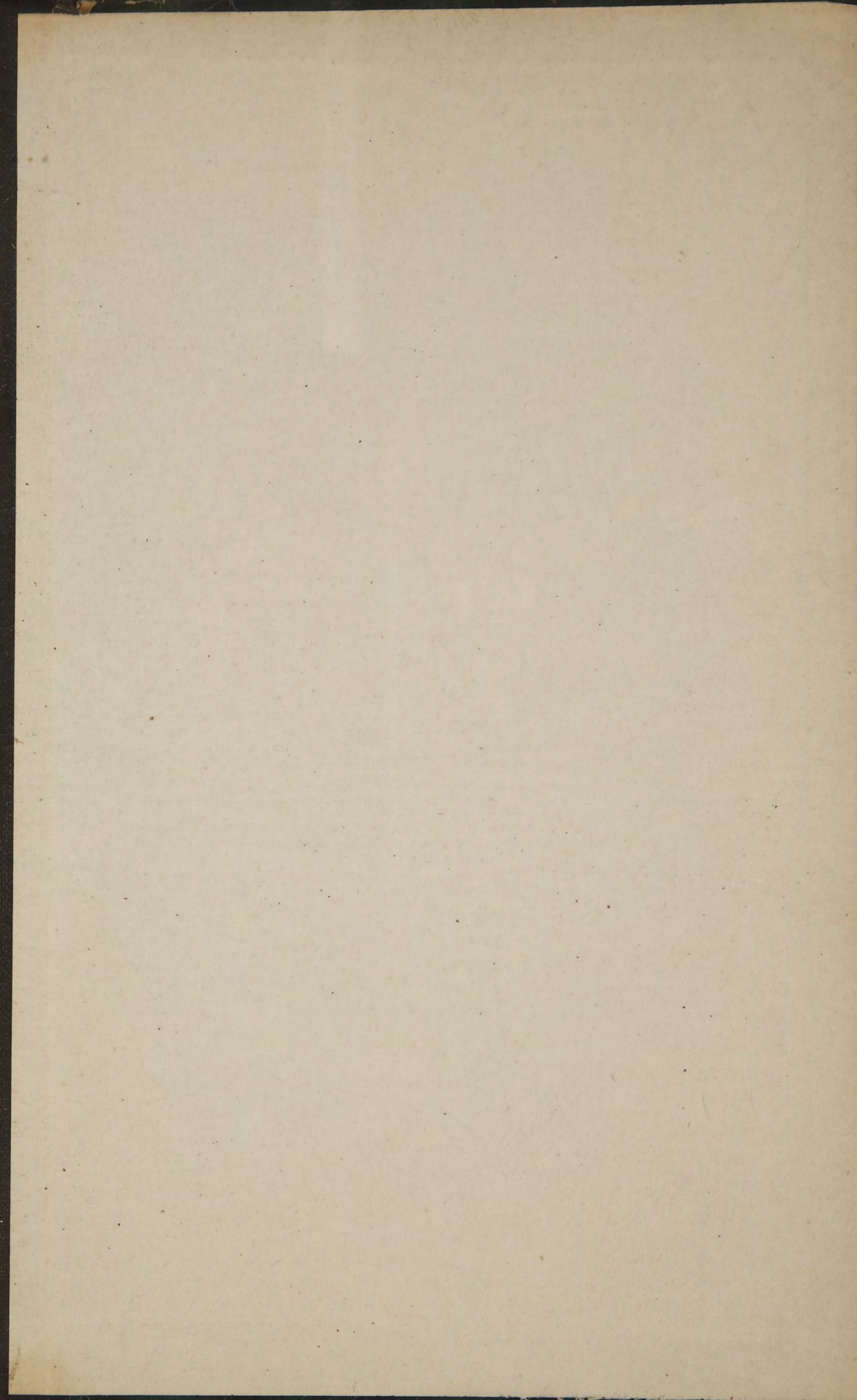
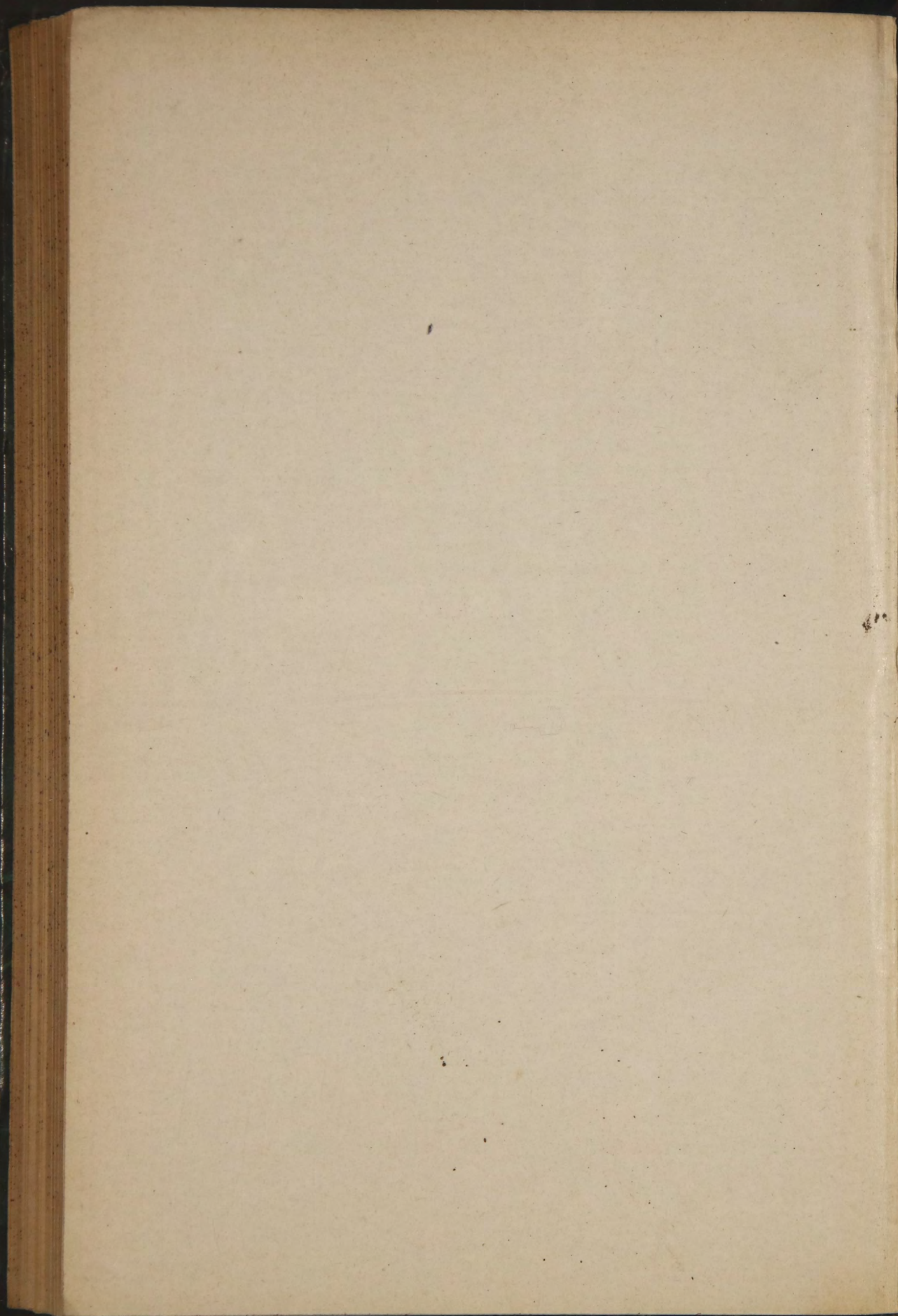
Для насъ, конечно, важны не эти результаты разработки трудной проблемы у нашихъ сосѣдей, а та точка зрѣнія, которую усвоили себѣ наши кодификаторы на общую постановку этого института въ будущемъ нашемъ Гражданскомъ Уложеніи.

Мы спрашиваемъ о *точкѣ зрѣнія*. Но вѣдь ея можетъ вовсе и не быть у кодификаторовъ! Вмѣсто той или другой можетъ не быть *никакой точки зрѣнія*. И, кажется, это и есть то самое, что слѣдуетъ сказать о проектѣ пятой книги въ этомъ ученіи. Въ ея составѣ, безъ дальнѣйшихъ разсужденій, введены почти буквально тѣ четыре статьи, которыя наши кодификаторы нашли въ Остзейскомъ сводѣ ¹⁾. Эти четыре статьи прямо оттуда взяли

¹⁾ Ср. ст. 45—48 Проектъ и 3116—3119 Остзейск. Кодекса, хотя ссылокъ на иностранные кодексы подведенъ цѣлый склепъ.

и внесли въ нашъ проектъ съ общимъ для нихъ заголовкомъ *Договоры въ пользу третьихъ*. Мы, получили такимъ образомъ, ту конструкцію этого института, отъ которой вотъ уже полвѣка стараются всѣми силами отдѣлаться въ Германіи и отъ которой, конечно, очень охотно отреклись бы сами остзейцы. Это зародышное состояніе ученія, гдѣ едва видны первыя попытки уклоненія отъ латинской догмы. Это такъ назыв. *теорія акцептаціи въ ея первообразѣ*.

А между тѣмъ вся подготовительная работа въ ученіи о самостоятельной силѣ односторонняго обѣщанія, стало быть, та почва, на которой на западѣ столь успѣшно насаждалось новое ученіе о договорѣ въ пользу третьяго, въ проектѣ разработана совершенно такъ, даже до излишества такъ именно, какъ это сдѣлали нѣмцы. Мы съ ними вмѣстѣ, или вслѣдъ за ними тоже разрабатывали почву, но они для насажденія на ней сейчасъ полезной культуры, а мы для ожиданія такихъ насажденій развѣ въ будущемъ. Покуда наши кодификаторы снабдили насъ никому ненужнымъ, устарѣлымъ оружіемъ, подобно баварцамъ сдавшимъ въ Китай своего стараго маузера. Но тамъ зато хоть по самой сходной цѣнѣ...



ДЮВЕРНУА

РАЖДАНС

ПРАВУ

1-2

М.Ф.