

М. ВИНАВЕРЪ.

ИЗЪ ОБЛАСТИ
ЦИВИЛИСТИКИ



С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
1908.

Типографія А. Г. РОЗЕНА. Сиб. Театрал. пл., 2.

ПАМЯТИ

ДОРОГИХЪ РОДИТЕЛЕЙ.

Въ настоящую книгу вошли изслѣдованія и статьи, печатавшіяся въ періодъ 1895—1905 гг. въ разныхъ по-временныхъ юридическихъ изданіяхъ. Часть ихъ была пущена въ отдѣльную продажу и нынѣ распродана; вмѣсто того, чтобы вновь издать ихъ порознь, представлялось болѣе цѣлесообразнымъ собрать всѣ вмѣстѣ, присоединивъ къ нимъ и болѣе мелкія работы, мало доступныя, въ виду слабаго распространенія изданій, въ которыхъ они печатались. Однако, кромѣ этой внешней причины, было у автора и внутреннее побужденіе собрать въ одной книгѣ и историко-догматическія изслѣдованія, и статьи, анализирующія живые случаи изъ сенатской практики, и публицистическія замѣтки на гражданскія темы. Во всѣхъ этихъ опытахъ, столь различныхъ и по формѣ, и по непосредственному предмету, должно сказаться нѣчто общее: исканіе и посильное примѣненіе того единственно-правильнаго метода изученія гражданско-правовыхъ явленій, обобщеніе котораго дано въ статьѣ „Кодификація и толкованіе“. А единство методологическаго начала можетъ быть воспринято и усвоено только изъ совокупнаго обзрѣнія многихъ и разнообразныхъ случаевъ его примѣненія.

ОБЪ ИСТОЧНИКАХЪ X ТОМА.

Вопросъ объ истинномъ происхожденіи нашихъ гражданскихъ законовъ имѣеть не только теоретическій, научный, но и практическій интересъ. Мысль о составленіи новаго гражданскаго уложенія, занимавшая нашихъ законодателей въ теченіе слишкомъ 100 лѣтъ и временно заглушная послѣ составленія Свода, недавно опять возродилась и въ началѣ 80-хъ годовъ вызвала къ жизни комиссію для составленія гражданскаго уложенія. Но чуть-ли не съ самаго возникновенія этой комиссіи въ обществѣ появилась враждебное ей теченіе, грозящее при первомъ удобномъ случаѣ уничтожить какъ самую комиссію, такъ и вообще мысль о составленіи новаго уложенія. Основаніемъ для этого направленія служатъ идея о сводномъ характерѣ дѣйствующаго закона, о самобытности его нормъ, о крѣпкой связи ихъ съ породившею ихъ жизнью—связи, ради которой стоитъ пожертвовать предполагаемою полнотою, ясностью и стройностью новаго кодекса, построеннаго сообразно съ указаніями новѣйшей науки. Отсюда прямой выводъ: оставить въ силѣ X томъ, каковъ онъ есть, и отказаться отъ мысли о составленіи новаго уложенія.

Давно дознано, что когда человѣкъ отказывается разсуждать о томъ, что хорошо и что дурно, и настойчиво утверждаетъ лишь, что хорошо все то, что мое, дурно то, что не мое,—остается одно средство убѣдить его, что то, что онъ

считаетъ хорошимъ, на самомъ дѣлѣ дурно, именно: доказать, что оно „не свое“. Иными словами: необходимо выяснить, въ самомъ ли дѣлѣ самобытны начала, установленныя Сводомъ, не заимствованы ли и они изъ иностранныхъ кодексовъ и учебниковъ.

Сверхъ сего вопросъ о происхожденіи институтовъ нашего гражданскаго права, очевидно, имѣетъ практическое значеніе еще и потому, что знаніе дѣйствительнаго источника закона даетъ возможность провѣрить правильность его толкованія,—выяснить, не дала ли недомолвка или неясность въ законѣ простора для построенія теорій, несогласныхъ съ существомъ заимствованныхъ отношеній, и не возведено ли случайное противорѣчіе или неполнота въ самомъ законѣ на степень чего-то предусмотрѣннаго, а, слѣдовательно, должнаго. У насъ такая провѣрка пріобрѣтаетъ особенное значеніе въ виду того, что кассационной инстанціи пришлось почти всецѣло создавать нѣкоторые институты права по ничтожнымъ обломкамъ, кое-гдѣ разбросаннымъ на всемъ пространствѣ X тома.

1826-й годъ принято считать рубежомъ между двумя эпохами исторіи нашей кодификаціи. Въ теченіе 126 лѣтъ, начиная съ 1700 г., законодательство колебалось между двумя видами кодификаціи: между уложеніемъ своднымъ, какъ его тогда называли, т. е. между собраніемъ дѣйствующихъ законовъ безъ всякихъ въ нихъ измѣненій, и уложеніемъ новымъ, дополненнымъ и исправленнымъ „изъ общихъ началъ законовѣдѣнія“ (такъ опредѣлена была, на примѣръ, задача коммисіи 1803 г.). Въ теченіе 126 лѣтъ назначались, съ цѣлью составленія уложенія, десять коммисій, которымъ попеременно предлагалась на разрѣшеніе то та, то другая задача, а инымъ предлагались и обѣ заразъ. Преобладала однако въ коммисіяхъ идея о составленіи новаго уложенія, и работы тѣхъ

даже комиссій, которымъ было поручено составить уложеніе сводное, разсматривались часто лишь, какъ приготовительныя для составленія новаго уложенія. И только въ 1826 г., когда Сперанскій представилъ Императору Николаю Павловичу на выборъ одну изъ этихъ двухъ системъ, „Государю Императору“, какъ говоритъ Сперанскій, „благоугодно было рѣшительно избрать первую, т. е. составить Сводъ законовъ „безъ всякихъ измѣненій“¹⁾. Этотъ рѣшительный выборъ, устранившій оффиціально всякую мысль о новомъ уложеніи и, главное, освященный затѣмъ изданіемъ Свода законовъ „безъ всякихъ измѣненій“, какъ о томъ оффиціально заявлялось,—съ формальной точки зрѣнія дѣйствительно носитъ характеръ перелома въ исторіи нашей кодификаціи; съ этой точки зрѣнія 1826 годъ дѣйствительно обозначаетъ собою новую эру. Но этой эры нельзя усмотрѣть, если точнѣе приглядѣться къ внутреннему содержанію Свода, такъ же какъ нельзя ее усмотрѣть и въ жизни составителя Свода, оставившаго слишкомъ замѣтную печать своихъ личныхъ симпатій на своемъ произведеніи.

Съ легкой руки біографа Сперанскаго, барона Корфа, пущено въ ходъ мнѣніе, будто взгляды Сперанскаго на государственное устройство вообще, и на вопросъ о характерѣ кодификаціи въ особенности, подверглись во второй половинѣ его жизни крутой перемѣнѣ. „Въ періодъ своей дѣятельности Сперанскій,—по словамъ барона Корфа,—напитанный Наполеоновскими идеями, не давалъ никакой цѣны отечественному законодательству, называя его варварскимъ и находилъ совершенно бесполезнымъ и лишнимъ обращаться къ его пособію²⁾.... Новый Сперанскій, Сперанскій

¹⁾ Обзорніе историческихъ свѣдѣній о Сводѣ законовъ. С.-П.-Б., 1837 г., стр. 69.

²⁾ Бар. Корфъ. Жизнь гр. Сперанскаго, С.-П.-Б., 1861 г., т. I, стр. 154.

1826 г. поставилъ себѣ задачею уже не ломку всего прежняго и дѣйствующаго, а живое, разумное его воспроизведеніе и отъ теоріи, отъ чисто-книжнаго, онъ перешелъ въ здравую и болѣе практическую область исторической школы¹⁾).

Эта мысль о внутреннемъ переворотѣ, совершившемся въ Сперанскомъ, питаетъ и поддерживаетъ убѣжденіе въ самобытности Свода и во всякомъ случаѣ служить для многихъ полнымъ ручательствомъ въ добросовѣстномъ исполненіи Сперанскимъ возложенной на него задачи. И пока, думается намъ, эта мысль не будетъ опровергнута посредствомъ болѣе правильнаго истолкованія образа дѣйствій Сперанскаго, до тѣхъ поръ самыя очевидныя доказательства сознательнаго уклоненія Сперанскаго отъ воспроизведенія исключительно самобытныхъ началъ нашего права не будутъ достаточно убѣдительно. А между тѣмъ стоитъ прослѣдить внимательно жизнь Сперанскаго, чтобы убѣдиться, что источникомъ для сужденія о переворотѣ, совершившемся яко-бы въ Сперанскомъ, служить именно та самая слѣпая вѣра въ самобытность Свода и ничего больше.

Напрасно было бы искать въ его жизни какого-либо мотива, который бы могъ видоизмѣнить его взгляды, дать иное направленіе его симпатіямъ. Съ первыхъ шаговъ своихъ на поприщѣ государственной дѣятельности Сперанскій заявилъ себя сторонникомъ идей западно-европейскихъ мыслителей. Благодаря ли основательному его знакомству съ французскимъ языкомъ и вслѣдствіе этого съ французскою литературою, — благодаря ли тому, что по свойству своего ума, болѣе склоннаго къ діалектикѣ, чѣмъ къ сосредоточенію и созерцанію, ему были болѣе сродни французы, — благодаря ли обаятельному вліянію личности Наполеона; но воображеніе Сперанскаго осо-

¹⁾ Тамъ же, стр. 311.

бенно плѣнялось всегда тѣмъ, что исходило изъ Франціи. Это преклоненіе его передъ всѣмъ французскимъ особенно усилилось послѣ Эрфуртскаго свиданія Александра I съ Наполеономъ, при которомъ присутствовалъ въ свитѣ Императора Александра и Сперанскій. „Послѣ видѣннаго и слышаннаго при блестящемъ французскомъ дворѣ“, говоритъ его биографъ, „Сперанскому еще болѣе прежняго показалось, что все у насъ дурно, что все надобно передѣлать. Наполеонъ и политическая система Франціи совершенно поработили воображеніе и всѣ помыслы молодого преобразователя“.

„Уже прежде приверженный отъ души къ французской системѣ централизаціи и усердный почитатель Наполеонова кодекса—онъ, по словамъ современника Розенкампа¹⁾, съ тѣхъ поръ какъ побывалъ вблизи самаго источника, вполне увѣрился, что подобное чудо можно и должно совершить и у насъ. Дѣло же было и не слишкомъ мудреное. Французскій кодексъ состоитъ всего на всего изъ 1800 §§, и передать ихъ въ прекрасныхъ русскихъ фразахъ можно безъ большого труда въ какой-нибудь годъ“.

Съ французскаго свиданія начинается у Александра I съ Сперанскимъ самая оживленная преобразовательная работа, охватившая всѣ области государственной жизни. Не оставлена была безъ вниманія и настоятельно чувствовавшаяся необходимость реформы законовъ гражданскихъ. Плодомъ сознанія этой необходимости явился выработанный Сперанскимъ проектъ уложенія 1810 г., составляющій въ большей своей части точный списокъ съ Наполеонова кодекса, съ нѣкоторыми лишь измѣненіями, заимствованными или непосредственно изъ *Cogrus juris*, или изъ современныхъ кодексовъ, между прочимъ изъ австрійскаго. Сперанскій самъ впоследствии, во время опалы, хотя и не

¹⁾ Тамъ же, стр. 150—151.

сознавался въ заимствованіяхъ изъ французскаго кодекса, но не отрицалъ, что проектъ былъ построенъ на началахъ римскаго права. „Искали доказать“, говоритъ онъ, „что уложеніе переведено съ французскаго или есть близкое подражаніе. Ложь или незнаніе, кои изобличить не трудно: въ источникѣ своемъ, въ римскомъ правѣ, всё уложенія всегда будутъ сходны; но съ здравымъ смысломъ, съ знаніемъ ихъ источниковъ можно почерпнуть прямо изъ нихъ, не подражая никому и не участь ни въ нѣмецкихъ, ни во французскихъ университетахъ“.

Въ пылу своей реформаторской дѣятельности, весь ею увлеченный, Сперанскій не замѣчалъ, какъ надъ нимъ стали собираться тучи, и не зналъ о готовившейся ему участи до самаго того момента, когда она уже была окончательно рѣшена. Въ 1812 г., въ самомъ разгарѣ своихъ увлеченій, Сперанскій былъ отправленъ въ ссылку. Вернулся онъ въ Петербургъ лишь девять лѣтъ спустя, и за всё эти девять лѣтъ, хотя у насъ имѣются весьма точныя о немъ свѣдѣнія, нѣтъ рѣшительно никакихъ данныхъ, указывающихъ на какой-либо переворотъ въ его внутренней жизни, на перемѣну во взглядахъ или симпатіяхъ. Онъ не высказывалъ теперь громко, какъ въ былое время, своего *profession de foi*, ибо высказывать его было опасно, но онъ и не говорилъ ничего, что шло бы въ разрѣзъ съ прежнимъ его образомъ мыслей, хотя это вѣроятно было бы хорошо принято. То же замѣчается и во весь послѣдующій періодъ его жизни,— послѣ возвращенія его ко двору, облеченія въ высокую должность члена Государственнаго Совѣта и даже послѣ исполненія имъ той задачи, которая болѣе всего говорить противъ него, т. е. послѣ составленія Свода. Ни въ одной изъ многочисленныхъ оставшихся послѣ него бумагъ, ни въ одномъ воспоминаніи современниковъ нѣтъ и намека на то, чтобы Сперанскій когда либо осуждалъ свой прежній образъ

мыслей или просто высказывалъ что-либо съ нимъ несогласное.

Но если образъ мыслей не измѣнился, то образъ дѣйствій измѣнился несомнѣнно. Французскія симпатіи Сперанскаго, такъ рѣзко проявившіяся въ первую половину его дѣятельности, слишкомъ дорого ему стоили. На первыхъ же порахъ онѣ вызвали негодованіе, охватившее сразу довольно значительные слои общества и разливавшееся все болѣе широкою волною, по мѣрѣ приближенія отечественной войны. Негодованіе это нашло себѣ наконецъ рѣзкаго и талантливаго выразителя въ Карамзинѣ, разразившемся противъ Сперанскаго цѣлымъ потокомъ патетическихъ тирадъ, между прочимъ и по поводу проекта новаго уложенія. „Издаются двѣ книжки подъ именемъ уложенія“—пишетъ онъ.—„Что жъ находимъ? Переводъ Наполеонова кодекса! Какое изумленіе для Россіянъ, какая нища для злословія! Благодаря Всевышняго, мы еще не подпали желѣзному скипетру сего завоевателя; у насъ еще не Вестфалія, не Итальянское королевство, не Варшавское герцогство, гдѣ кодексъ Наполеона, со слезами переведенный, служить уставомъ гражданскимъ. Для того ли существуетъ Россія, какъ сильное государство, около 1000 лѣтъ, для того ли около 100 лѣтъ трудится надъ сочиненіемъ своего полнаго уложенія, чтобы торжественно предъ лицомъ Европы признаться глупцами и подвергнуть сѣдую нашу голову подъ книжку, слѣпленную шестью или семью эксъ-адвокатами и эксъ-якобинцами? Петръ Великій любилъ иностранность, однако-жъ не велѣлъ бы, безъ всякихъ дальнихъ околичностей, взять, на примѣръ, шведскіе законы и назвать ихъ русскими; ибо вѣдалъ, что законы народа должны быть извлечены изъ собственныхъ его понятій, нравовъ, обыкновеній, мѣстныхъ обстоятельствъ. Мы имѣли бы уже 9 уложеній, если-бы надлежало только переводить.... Никто изъ русскихъ, читая этогъ проектъ, не догадался бы,

что онъ читаетъ наше гражданское уложеніе, если-бы не стояло того въ заглавіи: все не русское, все не по-русски, какъ вещи, такъ и предложеніе оныхъ.... Есть даже вещи смѣшныя въ проектѣ, напр., „младенецъ, рожденный мертвымъ, не наследуетъ“. Если законодатель будетъ говорить подобныя истины, то онъ наполнить оными сто тысячъ книгъ! Я искалъ сей аксіомы въ Code Napoléon и вмѣсто нея нашелъ: *Celui n'est pas encore enfant qui n'est pas né viable*. Здѣсь переводчики дѣлаются авторами. Оставляя все другое, спросимъ: время ли теперь предлагать Россіянамъ законы французскіе, хотя бы оны и могли быть удобно примѣнены къ нашему гражданскому состоянію? Мы всѣ, любящіе Россію, Государя ея, славу, благоденствіе, всѣ такъ ненавидимъ сей народъ, обогранный кровію Европы, осыпанный прахомъ столь многихъ державъ разрушенныхъ,—и въ это время, когда имя Наполеона приводитъ сердца въ содроганіе, мы положимъ его кодексъ на святыи алтарь отечества!!“.

На почвѣ всеобщаго негодованія противъ Сперанскаго выросла и гнуснѣйшая клевета, лишенная всякихъ основаній, оказавшаяся однако достаточною, чтобы погубить Сперанскаго.

Цѣлые годы заставили его томиться въ ссылкѣ, въ глухомъ губернскомъ городѣ, подъ неусыпнымъ надзоромъ мѣстныхъ полицейскихъ властей; въ знакъ милости лишь, послѣ нѣсколькихъ лѣтъ, позволили занять мѣсто губернатора одной изъ внутреннихъ губерній,—ему, котораго иностранные посланники въ своихъ донесеніяхъ не колебались называть фактическимъ первымъ министромъ, если не единственнымъ министромъ ¹⁾, — наконецъ въ преклонномъ возрастѣ оторвали его отъ семьи и послали въ Сибирь, укрощать расходившихся сибирскихъ чиновниковъ,—и все

¹⁾ Le grand et tout-puissant Speransky, secrétaire général de l'Empire et dans le fait premier ministre, peut être même ministre unique (Correspondance politique de Joseph de Maistre. Paris 1861: I. 68).

за то, что онъ имѣлъ неосторожность ясно высказывать свое убѣжденіе о необходимости поучиться у Европы и что откровенно и послѣдовательно проводилъ этотъ взглядъ въ своей дѣятельности. Урокъ былъ весьма поучителенъ. Поучительно было въ частности и то, что случилось въ Государственномъ Совѣтѣ съ проектомъ уложенія Сперанскаго. Двѣ части этого уложенія (права личныя и права вещественныя) были разсмотрѣны еще при участіи Сперанскаго. Третья часть (права по договорамъ) была внесена въ Государственный Совѣтъ уже въ 1813 г., и тогда же оказалось полезнымъ разсмотрѣть вновь обѣ первыя части, а затѣмъ найдено было еще болѣе полезнымъ и совсѣмъ отложить разсмотрѣніе проекта, подъ предлогомъ необходимости составленія предварительнаго свода дѣйствующихъ законовъ.

Истинные мотивы такого рѣшенія Государственнаго Совѣта были выяснены Сперанскому послѣ возвращенія его въ Петербургъ, въ запискѣ, поданной ему управляющимъ государственной канцеляріею Оленинымъ.

„Сія часть дѣяній верховнаго совѣщательнаго сословія“,—говорилось въ этой запискѣ,—„доказываетъ, сколь далеко могутъ увлекаться отъ настоящаго предмета даже и весьма умные люди, когда они руководствуются однимъ только долговременнымъ навыкомъ. Сіи, впрочемъ опытные люди, устрашенные, частію и не безъ причины, превратностью и дерзновеніемъ мыслей и замысловъ людей нынѣшняго времени, опасаются встрѣтиться даже и въ самыхъ искреннихъ желаніяхъ лучшаго въ управленіи устройства, какія-нибудь тайныя намѣренія, клонящіяся, по ихъ мнѣнію; къ испроверженію стараго порядка. Сей страхъ дѣйствуетъ въ нихъ такъ сильно, что они въ существующемъ порядкѣ никакихъ недостатковъ не видятъ, хотя оный уже давно отъ времени и отъ разныхъ обстоятельствъ пришелъ въ совершенный упадокъ и запутанность. Въ семь-то именно

видѣ—испроверженія коренныхъ нашихъ законовъ и замѣненія оныхъ совершенно новыми—принять были нѣкоторыми изъ членовъ совѣта и проектъ гражданскаго уложенія. Малый форматъ книги, въ коей сей проектъ заключается, показался имъ весьма сомнительнымъ. Люди, привыкшіе съ самыхъ юныхъ лѣтъ видѣть, что даже и неполное собраніе существующихъ у насъ гражданскихъ законовъ составляетъ немаловажную численность бумажныхъ рукописныхъ книгъ, или десятокъ и болѣе печатныхъ томовъ въ листъ и четверку, крайне были удивлены и даже, такъ сказать, испуганы, когда объявлено было, что вся масса сихъ законовъ заключается въ одной книжкѣ, напечатанной въ осьмушку и довольно крупнымъ шрифтомъ на 248 страницахъ. Въ самомъ дѣлѣ, по долговременной привычкѣ видѣть огромныя кипы существующихъ законовъ, трудно имъ было вдругъ постигнуть и убѣдиться въ томъ, что, отбросивъ изъ оныхъ все, что составляетъ обыкновенную форму предисловія, объясненія, повѣствованія и общепринятаго Сенатомъ заключенія, также встрѣчающіяся иногда повторенія, что за отдѣленіемъ всѣхъ таковыхъ излишествъ при составленіи полнаго и систематическаго уложенія, самое существо закона содержится обыкновенно въ нѣсколькихъ строкахъ и что потому какъ гражданское уложеніе, такъ и всѣ другія коренныя узаконенія, во всей ихъ полнотѣ могутъ быть весьма удобно помѣщены въ маломъ числѣ небольшихъ печатныхъ книгъ“.

Въ 1821 г. Сперанскій вернулся въ Петербургъ. Онъ былъ вновь допущенъ ко двору, назначенъ членомъ Государственнаго Совѣта, но прежняго довѣрія болѣе не возбуждалъ. Государь обошелся съ нимъ холодно и, несмотря на усилія Сперанскаго, ни разу не позволилъ ему заговорить о прошломъ и оправдаться во взводимыхъ на него ядозрѣніяхъ. Старыя обвиненія все еще видимо тяготѣли

надъ Сперанскимъ, готовая при первомъ удобномъ случаѣ вновь на него обрушиться. Даже послѣ смерти Императора Александра I, когда было учреждено для составленія Свода II Отдѣленіе Его Императорскаго Величества Канцеляріи, начальникомъ котораго былъ назначенъ Балугьянскій,—хотя вся работа была фактически поручена Сперанскому,—Императоръ Николай Павловичъ предостерегалъ Балугьянскаго слѣдующими словами: „Смотри же, чтобы Сперанскій не надѣлалъ такихъ же проказъ, какъ въ 1810 г.; ты у меня будешь за него въ отвѣтъ“.

Образъ дѣйствій Сперанскаго опредѣлялся при такихъ условіяхъ самъ собою. Открыто двигать эту „грубую толщу“, какъ онъ называлъ своихъ современниковъ, онъ не могъ, не подвергая себя явной опасности; оставалось замкнуться и, подъ личиною наружной благонамѣренности, исподтишка проводить свои завѣтные идеи. Не высказывая никогда своего осужденія господствовавшимъ взглядамъ, открыто заявляя себя даже ревностнымъ ихъ сторонникомъ, онъ, однако, успѣвалъ проводить въ жизнь идеи „старого Сперанскаго“, по терминологіи барона Корфа, но всегда съ достаточною осмотрительностью для того, чтобы никто этого не замѣчалъ. По отношенію къ интересующему насъ вопросу Сперанскій громогласно заявляетъ въ своемъ обзорѣ, „что все наше богатство въ семь родѣ есть наше собственное, благопріобрѣтенное, а не заимствованное“, что статьи Свода изложены „безъ малѣйшаго измѣненія“ словами тѣхъ указовъ, на которыхъ онѣ основаны,—что въ тѣхъ случаяхъ, когда одна статья, основана на нѣсколькихъ указахъ, она изложена словами главнаго, съ присоединеніемъ изъ другихъ лишь тѣхъ словъ, кои служатъ дополненіемъ или поясненіемъ, но во всякомъ случаѣ словами указовъ безъ всякихъ измѣненій. Между тѣмъ въ уцѣлѣвшихъ запискахъ Сперанскаго, составленныхъ имъ въ руководство для

непосредственно подчиненныхъ ему чиновниковъ,—гдѣ Сперанскій является не въ застегнутомъ на всѣ пуговицы официальномъ мундирѣ, какъ въ „предисловіяхъ“ и „обозрѣніяхъ“,—имѣются весьма опредѣленные указанія на то, откуда подчасъ черпались эти „слова безъ всякихъ измѣненій“, и каково происхожденіе „собственнаго, благопріобрѣтеннаго богатства въ семь родѣ“. Такъ, въ одномъ мѣстѣ, гдѣ устанавливается дѣленіе имущества на наличныя и долговныя, дается точное указаніе, какое желательно опредѣленіе тѣхъ и другихъ, съ латинскими и нѣмецкими терминами въ скобкахъ, затѣмъ указывается, что наличныя имущества должны быть раздѣлены на спорныя и безспорныя, и въ концѣ всего этого разсужденія прибавлено: „все сіе можно основать на множествѣ законовъ, гдѣ упоминается объ имуществахъ спорныхъ и безспорныхъ“. Въ другомъ мѣстѣ, въ отдѣлѣ о куплѣ сказано: „имѣть въ виду *Titre sixième Code civil*, начиная съ § 1582, исключая того, что у нихъ купля есть договоръ, а у насъ—послѣдствіе состоявшагося соглашенія“. При указаніи на объемъ полного права собственности говорится: „пространство полного права собственности на землѣ—подъ землею, *foetura, insula in flumine nata, aullvio etc. etc.* §§ 545—577 *Code civil* съ выборомъ“. Говоря о согласіи въ договорахъ, Сперанскій ссылается на соотвѣтственное мѣсто *Digest* и т. д. и т. д.

Къ сожалѣнію, записокъ Сперанскаго, преданныхъ гласности, имѣется немного, но и приведенныхъ указаній достаточно, чтобы понять, что дѣло обстояло далеко не такъ просто, какъ это могло казаться изъ официальныхъ сообщеній Сперанскаго.

Болѣе еще, чѣмъ прямыя заимствованія, гдѣ приказывалось „имѣть въ виду“ или просто переписывать изъ иноземнаго кодекса,—характерны для дѣятельности Сперанскаго

заимствованія косвенныя. Не находя никакого матеріала въ законахъ или находя лишь матеріаль негодный, опасаясь вмѣстѣ съ тѣмъ слишкомъ много переписывать изъ иностранныхъ кодексовъ, Сперанскій прибѣгалъ къ слѣдующему приему. Въ теченіе 7 лѣтъ составленія Свода были изданы цѣлый рядъ законовъ, охватывающихъ весьма крупныя отдѣлы гражданскаго права. Таковы: законы о духовныхъ завѣщаніяхъ, законъ о казенныхъ подрядахъ и поставкахъ, законъ объ описи имущества, о торговой несостоятельности и др. Законы эти издавались, по всей вѣроятности, по почину Сперанскаго и, во всякомъ случаѣ, по его непосредственнымъ указаніямъ, такъ какъ онъ былъ предсѣдателемъ всѣхъ комитетовъ, назначаемыхъ для ихъ составленія. Эти-то законы не только копировались съ иностранныхъ образцовъ, но въ нихъ вводились обыкновенно еще и общія начала, свойственныя тому роду отношеній, къ которому данный случай относился. Такъ, въ законѣ объ описи имущества введены общія начала вещнаго права; въ законѣ о казенныхъ подрядахъ и поставкахъ введены общія начала договорнаго права и т. д. Затѣмъ законы эти торжественно вводились въ Полное Собраніе Законовъ, получали тамъ свой номеръ и число и затѣмъ уже оттуда попадали въ Сводъ законовъ, какъ вполне законнорожденные дѣти отечественнаго права.

Цѣль Сперанскаго при изданіи этихъ законовъ очевидна, она впрочемъ проскальзываетъ и въ его запискахъ. Такъ, въ одномъ мѣстѣ записокъ устанавливается для Свода правило на основаніи закона, еще даже не изданнаго, а лишь предполагаемаго къ изданію. Ссылка гласитъ такъ: „см. Новое Положеніе объ описи, оцѣнкѣ и продажѣ имущества, какое на сихъ дняхъ состоится“. Въ другомъ мѣстѣ говорится: „главу о завѣщаніяхъ составить изъ послѣдняго положенія о духовныхъ завѣщаніяхъ слово въ слово, замѣ-

нивѣ имъ первыя два отдѣленія“: очевидно, былъ уже составленъ для Свода отдѣлъ о завѣщаніяхъ изъ двухъ отдѣленій, но онъ оказался негоднымъ, и потому былъ изданъ новый законъ о духовныхъ завѣщаніяхъ для замѣны двухъ готовыхъ уже отдѣленій. Иногда дѣлалось даже такъ: желательно было Сперанскому помѣстить въ Сводѣ правило изъ проекта уложенія 1810 г., этого запрещеннаго плода французскихъ симпатій Сперанскаго,—правило вводилось тогда цѣликомъ изъ проекта 1810 г. въ одинъ изъ законовъ, издаваемыхъ на предметъ помѣщенія въ Сводѣ, и потомъ уже, какъ окрещенное, попадало въ Сводѣ, не возбуждая никакихъ сомнѣній.

Такимъ же образомъ, т. е. подъ оболочкою русскихъ законовъ, попадали въ Сводѣ иноземныя начала и изъ тѣхъ законовъ, которые были изданы въ періодъ времени съ 1800 по 1810 г., т. е. во время всецѣлія Сперанскаго въ первую половину царствованія Александра I. Эти законы были сочинены, конечно, не для помѣщенія ихъ въ Сводѣ, но иноземный ихъ характеръ былъ ясенъ для самого составителя Свода и не менѣе ясенъ теперь для насъ.

Таковы заимствованія, сдѣланныя Сперанскимъ „на законномъ основаніи“, т. е. облеченныя ранѣе въ форму отдѣльныхъ законовъ и изъ нихъ уже переведенныя въ Сводѣ. Вторую категорію составляютъ заимствованія непосредственныя, не прошедшія черезъ горнило Полнаго Собранія Законовъ. Они вводились въ Сводѣ различными путями: иногда они выдавались за точное содержаніе нашихъ узаконеній, и тогда подъ ними помѣщалась непременно цѣлая масса ссылокъ на указы, изъ которыхъ они яко-бы почерпнуты, съ которыми однако въ сущности ничего общаго не имѣютъ. Множество указовъ приводилось, очевидно, не безъ задней мысли—затруднить возможность провѣрки. Еще въ первой

половинѣ дѣятельности Сперанскаго современникъ его, Розенкампфъ, отмѣтилъ въ немъ „способность импровизировать ссылки на указы, которыхъ некому было провѣрять“¹⁾. Приложенію этой способности содѣйствовало во многомъ то обстоятельство, что Императоръ Николай, не готовившійся къ занятію престола съ раннихъ лѣтъ, былъ несвѣдущъ въ юриспруденціи, о чемъ самъ неоднократно громко выражалъ сожалѣніе,—и потому еще менѣе другого могъ провѣрять ссылки Сперанскаго на указы вообще, особенно же когда этихъ указовъ было подъ одной статьею такъ много, какъ это было во всѣхъ заимствованныхъ статьяхъ Сперанскаго.

Другой способъ для достиженія той же цѣли состоялъ въ томъ, что подъ данною статьею дѣлалась ссылка на другую статью Свода, въ формѣ: „сравни узакон., *привед. подъ ст. такую-то*“, причемъ статья, на которую сдѣлана ссылка по большей части сама уже введена контрабандой и снабжена импровизированными ссылками на множество указовъ по системѣ только-что описанной.

Кромѣ этихъ двухъ родовъ заимствованій, имѣется еще третій, при которомъ заимствованіе выставляется подъ видомъ обобщенія изъ другихъ отдѣловъ Свода. Въ такихъ случаяхъ подъ статьею имѣется ссылка на какую-либо книгу или раздѣлъ Свода, въ формѣ: „сравни *раздѣлъ такой-то, книгу такую-то*“ и т. д. Иногда подобнаго рода ссылки дѣлались даже подъ цѣлыми главами; такъ, подъ 1 ст. глав. V разд. II кн. II сказано: „какъ сія статья, такъ и всѣ послѣдующія въ сей главѣ... основаны на общемъ соображеніи узаконеній, приведенныхъ ниже, въ книгѣ IV“. Опасаясь, очевидно, упрека въ томъ, что система, въ которой вводится „соображеніе“ самого автора, не вполнѣ со-

¹⁾ Бар. Корфъ. Жизнь гр. Сперанскаго, стр. 150—151.

гласна съ сохраненіемъ дословнаго текста законовъ „безъ всякихъ измѣненій“, о которомъ такъ громогласно заявлялось, Сперанскій въ своемъ „обозрѣніи“ спѣшитъ заявить, что статьи, не имѣющія ссылокъ на указы, суть только статьи переходныя, которыя „сами по себѣ и не суть законъ, а содержатъ только необходимую связь статей между собою“¹⁾.

Насколько эти статьи—„не законъ“, доказательствомъ служить то, что вся глава „о правѣ по обязательствамъ“, заключающая въ себѣ основныя положенія обязательственнаго права,—глава, на которой построена значительная часть нашей сенатской практики по общей части обязательственнаго права, составлена изъ „переходныхъ“ статей, построенныхъ яко-бы на „общемъ соображеніи“ цѣлой книги Свода. Ниже мы увидимъ, откуда на самомъ дѣлѣ почерпнуты эти „соображенія“.

Въ литературѣ были уже дѣлаемы указанія на несамобытный характеръ многихъ статей X тома: на страницахъ „Журнала Гражданскаго и Уголовнаго Права“ за 1885 годъ г. Барацъ съ большимъ успѣхомъ разобралъ нѣкоторыя изъ статей X тома и указалъ истинный ихъ источникъ. Къ сожалѣнію, изслѣдованія г. Бараца не обнимали собою какого-либо цѣльнаго отдѣла X тома, а касались разсѣянныхъ по разнымъ отдѣламъ статей его, въ большинствѣ случаевъ особенно ярко обнаруживающихъ свое иноземное происхожденіе; кромѣ того не было сдѣлано попытки связать мысль о несамобытности Свода съ исторіею дѣятельности Сперанскаго. При такихъ условіяхъ создавалась почва для возраженій, что большинство нашихъ законовъ остаются и послѣ произведенной расцѣпки незаподозрѣнными въ самообытности, что спорадическія заимствованія могли явиться

¹⁾ Обзорѣніе, стр. 165, прим.

результатомъ случайности и что гарантией полной самобытности свода служить образъ мыслей его составителя, переворотъ, совершившійся въ его убѣжденіяхъ, рѣзко очерченная разница между „старымъ“ и „новымъ“ Сперанскимъ. Намъ казалось потому необходимымъ, съ одной стороны, разсвѣять заблужденіе относительно тенденцій Сперанскаго, съ другой—предпринять изслѣдованіе X тома по цѣлымъ отдѣламъ его. Учетъ, произведенный по всѣмъ отдѣламъ, дастъ положительный отвѣтъ на вопросъ: сколько у насъ самобытнаго, сколько чужого. Предлагаемый нынѣ читателямъ первый опытъ такого изслѣдованія имѣетъ предметомъ общую часть обязательственнаго права. Въ виду универсализма нормъ, содержащихся въ этомъ отдѣлѣ свода, можно было опасаться, что отысканіе истиннаго ихъ источника представитъ большія затрудненія, какъ бы ни было очевидно, что указанный въ ссылкахъ подъ статью источникъ не истинный. Тѣмъ не менѣе изслѣдованіе и въ этой области дало кое-какіе результаты, которыми считаемъ не бесполезнымъ подѣлиться съ читателями.

Предметъ нашего изслѣдованія составляютъ тѣ статьи X тома по изданію 1832 года, которыя содержатъ нормы матеріальнаго права и остались неотмѣненными до сего времени. Исключены нами статьи, содержащія процессуальныя правила, какъ безразличныя съ точки зрѣнія гражданскаго матеріальнаго права, и статьи отмѣненныя, какъ переставшія быть частью нашего „достоянія въ семь родѣ“.

Первый по порядку отдѣлъ, содержащій общую часть обязательственнаго права, составляетъ V глава II раздѣла II книги X тома: „О правѣ по обязательствамъ“.

Изъ шести статей, составляющихъ эту главу, насъ интересуютъ собственно три: 568, 569 и 570; изъ остальныхъ трехъ, въ 571 статьѣ идетъ рѣчь о формѣ договоровъ и обязательствъ, ст. 572 содержитъ общее процессуальное

правило о томъ, что взысканіе по договору производится порядкомъ, изложеннымъ въ законахъ судопроизводства гражданскаго, а ст. 573 нынѣ вовсе исключена.

Редакціонная особенность всей главы V состоитъ въ томъ, что ни подъ одною ея статьею нѣтъ ссылокъ на указы; подъ первую (568) имѣется лишь указаніе, что „какъ сія статья, такъ и всѣ послѣдующія въ сей главѣ, при коихъ нѣтъ особыхъ указаній на законы, основаны на общемъ соображеніи узаконеній, приведенныхъ ниже, въ книгѣ IV“. Достаточно вспомнить, что IV книга содержитъ слишкомъ 700 статей, и что узаконеній приведено въ ней по меньшей мѣрѣ нѣсколько тысячъ, чтобы понять, что „общее соображеніе“ всѣхъ этихъ узаконеній равносильно отсутствію всякаго ихъ соображенія. Сдѣланный же нами ниже, при разборѣ общей части книги IV (1528—1553 ст.), подробный анализъ узаконеній, приведенныхъ подъ ея статьями, убѣждаетъ, что и каждое изъ узаконеній въ отдѣльности не могло послужить источникомъ для тѣхъ нормъ, которыя будто-бы на нихъ основаны. Какъ бы то ни было, но указанная редакціонная особенность V главы значительно сокращаетъ нашъ трудъ, освобождая отъ утомительныхъ и всегда почти безплодныхъ розысковъ установленнаго статьею тезиса въ приведенныхъ подъ нею узаконеніяхъ и позволяя непосредственно, безъ предварительной расчистки мѣста, указать дѣйствительный источникъ закона.

Статья 568 гласитъ: „Обязательства или содержатся въ самыхъ тѣхъ договорахъ, изъ коихъ они происходятъ, таковы суть: договоры найма, подряда, поставки и тому подобныя; или составляются въ видѣ отдѣльномъ по предшествовавшему договору письменному или словесному, таковы суть: закладныя, заемныя писъма и тому подобныя“. Самобытность этой статьи не защищаетъ даже К. П. Побѣдоносцевъ¹⁾:

¹⁾ Курсъ гражд. права, ч. III, стр. 105.

Онъ признаетъ, что статья эта „написана самими редакторами Свода и взята очевидно изъ теории римскаго права“. Но признаетъ это онъ потому, что ее „нельзя и понять безъ этого теоретическаго изъясненія: такъ темна и сбивчива ея редакція“. Въ самомъ дѣлѣ, трудно представить себѣ заимствованіе болѣе грубое и болѣе неумѣлое. Имѣлось въ виду установить римское различіе между консенсуальными и реальными контрактами. Первая половина статьи должна заключать опредѣленіе консенсуальныхъ контрактовъ; въ этой части еще редакторы кое-какъ справились съ своею задачею; но вторая половина вышла изъ рукъ вонъ плоха. Ее и нельзя было бы понять даже въ такой мѣрѣ, какъ мы ее теперь понимаемъ, если бы, коверкая самый смыслъ римскаго опредѣленія, редакторы Свода не привели и тѣхъ самыхъ примѣровъ, которыми иллюстрируется римское опредѣленіе. Примѣры приведены тѣ же ¹⁾: для консенсуальныхъ договоровъ въ римскомъ правѣ указаны *locatio-conductio*, *emptio-venditio*, *societas* и *mandatum*, а для реальныхъ: *mutuum*, *commodatum*, *depositum* и *pignus*. Изъ нихъ для первой половины 568 ст. взято лишь первое, *locatio-conductio*, и развѣтвлено на три понятія (наемъ, подрядъ и поставка); а для второй половины взять залогъ и заемъ (*pignus* и *mutuum*).

Небрежность или неумѣлость редакторовъ 568 ст. обнаруживается не только въ невѣрной, совершенно неудопонятной передачѣ второй ея половины, но и въ допущеніи смѣшенія между понятіями „обязательство“ и „договоръ“, — смѣшенія, отразившагося на всемъ дальнѣйшемъ изложеніи Свода. Какъ извѣстно, римское право говоритъ о *contractus*, договорахъ, и различаетъ ихъ, смотря по тому, образуются ли они вслѣдствіе одного лишь соглашенія (*consensus*), или же для ихъ существованія требуется и

¹⁾ *Instit.*, III, 13, 14, 22.

передача вещи (res). Нашимъ редакторамъ было вѣдѣно въ обязанность писать въ этомъ мѣстѣ не о договорахъ, а объ обязательствахъ (книга о договорахъ была составлена раньше)¹⁾, и потому они римское дѣленіе договоровъ примѣнили къ обязательствамъ. Желая далѣе быть болѣе конкретными, они вмѣсто „соглашенія“, которое является исходною точкою при римскомъ дѣленіи, взяли за исходную точку тотъ актъ, который является выразителемъ соглашенія, т. е.—договоръ, такъ же, какъ вмѣсто отвлеченныхъ понятій: заемъ, залогъ—введены въ той же статьѣ конкретныя ихъ формы: заемныя письма, закладныя. И получилось такимъ образомъ дѣленіе *обязательствъ* на два рода, смотря по тому: достаточно ли для ихъ установленія существованія *договора*, или нужно еще что-нибудь независимое отъ договора. Это-то нововведеніе въ области права, это установленіе новыхъ обязательствъ, какъ будто договорныхъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ не исключительно отъ договора зависящихъ, вѣроятно, и заставило составителей Свода въ ближайшихъ къ 568 статьяхъ,—въ тѣхъ случаяхъ, которые относятся къ договорамъ въ истинномъ смыслѣ слова, т. е. ко всѣмъ *contractus*, прибавлять, что они относятся къ „договорамъ и обязательствамъ“, наружно этимъ оправдывая совершенно неосновательное и бесплодное дѣленіе 568 ст. Такъ сдѣлано въ ст. 569, 570, 571, 572; такъ сдѣлано между прочимъ въ ст. 693 и во многихъ другихъ. Очень можетъ быть, что дѣйствовало при этомъ и другой мотивъ. При господствовавшемъ у составителей Свода, очевидно, весьма смутномъ представленіи о взаимномъ отношеніи договора и обязательства, конечно, вѣрнѣе казалось не скупиться на слова и *in dubiis* упоминать и договоръ и обязательство.

¹⁾ Объ этомъ можно судить: 1) по ссылкѣ подъ 568 ст.; 2) потому, что въ первоначальномъ планѣ Сперанскаго во II книгѣ не предполагалось главы объ обязательствахъ: она явилась, очевидно, позже.

Такая формулировка: „договоръ и обязательство“ даетъ обыкновенно поводъ думать, что подъ „обязательствомъ“ законъ разумѣлъ обязательство не договорное, а обязательство *ex quasi-contractu, ex delicto, ex quasi-delicto* или *ex lege*; оказывается же, какъ мы видѣли, что законодатель ничего подобнаго не имѣлъ въ виду, что никакихъ такихъ обязательствъ *ex quasi-contractu* и пр. у насъ въ дѣленіи обязательствъ не установлено, а что подъ выраженіемъ „обязательство“—въ формулѣ „договоры и обязательства“—законодатель понималъ такія обязательства, истинный смыслъ которыхъ остается для насъ до-днесъ сокровеннымъ.

Слѣдующія двѣ статьи, 569 и 570, мы будемъ разсматривать вмѣстѣ; этимъ путемъ мы избавимся отъ излишнихъ повтореній.

569 ст. гласитъ: „Всякій договоръ и всякое обязательство, правильно составленные, налагаютъ на договаривающихся обязанность ихъ исполнить“.

570 ст.: „Всякій договоръ и всякое обязательство, въ случаѣ неисполненія, производятъ право требовать отъ лица обязавшагося удовлетворенія во всемъ, что постановлено въ оныхъ“.

Прежде чѣмъ указать, откуда заимствованы обѣ статьи, я долженъ оговориться, что употребленіе въ обѣихъ статьяхъ выраженій: „всякій договоръ и всякое обязательство“, т. е. выдѣленіе договора, какъ чего-то независимаго отъ обязательства, и наоборотъ, явилось, какъ уже указано, результатомъ смѣшенія понятій, допущеннаго въ 568 ст., и что посему въ дѣйствительныхъ источникахъ обѣихъ статей розыскивать эту бросающуюся въ глаза характерную ихъ особенность нечего. Во всемъ же остальномъ обѣ статьи почти всецѣло заимствованы изъ „*Traité des obligations*“ *Rothier* и изъ французскаго кодекса.

Ст. 1184 п. 1 французскаго кодекса гласитъ: *Les conven-*

tions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont fait¹⁾. Статья эта была цѣликомъ перенесена въ проектъ уложенія 1810 г. въ 33 § III ч. („договоръ, законно совершенный, исполняется какъ законъ“). Не совсѣмъ удачная формулировка этого правила во французскомъ кодексѣ вызвала немедленно на практикѣ множество затрудненій, и французскій кассационный судъ на первыхъ же порахъ былъ заваленъ массою дѣлъ, въ которыхъ требовалось разъясненіе 1 п. 1134 ст. Сверхъ сего, формулировка эта казалась слишкомъ рискованною, она слишкомъ низводила законъ съ обычной его высоты, что должно было, конечно, составить новый источникъ неудовольствія въ нѣкоторыхъ слояхъ общества. Подъ вліяніемъ этихъ, а можетъ быть и иныхъ еще соображеній, Сперанскій очевидно рѣшился смягчить формулировку и заимствовалъ для этого матеріалъ у Потье. У Потье говорится: „Обязательство налагаетъ на лицо, его заключившее, обязанность исполнить все то, что постановлено въ ономъ... Обязательство даетъ право требовать по суду всего того, что постановлено въ ономъ. (L'obligation... oblige celui qui l'a contractée à l'accomplissement de ce qui y est contenu..... L'obligation donne à celui envers qui elle est contractée le droit d'exiger en justice ce qui y est contenu ¹⁾). Въ первую фразу Потье вставлено выраженіе французскаго кодекса (1134) „légalement formées“, и получился буквальный текстъ 569 ст. Изъ второй же фразы выкроена вся 570 ст. вмѣстѣ съ характернымъ ея заключеніемъ — „что постановлено въ оныхъ“.

Подтверженіемъ нашей гипотезы о заимствованіи у Потье служить слѣдующее. 570 ст., какъ это сразу видно, указываетъ лишь кредитору путь, какъ добиться того права, которое ему предоставлено 569 ст. Послѣдняя говоритъ, что обязательство возлагаетъ на стороны обязанность его ис-

¹⁾ Oeuvres de Pothier, Paris 1848, т. II. Traité des obligations, стр. 85, § 173.

поднять, а 570 ст., — что, въ случаѣ отказа отъ добровольнаго исполненія, кредиторъ можетъ требовать исполненія всего того, что указано въ договорѣ. Съ перваго же взгляда вся 570 ст. кажется совершенно излишнею и по существу невѣрною, такъ какъ не по всѣмъ договорамъ можно требовать исполненія по суду;—таковою она признана и иностранными кодексами, которые вполне рационально почитаютъ норму, установленную 569 ст., вполне достаточно огражденною непосредственнымъ ея содержаніемъ, безъ помощи другихъ статей, разъясняющихъ способъ ея осуществленія. Иностранные кодексы указываютъ кредитору путь для осуществленія права въ случаѣ неисполненія должникомъ договора,—отыскиваніе вреда и убытковъ,—но этотъ путь у насъ указанъ отдѣльно, въ 693 ст.; статья же 570, по связи ея съ 569 и по непосредственному ея содержанію, только поясняетъ — и притомъ совершенно ненужно—569 ст. Ненужность этого поясненія до того чувствуется, что читателямъ, вѣроятно, показалось страннымъ, какъ даже Потье въ учебникѣ пускается въ разъясненія такихъ ясныхъ вещей. Но дѣло въ томъ, что Потье и не пускается въ эти разъясненія. Тѣ двѣ фразы Потье, которыя нами приведены, хотя и стоятъ другъ подле друга, относятся однако къ двумъ различнымъ предметамъ. Одна опредѣляетъ у Потье *obligatio naturalis*, другая—*obligatio civilis*: первая, по Потье, налагаетъ на обязавшееся лицо *обязанность* исполнить, вторая даетъ кредитору *право требовать* исполненія, въ отличіе отъ первой, которая такого права не даетъ. Составители свода, по всей вѣроятности, имѣли указаніе, что не слѣдуетъ различать *obligatio civilis* отъ *obligatio naturalis*, и потому, а можетъ быть и просто по непониманію, прихватили характерные признаки обоихъ родовъ обязательствъ подлинными словами Потье и указали тѣ и другіе для обязательствъ вообще.

Въ связи съ вопросомъ объ исполненіи и неисполненіи

обязательствъ стоитъ ст. 639, гласящая, что „каждый имѣетъ право, въ случаѣ неисполненія по договорамъ и обязательствамъ, а также въ случаѣ обидъ, ущербовъ и убытковъ, искать удовлетворенія и вознагражденія посредствомъ полиціи или суда“.

Ссылка подъ нею сдѣлана въ формѣ: „ср. зак. суд. гражд. кн. II“ — ссылка до того широкая, что освобождаетъ насъ совершенно отъ провѣрки мнимыхъ источниковъ и позволяетъ прямо обратиться къ истиннымъ. При чтеніи 639 ст. сразу бросаются въ глаза нѣкоторыя ея особенности: прежде всего отнесеніе въ нее обидъ, на ряду съ ущербами и убытками; затѣмъ предоставленное ею право требовать „удовлетворенія и вознагражденія“, хотя между этими двумя понятіями, очевидно, различія нѣтъ. Раньше, чѣмъ объяснить эти особенности, намъ приходится навести маленькую историческую справку.

Въ запискѣ Сперанскаго, составленной въ руководство чиновнику, работавшему надъ IV книгою X тома, какъ первое положеніе, выставлено: „Обязательства происходятъ или изъ общаго закона, по коему всякая обида личная и всякій ущербъ чужому имуществу подвергаетъ виновнаго обязанности удовлетворенія и вознагражденія...“ Далѣе идетъ рѣчь объ обязательствахъ по договорамъ, и въ концѣ прибавлено: „окончивъ обязательства, возникающія изъ договоровъ, и ихъ укрѣпленіе, послѣдній раздѣлъ сей книги составить изъ книги о взысканіяхъ. Названіе сего раздѣла будетъ: объ обязательствахъ удовлетворенія и вознагражденія по обидамъ личнымъ и ущербу имуществъ. Сюда отнести всю работу о взысканіяхъ, но ограничить ее точнымъ смысломъ *de obligationibus ex quasi delictis*, не касаясь самаго взысканія, *de executione*, что сюда принадлежать не можетъ“¹⁾.

¹⁾ Архивъ историч. и практич. свѣдѣній, относящ. до Россіи, изд. Калачова, 1859 г., II, стр. 24.

Такимъ образомъ Сперанскій предполагалъ первоначально составить особый раздѣлъ объ обязанности вознагражденія, вытекающей *ex quasi delictis*, — а обязанность вознагражденія, вытекающая изъ неисполненія договора, вошла бы тогда, вѣроятно, въ составъ одной изъ статей общей части договорнаго права. Планъ этотъ не осуществился, и право отыскивать вознагражденіе *ex quasi delicto* соединено въ главѣ „о правѣ судебной защиты по имуществамъ“ съ правомъ отыскивать вознагражденіе въ случаѣ неисполненія договора, причемъ остовъ остался, очевидно, изъ отдѣла о *quasi delictis*, а первая половина статьи искусственно къ нему припаяна. Первоначально, вѣроятно, редакція была такова: каждый имѣеть право въ случаѣ обидъ, ущербовъ и убытковъ искать удовлетворенія и вознагражденія. а потомъ было вставлено: „въ случаѣ неисполненія по договорамъ, а также...“. Иначе нельзя объяснить, почему поставлены, какъ два равносильныхъ случая: случай неисполненія договора и случай нанесенія ущерба, въ то время какъ неисполненіе обязательства влечетъ за собою обязанность вознаградить именно потому, что этимъ неисполненіемъ наносится ущербъ. У Сперанскаго въ запискѣ имѣлось въ виду противопоставить обязательству вознагражденія за неисполненіе обязательству вознагражденія за всякій другой ущербъ, кромѣ неисполненія, — между тѣмъ составители свода, соединивъ впоследствии оба случая, сохранили однако первоначальную редакцію, имѣющую въ теперешнемъ ея видѣ тотъ смыслъ, что за неисполненіе договора слѣдуетъ вознагражденіе не въ виду понесеннаго ущерба, а помимо него.

Эта краткая исторія 693 ст. даетъ намъ отчасти отвѣтъ и на вопросъ, какимъ образомъ въ статью объ исполненіи и неисполненіи обязательствъ попали „обиды“. Попали онѣ потому, что Сперанскій, какъ мы видѣли, относилъ ихъ къ

quasi delict'амъ. Этотъ странный взглядъ Сперанскаго на значеніе обиды даетъ намъ ключъ и къ открытію того источника, изъ котораго почерпнута почти вся 639 ст., съ ея „удовлетвореніемъ и вознагражденіемъ“ включительно. Ни въ римскомъ правѣ, ни во французскомъ кодексѣ, ни въ прусскомъ ландрехтѣ, ни въ современныхъ Сперанскому учебникахъ личная обида не отнесена къ quasi delict'амъ и не выдѣлена, какъ особое основаніе для отыскиванія вознагражденія. Выдѣлена она только въ австрійскомъ кодексѣ, выдѣлена очень рельефно, на ряду со всякимъ другимъ ущербомъ и убытками, на ряду съ неисполненіемъ договора и въ сопровожденіи того же „удовлетворенія“ и „вознагражденія“, которое тѣмъ только отличается отъ нашего, что у нихъ оно имѣетъ смыслъ, а у насъ смысла не имѣетъ.

Вотъ что говоритъ австрійскій кодексъ ¹⁾: § 1295. „Каждый имѣетъ право искать возмѣщенія своего убытка, произошелъ ли онъ отъ неисполненія обязательства по договору, или помимо договора“, а затѣмъ чрезъ 28 статей— § 1323..... Если возмѣщеніе обнимаетъ только den erlittenen Schaden (damnum emergens), то оно называется *вознагражденіемъ* (Schadloshaltung); если же оно обнимаетъ и неполученную выгоду (lucrum cessans), и погашеніе обиды, то оно называется полнымъ *удовлетвореніемъ* (volle Genugthuung).

Подъ вліяніемъ этихъ-то статей, или, вѣрнѣе говоря, подъ вліяніемъ упоминанія въ нихъ объ обидахъ, рядомъ съ возмѣщеніемъ убытковъ вообще, явилась очевидно первоначальная мысль Сперанскаго о томъ, что обида личная и всякій ущербъ чужому имуществу производятъ право требовать вознагражденія и удовлетворенія, и связанная у него съ этою мыслью теорія, по которой обида личная относится къ quasi delict'амъ. Подъ вліяніемъ этихъ же статей

¹⁾ Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, Erster Theil. Wien, 1786.

произошло, вѣроятно, и спаяніе, хотя и неудачное, двухъ частей 639 ст. При окончательномъ редактированіи статьи, составители свода хотѣли болѣе приблизиться къ своему оригиналу, вслѣдствіе чего начали статью такъ, какъ она начинается въ оригиналѣ („Jedermann ist berechtigt zu fordern—каждый имѣеть право искать), и—что важнѣе всего—общее выраженіе записки Сперанскаго: „всякій ущербъ“ замѣнили формулою: „ущербъ и убытки“—по всей вѣроятности, въ смыслѣ *damnum emergens* и *lucrum cessans*,—и такимъ образомъ получили въ 693 ст. всѣ тѣ же элементы, которые установлены австрійскимъ кодексомъ для возможности получить удовлетвореніе и вознагражденіе, а именно: неисполненіе договора, *Beleidigung*, *erlittener Schaden* и *entgangener Gewinn*, — съ тѣмъ только различіемъ, что у нихъ неисполненіе договора и обида поставлены какъ понятія *видовыя* по отношенію къ ущербу и убыткамъ; у насъ же и неисполненіе договора, и обида выставлены какъ моменты, *равносильные съ ущербомъ и убыткомъ*.

Слѣдующій по порядку и самый крупный отдѣлъ общей части обязательственнаго права составляетъ I раздѣлъ книги IV тома X: „О составленіи, совершеніи, исполненіи и прекращеніи договоровъ вообще“.

Раздѣлъ открывается ст. 1528, состоящею изъ 2 частей. Первая часть заключаетъ опредѣленіе договоровъ по существенному ихъ свойству. „Договоръ—гласить она—составляется по взаимному согласію договаривающихся лицъ“.

Подъ этою частью 1528 ст. имѣются ссылки на два закононенія: на ст. 251 гл. X уложенія Царя Алексѣя Михайловича и на ст. 1 и 3 Высочайше утвержденныхъ правилъ при разсмотрѣніи условій между помѣщиками и крестьянами, отъ 21-го февраля 1803 года.

Когда статья свода составлялась изъ двухъ указовъ, то по увѣреніямъ Сперанскаго, она излагалась словами глав-

наго указа съ присоединеніемъ дополняющихъ ее словъ изъ другого указа, безъ всякихъ измѣненій. Поищемъ положенія, изложеннаго въ 1 ч. 1528 ст., прежде всего въ ст. 251 гл. X уложенія Царя Алексѣя Михайловича.

Ст. 251 гл. X гласить: „А будетъ кто, умысля воровски, и стакався съ площадными подъячими, напишетъ на кого въ большомъ долгу заемную кабалу или иную какую крѣпость въ большомъ дѣлѣ за очи, и написавъ ту крѣпость, зазоветъ къ себѣ, или къ иному кому на дворъ, и велить ему къ той крѣпости руку приложить, или ему велить написать въ чемъ-нибудь заемную кабалу своею рукою неволею:—и тому надъ кѣмъ такое дѣло учинится, въ томъ на того, кто такое дѣло учинить, являти окольнымъ людямъ подавати явки, послѣ того какъ надъ нимъ такое дѣло учинится, того же дни и бити челомъ на тѣхъ людей, которые надъ нимъ такое дѣло учинять, объ очной ставкѣ и сыску вскорѣ, дни въ три, или въ четыре и большее въ недѣлю. Да будетъ кто о такомъ дѣлѣ на кого учнетъ бити челомъ и судьямъ и воеводамъ и всякимъ приказнымъ людямъ по тому челобитію, сыскивая тѣхъ людей, на кого такое челобитіе будетъ, спрашивать и съ челобитчики ставить съ очей на очи и сыскивати всякими сыски на крѣпко; а буде дойдетъ до пытки, и тѣхъ людей пытать, до кого дойдетъ. Да будетъ сыщется кто на кого возметъ какую крѣпость по ряднымъ дѣламъ по-неволѣ; и такимъ людямъ, кто такой крѣпости учнетъ искати по-неволѣ, чинити жестокое наказаніе, бити ихъ кнутомъ нещадно при многихъ людехъ, чтобы имъ и инымъ такимъ впредь не повадно было такъ воровати; да на нихъ же велѣти тѣмъ людямъ, на которыхъ они такіа воровскія крѣпости сдѣлають, правити безчестье; да ихъ же за ту вину сажать въ тюрьму на полгода. А площаднымъ подъячимъ, которые такіа крѣпости учнутъ писать воровствомъ за очи, чинити

казнь отсѣчь руки. А кто въ такія крѣпости учнетъ воровствомъ же въ послуствѣхъ писатися и тѣмъ чинити жестокое наказаніе, бити кнутомъ по торгамъ, и сажать ихъ въ тюрьму; на сколько Государь укажетъ“.

Второе узаконеніе—*Высочайше утвержденныя правила, постановленныя Министромъ Внутреннихъ Дѣлъ въ руководство при разсмотрѣніи условій между помѣщиками и крестьянами*. Нельзя упускать изъ виду, что правила эти постановлены Министромъ внутреннихъ дѣлъ въ 1803 г., т. е. тогда, когда Сперанскій состоялъ директоромъ единственнаго тогда Департамента Министерства внутреннихъ дѣлъ и фактически управлялъ всѣмъ Министерствомъ. Ясно, что на нихъ должно было отразиться вліяніе Сперанскаго, и притомъ Сперанскаго—явнаго французофила. Если бы слѣдовательно, даже оказалось, что разбираемая нами статья заимствована „безъ всякихъ измѣненій“ изъ этого узаконенія, то это бы еще ровно ничего не говорило въ пользу ея самобытности.

Но она не заимствована „безъ всякихъ измѣненій“ и изъ этого законоположенія. Ст. 1 и 3 правилъ 1803 г. гласятъ:

„Ст. 1. Министръ, получивъ условія, разсматриваетъ прежде всего, имѣютъ-ли онѣ назначенныя въ предъидущихъ статьяхъ удостовѣренія, охраняющія крестьянъ отъ подлога или принужденія, и если находитъ доставленныя при нихъ свѣдѣнія недостаточными, или самыя условія неясными и неопредѣленными, требуетъ отъ губернскаго предводителя подлежащихъ поясненій.

Ст. 3. Хотя первый случай, представляя чистую продажу, довольно охраняется законами, на сіе установленными; но Министръ долженъ въ немъ сверхъ того наблюдать, чтобы добровольное согласіе крестьянъ было свидѣтельствами вышеприведенными доказано“.

Какъ видно, общаго правила первой части 1528 статьи

о томъ, что договоры составляются по взаимному согласію договаривающихся лицъ, ни въ томъ, ни въ другомъ узаконеніи не содержится. Однако, въ смыслѣ несоотвѣтствія содержанія съ приведенными подъ статью указами, первая часть 1528 ст. не представляется еще особенно характерною, такъ какъ хотя въ узаконеніяхъ подъ нею нѣтъ общаго правила, выраженнаго въ самой статьѣ, но имѣются все-же частные случаи этого именно общаго правила.

Интереснѣе въ этомъ отношеніи вторая часть статьи. Она гласитъ:

„Предметомъ его (договора) могутъ быть или имущества, или дѣйствія лицъ: цель его должна быть непротивна законамъ, благочинію и общественному порядку“.

Эта часть статьи значитъ составленною изъ пяти узаконеній:

Первое—Уставъ благочинія или полицейскій.

Ст. 30. Управа благочинія долженствуетъ *во-первыхъ*: имѣть бдѣніе, дабы въ городѣ сохранены были благочиніе, добронравіе и порядокъ;—*второе*, чтобы предписанное законами полезное по всюду въ городѣ исполняемо и сохраняемо было, въ случаѣ же нарушенія оныхъ управа благочинія по состоянію дѣла, не смотря ни на какое лицо, всякаго должна приводить къ исполненію предписаннаго законами; *и третье*, управа благочинія одна въ городѣ право имѣетъ приводить въ дѣйствіе повелѣнія правленія, рѣшенія палатъ и прочихъ судовъ, и чинить отказы домовъ и мѣсть въ городѣ, предмѣстьѣ и на городскихъ земляхъ.

Ст. 41. Да пребудетъ зеркаломъ управа благочинія въ разсужденіи обязанности взаимной гражданъ между собою:

Первое. Правило добронравія.

I. Не чини ближнему то, что самъ терпѣть не хочешь.

II. Не токмо ближнему не твори лихо, но твори ему добро, колико можешь.

III. Буде кто ближнему сотворилъ обиду личную, или въ имѣніи, или въ добромъ званіи, да удовлетворить возможности.

IV. Въ добромъ помогать другъ другу, веди слѣпаго, дай кровлю немущему, напои жаждущаго.

V. Сжался надъ утопающимъ, протяни руку помощи падающему.

VI. Блаженъ, кто и скоть милуетъ, буде скотина и спотыкнется, подними его.

VII. Съ пути сошедшему, указывай путь.

Второе. Правило обязательствъ общественныхъ.

VIII. Мужъ да прилѣпится къ своей женѣ въ согласіи и любви, уважая, защищая и извиняя ея недостатки, облегчая ея немощи, доставляетъ ей пропитаніе и содержаніе, по состоянію и возможности хозяина.

IX. Жена да пребываетъ въ любви, почтеніи и послушаніи къ своему мужу и да оказываетъ ему всякое угожденіе и привязанность аки хозяйка.

X. Родители суть властелины надъ своими дѣтьми, природная любовь къ дѣтямъ предписываетъ имъ долгъ дать дѣтямъ пропитаніе, одежду и воспитаніе доброе и честное по состоянію.

XI. Дѣти долгъ имѣютъ оказывать родителямъ чисто-сердечное почтеніе, послушаніе, покорность и любовь и служить имъ самымъ дѣломъ, словами же и рѣчами отаиваться объ нихъ съ величайшимъ почтеніемъ, сносить родительскія поправленія и увѣщанія, терпѣть безъ ропота, и да продолжится почтеніе и по кончинѣ родителей.

Третье. Качество опредѣленнаго къ благочинію начальства и права на его должности.

XII. 1) Здравый разумъ. 2) Добрая воля въ отправленіи полученнаго. 3) Человѣколюбіе. 4) Вѣрность къ службѣ Его Императорскаго Величества. 5) Честность и безкорыстіе.

XIII. Правый и ровный судъ всякому состоянію.

XIV. Дать покровительство невинному и скорбящему.

XV. Воздержаніе отъ взятокъ; ибо ослѣпляютъ глаза и развращаютъ умъ и сердце, устами же налагаютъ узду.

Ст. 65. Управа благочинія въ городѣ закономъ неутвержденное общество, товарищество, братство и иное подобное собраніе (подъ какимъ бы названіемъ ни состояло) не признаетъ за дѣйствительное, буде у таковыхъ окажутся обязательства, правила, положенія или постановленія, то ни во что не вѣнчать; буде же таковыя общество, товарищество, братство, или иное подобное собраніе, общему добру вреда, ущербъ или убытокъ наносятъ, либо бесполезно, то подлежитъ уничтоженію и запрещенію.

Очевидно, что во всѣхъ трехъ статьяхъ нѣтъ ни намека на два рода предметовъ договора (имущества и дѣйствія лицъ); очевидно также, что въ нихъ не содержится и правила о цѣли договора, непротивной законамъ, благочинію и общественному порядку; въ нихъ предписывается лишь полицейскимъ властямъ наблюдать за порядкомъ и не признавать обществъ и собраній, какъ таковыхъ, если они не утверждены правительствомъ. Ни о договорахъ вообще, ни о цѣли ихъ въ частности, нѣтъ въ этихъ статьяхъ ни слова.

Второе, помѣщенное подъ 2-ю частью 1528 ст., узаконеніе есть *Указъ Сената отъ 11 ноября 1786 г.*, коимъ разъясняется, что, согласно „Учрежденію о губерніяхъ“, только о купчихъ крѣпостяхъ и о просроченныхъ закладахъ слѣдуетъ прибывать листы на дверяхъ присутствій и печатать объявленія въ публичныхъ вѣдомостяхъ, о чемъ и сообщать Правительствующему Сенату, обо всѣхъ же остальныхъ актахъ не слѣдуетъ прибывать листовъ къ дверямъ присутствій, ни доносить Сенату.

Третье узаконение—*Указъ Сената 18 декабря 1788 г.* Рижской палатѣ гражданскаго суда о томъ, что съ мѣновыхъ контрактовъ надлежитъ взыскивать пошрины, какъ съ купчихъ крѣпостей, по сложности цѣны обмѣниваемаго имущества и денежной придачи.

Четвертое узаконение—*Высочайше утвержденное мнѣніе Государственнаго Совѣта 26 марта 1819 г.*, о воспрещеніи мѣстамъ и лицамъ утверждать между супругами акты, „въ коихъ будетъ заключаться условіе жить имъ въ разлученіи или другое произвольное ихъ желаніе, клонящееся къ разрыву супружескаго союза“.

Наконецъ, *пятое* узаконение есть *Указъ Сената отъ 9 іюня 1825 г.* о преданіи уголовному суду двухъ частныхъ лицъ и всего состава Гродненскаго градскаго суда за совершеніе сдѣлки, имѣвшей цѣлью избѣжать уплаты въ казну гильдейскихъ пошлинъ.

Очевидно, что ни въ одномъ изъ приведенныхъ узаконеній не только нѣтъ дѣленія предметовъ договора, но не упоминается даже вскользь ни объ одномъ договорѣ, предметомъ котораго были бы „дѣйствія лицъ“ въ томъ смыслѣ, въ какомъ понимали ихъ составители Свода, такъ что если бы вообще дозволительно было строить обобщенія, то слѣдовало бы придти къ заключенію о существованіи у насъ исключительно договоровъ объ имуществѣ и о полномъ отсутствіи договоровъ, предметъ которыхъ составляютъ „дѣйствія лицъ“.

Нѣтъ также ни въ одномъ изъ приведенныхъ узаконеній того общаго правила, что цѣль договора должна быть непротивна закону, благочинію и общественному порядку. Намеки на цѣль въ договорахъ имѣются лишь въ частныхъ случаяхъ, составляющихъ предметъ послѣднихъ двухъ узаконеній; въ первыхъ трехъ нѣтъ даже такого намека. Изъ частныхъ случаевъ, упомянутыхъ въ послѣднихъ двухъ

узаконеніяхъ, собственно въ одномъ только можетъ быть рѣчь о недействительности договора, вслѣдствіе порока въ цѣли. Это случай условія между супругами, клонящагося къ расторженію супружескаго союза. Во-второмъ же случаѣ, когда договоръ совершенъ во избѣженіе уплаты пошлинъ, очевидно не можетъ быть рѣчи о необязательности договора для самихъ контрагентовъ, объ его недействительности въ истинномъ смыслѣ этого слова. Обоиими приведенными частными случаями противозаконности цѣли при заключеніи договора составители Свода воспользовались, впрочемъ, еще разъ, но уже не какъ матеріаломъ для обобщенія, а какъ частными случаями, въ 1 и 5 пунк. 1529 ст., какъ оно и должно было быть.

Тѣсная связь между 1528 и 1529 статьями какъ по ихъ содержанію, такъ и по источникамъ, заставляетъ насъ теперь же обратиться къ изслѣдованію 1529 ст., чтобы впослѣдствіи указать для обѣихъ статей совместно ихъ дѣйствительные источники.

Ст. 1529 въ первой части заключаетъ общее правило, гласящее, что „договоръ недействителенъ и обязательство ничтожно, если побудительная причина къ заключенію онаго есть достиженіе цѣли, законами запрещенной“. Подъ правиломъ этимъ имѣется ссылка на одно лишь узаконеніе: на 67 ст. Устава благочинія 1782 года.

Вотъ эта статья: „Управа благочинія: 1) игры, основанныя на силѣ и проворствѣ тѣлесномъ; 2) игры, основанныя на дозволенномъ искусствѣ и случаѣ; 3) игры домашнія и игрища, поелику въ оныя не входитъ беззаконіе, или противное узаконенію, не запрещаетъ; въ запрещенной же игрѣ смотритъ на намѣреніе, съ какимъ играли, и обстоятельства. Буде игра игроку служила забавою или отдохновеніемъ среди своей семьи и съ друзьями, и игра не запрещена, то вины нѣтъ; буде же игра игроку служить

единственнымъ упражненіемъ и промысломъ, или домъ, въ коемъ происходила игра, открытъ день и ночь для всѣхъ людей безъ разбора и что тутъ же и отъ того происходитъ прибыль запрещенный, то о томъ изслѣдовавъ, учинить по законамъ. Просьба же и искъ о долгѣ и платежѣ по игрѣ да уничтожится“.

Общаго положенія о недѣйствительности всякаго договора и ничтожности обязательства, если побудительная причина противозаконна, какъ видно, нѣтъ. Имѣется лишь постановленіе, что „просьба и искъ о долгѣ и платежѣ по игрѣ уничтожаются“, причемъ даже относительно этого отдѣльнаго случая уничтоженія „иска и просьбы“ не указанъ мотивъ уничтоженія: неизвѣстно, вызвано ли это уничтоженіе противозаконностью побудительной причины, или просто бездеятельностью долга.

Вторая половина 1529 ст. состоитъ изъ 5-ти пунктовъ, указывающихъ примѣрные случаи недѣйствительности договоровъ. Каждый изъ этихъ случаевъ по меньшей мѣрѣ столь же пригоденъ для построенія на немъ общаго правила, какъ и случай уничтоженія иска по игрѣ. Между тѣмъ ни одинъ изъ этихъ случаевъ не приведенъ подъ первой половиной 1529 ст., и, наоборотъ, тотъ случай, на которомъ построено общее положеніе 1529 ст., не поименованъ въ числѣ указываемыхъ ею частныхъ случаевъ. Сдѣлано это, очевидно, по тому соображенію, что, помѣщая одну и ту же ссылку въ одной статьѣ и подъ общимъ правиломъ, и подъ частнымъ случаемъ, составители выдали бы себя; стало бы ясно, что общее правило не выписано „слово въ слово“ изъ того узаконенія, которое подъ нимъ приведено, а есть или плодъ творчества самого составителя, или же выписано слововъ слово, но только не изъ приведенныхъ подъ статью законовъ.

Самый поверхностный анализъ всѣхъ шести случаевъ,

приведенныхъ во второй половинѣ 1529 ст., лучше всего доказываетъ, что первая половина 1529 ст., явилась сама собою, даже не какъ доктринальное обобщеніе изъ тѣхъ случаевъ, которые въ ней указаны: до того разнохарактерны эти случаи. Такъ, 2-й и 5-й пункты выведены на основаніи случаевъ, въ которыхъ имѣлось въ виду собственно не недѣйствительность договора въ смыслѣ необязательности его для контрагентовъ, а необязательность его для третьихъ лицъ,—въ томъ числѣ для государственной казны. Третій пунктъ выведенъ изъ случая, гдѣ признавалось ничтожнымъ обязательство, въ виду его безденежности. Наконецъ 4-й пунктъ, признающій недѣйствительность договора, который „клонится къ присвоенію частному лицу такого права, котораго оно по состоянію своему имѣть не можетъ“, имѣетъ, очевидно, въ виду случай недѣйствительности договора по личной недѣеспособности контрагента пріобрѣтать данное право.

Подведеніе этихъ разнообразныхъ случаевъ подъ правило, признающее всякій договоръ недѣйствительнымъ по противозаконности побудительной причины, уже само по себѣ доказываетъ, что правило это не выписано изъ закона и даже не извлечено изъ него, какъ обобщеніе, а взято, очевидно, гдѣ-то на прокатъ, и затѣмъ уже подогнаны къ нему казавшіеся болѣе или менѣе подходящими случаи, по системѣ: „на все сіе можно найти указы“.

Разыскиваніе источниковъ двухъ разобранныхъ статей въ законахъ, на которые сдѣлана въ нихъ ссылка, оказывается такимъ образомъ почти совершенно безплоднымъ. Гораздо болѣе благодарно и менѣе утомительно разыскиваніе ихъ въ такихъ мѣстахъ, на которыя ссылки въ законѣ не сдѣлано. И что еще страннѣе: тамъ,—въ этихъ мѣстахъ,—почти безъ отступленій примѣняется правило Сперанскаго: гдѣ статья свода основывается на одномъ источникѣ, онъ воспроизводится дословно, а гдѣ на нѣсколькихъ, тамъ статья состав-

ляется по словамъ главнаго источника съ дополненіями лишь изъ другихъ.

Перехожу къ указанію истинныхъ источниковъ обѣихъ разсмотрѣнныхъ статей. Мысль, заключающаяся въ первомъ положеніи 1528 ст., что договоры составляются по взаимному согласію договаривающихся лицъ, — составляетъ до того общую юридическую аксіому, что было бы весьма трудно съ точностью указать, откуда она непосредственно взята, если-бы въ самой формѣ, которая придана ей въ X томѣ, не содержалось нѣкоторое указаніе на вѣроятный ея источникъ. *Договоръ*, сказано, составляется по взаимному согласію *договаривающихся* лицъ. Определеніе странное, *idem per idem*. Между тѣмъ оно объясняется довольно просто — содержаніемъ источника, изъ котораго оно, вѣроятно, заимствовано. Въ запискѣ Сперанскаго для чиновниковъ, подъ заголовкомъ: „свойства согласія“, приведена цитата изъ Пандектъ слѣдующаго содержанія: „*conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus-negotii contrahendi transigendique causa-consentiunt qui inter se agunt*“. Заимствуя изъ этой цитаты правило 1528 ст., составители Свода перевели глаголь „*inter se agere*“ глаголомъ „договариваться“, т. е. словомъ того-же корня, что и подлежащее (договоръ), и вслѣдствіе этого получилась нѣкоторая тавтологія. По-латыни выходитъ, что „*conventio*“ есть соглашеніе лицъ, „*qui inter se agunt*“, по русски-же выходитъ, что „*договоръ*“ есть соглашеніе лицъ, которыя *договариваются*“. Ни во французскомъ, ни въ австрійскомъ, ни въ прусскомъ кодексахъ, ни въ учебникахъ, которые могли быть доступны Сперанскому, такого определенія не заключается; оно явилось въ Сводѣ лишь какъ искаженный переводъ отрывка *Дигестъ*, — отрывка, который Сперанскій прямо предписывалъ имѣть въ виду при составленіи Свода.

Вторымъ положеніемъ 1528 ст. устанавливается, что

„предметомъ договора могутъ быть или имущества, или дѣйствія лицъ“. Положеніе это, какъ мы видѣли, не имѣетъ никакого основанія въ законахъ, изъ которыхъ оно яко-бы переписано, да и вдобавокъ оно, очевидно, невѣрно. Дѣло въ томъ, что непосредственный предметъ договора всегда составляетъ дѣйствіе лица (*dare* или *facere*); только посредственно предметомъ договора является иногда вещь, подлежащая воздѣйствію со стороны обязавшагося лица. Указанное 1528 статьею дѣленіе предметовъ договора должно было, очевидно, содержать классическое дѣленіе предметовъ обязательства на: *dare* и *facere* или *non facere*. Потье, разъясняя это классическое дѣленіе—послѣ весьма пространныхъ объясненій—прибѣгаетъ наконецъ для большей выразительности къ слѣдующей не совсѣмъ точной фразѣ:

„L'objet d'une obligation peut être *une chose* proprement dite (*res*) que le débiteur s'oblige de donner; ou *un fait* (*factum*) que le débiteur s'oblige de faire ou de ne pas faire“¹⁾. Эту то злополучную фразу, которую, конечно, и самъ Потье никогда не выставилъ-бы какъ научный тезисъ—сочли составители Свода за чистый металлъ и ввели ее въ Сводъ, вѣроятно, только за ея большую опредѣленность; такимъ образомъ получилось правило, что „предметомъ договора могутъ быть имущества или дѣйствія лицъ“. Къ этому правилу придется намъ вернуться еще впоследствии; тогда будутъ нами выяснены практическія послѣдствія произведенной составителями Свода метаморфозы.

Третье положеніе 1528 ст.; по которому „цѣль договора должна быть непротивна законамъ, благочинію и общественному порядку“, прямо переписано изъ 1133 ст. Наполеонова кодекса:

¹⁾ Pothier, Traité, § 54.

1528 ст. X т.

Цѣль должна быть непро-
тивна законамъ, благочинію и
общественному порядку.

1133 ст. Код. Нап.

*La cause est illicite, quand elle
est prohibée par la loi, quand
elle est contraire aux bonnes
moeurs ou à l'ordre public.*

Въ связи съ этимъ положеніемъ стоитъ, какъ мы знаемъ, и правило первой части 1529 ст. Это правило не заимствовано прямо изъ Наполеонова кодекса, въ которомъ оно выражено въ иной формѣ, а непосредственно изъ источника Наполеонова кодекса, изъ Потье. Узнать это можно по той формѣ, въ которой статья выражена. Статья гласитъ: „Договоръ недействителенъ и обязательство ничтожно, если побудительная причина къ заключенію онаго есть достиженіе цѣли, законами воспрещенной“. Что значить „договоръ недействителенъ и обязательство ничтожно“? Недействительность договора необходимо влечетъ за собой ничтожность содержащагося въ ономъ обязательства; слѣдовательно, разъ составители Свода установили, что договоръ недействителенъ, незачѣмъ было прибавлять, что обязательство ничтожно. Загадка эта разъясняется при сравненіи статьи Свода съ тѣмъ, что говорится у Потье. У Потье сказано:

„Lorsque la cause pour laquelle l'engagement a été contracté est une cause, [qui blesse la justice, la bonne foi ou les bonnes moeurs, cet engagement est nul. ainsi que le contrat qui le renferme“¹⁾, т. е. если побудительная причина къ возникновенію обязательства противна закону и т. д., то это обязательство, равно какъ и договоръ, его заключающій, недействительны. Какъ видимъ, составители Свода переняли правило Потье вполнѣ; они позволили себѣ лишь невинную вещь: перестановку двухъ фразъ, одну на мѣсто другой.

¹⁾ Traité des obligations, § 48.

Потѣ признаеть прежде всего недѣйствительнымъ обязательство и потому вынужденъ указать, что недѣйствительность этого обязательства влечеть за собою недѣйствительность договора; у насъ поставлена на первомъ планѣ недѣйствительность договора, послѣ чего не было уже надобности говорить о недѣйствительности или о ничтожности обязательства; отъ невинной перестановки получается очевидная несообразность, пригодившаяся, пожалуй, впервые лишь теперь, для раскрытія истиннаго источника статьи Свода.

Такова исторія общей части 1529 ст.; она дѣлаеть отчасти понятнымъ, какимъ образомъ подъ общее опредѣленіе подведены частные случаи, ничего общаго съ этимъ опредѣленіемъ не имѣющіе.

Переходимъ къ 1530 ст. Она гласить: „Договаривающимся сторонамъ оставляется на волю включать въ договоръ по обоюдному согласію и по ихъ усмотрѣнію всякія условія, законамъ не противныя, какъ-то: условія о срокѣ, о платежѣ, о неустойкѣ, о обезпеченіяхъ и тому подобныя“.

Статья эта значитъ основанною на семи указахъ. Такъ какъ на этихъ же семи указахъ значатся основанными еще двѣ статьи общей части обязательственнаго права, то мы для упрощенія приведемъ эти статьи тотчасъ же, чтобы свѣрять за разъ всѣ три статьи съ соответствующими узаконеніями. Эти статьи—1583 и 1585.

Ст. 1583 гласить: „Включеніе въ договоръ условія о неустойкѣ, въ такихъ случаяхъ, когда она не опредѣлена закономъ..... предоставляется обоюдному согласію договаривающихся лицъ“.

Ст. 1585: „Неустойка, опредѣленная въ самомъ договорѣ, взыскивается въ томъ количествѣ, какое назначено, но независимо отъ взысканія по неисполненію самаго договора, который и при взысканіи неустойки остается въ своей силѣ,

развѣ бы въ содержаніи договора было изъяснено, что платежъ неустойки онъ прекращается“.

Всѣ эти три статьи основаны на слѣдующихъ узаконеніяхъ:

Первое. Наказъ изъ Оружейной палаты 7 марта 1701 г. „Описанія крѣпостей“. По наказу этому учреждается при Оружейной палатѣ штатъ писцовъ изъ 24 человекъ для составленія крѣпостей. Писцамъ вмѣняется въ обязанность писать крѣпости по образцамъ, согласно закону, „не внося никакихъ лукавствъ въ крѣпости и устраняя изъ нихъ всякія ябедническія коварства“,—а также наблюдать за правильнымъ поступленіемъ пошлинъ. Опредѣляя размѣръ этихъ пошлинъ, наказъ говоритъ: „которыя крѣпости писаны будутъ въ подлинныхъ деньгахъ или въ неустойкахъ выше 50 и т. д., отъ тѣхъ крѣпостей за письмо брать по пяти алтынъ“.

Вторая ссылка сдѣлана на Указъ Сената отъ 3 февраля 1729 г. Указомъ этимъ предписывается впредь не помѣщать въ крѣпостяхъ обычныхъ въ то время оговорокъ о томъ, что „крѣпость совершается для совершенныхъ нуждъ своихъ и расплаты долговъ, а не для какого неправдиваго укрѣпленія, безденежно или тайнаго подлога и всякаго перевода и вымысла, но сущею правдою“, такъ какъ бываютъ продавцы и покупатели, которые не ради нужды или долговъ, а „лишь по случаямъ и по своей свободной волѣ продаютъ и покупаютъ“. Вслѣдствіе сего слѣдуетъ лишь писать, „что продавецъ или закладчикъ недвижимаго имущества не послѣдній въ родѣ и что имѣніе напередъ не укрѣплено и не заложено и прочія обыкновенныя подтвержденія“.

Третье узаконеніе есть Указъ Сената отъ 25 февраля 1764 г., вызванный тѣмъ, что присутственныя мѣста принимали отъ откупщиковъ „неподлежащія кондиціи, а именно:

1) увольнение откупщиков и подрядчиков от крепостных и печатных пошлин; 2) увольнение их от гражданских служб и от постою; 3) выдача подрядчикам наперед из договорной цѣны до половины денег из казны безъ процентов; 4) откупщики на то время, пока откупъ содержать, чиновъ просятъ, и другія подобныя сему совсѣмъ постороннія и до откупа или подряду неотносящіяся обстоятельства“. Такія кондиціи, не находящіяся въ законахъ, Указъ запрещаетъ принимать, предписывая во всемъ поступать „по указамъ и по камеръ-коллежскому регламенту“.

Четвертая ссылка сдѣлана на извѣстную уже намъ 65 ст. Устава благочинія 1782 г., согласно которой Управа благочинія не признаетъ за дѣйствительное—не утвержденное закономъ товарищество, и всѣ его правила, обязательства, положенія и постановленія ни во что не вмѣняетъ; если же товарищество и вредно, то должно быть уничтожено или запрещено.

Пятое узаконеніе есть Указъ Сената отъ 20-го сентября 1809 г. Указъ этотъ послѣдовалъ по докладу Министра Юстиціи въ то время, когда Товарищемъ Министра былъ Сперанскій, когда на его обязанности лежало разсмотрѣніе меморій Сената ¹⁾. То было время самыхъ сильныхъ увлеченій Сперанскаго всѣмъ французскимъ, время составленія, между прочимъ, проекта уложенія 1810 г.; понятно, слѣдовательно, что на всѣхъ его работахъ должно было отразиться иноземное вліяніе. Съ этой точки зрѣнія, и на Указъ Сената 1809 г., поскольку въ немъ и оказались бы общія начала, нельзя было бы смотрѣть, какъ на плодъ самостоятельнаго развитія права.

Указъ 1809 г. разъясняетъ, что имѣнія, находящіяся въ спорѣ, могутъ быть предметомъ купли, съ тѣмъ только, что по присужденіи ихъ истцу, они изъемятся изъ владѣнія

¹⁾ Корфъ, I, стр. 252—258.

новаго прибрѣтателя и передаются истцу; вслѣдствіе сего Указъ предписываетъ, дабы, во избѣжаніе возможныхъ „разстроекъ“, напоминаемо было договаривающимся сторонамъ о включеніи очистокъ и оговорокъ, касательно до имѣній, могущихъ быть въ спорѣ, но сіе однакожь представлять ихъ желанію и волѣ.

Шестое узаконеніе есть извѣстное уже намъ Высочайше утвержденное мнѣніе Государственнаго Совѣта о воспрещеніи заключать обязательства, клонящіяся къ расторженію брачнаго союза.

Наконецъ, *седьмое* узаконеніе есть Указъ Сената отъ 24 мая 1826 г., послѣдовавшій вслѣдствіе просьбы комисіи по сооруженію Храма Спасителя въ Москвѣ. Комисія, прибрѣтая участки земли, включала въ купчія крѣпости оговорки, что всякіе штрафы и взысканія, наложенныя на имѣніе до совершенія купчей, обязанъ платить продавецъ. Оказалось, что суды тѣмъ не менѣе присудили штрафъ съ крестьянъ имѣнія, принадлежавшаго комисіи, предоставляя комисіи требовать свои убытки съ продавца. Въ Указѣ Сената такой порядокъ признается правильнымъ, съ тѣмъ лишь облегченіемъ для комисіи, что ей предоставляется отыскивать убытки съ виновныхъ не тяжёбнымъ порядкомъ, а путемъ сношенія съ губернскимъ правленіемъ.

На этихъ-то семи указахъ построены положенія о томъ, что стороны могутъ включать въ договоръ всякія условія, законамъ не противныя, какъ-то: о срокѣ, о платежѣ и т. д., что разрѣшается имъ включать по обоюдному согласію условіе о неустойкѣ и всякія другія добровольныя условія въ подкрѣпленіе обязательствъ; наконецъ, что взысканіе неустойки не погашаетъ права требовать исполненія по договору, развѣ бы противное было прямо указано въ договорѣ.

Не трудно замѣтить, что изъ приведенныхъ семи указовъ пять ровно никакого, даже кажущагося, отношенія къ исчис-

леннымъ предметамъ не имѣютъ. *Первое* узаконеніе говорить объ учрежденіи штата писцовъ для составленія крѣпостей; *второе* о томъ, что не слѣдуетъ включать въ крѣпости обычной фразы о мотивахъ къ ея совершенію; *четвертое* о томъ, что управа благочинія не признаетъ неутвержденныхъ обществъ; *шестое* запрещаетъ супругамъ заключать нѣкоторыя обязательства въ виду безнравственности ихъ цѣли; и, наконецъ, *седьмое* разъясняетъ болѣе льготный порядокъ взысканія убытковъ комисією по сооруженію Храма Спасителя.

Кажущееся исключеніе составляютъ третье и пятое узаконенія,—единственные, въ которыхъ вообще говорится объ условіяхъ, включаемыхъ въ договоры. Но достаточно ближе присмотрѣться и къ этимъ узаконеніямъ, чтобы убѣдиться, что въ первомъ изъ нихъ, въ Указѣ 1764 г., не разрѣшается, а наоборотъ, *воспрещается* включать въ договоры новыя условія, не предусмотрѣнныя указами и регламентомъ, по обоюдному согласію сторонъ, т. е. устанавливается правило, очевидно противоположное правилу 1530 ст.; второе же узаконеніе, Указъ 1809 г., дѣйствительно устанавливаетъ правило, согласно которому сторонамъ разрѣшается включать въ договоры по собственному ихъ желанію о очистки и оговорки касательно имѣній, находящихся въ спорѣ, но, какъ это ни странно, это единственное упоминаемое въ цитированныхъ узаконеніяхъ условіе, т. е. условіе объ очисткѣ, не упоминается въ числѣ условій, приведенныхъ примѣрно въ 1530 ст. Тамъ упоминаются условія о срокѣ, о платежѣ, объ обезпеченіяхъ, о которыхъ ни слова нѣтъ во всѣхъ узаконеніяхъ; объ очисткѣ же не упоминается. Эта подробность, въ связи съ содержаніемъ всѣхъ приведенныхъ узаконеній, даетъ право думать, что и послѣдній указъ не вліялъ на редакцію 1530 ст., что она вся, со всѣми примѣрами, была составлена совершенно независимо отъ разбираемаго указа, и что онъ

лишь впоследствии пригнанъ къ окончательно уже редактированной статьѣ. Помимо того, значеніе этого указа, въ качествѣ самобытнаго источника, какъ уже указано выше, совершенно ничтожно, такъ какъ самая его самобытность остается болѣе, чѣмъ подъ сомнѣніемъ. Нечего прибавлять, что если даже считаться съ этимъ указомъ безъ всякихъ оговорокъ, то въ немъ нѣтъ ничего о „всякихъ условіяхъ, законамъ непротивныхъ“, нѣтъ ничего о „срокѣ“, о „платежѣ“, объ „обезпеченіяхъ“ и „неустойкѣ“; нѣтъ, конечно, ничего и о томъ, что „платежемъ неустойки не погашается обязательство“.

Всѣ эти правила можно найти, но только не въ указахъ, приведенныхъ подъ 1530 ст. Можно ихъ прежде всего найти у Потье. При чтеніи 1530 ст. бросается въ глаза нѣчто странное въ указаніи на особое условіе „о платежѣ“. Что значитъ условіе „о. платежѣ“? Платежъ есть собственно исполненіе по обязательству, и всѣ тѣ условія, которыя имѣлъ въ виду составитель 1530 ст., должны бы изображать обстановку платежа;—самъ же платежъ составляетъ, очевидно, существенную часть обязательства, которую не включать въ договоръ нельзя. Такъ, упоминается въ 1530 ст. о срокѣ, т. е. о времени, когда удовлетвореніе или, что то же, платежъ долженъ послѣдовать,—о неустойкѣ, которою обезпечивается платежъ, и т. д. Откуда же взялось и что обозначаетъ особое условіе „о платежѣ“?

Дѣло объясняется вотъ какъ. Потье, устанавливая различіе между *essentialia* и *accidentalia negotii*, говоритъ: „Les choses, qui sont accidentelles au contrat, sont celles qui (n'étant pas de la nature du contrat) n'y sont renfermées que par quelque clause particulière, ajoutée au contrat. Par exemple le terme, accordé par le contrat pour le paiement de la chose ou de la somme due; la faculté qui y est accordée de payer cette somme en plusieurs parties, celle de payer quelque chose entre les

mains d'une autre personne que du créancier et autres semblables, sont choses accidentelles au contrat parce qu'elles ne sont renfermées dans le contrat, qu'autant qu'elles sont stipulées par quelque clause particulière ¹⁾).

Т. е.— „второстепенныя части договоровъ суть тѣ, которыя, не вытекающія изъ природы договора, включаются въ него въ видѣ особой оговорки. Напримѣръ, срокъ, установленный договоромъ для уплаты должной вещи или суммы; предоставленное договоромъ право *уплатить* нѣсколькими взносами, *уплатить* другую вещь, или *уплатить* другому лицу, а не кредитору, и тому подобныя суть второстепенныя части обязательствъ, такъ какъ онѣ въ него включаются лишь постольку, поскольку относительно нихъ согласились стороны“.

Изъ этого мѣста заимствовано правило о томъ, что въ договоръ могутъ быть включены по усмотрѣнiю сторонъ всякія условія (*renfermées au contrat autant qu'elles sont stipulées*); заимствованы и примѣры. Первымъ примѣромъ приведенъ у Потье *срокъ*, первымъ же онъ перенесенъ въ Сводъ; затѣмъ у Потье слѣдуетъ цѣлый рядъ частныхъ примѣровъ, какъ то: о правѣ платить въ рассрочку, о правѣ уплатить одну вещь вмѣсто другой, о правѣ уплатить одному лицу вмѣсто другого и т. д. Во всѣхъ этихъ примѣрахъ есть на видѣ нѣчто общее—платежъ; составители Свода и ухватились за него и обобщили всѣ три случая, какъ „условіе о платежѣ“, не замѣчая при этомъ, что именно индивидуальныя особенности каждаго изъ приведенныхъ у Потье случаевъ платежа составляютъ единственно возможные примѣры „добровольныхъ условій“, о которыхъ говоритъ ст. 1530; обобщеніе же, выведенное Сводомъ, никакого „добровольнаго условія“ не составляетъ.

¹⁾ § 8 Traité des obligations.

Заимствуя изъ Потье, составители Свода перевели „clause“ терминомъ „условіе“. Этимъ прежде всего понятію условія приданъ совершенно несвойственный ему смыслъ: подъ условіемъ понимается обыкновенно будущее и неизвѣстное событіе, отъ наступленія котораго зависитъ возникновеніе или прекращеніе обязательства. Далѣе, употребляя терминъ „условіе“ не въ обыкновенномъ смыслѣ, составители Свода прибавляютъ однако ту оговорку, которая во всѣхъ кодексахъ сопровождаетъ статью объ условіяхъ, въ истинномъ смыслѣ слова ¹⁾. Они говорятъ объ условіяхъ „законамъ непротивныхъ“. Эта оговорка въ давномъ случаѣ не имѣетъ никакого смысла. Когда условіе обозначаетъ, какъ въ иностранныхъ кодексахъ и въ теоріи права, событіе раздѣльное отъ дѣйствія, составляющаго самый предметъ обязательства, то необходимо установить, что и это событіе, составляющее содержаніе условія,—должно не выходить за предѣлы закономъ дозволенныхъ дѣйствій. Но когда подъ условіемъ, какъ въ настоящемъ случаѣ, понимается лишь та или иная видовая примѣта, составная часть дѣйствія, составляющаго самый предметъ обязательства, то не нужно уже никакихъ оговорокъ, такъ какъ законность дѣйствія, составляющаго предметъ обязательства, въ достаточной мѣрѣ ограждается общими правилами о причинѣ—дѣли договора. Наконецъ, слѣдствіемъ того же неправильнаго перевода явилось причисленіе *срока* къ условіямъ, что составляетъ всеѣмъ очевидную несообразность.

Таково происхожденіе 1580 статьи.

Статьи 1583 и 1585 помѣщены во II раздѣлѣ IV книги: „О обезпеченіи договоровъ и обязательствъ вообще“. Какъ видно изъ записки Сперанскаго, мысль о выдѣленіи правилъ объ обезпеченіи въ особый раздѣлъ, заимствована имъ изъ австрійскаго уложенія, система котораго показалась ему въ

¹⁾ Ландрехтъ § 227. Code Napoléon § 1172.

этомъ отношеніи удобнѣе другихъ. „Въ австрійскомъ уложеніи“,—говоритъ онъ,—„залогн отнесены къ обязательствамъ, но особеннымъ раздѣломъ подъ названіемъ *Befestigung* etc., и сіе кажется удобнѣе“¹⁾.

Но, очевидно, помощникамъ Сперанскаго, а можетъ быть и самому Сперанскому при дальнѣйшемъ ходѣ работъ, не одна только система показалась удобнѣе въ австрійскомъ уложеніи.

Первая статья раздѣла „о обезпеченіи договоровъ и обязательствъ“ гласитъ:

„Договоры и обязательства по обоюдному согласію могутъ быть *укрѣпляемы и обезпечиваемы*: 1) поручительствомъ, 2) условіемъ неустойки“ и т. д.

Заголовокъ раздѣлу данъ: „О обезпеченіи договоровъ“. Спрашивается: съ какой стати введенъ тутъ-же въ первую статью новый терминъ: „*укрѣпляемы и обезпечиваемы*“? Что прибавляетъ онъ къ понятію „обезпечиваемы“ и для чего онъ нуженъ? Объясняется это вотъ какъ. Раздѣлъ, увлекшій Сперанскаго въ австрійскомъ кодексѣ, озаглавленъ: *Von der Befestigung der Rechte und Verbindlichkeiten*—объ укрѣпленіи правъ и обязательствъ. Затѣмъ въ ст. 1343 австр. улож. говорится отдѣльно о правахъ (*Rechte*), отдѣльно объ обязательствахъ (*Verbindlichkeiten*), причемъ по отношенію къ послѣднимъ усиленная гарантія называется „*Sicherstellung*—обезпеченіе“, по отношенію къ первымъ — „*Befestigung*—укрѣпленіе“. Статья эта гласитъ: *Die rechtlichen Arten der Sicherstellung einer Verbindlichkeit und der Befestigung eines Rechtes sind die Verpflichtung eines Dritten für den Schuldner und die Verpfändung*“, т. е. „законные способы обезпеченія обязательствъ и укрѣпленія правъ суть...“ и т. д. У насъ же,

¹⁾ Архивъ историч. и практ. свѣдѣній, относящ. до Россіи 1859 г., II. Объяснительная записка содержанія и расположенія Свода зак. гражд., стр. 24.

вмѣсто „правъ“ и „обязательствъ“, являются „договоры и обязательства“; очевидно, выраженіе, означающее усиленную гарантію для договоровъ, означаетъ усиленную гарантію и для обязательствъ, вслѣдствіе чего введеніе у насъ двухъ терминовъ, необходимыхъ въ австр. код. по отношенію къ Rechte и Verbindlichkeiten, является совершенною безсмыслицею.

За вступительною статьею, заимствованы изъ австрійскаго кодекса и другія;—заимствованы и интересующія насъ 1583 и 1585 статьи.

Наша ст. 1583 говоритъ, что обоюдному согласію договаривающихся лицъ предоставляется включеніе въ договоръ *условія* о неустойкѣ, а статья 1585—что неустойка взыскивается независимо отъ взысканія по договору, который и при взысканіи неустойки остается въ своей силѣ, развѣ бы въ содержаніи договора было изъяснено, что платежемъ неустойки онъ прекращается.

Въ австрійскомъ кодексѣ, по изд. 1811 г., имѣются на поляхъ заголовки, для облегченія справокъ. При 1336 ст. помѣщенъ на полѣ заголовокъ: „*Bedingung des Vergütungsvertrages*“, текстъ же 1336 статьи гласитъ: „*Договаривающіяся лица могутъ войти въ особое соглашеніе о томъ, что въ случаѣ неисполненія или ненадлежащаго исполненія обязательства должна быть уплачена извѣстная сумма денегъ. Платежъ неустойки не освобождаетъ отъ исполненія договора, развѣ бы это было особо выговорено*“.

Ясно, что 1585 ст. заимствована почти дословно изъ 2-й половины австрійской статьи. Что она заимствована именно изъ этого, а не изъ другого источника, подтверждается косвенно и тѣмъ, что взгляды австрійскаго кодекса по этому вопросу идутъ въ разрѣзъ со взглядами Потье и французскаго кодекса, по которымъ взысканіе неустойки освобождаетъ отъ исполненія по договору ¹⁾.

¹⁾ Code Nap. § 1229. Pothier, Oeuvres, Paris 1848, Т. II, p. 173.

Ст. 1583 тоже перенесена изъ австрійскаго кодекса, но такъ, что составители Свода перенесли выраженіе, помѣщенное на поляхъ австрійскаго кодекса „Bedingung des Vergütungsvertrages“, въ самый текстъ статьи. Введеніемъ изъ австрійскаго кодекса въ текстъ статьи 1583 неустойки, какъ „*условія*“—каковымъ терминомъ неустойка не характеризуется ни однимъ кодексомъ (въ томъ числѣ и австрійскимъ въ текстѣ закона)—объясняется, быть можетъ, и то, что къ намъ въ 1530 ст. попало вдобавокъ къ примѣрамъ Потье особое „*условіе о неустойкѣ*“ и, какъ родовое по отношенію къ неустойкѣ, особое „*условіе объ обезпеченіи*“.

Такъ объясняется происхожденіе 1530, 1583 и 1585 статей.

Статьи 1531, 1532, 1533, 1534 и 1535 относятся къ формѣ договоровъ и замѣнены, по изданію 1887 года, правилами нотаріальнаго положенія, вслѣдствіе чего на этихъ статьяхъ останавливаться не будемъ.

1536 ст. гласитъ: „Договоры должны быть исполняемы по точному оныхъ разуму, не уважая побочныхъ обстоятельствъ и не взирая ни на какихъ особъ“.

Статья эта почти точно воспроизводитъ Указъ 1766 г., на который сдѣлана подъ нею ссылка. Отступленіе состоитъ лишь въ томъ, что Указъ говоритъ собственно не объ исполненіи, а о толкованіи договора. Въ Указѣ говорится, что суды должны „утверждать свои рѣшенія на точномъ разумѣ контрактовъ, не уважая побочныхъ обстоятельствъ и не взирая ни на какія персоны“. Причина этой нѣсколько странной перемѣны выяснится намъ отчасти впоследствии.

Слѣдующая *1537 ст.* гласитъ: „Присутственныя мѣста и должностныя лица, заключившія съ частными людьми договоры, не должны оныхъ нарушать, какимъ бы то образомъ ни было, но содержать въ такой силѣ и твердости,

какъ-бы сіи контракты, были за собственноручнымъ подписаніемъ Императорскаго Величества. Если же правительственное мѣсто или лицо заключить контрактъ съ ущербомъ казеннымъ, то хотя такой договоръ для сохраненія народнаго довѣрія не нарушается, но за казенный убытокъ отвѣчаетъ то мѣсто или лицо, которое сіе допустило“.

Статья эта значителна основанною на пяти узаконеніяхъ хотя собственно взята почти цѣликомъ изъ одного изъ нихъ, а именно изъ Регламента Камеръ-Коллегіи 1731 г.; въ остальныхъ либо ничего, относящагося къ предмету 1537 ст., не содержится, либо сдѣлана лишь ссылка на тотъ же регламентъ камеръ-коллегіи.

Статьи 1538 и 1539 содержатъ главныя правила толкованія договоровъ. Онѣ значатся основанными на статьяхъ 145—151 Именнаго указа отъ 17-го октября 1830 г. „Объ обязательствахъ, заключенныхъ съ торговъ между казною и частными лицами“. Это послѣднее законоположеніе принадлежитъ къ числу тѣхъ, которыя были изданы во время составленія Свода и затѣмъ цѣликомъ включены въ Сводъ. Интересующее насъ мѣсто этого узаконенія, о толкованіи договоровъ, заслуживаетъ особаго вниманія, въ виду того, что Именной указъ послужилъ въ данномъ случаѣ лишь благовиднымъ путемъ для введенія въ Сводъ правилъ изъ злополучнаго уложенія 1810 года, Правила о толкованіи договоровъ, прежде чѣмъ попали въ Сводъ, прошли черезъ уложеніе 1810 г. и черезъ Указъ 1830 г., хотя нельзя не признать, что они при этомъ не потерпѣли ни малѣйшаго поврежденія и въ томъ-же видѣ, въ какомъ были заимствованы для уложенія 1810 г., попали и въ X томъ.

Заимствованы же они были для уложенія 1810 г. изъ источниковъ, не совсѣмъ другъ съ другомъ согласныхъ: изъ Потье и изъ французскаго кодекса, съ одной стороны—

и изъ австрійскаго кодекса, съ другой. Потье и французскій кодексъ стоять на почвѣ толкованія договоровъ по намѣренію сторонъ, а австрійскій кодексъ отдаетъ предпочтеніе словесному толкованію. X томъ, или вѣрнѣе уложеніе 1810 года, создало нѣчто смѣшанное, позаимствовавъ основныя положенія и изъ австрійскаго, и изъ французскаго кодексовъ.

Первое положеніе, изложенное въ 1538 ст., заимствовано изъ австрійскаго кодекса.

Одна редакціонная подробность выдаетъ составителя Свода. Статья 1538 гласитъ: „*При исполненіи* договоры должны быть изъясняемы по словесному ихъ смыслу“. Слова „при исполненіи“ являются, очевидно, не только совершенно излишними, но даже затемняющими истинный смыслъ закона, такъ какъ договоры подлежатъ тому или иному толкованію не при ихъ исполненіи, а при обсужденіи ихъ содержанія на судѣ, въ случаѣ возникшаго между сторонами спора. Появленіе этихъ словъ въ статьѣ легко объясняется однако вліяніемъ соотвѣтственной статьи австрійскаго кодекса. Дѣло въ томъ, что во всѣхъ австрійскихъ кодексахъ установлены для толкованія договоровъ тѣ-же правила, что и для толкованія закона. Въ ст. 45 кодекса Восточной Галиціи ¹⁾, о толкованіи договоровъ, прямо сдѣлана ссылка на статьи, заключающія правила толкованія закона: „Die im I Theile (§ 18 и 19) in Hinsicht auf die Auslegung der Gesetze angeführten allgemeinen Regeln gelten auch für Verträge“. Статья-же 18-я, на которую сдѣлана ссылка, гласитъ: „Einem Gesetze darf in der... *Anwendung* kein anderer Verstand beigelegt werden als welcher aus der eigenthümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange... hervor-

¹⁾ Bürgerliches Gesetzbuch für Ostgalizen, 1797.

leuchtet“ т. е. при исполненіи законъ долженъ быть изъясняемъ по словесному смыслу.

Изъ 18 статьи австрійскаго кодекса и попали въ 1538 ст. слова „при исполненіи“. Заимствуя изъ австрійскаго кодекса правило о толкованіи договоровъ по словесному ихъ смыслу и заимствуя его по необходимости изъ правилъ о толкованіи закона, составители Свода захватили при этомъ изъ австрійскаго кодекса нѣчто такое, что исключительно свойственно толкованію закона и не имѣетъ смысла, когда рѣчь идетъ о толкованіи договора. Толкованіе закона должно имѣть мѣсто, конечно, при исполненіи его, при примѣненіи; толкованіе же договора имѣетъ мѣсто до его исполненія, и потому слова „при исполненіи“ въ 1538 ст. являются совершенно излишними.

Начало 1539 ст. заимствовано изъ Потье и французскаго кодекса. Ст. 1156 Code Napoléon, воспроизводящая первое правило Потье о толкованіи договоровъ ²⁾, гласитъ, что „въ договорахъ надлежитъ болѣе изслѣдовать общее намѣреніе сторонъ, нежели буквальный смыслъ выраженій“. Связывая это основное положеніе французскаго кодекса съ противоположнымъ ему положеніемъ австрійскаго кодекса, составители Свода выразили его условно: „если словесный смыслъ представляетъ важныя сомнѣнія, тогда договоры должны быть изъясняемы по намѣренію ихъ и доброй совѣсти“.

Кромѣ этой метаморфозы, въ статью 1539 допущено и нѣчто лишнее по сравненію съ статьею французскаго кодекса. Французскій кодексъ требуетъ толкованія договора по намѣренію сторонъ, X томъ—по намѣренію и „доброй совѣсти“. Эта прибавка, совершенно лишняя, объясняется тѣмъ, что составители Свода, очевидно, подъ вліяніемъ при-

²⁾ Oeuvres, T. II, § 19.

веденной выше статьи австрийскаго кодекса, спутали и соединили въ одно *исполненіе* договора и *истолкованіе* договора. Такъ, они въ 1536 ст., желая говорить о толкованіи договора, говорятъ почему-то объ *исполненіи* его, по точному разуму, не уважая побочныхъ обстоятельствъ и не взирая ни на какихъ особъ"; такъ, озаглавивъ все отдѣленіе первой главы II „о *исполненіи* договоровъ“, они излагаютъ въ немъ правила толкованія. И въ настоящемъ случаѣ, излагая правило толкованія договоровъ, они пригнали туда же и правило, относящееся собственно къ исполненію договоровъ. Во французскомъ кодексѣ въ ст. 1134 идетъ рѣчь объ исполненіи договоровъ, а въ ст. 1156—объ истолкованіи договоровъ; первая изъ нихъ гласитъ, что договоры должны быть „исполняемы по доброй совѣсти“, а вторая, что они должны быть „толкуемы по намѣренію сторонъ“. Составители Свода соединили обѣ, и вышло, что договоры *при исполненіи* должны быть толкуемы по ихъ намѣренію и доброй совѣсти.

За общимъ положеніемъ 1539 ст., только-что разобраннымъ, слѣдуютъ пять пунктовъ. *Первый* изъ нихъ, гласящій, что „слова двухсмысленныя должны быть изъясняемы въ разумѣ, наиболѣе сообразномъ существу главнаго предмета въ договорахъ“,—заимствованъ слово въ слово изъ *второго правила* Потье о толкованіи договоровъ: Lorsque dans un contrat les termes sont susceptibles de deux sens, on doit les entendre dans le sens qui convient le plus à la nature du contrat“,—съ тѣмъ лишь отступленіемъ, что „la nature du contrat“—*существо договора*—замѣнено почему-то „*существомъ главнаго предмета въ договорѣ*“.

Второй пунктъ 1539 ст. переписанъ изъ *пятого правила* Потье о толкованіи договоровъ, вошедшаго въ 1160 ст. Code Napoléon. Правило Потье гласитъ: „on sousentend dans un contrat les clauses qui y sont d'usage quoiqu'elles ne

soient pas exprimées" ¹⁾. Второй пунктъ 1539 ст. гласитъ: „не ставить въ виду, когда въ договорѣ упущено такое слово или выраженіе, которое вообще и обыкновенно въ договорахъ употребляется и которое потому само собою разумѣется“.

Третій пунктъ 1539 ст., гласящій, что неясныя статьи договора объясняются по тѣмъ, кои несомнительны и вообще по разуму всего договора, взяты изъ 1161 ст. кодекса Наполеона, согласно коей „всѣ статьи договоровъ изъясняются однѣ другими, причемъ каждой изъ нихъ придается тотъ смыслъ, который вытекаетъ изъ цѣлаго акта“.

Четвертымъ пунктомъ 1539 ст. мы опять вступаемъ въ область австрійскаго кодекса. Пунктъ этотъ гласитъ: „когда выраженія, въ договорѣ помѣщенные, не опредѣляютъ предмета во всѣхъ его частяхъ съ точностью, тогда принадлежность онаго изъясняются обычаемъ, если впрочемъ не опредѣлены онѣ закономъ“. И у Потье, и во французскомъ кодексѣ имѣются правила о толкованіи договоровъ по обычаю но въ этихъ правилахъ не рекомендуется обращаться къ обычаю только за изъясненіемъ принадлежностей договора, въ нихъ говорится о договорѣ вообще: „Ce qui peut paraître ambigu dans un contrat, s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays“ (Pothier, Quatrième règle). Различіе между главнымъ предметомъ и принадлежностью въ правилахъ толкованія по обычаю имѣется лишь въ австрійскомъ кодексѣ, въ такъ называемомъ Josephinisches Gesetzbuch 1786 г. въ ст. 10 ²⁾. Въ ней идетъ рѣчь о толкованіи закона; имѣя въ виду общность правилъ толкованія закона и толкованія договоровъ въ австрійскомъ кодексѣ, составители Свода опять примѣнили правило толкованія закона къ толкованію

¹⁾ Pothier, Ibid., § 95.

²⁾ Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch. Erster Theil. Wien. 1786.

договора. Статья 10 кодекса гласитъ: „Auf eine Gewohnheit kann nur dann gesehen werden, wenn ein Gesetz zwar die *Hauptsache* entscheidet, in Betreff der *Umstände* aber dabei sich auf Landesgebrauch bezieht“.

Помимо сего заимствованіе правила 4 пункта 1139 ст. именно изъ этого источника изобличается, какъ и въ нѣкоторыхъ другихъ указанныхъ выше случаяхъ, одною редакціонною подробностью. Послѣдняя фраза разбираемаго пункта гласитъ: „принадлежности изъясняются обычаемъ, *если впрочемъ не определены онѣ закономъ*“. Ясно, что обычай вообще не можетъ быть примѣненъ, если имѣется на данный предметъ правило закона; для чего-же требовалась заключительная оговорка въ четвертомъ пунктѣ 1539 ст.? Австрійскій кодексъ говоритъ о толкованіи закона; устанавливая правило толкованія принадлежностей „по обычаю“, онъ допускаетъ это толкованіе въ случаѣ, если принадлежности эти не опредѣлены самимъ закономъ; аналогично съ этимъ 1539 ст. могла установить правило, что „принадлежности“ въ *договорѣ* толкуются по обычаю, если онѣ не опредѣлены въ самомъ *договорѣ*. Между тѣмъ составители Свода, взявъ въ образецъ статью австрійскаго кодекса, увлеклись ею до того, что указавъ уже въ переходной къ 4-му пункту фразѣ, что обычай примѣняется, „когда выраженія, въ *договорѣ* помѣщенные, не опредѣляютъ предмета во всѣхъ его частяхъ“, помѣстили однако въ концѣ и ту фразу, которая была вполне понятна въ австрійскомъ кодексѣ и является совершенно излишней у насъ. Такое излишество могло-бы еще быть понятно въ статьѣ закона, составленной по прежнимъ указамъ, „слово въ слово“ переписаннымъ, но въ законодательномъ актѣ 1832 года оно никакого другого объясненія, кромѣ приведеннаго выше, не допускаетъ.

Послѣдній пунктъ 1539 ст. гласитъ, что „въ случаѣ равнаго съ обѣихъ сторонъ недоумѣнія, сила договора изъ-

ясняется болѣе въ пользу того, кто обязался что-либо отдать или исполнить, по тому уваженію, что отъ противной ему стороны зависѣло опредѣлить предметъ обязательства съ болѣею точностью“. Пунктъ этотъ переписанъ весь изъ Потье, не исключая и мотивировки, помѣщенной въ концѣ его. У Потье седьмое правило толкованія гласитъ:

„Dans le doute une clause doit s'interpréter contre celui qui a stipulé quelque chose et à la décharge de celui qui a contracté l'obligation. Le créancier doit s'imputer de ne s'être pas mieux expliqué“.

Правило это перенесено и въ кодексъ Наполеона,—но, конечно, безъ мотивировки; въ Сводѣ, напротивъ, сохранена и мотивировка. Несмотря однако на такое стремленіе къ точному воспроизведенію мысли Потье, правило, о которомъ идетъ рѣчь, имѣетъ у Потье свой опредѣленный смыслъ; у насъ-же оно лишено смысла. Въ самомъ дѣлѣ, почему договоръ долженъ быть изъясняемъ въ пользу стороны обязавшейся, и почему неточность выражений слѣдуетъ вмѣнять всегда въ вину кредитору, хотя редація договора могла вѣдь принадлежать обоимъ контрагентамъ совместно или даже одному должнику? А между тѣмъ правило это во французскомъ правѣ отчасти, а въ римскомъ, откуда оно заимствовано, вполне логично. При римской стипуляціи предметъ обязательства и все вообще содержаніе договора устанавливалось кредиторомъ, предлагавшимъ должнику вопросы, на которые должникъ лишь отвѣчалъ принятіемъ предлагаемыхъ условій. При такомъ положеніи, неточность въ опредѣленіи содержанія обязательства, очевидно, могла быть вмѣнена въ вину только кредитору. Во французскомъ правѣ, и особенно у Потье, хотя стипуляція въ римскомъ смыслѣ не сохранилась, но слово „stipuler“ продолжало обозначать: „выговорить въ свою пользу“; потому у Потье разбираемое правило имѣетъ еще

смыслъ,—хотя оно не такъ ясно, какъ въ римскомъ правѣ. Правило Потье попало въ Code Napoléon, и переводчики кодекса на русскій языкъ такъ и перевели его: „договоръ изъясняется противъ контрагента, *выговорившаго себѣ обязательство, и въ пользу стороны, принявшей на себя таковое*“, т. е. терминами, напоминающими обрядъ стипуляціи. Въ X томъ правило Потье попало въ видѣ, очищенномъ отъ всякаго слѣда стипуляціи, и потому смыслъ его совершенно не постижимъ. Въ такомъ же видѣ попало оно и въ прусскій Ландрехтъ (ст. 268), но тамъ законодатель воздержался по крайней мѣрѣ отъ мотивировки, и правило объ облегченіи участи лица обязавшагося можно объяснять себѣ какими угодно мотивами, хотя-бы принципомъ милосердія; у насъ же дается не только правило непонятное, но даются къ нему и мотивы, сами по себѣ еще менѣе понятные, устраняющіе однако своею наличностью возможность подсказать закону какіе-либо другіе мотивы,—хотя-бы въ видахъ спасенія принципа, по которому законодатель всегда предполагается разумнымъ. Мотивировка въ родѣ той, которая имѣется у насъ, приведена и въ кодексѣ Восточной Галиціи 1797 года. Но тамъ установлено иное правило. По 46 ст. III части Gesetzbuch für Ostgalizien, въ двустороннихъ договорахъ неясное выраженіе толкуется противъ того, „*кто его употребилъ*“. „Es ist seine Schuld—поясняетъ кодексъ—dass er sich nicht deutlicher ausgedrückt hat“. Ясно, что въ этомъ случаѣ и правило, и мотивировка имѣютъ полный смыслъ; мотивировка, какъ таковая, со временемъ признана въ законѣ излишнею, и въ австрійскомъ кодексѣ 1811 г. правило оставлено, а мотивировка выброшена.

Такимъ образомъ правило толкованія, коренящееся въ стипуляціонной формѣ заключенія договоровъ, приняло, какъ мы видимъ, въ различныхъ кодексахъ различный видъ, но ни въ одномъ оно не приняло такого исковерканнаго, та-

кого отдаленнаго отъ своего прототипа и несогласнаго съ требованіями логики вида, какъ въ нашемъ X томѣ. И эта особенность объясняется тѣмъ, что составители Свода прямо переводили изъ Потье, не зная историческаго происхожденія самаго правила и не догадываясь поему, что главный смыслъ его заключается въ правильномъ, болѣе близкомъ къ римскому, пониманію словъ „stipuler“ и „contracter l'obligation“, и что во всякомъ случаѣ мотивировка, помѣщенная у Потье, является абсурдомъ, если само правило переводить такъ, какъ его перевели составители Свода.

Изъ слѣдующихъ за 1539-ю трехъ статей, 1541 исключена въ изданіи 1887 года, а 1540 и 1542 касаются признаваемой правительствомъ денежной единицы въ договорахъ и для гражданскаго права интереса не представляютъ; къ тому же статьи эти введены лишь во второе изданіе Свода, на основаніи узаконенія 1839 года. Этыхъ статей мы не коснемся, а перейдемъ прямо къ ст. 1543 и 1544.

1543 и 1544 статьи содержатъ правила о дѣйствіи договоровъ по отношенію къ наследникамъ контрагентовъ, причемъ договоры о имуществѣ признаются обязательными какъ для обязавшагося лица, такъ и для его наследниковъ, договоры-же о дѣйствіяхъ личныхъ, какъ-то: о наймѣ въ услуги и т. п.—только для лицъ, заключившихъ оныя, не распространяясь на ихъ потомство.

Обѣ статьи значатся основанными на двухъ узаконеніяхъ: на 245 ст. Уложенія Царя Алексеѣя Михайловича и на Указѣ Сената отъ 9 августа 1809 г. по дѣлу Алексѣевыхъ.

245 ст. Уложенія предоставляетъ право кредитору по каблѣ въ заемныхъ деньгахъ, или въ вотчинномъ очищенѣ, или какой-нибудь крѣпости въ иномъ какомъ-либо дѣлѣ взыскивать долгъ, въ случаѣ смерти должника, съ жены, дѣтей или „иныхъ роду его, кому животы его и вотчины достанутся“.

Указъ Сената по дѣлу Алексѣевыхъ состоялся по слѣдующему поводу. Послѣ умершаго въ 1799 г. Федора Алексѣева остались малолѣтнія дѣти, никакого наслѣдства послѣ отца неполучившія. Два года спустя умеръ отецъ Федора, Петръ Алексѣевъ, послѣ котораго наслѣдниками явились, между прочимъ, внуки его, малолѣтнія дѣти Федора Алексѣева. Послѣ продажи недвижимаго имущества, доставшагося малолѣтнимъ, Московская гражданская палата сдѣлала распоряженіе объ удержаніи изъ вырученной отъ продажи суммы—долга, числившагося на Федорѣ Алексѣевѣ. На это опредѣленіе палаты малолѣтніе Алексѣевы въ лицѣ своего опекуна жаловались Сенату. Общее собраніе Сената уважило жалобу Алексѣевыхъ, мотивируя свое опредѣленіе такъ: „поелику домъ, продажею котораго вырученныя деньги присвойваются малолѣтними Алексѣевыми, принадлежитъ родному ихъ дѣду Петру Алексѣеву, умершему въ 1801 году, удержаны-же оныя деньги за разныя взысканія малолѣтнихъ отца, Федора Алексѣева, умершаго еще въ 1799 г. не имѣвшаго при жизни никакого участія въ томъ домѣ и изъ собственности не оставившаго дѣтямъ никакого наслѣдства; указомъ-же 1716 г. апрѣля 15 дня узаконено послѣ умершихъ наслѣдникамъ платить долги по пропорціи недвижимаго имѣнія, ими полученнаго, слѣдовательно малолѣтніе Алексѣевы и платить за него долговъ, а черезъ то лишиться дѣдовскаго наслѣдства не обязаны“.

Легко замѣтить, что ни въ одномъ изъ узаконеній, приведенныхъ подъ 1543 и 1544 ст. ст., не только нѣтъ дѣленія договоровъ на договоры по имуществу, имѣющіе обязательную силу для наслѣдниковъ обязавшагося лица, и на договоры о дѣйствіяхъ личныхъ, такой силы не имѣющіе, но нѣтъ даже намека на какой-либо договоръ о дѣйствіяхъ личныхъ вообще и на какія бы то ни было особенности его въ отношеніи преемства правъ и обязанностей. Въ обоихъ

узаконеніяхъ говорится лишь о договорахъ объ имуществѣ, и именно объ обязанности наслѣдниковъ платить долги наслѣдователя „по пропорціи недвижимаго имѣнія, ими полученнаго“. Все остальное взято составителями Свода, по видимому, изъ какого-нибудь учебника права,—насколько можно полагать, изъ того-же „Traité des obligations“ Потье,—но взято, по обыкновению, плохо. Потье говоритъ: Non seulement nous pouvons valablement stipuler pour nos héritiers; mais nous sommes censés ordinairement l'avoir fait quoique cela ne soit pas exprimé: qui paciscitur sibi haeredique pacisci intelligitur. Cette règle souffre exception lorsque ce qui fait l'objet de la convention est *un fait qui est personnel à celui envers qui l'obligation est contractée*; comme lorsque je fais marché avec un barbier qu'il viendra me raser deux fois la semaine à ma campagne pendant la vacance ¹⁾). Поясняя свое общее положеніе, Потье нѣсколькими строками дальше указываетъ, что можно, конечно, въ самомъ договорѣ освободить одного изъ наслѣдниковъ отъ отвѣтственности, возлагая таковую всецѣло на другого: если я, напримѣръ, освобождаю мою дочь и оставляю наслѣдниками эту дочь и еще сына, то „le créancier pourrait exiger sa dette de mon fils quant à la part pour laquelle il est mon héritier“.

Изъ этого отрывка Потье взято и дѣленіе договоровъ по наслѣдственности правъ и обязательствъ на два разряда; изъ него-же взяты и примѣры, приведенный въ 1543 ст. для характеристики второго разряда договоровъ (наемъ въ услуги); изъ него-же заимствована и самая характерная фраза: „соразмѣрно полученному наслѣдству“—фраза выдающая авторовъ въ данномъ случаѣ такъ же, какъ въ другихъ случаяхъ выдаютъ ихъ неточность или слишкомъ большая точность въ переводѣ. Дѣло въ томъ, что въ примѣрѣ

¹⁾ Стр. 36, № 63.

Потье возбуждался вопросъ, въ какой мѣрѣ долженъ отвѣчать наслѣдникъ за долги наслѣдодателя, если остальные сонаслѣдники освобождены въ договорѣ отъ отвѣтственности, и потому Потье долженъ былъ указать, что и въ этомъ случаѣ наслѣдникъ отвѣтственъ лишь соразмѣрно наслѣдственной долѣ. У насъ-же этого случая нѣтъ,—для распредѣленія отвѣтственности между наслѣдниками установлено общее положеніе, мѣсто которому въ системѣ наслѣдственнаго, а не обязательственнаго права (ст. 1259 т. X ч. 1); тѣмъ не менѣе оставлена фраза: „соразмѣрно полученному наслѣдству“.

Это, впрочемъ, мелочь, служащая лишь путеводною нитью для открытія источника нашего закона; сама по себѣ эта фраза, конечно, ничего невѣрнаго не заключаетъ. Важнѣе то, что сдѣлано въ Сводѣ при заимствованіи *общаго* положенія. Потье признаетъ наслѣдственными всѣ договоры вообще, дѣлая изъ этого правила исключеніе лишь для тѣхъ договоровъ, предметъ которыхъ *тѣсно связанъ* именно съ данною личностью (*un fait, qui soit personnel à nous ou à celui envers qui est contractée l'obligation*). Составители свода переводятъ „fait personnel“—дѣйствіе личное; противъ этого перевода, пожалуй, можно бы не возражать, если бы тѣмъ же терминомъ—дѣйствіе личное—не было въ другомъ мѣстѣ (1528 ст.) обозначено просто дѣйствіе (*fait*), въ противоположность имуществу. Установивъ въ 1528 ст., что предметомъ договора могутъ быть или имущества, или дѣйствія лицъ, и найдя затѣмъ, что договоры о дѣйствіяхъ личныхъ не наслѣдственны, составители свода пришли къ ясному заключенію, что наслѣдственными считаются всѣ другіе договоры, кромѣ договоровъ о дѣйствіяхъ личныхъ, т. е. только „договоры о имуществѣ“, какъ ихъ называетъ Сводъ, что очевидно невѣрно. Таково, между прочимъ, практическое послѣдствіе неправильнаго дѣленія предметовъ договора въ

1528 ст., о которомъ мы говорили выше. Не будь этого рѣзкаго дѣленія тамъ, оно-бы не отозвалось на содержаніи 1543 и 1544 статей.

Исковеркавъ смыслъ правилъ Потье, составители Свода не уяснили себѣ и смысла приведеннаго у Потье примѣра и лишили его именно тѣхъ индивидуальныхъ особенностей, которыя у Потье придаютъ ему все его значеніе. Потье, какъ примѣръ обязательства, тѣсно связаннаго съ даннымъ лицомъ, указываетъ договоръ съ цирюльникомъ, по коему цирюльникъ „обязывается приходить ежедневно брить меня въ теченіе лѣта въ мою деревню“. Договоръ этотъ не обязательенъ для моихъ наслѣдниковъ. Составители Свода извлекли изъ примѣра самую общую черту.—назвали его просто наймомъ въ услуги, т. е. лишили тѣхъ именно чертъ, при которыхъ онъ не является наслѣдственнымъ, и оставили тѣ черты, при которыхъ онъ можетъ быть и не быть наслѣдственнымъ, такъ какъ напр. наемъ въ услуги для обработки моихъ полей несомнѣнно обязательенъ для моихъ наслѣдниковъ.

1545-ю статьею открывается отдѣленіе „о прекращеніи и отмѣнѣ договоровъ“.

Остановимся прежде всего на заглавіи. Что значить „прекращеніе и отмѣна“ договора? Отвѣта на этотъ вопросъ мы ищемъ, конечно, въ помѣщенныхъ подъ заголовкомъ статьяxъ; но оказывается, что ни въ одной изъ нихъ нѣтъ случая отмѣны,—даже слово „отмѣна“ ни разу не употреблено: во всѣхъ статьяxъ, отъ первой до послѣдней, идетъ рѣчь о прекращеніи договоровъ и ни о чемъ больше. Чѣмъ же объяснить появленіе такого заголовка, неумѣстнаго и даже просто непонятнаго? Можно предположить лишь одно: что „отмѣна“ попала въ заголовокъ по какой-нибудь случайности, въ родѣ тѣхъ, какія намъ уже встрѣчались по пути. Въ данномъ случаѣ дѣло—насколько можно полагать—проис-

ходило вотъ какъ. Намъ уже извѣстно изъ одной уцѣлѣвшей записки Сперанскаго, что глава объ обезпеченіи договоровъ составлена согласно непосредственнымъ указаніямъ Сперанскаго, по системѣ австрійскаго кодекса; намъ извѣстно также изъ анализа 1583 и 1584 статей, что, пользуясь этимъ случаемъ, составители заимствовали изъ того же австрійскаго кодекса и самое содержаніе раздѣла объ обезпеченіи. Вступительная статья раздѣла объ обезпеченіи въ этомъ кодексѣ (ст. 1342) гласитъ: „Verbindlichkeiten können gleichförmig befestiget, umgeändert und aufgehoben werden“, послѣ чего слѣдуютъ три отдѣльныя главы: Von Befestigung—Von Umänderung—Von Aufhebung. Заимствуя рекомендованную Сперанскимъ австрійскую систему по вопросу объ обезпеченіи, составители Свода пожелали, какъ видно, позаимствоваться и соотвѣстными заголовками: тѣмъ болѣе, что эти заголовки были указаны во вступительной статьѣ (1342) къ тому самому раздѣлу, который рекомендованъ Сперанскимъ. Чиновникъ, работавшій надъ раздѣломъ объ обезпеченіи, очевидно, выдѣлилъ заголовокъ объ „Aufhebung и Umänderung“ и перевелъ его: „о прекращеніи и отмѣнѣ“ (понимая „отмѣну“ въ смыслѣ измѣненія), а впоследствии либо этотъ отдѣлъ вмѣстѣ съ заголовкомъ попалъ въ руки къ другому чиновнику, не знавшему дѣйствительнаго смысла „отмѣны“ договоровъ и потому оставившему заголовокъ неприкосновеннымъ, либо рѣшено было не включать ничего объ „измѣненіи“ договоровъ, а о поставленномъ заголовкѣ забыли;— какъ бы то ни было, вслѣдствіе той или иной случайности, но заголовокъ: „о прекращеніи и отмѣнѣ договоровъ“, остался.

Переходимъ къ самому содержанію отдѣленія „о прекращеніи и отмѣнѣ договоровъ“.

Ст. 1545 въ связи со ст. 1546 устанавливаетъ общее положеніе о томъ, что *договаривающіяся стороны могутъ унич-*

тожить договоръ по обоюдному согласію, приче́мъ для договоровъ, заключаемыхъ съ казною съ торговъ, требуется, кромѣ обоюднаго согласія, и разрѣшеніе высшаго начальства.

Статьи эти основаны на 107 и 109-статьяхъ извѣстнаго намъ уже Именного указа 1830 г. — „объ обязательствахъ между частными лицами и казною“, изъ котораго взяты между прочимъ и разобранныя нами выше правила толкованія договоровъ.

Ст. 107 Указа гласить: „договоры, съ казною заключенныя, должны быть хранимы столь твердо, какъ-бы они были за собственноручнымъ подписаніемъ Его Императорскаго Величества. Если бы даже по обстоятельствамъ польза обѣихъ договаривающихся сторонъ требовала остановить дѣйствіе договора, и обѣ стороны были на то согласны, исполненіе сего не можетъ имѣть мѣста безъ утвержденія высшаго начальства“.

Ст. 109. „Условія, подписки и тому подобныя обязательства, дѣлаемыя безъ торговъ на различныя мелочныя надобности, когда они совершены на гербовой бумагѣ и явлены гдѣ слѣдуетъ, содержатся также ненарушимо; но въ случаѣ взаимнаго согласія договаривающихся, дѣйствіе ихъ можетъ быть прекращено безъ представленія начальству на разрѣшеніе“.

Какъ видно, общаго положенія 1545 статьи о томъ, что договоры прекращаются по обоюдному согласію сторонъ, въ приведенныхъ статьяхъ нѣтъ, и его можно лишь посредствомъ умозаключенія вывести изъ второй части первой статьи (107). Но дѣло въ томъ, что эта вторая часть 107 статьи есть не что иное, какъ плодъ творчества Сперанскаго, введенный имъ въ Указъ 1830 г. такимъ-же образомъ, какимъ введены правила толкованія договоровъ, но только съ большею ловкостью. Дѣло въ томъ, что новое положеніе введено Сперанскимъ не въ формѣ особой

статьи, а пригнано къ другому положенію, въ сущности имѣющему съ нимъ мало общаго, но обезпеченному своею архаическою формою отъ всякихъ подозрѣній въ иноземномъ происхожденіи. Я говорю о 23 статьѣ Регламента Камеръ-Коллегіи 1731 г., гласящей, что „контракты съ казною должны имѣть такую твердость, какъ бы они были за собственнымъ Его Императорскаго Величества подписаніемъ“. Къ этой статьѣ сдѣлано добавленіе о прекращеніи договоровъ по обоюдному согласію, и оба положенія вмѣстѣ вошли въ составъ 107 ст., откуда впоследствии перешло уже въ разбираемую нами статью X тома лишь то, что въ 1830 г. являлось невиннымъ добавленіемъ къ основному положенію Регламента Камеръ-Коллегіи, и даже не самое добавленіе, а дальнѣйшій выводъ изъ него.

Истинный источникъ общаго положенія 1545 и 1546 ст.,—единственнаго, имѣющаго существенное значеніе среди цѣлаго хаоса предусмотрѣнныхъ статьями условій, подписокъ разрѣшеній и начальствъ,—съ точностью указать трудно. Оно могло быть заимствовано и изъ французскаго и изъ австрійскаго кодекса, и изъ прусскаго Ландрехта. Съ нѣкоторымъ только вѣроятіемъ можно указать, что оно взято именно изъ французскаго кодекса. Въ пользу этого предположенія говоритъ одинаковая краткость редакціи и почти одинаковая форма выраженій. Французскій кодексъ выражается такъ: „договоры могутъ быть отмѣняемы по обоюдному согласію сторонъ“ (С. N. § 1134), т. е. почти такъ же, какъ нашъ X томъ: „договаривающіяся стороны могутъ уничтожить договоръ по обоюдному согласію во всякое время“. Между тѣмъ прусскій Ландрехтъ выражается и пространнѣе, и не совсѣмъ такъ: „Durch wechselseitige Einwilligung kann ein zwar schon geschehener aber noch nicht erfüllter Vertrag wieder aufgehoben werden“ ¹⁾. А австрійскій

¹⁾ § 305.

еще длиннѣе: „Es hängt von dem einstimmigen Willen des Gläubigers und des Schuldners ab ihre gegenseitigen willkürlichen Rechte und Verbindlichkeiten aufzuheben“ ¹⁾. Какъ бы то ни было, несомнѣнно одно, что общее положеніе 1545 ст. попало въ Сводъ не изъ старинныхъ указовъ, а изъ иноземныхъ источниковъ, что оно попало оттуда первоначально во временной оболочкѣ въ указъ 1830 г. и затѣмъ, лишенное этой оболочки, было переведено въ Сводъ законовъ, какъ заимствованное изъ самобытнаго узаконенія.

Редакція слѣдующей, 1547 ст., по изданію 1832 г. нѣсколько отличалась отъ послѣдующихъ ея редакцій. Въ первоначальной редакціи она гласила: „дѣйствіе договора прекращается, если одна изъ сторонъ, имѣющая по оному право требовать отъ другой исполненія, отступится добровольно отъ своего права. Но уступка сія недѣйствительна, если она учинена во вредъ третьему лицу“.

Статья эта значится основанною: въ первой части—на *указъ 25 августа 1727 г.*, а во второй части—на *ст. 104 уст. о банкротахъ 1800 г.* и *ст. 56 и 57 уст. о несостоятельности 1825 г.*

Указъ 1727 г. состоялся по случаю задержанія въ Москвѣ и близъ Архангельска иноземныхъ купцовъ, оказавшихся неаккуратными въ платежѣ вексельныхъ долговъ. Устанавливая порядокъ суда надъ ними, указъ говоритъ въ цитированномъ подъ 1547 ст. пунктѣ: „а буде истецъ въ долгу своемъ такого должника простить и уступить ему своимъ окомъ: тогда по истцовой волѣ оныхъ отъ всего освободить“.

Ст. 104 банкротскаго устава запрещаетъ банкроту выдавать несправедливые векселя или другія обязательства и

¹⁾ 256.

фиктивно таковыя переписывать, равно выдавать закладныя, росписки или чинить какіе-либо переводы и укрѣпленія.

Ст. ст. 56 и 57 устава о несост. 1825 г. относятся къ имуществу несостоятельнаго должника все то, что безденежно имъ отчуждено въ теченіе послѣднихъ 10 лѣтъ, причемъ безденежно отчужденнымъ считается все переведенное на имя жены, дѣтей или родственниковъ.

Первая часть разбираемой статьи (объ отказѣ отъ своего права) основана на одномъ узаконеніи и потому должна бы воспроизводить дословно содержаніе этого узаконенія. Между тѣмъ очевидно, что она не только не есть вѣрное его воспроизведеніе, но даже касается иного, хотя и сроднаго предмета. Въ указѣ 1727 г. идетъ рѣчь объ отказѣ истца отъ иска, а не собственно о прекращеніи договора по добровольному отказу кредитора; положеніе, изображенное въ 1547 ст., есть такимъ образомъ умозаключеніе изъ указа 1727 года, хотя умозаключеніе въ данномъ случаѣ вѣрное. Не умозаключеніемъ, но почти дословнымъ воспроизведеніемъ оно является однако по отношенію къ ст. 1444 австрійскаго уложенія. Статья эта гласитъ: „Der Gläubiger kann seinem Rechte entsagen und hierdurch die Verbindlichkeit des Schuldners aufheben“.

Австр. улож.

X томъ.

Сторона, имѣющая право по договору требовать исполненія¹⁾, можетъ отступить отъ своего права и этимъ прекратитъ обязательство должника.

Если сторона, имѣющая по договору право требовать исполненія, отступитъ отъ своего права... тогда дѣйствіе договора..... прекращается.

¹⁾ Слѣдуетъ замѣтить, что X томъ нигдѣ не обозначаетъ словомъ „кредиторъ“ вообще лицо, имѣющее право требовать исполненія, а употребляетъ этотъ терминъ лишь при денежныхъ долговыхъ отношеніяхъ, такъ что Gläubiger не могло быть переведено иначе, какъ: „лицо, имѣющее право требовать исполненія“.

Къ переведенной такимъ образомъ статьѣ уже пригнанъ затѣмъ—на этотъ разъ безъ особыхъ погрѣшностей—и указъ.

Въ узаконеніяхъ, на которыхъ построена вторая часть 1547 ст., нѣтъ ни слова объ отказѣ отъ права по договору. Правило второй части 1547 ст. этимъ узаконеніямъ не противорѣчитъ; оно ихъ, пожалуй, дополняетъ, но заимствовано оно не изъ этихъ узаконеній, а изъ другого источника, открыть который намъ пока не удалось, да и врядъ-ли и удастся, въ виду общности самаго правила.

Изъ остальныхъ статей отдѣленія о прекращеніи договоровъ—1548, 1549 и 1550 введены въ Сводъ лишь въ изданіи 1857 г., 1552 ст. нынѣ отмѣнена, вторая половина 1549 ст. введена лишь въ продолженіе 1876 г.

Статья 1551, указывая лишь порядокъ удовлетворенія по нѣкоторымъ родамъ обязательствъ въ случаѣ несостоятельности должника, не относится къ системѣ общей части обязательственнаго права и даже вообще къ системѣ гражданского права въ строгомъ смыслѣ.

Остаются, слѣдовательно, первая часть *1549 ст.* и *1553 ст.* Первая половина 1549 ст., въ части, гласящей: „договоръ прекращается, если отъ срока, назначеннаго для окончательнаго его дѣйствія, протекла десятилѣтняя давность и договоръ не былъ представленъ ко взысканію“—взята изъ двухъ мѣнній Государственнаго Совѣта, послѣдовавшихъ въ 1822 и 1825 годахъ, т. е. въ то время, когда Сперанскій былъ членомъ Государственнаго Совѣта и притомъ членомъ самымъ дѣятельнымъ и самымъ вліятельнымъ. Къ этой части присоединена фраза, которая дѣйствительно основана на Манифестѣ 1787 года: „или когда не было по оному (по договору) хожденія въ присутственныхъ мѣстахъ въ теченіе десяти лѣтъ со времени предъявленія ко взысканію“—фраза, совершенно лишняя и даже бессмысленная: лишняя потому, что

она есть только повтореніе общаго правила о прекращеніи иска и тяжбы вслѣдствіе нехожденія по онымъ въ теченіе 10 лѣтъ (ст. 392 по изд. 1832 г.); безсмысленная потому, что именно искъ или тяжба „прекращаются“, а не договоръ, и что хожденіе или нехожденіе можно имѣть по иску или тяжбѣ, но нельзя имѣть хожденія по договору. Манифестъ 1787 года и не содержитъ ничего о договорахъ—онъ относится къ искамъ и тяжбамъ вообще—и статья Свода о давности по искамъ и тяжбамъ (392) основана всецѣло на этомъ именно Манифестѣ: другихъ ссылокъ подъ нею нѣтъ.

1553 ст. гласить: „съ лишеніемъ по суду всѣхъ правъ состоянія, всѣ личныя обязательства осужденнаго прекращаются; но обязательства его по имуществамъ переходятъ на его наслѣдниковъ соразмѣрно полученному наслѣдству если они отъ онаго вовсе не отказались“.

Подъ статьею этою имѣются ссылки на шесть узаконеній. *Первое* изъ нихъ—докладъ 1753 г.—вызвано было отсутствіемъ въ законѣ ясныхъ указаній на то, что понимать подъ „политическою смертію“. Сенатъ, по изустному указу Государя въ Его Императорскаго Величества въ Правительствующемъ Сенатѣ присутствіи, предложилъ: „политическою смертію должно именовать то, если кто положенъ будетъ на висѣлицу и потомъ наказанъ будетъ кнутомъ съ вырѣзаніемъ ноздрей или хотя и безъ всякаго наказанія“. Докладъ Сената удостоился Высочайшаго утвержденія.

Второе узаконеніе есть Высочайшій Манифестъ по дѣлу Гурьевыхъ и Хрущева, обвинявшихся въ государственныхъ преступленіяхъ; въ Манифестѣ, послѣ изложенія обстоятельствъ дѣла, приведенъ приговоръ Его Императорскаго Величества, коимъ постановлено: Хрущева и Семена Гурьева, ошельмовавъ публично, сослать въ Камчатку въ острогъ на вѣчное житіе, а имѣнія ихъ отдать ближнимъ въ родствѣ.

Третье узаконеніе есть Манифестъ о поединкахъ, п. 45.

Пунктъ этотъ гласитъ: „буде-же кто изъ ссорящихся уйдетъ, то о томъ увѣдомить судъ; судъ-же долженъ чинить повѣстки, чтобъ ушедшій явился, и буде чрезъ недѣлю не явится, то повѣщаетъ въ другій разъ и буде по второй повѣсткѣ не явится, то лишитъ его имѣнія и *отдать ближнимъ наследникамъ*, имя-же его прибить къ висѣлицѣ аки паки падшаго ослушника закона“.

Четвертое узаконеніе—Именной Указъ 6 мая 1802 г.—распространяетъ на купеческое, мѣщанское и земледѣльческое сословія 23 статью жалованной дворянству Грамоты, согласно коей наследственное имѣніе дворянина, осужденнаго и по важнѣйшему преступленію, не конфискуется въ казну, а отдается наследникамъ.

Пятое узаконеніе—Высочайше утвержденное мнѣніе Государственнаго Совѣта отъ 18 іюля 1827 г. о наследствѣ родителей послѣ умершихъ безъ потомства дѣтей въ капиталахъ, въ разныя кредитныя установленія внесенныхъ. На основаніи этого мнѣнія Государственнаго Совѣта, изъ капиталовъ, оставшихся послѣ умершихъ безъ потомства дѣтей, слѣдуетъ прежде всего уплатить долги умершихъ, и остатокъ лишь выдавать родителямъ въ собственность или въ пожизненное владѣніе.

Наконецъ, какъ *шестое узаконеніе*, приведена 130 статья неоднократно уже намъ попадавшася закона 1830 г. объ обязательствахъ, заключаемыхъ съ торговъ между казною и частными лицами. Она гласитъ: „если-бы частное лицо, вошедшее въ обязательство съ казною безъ товарищей, подверглось естественной смерти или лишенію всѣхъ гражданскихъ правъ по судебному приговору, то выполненіе договора переходитъ къ наследникамъ его, а при отказѣ ихъ отъ наследства, къ залогодателямъ и поручителямъ“.

Изъ приведеннаго краткаго обозрѣнія законовъ, цитированныхъ подъ 1558 ст., видно, что прямое отношеніе къ ней,

или вѣриѣ, къ одной половинѣ ея имѣеть лишь послѣднее узаконеніе. Изъ остальныхъ 1-ое, 2-ое, 3-ье и 5-ое ни въ какой связи съ содержаніемъ разбираемой статьи не стоятъ. *Первое* разъясняетъ, что слѣдуетъ понимать подъ терминомъ „политическая смерть“, не упоминая ничего ни объ имуществѣ осуждаемаго вообще, ни объ его обязательствахъ по имуществу въ особенности, объ обязательствахъ же личныхъ тѣмъ менѣе; *второе* примѣняетъ къ двумъ государственнымъ преступникамъ наказаніе, въ составъ котораго входитъ, между прочимъ, отобраніе имущества и отдача его ближнимъ родственникамъ; *третье* примѣняетъ то же наказаніе, какъ общую мѣру, къ лицамъ, не явившимся на поединокъ послѣ двукратнаго вызова, а *пятое* устанавливаетъ порядокъ наследованія родителей послѣ бездѣтно умершихъ дѣтей. Что общаго между всѣми этими узаконеніями и положеніемъ о прекращеніи личныхъ обязательствъ лишеннаго всѣхъ правъ и переходѣ его обязательствъ по имуществу на его наследниковъ—сказать трудно. *Четвертое* узаконеніе, согласно коему имущество осужденныхъ и за важное преступленіе не отбирается въ казну, а передается наследникамъ, имѣеть только кажущуюся связь съ 1553 ст., такъ какъ ни конфискація имущества, ни передача его наследникамъ не равняются уничтоженію правовой личности и не влекутъ за собою обязательно перехода къ наследникамъ обязательствъ имущественныхъ, а тѣмъ менѣе (полнаго прекращенія обязательствъ личныхъ.

Такимъ образомъ матеріаломъ для 1553 ст. могла служить только 130 ст. закона 1830 г. объ обязательствахъ между казною и частными лицами,—закона, какъ мы знаемъ, созданнаго во время составленія Свода, въ виду составленія Свода, при главномъ и непосредственномъ участіи Сперанскаго, и, какъ мы уже видѣли, заимствованнаго изъ иноземныхъ источниковъ. По существу спеціальнаго своего

содержанія, законъ этотъ не можетъ содержать ничего о прекращеніи обязательствъ личныхъ, и потому та часть 1553 ст., которая касается обязательствъ личныхъ, присочинена впервые въ Сводъ; остальная-же часть 1553 ст. сочинена или заимствована не непосредственно для Свода, а для закона 1830 г., что, конечно, никакого различія по существу не представляетъ.

Остается еще рѣшить вопросъ, откуда заимствована 1551 ст. Въ готовой формѣ она не заимствована ниоткуда, а сочинена самими составителями Свода; но сочинена она изъ двухъ основныхъ положеній, каждое порознь взятыхъ изъ иностранныхъ кодексовъ. Первое положеніе, что политическая смерть (лишеніе всѣхъ правъ) уничтожаетъ гражданско-правовую личность преступника, имѣется во всѣхъ иностранныхъ кодексахъ и взято, вѣроятно, изъ 25 ст. Cod. Nap.; второе же положеніе о различіи въ наслѣдственномъ характерѣ обязательствъ личныхъ и обязательствъ по имуществу,—положеніе, легшее въ основу 1543 и 1544 статей,—явилось, какъ мы видѣли, результатомъ неточнаго пониманія Потье, у котораго оно заимствовано. Такимъ образомъ и 1553 ст., не смотря на шесть указовъ, защищающихъ ее отъ всякихъ подозрѣній, оказывается тѣмъ не менѣе водворенною къ намъ изъ чужихъ краевъ и ничего самобытнаго въ себѣ не заключаетъ.

Намъ остается разсмотрѣть еще нѣсколько статей, не помѣщенныхъ ни въ отдѣлѣ объ обязательствахъ, ни въ отдѣлѣ о договорахъ, но имѣющихъ непосредственное къ нимъ отношеніе и обыкновенно помѣщаемыхъ въ общей части ученія о договорахъ. Я разумѣю статьи, устанавливающія условія недѣйствительности сдѣлокъ вслѣдствіе порока согласія. Эти статьи (700—703) отнесены сводомъ въ раздѣлъ III книги II: „о порядкѣ приобрѣтенія и укрѣпленія правъ вообще“ и озаглавлены: „о способахъ приобрѣтенія правъ на имущества“.

Онѣ значатся основанными на слѣдующихъ узаконеніяхъ:

1) на извѣстной уже намъ ст. 251 гл. X. Улож. Царя Алексѣя Михайловича, которою устанавливается наказаніе за насиліе или взятіе заемной кабалы или иной крѣпости въ большомъ дѣлѣ, а также за взысканіе по крѣпости по ряднымъ дѣламъ, взятой по неволѣ.

2) на 19 ст. II ч. устава о банкротахъ 1800 г., которая гласитъ между прочимъ: свидѣтели должны удостовѣрить, что займодавецъ и заемщикъ оба въ умѣ и памяти, и что не было въ виду ничьего посторонняго принужденія.

3) на извѣстныхъ уже намъ Высочайше утвержденныхъ правилахъ 1803 г., постановленныхъ Министромъ внутреннихъ дѣлъ въ руководство при разсмотрѣніи условій между помѣщиками и крестьянами. Правила эти, какъ намъ тоже извѣстно, были составлены, по всей вѣроятности, самимъ Сперанскимъ въ періодъ явнаго подражанія всему французскому, и потому собственно довѣрять имъ нельзя. Правилами этими на Министра внутреннихъ дѣлъ возлагается обязанность при разсмотрѣніи условій между помѣщиками и крестьянами удостовѣряться, было ли добровольное согласіе со стороны крестьянъ, не было ли подлога или принужденія.

4) Наконецъ на ст. 35 гл. XVII Уложенія царя Алексѣя Михайловича, согласно коей чужая вотчина, проданная или заложная третьему лицу посредствомъ подлога, возвращается законному собственнику, а совершившій подлогъ наказывается по закону.

Изъ этихъ узаконеній, очевидно, можно было сдѣлать лишь слѣдующіе два вывода: 1) договоры, заключенные подъ вліяніемъ физическаго насилія, недействительны; 2) купчія и закладныя, совершенныя подложно, недействительны.

Между тѣмъ составителями Свода на основаніи этихъ узаконеній построено слѣдующее:

ст. 700. Всѣ способы приобрѣтенія правъ, закономъ опредѣленные, тогда только признаются дѣйствительными, когда они утверждаются на непринужденномъ произволѣ и согласіи.

Ст. 701. Произволъ и согласіе должны быть свободны. Свобода произвола и согласія нарушается: 1) принужденіемъ 2) подлогомъ.

Ст. 702. Принужденіе бываетъ, когда кто либо, бывъ захваченъ во власть другаго, принуждается къ отчужденію имущества или ко вступленію въ обязательство насильственно, страхомъ настоящаго или будущаго зла, могущаго постигнуть его лицо или имущество.

Ст. 703. Въ случаѣ принужденія, надлежитъ заявить о томъ окольнымъ людямъ или мѣстной полиціи того-же дня, какъ оное произошло, и за тѣмъ, не далѣе третьяго или четвертаго дня, и, отнюдь не позже недѣли послѣ того, просить о произведеніи изслѣдованія.

Не будемъ подробнѣе останавливаться на первыхъ двухъ статьяхъ. Замѣтимъ только, что первая статья представляетъ слишкомъ широкое обобщеніе не только въ своемъ подлежащемъ, но и въ сказуемомъ: не только не о *всѣхъ способахъ приобрѣтенія правъ* говорится въ приведенныхъ составителями Свода узаконеніяхъ, но и не о *всѣхъ случаяхъ* устранения непринужденнаго произвола и согласія: въ нихъ не говорится ничего ни объ ошибкахъ, ни объ обманѣ, а между тѣмъ изъ текста 700 ст. можно бы вывести заключеніе, что всѣ случаи, въ которыхъ непринужденный произволъ и согласіе отсутствуютъ, сдѣлка признается недѣйствительною.

Первая половина 701 ст. всецѣло сочинена редакторами Свода и это тѣмъ болѣе странно, что она совершенно лишняя. Во второй половинѣ 701 ст. находимъ, наконецъ, послѣ долгихъ исканій выводъ самый близкій къ тому, который можно было сдѣлать изъ приведенныхъ подъ нею узаконеній.

Интереснѣе всѣхъ остальныхъ статей изъ разбираемой нами главы представляется статья 702. Подъ нею значатся не всѣ процитированныя нами узаконенія, а лишь одно изъ нихъ: ст. 251 гл. X Улож. царя Алексѣя Михайловича. Тѣмъ легче убѣдиться, что статья 702 изъ этого узаконенія не заимствована, и тѣмъ менѣе слово въ слово изъ него переписана, какъ того слѣдовало ожидать, при ссылкѣ на одно лишь узаконеніе. Достаточно, конечно, одного бѣглаго взгляда на 251 ст., чтобы понять, что если можно на ея основаніи опредѣлить какъ-нибудь принужденіе, то развѣ какъ воздѣйствіе физической силою съ цѣлью вынудить заключеніе обязательства. Ни о „страхѣ зла“, „настоящаго или будущаго“, ни о злѣ, могущемъ постигнуть „лицо или имущество“, въ 251 ст. Уложенія не говорится. А говорится обо всемъ этомъ отчасти въ Дигестахъ, отчасти въ 1112 ст. Наполеонова кодекса.

Въ Дигестахъ принужденіе опредѣлялось, какъ „*mentis trepidatio, metus instantis vel futuri periculi causa*“—„страхъ зла настоящаго или будущаго“, а въ 1112 ст. Наполеонова кодекса говорится, что принужденіе существуетъ, когда оно можетъ возбудить опасеніе зла *лицу или его имуществу*. Составители Свода взяли одну половину своего опредѣленія отъ римлянъ, другую половину отъ французовъ, и въ результатѣ получилось понятіе принужденія, нѣсколько удаляющееся и отъ римскаго и отъ французскаго, но ужъ, конечно, болѣе всего удаляющееся отъ самобытнаго понятія о принужденіи, какимъ оно изображено въ 251 ст. Уложенія. Едва ли поэтому основательно Побѣдоносцевъ находитъ, что „понятіе принужденія чрезмѣрно у насъ стѣснено правиломъ 702 ст., потому что правило это взято прямо изъ стараго уложенія“ (III, 125).

Намъ остается еще прибавить, что безъ всякихъ измѣненій взята дѣйствительно прямо изъ Уложенія послѣдняя:

изъ разбираемыхъ статей, 703-ья, опредѣляющая—съ нѣкоторымъ недостаткомъ точности,—срокъ для заявленій о принужденіи.

Сдѣланный нами довольно бѣглый анализъ приводитъ къ убѣжденію, что только весьма незначительную часть положеній, относящихся къ общей части обязательственнаго права, можно считать извлеченною изъ самобытныхъ источниковъ. Вотъ эти положенія:

1) *Ст. 1536.* Договоры должны быть исполняемы (собственно изъясняемы) по точному оныхъ разуму, не уважая побочныхъ обстоятельствъ и не взирая ни на какихъ особъ.

2) *Ст. 1537.* Присутственныя мѣста и должностныя лица (собственно казна), заключившія съ частными людьми договоры, не должны оныхъ нарушать, какимъ-бы то образомъ ни было, но содержать въ такой силѣ и твердости, какъ-бы сіи контракты были за собственноручнымъ подписаніемъ Императорскаго Величества.

3) *Ст. 703.* Въ случаѣ принужденія надлежитъ заявить о томъ окольнымъ людямъ или мѣстной полиціи того же дня, какъ оное произошло, и за тѣмъ, не далѣе третьяго или четвертаго дня, и отнюдь не позже недѣли послѣ того, просить о произведеніи изслѣдованія.

4) *Ст. 701*—съ нѣкоторыми видоизмѣненіями.

Несомнѣнно, что и кромѣ этихъ статей многія изъ положеній X тома были присущи до-сводному юридическому быту. Ихъ можно было, конечно, обобщить изъ историческихъ памятниковъ и извлеченныя общія положенія возвести на степень закона; но это значило бы попытаться составить, хотя и неполное, но новое уложеніе. Между тѣмъ сводная система вполнѣ удовлетворяется существующими

законами, какъ они есть, и сводить ихъ въ извѣстную систему, переписывая „слово въ слово“, „безъ всякихъ измѣненій“. Такихъ законовъ, переписанныхъ безъ всякихъ измѣненій, и хватило всего для трехъ-четырехъ плохихъ статей; все остальное было заимствовано изъ иностранныхъ источниковъ,—заимствовано тайно урывками, безъ системы и потому плохо.

Записка Сперанскаго.

I.

Въ рукописномъ отдѣленіи Императорской Публичной Библіотеки найдена нами записка Сперанскаго, представляющая значительный интересъ для изслѣдованія вопроса объ источникахъ X тома Свода законовъ. Вопросъ о томъ, дѣйствительно ли Сперанскій, по возвращеніи изъ ссылки, сожигалъ то, чему ранѣ поклонялся, получаетъ въ ней новое освѣщеніе: Сперанскій самъ заговорилъ о твореніи дней своей юности—объ уложеніи 1810 г.,—и тонъ, которымъ онъ заговорилъ, доказываетъ, что долгіе годы ссылки не измѣнили взглядовъ его на задачу законодателя, и что не по собственному убѣжденію—какъ то полагалъ баронъ Корфъ—онъ перешелъ „отъ ломки прежняго и дѣйствующаго къ его воспроизведенію, отъ теоріи и чисто книжнаго къ практической области исторической школы“.

Мы рѣшаемся напечатать здѣсь всю записку Сперанскаго, не ограничиваясь частями, имѣющими прямое отношеніе къ нашему предмету,—такъ какъ записка во всей цѣлости представляетъ одинъ изъ лучшихъ образцовъ метода изложенія Сперанскаго, необыкновенной ясности его мысли, простоты и стройности разсужденія, крѣпости и чистоты слога.

Записка, какъ то указано въ помѣткѣ К. Г. Рѣпинскаго, сдѣланной на поляхъ рукописи, составлена въ 1821 году „по возвращеніи Сперанскаго изъ Сибири въ С.-Петербургъ,

когда Императоръ Александръ поручилъ ему возобновить въ Государственномъ Совѣтѣ дѣло о гражданскомъ и уголовномъ уложеніи¹⁾. Общаго заглавія записка не имѣеть. Вотъ текстъ ея:

I. Существо и раздѣленіе законовъ вообще.

II. Существо и раздѣленіе гражданскихъ законовъ въ особенности.

III. Главные предметы гражданского уложенія.

IV. Краткое историческое обзорѣніе дѣла о составѣ уложенія.

V. Уложеніе не есть ни сводъ, ни новое законодательство. Начало, на коемъ составъ сей основанъ; порядокъ, коимъ онъ былъ производимъ, и связь всѣхъ частей уложенія между собою.

VI. Образъ, коимъ двукратно производимо было въ Государственномъ Совѣтѣ разсмотрѣніе сего проекта; оно нынѣ съ удобностію можетъ быть окончено.

Общее введеніе къ изъясненіямъ на проектъ гражданского уложенія.

По возложенной на меня¹⁾ обязанности при настоящемъ разсмотрѣніи проекта Гражданскаго Уложенія представлять въ Государственномъ Совѣтѣ изъясненія на важнѣйшія статьи онаго, считаю долгомъ въ видѣ общаго введенія ко всѣмъ послѣдующимъ изъясненіямъ: 1) показать существо и раздѣленіе законовъ вообще; 2) означить существо и раздѣленіе гражданскихъ законовъ въ особенности; 3) изложить главные предметы Гражданскаго Уложенія; 4) представить краткое историческое обзорѣніе всего дѣла о составѣ Уложенія; 5) показать главные начала, на коихъ составъ сей основанъ, порядокъ, коимъ онъ былъ производимъ и связь всѣхъ частей Уложенія между собою; 6) изъяснить

¹⁾ (Рукою Рѣпинскаго—карандашомъ):

Въ 1821 году, при опредѣленіи М. М. Сперанскаго членомъ Гос. Совѣта по возвращеніи изъ Сибири.

образъ, коимъ двукратно производимо было въ Государственномъ Совѣтѣ разсмотрѣніе сего проекта и коимъ нынѣ съ удобностію оно можетъ быть окончано.

1. Существо и раздѣленіе законовъ вообще.

§ 1. Предметъ законовъ вообще суть внѣшнія дѣянія человѣка въ обществѣ.

§ 2. По разнообразію сихъ дѣяній законы должны быть весьма многоразличны. Первый вопросъ въ законодательствѣ есть найти въ сей многосложности нѣкоторый постоянный порядокъ, чтобы избѣжать смѣшенія.

§ 3. Ясно, что порядка сего должно искать въ самыхъ дѣянїяхъ, для коихъ законы постановляются.

§ 4. Сколь ни многосложны кажутся дѣянїя, но всѣ они относятся или къ государству вообще, или къ частнымъ лицамъ въ особенности.

§ 5. Изъ сего двоякаго отношенія дѣяній возникаютъ два главныя раздѣленія законовъ. Законы, устанавливающіе отношенія частнаго человѣка ко всему государству, называются *законами права публичнаго или политическими*. Законы, коими учреждаются отношенія частныхъ лицъ между собою, именуется законами гражданскими ¹⁾.

§ 6. Къ законамъ перваго рода или государственнымъ принадлежатъ, *во-первыхъ*, всѣ коренныя государственныя постановленія, учреждающія образъ правленія въ порядкѣ законодательномъ, судномъ и исполнительномъ; *во-вторыхъ*, законы уголовныя и разные уставы, относящїеся къ устройству полиціи и къ государственной экономіи.

§ 7. Къ законамъ втораго рода или къ гражданскимъ принадлежатъ: 1) Уложеніе гражданское, 2) Уложеніе торговое, 3) Учрежденіе судебныхъ мѣстъ съ обрядами писмоводства, 4) Уставъ судопроизводства ²⁾.

¹⁾ Есть третій родъ законовъ, извѣстный подъ именемъ права народнаго. Законы сіи опредѣляютъ отношенія государствъ между собою; но какъ здѣсь идетъ слово единственно о законахъ внутренняго права, то и принято раздѣленіе ихъ на двѣ части.

²⁾ Сіи послѣднія двѣ части законовъ, хотя по свойству своему и принадлежатъ болѣе къ праву публичному, но здѣсь отнесены

II. Существо и раздѣленіе законовъ гражданскихъ.

§ 8. Одно лицо съ другимъ можетъ имѣть въ обществѣ сношенія и споры или по личнымъ обязанностямъ, или по имуществу, или по условіямъ. Отсюда возникаютъ законы правъ личныхъ, правъ по имуществу и правъ по обязательствамъ. Совокупность сихъ законовъ составляетъ собственно такъ называемое Гражданское Уложение.

§ 9. Сверхъ сего есть въ обществѣ родъ обязанностей личныхъ, родъ имуществъ и родъ условій, коихъ по особенному свойству ихъ нельзя подчинить общему Уложенію Гражданскому. Таковы суть отношенія торговыя. Они требуютъ изъятія изъ общихъ правилъ и особенныхъ законовъ въ судѣ ихъ и расправѣ. Отсюда происходитъ Уложение Торговое, которое не что другое есть, какъ приложение Общаго Гражданскаго Уложенія къ спорнымъ дѣламъ торговли.

§ 10. Какъ въ общихъ гражданскихъ дѣлахъ, такъ и въ торговыхъ, когда возникнетъ споръ, потребенъ судья для его рѣшенія. Отсюда происходятъ учрежденія о устройствѣ судебныхъ мѣстъ и образъ ихъ писмоводства.

§ 11. Можно себѣ представить множество различныхъ способовъ къ произведенію суда. Если выборъ сихъ способовъ оставить на произволъ судьи: то изъ сего выйдетъ крайнее смѣшеніе и пристрастіе. Отсюда необходимость, чтобы законъ установилъ суды и, образовавъ составъ судебныхъ мѣстъ и ихъ предметы, постановилъ и правила, какъ производить дѣла. Отсюда законы обрядовъ гражданскаго суда или уставъ судопроизводства.

III. Предметы Гражданскаго Уложенія въ особенности.

§ 12. Всѣ права, людямъ въ обществѣ принадлежащія, раздѣляются на два главные рода: права политическія и права гражданскія.

§ 13. *Права политическія* возникаютъ изъ отношеній частнаго лица къ цѣлому сословію и сословія ко всему государству.

они къ гражданскому по тому уваженію, что составленіе сихъ законовъ предполагаетъ законы гражданскіе и должно быть непрерывно съ ними соображаемо.

§ 14. *Права гражданскія* происходятъ изъ отношеній одного лица въ обществѣ къ другому ¹⁾).

§ 15. *Права гражданскія* раздѣляются на три рода. Одни принадлежатъ лицу независимо отъ его имущества; другія принадлежатъ лицу собственно по имуществу; *третьи* происходятъ изъ взаимныхъ условій.

§ 16. Отсюда происходятъ три главныя части Гражданскаго Уложенія: 1) о правахъ личныхъ; 2) о правахъ по имуществу; 3) о взаимныхъ условіяхъ.

§ 17. Таково есть раздѣленіе предметовъ, входящихъ въ составъ Гражданскаго Уложенія. Оно введено было сначала въ раздѣленіи гражданскаго права Римскаго и потомъ принято съ большими или меньшими ограниченіями во всѣхъ почти извѣстныхъ намъ уложеніяхъ ²⁾).

¹⁾ Государство раздѣляется на сословія; каждому сословію присвоены особенныя права: таковы суть права дворянскія, купеческія и проч. Права сіи называются политическими. Законы, опредѣляющіе сіи права, суть законы государственныя. Когда частный человекъ представляется не въ личныхъ или семейственныхъ его отношеніяхъ, но какъ членъ извѣстнаго сословія: тогда права его суть права политическія. Такъ напримѣръ: свобода отъ личныхъ податей, отъ тѣлеснаго наказанія, отъ рекрутской повинности, право быть судимому себѣ равными суть права политическія; они принадлежатъ частному человеку потому, что онъ самъ принадлежитъ къ дворянскому сословію; они принадлежатъ ему только въ тѣхъ отношеніяхъ, по коимъ онъ есть членъ сего сословія; они не принадлежатъ ему ни какъ отцу семейства, ни какъ супругу, ни какъ опекуну, ни какъ заимодавцу. Есть однако же права, принадлежащія отцу въ отношеніи къ его сыну, супругу въ отношеніи къ его женѣ, заимодавцу въ отношеніи къ его должнику и сіи то права именуются *правами гражданскими*. Различіе сихъ правъ въ дѣлахъ ощутительно; но дать имъ общее краткое и ясное опредѣленіе весьма затруднительно. Здѣсь не мѣсто разсуждать о словопроизводствѣ, по коему права сіи именуются политическими и гражданскими. Въ своемъ мѣстѣ изъяснены будутъ причины и начала сихъ наименованій. Здѣсь довольно замѣтить, что они приняты во всей Европѣ, и намъ невозможно въ наукѣ правовѣдѣнія вводить языкъ новый и другимъ незнакомый, если бы даже можно было образовать его лучше и точнѣе.

²⁾ Вѣсть ли бы и невозможно было съ точностью доказать правильность сего раздѣленія, то одинъ обычай и опытъ многихъ вѣковъ могъ бы достаточно оправдать его. Къ сему присоединяется и то еще уваженіе, что трудно было бы ввести другое правильнѣйшее раз-

§ 18. Права личныя, составляющія предметъ первой части Гражданскаго уложенія, опредѣляютъ отношенія одного лица къ другому въ обществѣ независимо отъ ихъ имущества.

§ 19. Отношенія сіи большею частію суть семейственныя. Три главы составляютъ существенный предметъ сей части: 1) глава о бракѣ, 2) о власти родительской, 3) объ опекаѣ.

§ 20. Но дабы правила, въ главахъ сихъ постановляемыя, могли быть вразумительны, необходимо надлежало прежде опредѣлить, въ чемъ состоятъ вообще права гражданскія, какимъ образомъ они пріобрѣтаются и теряются (глава первая); въ какой мѣрѣ права сіи принадлежатъ иностранцамъ, въ Россіи пребывающимъ (глава вторая); въ какой зависимости состоятъ права гражданскія отъ мѣстопробыванія (глава третья); какимъ образомъ права гражданскія удостоверяются законными свидѣтельствами при рожденіи, бракосочетаніи и смерти (глава четвертая), и наконецъ какимъ образомъ права сіи ограничиваются и охраняются въ случаѣ отсутствія (глава пятая).

§ 21. Законы, въ сихъ главахъ постановляемыя, составляютъ общее введеніе ко всему Гражданскому Уложенію.

§ 22. Постановивъ сіи общія начала, Гражданское Уложеніе поступаетъ къ опредѣленію правъ личныя, и сіе составляетъ существо первой его части.

§ 23. Выше примѣчено, что предметъ сей могъ бы быть раздѣленъ на три главы: о бракѣ, о власти родительской и объ опекаѣ. Но законы о бракѣ и послѣдствіяхъ его столь обширны, что признано удобнѣйшимъ нѣкоторыя части сихъ послѣдствій отдѣлить, изъ чего и составились три особенныя главы: 1) о доказательствахъ законнаго рожденія, 2) о дѣтяхъ незаконнорожденныхъ и 3) объ усыновленіи. Такимъ образомъ вся первая часть Гражданскаго Уложенія раздѣлилась на 14 главъ, изъ коихъ пять первыхъ составляютъ общее введеніе ко всему составу Уложенія, а де-

дѣленіе. Въ Прусскомъ уложеніи сдѣланъ былъ опытъ другаго раздѣленія; но послѣдствія показали, что изъ сего произошло великое смѣшеніе предметовъ и многосложный образъ ихъ наложенія.

зять послѣднихъ опредѣляютъ существенные предметы правъ личныхъ.

§ 24. Вторая часть Уложенія содержитъ въ себѣ законы *объ имуществахъ*.

§ 25. Право собственности, доколѣ оно состоитъ въ дѣйствительномъ обладаніи, весьма просто; но движеніе сего права, т. е. переходъ имущества изъ однихъ рукъ въ другія, долженъ быть обезпеченъ и удостовѣренъ твердыми и подробными правилами. Три есть главные обряда сего перехода: наслѣдство, даръ и купля. Но купля есть родъ договора, а посему она и отнесена къ третьей части Уложенія. Такимъ образомъ все существо второй части состоитъ въ двухъ отдѣленіяхъ: о наслѣдствахъ и даровыхъ записяхъ; въ отдѣленіяхъ, кои съ перваго взгляда представляются немногосложны, но коихъ подробности и разныя приложенія весьма обширны. Входя въ сіи подробности, легко удостовѣриться, что нельзя постановить твердыхъ правилъ о наслѣдствѣ, не опредѣливъ предварительно разныхъ родовъ имущества, разныхъ родовъ владѣнія, собственности, содержанія и повинностей. Опредѣленіе всѣхъ сихъ понятій занимаетъ первые семь главъ сея части; остальные же 22 главы заключаютъ все то, что собственно принадлежитъ къ наслѣдствамъ и даровымъ записямъ.

§ 26. То же самое движеніе имущества, но по договорамъ, составляетъ главный предметъ третьей части Уложенія.

§ 27. Главные договоры обращаются въ куплѣ и продажѣ, въ займѣ и ссудѣ; но виды сихъ договоровъ весьма разнообразны и каждый изъ нихъ требуетъ ясныхъ и подробныхъ правилъ. Сіи подробныя правила не могутъ быть постановлены безъ предварительнаго изложенія существа договоровъ вообще и ихъ принадлежностей. А посему и сія третья часть подобно двумъ первымъ дѣлится на два главные разряда, изъ коихъ въ первомъ устанавливаются начала и предварительныя понятія, во второмъ излагаются самые законы договоровъ.

Такимъ образомъ права личные и движеніе имущества безъ договоровъ и по договорамъ составляютъ все суще-

ство Гражданскаго Уложения. Ниже сего показано будетъ, что сіе малое число главныхъ статей въ многообразныхъ ихъ приложеніяхъ объемлютъ всѣ предметы гражданскаго суда, всѣ споры по лицу и имуществу. Здѣсь должно только примѣтить, что все то, что составляетъ судебный образъ, форму, порядокъ судопроизводства, не относится къ Гражданскому Уложению и составляетъ особенную и обширную часть, подъ именемъ судебного устава извѣстную.

Изобразивъ существо Гражданскаго Уложения, нужно показать способы, кои были доселѣ употребляемы къ составленію онаго.

IV. Историческое обозрѣніе дѣла о составѣ уложения.

Есть странное мнѣніе, по коему мысль о составѣ Уложения считается нѣкоторымъ уновленіемъ нашего времени. Между тѣмъ, истинное начало дѣла сего относится къ 1700 году. Указомъ 20 февраля 1700 года велѣно боярамъ, окольнымъ и думнымъ заниматься сводомъ Уложения и новыхъ статей. Въ 1714 году препоручено сіе Сенату.

Въ 1718 году повелѣно всѣмъ коллегіямъ составить пункты законовъ по образцу Шведскаго Уложения и вносить оныя на разсмотрѣніе Сената.

Повелѣніе сіе каждый почти годъ и всегда съ новою настоятельностью было подтверждаемо (указы 1719 декабря 9, 1722 генваря 17, 1723 ноября 6, 1724 генваря 24). Столько то при маломъ количествѣ дѣлъ, при малочисленности движенія имуществъ, дѣло сіе и тогда уже было признаваемо необходимымъ.

По кончинѣ Петра Великаго указомъ 1 іюня 1726 года подтверждено Сенату слѣшать статьи новаго Уложения и вносить ихъ на ревизію въ Верховный Тайный Совѣтъ. Въ томъ же году Совѣтъ предписалъ опредѣлить къ сочиненію сего новаго Уложения по два человѣка изъ духовнаго, гражданскаго, воинскаго и купческаго званія. Въ послѣдствіи указами: мая 14 и іюня 12 1728 г. велѣно избрать въ каждой губерніи изъ шляхетства по пяти человѣкъ свѣдущихъ и прислать ихъ въ Москву, возложивъ на нихъ сочиненіе новаго Уложения. Указомъ 10 декабря 1730 года велѣно от-

пустить ихъ въ губерніи, а дѣло поручено канцеляріи Сената подъ руководствомъ двухъ сенаторовъ. Въ сентябрѣ 1746 года Сенатъ опредѣлилъ отдать начатое Уложеніе одному изъ Оберъ-Секретарей для разсмотрѣнія и доклада Сенату. Излишне было бы здѣсь примѣчать, что всѣ сіи попытки не имѣли никакого успѣха.

При Императрицѣ Елизаветѣ составлена была особенная при Сенатѣ Коммиссія, отъ коей въ первый разъ представленъ былъ планъ, разсмотрѣнъ, утвержденъ и разосланъ по всѣмъ коллегіямъ, дабы каждая изъ нихъ, собравъ законы по роду дѣлъ, составила одинъ указъ и препроводила ихъ въ Сенатъ. На семъ дѣло остановилось. Между тѣмъ по указу 1761 года снова избраны были изъ губерній депутаты для слушанія Уложенія; но какъ оное сочинено еще не было: то они и отпущены во свояси.

Приступаемъ ко времени, которое во всѣхъ отношеніяхъ составляетъ важную эпоху въ нашемъ законодательствѣ.

„Въ первые три года (такъ изъясняетъ Екатерина II въ Манифестѣ декабря 14-го 1766 года) узнали мы, что великое помѣшательство въ судѣ и расправѣ, слѣдовательно и въ правосудіи составляетъ недостатокъ во многихъ случаяхъ узаконеній, въ другихъ же великое число оныхъ, по разнымъ временамъ данныхъ, такъ же несовершенное различіе между непремѣнными и временными законами, а паче всего, что чрезъ долгое время и частыя перемѣны разумъ, въ которомъ прежнія гражданскія узаконенія составлены были, нынѣ многимъ совсѣмъ не извѣстенъ сдѣлался; при томъ же и страстные толки часто затмѣвали прямой разумъ законовъ; сверхъ того умножила затрудненія разница тогдашнихъ временъ и обычаевъ несходныхъ вовсе съ нынѣшними“.

Таковы были причины, побудившія Императрицу Екатерину принять новый планъ законодательства. Изобразивъ сей планъ въ Наказѣ, она повелѣла собрать депутатовъ изъ всѣхъ состояній и вручить имъ составленіе законовъ. Для сего учреждено было 18 частныхъ Коммиссій. Большое депутатское собраніе было общимъ ихъ собраніемъ. Предпріятіе сіе было выше своего времени. Въ 1774 г. депутаты

были впредь до указа отпущены, не произведя въ теченіи семилѣтняго ихъ собранія ничего важнаго.

Указомъ декабря 16-го 1796 года возобновлена Уложенная Коммиссія подъ начальствомъ Генераль-Прокурора.

Ей поручено было составить три книги законовъ: *первую* уголовныхъ, *вторую* гражданскихъ, *третью* казенныхъ дѣлъ, показавъ въ оныхъ прямую черту закона, на которой судья основываться долженъ.

Для совершенія сего дѣла велѣно избрать искусныхъ въ законахъ чиновниковъ. Отдѣленіе сихъ книгъ вносить на разсмотрѣніе Сената; для предварительнаго же сужденія назначены были три сенатора.

Въ семь состоятъ всѣ начинанія, кои съ 1700 года были въ семь дѣлъ предприняты. Начинанія, кои по разнымъ причинамъ не могли совершиться.

Въ началѣ настоящаго царствованія положено было сему дѣлу прочное основаніе. Прежде всего указомъ іюня 5-го 1801 года поручено было д. с. с. Гр. Завадовскому обозрѣть всѣ матеріалы, всѣ планы законовъ, избрать одинъ изъ нихъ или начертать новый, сообразить съ нимъ составъ комиссіи и изыскать вѣрнѣйшіе пути къ успѣшному дѣлу сего движенію. Изысканія сіи продолжались до 1804 года. Ни матеріаловъ, ни плановъ отъ прежнихъ комиссій почти никакихъ не найдено.

Въ 1804 году въ 1-й разъ составленъ и утвержденъ планъ законовъ и по оному учреждена Коммиссія. Она раздѣлена была на 8 экспедиціи. Присутствіе ея составляли Министръ Юстиціи и Товарищъ его.

Первые 5 лѣтъ протекли въ разныхъ приуготовительныхъ работахъ. При обозрѣніи ихъ въ 1809 году найдено нужнымъ 1) сократить планъ ея дѣйствія, исключивъ изъ онаго все то, что принадлежитъ собственно къ законамъ государственнымъ; 2) постановить другое удобнѣйшее раздѣленіе ея предметовъ и главный надзоръ поручить Директору; 3) вмѣсто присутствія учредить при ней совѣтъ изъ Министра Юстиціи, сенаторовъ и Директора.

Первый предметъ и первое произведеніе сей комиссіи былъ проектъ Гражданскаго Уложенія. Онъ прежде былъ

разсматриваемъ въ ея совѣтѣ, потомъ по учрежденіи въ 1810 году Государственнаго Совѣта онъ вносимъ былъ по порядку въ Департаментъ Законовъ и въ Общее Собраніе. Такимъ образомъ до 1812 года окончаны разсмотрѣніемъ въ Совѣтѣ 2 первыя части Гражданскаго Уложенія.

Въ 1812 г. въ устройствѣ Коммиссіи сдѣланы нѣкоторыя перемѣны. Совѣтъ ея составленъ изъ 3 чиновниковъ подъ главнымъ управленіемъ Предсѣдателя Государственнаго Совѣта. Между тѣмъ труды ея продолжались. Съ 1812 года разсмотрѣны въ Департаментѣ Законовъ слѣдующіе проекты: 1) 3-я часть Гражданскаго Уложенія; 2) 2-я часть Уголовнаго Уложенія; 3) 1-я часть устава о гражд. судопр.

Въ 1814 году, когда внесена была въ общее собраніе Совѣта 3-я часть Гражданскаго Уложенія: тогда вмѣстѣ съ нею велѣно разсмотрѣть и сообразить и 2 первыя его части. Въ 8 засѣданіяхъ по сему предмету бывшихъ въ 1812 году между разными разсужденіями одно только было окончательно утверждено, а именно составить и предать тисненію сводъ прежнихъ узаконеній. На семъ дѣло сіе остановилось. Ниже сего будетъ подробнѣе означенъ порядокъ, коимъ разсмотрѣніе проекта какъ въ 1-й, такъ и во 2-й разъ, въ Государственномъ Совѣтѣ было производимо.

Между тѣмъ Коммиссія законовъ занималась составленіемъ Торговаго Уложенія и множествомъ частныхъ вопросовъ, кои ей отъ Совѣта и Сената были поручаемы, продолжала Сводъ законовъ и хотя не совсѣмъ его окончила, но довела однако въ 16-ти книгахъ почти до половины 3-ей части Гражданскаго Уложенія.

Обозрѣвъ такимъ образомъ исторію сего многосложнаго дѣла, нужно здѣсь представить главныя начала, кои были приняты въ его основаніе.

V. Начала, на коихъ основанъ составъ Уложенія.

Уложеніе не есть просто сводъ законовъ, *первое* потому, что сводъ, представляя токмо настоящее положеніе законовъ, въ извѣстномъ порядкѣ расположенныхъ, не можетъ ни дополнить ихъ недостатковъ, ни согласить противорѣчій; а недостатки и противорѣчія въ нашихъ законахъ признаны

и публично провозглашены во многихъ указахъ и постановленіяхъ; *второе* потому, что, начиная съ 1700 года, когда начали заниматься Уложеніемъ, никогда правительство не предполагало ограничить его однимъ простымъ сводомъ; напротивъ всегда помышляемо было о нужныхъ дополненіяхъ. Даже въ указѣ 1796 года, коимъ предметъ Коммисіи законовъ тѣснѣе прежнихъ ограниченъ, велѣно однако же указать прямую черту закона, на коей судья долженъ утверждать свои рѣшенія; а указать сію черту во многихъ случаяхъ невозможно безъ дополненій и исправленій.

Но Уложеніе не есть и новое законодательство: никогда не было предполагаемо все перемѣнять или дѣлать уновленія безъ очевидной нужды. Напротивъ намѣреніе Правительства всегда было сохранить все, что временемъ и опытомъ пришло въ законную силу. И не иначе дозволять какое-либо дополненіе, какъ или по очевидному недостатку правилъ, или для необходимой систематической связи одного узаконенія съ другимъ.

На сихъ двухъ главныхъ понятіяхъ, утверждаемыя начала приняты въ основаніе при составѣ Уложенія.

VI. Образъ разсмотрѣнія.

Двѣ первыя части Гражданскаго Уложенія въ 1810 году разсматриваемы были въ Общемъ Собраніи Государственнаго Совѣта слѣдующимъ порядкомъ:

- 1) Чтеніе главы проекта.
- 2) Положеніе департамента законовъ, въ журналѣ его изложенное.
- 3) Изъясненіе; въ немъ представляемъ былъ весь составъ сей главы, связь ея предметовъ и означаемо было, какія именно статьи введены въ видѣ дополненія и потому могли подлежать уваженію Совѣта и его разрѣшенію.

4) Засимъ слѣдовали разсужденія, примѣчанія и вопросы.

5) Окончательное положеніе.

Симъ образомъ разсмотрѣніе продолжаемо было непрерывно во все теченіе 1810 года.

При разсмотрѣніи 1814 и 1815 года въ восьми собраніяхъ прочтена одна первая глава первой части. Разные при семъ

представились вопросы, и разные сдѣланы были предположенія.

По важности нѣкоторыхъ изъ нихъ не излишне будетъ ихъ здѣсь привести на память.

I. Вопросаемо было, какіе предметы должны входить въ составъ Гражданскаго уложенія? Предметы Гражданскаго Уложенія опредѣлены Римскимъ правомъ, общею практикою, примѣрами иностранныхъ уложеній, Наказомъ Императрицы Екатерины и наконецъ докладомъ 1804 года столь ясно и столь подробно, что не можетъ быть въ нихъ ни смѣшенія ни важнаго упущенія.

II. Вопросаемо было, всѣ ли предметы сіи помѣщены въ проектъ?

Вопросъ сей могъ быть сдѣланъ при окончаніи разсмотрѣнія сего проекта, а не въ началѣ, ибо тогда только можно было, сравнивъ проектъ съ планомъ, удостовѣриться въ полнотѣ его или недостаткахъ.

III. Вопросаемо было: правильно ли сдѣлано общее расположеніе проекта? Правильности или неправильности расположенія усмотрѣть нельзя, не окончивъ разсмотрѣнія всего проекта.

IV. Вопросаемо было: на какихъ законахъ основаны статьи проекта? Отвѣтъ: на Россійскихъ; а гдѣ оныя были недостаточны, тамъ по разуму Наказа Императрицы Екатерины заимствованы были дополненія изъ другихъ законодательствъ, къ нашему ближайшихъ.

Вопрошаемо, или лучше сказать упрекаемо было, что проектъ Россійскаго уложенія сходенъ съ иностраннымъ и именно съ французскимъ. Составить такое гражданское уложеніе, которое не имѣло бы сходства ни съ какимъ другимъ уложеніемъ, нѣтъ никакой возможности. Всѣ гражданскія уложенія отъ шведскаго до французскаго сходны между собою и сходны не только въ главныхъ частяхъ, но и въ подробностяхъ. Петръ Великій велѣлъ уложеніе расположить по образцу шведскаго не потому, конечно, чтобъ ввести въ Россію законы шведскіе, но потому, что въ его время уложеніе сіе было лучшимъ.

Въ наше время французское уложеніе по общему при-

знанію заняло сіе мѣсто. Весьма равнодушно знать, въ какой типографіи въ какое время и подъ какимъ именемъ оно было издано. Можетъ быть полезнѣе было бы изслѣдовать, когда оно началось и какими средствами было составляемо. Оно начато еще при Людовикѣ XIV. Славнѣйшіе юрисконсульты, канцлеры королевства Дагессо,—де Лопиталь, Сегіе, участвовали въ составленіи онаго. Есть ли въ послѣдствіи трудами ихъ воспользовались другіе, сіе не уменьшаетъ его внутренняго достоинства. Сверхъ сего послѣдніе его редакторы имѣли передъ глазами всѣ другіе предшествовавшія имъ уложенія и слѣдовательно могли произвести и дѣйствительно произвели лучшее. Впрочемъ въ чемъ состоитъ сходство! въ расположеніи главъ, въ надписяхъ, въ разныхъ подробностяхъ, кои, какъ выше примѣчено, во всѣхъ уложеніяхъ одинаковы. Но тотъ, кто приметъ на себя трудъ углубиться въ самый разумъ уложенія: тотъ найдетъ важныя и существенныя различія.

Во французскомъ уложеніи права гражданскія принадлежатъ равно всѣмъ; въ Россійскомъ они ограничиваются разными состояніями.

Тамъ бракъ есть гражданскій договоръ; у насъ таинство церкви.

Тамъ дозволяется разводъ въ извѣстныхъ случаяхъ; у насъ не допускается разводъ иначе, какъ по причинамъ, церковью признаннымъ.

Тамъ имѣнія всѣ дѣлятся поровну; у насъ по разнымъ частямъ.

Сіе малое число примѣровъ изъ множества другихъ ясно доказываетъ, что сходство въ нѣкоторыхъ подробностяхъ не составляетъ ни измѣненія коренныхъ законовъ, ни сліянія въ существенныхъ ихъ различіяхъ.

Изъяснивъ, въ чемъ состояли главнѣйшіе вопросы и затрудненія, въ засѣданіяхъ 1814 года предложенныя, обратимся къ изложенію порядка, какой при настоящемъ разсмотрѣніи будетъ наблюдаемъ.

1) Чтеніе журнала предъидущаго собранія.

2) Чтеніе главы изъ Уложенія.

3) Чтеніе журналовъ 1810 г., къ сей главѣ относящихся.

4) Изъясненіе, въ коемъ въ видѣ комментарий представляемы будутъ всѣ главные вопросы, всѣ затрудненія, кои въ сей главѣ встрѣчаются и могутъ подлежать разсмотрѣнію. Причемъ со ссылкой на печатные своды, въ Совѣтъ внесенные, тщательно будутъ различаемы статьи узаконеній существующихъ отъ тѣхъ, кои въ видѣ дополненія помѣщены вновь въ проектъ.

II.

Для предмета нашего изслѣдованія имѣютъ особенное значеніе послѣдніе три отдѣла приведенной записки. Въ остальныхъ достойны вниманія лишь попутныя указанія на знакомство Сперанскаго не только съ основными понятіями римскаго права, но и съ системою прусскаго ландрехта,—соображенія о томъ, что разъ юридическое опредѣленіе усвоено всею Европою, то „намъ невозможно въ наукѣ правовѣдѣнія вводить языкъ новый и другимъ незнакомый, если бы даже можно было образовать его лучше и точнѣе“; достойно наконецъ вниманія и изложеніе общей системы уложенія 1810 г.: въ этомъ обобщенномъ видѣ оно еще ближе подходитъ къ Наполеонову кодексу.

Наибольшій интересъ представляетъ послѣдній отдѣлъ записки. Все въ немъ обличаетъ непреклонную преданность Сперанскаго прежней завѣтной мечтѣ о составленіи новаго уложенія. Насмѣшливо-презрительный тонъ по отношенію къ обличителямъ иноземнаго происхожденія уложенія, указаніе на „Римское право, общую практику и иностранныя уложенія“, какъ на лучшіе образцы системъ гражданскаго права, а на французское уложеніе, какъ на совершеннѣйшее законодательство, съ которымъ должно быть сходно всякое современное уложеніе,—прямое признаніе, что уложеніе наше во многихъ частяхъ заимствовано изъ „законодательствъ ближайшихъ“, со ссылкой однако въ оправданіе этихъ заимствованій на указъ Императрицы Екатерины,—

наконецъ предусмотрительная защита французскаго кодекса отъ особенно опасныхъ обвиненій въ родствѣ съ революціонными идеями („весьма равнодушно знать, въ какой типографіи, въ какое время и подъ какимъ именемъ оно было издано“) — все это до такой степени ясно подчеркиваетъ тенденціи „новаго Сперанскаго“, что всякій комментарий представляется здѣсь излишнимъ.

IV и V отдѣлы записки требуютъ нѣкоторыхъ разъясненій. Какъ ни увѣренна и исполнена достоинства отвѣдъ Сперанскаго упорнымъ врагамъ новизны — повидимому, однако, на одну силу этой отвѣди положиться уже было нельзя: пришлось прибѣгнуть къ защитѣ указовъ. Для этого приводится вся исторія кодификаціи, начиная съ Петра Великаго, — но указы группируются такъ искусно, что выводъ изъ нихъ получается какъ разъ обратный тому, какой по тому же предмету изъ тѣхъ же указовъ сдѣланъ былъ десять лѣтъ спустя, когда Сперанскому пришлось доказывать необходимость уложенія своднаго, а не новаго. Простое сопоставленіе записки и „Обозрѣнія историческихъ свѣдѣній о Сводѣ законовъ“¹⁾ представляетъ съ этой точки зрѣнія большой интересъ: оно доказываетъ всю неискренность торжественныхъ деклараций „Обозрѣнія“ о традиціонномъ характерѣ сводной системы и неубѣдительность построенной на этомъ положеніи защиты ея.

Уже по поводу *первой* Коммисіи 1700 года замѣтно разногласіе между запискою и „Обозрѣніемъ“:

Записка:

Есть странное мнѣніе, по которому мысль о составѣ *уложенія* считается нѣкоторымъ уновленіемъ нашего времени. *Между тѣмъ истинное начало дѣла* сего относится къ 1700 году. Указомъ 20 февраля 1700 года велѣно . . .

„Обозрѣніе“ (стр. 7 и 11)²⁾:

Начало Свода законовъ положено въ 1700 году Петромъ Великимъ... Въ семъ состояніи законовъ мысль Петра Великаго открывается во всей ея силѣ и оче видности. *Сводъ* былъ единственнымъ средствомъ, что бы положить конецъ затрудненіямъ.

¹⁾ Первое изданіе 1833 г., второе 1837 г.

²⁾ 2-е изд., Спб. 1837 г.

Исторія второй Коммисіи, составившей (между 1714 и 1718 г.г.) 10 главъ уложенія, которое носило даже названіе „Своднаго уложенія“, изложена въ „Обозрѣніи“ весьма подробно; записка же не говоритъ ничего ни о ходѣ, ни о результатахъ работъ этой Коммисіи, ни о названіи самаго уложенія, а ограничивается краткою фразою: Въ 1714 году препоручено *сiе* (т. е. составленіе уложенія) Сенату“.

Третья Коммисія имѣла задачей составить новое уложеніе. Сперанскій въ запискѣ рѣзко подчеркиваетъ настоятельность, съ которою правительство преслѣдовало эту цѣль, но умалчиваетъ о неудачныхъ результатахъ сдѣланной попытки; „Обозрѣніе“, наоборотъ, останавливается исключительно на результатахъ:

Записка:

„Въ 1718 году повелѣно всемъ коллегіямъ составить пункты законовъ по образцу Шведскаго Уложенія и внести оныя на разсмотрѣніе Сената. Повелѣніе сiе каждый почти годъ и всегда съ новою настоятельностью было подтверждено (указы 1719 декабря 9, 1722 генваря 17, 1723 ноября 6, 1729 генваря 24). Столько то, при маломъ количествѣ дѣлъ, при малосложности движенія имуществъ дѣло сiе и тогда уже было признаваемо необходимымъ“.

„Обозрѣніе“ (стр. 14):

„Въ 1720 г. родилась мысль... сочинить новое уложеніе и сочинить его сводомъ Россійскаго уложенія съ Шведскимъ, а потомъ съ Датскимъ. Легко можно представить препятствія, кои и на семъ новомъ пути встрѣтились отъ разности въ языкѣ, отъ кореннаго несходства двухъ разныхъ системъ законодательства... Отъ сего новая Коммисія, многократно измѣняясь въ составѣ своемъ, послѣ тщетныхъ начинаній пресѣклась, не оставивъ по себѣ никакихъ послѣдствій“.

Въ „Обозрѣніи“ непосредственно за этимъ слѣдуетъ исторія 4-ой Коммисіи 1728 года; совершеннымъ молчаніемъ обойдены приведенные въ запискѣ указъ Сенату отъ 1 іюля 1726 года о слушаніи статей *новаго* уложенія и опредѣленіе Верховнаго Тайнаго Совѣта о назначеніи двухъ чловѣкъ изъ cadaго сословія для сочиненія „новаго уложенія“.

Характернѣе всего опредѣленіе задачъ четвертой Коммисіи 1728 года:

Записка:

„Указами мая 14-го и июня 12-го 1728 года велѣно избрать въ каждой губерніи изъ шляхетства по пяти человекъ свѣдущихъ въ законахъ и прислать ихъ въ Москву, возложивъ на нихъ сочиненіе новаго уложенія“.

Обозрѣніе (стр. 15):

„Четвертая Коммисія 1728 года“. Здѣсь снова все обратилось къ первоначальному предположенію: къ составленію *Своднаго уложенія*.

Наконецъ, неудача Екатерининской Коммисіи (составлявшей *новое уложеніе*) и задачи смѣнившей ее Коммисіи 1797 г. изображены слѣдующимъ образомъ:

Записка:

Предпріятіе сіе было выше своего времени. Въ 1774 году депутаты были впредь до указа отпущены, не произведя въ теченіе семилѣтняго ихъ собранія ничего важнаго. Указомъ декабря 16-го 1796 года *возобновлена уложенная коммисія* подъ начальствомъ Генераль-Прокурора. Ей поручено было *составить три книги законовъ: первую уголовныхъ, вторую гражданскихъ, третью казенныхъ дѣлъ*.

Обозрѣніе (стр. 83):

Въ 1774 году все сіе многосложное учрежденіе, послѣ шестилѣтняго его существованія, упразднено. Всѣ лица, его составлявшія, отпущены; осталась одна канцелярія для справокъ.

Неудачный опытъ новаго уложенія заставилъ обратиться на *прежній путь, къ составленію Своднаго уложенія*. Въ концѣ 1795 года послѣдовалъ указъ, *брать существующія узаконенія и извлечь изъ нихъ три книги законовъ: 1) уголовныхъ; 2) гражданскихъ; 3) дѣлъ казенныхъ*. Сообразно сему и коммисія получила другое названіе; ей велѣно именоваться Коммисіею для составленія (*а не для сочиненія*) *законовъ*.

Этимъ путемъ было доказано въ 1821 году, что мысль о новомъ уложеніи не есть „уновленіе“, и что о немъ всегда помышляемо было, даже тогда, когда „предметъ Коммисіи законовъ тѣснѣе всего ограничивался“; а въ 1832 году—что „*всѣ коммисіи занимались сводомъ*“, что „назначеніемъ тѣхъ даже, кои главнымъ предметомъ поставляли сочиненіе уложеній, не было вновь все сочинить“, и что „*поэтому большая часть ихъ произведеній должна была состоять изъ Свода законовъ существующихъ*“¹⁾.

¹⁾ *Обозрѣніе, стр. 45 и сл.*

ДАРЕНІЕ И ЗАВѢЩАНІЕ

(Страница изъ исторіи кодификаціи).

Наполеоновъ кодексъ корнями своими уходитъ въ грандіозную работу юридической мысли прошлыхъ вѣковъ: въ этомъ истинный источникъ его величія. Но поспѣшность, съ которой онъ создавался, оставила на немъ слишкомъ замѣтные слѣды.

Гдѣ обычай и писанное право успѣли слиться воедино въ твореніяхъ духовныхъ отцовъ кодекса,—тамъ и у кодификаторовъ дѣло шло гладко: цѣльные, точно отчеканенные институты права рельефно выступали, облеченные въ легкую, изящную, лишенную педантизма форму. Но тамъ, гдѣ упрямый обычай расходился съ законченной римской системой, гдѣ составители кодекса пытались на свой собственный страхъ выбирать—какъ они выражались—„изъ обѣихъ системъ наилучшее“,—выступаютъ значительныя трещины. И что страннѣе всего: трещины эти остаются незадѣланными до сихъ поръ. Слѣдующее за кодификаторами поколѣніе комментаторовъ во многомъ ложно поняло свою задачу. Въмѣсто того, чтобы органически возстановлять искалѣченные неосторожною рукою составителей живые еще институты права,—связывать разъединенныя части,—дать непримиреннымъ элементамъ слиться въ самой жизни путемъ судебного толкованія,—комментаторы замерли въ слѣпомъ поклоненіи передъ великимъ созданіемъ національнаго генія, остановились передъ нимъ какъ передъ замкнутымъ въ себѣ самомъ

цѣлымъ, подлежащимъ уразумѣнію только изъ самого себя— съ помощью одной лишь формальной діалектики. Явная об- молвка закона возводится въ принципъ; конкретный бытовой фактъ, втиснутый съ явными признаками насилія въ чуждое- ему мѣсто, вталкивается въ единую, непогрѣшимую схему. Такими наивными приѣмами не могутъ быть удовлетворены стучащіяся въ двери потребности жизни. Недодѣланные, наскоро зарегистрированные, въ существѣ своемъ непонятые институты такъ и остаются недоразвитыми и неразъяснен- ными. Несмотря на всѣ причудливыя постройки эгзегезы, воздвигаемыя почти на каждой буквѣ кодекса, многіе су- щественные вопросы тщетно ждутъ жизненнаго отвѣта.

Долго стоялъ у меня вопросительный знакъ противъ главы кодекса: „Des dispositions entre époux soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage“— послѣдней главы большаго титула: „О дареніяхъ между живыми и завѣщаніяхъ“.

Постановленія о дареніяхъ изложены въ кодексѣ въ перемежку съ постановленіями о завѣщаніяхъ: впереди идутъ въ 3 главахъ правила, общія обоимъ институтамъ, затѣмъ одна глава о дареніяхъ (IV), одна глава спеціально о завѣщаніяхъ (V), двѣ главы общія: о распоряженіяхъ завѣща- тельныхъ и дарственныхъ въ пользу внуковъ и племян- никовъ и о раздѣлѣ между нисходящими; и, наконецъ, двѣ главы о дареніяхъ въ пользу супруговъ. Первая изъ нихъ (VIII по порядку) озаглавлена: „О дареніяхъ, сдѣланныхъ въ предбрачномъ договорѣ супругамъ и дѣтямъ, могущимъ родиться отъ брака“, вторая: „О распоряженіяхъ между су- пругами, по предбрачному договору или во время брака“.

Въ основу разграниченія между дареніемъ и завѣщаніемъ положенъ принципъ ясный и простой: даритель лишаетъ себя немедленно и безповоротно (*actuellement et irrévocablement*—ст. 893) даримой вещи; дарить, слѣдовательно, можно

только то, что можно отчуждать немедленно,—или, какъ выражается кодексъ, только „имущества настоящія“ (ст. 943). Завѣщатель не уступаетъ немедленно права собственности; поэтому онъ можетъ, *во-первыхъ*, распорядиться тѣмъ, что ему только еще будетъ принадлежать, т. е. имуществомъ будущимъ (*biens à venir*), онъ можетъ, *во-вторыхъ*, во всякое время отмѣнить свое распоряженіе (ст. 895).

Оба признака даренія (непосредственность передачи собственности и безповоротность) тѣсно сплетены другъ съ другомъ. Реально центръ тяжести лежитъ въ первомъ,—въ томъ, что одинъ обогащается на счетъ другаго, что даритель se dérouille, лишаетъ себя чего-то. Безповоротность есть только неизбежный выводъ изъ этого основнаго факта, гарантія его осуществленія, но гарантія, сросшаяся до того крѣпко съ основою, что потерялось представленіе объ ихъ внутреннемъ преемствѣ. Съ того момента, когда изъ области отношеній семейныхъ и общежительныхъ дареніе перешло въ сферу юридическую,—единственнымъ возможнымъ предикатомъ его стала безповоротность; безъ этого предиката нѣтъ ему мѣста въ юридическомъ быту.

Совсѣмъ иное—завѣщаніе. Завѣщаніе въ существѣ своемъ ничего не отчуждаетъ, ибо то, къ чему оно относится, не будетъ вовсе принадлежать отчуждающему въ моментъ, когда послѣдуетъ обогащеніе одареннаго: его, отчуждающаго, не будетъ въ живыхъ, и отчужденіе имущества совершится не по его волѣ, а въ силу высшаго, непререкаемаго и для юридической сферы, событія—смерти. Вещь, оставленная собственникомъ, *должна* войти въ сферу чужой имущественной личности; законъ, руководясь соображеніями публичнаго свойства, опредѣляетъ, кто именно долженъ обогатиться этимъ имуществомъ, по истинѣ *ничьимъ*. Собственнику—этому дарителю по-неволѣ—предоставляется только право выбирать между неизбежными преемниками. И именно

то, что онъ есть даритель *по-неволю*, отодвигаетъ завѣщаніе отъ даренія на противоположный полюсъ. Вся сила, вся жизненность даренія въ волевомъ элементѣ, въ этой власти измѣнять юридическое отношеніе, перемѣщать обладаніе по своему произволу; гдѣ нѣтъ власти *надъ имуществомъ*, тамъ нѣтъ и не можетъ быть никакой аналогіи съ дареніемъ. Самая широкая власть въ распредѣленіи между тѣми или иными лицами имущества, которое не есть *мое* имущество, — не содержитъ ни малѣйшаго подобія истиннаго *отчужденія* хотя-бы одного атома моего имущества. И напрасно на оба института нахлобучивается одинъ общій признакъ — безмездность. Эта „безмездность“ по отношенію къ завѣщанію смахиваетъ на насмѣшку. Какое же возмездіе мертвому? Возмездность или безмездность могутъ быть присущи только сдѣлкамъ между живыми. Дареніе безмездно. Нѣтъ во внѣшнемъ мірѣ ни одного факта — факта юридически осязаемаго — который заставлялъ бы дарителя умалять свою имущественную личность. Единственный источникъ его дѣйствія — его воля, — воля, тутъ же всецѣло и до конца реализующаяся, — именно въ этой реализаціи, и только въ ней, получающая свое юридическое, объективное освященіе. Эта реализація безповоротна, какъ фактъ, окончательно отпечатлѣвшійся, — какъ фактъ, не содержащій, въ противоположность обязательству, даже въ зародышѣ ничего кромѣ того, что уже реально въ немъ вылилось.

Безповоротность является, такимъ образомъ, *единственнымъ* юридическимъ признакомъ даренія; и неудивительно, что она была поставлена во главу угла при конструкціи института. Потѣе, непосредственный предшественникъ и вдохновитель творцовъ кодекса, уже изъ безповоротности выводилъ самую основу даренія — непосредственность перехода собственности ¹⁾; Какъ бы то ни было, но въ кодексѣ

¹⁾ Pothier—Oeuvres. Paris. 1825, t. XIII, p. 262.

оба признака даренія (непосредственность и безповоротность) стоятъ, какъ равноправные предикаты, и притомъ предикаты, исчерпывающіе собою опредѣленіе даренія. Мало того: только этими признаками оно отличается отъ поставленнаго рядомъ съ нимъ завѣщанія.

Это—основной принципъ разграниченія, ясный и простой. Такъ же ясно и просто проведеніе его—вплоть до того мѣста, гдѣ начинаются даренія супружескія. Здѣсь путеводная нить вдругъ обрывается. Уже въ общихъ правилахъ о дареніи (въ ст. 947), для дареній въ пользу супруговъ сдѣлано изъятіе въ томъ смыслѣ, что на нихъ не распространяется первое основное правило, согласно коему предметомъ дареній могутъ быть только имущества настоящія: на даренія, упоминаемыя въ главахъ VIII и IX,—сказано—не распространяется правило 948 ст. То же самое подтверждено по отношенію къ дареніямъ въ предбрачномъ договорѣ въ ст. 1082: родители, другіе восходящіе, родственники, а равно постороннія лица могутъ въ предбрачномъ договорѣ распорядиться въ пользу брачующихся—частью или всѣмъ имуществомъ, *которое они оставляютъ въ день своей смерти*. Значитъ, о передачѣ права собственности нѣтъ рѣчи; и тѣмъ не менѣе въ слѣдующей, 1088 ст., оставленъ для этихъ дареній второй неразрывно связанный съ первымъ признакъ—безповоротность.

Передача собственности есть матерія даренія; когда она исчезла, что же остается? Почему не исчезъ вмѣстѣ съ нею юридическій предикатъ ея, безповоротность? И гдѣ увѣренность, что тотъ институтъ, который только за безповоротность возводится въ разрядъ дареній, не есть въ существѣ своемъ нѣчто иное? Нѣтъ ли тутъ недоразумѣнія, не давимъ ли мы неосмотрительно живое созданіе другого рода?

Эти назойливые вопросы становятся совершенно неотступными, когда вы, подойдя къ той спеціальной категоріи

супружескихъ дареній, которыя именуется „дареніями во время брака“, натыкаетесь на статью (1096), которая гласитъ буквально слѣдующее: „даренія между супругами (во время брака), хотя бы и были названы дареніями при жизни, всегда могутъ быть отмѣнены“. Исчезла, значитъ, и безповоротность,—не осталось даже иллюзіи даренія. Я распоряжаюсь имуществомъ, которое останется послѣ моей смерти, я сохраняю право во всякое время отмѣнить это мое распоряженіе, и тѣмъ не менѣе я дарю, а не завѣщаю! Куда дѣлись разграничительныя примѣты? Почему для этихъ распоряженій оставлена сложная форма даренія, придуманная отнюдь не въ видахъ усиленія достовѣрности, а специально для того, чтобы затруднить непосредственный безмездный переходъ цѣнностей, при жизни дарителя?

Съ этими вопросами вы напрасно будете обращаться къ комментаторамъ. Вамъ на нихъ отвѣтять приблизительно слѣдующее: „Дареніе имѣетъ два свойства: оно должно быть *actuelle et irrévocable*; для предбрачнаго договора вычтено первое свойство,—значитъ, это будетъ дареніе, но „съ вычетомъ одного его признака“; для даренія между супругами вычтены два свойства, значитъ останется „дареніе съ вычетомъ двухъ признаковъ“.

Ибо, классически продолжаютъ комментаторы, законъ ясенъ: онъ знаетъ только два способа безмезднаго отчужденія—завѣщаніе и дареніе; а такъ какъ дареніе между супругами не есть завѣщаніе, слѣдовательно, оно есть дареніе. Когда же вы для того, чтобы спасти дарственный характеръ сдѣлокъ, совершенныхъ во время брака, указываете, что во всей главѣ IX упоминаются распоряженія объ имуществѣ будущемъ только при предбрачномъ договорѣ, что о нихъ вовсе не говорится при дареніи во время брака, что, слѣдовательно, эти послѣднія сдѣлки относятся, пожалуй, только къ имуществу настоящему и потому, хотя онъ и

отмѣнны, все-же могутъ перемѣщать право собственности немедленно при жизни: то въ отвѣтъ на это васъ побѣдоносно отсылаютъ къ 947 ст., въ которой сказано, что „правило объ имуществѣ настоящемъ не распространяется вообще на даренія, упомянутыя въ главѣ VIII и IX“, а въ числѣ дареній, упомянутыхъ въ главѣ IX, имѣются и даренія между супругами ¹⁾).

Всякая попытка поколебать эти устои вызываетъ искреннее изумленіе. „По мнѣнію Тролона“—такъ пишетъ Laurent— „это не есть дареніе между живыми, ибо оно отмѣняемо, и не завѣщаніе, ибо оно совершается въ формѣ договора. Изъ этого онъ заключаетъ, что это смѣсь того и другаго. Эта доктрина вела бы къ чрезвычайно важнымъ послѣдствіямъ, если бы она была истинна. Туллье заключаетъ, что дареніе между супругами не можетъ быть отнесено къ какому-нибудь единому типу; Дюрантонъ говоритъ, что это даренія на случай смерти. Необходимо отбросить эту доктрину безъ колебаній: она стремится создать третій способъ безмезднаго распоряженія, между тѣмъ какъ 893 ст. знаетъ только два способа: дареніе между живыми и завѣщаніе. Дареніе между супругами не есть завѣщаніе, слѣдовательно оно есть дареніе между живыми. Правда, что оно въ существенномъ пунктѣ (en un point essentiel) отклоняется отъ даренія, но это не мѣшаетъ авторамъ кодекса квалифицировать щедроты между супругами какъ даренія, „се qui est décisif“ ²⁾).

„Надо сознаться,—говоритъ Demolombe ³⁾—„что послѣдствія даренія между живыми не могутъ быть и не будутъ во всѣхъ отношеніяхъ одинаковы въ томъ случаѣ, когда они примѣняются только къ имуществамъ настоящимъ, и въ томъ случаѣ, когда они простираются и на имущество

¹⁾ Laurent—Principes de droit civil français, 1874, t. XV, p. 314.

²⁾ Ibidem.

³⁾ Demolombe—Cours de Code Napoléon, 1863, t. XXIII, № 455.

будущее. Однако... ст. 947 гласить, что четыре предыдущія статьи не примѣняются вовсе къ дареніямъ, о которыхъ упомянуто въ главахъ VIII и IX настоящей главы; статья же 943, которая устанавливаетъ, что дареніе между живыми можетъ простирается только на имущества настоящія, составляетъ часть четырехъ статей, которыя предшествуютъ ст. 947, а ст. 1096, которая разрѣшаетъ супругамъ совершать даренія во время брака, составляетъ часть главы IX. Ergo: „ст. 944 не примѣняется къ статьѣ 1096“.

Итакъ, нѣтъ спасенія ни откуда: и biens à venir исключить нельзя, и вывести сдѣлку изъ строя дареній невозможно: на стражѣ одного поставлена статья 947-я, на стражѣ другаго—893-я.

Приходится искать выхода въ другомъ мѣстѣ.

II.

Постановленія кодекса о дареніяхъ заимствованы почти буквально изъ ордонанса 1731 г., авторомъ котораго былъ одинъ изъ величайшихъ государственныхъ людей Франціи, канцлеръ Дагессо (D'Aguesseau). Ордонансъ этотъ, какъ и другіе законодательные акты того времени, насквозь проникнутъ объединительными, централистическими тенденціями. Не безъ настойчивости, но съ умѣлою осторожностью созидалось шагъ за шагомъ правовое единство Франціи. Въ письмахъ Дагессо къ представителямъ разныхъ провинціальныхъ парламентовъ разъясняются цѣль и смыслъ недавно изданнаго ордонанса ¹⁾; въ нихъ на каждомъ шагу явно и тайно сказывается одно стремленіе: стереть мѣстные провинціализмы, подогнуть обычай подъ римское право. Представителямъ „странъ писаннаго (т. е. римскаго) права“ умный дипломатъ и тонкій юристъ подчеркиваетъ истинно-римскій

¹⁾ Oeuvres de M. le Chancelier D'Aguesseau. Paris, 1759, t. IX, passim.

характеръ института ¹⁾, представителямъ кутюмныхъ странъ онъ указываетъ тѣ особенности, которыя заимствованы отъ нихъ ²⁾; наконецъ, кое-гдѣ даются увѣренія, что именно по вопросу о дареніяхъ обычное право почти совсѣмъ не разнится отъ римскаго ³⁾, какъ то впрочемъ заявлено было торжественно и въ официальномъ введеніи къ ордонансу ⁴⁾.

Однако, этому рвенію къ амальгамированію государственнѣйшій канцлеръ, одаренный истиннымъ чутьемъ законодателя, зналъ и предѣлъ: чего нельзя было стереть и слить, то приходилось оставить. Самое рѣшительное свидѣтельство этой осмотрительной сдержанности законодателя заключается въ послѣдней, 46-й, статьѣ ордонанса, которая гласитъ, что „дѣйствіе ордонанса *вовсе не распространяется* на даренія между супругами, за исключеніемъ тѣхъ, которыя совершаются въ предбрачномъ договорѣ“ ⁵⁾.

Такимъ образомъ случилось, что составителямъ Наполеонова кодекса неоткуда было заимствовать постановленія о дареніяхъ между супругами: ихъ не было въ ордонансѣ, — пришлось составлять ихъ за-ново, самимъ. Съумѣли ли при этомъ кондификаторы, изготовляя по указу свыше къ извѣстнымъ срокамъ потребное количество отдѣловъ, соблюсти ту же мудрую прозорливость и законодательный тактъ, которые обнаружилъ великій канцлеръ, — покажетъ наше дальнѣйшее изложеніе. Но прежде всего необходимо остановиться на томъ, что не сочинено составителями кодекса, а непосредственно заимствовано изъ ордонанса.

¹⁾ Ibidem, p. 372.

²⁾ Ibidem, p. 381.

³⁾ Ibidem, p. 360.

⁴⁾ Conférence des ordonnances de Louis XIV avec les anciennes ordonnances du royaume par Bornier, Paris, 1755, t. I, Recueil des nouvelles ordonnances, p. XVII.

⁵⁾ Ibidem, p. XXIV.

Главнымъ повѣществомъ ордонанса 1731 г., вызвавшимъ наиболѣе недоразумѣній и запросовъ ¹⁾, явилось постановленіе относительно такъ называемыхъ дареній на случай смерти. Ст. 3 ордонанса гласила: „Даренія на случай смерти, за исключеніемъ тѣхъ, которыя совершены въ предбрачныхъ договорахъ, не будутъ имѣть никакого дѣйствія даже въ тѣхъ провинціяхъ, въ которыхъ они прямо разрѣшены закономъ или обычаемъ,—развѣ если они будутъ заключены въ той же формѣ, въ какой совершаются завѣщанія; такъ что на будущее время въ нашей странѣ будутъ только два способа безмезднаго отчужденія: одинъ путемъ даренія между живыми, другой путемъ завѣщанія“. Вторая часть этой статьи и составила правило кодекса (893 ст.) о двухъ способахъ безмезднаго отчужденія, подавшее поводъ къ цитированнымъ выше разсужденіямъ комментаторовъ. Разсужденія эти, какъ мы видѣли, исходили изъ того положенія, что съ уничтоженіемъ даренія на случай смерти всякое безмездное отчужденіе, которое по формѣ своей не есть завѣщаніе, тѣмъ самымъ признается за дареніе между живыми. Но уже изъ приведенной редакціи статьи ордонанса, а еще болѣе изъ разъясненій, данныхъ самимъ Дагессо, видно, что толкователи кодекса не уразумѣли смысла того правила, которое имъ преподано. До ордонанса даренія на случай смерти имѣли полное право гражданства во многихъ провинціяхъ Франціи; облечено ли было распоряженіе на случай смерти въ форму завѣщанія или въ форму даренія,—судья, не мудрствуя лукаво, примѣнялъ къ нему тѣ послѣдствія, которыя вытекали изъ него, какъ изъ распоряженія по существу завѣщательнаго. Ордонансъ, въ видахъ единства, устранилъ для этихъ распоряженій форму даренія и прямо объявилъ (ст. 34), что даренія на случай смерти дѣйствительны, если они будутъ совершены въ формѣ

¹⁾ Oeuvres de D'Aguesseau, IX, p. 354, 362, 374.

завѣщаній. Вопросъ, слѣдовательно, ставился такъ: распоряженіе, въ существѣ завѣщательное, можетъ быть признано или дѣйствительнымъ, когда оно облечено въ форму завѣщанія,—или недѣйствительнымъ, когда оно облечено въ иную форму. Но о томъ, чтобы оно, будучи недѣйствительно въ качествѣ завѣщанія, должно было бы быть отнесено по содержанию и по выводимымъ изъ него послѣдствіямъ къ дареніямъ между живыми,—объ этомъ не помышлялъ творецъ того правила о двухъ способахъ безмезднаго отчужденія, на которомъ такой выводъ впоследствии искусственно построенъ. Что намѣреніемъ законодателя было не уничтожить даренія на случай смерти, а лишь вывести ихъ изъ разряда дареній и перевести въ разрядъ завѣщаній,—настойчиво подчеркивается во всѣхъ письмахъ Дагессо. Вотъ, что онъ пишетъ представителямъ парламентовъ Безансона, Бордо и Тулузы:

„Редакція 3 статьи, относящейся, какъ это очевидно, только къ внѣшней формѣ акта, не должна была возбудить въ васъ никакого сомнѣнія относительно истиннаго ея смысла (le véritable esprit de cet article). Смыслъ ея—повторяю еще разъ—не въ томъ, чтобы препятствовать совершенію дареній на случай смерти, а исключительно въ томъ, чтобы заставить совершать этотъ родъ дареній въ формѣ завѣщательныхъ распоряженій“¹⁾.

Въ другомъ письмѣ, къ представителю кутюмнаго парламента (Нормандіи), объясненъ ближе и мотивъ, заставившій изъ двухъ представлявшихся формъ—завѣщанія и даренія—избрать для дареній на случай смерти первую. „Однѣ провинціи находили, что распоряженіе должно быть облечено въ форму актовъ послѣдней воли; парламенты этихъ провинцій не въ состояніи были представить себѣ,

¹⁾ D'Aguesseau. Oeuvres, t. IX, p. 354, 362, 374.

чтобы такое распоряженіе могло быть сдѣлано въ формѣ договора. Другіе парламенты придерживались противоположнаго мнѣнія. Желая положить предѣлъ этому разнообразію юриспруденціи, король сталъ на сторону того мнѣнія, которое наиболѣе способствуетъ устраненію внушеній, каковыя внушенія представляются особенно опасными при совершеніи акта въ формѣ дареній, ибо форма эта менѣе смущаетъ больнаго¹⁾.

Второю, рѣзко бросающеюся въ глаза, чертою ордонанса является почти полное выдѣленіе правилъ о специальномъ видѣ дареній по предбрачному договору изъ всѣхъ прочихъ видовъ даренія: нѣтъ почти вопроса, по которому бы они не расходились. Не гоняясь за скороспѣлыми формальными обобщеніями, ордонансъ не насилуетъ ни той, ни другой группы—онъ даетъ имъ жить рядомъ, почти независимо другъ отъ друга.

Составители кодекса брали изъ ордонанса полными пригоршнями: они брали постановленія о дареніяхъ вообще и о дареніяхъ въ предбрачномъ договорѣ въ особенности—предбрачными дареніями наполнены цѣлыхъ двѣ главы кодекса. Но они ввели отъ себя и нѣчто новое. Впереди всѣхъ правилъ, во главѣ титула, помѣщена ими особая, наскоро составленная изъ отрывковъ ордонанса, группа правилъ, озаглавленная „Dispositions générales“ и распространяющая свою силу—вслѣдствіе своей общности—на всѣ группы безмездныхъ сдѣлокъ, въ томъ числѣ и на предбрачныя даренія. Между тѣмъ, надъ этою именно группою слѣдовало сильно призадуматься ранѣе, чѣмъ ее сплошь подчинить дѣйствію „Общихъ положеній“. Изъ числа „Dispositions générales“ кодексъ самъ тутъ-же установилъ четыре весьма крупныхъ исключенія: на VIII и IX главы не распро-

¹⁾ Ibidem, p. 383.

странено вовсе дѣйствіе 4 статей: 943—946. Самый объемъ этихъ исключеній долженъ былъ навести на размышленія; размышленія эти дѣйствительно явились—слѣдъ ихъ остался въ кодификаціонныхъ трудахъ,—но ихъ отстранили, должно быть, за недосугомъ.

III.

Въ ордонансѣ 1731 г. сказано было, что сдѣлки о прижизненномъ дареніи, включаемыя въ предбрачные договоры, не нуждаются въ обрядѣ принятія, *asserptation* (ст. 10); въ этомъ обрядѣ не нуждаются также—сказано далѣе (ст. 13)—установленныя въ предбрачномъ договорѣ „*institutions contractuelles*“. Послѣднія слова и составляютъ ключъ къ разрѣшенію всей проблемы.

Дегессо былъ не совсѣмъ правъ, когда утверждалъ, что въ вопросахъ, затронутыхъ ордонансомъ, римское право не расходится съ обычнымъ, но за то имѣлъ полное основаніе утверждать, что *во Франціи* провинціи римскаго, т. е. писаннаго, права уже не расходятся въ этихъ вопросахъ съ провинціями обычнаго права.

Сближеніе между ними создалось до ордонанса—притомъ, въ части наиболѣе трудной и сложной—не на почвѣ римскаго права, а на почвѣ кутюмовъ, реципированныхъ провинціями писаннаго права.

Римскому праву чужда была идея договора о будущемъ наслѣдствѣ. Въ древнѣйшій періодъ стремленіе сохранить нерушимымъ имущество рода ограничивало вообще кругъ безмездныхъ сдѣлокъ; въ позднѣйшій, индивидуалистическій, періодъ,—тенденція отстоять произволь личности до послѣднихъ ея дней совершенно исключала возможность безповоротнаго рѣшенія вопроса о будущемъ наслѣдникѣ. Далѣе, и сама по себѣ свобода завѣщанія—свобода установленія правопорядка на то время, когда меня не будетъ

въ живыхъ,—слѣдовательно, не для огражденія моего личнаго юридическаго бытія, а въ иныхъ цѣляхъ, выходящихъ за предѣлы автономнаго имущественнаго устройства личности,—такая свобода, предоставляемая закономъ завѣщателю, по соображеніямъ совершенно особаго, не цивилистическаго свойства, не могла стать предметомъ договора. *Hereditas testamento datur*, наслѣдство можетъ быть дано только по завѣщанію,—завѣщанію, которое въ древнѣйшій періодъ нуждалось для своей дѣйствительности въ согласіи рода и которое во всякомъ случаѣ не ограничивало свободы дѣйствій владѣльца въ продолженіе всей его жизни. „Договоръ“ о „будущемъ“ наслѣдствѣ противорѣчилъ элементарнымъ представленіямъ римскаго юриста.

Обычное право Франціи знало этотъ договоръ. Слѣды его имѣются еще въ Салическомъ правѣ, въ законахъ Рипуаріевъ, Бургундовъ и Вестготовъ, въ формулахъ Маркульфа. Совершеніе его сопровождалось первоначально цѣлымъ рядомъ символическихъ дѣйствій. Даритель въ присутствіи короля кидалъ вѣтку лицу, которое желалъ одарить и провозглашалъ его своимъ наслѣдникомъ. Одаренный являлся въ домъ дарителя и вступалъ во владѣніе предметомъ дара; затѣмъ обратнымъ киданіемъ вѣтки возвращалъ вещь дарителю. До истеченія года онъ опять получалъ вѣтвь, и этимъ договоръ становился неотмѣняемымъ. Современемъ символическіе приемы уступили мѣсто писанной формѣ, и въ такомъ видѣ сдѣлка прошла черезъ всѣ средніе вѣка, находя опору какъ въ свойственной германскому праву сравнительной свободѣ завѣщательныхъ распоряженій, такъ и преимущественно въ одной особенноти феодальнаго строя. Съ тѣхъ поръ какъ феодалы стали наслѣдственными, личность будущаго вассала стала опредѣляться не выборомъ сюзерена, а въ значительной мѣрѣ случаемъ,—особенно, когда послѣ умирающаго вассала оставались однѣ дочери. Необходимость

утвержденія наследника со стороны сюзерена недостаточно ограждала его. Возстановить свое вліяніе онъ могъ однимъ только путемъ: ему принадлежала власть вмѣшиваться въ рѣшеніе вопроса о бракѣ дѣтей вассала,—этимъ онъ и пользовался при заключеніи браковъ, чтобы опредѣлить напередъ судьбу наследства: сюзерень выбиралъ себѣ будущихъ ленниковъ—жениховъ дочерямъ вассала, которымъ и предоставлялось, по предбрачному договору, наследованіе въ феоде. Вотъ какъ изображаетъ эту систему Монтескье въ послѣднихъ строкахъ „Esprit des lois“. „Феодалы стали наследственными; сюзерены, которые должны были наблюдать за тѣмъ, чтобы феодалы несли службу, требовали, чтобы дочери, имѣющія наследовать,—а, какъ я полагаю, иногда и сыновья,—не вступали въ бракъ безъ ихъ согласія: такъ что предбрачные договоры стали для вельможъ актомъ распоряженія, и притомъ распоряженія гражданскаго. Въ подобной сдѣлкѣ, совершенной на глазахъ у сюзерена, дѣлались распоряженія о будущемъ наследствѣ, въ тѣхъ видахъ, чтобы наследники несли съ феодаловъ службу; такимъ образомъ только знать имѣла вначалѣ право распоряжаться будущимъ наследствомъ по предбрачному договору“¹⁾.

Создавшійся при такихъ условіяхъ порядокъ вещей послужилъ затѣмъ орудіемъ и для другихъ цѣлей. Окрѣпшая родовая знать пользовалась имъ въ борьбѣ за сохраненіе имущества въ средѣ рода: договоры о будущемъ наследствѣ, хотя и не стѣсняли возмездныхъ прижизненныхъ распоряженій, считались однако неотчуждаемыми по отношенію ко всякимъ способамъ безмезднаго отчужденія.

Этимъ слѣдуетъ объяснить, что когда затѣмъ въ XV и XVI вѣкахъ возникла великая собирательная работа въ области обычнаго права, то собиратели, руководимые „сектан-

¹⁾ Oeuvres complètes de Montesquieu. Paris, 1859, t. I, p. 590.

тами римскаго права^а, насилуя въ значительной мѣрѣ національные элементы въ интересахъ универсально-римскихъ началъ, выгнали отовсюду ненавистный имъ договоръ о наследствѣ, но не сумѣли побороть его въ самомъ надежномъ его прибѣжищѣ—въ предбрачномъ договорѣ. Тамъ онъ остался—и только тамъ. Мало того, онъ оказался настолько пригоденъ, что его стали усваивать и провинціи писаннаго права¹⁾, и когда ордонансу 1781 года пришлось коснуться этого вопроса, то между провинціями писаннаго и устнаго права дѣйствительно оказалось рѣдкое единодушіе. Изъ среды самыхъ ярыхъ романистовъ, осыпавшихъ Дагессо многочисленными вопросами, ни одинъ голосъ не поднялся противъ оставленія *institution contractuelle* въ предбрачномъ договорѣ.

Institution contractuelle есть договоръ, соглашеніе, устанавливающее извѣстную обязанность. Отсюда его безповоротность,—не безповоротность совершившагося факта обогащенія, которая естественна и непререкаема, а безповоротность связанности воли, которой предстоитъ еще реализоваться въ будущемъ,

Далѣе *institution contractuelle* есть договоръ, которому оказывается покровительство—въ интересахъ сохраненія семейнаго имущества; отсюда ненужность для него той торжественной и совершенно безцѣльной формальности, именуемой акцептаціею, которая установлена, какъ то признано и всѣми романистами, съ Савиньи во главѣ, единственно съ цѣлью затруднить гонимый всюду и во всѣ времена институтъ даренія.

Institution contractuelle есть договоръ о наследствѣ, притомъ о наследствѣ будущемъ,—объектъ, совершенно невѣдомомъ, не опредѣленномъ ни по объему, ни по времени

¹⁾ *Revue historique de droit français*. 1860, t. VI. Anouilh. De l'*institution contractuelle*, p. 304—310.

возникновения, „о будущемъ имуществѣ“, какъ выражаются—
кстати сказать, не совсѣмъ точно—и ордонансъ, и ко-
дексъ¹⁾.

Относясь къ неопредѣленному имуществу, договоръ не
перемѣщаетъ *actuellement* права собственности; съ тѣмъ,
чтобы оно передавалось затѣмъ самостоятельно отъ одарен-
наго его наслѣдникамъ, какъ то имѣетъ мѣсто при истин-
номъ дареніи имущества настоящаго. Наоборотъ, пережитіе
дарителемъ одареннаго уничтожаетъ все обязательство.

Но тѣ же цѣли, ради которыхъ институтъ оберегался,
вызываютъ и необходимость дальнѣйшаго его распростра-
ненія на дѣтей одареннаго—именно на дѣтей (а не наслѣд-
никовъ вообще). Отсюда является въ ордонансъ такой видъ
договора о будущемъ наслѣдствѣ, при которомъ одаренный
обязуется передать наслѣдство своимъ дѣтямъ; установленъ
и рядъ правилъ, регулирующихъ эти въ существѣ субси-
туціонныя сдѣлки.

Передача наслѣдства вызываетъ затѣмъ вопросъ о дол-
гахъ наслѣдодателя, и вотъ ордонансъ, основываясь на ку-
тюмахъ, даетъ рядъ постановлений, ограждающихъ кредито-
ровъ дарителя, но не обременяющихъ вмѣстѣ съ тѣмъ ода-
ренныхъ, въ интересахъ которыхъ весь институтъ поддер-
живается. Одаренный въ правѣ принять имущество въ томъ
видѣ, въ какомъ оно находилось въ моментъ даренія, и
обязанъ платить въ такомъ случаѣ лишь тѣ долги, которые
тяготѣли на имуществѣ въ моментъ даренія.

Наконецъ, въ виду передачи наслѣдства, возникаетъ во-
просъ о соотношеніи размѣра дара съ обязательною долею,
съ приданнымъ, и всѣ эти вопросы регулируются ордонан-
сомъ съ большою тщательностью.

¹⁾ Подъ будущимъ имуществомъ могутъ разумѣться и опредѣ-
ленные объекты, ожидаемые дарителемъ,—но не въ этомъ смыслѣ
терминъ употребляется кодексомъ.

Таковъ остовъ ордонанса. Онъ имѣеть предметомъ два различныхъ вида безмезднаго отчужденія и не затрудняется назвать каждое изъ нихъ по имени: одно есть дареніе между живыми, другое—договоръ о наслѣдствѣ. Въ этомъ договорѣ нѣтъ ничего дарственнаго въ истинномъ смыслѣ; самая неотмѣняемость его вытекаетъ изъ договорнаго начала. Онъ—не дареніе по существу, ибо имъ не умалается имущество дарителя; онъ не дареніе по формѣ, ибо форма его—предбрачный договоръ, и притомъ безъ главной формальной примѣты дарственныхъ сдѣлокъ—безъ акцептаци. Общее у него съ дареніемъ—только безмездность, но безмездно и завѣщаніе, и едва-ли можетъ быть сомнѣніе въ томъ, что съ юридической точки зрѣнія этому договору болѣе подобаетъ мѣсто въ ряду правилъ о завѣщаніяхъ, чѣмъ среди дареній. Однако съ дареніемъ было у него общее нѣчто иное: конкретная житейская почва, на которой они появились. Въ одинъ и тотъ же моментъ, въ одной и той же предбрачной сдѣлкѣ, переплетались и истинное дареніе имущества настоящаго, и договоръ о наслѣдствѣ. Этотъ фактъ оказался рѣшающимъ; онъ опредѣлилъ дальнѣйшую судьбу всего института. Истинное дареніе и договоръ о наслѣдствѣ, не связанные внутренно, каждый съ массою своихъ особенныхъ детальныхъ правилъ, оказались объединенными одною внѣшнею оболочкою. Получилась категорія, съ юридической точки зрѣнія чудовищная: категорія дареній „по предбрачному договору“.

Соединенные этимъ внѣшнимъ ярлыкомъ въ ордонансѣ, оба института перешли съ тѣмъ же ярлыкомъ и въ кодексъ.

IV.

Творцамъ кодекса не чуждо было представленіе объ особливомъ строѣ супружескихъ дареній.

Въ засѣданіи государственнаго совѣта 24 жерминаля

(14 апрѣля) XI года Биго-Преаменэ указывалъ, что „есть два рода дареній, которые всегда были выдѣляемы въ особый классъ и для которыхъ общія правила должны быть видоизмѣнены. Это даренія по предбрачному договору и даренія между супругами“ ¹⁾. Jaubert въ засѣданіи трибунала 9 флореаля (29 апрѣля) того же года торжественно обѣщалъ, что „les institutions contractuelles continueront d'être autorisées en faveur de mariage“ ²⁾. Во исполненіе этого обѣщанія, творцы кодекса переписали изъ ордонанса все, что касается institution contractuelle. Но они вычеркнули самое названіе. Они подвели предбрачныя даренія подъ общее наименованіе „дареній между живыми“ и этимъ втиснули ихъ въ рамки новаго, внутренне съ ними не связаннаго, института. Куда дѣвалась „institution contractuelle“? Отчего вычеркнуто слово, когда осталось существо? Съ этимъ упрекомъ обращались къ творцамъ кодекса всѣ позднѣйшіе изслѣдователи, и только самые снисходительные находили оправданіе имъ въ опасеніи „сломать единство и простоту основной классификаціи способовъ безмезднаго отчужденія“ ³⁾. Неужели, спрашивалъ Eschbach, творцы кодекса убоялись оскорбить современныя идеи, вписывая въ свое твореніе слово „de féodale mémoire“? ⁴⁾ „Они отнесли institution contractuelle къ дареніямъ—говоритъ Anouilh—забывая, что „законодательнымъ распоряженіемъ не побѣждается природа вещей“. Однако на самомъ дѣлѣ природа вещей оказалась побѣжденною въ значительной степени. Послѣ подведенія договора о наслѣдствѣ подъ другую общую рубрику, только истинно вдумчивые толкователи продолжали — согласно съ юристами старой школы — видѣть

¹⁾ Locré—La législation civile, commerciale et criminelle. Paris 1827, t. XI, p. 416.

²⁾ Ibidem, p. 483.

³⁾ Demolombe—Cours, t. XXIII, p. 300, № 273.

⁴⁾ Eschbach—Notice historique sur l'institution contractuelle, p. 127 sq.

въ немъ категорію особенную, имѣющую, по словамъ Furgole'я, „характеръ амфибіи: классъ особенный, съ особенными, ему одному только свойственными правилами“.

Но для комментаторовъ болѣе смѣлыхъ, формально умствующихъ, и къ прискорбію наиболѣе ходкихъ, упрощенная классификація кодекса уничтожила всякія стѣсненія. „Согласно 893 ст. кодекса“ — разсуждаетъ Laurent — „нельзя распоряжаться безмезднымъ способомъ иначе, какъ посредствомъ даренія или завѣщанія. Необходимо посему помѣстить *institution contractuelle* или между завѣщаніями, или между дареніями. Кодексъ разсѣкъ это затрудненіе, квалифицируя его, какъ дареніе; оно совершается въ формѣ договора; этого достаточно, чтобы невозможно было уподобить его завѣщанію¹⁾).

Характерна въ этомъ объясненіи—кромѣ общаго направленія мысли—одна подробность. Дареніе предбрачное именно не совершается въ формѣ особаго дарственнаго договора; оно присоединяется къ другому акту, именуемому предбрачнымъ договоромъ, независимо отъ того, содержится ли въ немъ дареніе, или нѣтъ. Мало того вся теорія о томъ, что дареніе есть договоръ, строится—и то по недоразумѣнію—на необходимости принятія дара со стороны одареннаго. Въ предбрачномъ договорѣ это принятіе отсутствуетъ, слѣдовательно въ части, касающейся даренія, предбрачная сдѣлка во всякомъ случаѣ не есть договоръ. И тѣмъ не менѣе для спасенія классификаціи оказывается достаточною надпись „*contrat*“ на актѣ, который въ сущности есть завѣщаніе.

Въ результатѣ получилось нѣчто совершенно неожиданное. Мракъ, посѣянный въ одномъ мѣстѣ, распространился по всѣму институту, затмивъ то, что ранѣе было совершенно ясно: отнеся распоряженіе будущимъ имуще-

¹⁾ *Principes*, t. XV, p. 221.

ствомъ къ дареніямъ между живыми, кодексъ затемнилъ самое понятіе „даренія между живыми“—понятіе, стоявшее неизблемо со временъ римскихъ юристовъ. Кассационный судъ Франціи въ теченіе ста лѣтъ бьется съ этимъ терминомъ; едва онъ успѣваетъ остановиться на одномъ какомъ-нибудь рѣшеніи, — новая волна жизни, новый бытовой фактъ сноситъ всю постройку и заставляетъ начинать всю работу сначала. Этимъ объясняется, почему Sirey, этотъ безразличный отмѣтчикъ кассационныхъ возрѣній, счелъ себя вынужденнымъ поставить во главѣ основной 894 статьи о дареніи слѣдующее меланхолическое замѣчаніе:

„По какимъ признакамъ отличать дареніе между живыми отъ дареній на случай смерти или, вѣрнѣе говоря, отъ дареній, которыя принято еще такъ называть? Если доктрина по этому вопросу даетъ правила ясныя и неопровержимыя, то практика, въ примѣненіи этихъ правилъ, далека отъ чего-либо опредѣленнаго: многочисленныя рѣшенія, ниже сего указываемыя, должны быть въ большинствѣ случаевъ разсматриваемы скорѣе, какъ разрѣшеніе конкретныхъ случаевъ по существу, чѣмъ какъ разъясненія по вопросамъ права въ истинномъ смыслѣ слова“.

V.

Даренія по предбрачному договору распределены въ кодексѣ между двумя главами: VIII и IX. Въ первой идетъ рѣчь о дареніяхъ, дѣлаемыхъ въ пользу супруговъ третьими лицами, во второй о дареніяхъ, дѣлаемыхъ самими супругами. Въ главныхъ основаніяхъ эти правила тождественны; незначительныя различія внушены соображеніями цѣлесообразности. Дареніе имущества настоящаго, по общему правилу, признается перемѣщающимъ право собственности: оно остается въ силѣ, если одаренный не переживетъ дарителя (ст. 3092)—имущество переходитъ тогда къ наследникамъ ода-

ренного, если не было обусловлено иначе. Дареніе имущества будущаго предполагаетъ и здѣсь пережитіе одареннаго (1903 ст.);—однако даренія имущества будущаго между супругами не могутъ уже сопровождаться субституціоннымъ отказомъ въ пользу дѣтей одареннаго, въ томъ разсужденіи,—какъ говорятъ комментаторы—что одному изъ родителей незачѣмъ впередъ выговаривать выгоды въ пользу дѣтей, которыя будутъ дѣтьми и другаго родителя. Наконецъ для дареній между супругами, по предбрачному договору установленъ особый размѣръ обязательной доли, на случай неоставленія дарителемъ потомства (ст. 1094).

Въ ту же главу о дареніяхъ супруговъ по предбрачному договору вставлены въ кодексъ—очевидно, въ видахъ достиженія вѣщаго единства—правила „о дареніяхъ между супругами, совершаемыхъ въ продолженіе брачнаго союза“. Уже при соединеніи въ одну категорію истиннаго предбрачнаго даренія и договора о наследствѣ творцы кодекса руководились признакомъ несущественнымъ, поверхностнымъ—тѣмъ, что обѣ сдѣлки совершаются въ одномъ и томъ же актѣ. Объединяя нынѣ даренія, совершенныя во время брака, съ дареніями предбрачными, они руководились признакомъ еще болѣе внѣшнимъ, еще менѣе существеннымъ для юридическаго быта: тождествомъ контрагентовъ,—тѣмъ, что и здѣсь, и тамъ имѣются на-лицо люди, соединившіеся или предполагающіе соединиться брачными узами. Можно съ увѣренностью сказать,—и это особенно ясно обнаружится изъ дальнѣйшаго изложенія,—что какую бы другую комбинацію изъ трехъ группъ сдѣлокъ (дареній обыкновенныхъ, дареній предбрачныхъ и дареній супружескихъ) составители кодекса не составили,—произошло бы менѣе смѣшенія, чѣмъ то, которое допущено кодексомъ въ теперешней его редакціи. Естественнѣе было соединить въ одну главу даренія обыкновенныя съ дареніями супруже-

скими,—естественнѣе даже слить даренія предбрачныя съ обыкновенными, чѣмъ сводить въ одну группу даренія, совершаемыя во время брака, съ дареніями предбрачными.

Ордонансъ, какъ мы знаемъ, не затронулъ вопроса о супружескихъ дареніяхъ,—онъ предоставилъ дѣйствовать кутюмамъ. Творцамъ Наполеонова кодекса пришлось поэтому оперировать надъ сырымъ, несведеннымъ матеріаломъ.

„Обычаемъ установлено“,—такъ учили римскіе источники—„что даренія между мужемъ и женой не имѣютъ силы“ (*Moribus apud nos receptum est ne inter virum et uxorem donationes valerent*). Супружескія отношенія должны быть свободны отъ прямаго или косвеннаго воздѣйствія денежнаго разчета, — они не должны служить ареною для эксплуатаціи болѣе благороднаго менѣе достойнымъ: *ne concordia pretio conciliari videretur neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret, ne mutuo amore in vicem spoliarentur donationibus non temperantes* ¹⁾.

Таковъ мотивъ, поведшій за собой абсолютный запретъ супружескихъ дареній. Однако этимъ же мотивомъ предуказывалось и ограниченіе общаго правила.

Опасность эксплуатаціи однимъ супругомъ другаго отпадаетъ, когда дареніе совершается съ правомъ отмѣны его во всякое время и съ обязательною отмѣною на случай болѣе ранней смерти дарителя. Таковы даренія *mortis causa*, и потому источники гласятъ, что „*inter virum et uxorem donationes mortis causa receptae sunt*“. „Ибо дѣйствіе такого даренія“—прибавляютъ источники—„обнаруживается въ такое время, когда (стороны) перестаютъ уже быть мужемъ и женою“ ²⁾.

Дареніе на случай смерти по общему правилу перемѣщало немедленно право собственности, слѣдовательно при-

¹⁾ L. 1 et 2. De donat. inter vir. et uxorem.

²⁾ Windscheid—Lehrbuch d. Pandektenrechts, III, § 509, 17. Dernburg—Pandekten, III, S. 45.

мѣнялось къ имуществамъ настоящимъ—съ сохраненіемъ лишь отмѣнительнаго условія ¹⁾. По отношенію къ дареніямъ между супругами и это правило подверглось ограниченію: *res non statim fiunt ejus cui donatae sunt* ²⁾. Однако путемъ фикціи строгій запретъ былъ обойденъ. Конституція императоровъ Севера и Антонина Каракалы объявила дѣйствительнымъ обычное дареніе между супругами, когда даритель умеръ, не отмѣнивъ его. Въ теченіе всей жизни дарителя сдѣлка, реально исполненная, признавалась граждански ничтожною, какъ-бы не существующею; но если даритель умиралъ, не отмѣнивъ даренія,—оно пріобрѣтало обратную силу, признавалось дѣйствительнымъ съ момента заключенія и неотмѣняемымъ для наслѣдниковъ дарителя. „Дареніе почитается въ этомъ случаѣ“,—замѣчаетъ Виндшейдъ ³⁾— „какъ-бы повтореннымъ въ моментъ смерти и сдѣланнымъ такимъ образомъ на время, когда дарителя не будетъ болѣе въ живыхъ“.

Таковъ типъ дареній между супругами, завѣщанный среднимъ вѣкамъ, античнымъ римскимъ правомъ и воспринятый, между прочимъ, въ провинціяхъ писаннаго права во Франціи: общее правило гласитъ, что даренія между супругами воспрещаются, и изъ этого правила установлены исключенія для дареній имущества настоящаго, совершаемыхъ на случай пережитія и подлежащихъ отмѣнѣ по волѣ дарителя.

Обычное право, при всемъ разнообразіи въ деталяхъ, въ общемъ проявляло то же отрицательное отношеніе къ супружескимъ дареніямъ. Многіе кутюмы—и въ томъ числѣ

¹⁾ L. 19. Pr. de reb. cred. (12, 1): qui mortis causa pecuniam donat, numerat pecuniam. Savigny—System d. heut. röm. Rechts, IV, § 170. Windscheid, II, § 369. Dernburg, III, § 117.

²⁾ L. II. Pr. de don. inter vir. et ux. (24, 1).

³⁾ Lehrbuch, II, § 509.

кутюмы Парижа и Орлеана ¹⁾, изъ которыхъ почерпалось затѣмъ большинство нормъ обычнаго права для кодекса,— не допускали между супругами не только дарственныхъ, но и завѣщательныхъ распоряженій,— „дабы не казалось“, поясняетъ отъ себя Guy-Coquille, „что дружба, согласіе и нѣжное обращеніе составляютъ предметъ торга, и чтобы дать понять, „qu'au coeur est le vraye amour et non à l'extérieur“ ²⁾. Основаніе это, весьма убѣдительное для юристовъ-теоретиковъ, всегда въ большей или меньшей степени проникнутыхъ римскими идеями,—въ жизни нашло себѣ союзника въ другомъ, гораздо болѣе сильномъ мотивѣ—въ стремленіи сохранять имущества въ родѣ. Этимъ стремленіемъ проникнута большая часть кутюмныхъ правилъ. „Полагали,—такъ свидѣтельствуешь Férgières—„что государство не можетъ держаться безъ этого средства, и что не будь запрета дареній, бездѣтные супруги дарили бы другъ другу свое имущество и передавали бы богатяя наслѣдства въ чуждые имъ роды“. Однако, стѣсняя супруговъ въ свободѣ распоряженія, и обычное право обладало, на подобіе римскаго, опредѣленнымъ коррективомъ, умѣрившимъ силу общаго запрета. Этотъ коррективъ состоялъ въ *ограниченіи части, подлежащей свободному дарственному распоряженію въ сдѣлкахъ между супругами*. Система этихъ ограниченій очень сложна. Кутюмы представляютъ въ этомъ отношеніи весьма пеструю картину, но преобладающими принципами является либо предоставленіе переживающему супругу узуфрукта во всемъ имуществѣ, либо передача права собственности на часть имущества, съ соотвѣтственными сокращеніями на случай конкуренціи другихъ сонаслѣдниковъ.

¹⁾ Coutumes des Duché, Baillage et Prévoté d'Orléans. Paris et Orléans. 1757, p. 475 sq.

²⁾ Inst. du droit français. Des gens mariés, p. 66.

Съ двухъ концовъ шелъ такимъ образомъ напоръ на свободу дарственныхъ распоряженій. И римское, и обычное право были согласны въ принципѣ; различіе было лишь въ способахъ его смягченія. Римское право обладало для этого отмѣняемостью, обычное—установленіемъ доли. И то, и другое допускало даренія между супругами, но даренія отмѣняемыя (по обѣимъ системамъ) въ случаѣ пережитія, отмѣняемыя сверхъ сего (по римской системѣ) по волѣ дарителя во все время его жизни, отмѣняемыя (по обычной системѣ) въ случаѣ превышенія установленной нормы.

Представимъ себѣ теперь, что обѣ эти системы одновременно вѣдряются въ институтъ простаго даренія. Ясно, что элементы обычнаго права не могли оказать никакого вліянія на юридическую квалификацію сдѣлки: они направлялись исключительно на опредѣленіе объема дара. Не менѣе ясно, съ другой стороны, что римскіе элементы должны были всецѣло измѣнить юридическій характеръ сдѣлки: присоединеніе къ обычному даренію начала отмѣняемости переводило его изъ разряда дареній между живыми въ разрядъ дареній *mortua causa*,—дареній, отдѣленныхъ весьма тонкою и съ теченіемъ времени все болѣе утончающею чертою отъ распоряженій завѣщательныхъ.

Это именно и произошло при введеніи правилъ о супружескихъ дареніяхъ въ Наполеоновъ кодексъ. Составители кодекса почерпали ограниченія супружескихъ дареній изъ обѣихъ системъ: 1094 ст. воспроизводитъ ограниченіе, дѣйствовавшее въ кутюмахъ, 1096 ст. вводитъ римскій принципъ безусловной отмѣняемости. Въ этомъ нагроможденіи другъ на друга ограничительныхъ принциповъ двухъ системъ нѣтъ сколько-нибудь понятной руководящей мысли,—эклектизмъ, особенно поражающій послѣ пышныхъ вводимыхъ тирадъ о необходимости поощрять сдѣлки „*en faveur de mariage*“. Предоставленные самимъ себѣ, безъ споры въ

предшествующемъ законодательствѣ, составители кодекса, вынужденные выстроить весь институтъ отъ основанія до вершины, съумѣли только механически сочетать два старыхъ начала, не проявивъ въ процессѣ ихъ соединенія никакой творческой мысли.

Какъ бы то ни было, но въ результатѣ получился, въ видѣ даренія между супругами, старый, истасканный еще въ римскомъ правѣ, институтъ даренія на случай смерти, съ привѣскомъ весьма сомнительнаго достоинства, почерпнутымъ изъ кутюмовъ и отнюдь не „фаворизирующимъ“ брачнымъ отношеніямъ.

VI.

Потому ли, что постановленія о супружескихъ дареніяхъ, помѣщенные въ концѣ законопроекта о дареніяхъ и завѣщаніяхъ, обсуждались съ особою попѣшливостію,—потому ли, что вновь создаваемый объединенный институтъ даренія между супругами по существу своему требовалъ больше вдумчивости, чѣмъ могли ему отвести мчавшіеся впередъ съ неимоверною быстротою законодатели,—но статьи о дареніяхъ между супругами привлекли къ себѣ весьма мало вниманія законодательныхъ инстанцій, редактировавшихъ кодексъ. Ихъ включили въ главу о дареніяхъ между живыми и завѣщаніяхъ, хотя онѣ не есть ни дареніе между живыми, ни завѣщаніе, и ни однимъ словомъ не объяснили, почему имъ отведено это мѣсто. Ихъ подчинили дѣйствію общей статьи (893) о томъ, что есть только два способа безмезднаго распоряженія: дареніе между живыми и завѣщаніе—не объяснивъ, почему устраняется *de nomine* тотъ третій способъ, который *de facto* остается, и въ какомъ именно изъ двухъ оставленныхъ разрядовъ слѣдуетъ числиться этому третьему, особому разряду. 893 статья представлялась уже искаженіемъ ордонакса, поскольку она касалась дареній по

предбрачному договору; передъ лицомъ же новаго инсти-тута она стоитъ, какъ неразгаданное чудище: ибо вы напрасно стали бы искать хоть тѣни отвѣта на ваши недоумѣнія у тѣхъ, которые должны бы за нее предстательствовать.

При обсужденіи правила 893 ст. въ законодательныхъ собраніяхъ, она не удостоилась ни одного слова разъясне-нія со стороны правительственныхъ ораторовъ, ни одного возраженія со стороны участниковъ собраній ¹⁾. Въ собра-ніяхъ этихъ весьма пространно дебатировался вопросъ о томъ, нужно ли вводить въ законодательный актъ юриди-ческія опредѣленія, или нѣтъ; рѣшено было: вводить опре-дѣленія:—признано было, что необходимо выяснять въ са-момъ законѣ „le caractère différentiel" каждаго института ²⁾ Такимъ caractère différentiel для дареній—пояснено тутъ же—является irrévocabilité, а для завѣщаній—révocabilité, и тѣмъ не менѣе не возникло даже вопроса о томъ: почему, вопреки этому „различительному характеру“, распоряженію отмѣняемому присвоивается названіе „даренія“.

Не возникло также и того вопроса, о которомъ мы уже говорили выше: почему даренія между супругами во время брака должны быть соединены въ одну главу съ дареніями по предбрачному договору.

Биго-Преаменэ въ рѣчи своей, обращенной къ государ-ственному совѣту, указывалъ, что „всѣ законы, предшество-вавшіе закону 17 нивоза XI года (этимъ закономъ револю-ціонной эпохи уничтожались всякія ограниченія супруже-скихъ дареній) всегда различались даренія, которыя супруги могутъ дѣлать другъ другу по предбрачному договору, и даренія, которыя имѣютъ мѣсто въ продолженіе брака“ ³⁾.

¹⁾ Locré—La Législation, t. XI, p. 88.

²⁾ Ibidem.

³⁾ Ibidem, p. 419.

Но изъ этого замѣчанія самъ Преаменэ не извлекъ никакихъ практическихъ выводовъ для вопроса о правильномъ размѣщеніи новыхъ правилъ въ кодексѣ, и этотъ именно грѣхъ, на видъ столь незначительный, фатальнымъ образомъ отразился на всей судьбѣ новаго института. Онъ-то, какъ оказывается, и вызвалъ неимоверную путаницу въ разсужденіяхъ, выходъ изъ которой оказался только черезъ тѣсныя ущелья схоластическаго комментаторства.

Основной вопросъ, болѣе всего затрудняющій пониманіе кодекса, состоитъ, какъ уже указано, въ томъ: можетъ ли дареніе отмѣняемое относительно имущества будущаго оставаться дареніемъ? На изобрѣтеніе доводовъ въ защиту положительнаго отвѣта затрачено было чрезвычайно много остроумія и находчивости; во имя придуманныхъ и идущихъ въ разрѣзъ съ непосредственнымъ здравымъ смысломъ комбинацій, извращался смыслъ житейскихъ отношеній,—и тѣмъ не менѣе, а можетъ быть именно потому, дѣло не подвигалось впередъ, осталась та же неудовлетворенность данными объясненіями и неясность основныхъ очертаній института. Даже неустрашимый Laurent сознается, что тамъ, гдѣ рѣчь идетъ объ имуществахъ будущихъ, слѣдовало бы примѣнять постановленія объ *institution contractuelle* ¹⁾, но какъ же приложить эти постановленія къ дареніямъ между супругами, которыя ни въ какой связи съ *institution contractuelle* не состоятъ? Болѣе основательный Toullier ²⁾, не колебаясь, изъеждетъ супружескія даренія изъ числа дареній между живыми и называетъ ихъ прямо „дареніями на случай смерти“, понимая подъ послѣдними не что иное, какъ завѣщанія, изложенныя въ формѣ дареній.

Duranton ³⁾ пытается устранить сомнѣніе тѣмъ, что отно-

¹⁾ Principes, loco cit., p. 351.

²⁾ Toullier—Le droit civil français, III, № 918.

³⁾ Duranton—Cours de droit français, IX, № 778.

ситъ даренія между супругами либо къ завѣщаніямъ, либо къ дареніямъ, смотря по тому, имѣютъ ли они предметомъ имущество настоящее или будущее. Но это значитъ разрѣчь вопросъ,—конечный результатъ, пожалуй, правиленъ, но здѣсь нѣтъ истиннаго разрѣшенія проблемы, нѣтъ примиренія и устраненія несомнѣнныхъ противорѣчій. Чтобы найти хоть какую-нибудь точку опоры, использовано было еще одно послѣднее средство. Дареніе—говорятъ—хотя и будущаго имущества, хотя и отмѣняемое, есть все же договоръ (*contrat*); какъ договоръ, оно имѣетъ обратную силу по отношенію къ моменту возникновенія; этимъ-то оно и отличается отъ завѣщанія, которое воспринимаетъ свою силу лишь съ момента смерти завѣщателя. Однако если дареніе признается договоромъ, то, очевидно, эта квалифікація можетъ относиться только къ суммѣ опредѣленныхъ признаковъ, характеризующихъ дареніе; когда не оказывается этихъ признаковъ, то нѣтъ даренія; нѣтъ, слѣдовательно, и договора. Да помимо сего, дареніе и не считается вовсе договоромъ по кодексу. Въ текстѣ закона (ст. 894) нѣтъ слова *contrat*; это слово было въ проектѣ и вычеркнуто по тому соображенію, что, какъ указалъ первый консулъ, „*le contrat impose des charges mutuelles aux deux contractants, aussi cette expression ne peut convenir à la donation*“¹⁾. Дареніе и характеризуется въ кодексѣ не какъ „*contrat*“, а какъ „*acte*“.

Такимъ образомъ нѣтъ и формальнаго основанія для отнесенія всего того, что кодексъ называетъ „*donation*“, къ разряду договоровъ; съ устраненіемъ этого основанія отпадаетъ и выводъ объ обратномъ дѣйствіи сдѣлки съ момента ея заключенія.

Разгадка всѣхъ этихъ и многочисленныхъ другихъ недоумѣній лежитъ въ грѣхѣ, содѣянномъ творцами кодекса. Грѣхъ содѣянъ былъ случайно, но самое нераскрытіе его

¹⁾ *Lesgé*, т. XI, стр. 98.

характерно для авторовъ кодекса, такъ же, какъ позднѣйшее возведеніе этого случайнаго грѣха въ принципъ превосходно характеризуетъ комментаторовъ кодекса.

Теорія о томъ, что предметомъ даренія между супругами можетъ быть имущество будущее, основана на 947 ст. кодекса.

947 статья гласитъ, что „четыре предыдущія статьи вовсе не примѣняются къ дареніямъ, о которыхъ упомянуто въ главахъ VIII и IX настоящаго раздѣла“.

Въ числѣ четырехъ предыдущихъ статей имѣется ст. 943, которая гласитъ, что „дареніе можетъ простирается только на имущества настоящія“. Значитъ правило ст. 943 не распространяется на главу IX, въ которой говорится о дареніяхъ предбрачныхъ и супружескихъ. А отсюда выводъ, что даренія между супругами могутъ имѣть предметомъ и имущества будущія.

Въ принятой кодексомъ редакціи обращаетъ на себя вниманіе то, что правоотношенія, которыя изъемяются 947 статьею изъ подъ дѣйствія общихъ правилъ, не названы по имени, а сдѣлана ссылка на подлежащія главы: не сказано, что ст. 943 не распространяется на даренія по предбрачному договору и на даренія между супругами, а „на даренія, указанные въ главахъ VIII и IX сего раздѣла“. Такая система редактированія, посредствомъ ссылокъ, облегчаетъ трудъ кодификатора, но она не ставитъ проблемы во всемъ ея объемѣ непосредственно передъ его глазами и потому представляетъ извѣстную опасность; опасность эта становится особенно сильною, когда два сводимыхъ мѣста значительно отстоятъ другъ отъ друга, когда разсмотрѣніе ихъ въ законодательной инстанціи отдѣлено значительнымъ промежуткомъ времени, и когда, прибавимъ мы для даннаго случая, разсмотрѣніе производится съ такою поспѣшностью, что для провѣрки ссылокъ не хватаетъ времени.

Тѣмъ болѣе основаній изслѣдователю, толкователю обратиться къ самому источнику ссылки. Изъ изученія этого источника обнаруживается слѣдующее.

Проектъ закона въ разсматриваемой нами части обсуждался въ государственномъ совѣтѣ 19 вентоза XI года (10 марта 1803 г.). Ходъ этого засѣданія изображенъ у *Loché* въ т. IX на стр. 225—226 въ слѣдующемъ видѣ:

Обсужденію подлежали:

Ст. 48 проекта, соответствующая	943	ст. кодекса.
— 49 — — —	944	— —
— 50 — — —	945	— —
— 51 — — —	946	— —
— 52 — — —	948	— —

Недостаётъ, значить, вовсе нынѣшней 947 статьи: ея, оказывается, вовсе не было въ проектѣ. Какимъ же образомъ она явилась? На той же 225 страницѣ у *Loché* сказано: „государственный совѣтъ обсуждаетъ ст. 48 проекта (943 ст. кодекса), которая гласить, что дареніе можетъ простирается только на имущества настоящія.

„Статья 48 принимается съ поправкою: редакція должна указать, что ею не предрѣшается ничего относительно дареній между живыми, включаемыми въ предбрачные договоры. (L'art. 48 est adopté avec l'amendement que la redaction fera apercevoir qu'il ne préjuge rien sur les donations entre-vifs portées aux *contrats de mariage*)“. Слѣдовательно, рѣчь идетъ исключительно о дареніяхъ предбрачныхъ, объ *institution contractuelle*; только къ нимъ и относится „поправка“, исключая примѣненіе 943 ст. По отношенію къ дареніямъ во время брака законодатели не погрѣшили и на будущія имущества ихъ не распространили. Составителя кодекса не говорили о „главѣ IX“,—они говорили объ определенномъ родѣ дареній—о дареніяхъ предбрачныхъ. Но

Предбрачныя даренія помѣщены были въ главахъ VIII и IX слѣдовательно редакторъ могъ сказать, что ст. 943 не распространяется на главу VIII и IX. Онъ только не замѣтилъ, что къ IX главѣ, по явному небреженію къ *saugère différentiel*, приобщены были—для стройности, во избѣжаніе новыхъ главъ и особыхъ заголовковъ—даренія между супругами во время брака. Не замѣтилъ—и оставилъ правило о томъ, что 943 ст. не распространяется вообще на „главу IX“. Эту „главу IX“ придумалъ, слѣдовательно, редакторъ, пи-сець, неизвѣстно кто, но только не законъ, насколько подъ закономъ разумѣется воля, сознательно выраженная законодателемъ, а не безсвязныя фразы, случайно начертанныя непризванною рукою. Если законодатель здѣсь въ чемъ-нибудь повиненъ, то развѣ въ томъ, что пропустилъ безъ всякихъ замѣчаній это редакторское измышленіе, когда оно дважды проходило черезъ высшія законодательныя ин-станціи. Онъ не замѣтилъ, что въ главахъ VIII и IX, кромѣ главнаго хозяина, гдѣ-то на задворкахъ пріютился скромный гость съ весьма своеобразною фізіономією.

А комментаторы усмотрѣли и въ этой явной опискѣ совершенно достаточный поводъ для перекройки на новый ладъ самыхъ основныхъ юридическихъ институтовъ—*ad majorem gloriam* классификаціоннаго принципа. Съ творцовъ французскаго кодекса снимается такимъ образомъ обвиненіе въ сознательномъ созданіи уродливаго гебрида—„отмѣняемаго даренія будущаго имущества“: виновными въ этомъ оказываются всецѣло комментаторы, которые, увлекшись стройностью и „принципиальностью“ своего кодекса, не усмотрѣли, что воздвигли колоссальное зданіе—на кодификаціонномъ недоразумѣніи.

Природная страсть къ діалектикѣ, соединенная съ особеннымъ сладостнымъ преклоненіемъ передъ буквою закона, какъ передъ вѣшною, импонирующею и самоцѣльною силою,

совершенно опьянила французовъ съ того момента, какъ имъ данъ былъ въ руки такой классическій предметъ для упражненія этихъ талантовъ, какъ Наполеоновъ кодексъ. Все, что предшествовало кодексу, должно было погрузиться въ мракъ неизвѣстности. Нѣтъ Бога кромѣ Бога..... Только опьяненіемъ можно объяснить тотъ фактъ, что тотчасъ послѣ изданія кодекса, въ 1807 году, когда еще все такъ свѣжо было въ памяти, когда легко было все провѣрить, появилась уже на комментаторскомъ рынкѣ та теорія, которая достигла затѣмъ своего кульминаціоннаго пункта въ твореніи Лорана.

Уже въ 1807 году генеральный прокуроръ кассационнаго суда потребовалъ отмѣны рѣшенія, которымъ дареніе будущаго имущества между супругами признано было завѣщаніемъ,—на томъ основаніи, что законъ ясенъ, что 947 статьею изъемяются изъ-подъ дѣйствія „четырехъ предыдущихъ статей даренія, въ главахъ VIII и IX указанныя“, а въ числѣ 4 статей имѣется 948, въ числѣ же дареній, указанныхъ въ VIII и IX главахъ, имѣются даренія между супругами и т. д., и т. д. Кассационный судъ подчинился этому толкованію, и хотя впоследствии обнаружались колебанія и сомнѣнія, хотя явились рѣшенія въ противоположномъ смыслѣ, хотя рядомъ съ комментаторами, монотонно повторяющими другъ за другомъ разсужденіе о „ясности закона“, выступили другіе, извлекающіе изъ того же закона положенія столь же „ясныя“ въ прямо противоположномъ смыслѣ—однако и тѣ и другіе были одинаково неубѣдительны: они страдали одною и тою же болѣзнью,—они считали законодателя *слишкомъ* разумнымъ.

Здравому юридическому чутью претить разматываніе словъ закона, въ какую бы сторону оно ни склонялось. И послѣ многихъ часовъ такой головоломной работы мысли можно съ легкимъ сердцемъ отказаться отъ ея результатовъ,—можно перетасовать слова, и фигура получится иная.

Пока не отысканъ движущій нервъ юридическаго института,—все не убѣдительно, все—слова; когда найденъ этотъ живой нервъ—исчезаютъ всякія недоразумѣнія. Все, ему чуждое, должно оказаться случайнымъ. Нужно только искать,—все розыщется,—нужно искать, не убаюкивая совѣсти эфемерными, формально-логическими сплетеніями. Въ этомъ методѣ есть своя логика,—логика, связанная не съ однимъ формальнымъ мышленіемъ, а со всею многогранною душевною дѣятельностью, участвующею всѣми сторонами своими въ созиданіи права. Она то—*эта* логика—властвуетъ не только надъ юристами, но и надъ всѣмъ обществомъ, надъ всѣми тѣми, кто долженъ понимать законъ; она властвуетъ и надъ закономъ.

Желательно или нежелательно введеніе въ законъ грядущій, вслѣдъ за французскимъ кодексомъ, особой категоріи дареній предбрачныхъ и дареній супружескихъ? Наше изложеніе раскрыло всю случайность той обстановки, при которой возникли и развились на французской почвѣ оба института. Выдѣленіе ихъ, какъ двухъ особенныхъ видовъ, изъ общаго строя дареній или завѣщаній—не вызывалось, какъ мы видѣли, никакими соображеніями универсальнаго свойства. И если страшно ломать своеобразный институтъ, тамъ гдѣ онъ выросъ—пока онъ сохраняетъ еще живучесть,—то столь же страшно насильственно вводить его тамъ, гдѣ онъ не имѣетъ никакихъ корней въ прошломъ и никакихъ правъ на поощреніе въ будущемъ. При пересадкѣ на нашу почву институтовъ—хотя-бы пріобрѣвшихъ значительное распространеніе и санкцію многихъ законодательствъ,—необходимо сохранять историческую перспективу, направлять свое вниманіе не на универсальность внѣшняго распространенія института, а на универсальность внутреннихъ, руководящихъ принциповъ.

„Дареніе по завѣщанію“.

Существуетъ, оказывается, и такой видъ даренія.

Передо мною лежитъ актъ слѣдующаго содержанія: „Во имя Отца и Сына и Святаго Духа, сознавая, что человѣкъ смертенъ и все земное тленно, я нижеименованный, находясь въ здоровомъ умѣ и твердой памяти, опредѣляю: недвижимое имѣніе мое такое-то *завѣщаю, согласно 991 ст. закон. гражд., безповоротно* такому-то.“ Слѣдуетъ подпись, удостовѣреніе свидѣтелей о здоровомъ умѣ и твердой памяти завѣщателя и нотаріальное засвидѣтельствованіе.

Что значить: „завѣщаю безповоротно“? Для чего требовалось призывать бренность всего земного и смертность рода человѣческаго, когда желательно было просто *подарить* недвижимое? Зачѣмъ вся помпезная интродукція—и „здравый умъ“, и „твердая память“, и „я нижеименованный“? Казалось бы, совершенно незачѣмъ. А между тѣмъ во всемъ этомъ кроется смыслъ, и вотъ какой.

Кассационный Сенатъ призналъ, что въ самомъ наименованіи „завѣщанія“, въ его торжественной обстановкѣ содержится особенная сила, проявляющая свое дѣйствіе не только послѣ смерти, но и при жизни завѣщателя. Достаточно, чтобы вы назвали актъ завѣщаніемъ и въ этомъ актѣ выразили, что немедленно передаете ваше имѣніе,— для того, чтобы вашъ „прижизненный наслѣдникъ“ тутъ

же могъ потребовать себѣ ввода во владѣніе и приобрѣлъ бы на ваше имущество неизблемый и безповоротный титулъ собственности. „Акты, заключающіе въ себѣ посмертныя распоряженія,—такъ разсуждаетъ Сенатъ,—признаются соотвѣтственно тому, когда они приводятся въ исполненіе, или духовными завѣщаніями, или дарственными записями. Согласно сему, для квалификаціи акта существенно установленіе факта, когда распоряженія, въ ономъ заключенныя, приведены въ исполненіе“ (рѣш. 1871 г. № 333, 1873 г. № 865).

Здѣсь все странно, непонятно.

Духовное завѣщаніе есть актъ, совершеніе коего расщеплено на два момента: составленіе акта при жизни и утвержденіе его по смерти. Безъ посмертнаго утвержденія нѣтъ на лицо завѣщанія, хотя бы оно было совершено нотариальнымъ порядкомъ. Если же оно совершено домашнимъ порядкомъ, это утвержденіе является единственнымъ моментомъ „сознанія“ акта передъ лицомъ власти. Что представляетъ изъ себя актъ, именуемый завѣщаніемъ, безъ формулы суда объ его утвержденіи, безъ опроса свидѣтелей, безъ провѣрки его соотвѣтствія правиламъ закона? Сенатъ разрѣшаетъ судамъ вводить наслѣдниковъ по такимъ завѣщаніямъ во владѣніе. Долженъ ли судъ при этомъ вызывать свидѣтелей и допрашивать ихъ о „здравомъ умѣ и твердой памяти“ все еще здравствующаго и твердо памятующаго завѣщателя? Отчего ужъ не просить его самого пожаловать и проявить самолично передъ судомъ здравость своего ума и крѣпость памяти? Долженъ ли судъ далѣе излѣдовать вопросъ о переписчикѣ, рукоприкладчикѣ, объ условіяхъ писанія завѣщанія, о томъ, не было ли въ числѣ свидѣтелей духовника наслѣдодателя,—и все это при его жизни? Словомъ, гдѣ, кто, когда и въ какихъ формахъ провѣряетъ наличность тѣхъ условій, при которыхъ домашнему акту

о переходѣ недвижимости приписывается значеніе несомнѣннаго волеизъявленія, и притомъ такого, при наличности коего крѣпостной актъ признается излишнимъ?

Судъ обязанъ, по ученію сената, учинить ввѣдъ во владѣніе „по завѣщанію“. Ввѣдъ во владѣніе не есть способъ укрѣпленія имущества; это символическая передача—при нынѣшнихъ условіяхъ безцѣльная и безсодержательная—имущества, юридически уже переукрѣпленнаго. Живое лицо, добровольно передающее свое недвижимое имущество, можетъ его укрѣпить за пріобрѣтателемъ только совершеніемъ акта въ опредѣленной, установленной въ интересахъ гласности земельного владѣнія, формѣ: купчая крѣпость совершается крѣпостнымъ порядкомъ (ст. 1420 т. X ч. 1); дарственная запись совершается крѣпостнымъ порядкомъ (987 ст.),—а крѣпостной порядокъ обозначаетъ утвержденіе акта старшимъ нотаріусомъ (79 ст. нот. полож.). Судъ не въ правѣ постановлять о ввѣдѣ во владѣніе, доколѣ ему не предъявленъ актъ укрѣпленія (ст. 1424 уст. гр. суд.),—т. е., при добровольномъ прижизненномъ отчужденіи, актъ, утвержденный старшимъ нотаріусомъ.

Какимъ же образомъ, по какому основанію предписывается суду учинять ввѣдъ по акту не крѣпостному и въ большинствѣ случаевъ даже не нотаріальному? Во имя чего приносится въ жертву эта форма, повидимому, въ чьихъ то интересахъ необходимая,—ибо иначе слѣдовало бы ее совсѣмъ бросить?

Мало того. Сенатъ не только разрѣшаетъ,—онъ рекомендуетъ ввѣдъ во владѣніе „по завѣщанію“, возможно спѣшнѣй,—онъ приписываетъ этому ввѣду особенную силу: ввѣдъ создаетъ окончательно сдѣлку объ отчужденіи,—безъ него „безповоротное“ завѣщаніе можетъ оказаться поворотнымъ. Съ тѣхъ поръ какъ первобытный человѣкъ покинулъ мысль о томъ, что для переноса права обладанія необходимо вру-

чить приобретателю горсть земли или кусокъ дерна, не было еще болѣе яркаго проявленія вѣры въ правотворческую силу *факта* обладанія. Актъ гласить: я передаю мою собственность немедленно и безповоротно. Можетъ ли такое изъявленіе воли когда либо, при какихъ бы то ни было условіяхъ, обозначать, что я передаю ее не немедленно, не безповоротно? Очевидно, нѣтъ. Актъ можетъ быть признанъ недостаточнымъ по формѣ, недѣйствительнымъ и потому не перемѣщающимъ вовсе права собственности, но онъ не можетъ быть признанъ актомъ, удостоверяющимъ мое желаніе передать собственность не немедленно, не безповоротно, когда онъ гласить, что собственность передается именно немедленно и безповоротно.

Между тѣмъ сенатъ предписываетъ такъ именно квалифицировать мою волю: по мнѣнію сената, хотя я говорю, что передаю безповоротно, я однако завѣщаю, т. е. распоряжаюсь не безповоротно и лишь на случай смерти,—если мой одаряемый не успѣлъ при жизни моей ввестись во владѣніе. Мало того: до тѣхъ поръ, пока онъ не ввелся во владѣніе, распоряженіе мое поворотное,—я могу его уничтожить, измѣнить; но съ тѣхъ поръ, какъ мой своеобразный контрагентъ по „завѣщанію“ ввелся во владѣніе, онъ уничтожилъ этимъ мое право совершить поворотъ. Въ результатѣ оказывается, что старая, завѣщенная и, казалось, давно сланная въ архивъ фикція производитъ чудеса: достаточно ей явиться, чтобы ничтожное по формѣ изъявленіе воли превратилось въ законный титулъ собственности; нѣтъ ея—и совершенно ясное по содержанію волеизъявленіе мѣняетъ свой обликъ: изъ сдѣлки между живыми оно превращается, вопреки своему содержанію, въ распоряженіе на случай смерти.

Наконецъ самый общій и самый, казалось бы, естественный вопросъ. Ради чего оказывается эта особенная защита

распоряженію живого лица, изъявившаго свою волю въ надлежащей формѣ и могущаго эту волю вновь проявить въ формѣ, закону угодной?

Если онъ прописалъ, что распоряжается своимъ имуществомъ немедленно и безповоротно, то ясно, что тутъ нѣтъ завѣщанія, что было намѣреніе дарить. Если онъ прописалъ все это въ формѣ простаго, некрѣпостнаго акта, то, очевидно, избралъ неудачную форму для исполненія своего намѣренія. Отчего, спрашивается, закону спасать эту неудачную форму въ этомъ одномъ случаѣ, когда вообще законъ не только не считаетъ своею задачею спасать неудачныя формы актовъ, но наоборотъ, по совершенно понятной логикѣ, связываетъ съ обязательными для нѣкоторыхъ случаевъ формами извѣстный смыслъ? Предполагать ли, что именно актамъ даренія оказывается особенное покровительство, что именно для ихъ спасенія законъ жертвуетъ тѣмъ, чѣмъ онъ не жертвуетъ ни для какой иной, возмездной, сдѣлки? Но это было бы противно всему, что мы знаемъ о судьбахъ института даренія, объ отношеніи къ нему законодательствъ всѣхъ странъ и народовъ, не исключая и нашего.

Актъ даренія всегда сопровождался особенно строгою формою; эту строгую форму иные теоретики права представляютъ даже на мѣсто реальной причины сдѣлки (causa). Рядомъ съ торжественною формою самого волеизъявленія устанавливается еще и взаимный формальный обрядъ принятія. Въ этихъ формѣхъ нѣтъ даренія. Намѣреніе дарить не вылавливается изъ инородныхъ актовъ—особенно изъ завѣщанія, акта въ существѣ поворотнаго, никого не связывающаго, никому пока правъ не дающаго. Какая надобность, при жизни завѣщателя, толковать его завѣщаніе, усматривать въ немъ дареніе, освобождать это дареніе отъ обычной формы, когда даритель-завѣщатель живъ и можетъ.

дефектъ своего волеизъявленія всегда исправить? Не предписываетъ же законъ примѣнять этотъ пріемъ, когда рѣчь идетъ о возмезной сдѣлкѣ, заслуживающей, несомнѣнно, въ гораздо большей мѣрѣ свободнаго истолкованія? Между тѣмъ Сенатъ велитъ толковать именно завѣщаніе и именно при жизни завѣщателя; онъ предписываетъ суду усматривать дареніе и давать при жизни завѣщателя вводъ безформенному волеизъявленію, только потому, что оно названо завѣщаніемъ.

Не ясно ли, что все это нѣсколько темно?

Между тѣмъ оно оправдывается ссылкой на буквальный смыслъ закона.

II.

Вотъ этотъ законъ:

„Духовныя завѣщанія, коими имѣніе при жизни владѣльца укрѣпляется за другими лицами безповоротно, должны быть признаваемы дарственными записями, и наоборотъ, дарственные записи, посредствомъ коихъ имущество должно поступить въ другое владѣніе не при жизни, но по смерти дарителя, принадлежать, по существу своему, къ актамъ завѣщательнымъ. Вводъ во владѣніе недвижимымъ имуществомъ по дарственной записи долженъ слѣдовать немедленно по совершеніи акта, и ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть отсроченъ до смерти дарителя“.

Этотъ законъ (991 ст. т. X ч. 1) необходимо разслонть. Онъ принадлежитъ къ двумъ различнымъ формаціямъ—ихъ и надо изслѣдовать порознь, чтобы уразумѣть смыслъ цѣлаго. Грань между обѣими формаціями—тамъ, гдѣ стоятъ слова: „и наоборотъ“. Все, стоящее выше, принадлежитъ къ первому періоду,—все дальнѣйшее есть послѣдующее наслоеніе.

Начнемъ съ наслоенія. Оно явилось въ 1842 г., въ видѣ особой законодательной новеллы. Новелла эта полу-инозем-

наго происхожденія. На западныхъ окраинахъ, въ бывшихъ Литовскихъ областяхъ, дѣйствовалъ Литовскій статутъ. Статутъ воспрещалъ завѣщательныя распоряженія родовымъ наследственнымъ имуществомъ. Но тотъ же статутъ давалъ превосходное, классическое средство для обхода установленнаго имъ запрета: онъ допускалъ, рядомъ съ завѣщаніемъ, дареніе на случай смерти (*donatio mortis causa*). Дареніе на случай смерти, по формѣ отличное отъ завѣщанія, реально всецѣло покрывало его. Въ эту-то форму и вылились запретныя завѣщательныя распоряженія родовымъ наследственнымъ имуществомъ. Законодательная власть новаго правительства, ревностно охраняя неподвижность родового землевладѣнія, рѣшила принять мѣры къ сокращенію злоупотребленій: въ этихъ видахъ рѣшено было раскассировать даренія на случай смерти и размѣстить ихъ—смотря по видовымъ особенностямъ,—либо въ разрядъ завѣщаній, либо въ разрядъ дареній между живыми.

Законодательное постановленіе касалось естественно только западныхъ губерній; въ 1842 году рѣшено было распространить его на губерніи Черниговскую и Полтавскую и тутъ же попутно постановлено: „предположеннымъ о дарственныхъ записяхъ постановленіемъ, какъ въ существѣ совершенно сходнымъ съ принятыми и въ общемъ сводѣ началами, дополнить 591 статью законовъ гражданскихъ“.

Правило, ставшее такимъ образомъ общимъ для всѣхъ областей Имперіи, было редактировано въ слѣдующей формѣ: „дарственные записи, посредствомъ коихъ имущество должно поступить въ другое владѣніе не при жизни, но по смерти дарителя, принадлежать по существу своему къ актамъ завѣщательнымъ“ (Пол. Собр. Зак. № 15522). Для чего понадобилось вводить это правило въ общій сводъ—сказать трудно. Общій сводъ не зналъ „дарственныхъ распоряженій, посредствомъ коихъ имущество переходитъ лишь по смерти

дарителя“,—не противъ чего, слѣдовательно, было бороться. Общій сводъ не пересматривался, и не производилось розысковъ за общими началами, пригодными для свода. Вводить же въ законъ при всякомъ удобномъ случаѣ, безъ системы и безъ связи съ конкретнымъ моментомъ развитія, правовыя нормы, только потому, что онѣ „въ существѣ сходны съ принятыми“, значить создать въ законѣ *по меньшей мѣрѣ* нѣчто лишнее—писать комментарий къ существующимъ уже и, надо полагать, правильно выраженнымъ, своимъ же общимъ началамъ. Какъ бы то ни было, но запретъ дареній *mortis causa* попалъ въ общій сводъ.

Дѣло однако не ограничилось установленіемъ одного запрета: къ нему для охраны былъ приставленъ другой, пожалуй, болѣе дѣйствительный. Даренія на случай смерти воспрещаются. Это значить, что запрещается совершеніе актовъ, въ коихъ указано, что даримое имѣніе переходитъ лишь послѣ смерти дарителя. Но этого мало. Колея къ обходу закона налажена,—необходимо пресѣчь и другія, болѣе затруднительныя, но все же возможные поощренія къ достиженію той же цѣли. Дарственная можетъ гласить, что имѣніе перейдетъ при жизни, а реально она все таки останется дарственной на случай смерти. Необходимо озаботиться, чтобы не только на бумагѣ, но и на дѣлѣ наследственные имѣнія дарились, т. е. реально при жизни передавались—необходимо „постановить для предупрежденія всякихъ непопозволенныхъ изворотовъ, что ввѣдъ во владѣніе даримымъ при жизни вотчинника родовымъ имѣніемъ долженъ быть совершаемъ безотлагательно“. (Пол. Собр. Зак. № 15522).

Это послѣднее правило было также переведено въ общій сводъ, но изъ него выброшенъ—уже при самомъ редактированіи закона въ Государственномъ Совѣтѣ—терминъ, наиболѣе характерный для пониманія истиннаго его смысла:

вмѣсто „имѣнія *родоваго*“—поставлено просто: „*недвижимое* имущество“. Это превращеніе стерло индивидуальное клеймо закона: для завѣщанія просто недвижимаго имущества не требовалось очевидно, никакихъ „непозволенныхъ изво-ротовъ“.

Какъ бы то ни было, но постановленіе о ввѣдѣ во вла-дѣніе въ такомъ именно общемъ видѣ попало въ сводъ; а разъ туда попавши, оно стало источникомъ нескончаемыхъ недоразумѣній.

Непосредственный смыслъ его тотъ, что даже ясный и опредѣленный дарственный актъ, т. е. актъ, формально перемѣщающій немедленно право на недвижимое имуще-ство, недѣйствителенъ, если реальная передача имущества не совершена безотлагательно,—иначе говоря, для дѣйстви-тельности даренія нуженъ не только актъ, устанавливающій немедленный и безповоротный переходъ права собственности, но и наличность факта передачи даримаго имущества. Можно, восходя къ первоисточникамъ закона, съузить его примѣненіе и заставить его дѣйствовать только по отношенію къ имуще-ствамъ родовымъ; можно, наоборотъ, придерживаясь букваль-наго его смысла и остановиться на болѣе обширномъ понятіи о „недвижимомъ“ имуществѣ вообще,—но невозможно не при-знавать, что во всякомъ случаѣ ввѣдъ требуется для того случая, когда *формально* актъ совершенно безукоризненъ, а не для того, когда самый актъ отсрочиваетъ передачу имущества до смерти дарителя. Для *этого* случая—когда самымъ актомъ отсрочивается передача—нѣтъ надобности, въ дополнительныхъ санкціяхъ: актъ недѣйствителенъ самъ по себѣ, въ силу того, что онъ по содержанію своему уже представляетъ *donatio mortis causa*. Такого акта не укрѣ-пить никакими вводами, да и ввода по нему совершить нельзя, ибо какъ совершить ввѣдъ по акту, по которому :время для ввода имѣетъ еще только наступить. Словомъ,

требованіе фактической передачи имущества есть придатокъ, затрудняющій дареніе въ тѣхъ случаяхъ, когда оно формально безукоризненно, а не средство для облегченія даренія, формально недѣйствительнаго.

Между тѣмъ достаточно было сосѣдства въ одной и той же статьѣ двухъ постановленій—одного о томъ, что отсрочка владѣнія по акту не допускается, и другаго что вводъ во владѣніе долженъ совершаться при жизни дарителя,—для того, чтобы судебная практика (рѣш. 1873 г. № 865, 1881 г. № 37) пришла къ заключенію, что вводъ во владѣніе требуется не по дарственнымъ записямъ вообще, а лишь по такимъ дарственнымъ записямъ, въ которыхъ содержится условіе объ отсрочкѣ передачи. Иначе говоря: по акту не дарственному, въ существѣ завѣщательному, вводъ требуется; дарственная же запись вообще освобождается отъ обряда ввода. И въ результатъ тотъ самый придатокъ, который отражалъ на себѣ лишь присущую закону основную тенденцію къ ограниченію дареній, сталъ средствомъ для облегченія даренія, для превращенія недѣйствительнаго дарственнаго акта въ дѣйствительный.

III.

Еще печальнѣе отразилось это сосѣдство на первой формации той же 991 статьи.

Существовала въ первоначальномъ текстѣ свода (изд. 1832 года) статья нѣсколько неяснаго происхожденія. Принципъ ея выраженъ былъ Сперанскимъ еще въ уложеніи 1810 года: „Даровыя записи и другія сдѣлки, при жизни чинимыя, по силѣ коихъ имущество поступаетъ въ собственность къ другому во время жизни самого владѣльца, не почитаются распоряженіями завѣщательными“ (ст. 280). Этотъ принципъ пришлось затѣмъ Государственному Совѣту провести въ жизнь въ 1828 году, въ бытность Сперанскаго

членомъ Государственнаго Совѣта. Въ конкретномъ случаѣ, представшемъ на разсмотрѣніе Совѣта, „сдѣлкою, при жизни учиненною“, оказался актъ, названный „завѣщаніемъ“,—актъ, у крѣпостныхъ дѣлъ записанный, сдѣдовательно, достаточный для перенесенія права собственности на пріобрѣтателя. Государственный Совѣтъ правильно рассудилъ, что эта сдѣлка не должна почитаться распоряженіемъ завѣщательнымъ, но актомъ дарственнымъ. Это рѣшеніе Государственнаго Совѣта было затѣмъ внесено въ сводъ. Казалось бы, что мысль, воплощенная въ немъ, могла и должна была быть выражена только въ томъ самомъ видѣ, въ какомъ она была выражена въ уложеніи 1810 года, а именно, что *актъ*, содержащій такіа то распоряженія, не есть завѣщаніе, а дареніе. Рѣчь могла идти и въ самомъ дѣлѣ шла о всякомъ „актѣ“, „сдѣлкѣ“, т. е. всякой внѣшней формѣ волеизъявленія. Между тѣмъ вмѣсто общаго и такъ сказать, полаго термина: „актъ“, „сдѣлка“, введено въ законъ понятіе, уже наполненное содержаніемъ (завѣщаніе),—мало того: понятіе, имѣющее опредѣленную форму воплощенія. И мысль толкователя закона невольно направляется въ сторону этой особой формы и въ сторону особливаго ея содержанія.

Однако тутъ же, рядомъ съ этимъ терминомъ, дающимъ гораздо больше, чѣмъ отъ него требуется, поставлена оговорка, разомъ отнимающая все то, что дано въ самомъ понятіи „укрѣпляется безповоротно“. Углубленіе въ смыслъ соотношенія этихъ двухъ частей опредѣленія способно, конечно, спасти хоть отчасти правильный выводъ, но именно только отчасти. Несомнѣнно, что, отнявъ отъ понятія „завѣщаніе“ то, что составляетъ его существо (поворотность), вы получите голый, безсодержательный актъ, то есть приблизитесь къ тому, что имѣли въ виду составители свода. Но отрицая во второй части опредѣленія *существо* завѣща-

нія, законъ все же оставляетъ нетронутымъ предположеніе, что рѣчь идетъ во всякомъ случаѣ о *формѣ* завѣщанія,— предположеніе, ни малѣйше не соответствующее тому источнику, изъ котораго правило взято. О завѣщательной формѣ не было и рѣчи въ дѣлѣ Государственнаго Совѣта: по тому дѣлу дарительница, Олсуфьева, отдала навсегда благопріобрѣтенное имѣніе свое братьямъ *по актамъ, у крѣпостныхъ дѣлъ записаннымъ* (т. е. по такимъ именно актамъ, которые требуются для дѣйствительности даренія, ст. 587 изд. 1832 г.), и „только по одному наименованію“ этотъ актъ истолковывался меньшинствомъ Сената и Совѣта, какъ завѣщаніе. Значитъ, не въ завѣщаніи тутъ было дѣло, въ смыслѣ опредѣленной, всегда предполагающейся формы,—а въ „актѣ“ крѣпостномъ, по формѣ соответствующемъ акту дарственному и только наименованному завѣщаніемъ.

Далѣе, уложеніе 1810 года, говоря объ актахъ, „по силѣ коихъ имущество поступаетъ въ собственность къ другому во время жизни самого владѣльца“, не бралось присвоивать этимъ актамъ законную силу только на основаніи одного этого признака; оно ограничилось отрицательнымъ указаніемъ: акты эти *не есть распоряженія завѣщательныя*. Для того, чтобы имъ придать силу актовъ дарственныхъ, требуется еще нѣчто, и прежде всего опредѣленная для дарственныхъ сдѣлокъ крѣпостная форма: не всякій актъ, „по силѣ коего имущество переходитъ безмездно при жизни владѣльца“, есть „дарственная запись“.

Составители свода не остановились на такомъ отрицательномъ опредѣленіи; они предпочли положительный тезисъ: „должны быть признаваемы дарственными записями“. Отсюда просторъ для предположенія, будто *все* элементы сдѣлки уже содержатся въ опредѣленіи,—будто особой, крѣпостной формы дарственного акта и не требуется,—достаточно одна суть. И предположеніе это проникаетъ тѣмъ

глубже, что и о формѣ вѣдь не забыто—сказано: „завѣщаніе“,—только форма не та, не обычная, не дарственная, а завѣщательная.

Значить, *нужно*, чтобы актъ былъ завѣщаніемъ—не завѣщаніемъ въ истинномъ смыслѣ слова, а приблизительно, на-видѣ завѣщаніемъ,—бумагою, начинающеюся со словъ: „Во Имя Отца и Сына и Святаго Духа“, трактующею о здоровомъ умѣ и твердой памяти и содержащею сакраментальное слово: „завѣщаю“. *Нужно* далѣе, чтобы въ этой бумагѣ было сказано: „безповоротно“. *Нужно*, наконецъ, чтобы по этой бумагѣ былъ совершенъ вводъ во владѣніе при жизни „завѣщателя“. *Не нужно*, чтобы такой актъ былъ облеченъ въ форму акта крѣпостнаго...

Такъ-то, слагая букву съ буквою, слово съ словомъ, теряя изъ виду понятія и живую сферу, въ которой они сцѣпляются, отходишь постепенно отъ весьма простаго явленія и запутываешься въ вычурныхъ комбинаціяхъ. И когда вся эта кропотливая работа закончена, достаточно взглянуть на созданное твореніе, чтобы самому ужаснуться. И спѣшишь спасать, подставлять, урѣзывать, прикрыть его чѣмъ-либо,—лишь бы не торчали такъ уродливые контуры. „Дарственное завѣщаніе“ и было покрыто вводомъ... Совершенно голый завѣщательный актъ, дающій внѣ крѣпостнаго порядка право собственности,—актъ, признаваемый „завѣщательнымъ“, когда завѣщательныя свойства его совѣстно даже провѣрять—все это претить юридическому чутью, съ этимъ примириться нельзя: необходимо на это своеобразное „завѣщаніе“ набросить флеръ, благо онъ тутъ же подъ рукою имѣется. „Вводъ во владѣніе“—этотъ звукъ такъ напоминаетъ древнюю передачу, онъ такъ конкретно и полно воплощаетъ намѣреніе одарить; его выпуклость способна искупить и не такіе юридическіе грѣхи. Этимъ образомъ—звукомъ и падо воспользоваться: надо снабдить свое-

образное завѣщаніе вводимъ—оно тогда выйдетъ не такъ постыдно голо. Даромъ, что этотъ вводъ пріютился здѣсь случайно, для иныхъ совсѣмъ цѣлей,—даромъ, что мы этотъ вводъ, какъ пустую формальность, отвергаемъ для настоящаго даренія, для котораго онъ въ сущности и былъ установленъ,—тамъ онъ не нуженъ, тамъ все ясно, нечего прикрывать.

И нельзя даже сказать, чтобы въ этомъ разсужденіи былъ сознательный злокозненный умыселъ: что-то замаскировать, скрыть. Нѣтъ, здѣсь дѣйствуетъ совершенно естественное стремленіе: сгладить нестройности въ живомъ организмѣ, удовлетворить присущее юридическому мышленію сознаніе въ необходимой связности явленія—сознаніе, не могущее найти удовлетворенія въ системѣ буквоѣдской, формально-логической интерпретаци. Однако къ такому сглаживанію нестройностей есть два пути, и тотъ, который избранъ Сенатомъ,—путь не настоящій. Нахлобучиваніемъ другъ на друга двухъ инородныхъ тѣлъ усугубляется только монструальность каждаго изъ нихъ. Естественный путь—не въ насильственномъ связываніи фразъ, болѣе или менѣе близко другъ къ другу стоящихъ, а въ восстановленіи въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ существа и генезиса института, въ восполненіи его, согласно съ его внутреннею сущностью, и въ отверженіи всего, что претитъ этой сущности. Этотъ естественный путь *долженъ* привести къ самымъ простымъ и самымъ стройнымъ рѣшеніямъ,—рѣшеніямъ имѣющимъ, какъ все истинное, ту особенность, что разъ найденныя, они кажутся совершенно элементарными.

Рѣшенія эти для настоящаго случая представляются въ слѣдующемъ видѣ:

1. Всякій актъ безмезднаго отчужденія, перемѣщающій безповоротно при жизни владѣльца право собственности на имущество, есть по существу дареніе, хотя бы онъ былъ наименованъ завѣщаніемъ.

2. Какъ бы актъ ни былъ наименованъ, для дѣйствительности даренія требуется, чтобы актъ былъ совершенъ крѣпостнымъ порядкомъ.

3. Ни завѣщательная форма акта, ни наличность или отсутствіе ввода при жизни владѣльца не играютъ при этомъ никакой роли. Если вводъ нужно сохранить для даренія, то его нужно сохранить и для даренія, прикрытаго другимъ наименованіемъ. Если онъ признается безцѣльнымъ вообще, онъ безцѣленъ и для той формы даренія, которая скрывается подъ именемъ завѣщанія.

Завѣщаніе никогда не становится дареніемъ, дареніе никогда не становится завѣщаніемъ. „Даренія по завѣщанію“ не существуетъ.

РОЛЬ СВИДѢТЕЛЕЙ ВЪ ЗАВѢЩАНІИ.

Введеніе въ губерніяхъ Царства Польскаго французскаго кодекса принесло странѣ, рядомъ съ неисчислимыми благами кодифицированнаго законодательства, несомнѣнный вредъ: оно убило духъ самостоятельнаго изслѣдованія, связало мысль не только чужими юридическими нормами, но и чужими толкованіями. Зародившееся было въ Польшѣ въ концѣ прошлаго вѣка стремленіе къ изученію и къ систематизаціи богатаго отечественнаго матеріала въ области законодательства—достаточно вспомнить труды Островскаго и Чацкаго ¹⁾—заглохло и смѣнилось безотчетнымъ подчиненіемъ авторитету французскихъ комментаторовъ. Историческіе труды Губе, Мацѣевскаго, Бандтке имѣютъ предметомъ отжившую старину, безъ всякаго отношенія къ дѣйствительной жизни, а немногочисленныя самостоятельныя работы въ области дѣйствующаго права, иногда весьма талантливыя, всецѣло отражаютъ на себѣ діалектическое направленіе французскихъ комментаторовъ и совершенно лишены исторической перспективы. Своя исторія не укладывалась въ чужія, извнѣ данныя формы; чужая была, къ сожалѣнію, слишкомъ чужда не только мѣстнымъ изслѣдователямъ, но даже и самимъ французскимъ ихъ первообразамъ. Величіе Наполеонова кодекса поработило умы и тамъ, во Франціи. Весь XIX вѣкъ и тамъ ушелъ на работу надъ расчлененіемъ понятій и логическою чистотою дедукцій, пригвожденныхъ

¹⁾ O s t r o w s k i, Prawo cywilne albo szczególnie narodu polskiego. Cz a c k i O prawach polskich i litewskich.

къ буквѣ кодекса. Разросшаяся до небывалыхъ размѣровъ комментаторская литература Франціи не только не двинула впередъ юридическаго творчества вѣка, но даже не сумѣла дать надлежащаго освѣщенія тѣмъ институтамъ кодекса, смыслъ которыхъ раскрывается только путемъ историческаго изслѣдованія. На истолкованіе кодекса затрачена масса остроумія и таланта; но отъ этого остроумія отдаетъ подчасъ мертвенностью,—и чѣмъ институтъ дальше отъ обобщенныхъ теоремъ римскаго права, чѣмъ глубже онъ проникаетъ въ пеструю и сложную жизнь народнаго обычая, тѣмъ мертвеннѣе онъ выходитъ изъ рукъ комментатора. Родина Куяція и Дюмулена, Дагессо и Потье изжила всѣ свои силы на величавое твореніе начала нынѣшняго вѣка и упокоилась на немъ; руководство въ области юридической мысли перешло въ другія руки.

Въ этой именно обработкѣ слѣпо перенимается Наполеоновъ кодексъ польскою наукою и практикою; въ комментаторовъ нѣтъ спасенія,—ссылка на авторитетъ замѣняетъ свободное проникновеніе въ смыслъ закона.

Въ 1876 году въ губерніяхъ Царства Польскаго введена судебная реформа, легшая вторымъ наноснымъ пластомъ на общественно-юридическій укладъ бывшей Польши. На всемъ пространствѣ Уставовъ разсѣяны многочисленныя нормы матеріальнаго права, которыя такъ или иначе должны были войти въ столкновеніе съ старымъ кодифицированнымъ законодательствомъ страны. Какъ бы ихъ тщательно ни пригоняли—при введеніи въ дѣйствіе—къ новымъ условіямъ, подчасъ расширяя, подчасъ урѣзывая, они все же остаются уставами, созданными въ иной атмосферѣ, при дѣйствіи иного гражданскаго закона. И если отдѣльныя, бьющія въ глаза особенности можно было устранить путемъ законовъ „о примѣненіи“, то все же разность въ общихъ положеніяхъ, проявленія которой никогда не могутъ быть предугаданы

заранѣе, должна была сказаться потомъ въ жизни. Все это могло, казалось бы, вызвать самостоятельное научное движеніе, направленное къ переработкѣ новыхъ началъ, къ оцѣнкѣ относительнаго значенія стараго и новаго. Но ничего подобнаго не случилось. По особымъ соображеніямъ политическаго свойства доступъ къ университетскимъ кафедрамъ былъ совершенно закрытъ для польскихъ ученыхъ силъ; польская наука замерла; юридическая литература оскудѣла. За послѣднія 20 лѣтъ прекратилось единственное серьезное польское изданіе (*Biblioteka umiejętności prawnych*)—за эти 20 лѣтъ не появилось ни одного сколько нибудь замѣтнаго труда въ области гражданскаго права. А практика, цѣплясь чужими толкованіями чужаго кодекса, поглощаетъ вмѣстѣ съ живыми, и мертвыя его части: мертвыя на родинѣ, онѣ еще болѣе мертвы у насъ.

Анализу одной изъ такихъ омертвѣвшихъ подъ перомъ комментаторовъ частей кодекса—посвящено настоящее изслѣдованіе.

I.

Наполеоновъ кодексъ установилъ три вида завѣщанія: завѣщаніе собственоручное (*testament olographe*), тайное (*t. mystique*) и публичное (*t. par acte public*). Правила о послѣднемъ содержатся въ статьяхъ 971—972 кодекса. Статья 971 даетъ общее опредѣленіе публичнаго завѣщанія: „*Le testament par acte public est celui qui est reçu par deux notaires, en présence de deux témoins, ou par un notaire en présence de quatre témoins*“. Затѣмъ 972 ст. описываетъ подробно отдѣльные моменты его составленія: „*Si le testament est reçu par deux notaires il leur est dicté par le testateur, et il doit être écrit par l'un de ces notaires tel qu'il est dicté.—S'il n'y a qu'un notaire il doit également être dicté par le testateur et écrit par ce notaire.—Dans l'un et l'autre cas, il doit en être donné lecture au testateur, en présence des témoins.—Il est fait du tout mention expresse*“.

Объёмъ приведеннымъ статьямъ уготовлено было прокрустово ложе съ первыхъ же дней появленія ихъ на свѣтъ.

Въ 1804 году предстояло разрѣшить вопросъ о значеніи термина „dicter“, употребленнаго въ 972 ст. Въ завѣщаніи было сказано: „que voulant faire son testament, il ordonne et veut... il institue et nomme de sa propre bouche heritière particulière... dans tous les autres biens il nomme de sa propre bouche heritières universelles“, а въ заключеніе: „... a dit et dit être sa dernirée volonté qu'il veut et entend être executée“ etc.

При такихъ условіяхъ не была однако признана наличность „диктовки“, и завѣщаніе было уничтожено ¹⁾.

Въ 1805 году поставленъ былъ на разрѣшеніе другой вопросъ: если въ завѣщаніи сказано: „dicté au notaire ainsi qu'il suit“—то достаточно ли это указаніе, и не необходимо ли упомянуть сверхъ сего, что записано именно то, что продиктовано. И вопросъ разрѣшенъ былъ въ томъ смыслѣ, что такое упоминаніе необходимо; по отсутствію такого упоминанія завѣщаніе признано недѣйствительнымъ ²⁾.

Когда послѣ изданія ордонанса 1735 года о завѣщаніяхъ провинціальныя парламенты стали осыпать канцлера d'Aguesseau—творца ордонанса—мелочными вопросами и сомнѣніями относительно формы завѣщаній, онъ, истративъ въ своихъ отвѣтахъ громадную массу учтивости и терпѣнія, наконецъ воскликнулъ, что „законъ не можетъ вѣдь заниматься ни точками, ни запятыми,—онъ занимается дѣломъ“ (la loi ne s'attache pas ni aux points, ni aux virgules—elle ne s'occupe que de la chose). Этой „chose“ не искали однако преемники Дагессо и черезъ сто лѣтъ—не искали ея, какъ мы видѣли, въ вопросѣ о значеніи диктовки, не искали и въ другомъ, болѣе существенномъ вопросѣ, глубже захва-

¹⁾ Grenier. Traité des donations etc. Paris 1807, т. II, стр. 13.

²⁾ Ibidem.

тывающемъ весь разбираемый институтъ—въ вопросѣ о роли свидѣтелей при завѣщаніи.

Въ частности ставился и ставится донынѣ вопросъ о томъ: обязаны ли свидѣтели по завѣщанію неотлучно присутствовать во все время составленія завѣщанія, или же достаточно ихъ присутствіе при такомъ моментѣ въ составленіи завѣщанія, въ которомъ согласіе завѣщателя на окончательную редакцію его предсмертныхъ распоряженій выступаетъ особенно ясно и опредѣлительно, а именно при окончательномъ прочитываніи ему завѣщанія, непосредственно предшествующемъ подписанію.

Этотъ мелкій вопросъ отражаетъ на себѣ однако, какъ мы попытаемся доказать, различіе двухъ системъ, двухъ воззрѣній на существо одного изъ труднѣйшихъ по своей основной конструкции институтовъ гражданскаго права—распоряженія живаго лица на то время, когда его не будетъ болѣе въ живыхъ. Между тѣмъ французскіе комментаторы отнеслись къ этому вопросу съ чрезвычайною легкостью. Они дали рѣшеніе вопроса, по тенденціи согласное съ приведенными выше толкованіями „диктовки“ завѣщанія, гнѣтущее своимъ безцѣльнымъ формализмомъ, идущее въ разрѣзъ со взглядомъ на форму, какъ на признакъ соблюденія условій, вопросъ о наличности которыхъ предоставленъ однако свободной оцѣнкѣ судьи,—и дали это рѣшеніе либо безъ всякихъ мотивовъ, либо съ единственнымъ мотивомъ, достоинство котораго приблизительно равноцѣнно соображенію о томъ, что „profeger par sa bouche devant le notaire“ не равносильно „dicter“. Рѣшеніе таково: свидѣтели должны присутствовать при всѣхъ послѣдовательныхъ дѣйствіяхъ, минутная отлучка одного изъ свидѣтелей во время диктовки уничтожаетъ силу завѣщанія, хотя бы всѣ присутствовали при прочтеніи завѣщанія и удостовѣряли, что оно дѣйствительно выражало истинную

волю завѣщателя ¹⁾). А мотивъ таковъ: Статья 971 гласитъ, что завѣщаніе „est reçu“ въ присутствіи свидѣтелей, значитъ, они должны присутствовать при всей „gescertion“ завѣщанія, а понятіе gescertion разлагается на три части: диктовку, чтеніе и подписываніе,—значитъ, свидѣтели должны присутствовать при всѣхъ этихъ актахъ.

Однакоже — возражаютъ — статья 972, говоря объ этихъ отдѣльныхъ моментахъ, требуетъ безусловно присутствія свидѣтелей только при чтеніи завѣщанія и, говоря о диктовкѣ, не указываетъ вовсе на необходимость ихъ присутствія. На это дается отвѣтъ: законъ упоминаетъ о присутствіи свидѣтелей при чтеніи, такъ какъ безъ такого упоминанія можно бы предположить, что свидѣтели нужны только при диктовкѣ. Иными словами: можно бы, какъ оказывается, предположить, что подъ „gescertion“ не понимаются всѣ три акта, а только одинъ изъ нихъ, диктовка ²⁾. Вотъ тотъ ба-зисъ, на которомъ построено строгое правило, чуждое всѣмъ нашимъ представленіямъ о способахъ истолкованія чужой воли. Очевидно, всю эту діалектическую постройку съ одинаковымъ правомъ можно начать съ другого конца; и тогда получится результатъ прямо противоположный. Если въ gescertion можно предполагать не три акта, а одинъ—диктовку, то значитъ, самое понятіе gescertion, а съ тѣмъ вмѣстѣ и текстъ 971 статьи, недостаточны для того, чтобы изъ нихъ можно было вывести правило, будто свидѣтели должны присутствовать при *трехъ* актахъ.

Далѣе, если законодатель, давъ общее опредѣленіе совершенія завѣщанія, затѣмъ самъ расчленяетъ понятіе „совершенія“ (gescertion) на отдѣльные моменты, и указываетъ

¹⁾ Grenier, Traité des donations, p. 24—25. Dalloz, Répertoire méthodique, т. XVI, Paris 1856, p. 81 sq. Laurent, Principes du droit civil, XIII, § 297 sq. и друг.

²⁾ Приведенные мотивы подробнѣе всего развиты у Laurent, loc. cit., особенно §§ 297 и 300.

только при *одномъ* изъ этихъ моментовъ на необходимость присутствія свидѣтелей, то, по общимъ правиламъ систематическаго толкованія, изъ этого слѣдуетъ, что въ *другіе* моменты присутствіе свидѣтелей *не* необходимо, хотя-бы въ общемъ опредѣленіи этотъ признакъ (присутствіе свидѣтелей) и былъ указанъ.

Для примѣра можно указать наши ст. ст. 84—104 нотар. положенія, и особенно статьи 69, 81, 86 и 91 проекта нотар. полож. 1863 г. ¹⁾ Въ ст. 84 положенія (ст. 69 проекта) указано, что при „совершеніи“ всякаго акта должны присутствовать два свидѣтеля, затѣмъ исчисляется цѣлый рядъ дѣйствій (изложеніе условій стороною, составленіе проекта и проч.) безъ упоминанія о свидѣтеляхъ (ст. 85—103), наконецъ ст. 104 (86 проекта) говоритъ о прочтеніи сторонамъ окончательно средактированнаго акта „въ присутствіи свидѣтелей“.—и никому, однако, въ голову не приходило, при такой редакціи закона, требовать присутствія свидѣтелей при *всѣхъ* дѣйствіяхъ, на томъ только основаніи, что статья 84 говоритъ о наличности свидѣтелей вообще „при совершеніи акта“, т. е. говоритъ то же самое, что 972 ст. кодекса говоритъ о завѣщаніяхъ.

Свидѣтели — утверждаютъ далѣе: — должны присутствовать при диктовкѣ, потому что это само собою понятно, потому что диктовка есть главное, и именно потому, что она есть главное, законодатель предполагалъ, что присутствіе свидѣтелей, необходимое вообще при „*reserption*“, будетъ отнесено къ одной диктовкѣ. Между тѣмъ, съ одинаковымъ, казалось бы, если не съ большимъ правомъ, можно утверждать, что главное для познанія истинной воли завѣщателя есть выслушаніе имъ и одобреніе окончательно составленнаго проекта: во время диктовки распоряженія мѣняются, исправляются — нельзя обязывать завѣщателей го-

¹⁾ Суд. уст., изд. госуд. канц., ч. III, стр. 429—441.

ворить безъ запинокъ, и даже кассационные суды Франціи вынуждены были признать такую диктовку съ запинкою и поправками „законою диктовкою“. ¹⁾ Истинная воля завѣщателя очевидно познается при этихъ условіяхъ гораздо труднѣе и менѣе опредѣленно, чѣмъ при окончательномъ чтеніи; этимъ соображеніемъ руководились, повидимому, и составители нашего нотаріальнаго положенія. А если диктовка не есть главное, значитъ законодатель не могъ предполагать, что присутствіе свидѣтелей при диктовкѣ само собою подразумѣвается, и что оно при чтеніи, наоборотъ, не подразумѣвается,—значитъ, не оказывается той причины, которая, по мнѣнію комментаторовъ, заставила законодателя упомянуть о свидѣтеляхъ при чтеніи завѣщанія. Наконецъ о томъ, какихъ предположеній законодатель при примѣненіи закона опасался, нѣтъ надобности строить догадки; для этого есть положительные матеріалы, и если на „опасеніи“ законодателя должно быть, какъ оказывается, построено все толкованіе 972 ст., то очевидно, къ этимъ матеріаламъ и слѣдовало обратиться.

Но въ этихъ матеріалахъ ничего въ подтвержденіе защищаемаго комментаторами взгляда не содержится. Проектъ закона о завѣщаніяхъ, выработанный законодательнымъ отдѣленіемъ, разсматривался въ 11 засѣданіяхъ Государственнаго Совѣта, отъ 7 pluviöse'a до 3 germinal'я XI года (отъ 20 января до 24 марта 1803 г.), два раза по установленному порядку проходилъ черезъ засѣданіе Трибуната и два раза обсуждался въ законодательномъ собраніи (22 апрѣля и 3 мая). Мотивы закона изложили Государственному Совѣту и законодательному собранію въ двухъ блестящихъ рѣчахъ—Bigot Prémeneu, въ Трибунатѣ излагали мотивы Jaubert и Sedillez, при вторичномъ обсужденіи закона въ законодательномъ собраніи—Favard. Но ни въ одномъ изъ многочисленныхъ протоко-

¹⁾ Req. 15 janv. 1845, Miquel et autres, ср. Dalloz t. XVI, № 2843.

ловъ засѣданій, ни въ одной изъ рѣчей правительственныхъ ораторовъ не содержится даже и намекъ на то, что подсказываютъ законодателю нынѣшніе толкователи.

При изъясненіи смысла 972 ст. мы не связаны, слѣдовательно, никакими „опасеніями“ или „предположеніями“ законодателя; мы вольны истолковать ее по буквальному ея разуму, если находимъ, что такимъ образомъ ограждается достовѣрность проявленія воли завѣщателя.

Наконецъ еще одно соображеніе. Въ § 301 своихъ „Principes“ (т. XIII) Laurent, главный и во всякомъ случаѣ самый краснорѣчивый защитникъ опровергаемаго нами мнѣнія, толкуетъ смыслъ послѣдней фразы 972 ст.: „il est fait du tout mention expresse“. Что слѣдуетъ разумѣть подъ „tout“? Въ ст. 972 говорится только о присутствіи свидѣтелей при чтеніи,—о присутствіи ихъ при диктовкѣ не говорится, но необходимость ихъ во время диктовки установлена самимъ Лораномъ; спрашивается, надлежитъ ли разумѣть подъ „tout“ и упоминаніе о свидѣтеляхъ при диктовкѣ, или только при одномъ чтеніи? По этому поводу Лоранъ говоритъ: „On n'aperçoit pas pourquoi la loi prescrit la mention expresse de la présence des témoins pendant l'une des opérations, la lecture, tandis qu'elle ne la prescrit pas pour les autres opérations. Mais en matière de formes testamentaires on ne raisonne pas par analogie, car cette argumentation conduirait à créer des nullités que la loi ignore. Il n'y a point de formalité ni de nullité sans texte“¹⁾, Значитъ, когда рѣчь идетъ объ одной формальности—о томъ, необходимо ли упоминаніе или нѣтъ—то ни „резонировать“, ни устанавливать новую сверхзаконную формальность не дозволяется; а когда рѣшается вопросъ о томъ,—нужны или не нужны самые свидѣтели—то разрѣшается и разсуждать и устанавливать „sans texte“ недѣйствительность акта.

¹⁾ Laurent, т. XIII, § 300.

Словесныя препирательства можно бы такимъ образомъ вести безъ конца и, повидному, съ большимъ успѣхомъ противъ комментаторовъ, чѣмъ за нихъ; но не съ этой стороны вопросъ представляетъ интересъ и не потому онъ характеренъ для цѣлаго направленія мысли, безъ критики привитаго къ нашей почвѣ. Характерно то, что именно словопренія—и только они—пускаются въ ходъ, и что вѣрять въ ихъ дѣйствительную силу даже тогда, когда они до такой степени безсодержательны, какъ въ приведенныхъ случаяхъ. Истолкованіе закона, превращенное въ одно лишь упражненіе ума, калѣчитъ жизнь, и однако не дѣлается попытки найти реальный смыслъ закона — рѣшить, съ дѣйствительнымъ ли мы правомъ налагаемъ на общество бремя новой стѣснительной формы, требуется ли въ самомъ дѣлѣ эта жертва во имя истинно понятыхъ намѣреній законодателя?

II.

Правило, на которомъ мы остановились, создано не путемъ разсужденій о возможныхъ предположеніяхъ при его истолкованіи, а заимствовано цѣликомъ изъ древнихъ учрежденій, съ которыми оно было сращено глубокими корнями, и гдѣ имѣло совершенно ясный смыслъ. Только изученіемъ той обстановки, изъ которой оно вырвано, и возможно уяснить его смыслъ и открыть истинныя намѣренія законодателя.

Прежде однако, чѣмъ перейти къ уясненію этого смысла закона, уместно будетъ указать, какъ относится къ вопросу о формѣ—и спеціально о формѣ завѣщаній—наша судебная практика. И первая часть X тома требуетъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ диктовки завѣщанія. Ст. 1046 гласитъ, что завѣщаніе должно быть написано „со словъ“ завѣщателя и „по просьбѣ“ его. На практикѣ возникъ вопросъ: можно ли признать дѣйствительнымъ завѣщаніе, если несомнѣнно установлено, что оно выражаетъ точную волю завѣщателя,

но не было продиктовано самимъ завѣщателемъ и просьба о перепискѣ завѣщанія была передана не самимъ завѣщателемъ. Два раза возникалъ этотъ вопросъ въ судебной практикѣ и два раза разрѣшался Правительствующимъ Сенатомъ (рѣшенія Гражд. Касс. Д-та 1875 г. № 322 и 1876 г. № 482) въ слѣдующемъ смыслѣ: „Употребленное въ ст. 1046 ч. I т. X выраженіе „по просьбѣ и со словъ завѣщателя“ нельзя понимать буквально, т. е. чтобы просьба о перепискѣ завѣщанія была передана переписчику лично самимъ завѣщателемъ и чтобы текстъ завѣщанія былъ имъ самимъ продиктованъ слово отъ слова. Достаточно, если не представляется сомнѣнія въ томъ, что въ переписанномъ постороннимъ лицомъ завѣщаніи выражена точная воля завѣщателя, а подобное сомнѣніе устраняется подписью завѣщателя“. Это простое и убѣдительное для всѣхъ разъясненіе Сената не безынтересно сопоставить съ доктринерскими и безжизненными разсужденіями французскихъ судовъ о „внутренней сущности термина „dicter“.

Правила о завѣщаніяхъ и особливо о роли свидѣтелей при завѣщаніяхъ лежатъ на сплетеніи двухъ главныхъ путей, которыми шло развитіе французскаго права. Югъ и сѣверъ Франціи, политически давно объединенные, долго еще продолжали жить подъ господствомъ различныхъ юридическихъ системъ: югъ воспринялъ и развивалъ римское, писанное право (pays du droit écrit), сѣверъ жилъ обычаемъ (pays du droit coutumier).

Ни вѣка совмѣстной жизни, ни централистическое стремленіе королевской власти не повели къ окончательному внутреннему слянію обѣихъ системъ: въ величайшихъ законодательныхъ памятникахъ XVIII вѣка, въ ордонансахъ Дагессо, обѣ онѣ стоятъ рядомъ, каждая съ особою територіею примѣненія. Только кодексъ Наполеона сталъ законодательствомъ территоріально-единымъ; почерпавъ свои

нормы изъ обоихъ источниковъ, онъ сталъ обязательнымъ на всей территоріи Франціи.

Но и въ новомъ кодексе́ обѣ струи, сливаясь, не вездѣ дали однотонную окраску; отдѣльные институты обычнаго права поставлены бокъ-о-бокъ съ древнеримскими построениями, не стѣсня другъ друга, но и другъ другу не подчиняясь. Эта двойственность, не уменьшающая впрочемъ ни стройности, ни живучести кодекса, требуетъ однако при истолкованіи его нормъ каждый разъ особенно внимательнаго отношенія къ источникамъ.

Римское завѣщаніе было воспринято „странами писаннаго права“ въ томъ видѣ, къ какому оно постепенно сложилось подъ вліяніемъ квинтскаго права, преторскаго эдикта и конституцій. Будучи въ самомъ зародышѣ своемъ не имущественнымъ распоряженіемъ въ настоящемъ смыслѣ слова, а расширеніемъ рода, усыновленіемъ, освобожденіемъ отъ законнаго порядка наслѣдованія ¹⁾, оно нуждалось для своей дѣйствительности въ одобреніи племени; потому оно и могло происходить лишь въ присутствіи комицій (comitiis calatis) или въ присутствіи всего стана (in procinctu—во время войны). Не для удостовѣренія въ подлинности распоряженія и не для констатированія дѣеспособности завѣщателя призывался народъ: народъ участвовалъ, какъ дѣйствующая въ сдѣлкѣ сторона. Завѣщаніе произносилось въ его присутствіи и *его волею* оно утверждалось. Манципаціонная форма не измѣнила характера сдѣлки,—цѣлое племя замѣнено ²⁾ пятью представителями его; которые своимъ присутствіемъ санкціонируютъ сдѣлку между завѣщателемъ и мнимымъ покупщикомъ (emptor). При совершеніи мнимой продажи

¹⁾ Mommsen, Römische Geschichte, 4 Aufl., I, 156. Муромцевъ, Гражданское право древняго Рима, 118.

²⁾ Ihering, Geist d. Röm. Rechts, 1873, т. I, 148.

присутствуетъ вѣсовщикъ мѣди (*libripens*). Современемъ мнимый покупатель и вѣсовщикъ мѣди теряютъ свое первоначальное значеніе, становятся въ рядъ съ остальными 5 ассистентами, и число послѣднихъ по преторскому праву возрастаетъ до семи. Манципационная форма смѣняется нункупативною (*testamentum nuncupativum*): въ присутствіи 7 свидѣтелей, какъ нѣкогда въ присутствіи всего народа, завѣщатель произноситъ торжественно (*nuncupat*) свои распоряженія ¹⁾.

Основная идея римскаго завѣщанія сохранилась нетронутою при всѣхъ описанныхъ и при всѣхъ послѣдующихъ наружныхъ измѣненіяхъ. Римскому праву осталась навсегда чужда самодовлѣющая сила собственноручнаго завѣщанія; лучшее доказательство достовѣрности—собственная рука—ничтожно въ его глазахъ, ибо не сомнѣніе въ достовѣрности вызываетъ необходимость торжественной обстановки. Свидѣтель древняго права есть, по словамъ Iеринга, лишь свидѣтель торжественный (*Solennitätszeuge*): участіе его есть формальная принадлежность сдѣлки, свидѣтель самъ принимаетъ въ ней участіе. Тотъ, кто только присутствуетъ при сдѣлкѣ, не есть свидѣтель торжественный, хотя бы онъ могъ дать показанія самыя достовѣрныя. Этотъ „торжественный свидѣтель древняго права сохранился въ новомъ правѣ въ формѣ завѣщанія“ ²⁾.

Нункупативная форма завѣщанія, осложняясь въ преторскомъ правѣ и въ конституціяхъ нѣкоторыми новыми придатками (записью, печатями, надписываніемъ именъ свидѣтелей ³⁾, наконецъ подписями), проходитъ въ средніе вѣка черезъ бургундско-римское право (VI вѣка) ⁴⁾ и Лом-

¹⁾ Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, III, § 541.

²⁾ Iher, I, 144.

³⁾ Superscriptio; ср. Savigny, Gesch. d. röm. Rechts im Mittelalter, Heidelberg, 1815, т. II, 184 sq.

⁴⁾ Lex Burgund., Tit. 43, § 1, L. I; Savigny, ibid, II, 7—8.

бардское право (IX вѣка) ¹⁾ и съ особенною силою и живучестью, въ самомъ чистомъ своемъ видѣ, выступаетъ въ XVI вѣкѣ въ странахъ писаннаго права юга Франціи. Въ „божественномъ твореніи“ Куяція такъ описанъ обрядъ совершенія нункупативнаго завѣщанія ²⁾: „Si quis sine scriptis voluerit ordinare jure civili testamentum, *septem* testibus adhibitis et sua voluntate *coram eis nuncupata*, sciat hoc perfectissimum testamentum jure civili firmumque constitutum“. „Testamentum per nuncupationem in quo septem classici testes exiguntur“ ³⁾.

Съ этими классическими 7 свидѣтелями и съ тѣмъ же наименованіемъ, перешло testamentum per nuncupationem въ ордонансъ Людовика XV о завѣщаніяхъ,—твореніе Дагессо. „Безсмертный“ канцлеръ ввелъ отъ себя одно лишь новшество: онъ упразднилъ совершенно словесную форму завѣщаній (§ 1 ордонанса) ⁴⁾. При обязательной письменной формѣ требуется составитель завѣщанія, *notaire* или *tabellion*, но онъ входитъ въ составъ классическаго числа свидѣтелей. Совершающій нункупативное завѣщаніе долженъ, какъ во время оно предъ всѣмъ народомъ въ комиціяхъ, „произнести отчетливо всѣ свои распоряженія въ присутствіи семи свидѣтелей, считая въ томъ числѣ нотариуса или *tabellion*'а, который записываетъ означенныя распоряженія, но мѣръ того, какъ они произносятся; послѣ этого завѣщателю прочитывается все завѣщаніе, о чемъ должно быть особо упомянуто, и завѣщаніе подписывается завѣщателемъ, нотариусомъ и свидѣтелями“ (ст. 5 орд. 1735 г.).

¹⁾ Savigny, *ibid.*, II, 220.

²⁾ Jacobi Cujacii *Operum quae de jure fecit Tomus primus. Latetiae Parisiorum MDCXXXVII*, p. 26—27.

³⁾ *Ibid.*, T. II, p. 130.

⁴⁾ *Oeuvres complètes du chancelier d. Aguesseau, Paris, 1819, t. 12, p. 349.*

„Торжественный“ свидѣтель сохранился, слѣдовательно безъ всякихъ измѣненій въ усвоенной югомъ Франціи римской формѣ завѣщанія. Свидѣтель этотъ не призванъ удостовѣрять лишь фактъ совершенія завѣщанія; его присутствіе необходимо, чтобы самыя распоряженія приобрѣли характеръ завѣщательныхъ; какъ свидѣтель „торжественный“, онъ долженъ присутствовать при *всемъ* произнесеніи завѣщанія, ибо „произнесеніемъ“ завѣщательныхъ распоряженій исчерпывался весь завѣщательный актъ: такъ присутствовалъ издревле народъ при объявленіи воли завѣщателемъ, а теченіемъ времени ничего новаго въ смыслъ этого торжественнаго участія не внесено.

И если бы было доказано, что нынѣшняя форма публичнаго завѣщанія произошла прямымъ путемъ отъ нункупативнаго завѣщанія, то не было бы никакого сомнѣнія въ томъ, что отсутствіе одного изъ свидѣтелей въ одинъ моментъ совершенія завѣщанія дѣлаетъ все завѣщаніе порочнымъ,—что комментаторы, значить правы,—и какъ ни строго требованіе закона, ему пришлось бы, какъ безусловному велѣнію, подчиниться.

Но вмѣстѣ съ римскими началами вливалась въ общій законодательный потокъ свѣжая струя народнаго обычая. Переживающему, лишенному связи съ дѣйствительностью, остатку всенароднаго *рѣшенія* судьбы наследства, обычай этотъ противопоставилъ взглядъ на завѣщаніе, какъ на единичное свободное *изъявленіе воли*,—и на форму завѣщанія, лишь какъ на гарантію достовѣрности этого волеизъявленія.

Народный обычай признаетъ безусловную силу *собственноручнаго* завѣщанія ¹⁾. Эта форма лишена всякой торжественности, но въ ней есть все, что требуется для убѣжденія въ достовѣрности: завѣщатель самъ пишетъ, подписываетъ

¹⁾ d'Aguessseau, *ibid*, p. 354.

и прилагаетъ печать къ завѣщанію. Все это совершается безъ участія общественной власти, даже безъ участія свидѣтелей. Последнее обстоятельство заслуживаетъ особаго вниманія. И въ тѣхъ законодательствахъ, гдѣ для силы домашняго (собственноручнаго) завѣщанія требуется присутствіе свидѣтелей,—нѣтъ повидимому никакихъ основаній видѣть въ установленной закономъ формѣ что либо иное, какъ не способы удостовѣренія въ подлинности завѣщанія и въ дѣеспособности завѣщателя. Однако, истинный смыслъ этой формы затемняется обыкновенными, ходячими воззрѣніями. Всемирное владычество римскихъ представленій навязало человѣчеству мысль о самодовлѣющей роли свидѣтеля при завѣщаніи, о торжественномъ характерѣ завѣщанія вообще. Всякій разъ, когда для придирчиваго формализма не оказывается налицо никакого осмысленнаго объясненія, — встаетъ этотъ призракъ торжественности и разрѣшаетъ всякія сомнѣнія: во имя никому ненужной, лишенной жизненныхъ элементовъ идеи жертвуются животрепещущіе человѣческіе интересы. Этотъ же предрасудокъ затемняетъ смыслъ собственноручнаго завѣщанія тамъ, гдѣ оно сопровождается участіемъ свидѣтелей. Собственноручное завѣщаніе французскихъ кутюмовъ тѣмъ и цѣнно, что оно устраняетъ всякое представленіе о самодовлѣющемъ характерѣ формы: оно совершается въ отсутствіи свидѣтелей. Народный обычай, создавшій такую форму, чуждъ стремленія къ торжественности,—онъ стремится лишь къ обезпеченію достовѣрности.

Наряду съ собственноручнымъ завѣщаніемъ тотъ же народный обычай создалъ и форму завѣщанія, совершаемаго въ присутствіи общественной власти.

На пространствѣ всей полосы обычнаго права дѣйствовало во Франціи значительное количество кутюмовъ, и останавливаться на всѣхъ ихъ нѣтъ никакой возможности. Но

центральное между ними мѣсто занималъ кутюмъ парижскій, оказавшій въ послѣдствіи наибольшее вліяніе на ходъ законодательства. Дюмуленъ говорилъ о немъ, какъ о *Caput omnium hujus regni et totius etiam Galliae Belgicae consuetudinum*¹⁾, а толкователь Дюмулена объясняетъ это предпочтеніе тѣмъ, что „*l'évidente équité de ses dispositions, le progrès des moeurs et de la civilisation dans les pays, qu'elle était appelée à régir,— lui avaient donné en France un ascendant remarquable.... Les autres coutumes se meuvent autour d'elle comme d'un centre commun*“²⁾.

Парижскій кутюмъ дошелъ до насъ въ двухъ редакціяхъ, нѣсколько другъ отъ друга отличныхъ: старой (1510 г.) и новой (1580 г.). Старый кутюмъ описываетъ форму завѣщанія слѣдующемъ образомъ:

„*Il est requis, qu' il (le testament) soit écrit et signé de la main et seing manuel du testateur (собственноручное завѣщаніе) ou signé de sa main et à luy leu et par luy entendu en la-presence de trois temoings*“³⁾. Такимъ образомъ, наряду съ завѣщаніемъ, писаннымъ рукою самого завѣщателя, поставлено завѣщаніе, писанное лицомъ постороннимъ и подписанное завѣщателемъ; такое завѣщаніе должно быть прочитано завѣщателю *въ присутствіи трехъ свидѣтелей*. Очевидно, что присутствіе свидѣтелей и по смыслу, и по буквѣ постановленія требуется только при чтеніи завѣщанія завѣщателю; этимъ чтеніемъ достаточно гарантируется его подлинность.

Съ теченіемъ времени постороннее лицо, пишущее завѣщаніе со словъ завѣщателя, смѣняется нотаріусомъ или свя-

¹⁾ Ad consuetud. Paris. tit I № 2.

²⁾ Aubépin, L' influence de Dumoulin sur la législation française, Paris 1861, p. 86.

³⁾ Nouveau coutumier général par Bourdot de Richembourg à Paris MDCCXXIV t. III. Coutumes générales de la prevosté et vicomté de Paris art. 96.

щеникомъ: они же замѣняютъ одного изъ трехъ свидѣтелей.

Новый кутюмъ 1580 г. вмѣсто „signé de la main du testateur“ требуетъ „qu'il ait esté dicté et nommé par le testateur ausdits notaires, curé ou vicaire général“. Это первое указаніе источниковъ на „диктовку“, и изъ него то выросли всѣ позднѣйшія постановленія по этому предмету. Ясно, что, съ введеніемъ термина „dicter“, вся перемѣна по сравненію съ прошлымъ состояла въ томъ, что частный невѣдомый писецъ завѣщанія замѣненъ былъ заслуживающимъ довѣрія государственнымъ или церковнымъ функціонеромъ; диктовка не явилась на смѣну всенароднаго провозглашенія воли съ одобренія всего народа—и не въ установленіи диктовки, какъ таковой, лежитъ центръ тяжести: центръ тяжести лежитъ въ замѣнѣ одного писца другимъ. Завѣщаніе, написанное нотаріусомъ, сказано далѣе,—прочитывается затѣмъ завѣщателю „въ присутствіи нотаріуса и двухъ свидѣтелей“. Объ обязательномъ присутствіи свидѣтелей при записываніи нотаріусомъ словъ завѣщателя нѣтъ рѣчи, такъ же, какъ не было о немъ рѣчи при записываніи завѣщательныхъ распоряженій постороннимъ лицомъ. Только послѣ написанія завѣщанія—здѣсь такъ же, какъ и въ прежнее время,—призываются свидѣтели для выслушанія изложенной нотаріусомъ воли завѣщателя; постановленіе кутюма ясно гласитъ: „Dicté et nommé au notaire. Et depuis a lui relue en la presence d'iceux notaires, Curé et Vicaire général et temoings“.

Необходимо тутъ же замѣтить, что къ записи завѣщанія могли привлекаться и два нотаріуса или tabellion'a—имъ обоимъ тогда диктовалось завѣщаніе (dicté ausdits notaires ou tabellions); повидимому, оба они записывали или предполагались записывающими: ордонансъ 1735, излагая это правило кутюма, прямо говоритъ: *lesquels notaires ou l'un d'eux écrivent*“. Второй нотаріусъ, участвующій въ

записи, устраняяль необходимость въ двухъ свидѣтеляхъ,— и тѣмъ не менѣе, обычай не дѣлалъ изъ этого положенія прямолинейнаго вывода, что, при отсутствіи втораго нота-ріуса, завѣщаніе диктуется „и свидѣтелямъ“: кутюмъ подробно исчисляетъ лицъ, которымъ завѣщаніе диктуется (notaire, tabellion, curé и vicaire général), но въ числѣ ихъ свидѣтели не упомянуты, да и не могли быть упомянуты, ибо диктовать свидѣтелямъ не приходилось—они вѣдь ничего не записывали. Но этотъ прямолинейный выводъ сдѣлали впоследствии комментаторы. Въ кодексъ указанное мѣсто кутюма занесено слѣдующимъ образомъ: „Si le testament est reçu par deux notaires, il leur est dicté“. Такъ какъ завѣщаніе—разсудили комментаторы—диктуется двумъ нота-ріусамъ (leur), а второй нота-ріусъ равенъ двумъ свидѣтелямъ, то изъ этого математическаго уравненія съ точностью слѣдуетъ, что завѣщаніе можетъ быть диктуемо и свидѣтелямъ, а изъ этогого положенія въ свою очередь слѣдуетъ, что присутствие свидѣтелей при диктовкѣ вообще необходимо. Опровергать эту схоластику врядъ ли представляется надобность.

Такимъ образомъ, свидѣтели кутюмнаго завѣщанія явились лишь замѣною „собственной руки“ завѣщателя: гдѣ онъ самъ писалъ завѣщаніе, свидѣтели не требовались; когда онъ самъ писать не могъ, привлекались свидѣтели.

Историческое преемство въ области кутюмнаго завѣщанія оказывается какъ разъ обратнымъ тому, какое наблюдается въ области римскаго. Тамъ—по римскому праву—завѣщаніе исходитъ изъ формы всенароднаго рѣшенія и, съ большимъ трудомъ преобразуясь въ актъ единоличнаго волеизъявленія, тащитъ за собою въ теченіе вѣковъ весь баластъ условной обстановки, сопровождавшей его рожденіе,—съ этимъ баластомъ мы его оставили еще въ 18 вѣкѣ. Здѣсь завѣщаніе исходитъ изъ акта свободнаго единоличнаго имущественнаго распоряженія, и только необходимость принять мѣры къ

обезпеченію его достовѣрности вызываетъ въ жизни опредѣленныя гарантіи, придающія ему болѣе публичный характеръ. Въ рассматриваемую нами эпоху такою прившедшею къ акту гарантіею явилось прочитываніе завѣщанія въ присутствіи свидѣтелей; съ этою гарантіею—и только съ нею—оно прошло и черезъ позднѣйшіе вѣка и, какъ мы попытаемся доказать, проникло къ намъ.

Приближаясь другъ къ другу съ двухъ противоположныхъ полюсовъ, римское и французское завѣщанія не слились воедино, а стали въ рассматриваемый моментъ другъ противъ друга—каждое съ рѣзко опредѣленными индивидуальными чертами. Будущему законодателю, который пожелалъ бы внести единство въ законодательство страны, предстояло сдѣлать рѣшительный между ними выборъ. Выборъ этотъ дѣйствительно совершился въ 1803 году, при редакціи кодекса.

III.

Прежде чѣмъ перейти къ исторіи этого выбора, бесполезно будетъ указать на одну бытовую особенность которая должна окончательно уяснить смыслъ предписаній обычнаго права о публичномъ актѣ, вообще, и объ участіи въ немъ свидѣтелей, въ особенности. Дѣло въ томъ, что въ странахъ обычнаго права даже въ тѣхъ случаяхъ, когда законъ прямо требовалъ совершенія акта передъ двумя нотаріусами или 1 нотаріусомъ и 2 свидѣтелями (*veci par deux notaires ou un notaire et 2 temoins*), добавочный нотаріусъ и свидѣтели, по установившимся обычаямъ, никогда не присутствовали при самомъ совершеніи акта и привлекались только къ подписи его. Этотъ обычай имѣлъ настолько всеобщее распространеніе, и до того вѣдрился въ судебную практику, что, когда послѣ многократнаго признанія его со стороны кассационной инстанціи, та же инстанція вздумала одинъ разъ, во измѣненіе прежней практики, опорочить актъ по отсутствію при его совершеніи

(гесертіон) втораго нотаріуса либо свидѣтелей (рѣш. 1 іюня 1842 г.), то законодательная власть, не считая себя вправѣ—какъ сказано въ мотиватъ—индифферентно взирать на грозящій обществу переворотъ (ebranlement), поспѣшило немедленно, путемъ особаго закона, изданнаго въ 1843 г., разъяснить, что нотаріальные акты не могутъ быть признаваемы недѣйствительными на томъ основаніи, что второй нотаріусъ или оба свидѣтеля не присутствовали при совершеніи акта“¹⁾. Отсутствіе нотаріуса и свидѣтелей было, слѣдовательно, фактомъ совершенно зауряднымъ еще въ 1843 году, не смотря на то, что по закону 25 вентоза XI (1808) года²⁾ „акты должны быть совершаемы двумя нотаріусами или однимъ нотаріусомъ въ присутствіи двухъ свидѣтелей“: оно было общимъ правиломъ до 1808 года—какъ то удостовѣрили единогласно при обсужденіи закона 1843 года всѣ парламентскіе ораторы³⁾. Явленіе это вызвано было весьма простыми причинами. Съ самаго возникновенія корпораціи нотаріусовъ въ городѣ Парижѣ еще при Людовикѣ Святомъ, ей было назначено для совершенія служебныхъ дѣйствій особое помѣщеніе—одна изъ залъ въ Châtelet; внѣ этой залы запрещалось имъ отправлять ихъ функціи. Здѣсь должны были всегда присутствовать по меньшей мѣрѣ два нотаріуса, обязанные свидѣтельствовать актъ и совместно относить его къ хранителю печати, помѣщавшемуся въ томъ же Châtelet, по близости. Но число членовъ корпораціи постепенно возросло, ширился районъ ихъ дѣйствій, и, вынужденные находиться вблизи своей клиентелы, нотаріусы разсѣиваются по городу. Съ тѣхъ поръ реальное участіе втораго нотаріуса—или замѣняющихъ его двухъ свидѣтелей—отходить въ область преданія. Королев-

1) Bulletin des lois du royaume de France IX série № 1015.

2) Bulletin des lois de la République Française 3-e série t. 7, № 258.

3) Annales du parlement français t. V.

ские ордонансы еще некоторое время тщетно взываютъ къ соблюденію прежняго порядка, но жизнь оказывается сильнѣе бумажныхъ предписаній: въ исходѣ XVI вѣка, эдиктомъ Генриха III, изданнымъ въ 1581 году, наличность втораго нотаріуса прямо признается излишнею: „La présence de deux notaires à recevoir un contract n'est aucunement nécessaire“¹⁾. Водворившійся такимъ образомъ обычай держался крѣпко въ теченіе вѣковъ. Нотаріусы совершали (recevoir) акты, даже подписывали ихъ и только впоследствии давали для скрѣпы свидѣтелямъ или второму нотаріусу; такой смыслъ установился за выраженіемъ: „reçu par (passé devant) le notaire et témoins“. „Antérieurement à la loi de l'an XI—говорятъ правительственные мотивы къ закону 1843 года,— l'usage constant du notariat était que le notaire en second et les témoins instrumentaires ne fussent pas présents à la confection de l'acte, et que le notaire dit notaire en second et les témoins ne signassent que sur la présentation qui leur était faite de la minute par le notaire qui avait reçu l'acte. Cet état de choses a été continué par la loi de l'an XI“. Продолжить такое положеніе дѣль было—какъ указываютъ далѣе тѣ же мотивы—прямымъ намѣреніемъ закона XI года. Въ первоначальномъ проектѣ было сказано: „les actes seront reçus conjointement par deux notaires ou un notaire et deux témoins“,—а Государственный Совѣтъ (Conseil d'Etat) и затѣмъ законодательное собраніе вычеркнули слово „conjointement“. Весьма поучительно, что слово: „conjointement“ не вставлено и въ ст. 972 кодекса,—между тѣмъ законъ о завѣщаніяхъ издавъ всего черезъ два мѣсяца (2 флореала) послѣ изданія закона 1803 г. объ актахъ (25 вентоза), и черезъ Государственный Совѣтъ, вычеркнувшій слово „conjointement“, проектъ нынѣшней 972 ст. прошелъ 19 вентоза, т. е. всего, быть можетъ, нѣсколькими днями позже закона объ актахъ.

¹⁾ Bulletin des lois de la République Française 3-e série t. 7, № 258.

Нельзя кстати не упомянуть, что описанный порядок составления нотариальных актов, не представляясь достаточною гарантией достоверности актов особо важных, заставил законодателя въ 1843 году установить на будущее время правило (2 п. закона 1843 г.), что „особо важные акты, а въ томъ числѣ отмѣна завѣщанія, должны быть совершаемы (reçus), подъ страхомъ недѣйствительности, совместно двумя нотариусами или однимъ нотариусомъ въ присутствіи двухъ свидѣтелей“. При этомъ однако законъ разъясняетъ—и это для нашего изслѣдованія представляетъ особенный интересъ—какъ слѣдуетъ разумѣть присутствие втораго нотариуса или двухъ свидѣтелей, обезпечивающее достоверность особо важныхъ актовъ. „La présence du notaire en second ou des deux témoins—говоритъ законъ—n'est requise qu'au moment de la lecture des actes par le notaire et de la signature par les parties“. Такой же порядокъ идей могъ очевидно вызвать въ XVI вѣкѣ предписаніе кутюма, что завѣщаніе должно быть „depuis lui au testateur en présence des témoins“. „Отмѣна завѣщанія“, къ которой, между прочимъ, относится законъ 1843 г., есть актъ, совершеніе котораго должно сопровождаться тѣми-же гарантіями достоверности, какими сопровождается самое завѣщаніе. Между тѣмъ, для огражденія этого именно акта законодатель счелъ въ 1843 году совершенно достаточнымъ присутствие свидѣтелей только „при чтеніи“. Этому не помѣшало и общее опредѣленіе 2 статьи закона: les actes seront reçus en présence des témoins“. Съ тѣмъ большимъ правомъ могло быть то же правило установлено обычаемъ XVI вѣка.

Какъ сказано уже, творцамъ Наполеонова кодекса предстояло избрать либо римскую систему, либо систему кутюмовъ. Ко времени составленія кодекса обѣ онѣ очерчивались до того опредѣленными границами, въ формѣ ихъ до такой степени сказывалась еще разность ихъ внутренней

сущности, что о смѣшеніи ихъ не могло быть и рѣчи. Выборъ палъ на систему кутюмовъ; строгая и безцѣльная римская форма была безвозвратно устранена. „Le plus grand défaut que la législation sur les testaments ait eu chez les Romains, et depuis en France“—говорилъ Бигô-Преаменэ въ засѣданіи законодательнаго собранія 2 февраля XI г.—„a été celui d'être trop compliqué. On a cherché les moyens de la simplifier.... On a choisi dans le droit romain et dans les coutumes les formes d'actes qui ont à la fois paru les plus simples et les plus sûres“¹⁾. Изъ римскаго права собственно заимствовано было для кодекса только тайное завѣщаніе (test. mystique)—форма, порвавшая въ значительной мѣрѣ связь съ сущностью древне-римскаго завѣщанія; все остальное взято изъ кутюмовъ. Взято, прежде всего, завѣщаніе собственно-ручное, почти безформенное, лишенное всякой торжественности (ст. 970),—взято, далѣе, завѣщаніе публичное. Достаточно простое сличеніе предписаній, кодекса о публичномъ завѣщаніи съ текстомъ кутюмовъ, чтобы убѣдиться въ самомъ близкомъ ихъ родствѣ, если не въ полномъ тождествѣ.

Правило кутюмовъ прежде, чѣмъ попало въ кодексъ, прошло черезъ ордонансъ 1735 года, но кодексъ оказывается ближе къ кутюмамъ, чѣмъ самый ордонансъ: составители кодекса, слѣдуя схемѣ ордонанса, опирались однако и непосредственно на богатый матеріаль кутюмовъ,—и редакція 971—972 ст. поразительно совпадаетъ съ редакціею ст. 289 новаго парижскаго кутюма. И общая вводная фраза о *reserption*, и записываніе завѣщанія нотаріусомъ подъ диктовку завѣщателя, и чтеніе его въ присутствіи свидѣтелей—все это было уже въ кутюмѣ и почти въ тѣхъ же выраженіяхъ перенесено въ кодексъ. Все различіе сводится къ тому, что увеличено число свидѣтелей: по кодексу даже при двухъ нотаріусахъ требуется два свидѣтеля, а при од-

¹⁾ L o s t é, La législation civile Paris 1827 г. t. IX, p. 398.

номъ нотаріусѣ—четыре. Первоначальный проектъ закона, представленный Государственному Совѣту 27 января 1803 г., требовалъ (ст. 68) ¹⁾, совершенно согласно съ кутюмами, наличности двухъ лишь свидѣтелей при одномъ нотаріусѣ и не требовалъ вовсе свидѣтелей при двухъ нотаріусахъ; но затѣмъ число свидѣтелей, по настоянію предсѣдательствовавшаго въ засѣданіи Государственнаго Совѣта 10 марта консула Камбасереса, было увеличено. Въ этомъ измѣненномъ видѣ законъ, одобренный предварительно трибуналомъ, былъ представленъ въ законодательное собраніе прокуроромъ кассационнаго суда Виго - Преамена, который, защищая въ засѣданіи 2 флореала соображенія Государственнаго Совѣта, указывалъ какъ на мотивъ къ увеличенію числа свидѣтелей, что „la liberté de disposer ayant été en général beaucoup augmentée dans les pays de coutumes il était convenable d'ajouter aux précautions prises pour constater la volonté des testateurs... Ces motifs ont déterminés à régler que le testament par acte public sera reçu par 2 notaires en présence de 2 témoins ou par un notaire en présence de 4 temoins“.

Происхожденіе правилъ кодекса о публичномъ завѣщаніи изъ обычнаго права, не можетъ, казалось бы, при этихъ условіяхъ вызывать никакихъ сомнѣній. И тѣмъ не менѣе призракъ торжественности до того сильно владѣеть умами, что Grenier, одинъ изъ ближайшихъ къ составленію кодекса комментаторовъ, рекомендуетъ не удивляться строгости кодекса при установленіи формы публичнаго завѣщанія, такъ какъ „il ne s'agit d'un de ces actes, qui émanent du droit des gens, il s'agit d'un acte qui émane du droit civil,“ публичное завѣщаніе—по его словамъ—преемственно явилось изъ *нункумативнаго*, „qui était public c'est à dire dicté par le testateur au notaire et aux témoins ²⁾“.

1) Le cré. La législation civile XI стр. 230.

2) Grenier. Traité des donations, de testaments etc. Paris 1807 p. 24—26.

Такое же смѣшеніе понятій оказывается и у другихъ комментаторовъ — для примѣра назовамъ Toullier ¹⁾, Dalloz ²⁾, — и очень вѣроятно, что въ этомъ именно коренномъ заблужденіи кроется источникъ всѣхъ позднѣйшихъ кривотолковъ. Авторитетъ первыхъ комментаторовъ былъ слишкомъ великъ, а оригинальности у ихъ преемниковъ было не такъ много, какъ это на первый взглядъ можетъ казаться. Громадное большинство комментаторовъ въ историческую глубь возбуждаемыхъ кодексомъ вопросовъ не уходило, сужденія предшественниковъ повторялись часто на вѣру — къ нимъ подгонялись новые, искусственно созданные, иногда весьма остроумные мотивы; основаніе, на которомъ построено было заблужденіе, исчезло изъ памяти, — остался плодъ его, укутанный пеленою фразъ, до того часто повторявшихся, что имъ стали приписывать реальную силу. *Wo Begriffe fehlen, da stellt ein Wort zur rechten Zeit sich ein.* И когда нынѣ обнаруживается вся ошибочность первоначальнаго основанія, то на немъ оказывается возведенною уже вѣковая теорія, и ранѣе чѣмъ приступить къ самому элементарному, непосредственному и ясному толкованію закона, приходится для расчистки мѣста, сдвинуть нанесенную на него гору. Досадно тратить силы на эту работу, — и особенно досадно тратить ихъ на это дѣло у насъ. У насъ — въ областяхъ б. Польши — не было ни пункупации, ни классическихъ свидѣтелей, ни всего этого тяжеловѣснаго наслѣдія древне-римскаго формалистическаго строя. У насъ (по польскимъ законамъ) завѣщаніе составлялось въ присутствіи достовѣрныхъ свидѣтелей ³⁾, — сколько ихъ было, считалось безразличнымъ ⁴⁾; дѣйствительнымъ признавалось и завѣщаніе,

¹⁾ Toullier. Le droit civil français 6-e éd. t. V № 380.

²⁾ Dalloz. Répertoire méthodique et alphabétique t. XVI № 2793.

³⁾ Vol. leg. I. 580.

⁴⁾ Wandtkie. Prawo prywatne polskie. Warszawa. 1851, p. 335

совершенное безъ свидѣтелей, если только условія его нахожденія доказывали его подлинность³⁾. У насъ, наконецъ дѣйствуетъ въ губерніяхъ Царства Польскаго нынѣ законъ, общее правило котораго гласитъ, что нотаріальный актъ, совершается въ присутствіи двухъ свидѣтелей, удостоверяющихъ дѣйствительное его совершеніе (ст. 84 Нот. Пол.), но что свидѣтели, „въ присутствіи коихъ актъ совершается“, должны собственно присутствовать *только при чтеніи окончательной редакціи акта* (ст. 104). Въ виду такого общаго правила, постановленія 971—972 ст. ст. кодекса являются и съ внѣшней стороны правилами исключительными, а какъ таковыя, очевидно, распространительному толкованію подлежать не могутъ: то, что въ нихъ не предусмотрено, не можетъ быть путемъ толкованія восполнено. У насъ высшій кассационный судъ пока не занимается „точками и запятыми“, не углубляется въ схоластическія изслѣдованія словъ, а признаетъ, что „достаточно, если завѣщаніе—хотя бы съ грѣхомъ въ формѣ—выражаетъ точную волю завѣщателя“. Въ основѣ нашего юридическаго строя (не только прежняго, но и нынѣшняго) лежитъ непринужденный произволъ лица дѣйствующаго и свободный выборъ средствъ при оцѣнкѣ этого произвола. И если силою судебъ мы обязаны выносить на своихъ плечахъ тяжесть чуждыхъ намъ обычаевъ и ограничивать ими свободу нашей оцѣнки, то далѣе крайней необходимости,—далѣе непосредственнаго буквальнаго смысла чуждаго намъ предписанія сила его распространяться не должна. Разумное толкованіе закона всегда имѣетъ въ виду эту тенденцію: оно идетъ навстрѣчу живой, ощущаемой всѣми потребности и расширяетъ для этого въ предѣлахъ возможнаго норму закона; оно-же пресѣкаетъ размноженіе зловредныхъ, тормозящихъ жизнь

³⁾ Ostrowski I. 153.

наростовъ, ограничивая до предѣловъ возможнаго примѣненіе законовъ, которые грозятъ сковать жизнь чуждыми ей формами. Въ этомъ состоитъ вся творческая работа суда; практика нашего Сената могла бы указать не одну поучительную въ этомъ отношеніи страницу.

И самые французскіе суды, уступая требованіямъ жизни, отрекаются иногда отъ призраковъ торжественности. Dalloz приводитъ одно замѣчательное рѣшеніе кассационнаго суда, о которомъ умалчиваютъ почему-то другіе комментаторы. По дѣлу Darolles съ Darolles 20 іюля 1843 года ¹⁾ кассационный судъ призналъ дѣйствительнымъ завѣщаніе, составленное нотариусомъ по запискамъ завѣщателя; требование закона—говоритъ кассационный судъ—исполнено, коль скоро доказано, что завѣщатель выражаетъ свою волю *безъ внушеній, добровольно*, а потому *si un testateur a fait connaitre ses dispositions au notaire, que celui-ci les ait ensuite relues au testateur, en lui demandanten présence des témoins si telle etait l'expression de sa volonté—le testament est valable*.²⁾ И такому здравому, осмысленному взгляду не противопоставляется ничего, кромѣ трехчленнаго дѣленія понятія „гесертион“, да схоластическихъ выводовъ изъ слова „leur“.

Paulus respondit non oportere jus civile calumniari, sed qua mente quid diceretur animadvertere convenire.

¹⁾ Dalloz, loco cit № 2843.

ОБЩАЯ ЧАСТЬ ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННОГО ПРАВА ВЪ ПРОЕКТЪ УЛОЖЕНІЯ.

Въ X томѣ общая часть обязательственного права собственно отсутствуетъ. Ибо нельзя окрещивать этимъ внушительнымъ именемъ двухъ десятковъ статей, согнанныхъ со всѣхъ концовъ свѣта, дурно переведенныхъ, урѣзанныхъ и искалѣченныхъ. Надъ этимъ негоднымъ матеріаломъ вотъ уже тридцать слишкомъ лѣтъ работаетъ кассационный Сенатъ. Онъ заполняетъ изъяны въ старой постройкѣ, укрѣпляетъ и связываетъ разлѣзающіеся части, а иногда, подъ давленіемъ развивающихся потребностей, производитъ на свой рискъ и страхъ новыя надъ ней надстройки. Эта неотложная—и въ условіяхъ нашей жизни особенно плодотворная—работа проложила дорогу и къ новому уложенію. Авторы проекта нашли въ трудахъ Сената опору почти для всѣхъ своихъ построеній. И если бы когда-либо польза кассационнаго принципа подверглась у насъ сомнѣніямъ,—проектъ новаго гражданскаго уложенія послужитъ красно-рѣчивѣйшимъ на нихъ отвѣтомъ: на порогѣ новой эры гражданской жизни онъ озаряетъ ровнымъ свѣтомъ весь пройденный Сенатомъ путь и вѣнчаетъ заслуженнымъ лавромъ первородное дѣтище Судебныхъ Уставовъ.

Отчаянныя усилія Сената тратились однако до сихъ поръ, по волѣ судьбы, на дѣло слишкомъ простое. Черезъ неблагодарную букву закона приходилось просачивать въ юри-

дическую жизнь медленно, капля за каплей, то, что давно уже составляет элементарное достояніе всего цивилизованнаго міра. Страшно подумать, сколько на это ушло силъ, сколько новаго и дѣйствительно цѣннаго эти силы могли бы произвести, будь онѣ направлены въ другую сторону— на дальнѣйшее развитіе, сообразно условіямъ нашей жизни, общихъ началъ, давно добытыхъ трудомъ тысячелѣтій. Будущимъ поколѣніямъ этотъ безцѣльный трудъ отнынѣ сбереженъ: новый проектъ гражданскаго уложенія призываетъ ихъ на иной подвигъ,—на подвигъ истиннаго юридическаго творчества, достойнаго граждански-устроенной страны. Онъ даетъ въ готовой формѣ тѣ обобщенія, до которыхъ дошла наука и чужой законодательный опытъ,—ввѣряя дальнѣйшее ихъ развитіе дѣятельности суда. Ибо какъ бы точно и безукоризненно законъ ни суммировалъ предшествовавшій ему юридическій опытъ судъ не можетъ быть лишенъ права, особенными, ему только свойственными путями и методами расширять или суживать, сообразно нарастающему въ общественномъ сознаніи требованію справедливости, рамки установленныхъ закономъ нормъ. Только сама жизнь можетъ опредѣлить предѣлы эластичности существующей нормы закона; только сама жизнь, просачиваясь непрерывно въ поры существующаго закона, можетъ предугадать путь и для дальнѣйшаго его развитія. Никакая цивильно-политическая машина не въ состояніи поставлять изо дня въ день потребное жизни количество законовъ. Только въ мучительныхъ попыткахъ ежедневнаго, ежечаснаго примѣненія закона ко всему богатству развертывающейся передъ судьей жизни—зрѣетъ сѣмя закона будущаго.

Всѣ эти размысленія съ особенной настойчивостью навязываются при обзорѣннн правилъ, именуемыхъ общеою частью любого отдѣла гражданскаго кодекса. Къ защитѣ этихъ именно правилъ, прежде всего, прибѣгаютъ вновь за-

рождающіяся жизненныя явленія, не могущія найти пріюта ни въ одной изъ существующихъ спеціальныхъ нормъ, и недостаточно еще крѣпкія и самостоятельныя, чтобы вызвать къ жизни новую, особо для нихъ приноровленную, законодательную норму. Отказывать этимъ явленіямъ въ юридической защитѣ подъ предлогомъ неполноты законовъ—значить отворачиваться отъ жизни, душить непосредственное чувство справедливости; а дать имъ защиту можно, въ громадномъ большинствѣ случаевъ, только орудя общими принципами, общею частью. Съ какими предосторожностями слѣдуетъ давать эту защиту, съ какимъ неусыпнымъ вниманіемъ къ менѣе абстрактнымъ и болѣе несомнѣннымъ нормамъ спеціальной части,—этотъ вопросъ, уходящій въ самыя глубокіе тайники юридическаго творчества, не подлежитъ здѣсь нашему обсужденію. Здѣсь необходимо лишь отмѣтить, что въ правотворческой дѣятельности суда общая часть имѣетъ безспорно первенствующее значеніе.

Такой важности предмета соотвѣтствуетъ и его трудность—между прочимъ, и съ законодательной точки зрѣнія. При построеніи любого спеціальнаго института, единственнымъ критеріемъ служить соотвѣтствіе вызвавшимъ его требованіямъ жизни; *здѣсь* присоединяется къ этому другое еще мѣрило: соотвѣтствіе тѣмъ спеціальнымъ нормамъ, изъ которыхъ общая норма выводится за скобку. Отчасти трудъ этотъ облегчается, конечно, особымъ свойствомъ общихъ нормъ,—космолитическимъ, универсальнымъ ихъ характеромъ. Со временъ римскихъ юристовъ, кочевали онѣ черезъ всѣ уложенія міра и въ главныхъ чертахъ своихъ дошли нетронутыми до нашихъ дней. Однако, кромѣ главныхъ, ясныхъ линій есть и здѣсь масса мелкихъ развѣтвленій, гдѣ взгляды колеблются—по странамъ и по эпохамъ,—гдѣ засѣли сложныя, тонкотканная контроверзы, куда стараются проникнуть, не всегда заслуженно, новыя вѣянія, экономическія и

этическія,—абстрактныя теоріи, не успѣвшія еще облечься въ живой, конкретный юридическій покровъ.

Всѣ эти дороги—главныя и боковыя—пройдены и обследованы составителями нашего проекта съ чрезвычайнымъ вниманіемъ. Въ результатъ получился огромный трудъ, передъ которымъ всякій остановится съ чувствомъ искренней благодарности и уваженія. Этотъ трудъ страдаетъ значительными недостатками всякаго коллегіальнаго творчества—неудачными компромиссами, неровностью тона, тяжелою спайкою инородныхъ элементовъ, подчасъ явною непослѣдовательностью, а главное: недостаточною живостью и убѣдительностью мотивовъ, подгоняемыхъ пишущимъ подъ чужія, не всегда раздѣляемыя имъ мнѣнія; но все это недостатки и пробѣлы, которые мугутъ и должны быть отмѣчены и исправлены гласною критикою, не связанною никакими коллегіальными принципами. Этотъ трудъ страдаетъ, далѣе, кажущеюся чрезмѣрною приверженностью къ существующему укладу гражданской жизни, къ дѣйствующему закону, къ X тому; но этому не будетъ удивляться тотъ, кто знаетъ, при какихъ условіяхъ у насъ могла быть произведена въ эпоху созданія Уложенія какая бы то ни была крупная законодательная работа. А кто позналъ эти условія, тотъ не упрекнетъ составителей проекта. Проектъ страдаетъ, наконецъ, изобиліемъ научнаго и законодательнаго матеріала, недостаточно переработаннаго и обобщеннаго. Но нельзя не сознаться, какъ оно ни печально, что тамъ, гдѣ юридическая наука такъ мало расчистила почву для законодательства, какъ у насъ, гдѣ громадныя области юридической жизни разрабатываются много-много въ летучихъ газетныхъ замѣткахъ и лишены всякой серьезной монографической обработки,—кодификатору остается только или совершенно отказаться отъ научнаго балласта, ограничиваясь соображеніями отъ собственнаго разума и отъ кассационныхъ рѣшеній, или давать этотъ

матеріаль въ сыромъ видѣ и—что съ этимъ связано—въ колоссальныхъ, не всегда удобоваримыхъ порціяхъ.

Такимъ образомъ, центръ тяжести при обсужденіи проекта лежитъ не въ общихъ недостаткахъ, подтачивающихъ основы всего зданія, а въ частныхъ и исправимыхъ погрѣшностяхъ и недосмотрахъ, обличить которые составляетъ, какъ указано, священный долгъ критики. Добросовѣстное и объективное розысканіе этихъ погрѣшностей, руководимое тѣми же высокими цѣлями, какими руководились и авторы проекта, есть не только служба интересамъ нашего правового строя, но и дань заслуженнаго уваженія труженикамъ, на долю которыхъ доставалось во время ихъ долгой работы мало благоуханныхъ розъ и много колючихъ терніевъ...

Настоящія замѣтки относятся къ проекту Уложенія по редакціи 1899 г. Онѣ не составляютъ систематической критики проекта и имѣютъ цѣлью отмѣтить лишь нѣкоторыя, бросившіяся автору въ глаза, погрѣшности и недочеты въ немъ.

Ст. 1. Опредѣленіе обязательства.

Опредѣленіе въ законѣ понятія обязательства представляетъ, при нынѣшнемъ состояніи науки, несомнѣнныя трудности. Слѣдуетъ ли, однако, изъ этого, что такое опредѣленіе не нужно? На этотъ вопросъ нельзя дать единообразнаго для всѣхъ кодификацій отвѣта.

Въ странахъ съ невысокимъ уровнемъ юридической культуры кодификаціонная техника ставитъ нныя требованія; нежели въ странахъ, располагающихъ многочисленнымъ классомъ вышколенныхъ юристовъ. Тамъ, гдѣ, какъ у насъ, законъ въ громадномъ большинствѣ случаевъ толкуется и долго еще будетъ толковаться изъ себя самого, безъ кон-

троля и содѣйствія юридической науки, можно и должно жертвовать совершенствомъ опредѣленія ради необходимости дать судѣ твердое руководящее начало. Опасность этого приѣма можетъ быть въ значительной степени ослаблена устраненіемъ изъ опредѣленія излишней абстрактности, введеніемъ уже въ самое опредѣленіе нѣкоторыхъ конкретныхъ элементовъ.

Проектъ справедливо поэтому рѣшился преподавать въ законѣ опредѣленіе обязательства; но онъ руководился неправильнымъ методомъ при констракціи самаго опредѣленія.

Статья 1 проекта гласитъ: „Обязательствомъ именуется законная обязанность“.... Называя всю пятую книгу уложенія книгою „Объ обязательствахъ“, составители, казалось, правильно присваиваютъ обязательству смыслъ обоюдосторонняго отношенія, объемлющаго не только обязанности, но и права сторонъ. Въ такомъ смыслѣ слѣдовало бы преподавать опредѣленіе и въ 1 ст. проекта; слѣдовало бы охарактеризовать обязательство, какъ „правоотношеніе“ или „отношеніе между двумя лицами“, и затѣмъ указать опредѣленные, наиболѣе существенные и общіе признаки этого отношенія.

Такой, именно, методъ усвоенъ саксонскимъ уложеніемъ, остзейскимъ сводомъ и, отчасти, новымъ германскимъ уложеніемъ. Саксонское уложеніе (ст. 662) говоритъ о „правоотношеніяхъ, въ силу коихъ одно лицо, вѣритель, имѣетъ право на заключающее въ себѣ имущественную цѣнность удовлетвореніе со стороны другого лица, должника“.

Сводъ узаконеній губерній прибалтійскихъ опредѣляетъ право требованій, какъ „такое право, въ силу котораго одно лицо обязывается въ пользу другого къ нѣвѣстному дѣйствію, имѣющему матеріальную цѣнность“. Наконецъ, германское уложеніе въ 241 ст. устанавливаетъ, что „въ силу:

обязательства вѣритель имѣетъ право требовать отъ должника совершенія или несовершенія извѣстнаго дѣйствія“.

Впрочемъ, опредѣленіе проекта неудовлетворительно и съ той точки зрѣнія, на которую становится проектъ. „Обязательство есть обязанность“... значить, на мѣсто одной абстрактной категоріи („обязательство“) подставляется другая, столь же абстрактная и, пожалуй, еще болѣе туманная,—„обязанность“.

Категорія обязанности снабжена къ тому же придаткомъ: „законная“. Отъ этого придатка первоначальная неясность еще только усугубляется. Объяснительная записка указываетъ, что введеніемъ прилагательнаго „законный“ имѣлось въ виду отграничить обязательства отъ нравственныхъ (естественныхъ) обязанностей. Но если это и такъ, то отъ предлагаемаго отграниченія еще ничего не выигрывается, ибо объемъ понятія, остающагося за выдѣленіемъ естественныхъ обязанностей изъ общаго понятія обязанности, все еще шире понятія гражданско-правоваго обязательства. „Законныя“ обязанности къ передачѣ имущества и вообще къ совершенію дѣйствія входятъ не только въ область гражданскаго, но и публичнаго права,—и даже болѣе въ область послѣдняго, чѣмъ перваго, ибо именно въ сферѣ публичнаго права обязанности непосредственно вытекаютъ изъ закона, являются „законными“ въ строгомъ, непосредственномъ смыслѣ слова.

Далѣе ст. 1 опредѣляетъ и предметъ обязательства: передачу имущества, совершеніе или несовершеніе дѣйствія. Объяснительная записка указываетъ, что передача имущества уже входитъ въ общее понятіе „совершенія дѣйствія“; но проектъ признаетъ необходимымъ выдѣлить особо этотъ видъ дѣйствія потому, что значительное большинство обязательствъ заключается въ уплатѣ денегъ или вообще въ передачѣ имущества въ собственность или пользованіе. „Въ

этихъ обязательствахъ“—поясняется далѣе—„имущество, составляющее съ научной точки зрѣнія лишь второстепенный предметъ обязательства, выступаетъ въ практическомъ отношеніи на первое мѣсто... Поэтому для большей ясности и практичности закона, для того, чтобы удовлетворить практической сторонѣ жизни, въ опредѣленіе понятія обязательства включена и передача имущества на ряду съ совершеніемъ или несовершеніемъ дѣйствія“.

Оказывается такимъ образомъ, что обобщеніе и одно изъ обобщаемыхъ поставлены въ одну линію, какъ равноправные элементы опредѣляемаго понятія. — въ видахъ удовлетворенія практической сторонѣ жизни. Едва ли, однако, практическая сторона жизни требовала такого отступленія отъ обычныхъ и, съ точки зрѣнія послѣдовательности, необходимыхъ приемовъ классификаціи. Подстановка болѣе частнаго на мѣсто болѣе общаго или, что много хуже, сопоставленіе ихъ рядомъ не можетъ быть оправдано однимъ лишь тѣмъ, что общее положеніе чаще всего въ этомъ именно частномъ видѣ встрѣчается: необходимо установить еще, что общее положеніе само по себѣ слишкомъ неудобопонятно, далеко отъ конкретности, — что ежеминутный, ежечасный выводъ частнаго изъ общаго представляетъ въ практической жизни затрудненія, которыя могутъ быть устранены только путемъ опредѣленнаго указанія въ законѣ той частной нормы, въ которую чаще всего общее положеніе воплощается. Между тѣмъ, едва ли можетъ подлежать сомнѣнію, что такой трудности въ настоящемъ случаѣ нѣтъ. Что передача имущества есть дѣйствіе, ясно всякому, даже мало развитому человѣку, и немислимо представить себѣ, какое могло бы на практикѣ возникнуть затрудненіе, если бы проектъ ограничился общимъ терминомъ „совершеніе и несовершеніе дѣйствія“ и не упоминалъ бы особо о передачѣ имущества. Наоборотъ, выдѣленіе передачи имущества изъ

общей сферы „дѣйствій“ можетъ вести къ совершенно неосновательному, по несущественнымъ признакамъ производимому, отдѣленію обязательствъ о передачѣ отъ всѣхъ прочихъ обязательствъ.

Въ проектируемомъ ст. 1 опредѣленіи обязательства совершенно отсутствуетъ указаніе на *имущественное его свойство*. Значитъ ли это, что проектъ допускаетъ и обязательства, не имѣющія имущественной цѣнности? Этотъ вопросъ долженъ быть поставленъ проекту со всею категоричностью; ибо современный кодексъ не долженъ оставаться въ неопредѣленномъ положеніи по отношенію къ проблемѣ, допускающей столь различныя рѣшенія. Германское уложеніе обошло весь вопросъ молчаніемъ, и на почвѣ этого молчанія успѣли уже вырости двѣ противорѣчивыя теоріи, въ устахъ двухъ наиболѣе выдающихся комментаторовъ уложенія. Уложеніе (ст. 241) гласитъ, что вѣритель по обязательству въ правѣ требовать совершенія дѣйствія (*eine Leistung fordern*), не упоминая ничего объ имущественной цѣнности дѣйствія. На этомъ основаніи Cosack ¹⁾ находить, что подъ дѣйствіе гражданскаго закона подходитъ обѣщаніе одного брата, данное другому, гулять съ нимъ по два часа въ день и не играть въ карты: этому вѣрителю-брату Cosack даетъ судебный искъ; а Endemann, съ изумленіемъ отмѣчая эту теорію, настаиваетъ на томъ, что „въ виду отсутствія прямыхъ указаній въ законѣ, слѣдуетъ толковать его въ связи съ гражданско-правовыми и соціальными условіями нашего быта, а эти условія заставляютъ крѣпко держаться имущественной цѣнности обязательства“ ²⁾.

Нашъ проектъ усвоилъ весьма заразителную систему молчанія, но смыслъ этого молчанія окончательно затем-

¹⁾ Cosack. Lehrbuch d. deutschen bürg. Rechts. T. I, стр. 283, § 80.

²⁾ Endemann. Lehrbuch d. bürgerlichen Rechts. T. I, стр. 471, § 109 прим.

ненъ у насъ сопровождающими его мотивами. На этихъ мотивахъ необходимо остановиться: гдѣ законъ сознательно молчитъ, тамъ мотивы приобрѣтають особый интересъ. Мотивы ¹⁾ указываютъ, прежде всего, что по вопросу объ имущественномъ свойствѣ обязательства нѣтъ единства взглядовъ; законодательства русское, австрійское, французское, остзейское, цюрихское и саксонское прямо или косвенно требуютъ, чтобы обязательство представляло имущественную цѣнность. Обратныхъ примѣровъ (законодательствъ и теорій, не требующихъ имущественной стоимости обязательствъ) не приведено, и такимъ образомъ остается неяснымъ, въ чемъ собственно состоитъ противоположная точка зрѣнія, въ чемъ ея достоинства и недостатки. Далѣе указывается, что „съ законодательной точки зрѣнія рассматриваемый вопросъ имѣеть значеніе только по отношенію къ договорнымъ обязательствамъ, такъ какъ предметъ обязательствъ, вытекающихъ изъ двухъ другихъ источниковъ, прямо опредѣляется закономъ“. Эта послѣдняя мысль разъясняется затѣмъ подробнѣе по отношенію къ обоимъ источникамъ недоговорныхъ обязательствъ (недозволенное дѣяніе и законъ), при чемъ оказывается, что во всѣхъ недоговорныхъ обязательствахъ предметъ долженъ имѣть имущественную цѣнность. Послѣ такого анализа недоговорныхъ обязательствъ естественно было ждаты обсужденія вопроса и по отношенію къ договорнымъ обязательствамъ, ибо только-что было указано, что именно по отношенію къ нимъ „рассматриваемый вопросъ имѣеть значеніе съ законодательной точки зрѣнія“. Между тѣмъ, самымъ неожиданнымъ образомъ именно въ этомъ мѣстѣ ходъ мысли обрывается, и все изложеніе заканчивается слѣдующею фразою:

¹⁾ Стр. 4—6.

„Поэтому въ проектируемомъ опредѣленіи обязательства не помѣщается упоминаніе объ имущественномъ свойствѣ предмета обязательства“.

Казалось бы, коль скоро признано было ненужнымъ обсуждать вопросъ по отношенію къ договорнымъ обязательствамъ, гдѣ онъ только и представляетъ интересъ, то изъ тѣхъ сужденій, которыя признано было нужнымъ привести, могъ слѣдовать только выводъ прямо противоположный тому, который сдѣланъ. Если изъ двухъ фактовъ: изъ того, что шесть или семь законодательствъ требуютъ имущественной стоимости обязательства, и изъ того, что въ недоговорныхъ обязательствахъ вопросъ особо разрѣшается въ томъ же смыслѣ, вообще могло что-либо слѣдовать, то, очевидно, могло слѣдовать лишь то, что упоминаніе объ имущественномъ свойствѣ должно быть помѣщено въ проектируемомъ опредѣленіи.

Могло изъ этого разсужденія, конечно, вытекать еще одно послѣдствіе: вопросъ объ имущественной цѣнности договорныхъ обязательствъ могъ считаться отсроченнымъ и подлежащимъ обсужденію въ другомъ мѣстѣ, въ ученіи о договорныхъ обязательствахъ,—точнѣе: въ ученіи о предметѣ договора. Однако, слѣдовъ этого обсужденія мы тщетно искали на всемъ протяженіи объяснительной записки, не говоря уже о текстѣ подлежащаго закона. Ни 21—25 ст.ст., выполняющія собою главу о „предметѣ договора“, ни объясненія къ нимъ не обмолвились ни единымъ словомъ о спорномъ предметѣ, который остался, такимъ образомъ, не только безъ разрѣшенія, но и безъ обсужденія. Какъ при такихъ условіяхъ понимать молчаніе 1 статьи закона? Можно ли съ нимъ считаться, какъ съ актомъ сознательной воли и строить на немъ умозаключенія?

Вопросъ этотъ, серьезный и самъ по себѣ, осложняется еще болѣе слѣдующимъ соображеніемъ. Ст. 117 проекта

постановляетъ, что должникъ, умышленно или по грубой неосторожности не исполнившій обязательства, можетъ быть присужденъ къ возмѣщенію . . . убытковъ, хотя бы они заключались не въ имущественномъ, а въ нравственномъ вредѣ, и не подлежали оцѣнкѣ. Проектъ, слѣдовательно категорически допускаетъ защиту неимущественнаго, нравственнаго интереса; судъ предоставляется по своему усмотрѣнію произвести денежную его оцѣнку: такъ значитъ въ объяснительной запискѣ на стр. 262 тома I. На первый взглядъ можетъ казаться, что этимъ постановленіемъ преисъкаются всякія сомнѣнія: вопросъ объ имущественной стоимости обязательства разрѣшенъ нѣсколько неожиданно и немотивированно, въ разрѣзъ съ нашимъ дѣйствующимъ и прочими процитированными законодательствами, но разрѣшенъ буквою закона. На самомъ дѣлѣ это недоразумѣніе, — недоразумѣніе весьма извинительное и потому требующее особо опредѣленнаго и точнаго разъясненія.

Неимущественный предметъ обязательства и неимущественный интересъ отъ неисполненія обязательства — двѣ вещи разныя, хотя и часто смѣшиваемыя. Смѣшеніе это было, между прочимъ, допущено, какъ то доказалъ въ блестящемъ своемъ памфлетѣ Гирке ¹⁾, мотивами перваго германскаго проекта. Теорія неимущественной стоимости предмета обязательства, выдвинутая на западѣ Герингомъ, требуетъ юридической защиты всякаго обѣщанія, принятаго въ намѣреніи связать свою волю къ какой бы области человѣческой дѣятельности обѣщаніе ни относилось. Она требуетъ отъ суда реального понужденія должника къ исполненію дѣйствія, лежащаго цѣликомъ внѣ сферы имущественныхъ отношеній, поскольку такое понужденіе возможно. Сфера гражданскаго права такимъ

¹⁾ Gierke, Der Entwurf. Leipzig, 1889, стр. 194—196.

образомъ непомѣрно расширяется; признакомъ, по коему явленіе вводится въ эту сферу, становится не его экономическое качество, а отношеніе его къ человѣческому волеизъявленію: достаточно связать свою волю въ какой угодно области дѣйствій, для того чтобы стать подъ дѣйствіе гражданскаго закона. Но если это такъ, то надо только столкнуться относительно значенія словъ: если гражданскимъ правомъ будетъ именоваться система мѣръ, понуждающихъ къ исполненію всѣхъ принимаемыхъ на себя людьми обязательствъ, то придется выдумать для стараго гражданскаго права только новое названіе, ибо его специфическія явленія достаточно богаты и сложны, чтобы быть обособленными въ особую дисциплину, руководимую особыми опредѣленными принципами. У создателей новой теоріи было слишкомъ много здраваго смысла, чтобы не предвидѣть этой перспективы. Потому пошли уступки, урѣзыванія, и въ результатѣ система, обладавшая въ чистомъ видѣ однимъ несомнѣннымъ достоинствомъ — выдержанностью своего построенія, — стала шататься и терять ясные контуры. Въ томъ видѣ, какъ она формулируется нынѣ, она состоитъ въ отрицательномъ требованіи (не-имущественная цѣнность), съ весьма неопредѣленнымъ содержаніемъ, непригоднымъ для какой бы то ни было формулировки въ положительномъ законѣ.

На ряду съ этою теоріею, не всегда строго отъ нея отдѣляясь, шла со стороны той же школы горячая проповѣдь возмѣщенія, т. наз., неимущественнаго интереса. Но неимущественный интересъ, нравственное страданіе, боль можетъ связываться съ обязательствомъ, самый предметъ котораго имѣетъ несомнѣнную имущественную цѣнность. Вознаграждая въ этихъ случаяхъ интересъ отъ неисполненія, мы остаемся въ области нашего добраго стараго гражданскаго права. Вѣритель здѣсь не требуетъ исполненія чего-либо,

выходящаго изъ сферы экономическихъ отношеній, и должникъ къ такому дѣйствию не понуждается. Все своеобразие ученія состоитъ лишь въ расширеніи сферы удовлетворенія вѣрителя и въ оцѣнкѣ боли, разочарованія—на деньги. Съ этою, нѣсколько шокирующею, компенсаціею психическихъ состояній денежными знаками можно, въ концѣ концовъ, примириться, а расширение сферы удовлетворенія кредитора слѣдуетъ привѣтствовать, какъ актъ элементарной справедливости. 117 статья нашего проекта и задалась, повидному, цѣлью осуществить этотъ актъ справедливости; но ею не затрогивается нисколько основной вопросъ, объ имущественной стоимости предмета обязательства.

Такимъ образомъ, тщательное изученіе мотивовъ не подвигаетъ насъ ни на шагъ впередъ; нашъ вопросительный знакъ остается на прежнемъ мѣстѣ.

Ст. 2. Дѣленіе обязательствъ.

Обычное пятичленное дѣленіе источниковъ обязательства проектомъ отвергнуто; сохранены лишь три члена дѣленія: договоръ, нарушение и законъ. Ст. 2 гласитъ, что „обязательства возникаютъ изъ договоровъ, недозволенныхъ дѣяній и другихъ указанныхъ въ законѣ основаній“. Нельзя не отмѣтить новшества, введеннаго проектомъ при формулировкѣ послѣдняго изъ числа трехъ источниковъ обязательства. Проектъ имѣлъ, повидному, въ виду устранить принятое въ доктринѣ положеніе о „законѣ“, какъ о непосредственномъ источникѣ обязательства, и замѣнилъ указаніе на „законъ“ указаніемъ на „другія указанія въ законѣ основанія“. Однако, этимъ нововведеніемъ созданы лишь новыя, болѣе тяжкія неудобства: указаніе на законъ, какъ на особый источникъ обязательства, было ошибочно потому, что и другіе два источника — договоръ и наруше-

не—также установлены закономъ. Эта ошибка устранена въ проектѣ, но на ея мѣсто стала другая. Опредѣленіе проекта имѣетъ характеръ примѣрнаго перечисленія оснований: договоръ, нарушение и другія... основания; оно даетъ право заключить, что въ законѣ указаны еще какія-либо столь же общія основания, какъ договоръ и нарушение. Между тѣмъ, смыслъ всей классификаціи, которую проектъ брался исправить только съ редакціонной стороны, состоялъ именно въ томъ, что общихъ оснований обязательства только два (договоръ и нарушение). „Другихъ оснований“ въ томъ смыслѣ, въ какомъ является основаниемъ договоръ или нарушение, нѣтъ. Сверхъ двухъ *общихъ* оснований, законъ указываетъ лишь опредѣленные конкретныя отношенія, съ опредѣленнымъ предметомъ и опредѣленными участниками, связывая съ этими отношеніями опредѣленные обязательства. И главная задача кодификатора въ этой области состоитъ въ томъ, чтобы указать на этотъ признакъ, отличающій *obligationes ex lege* отъ другихъ видовъ обязательства. Ибо съ точки зрѣнія классификаціи представляютъ интересъ только общіе источники—только ради этого обобщенія и вводится вся 2 статья. Не имѣй договоръ и правонарушеніе общаго характера, не зачѣмъ было бы ихъ выводить за скобку. Обязательства, вытекающія изъ закона, есть только остатокъ спорадическихъ, не обобщенныхъ предписаній, о которомъ только для точности, а не въ видахъ обобщенія, дѣлается упоминаніе при дѣленіи обязательства. Этотъ отгѣнокъ необходимо подчеркнуть при редакціи 2 статьи; необходимо изложить ее примѣрно слѣдующимъ образомъ: „Обязательства возникаютъ изъ договоровъ и недозволенныхъ дѣяній; сверхъ сего, особливныя обязательства могутъ быть установлены закономъ, указывающимъ каждый разъ какъ предметъ, такъ и участниковъ обязательства“.

Ст. 3. Система проекта.

Статья 3 составляет краеугольный камень всей системы проекта. Сообразно этой системѣ, всеобщія положенія обязательственнаго права излагаются примѣнительно къ договорамъ, съ поясненіемъ (ст. 3), что правила эти распространяются и на другіе виды обязательствъ, насколько для нихъ въ законѣ не установлено изъятій. Такой рѣзкій разрывъ съ общепринятою системою классификаціи заслуживаетъ, казалось бы, особенно тщательнаго обоснованія. Между тѣмъ, мотивы объяснительной записки именно на сей разъ особенно кратки и неясны; смѣлое новшество, вводимое проектомъ, продолжаетъ, и по прочтеніи записки, вызывать все то же справедливое недоумѣніе. Мотивы ограничиваются однимъ, единственнымъ соображеніемъ, что „договоры составляютъ главный источникъ обязательственныхъ отношеній, послужившій образцомъ для развитія общихъ началъ обязательственнаго права“ (стр. 16). Эта, сомнительная въ существѣ своемъ, теорія развитія обязательственнаго права, сопровождаемая ссылкой на трактатъ *Endemann'a*, очевидно, не можетъ выдержать тяжести воздвигаемаго на ней зданія.

Что правильная логическая схема требуетъ иного распределенія матеріала,—не подлежитъ, конечно, сомнѣнію; совершенно ясно, что правила, общія всѣмъ обязательствамъ, должны быть выдѣлены особо, а затѣмъ каждая изъ двухъ группъ обязательственныхъ отношеній должна явиться въ сопровожденіи правилъ, ей именно присущихъ. Отступленіе отъ этой схемы могло бы быть оправдано лишь особенно вѣскими практическими соображеніями. Однако, именно практическія соображенія требуютъ въ данномъ случаѣ строгаго соблюденія основной схемы. Проектъ стремится, повидимому, къ упрощенію закона, онъ опасается создавать лѣстницу правилъ по степени убывающей общно-

сти (обязательства, договоръ, данный договоръ), не считывая на способность суда разобраться въ системѣ логическихъ градацій. Однако, это упрощеніе только кажущееся. Судья, дѣйствующій на основаніи проектируемыхъ правилъ; вынуждается къ болѣе усиленной умственной операциі, чѣмъ различеніе частнаго отъ общаго и подведеніе частнаго подъ общее: отъ него требуется, чтобы онъ, по каждому отдѣльному недоговорному обязательству, исходя изъ существа этого обязательства, установилъ ту мѣру общихъ правилъ, которая на долю его полагается. Проектъ указываетъ, что изъятія для каждой категоріи обязательствъ указаны въ законѣ. Однако во всей общей части обязательственного права не содержится ни одной ссылки на непримѣнимость даннаго правила къ тому или иному недоговорному обязательству; съ другой стороны, во всемъ ученіи о недоговорныхъ обязательствахъ нѣтъ ни одной ссылки на непримѣнимость къ данному обязательству того или иного правила общей части. Читателю невольно навязывается мысль, будто весь проектъ составленъ былъ первоначально по противоположной системѣ, и впоследствии только систему эту забраковали и отвергли, не подогнавъ настоящимъ образомъ стараго текста къ новой системѣ. Выбирать и демонстрировать отдѣльно случаи, когда правила договорныхъ обязательствъ не могутъ быть распространяемы далѣе своихъ естественныхъ предѣловъ, — и тѣмъ не менѣе оговорки о семъ не сдѣлано, — совершенно безцѣльно, не только потому, что въ этомъ направленіи уже многое сдѣлано въ литературныхъ отзывахъ, но и потому, что грѣхъ тутъ не въ деталяхъ, а въ цѣломъ: проектъ вообще не дѣлалъ никакихъ попытокъ изъять тѣ или нныя обязательства изъ подъ дѣйствія общихъ правилъ, и потому нечего ловить его на деталяхъ и каждый разъ побѣдоносно указывать пробѣлы. Достаточно обратить вниманіе на об-

щее упущение, на необходимость исправить его въ цѣломъ. Но именно когда онъ будетъ исправленъ, когда весь кодексъ испещрится ссылками на „изъятія“,—тогда выступить съ особою разительностью основной недостатокъ системы: смѣшеніе нормъ общихъ и специальныхъ. Многочисленность изъятій всегда служитъ признакомъ ошибочности системы, а сколько въ данномъ случаѣ придется сдѣлать изъятій, легко разсудить а priori: достаточно сообразить въ любомъ кодексѣ объемъ правилъ, относящихся специально къ договорнымъ обязательствамъ: всѣ эти правила придется, очевидно, изъять, какъ не относящіяся къ другимъ видамъ обязательствъ.

Ст. 4 и 5. Опредѣленіе договора.

Объяснительная записка проводитъ различіе между общимъ понятіемъ договора и подчиненнымъ ему понятіемъ договора обязательственнаго. Рядомъ съ обязательственнымъ договоромъ признается существованіе особаго вида договоровъ вотчинныхъ, наследственныхъ. Общее между этими послѣдними категоріями и договоромъ обязательственнымъ одно лишь: ихъ источникъ—соглашеніе. Но то, что составляетъ главную часть ученія объ обязательственномъ договорѣ—права и обязанности сторонъ, ученіе о формѣ, о способахъ прекращенія и измѣненія обязательственнаго договора—все это къ договорамъ необязательственнымъ непримѣнимо. Соотношеніе разбираемыхъ предметовъ можетъ, вообще, быть двоякое: либо 1) избирается классификація по послѣдствіямъ отношенія,—тогда недозволенные дѣйствія и обязательственный договоръ входятъ въ составъ одного отдѣла, ибо оба они имѣютъ своимъ послѣдствіемъ обязательство, либо 2) въ основу классификаціи кладется источникъ правоотношенія,—тогда обязательственный договоръ, какъ

Отношеніе, основанное на соглашеніи, обособляется отъ прочихъ обязательствъ, изъ соглашения не вытекающихъ. Обязательственный договоръ примыкаетъ одною частью своею къ договорамъ, другою къ обязательствамъ; кодификаціи потому приходится дѣлать выборъ между двумя открывающимися передъ нею путями. Выборъ этотъ дѣлается, естественно по соображенію важности тѣхъ или иныхъ частей правоотношенія,—и именно съ этой точки зрѣнія не можетъ быть и рѣчи объ исключеніи обязательственного договора изъ отдѣла объ обязательствахъ. Современные законодательства соединяютъ потому обязательственный договоръ съ незаконными дѣяніями въ общую группу „обязательствъ“, отводя въ особый раздѣлъ общее ученіе о договорахъ. Проектъ не послѣдовалъ этой системѣ—потому, какъ сказано въ объяснительной запискѣ, что она „ведетъ къ излишней отвлеченности“. Но этого общаго и немотивированнаго соображенія едва ли достаточно для того, чтобы оправдать сліяніе во едино понятій, къ разъединенію коихъ приходится постоянно прибѣгать самимъ авторамъ проекта для разъясненія предлагаемаго ими закона. На вопросъ объ отличіи договора обязательственного отъ другихъ видовъ договора практика натолкнется при первомъ примѣненіи новаго закона, и ей самой придется создать то самое дѣленіе, которое объяснительная записка признаетъ слишкомъ отвлеченнымъ.

Допущенное проектомъ объединеніе всѣхъ видовъ договора въ ученіи объ обязательствахъ представляется особенно нежелательнымъ при той системѣ, которая принята ст. 3 проекта для изложенія общаго ученія объ обязательствахъ. Соединеніе такихъ двухъ отступленій отъ правильнаго логическаго хода мыслей должно создать массу осложненій, которая теоретическое излѣдованіе и предвидѣть не можетъ. Проектъ не выдѣляетъ общаго ученія объ обязательствахъ, а излагаетъ его, какъ сказано въ объяснительной запискѣ,

„съ точки зрѣнія обязательствъ, возникающихъ изъ договоровъ“; со статьи 4-й и начинается раздѣлъ, озаглавленный: „Обязательства по договорамъ вообще“. Но раздѣлъ этотъ излагаетъ ученіе не объ обязательственныхъ договорахъ только, а о договорахъ вообще,—значить, и о договорахъ необязательственныхъ. Эти послѣднія правила не имѣютъ, очевидно, никакого равно отношенія къ обязательственному праву, а между тѣмъ, они распространяются, за силою 3 ст., на всякія вообще обязательства, ибо противное въ законѣ не установлено. Другими словами: общее ученіе объ обязательствахъ должно быть извлекаемо даже не изъ ученія объ одномъ спеціальномъ видѣ обязательства (обязательственномъ договорѣ), а изъ ученія о договорѣ вообще, т. е. о предметѣ, который въ значительной части ничего общаго съ областью обязательственного права не имѣетъ.

Спеціально по поводу ст. ст. 4 и 5, т. е. опредѣленія договоровъ, слѣдуетъ замѣтить, *во-первыхъ*, что опредѣленіе ст. 4 въ сущности ничего не опредѣляетъ: опредѣленіе договора вообще, а не отдѣльнаго типа договора представляется излишнимъ и даже невозможнымъ, ибо, кромѣ понятія о соглашеніи, ничего въ него ввести нельзя,—все остальное можетъ быть внесено лишь при опредѣленіи особо договора обязательственного, вотчиннаго, наследственного и проч.; между тѣмъ, только внесеніемъ этого конкретнаго содержанія соглашеніе вводится въ юридическую сферу.

Во-вторыхъ, въ опредѣленіи договора, преподанномъ ст. ст. 4 и 5 проекта, не упоминается вовсе объ юридическомъ основаніи—о томъ элементѣ, которому обиходная юридическая терминологія присвоила не совсѣмъ точное наименованіе „causa“. Вопросъ о causa, о наличности юридическаго основанія, не ставится ни въ какой другой области гражданскихъ правоотношеній, хотя всѣ они покоятся, въ широ-

комъ смыслѣ, на одномъ и томъ же общехозяйственномъ основаніи. Вопросъ о ней ставится только въ договорномъ правѣ, въ области, отмежеванной преимущественному господству волевого элемента. Здѣсь, гдѣ законъ отказывается отъ непосредственнаго вмѣшательства въ опредѣленіе конкретныхъ, единичныхъ цѣлей гражданъ, предоставляя имъ почти абсолютную свободу самоопредѣленія,—близка опасность окончательнаго разрыва гражданскаго правоотношенія съ основными, необходимыми цѣлями гражданскаго оборота, а слѣдовательно, и гражданскаго закона. Здѣсь необходимо поставить вѣху — указать общій предѣлъ, за которымъ кончается область гражданскихъ правоотношеній и начинается область прихоти, область душевныхъ движеній, имѣющихъ также окраску волевого акта, но не служащихъ тѣмъ основнымъ цѣлямъ общежитія, защиту коихъ только и можетъ принимать на себя гражданскій законъ. Задача гражданскаго закона состоитъ въ нормировкѣ явленій хозяйственной сферы и тѣхъ волевыхъ управленій, которыя вызываются ея потребностями. Отношеніе, лишенное хозяйственнаго стимула, не входитъ въ сферу гражданскаго права. Въ основѣ гражданской сдѣлки, такъ понимаемой, лежитъ интересъ — взаимодѣйствіе, полученное или ожидаемое,—отвѣтное дѣйствіе вѣрителя въ настоящемъ, въ прошломъ или въ будущемъ. Одинъ только видъ сдѣлокъ ускользаетъ отъ этого мѣрила: это сдѣлки дарственныя, „отъ щедротъ произтекающія“. Но именно потому всѣ гражданскія законодательства и требуютъ, чтобы отсутствіе основанія было въ этомъ случаѣ гласно,—потому требуется для даренія опредѣленная и строгая форма, потому дареніе обставляется специфическими, особенно льготными для дарителя послѣдствіями. Весь остальной комплексъ гражданскихъ правоотношеній зиждется на хозяйственномъ расчетѣ, и гдѣ нѣтъ основаній, покоящихся въ этомъ расчетѣ, тамъ

не должно быть и гражданской сдѣлки. Развитый оборотъ можетъ вводить—для нѣкоторыхъ специальныхъ случаевъ и съ большою постепенностью — облегченную систему доказательствъ наличности основанія, но этимъ не устраняется необходимость самаго основанія. Бумага на предъявителя, вексель вводится въ гражданскій оборотъ не какъ обязательства, независимыя отъ экономическаго субстрата. Достаточно указать, что по этимъ обязательствамъ допустимъ споръ объ отсутствіи основанія противъ непосредственнаго вѣрителя. По нимъ недопустимъ лишь споръ противъ третьихъ лицъ, но и эта недопустимость спора обставляется здѣсь специальными, особенно строгими гарантіями формы: особливая форма признается безспорнымъ доказательствомъ наличности юридическаго основанія. Таково ученіе, основанное на истинномъ пониманіи задачъ гражданскаго права. Принадлежитъ ли проектъ къ сторонникамъ этого ученія или къ его противникамъ? Сказать трудно, ибо самый проектъ молчитъ, молчатъ и мотивы. Судя по мотивамъ къ нѣкоторымъ специальнымъ постановленіямъ (напримѣръ, по вопросу о бумагахъ на предъявителя—ст. 589, т. III, стр. 270), проектъ склоненъ считаться съ наличностью юридическаго основанія, какъ съ необходимымъ условіемъ дѣйствительности договора. Однако, въ вопросѣ такой важности недостаточны косвенныя заключенія. На постановленный доктриною и практикою опредѣленный вопросъ проектъ обязанъ дать опредѣленный отвѣтъ.

Ст. 14—20. Форма договоровъ.

Правила ст. 14—20 проекта о формѣ договоровъ возбуждаютъ рядъ сомнѣній:

1) Проектъ не проводитъ въ ст. 14 различія между договорами, для которыхъ требуется письменная форма вообще,

и договорами, для которыхъ устанавливается опредѣленный типъ письменной формы. Такимъ образомъ, вотчинный договоръ, вексель подчиняются общимъ правиламъ о договорахъ, удостоверяемыхъ на письмѣ. Они подчиняются, между прочимъ, и правилу ст. 14, которая гласитъ: „предписание закона объ удостовѣреніи договора на письмѣ имѣетъ лишь то значеніе, что въ случаѣ спора договоръ не можетъ быть доказываемъ на судѣ свидѣтельскими показаніями; но въ подтвержденіе договора могутъ быть представляемы... письма, телеграммы и, вообще, всякаго рода письменныя доказательства“. Совершенная несообразность этого положенія въ примѣненіи къ вотчинному договору или къ векселю слишкомъ очевидна, чтобы стоило на ней долѣе останавливаться. Въ той же мѣрѣ непримѣнимы къ договорамъ съ опредѣленною формою и другія правила проекта о формѣ договоровъ. Таковы правила ст. 15, 16, 17 и 18.

2) Последняя часть 14 статьи указываетъ, какъ суррогатъ письменной формы договора, „всякаго рода письменныя доказательства“. Подъ всякаго рода письменными доказательствами могутъ разумѣться бумаги, исходящія и отъ лицъ, непричастныхъ къ договору; между тѣмъ, едва ли можетъ подлежать сомнѣнію, что въ тѣхъ случаяхъ, когда законъ рѣшается налагать на стороны стѣсненіе и требуетъ обязательной письменной формы договора,—письменные слѣды заключенія договора, въ чемъ бы они ни состояли, должны исходить именно отъ сторонъ. Въ этомъ смыслѣ и слѣдовало бы дополнить заключительную фразу 14 статьи.

3) Согласно 17 ст. двусторонній договоръ, совершенный на письмѣ, долженъ быть подписанъ всѣми участвующими въ немъ лицами. Правило это—въ той категорической формѣ, въ какой оно выражено,—не согласуется съ постановленіями 14 статьи. Согласно 14 ст. всякій договоръ (зна-

чить, и двусторонній) считается совершеннымъ на письмѣ, если наличность его доказывается письмами и даже телеграммами. Съ этимъ явно не мирится требованіе, чтобы двусторонній договоръ былъ подписанъ обѣими сторонами: телеграммы вовсе не могутъ считаться „подписанными“, а письма никогда не подписываются обѣими сторонами. Германское уложеніе (ст. 126) содержитъ статью, аналогичную съ разбираемою статьею проекта, но въ германскомъ уложеніи нѣтъ постановленія о томъ, что подъ совершеннымъ на письмѣ договоромъ разумѣются письма и телеграммы, и когда вопросъ о значеніи писемъ и телеграммъ для образованія договорнаго отношенія былъ недавно возбужденъ въ Берлинскомъ юридическомъ обществѣ, общество громаднымъ большинствомъ (засѣд. 29 апр. 1900 г.) признало, что именно въ виду 126 ст. письмамъ не можетъ быть присвоено значеніе договора, совершеннаго на письмѣ.

4) 19 статья гласитъ, что измѣненіе или отмѣна договора, совершеннаго на письмѣ, въ случаѣ спора, не могутъ быть доказываемы на судѣ свидѣтельскими показаніями. Значитъ, если первоначальный договоръ совершенъ на письмѣ, хотя онъ и могъ быть заключенъ словесно, отмѣна его и всякое въ немъ измѣненіе должны уже быть обязательно облечены въ письменную форму. Несправедливость и обременительность этого постановленія очевидны. Измѣненіе или отмѣна договора въ сущности равносильны заключенію новаго договора, и потому не усматривается никакихъ основаній, почему бы сила этого новаго договора опредѣлялась не по свойствамъ, ему именно присущимъ, а по свойствамъ договора, въ отмѣну или измѣненіе коего онъ постановленъ. Свобода въ опредѣленіи силы новаго соглашенія предписывается и тѣмъ соображеніемъ, что констатированіе той связи между двумя договорами, при которой послѣдующій по времени договоръ долженъ

почитаться именно отмѣною или измѣненіемъ прежняго представляется на практикѣ весьма часто чрезвычайно затруднительнымъ. Поэтому, слѣдовало-бы редакцію 19 статьи во всякомъ случаѣ измѣнить въ томъ смыслѣ, что измѣненіе или отмѣна договора только въ томъ случаѣ не могутъ быть доказываемы свидѣтельскими показаніями, когда для первоначальнаго договора законъ предписываетъ соблюденіе письменной формы.

Ст. 49—56. О задаткѣ и отступномъ.

Ст. 49 содержитъ опредѣленіе задатка, ст. 53 — опредѣленіе отступнаго, ст. 57—опредѣленіе неустойки. Задатокъ опредѣляется, какъ „денежная сумма, выданная въ доказательство заключенія договора и въ обезпеченіе его исполненія“. Это опредѣленіе едва ли можетъ быть признано удачнымъ. Проектъ требуетъ, чтобы денежная сумма была дана и „въ доказательство заключенія“ договора, и „въ обезпеченіе его исполненія“. На самомъ же дѣлѣ задатокъ никогда не дается въ доказательство заключенія договора. Онъ можетъ впоследствии оказаться доказательствомъ, но не въ этихъ видахъ онъ выдается. Въ такомъ именно смыслѣ слѣдуетъ понимать тексты римскихъ источниковъ объ *agha confirmatoria* (Рг. J. III, 23); въ такомъ же смыслѣ говорятъ о задаткѣ, какъ о доказательствѣ, современныя законодательства (ср. герм. улож. ст. 336). Ибо не слѣдуетъ забывать, что рѣчь идетъ только о *фактъ дачи* задатка, а не о письменныхъ задаточныхъ актахъ—два момента, повиднмому, не ясно различаемые проектомъ. При выдачѣ акта о задаткѣ, или, по терминологіи X тома, росписки о задаткѣ, — доказательствомъ заключенія договора является уже актъ, содержаніе росписки само по себѣ, а не дача задатка. Самая дача задатка, какъ ви́шній фактъ, въ громадномъ

большинствѣ случаевъ доказательствомъ какихъ бы то ни было опредѣленныхъ договорныхъ отношеній служить не можетъ; этотъ фактъ безсиленъ опредѣлить содержаніе договора. Самое большее, что можетъ законодатель сказать о задаткѣ, какъ доказательствѣ, это то, что фактъ выдачи задатка можетъ иногда служить доказательствомъ наличности договора,—тогда именно, когда самое содержаніе переговоровъ между сторонами бесспорно; фактъ дачи задатка, разрѣшаетъ тогда окончательно вопросъ въ смыслѣ существованія договора. Приписывать задатку большее значеніе значитъ переоцѣнивать его дѣйствительный, жизненный смыслъ.

Наконецъ, нельзя не замѣтить, что проектъ, опредѣляя задатокъ, очевидно, предполагалъ установить тѣ особенныя признаки, которыми задатокъ отличается отъ простаго аванса (объясн. зап., стр. 123, т. I); между тѣмъ, въ смыслѣ доказательства заключенія договора авансъ рѣшительно ничѣмъ не разнится отъ задатка. Такимъ образомъ, первый изъ указанныхъ ст. 49 признаковъ задатка не соответствуетъ реальной природѣ отношеній.

Едва ли лучше обстоитъ дѣло со вторымъ. Проектъ гласитъ, что сумма, данная при заключеніи договора „въ обезпеченіе“, есть задатокъ. Спрашивается: какъ же должно выразиться намѣреніе сторонъ дать сумму именно въ обезпеченіе? Достаточно ли, если контрагентъ -- словесно или письменно—попросту пояснить, что сумма дается „въ обезпеченіе“ такого то соглашенія, или же необходимо сверхъ сего еще нѣчто? Не подлежитъ сомнѣнію, что и по мысли проекта общее выраженіе „въ обезпеченіе“ не было бы признано достаточнымъ для присвоенія данной впередъ суммѣ свойства задатка,—хотя бы по одному тому, что разные могутъ быть способы обезпеченія заключеннаго договора данною впередъ суммою. Значитъ, требуется, чтобы было удо-

требуется именно слово „задатокъ“, т. е. то самое, чего требовали иногда въ подобныхъ случаяхъ и кассационный Сенатъ. Въ этомъ требованіи дѣйствительно весь центръ вопроса; въ немъ и критерій для оцѣнки правильности даннаго проектомъ опредѣленія. Задатокъ въ нынѣшнемъ его видѣ черпаетъ все свое содержаніе изъ опредѣленныхъ карательныхъ предписаній закона, сторонамъ впередъ извѣстныхъ. Требованіе, чтобы договаривающіеся именно назвали данную сумму задаткомъ, есть требованіе о томъ, чтобы они при заключеніи договора ясно выразили согласіе на опредѣленные, извѣстныя имъ впередъ послѣдствія неисполненія договора. Эти карательныя послѣдствія указаны въ ст. 50 проекта, и такое указаніе совершенно достаточно.

Такимъ образомъ, изъ ст. 49 необходимо исключить упоминаніе объ обѣихъ цѣляхъ: „въ доказательство заключенія договора“ и „въ обезпеченіе его исполненія“. Остается, указать лишь, по примѣру германскаго уложенія (ст. 336), что „сумма, выданная одною стороною другой, какъ задатокъ, почитается доказательствомъ заключенія договора“.

По системѣ проекта, неисполненіе договора, обезпеченнаго задаткомъ, влечетъ за собою потерю задатка и, сверхъ сего, право на взысканіе убытковъ, поскольку сумма ихъ превышаетъ размѣръ выданнаго задатка (ст. 50). Отъ простаго задатка отличается по своимъ послѣдствіямъ отступное и задатокъ, данный въ обезпеченіе заключенія будущаго договора (ст.ст. 53 и 55). Отличіе сводится къ тому, что въ послѣднихъ двухъ случаяхъ искъ объ убыткахъ вовсе не допускается. Казалось бы, это именно отличіе—и только оно—и должно быть выдвинуто въ ученіи объ отступномъ и о задаткѣ, обезпечивающемъ будущій договоръ. Между тѣмъ, проектъ излагаетъ подлежащія правила слѣдующимъ образомъ: дважды, безъ всякой въ томъ надобности, повторяется общее правило о потерѣ задатка. (ст.ст.

53 и 55), указанное уже ранѣе, именно какъ общее, — а затѣмъ лишь, въ отдѣльной статьѣ (56), прибавлено упоминаніе о томъ единственномъ послѣдствіи, которое для даннаго случая существенно. Редакціонный приѣмъ, примѣненный проектомъ, объясняется, повидимому, тѣмъ, что основной принципъ ученія о задаткѣ во время редактированія закона мѣнялся. Проектъ слѣдуетъ въ основной статьѣ (50) ученію, согласно коему при неисполненіи договора задатокъ во всякомъ случаѣ пропадаетъ; противоположное ученіе предоставляетъ при простомъ задаткѣ только право взысканія убытковъ; при отступномъ же и при обеспеченіи будущаго договора — устанавливается, наоборотъ, потеря задатка, безъ права на дополнительные убытки. Въ этой послѣдней системѣ необходимо, въ изъятіе отъ общаго правила, упомянуть какъ при отступномъ, такъ и при обеспеченіи будущаго договора, о потерѣ задатка. Но этого вовсе не требуется при системѣ, по которой потеря задатка является общимъ правиломъ. Редакція ст. 53—55 есть, слѣдовательно, случайно позабытый слѣдъ приверженности проекта къ другой системѣ, нынѣ оставленной. Упоминаніе о потерѣ задатка при всѣхъ отдѣльныхъ видахъ его является въ системѣ проекта совершенно излишнимъ, а потому, съ точки зрѣнія редакціонной техники, и вреднымъ.

Ст. 65—70. Толкованіе договоровъ.

Въ главѣ „объ исполненіи договоровъ“ подъ рубрикою „общія положенія“ проектъ содержитъ рядъ правилъ объ истолкованіи договоровъ. Въ существенныхъ чертахъ правила эти воспроизводятъ ст. 1156—1164 французскаго уложенія и заимствованныя изъ французскаго уложенія ст. 1537—1539 т. X ч. 1. Включеніе этихъ правилъ въ проектъ гражданскаго уложенія едва ли представлялось необходи-

мымъ. Основнымъ принципомъ истолкованія договоровъ глубоко въѣдрившимся въ правосознаніе современнаго общества, является свободная судебская оцѣнка истиннаго намѣренія сторонъ. Принципъ этотъ по существу своему не допускаетъ болѣе подробной регламентаціи въ законѣ способовъ его примѣненія. И какъ бы ни были разумны общіе приемы истолкованія, предлагаемые законодателемъ, современный судья будетъ пользоваться тѣмъ или другимъ изъ нихъ лишь для внѣшняго оправданія заключенія, выведеннаго изъ истолкованія договора другими, для его судебской совѣсти болѣе убѣдительными путями. Какихъ только толкованій ни прикрывало, напр., правило объ изъясненіи договора въ пользу лица обязавшагося или о „неуваженіи побочныхъ обстоятельствъ“. Потому правильно поступило новое германское уложеніе, замѣнивъ всѣ обычныя въ прежнихъ уложеніяхъ подробныя предписанія однимъ общимъ правиломъ о томъ, что договоры должны быть истолковываемы согласно требованіямъ доброй совѣсти и условіямъ гражданскаго оборота (ст. 157; ср. также ст. 242).

Въ частности, нельзя не замѣтить:

1) что ст. 65 изложена недостаточно вразумительно. Преподавшее судья указаніе, что договоры должны быть исполняемы (или толкуемы) „по точному ихъ смыслу и по намѣренію сторонъ“, оставляетъ открытымъ единственный интересный въ данномъ случаѣ вопросъ о томъ: какъ быть, когда точный смыслъ расходится съ намѣреніемъ сторонъ? Объяснительная записка указываетъ, что разбираемая статья заимствована изъ 1586 и 1589 ст.ст. дѣйствующаго закона съ нѣкоторыми лишь редакціонными измѣненіями, взятыми, между прочимъ, изъ французскаго уложенія. Между тѣмъ, именно въ подлежащемъ вопросѣ французское уложеніе расходится съ X т. 1 ч. X-й томъ отдаетъ предпочтеніе словесному смыслу—если смыслъ этотъ ясенъ—и только при

сомнительности словеснаго смысла, разрѣшаетъ обращаться къ толкованію договора по намѣренію сторонъ; французское уложеніе постановляетъ, наоборотъ, какъ общее правило для всѣхъ случаевъ, что „подлежитъ скорѣе изслѣдовать общее намѣреніе сторонъ, нежели останавливаться на буквальномъ смыслѣ выраженій. Проекту предстояло, очевидно, усвоить одну изъ этихъ системъ. Между тѣмъ, редакция, предложенная проектомъ, предписываетъ совмѣстную интерпретацію по обѣимъ системамъ и, такимъ образомъ, не даетъ судѣ никакого руководства для единственнаго случая, могущаго вызывать въ немъ сомнѣніе.

2) Проектъ остается на точкѣ зрѣнія французскаго уложенія и родственной ему 1589 ст. X т. ч. 1, представляя напередъ при истолкованіи договора особая льготы одной изъ сторонъ, участвующихъ въ договорѣ: сомнѣнія при истолкованіи договора разрѣшаются въ пользу должника (ст. 70). Это правило, вмѣщающее въ себѣ остатокъ стариннаго глубокой, едва ли представляется умѣстнымъ при современномъ порядкѣ заключенія договоровъ. Въ X т. ч. 1 оно сопровождается очень характернымъ поясненіемъ тѣхъ основаній, на которыхъ оно построено.... „по тому уваженію, что отъ противной стороны зависѣло опредѣлить предметъ обязательства съ большею точностью“. Этотъ мотивъ обличаетъ эпоху и условія, подъ вліяніемъ которыхъ зародилось правило ¹⁾. Оно возникло при господствѣ стипуляціонной формы, когда все содержаніе обязательства излагалъ кредиторъ въ рядѣ вопросовъ, обращенныхъ къ должнику, а послѣдній отвѣчалъ только утвержденіемъ на точно формулированные вопросы. При этихъ условіяхъ понятно, почему вся тяжесть отъ неясности ложилась на вѣрителя. Въ новыхъ уложеніяхъ правило, выросшее на этой почвѣ, очевидно, потеряло весь свой смыслъ. Нынѣ договариваются

¹⁾ См. выше, Объ источникахъ X тома, стр. 57.

Объ стороны на равныхъ правахъ, и нѣтъ рѣшительно никакого основанія относить неточность редакціи къ винѣ одной изъ нихъ. Во французскомъ кодексѣ нецѣлесообразность разсматриваемаго предписанія отчасти еще сглаживается: кодексъ возлагаетъ тяжесть на того, „qui a stipulé l'obligation“, — кто выговорилъ въ свою пользу обязательство, — здѣсь сохраняется еще предположеніе о томъ, что вѣритель „выговаривалъ“ себѣ обязательство, и потому онъ страдаетъ за неясное изложеніе. Но отягощать положеніе всякаго, вообще, вѣрителя, хотя бы онъ отнюдь не былъ повиненъ въ неясномъ изложеніи договора, — для такого рѣшенія вопроса не усматривается никакихъ побужденій ни въ условіяхъ современнаго гражданскаго оборота, ни въ требованіяхъ справедливости.

Ст. 131—133. Просрочка должника.

Въ вопросѣ о послѣдствіяхъ просрочки должника проектъ слѣдуетъ системѣ германскаго уложенія, согласно коей вѣрителю дается право назначить должнику новый срокъ съ тѣмъ, что, въ случаѣ неисполненія должникомъ обязательства въ этотъ вторичный срокъ, вѣритель въ правѣ отказать отъ договора. Таково общее правило. Но какъ германское уложеніе (ст. 361), такъ и нашъ проектъ (ст. 133) предусматриваютъ возможность расторженія вѣрителемъ договора вслѣдствіе просрочки должника и безъ предоставленія послѣднему вторичнаго срока для исполненія: такое право предоставляется вѣрителю въ томъ случаѣ, когда „обязательство, согласно договору, должно быть исполнено непременно къ точно опредѣленному сроку“.

Все это построеніе является несомнѣннымъ новшествомъ и требуетъ потому особаго къ себѣ вниманія. Безспорно, что дѣйствующія въ разныхъ законодательствахъ

правила по разсматриваемому вопросу нуждаются въ обновленіи. Какъ установившееся въ нашей судебной практикѣ и основанное на 569 ст. т. X ч. 1 воззрѣніе, согласно коему просрочка должника никакого вліянія на силу договора не оказываетъ, такъ и ваглядъ французскаго и другихъ родственныхъ ему кодексовъ, предоставляющихъ вѣрителю добиваться расторженія договора судебнымъ порядкомъ, не удовлетворяютъ практическимъ надобностямъ. Но и предлагаемая система, почти нигдѣ еще не испытанная на дѣлѣ (она примѣнена пока въ одной только Швейцаріи), возбуждаетъ сильныя сомнѣнія въ практической ея пригодности. Прежде всего, крайне неощутимой представляется граница между двумя родами договоровъ, изъ которыхъ одни опредѣляютъ просто срокъ исполненія, а другіе опредѣляютъ непремѣнно срокъ исполненія. Очевидно, всякій назначаемый при заключеніи договора срокъ имѣетъ качество непремѣнности: потому только онъ и даетъ право требовать исполненія въ назначенное время. Между тѣмъ, введеніемъ новой категоріи исключительныхъ, непремѣнныхъ сроковъ, безспорно ослабляется значеніе срока въ обязательствѣ вообще. Къ тому же результату ведетъ и установленіе особой категоріи вторичнаго срока: первому сроку уже въ самый моментъ заключенія договора не придается серьезнаго значенія, коль скоро, по истеченіи этого срока, вѣритель пріобрѣтаетъ лишь право назначить должнику второй, настоящій срокъ.

Да и неясно совершенно, какой надобности будетъ удовлетворять назначеніе новаго срока. Не подлежитъ сомнѣнію, что предоставленіе сторонѣ назначить срокъ по ея усмотрѣнію превратитъ все правило въ пустой звукъ: достаточно будетъ назначить минимальный срокъ (день или часъ) для того, чтобы пріобрѣсть право на расторженіе договора. Неопредѣленное же требованіе статьи 131, чтобы

срокъ „соотвѣтствовалъ обстоятельствамъ“, вообще трудно подвергается контролю и, во всякомъ случаѣ, можетъ быть провѣряемо только судомъ, аэтимъ путемъ, очевидно, основная цѣль проектируемаго правила—болѣе скорое освобожденіе сторонъ отъ договора—не будетъ достигнута. Объяснительная записка устраняетъ возраженіе о возможности шиканъ въ назначеніи краткихъ сроковъ со стороны вѣрителей указаніемъ на то, что въ большинствѣ случаевъ вѣритель заинтересованъ въ исполненіи обязательства и къ шиканамъ прибѣгать не будетъ. Но въ такомъ случаѣ правильнѣе было бы предоставить вѣрителю право немедленно заявлять должнику о расторженіи договора: заинтересованный въ дальнѣйшемъ существованіи договора, вѣритель можетъ вѣдь и самъ не воспользоваться этимъ правомъ.

Наконецъ, необходимо имѣть въ виду, что, допуская изъятіе въ пользу вѣрителя въ случаяхъ, когда назначенъ срокъ непремѣнный, и когда исполненіе послѣ срока не имѣетъ для вѣрителя никакой цѣны (ст. 132), законъ, очевидно, возлагалъ на вѣрителя обязанность доказывать наличность тѣхъ особыхъ условій, благодаря которымъ онъ пользуется законною льготою,—обязанность несъма нелегкую въ обоихъ случаяхъ: и тогда, когда нужно установить безцѣльность дальнѣйшаго существованія договора для даннаго индивидуальнаго вѣрителя, и тогда, когда нужно по обязательствамъ дѣла доказывать, что срокъ былъ именно непремѣнный.

Рядомъ съ этими соображеніями о непригодности проектируемой мѣры нельзя не принять во вниманіе, что предоставленіе должнику новаго срока, вообще, не связывается логически съ тѣмъ основнымъ принципомъ, во имя котораго сдѣлано отступленіе отъ дѣйствующей системы. Разъ контрагенту дается—по основаніямъ, совершенно правильнымъ—власть отказываться отъ договора,

котораго должникъ не исполняетъ, то совершенно непонятно, какую функцію въ этомъ порядкѣ идей долженъ исполнять обрядъ назначенія новаго срока. Призванъ ли онъ заставлять должника одуматься и исполнить договоръ въ виду угрозы его расторженія? Но если эта угроза такъ дѣйствительна, то проще и достойнѣе закона, если она будетъ содержаться въ самомъ законѣ—въ видѣ предоставленнаго вѣрителю права сразу отказаться отъ договора. Заставляетъ ли онъ вѣрителя осторожнѣе обращаться со своимъ правомъ требовать расторженія? Нисколько: онъ заставляеть его исполнить пустую формальность, не возлагая никакой отвѣтственности за неосмотрительное пользование своимъ правомъ: вѣритель можетъ по обязательству, весьма для него несущественному и весьма тягостному для должника, назначить любой вторичный срокъ и добиться расторженія договора.

Наконецъ, нельзя не упомянуть о томъ, что введеніе проектируемаго правила въ законъ окажется совершенно безцѣльнымъ: оно повлечетъ за собою установленіе—при заключеніи договоровъ—фиктивныхъ, болѣе краткихъ первыхъ сроковъ, съ тѣмъ, чтобы остатокъ срока оставался для предваренія должника,—подобно тому, какъ, по прочно установившемуся обычаю, граціонные дни по вексельнымъ обязательствамъ всегда вычитаются впередъ изъ условленнаго срока. По всѣмъ этимъ основаніямъ правильнѣе было бы въ проектируемомъ законѣ, взамѣнъ статей 131—133, помѣстить одно общее правило о томъ, что въ случаѣ просрочки, происшедшей по винѣ должника, вѣритель въ правѣ отказаться отъ договора, и что о желаніи воспользоваться этимъ правомъ онъ обязанъ извѣстить должника тотчасъ по наступленіи срока.

Ст. 135. Просрочка вѣрителя.

Проектъ признаетъ должника впавшимъ въ просрочку только въ случаѣ вины. По отношенію къ вѣрителю ставятся болѣе строгія требованія: онъ впадаетъ въ просрочку и при наличности случая (135 ст.). Оправданіемъ къ установленію этого различія служитъ то, что вѣритель является стороною, имѣющею право требовать, что освобожденіе его отъ отвѣтственности равносильно увеличенію правъ его по отношенію къ должнику, а для такого расширенія правъ вѣрителя не представляется никакихъ справедливыхъ основаній (объясн. зап., стр. 297). Но очевидно, что все это разсужденіе можно примѣнить съ одинаковымъ основаніемъ и къ просрочкѣ должника: освобожденіе должника отъ обязательства при наличности случая составляетъ несомнѣнно расширеніе его правъ на счетъ кредитора; между освобожденіемъ должника отъ обязательства и сохраненіемъ за вѣрителемъ его права нѣтъ никакой существенной разницы, если отрѣшиться отъ стремленія оказывать снисхожденіе должнику — стремленія, въ такой общей и неопредѣленной формѣ, отнюдь не соответствующаго задачамъ гражданскаго правосудія. Потому казалось бы правильнѣе распространить и на вѣрителя, въ соответствіи съ 127 ст., общее правило о томъ, что просрочка вмѣняется ему въ вину лишь въ томъ случаѣ, когда онъ не докажетъ наличности случайнаго событія.

Ст. 139—148. Уступка требованій.

Первая изъ указанныхъ статей (139) содержитъ коротко и правильно сформулированный основной принципъ ученій объ уступкѣ требованій, какъ его воспринялъ проектъ: вѣритель имѣетъ право, безъ согласія должника, уступить принадлежащее ему требованіе. Установивъ это общее пра-

вило, проектъ воздерживается затѣмъ отъ непосредственнаго указанія другого, несомнѣнно связаннаго съ предыдущимъ, правила о томъ, что требованія, обусловленные обязательствами со стороны вѣрителя, не могутъ быть уступаемы вмѣстѣ съ этими обязательствами, Правило это, прямо указываемое нѣкоторыми новѣйшими кодексами, признается излишнимъ, такъ какъ оно „явствуетъ само собою изъ сопоставленія правила о томъ, что договорная уступка требованія совершается безъ согласія должника (ст. 139), который является вѣрителемъ по обязательству, обусловливающему требованіе, съ правиломъ о томъ, что переходъ обязательства по договору не допускается иначе какъ съ согласія вѣрителя (ст. 149)“. По такому же основанію не помѣщено другое правило о томъ, что при уступкѣ требованія безъ связанныхъ съ нимъ обязательствъ должникъ сохраняетъ право на возраженія какъ противъ пріобрѣтателя требованія, такъ и противъ цедента.

Вопросъ о помѣщеніи или непомѣщеніи въ кодексѣ правила, составляющаго въ существѣ своемъ лишь дальнѣйшее развитіе другихъ правилъ, тѣмъ же кодексомъ уже указанныхъ, — не можетъ быть разрѣшенъ разъ навсегда, по одному шаблону: все зависитъ отъ степени отдаленности вывода отъ посылки, отъ трудности требующихся сопоставленій, отъ степени подготовленности той среды, для которой составляется, законъ и т. п. Именно во вниманіе къ этимъ разнообразнымъ условіямъ проектъ неоднократно „для большей ясности“, „въ видахъ практической важности“ преподаетъ правила, являющіяся не чѣмъ инымъ, какъ прямыми выводами изъ принциповъ, имъ же установленныхъ; это дѣлается часто въ такихъ случаяхъ, когда для добыванія вывода не требуется со стороны толкователя никакихъ сложныхъ сопоставленій. Пріемъ этотъ надлежало бы примѣнить и къ разбираемому случаю. Рас-

членение „требования“ и „обязанности“ въ одной и той же сдѣлкѣ, распространение сравнительно новаго для насъ института (цессіи) на одну часть сдѣлки и сохранение другой части той же единой сдѣлки внѣ дѣйствія этого института, — все это, вмѣстѣ съ дальнѣйшими выводами о правѣ на возраженіе, представляется процессомъ мышленія, отнюдь не столь простымъ, чтобы можно было довѣрить людямъ, для которыхъ признано необходимымъ дать въ законѣ опредѣленіе обязательства (ст. 1), опредѣленіе неустойки (ст. 57) и опредѣленіе отступнаго (ст. 53). Передача требованій была у насъ зауряднымъ явленіемъ и доселѣ: она развилась изъ потребности оборота и нашла законную защиту въ ученіи о правѣ требованія, какъ объ имуществѣ, подлежащемъ передачѣ наравнѣ съ другими видами движимаго имущества. И именно въ связи съ этою свободою передачи требованій, судебная практика останавливалась всегда съ недоумѣніемъ передъ вопросомъ о передачѣ требованій, связанныхъ съ взаимными обязательствами. Это пустое мѣсто не будетъ заполнено общимъ тезисомъ 139 статьи; неопредѣленность существующихъ отношеній можетъ быть устранена только введеніемъ въ законъ того самаго правила, которое содержится въ 965 ст. сакс. улож. и которое авторами проекта признается излишнимъ.

Ст. 144. Ответственность должника при уступкѣ требованія.

Проектъ освобождаетъ должника отъ ответственности передъ пріобрѣтателемъ требованія, если онъ произвелъ уплату первоначальному вѣрителю въ невѣдѣніи о томъ, что требованіе уступлено. Изъ этого правила устанавливается однако изъятіе: должникъ не свободенъ отъ ответственности, если уступленное требованіе удостоверяется

„заемнымъ письмомъ или инымъ долговымъ актомъ“ (ст. 144 п. 3). Это скромное на видъ правило обозначаетъ пере-воротъ въ самыхъ распространенныхъ гражданскихъ отно-шеніяхъ. Начать съ того, что подъ „инымъ долговымъ ак-томъ“ можетъ, очевидно, разумѣться всякое вообще обяза-тельство, изложенное на письмѣ. Изъ объясненій къ разби-раемому мѣсту, къ сожалѣнію весьма сжатыхъ (стр. 311), нельзя уразумѣть, имѣетъ ли проектъ дѣйствительно въ виду всякое обязательство, облеченное въ форму письмен-наго акта, или же — какъ можно заключить изъ помѣщен-ныхъ впереди „заемныхъ писемъ“ — только долговыя обяза-тельства, удостоверяющія заемъ. Однако, даже и въ послед-немъ случаѣ нельзя не видѣть, что вводимое проектомъ правило круто поворачиваетъ строй отношеній, ввѣдрив-шихся въ нашу жизнь и едва ли заслуживающихъ столь рѣшительнаго осужденія.

Проектъ устанавливаетъ правило, по коему удовле-твореніе по письменному акту должно быть произво-димо не иначе, какъ съ обратнымъ полученіемъ отъ вѣрителя самаго акта. Порядокъ этотъ съ полнымъ осно-ваніемъ примѣняется къ обязательствамъ, коимъ жела-тельно присвоить значеніе оборотной цѣнности; таковыя вексель. Но установленіе привилегіи за одною этою бума-гою достаточно уже гарантируетъ достиженіе преслѣдуемой закономъ цѣли: для обязательствъ, ищущихъ свободнаго обращенія, дана опредѣленная форма, въ которую они и могутъ выливаться. Есть ли надобность ставить въ одинъ рядъ съ этою привилегированною заемною сдѣлкой сдѣлку о займѣ вообще? И не правильнѣе ли будетъ оставить, по-прежнему, сдѣлку о займѣ, хотя бы и облеченную въ пись-менную форму, подъ дѣйствіемъ правилъ объ уступкѣ вся-кихъ вообще договорныхъ требованій? Статья 103 проекта предоставляетъ вѣрителю право, при уплатѣ требовать воз-

зрата акта. Это правило приобрѣтаетъ санкцію въ разбираемомъ нынѣ постановленіи: должникъ, не потребовавшій возврата акта, подвергается риску отвѣтствовать передъ добросовѣстнымъ приобрѣтателемъ по уплаченному уже долгу. Обязательное требованіе наличности долговаго акта, при уплатѣ, является безспорно значительнымъ затрудненіемъ и идетъ въ разрѣзъ съ интересами разсѣяннаго на громадномъ пространствѣ населенія. Деньги въ значительномъ числѣ случаевъ посылаются по почтѣ, по переводамъ, съ тѣмъ, что самый фактъ пересылки денегъ служитъ доказательствомъ уплаты. При введеніи проектируемаго правила этотъ способъ расчета отпадаетъ, а между тѣмъ, много щѣтъ, ибо акты не принимаются, подобно вексямъ, ни къ протесту нотаріусами, ни къ учету банками, по мѣсту жительства должника. Съ другой стороны, тѣ многочисленныя случаи, когда вѣритель, уступившій требованіе, явился бы тотчасъ же, въ промежутокъ времени между совершеніемъ акта уступки и извѣщеніемъ о ней должника (14 ст.), за полученіемъ съ должника денегъ въ свою личную пользу, могли бы быть устранены установленіемъ обязательнаго предварительнаго оповѣщенія должника о предполагаемой уступкѣ. Такое предварительное оповѣщеніе, при нынѣшнихъ способахъ сношеній (телеграфъ, телефонъ), не представитъ особаго затрудненія; затрудненіе это имѣетъ тѣмъ меньшее значеніе, что вопросъ касается сдѣлокъ не торговыхъ, а обще-гражданскихъ.

КОДИФИКАЦІЯ И ТОЛКОВАНІЕ.

(Историческая параллель).

I.

XIX вѣкъ начался въ Германіи горячею проповѣдью Савиньи, направленною противъ идеи кодификаціи, и проповѣдь эта нашла себѣ отзвукъ во всемъ мыслящемъ обществѣ; а закончился XIX вѣкъ издавіемъ кодекса объединенной Германской Имперіи.

Значить ли это, что все, о чемъ думалъ Савиньи, чѣмъ онъ смущался, отъ чего предостерегалъ, оказалось фантазіею, что мы „призваны кодифицировать“, и что Наполеоновъ кодексъ, противъ котораго Савиньи направлялъ самыя ядовитыя свои стрѣлы, явился не тормазомъ, а двигателемъ юридической мысли?—до того, что увлеченные побѣднымъ шествіемъ кодекса соотечественники Савиньи—тѣ самыя, которые такъ долго и свято чтили завѣты учителя—отступились отъ него и увѣровали въ чужихъ боговъ?

Или же Савиньи былъ правъ, и только мы измѣнились,—мы успѣли разъяснить то, что его тревожило, мы добыли то, что ему было неизвѣстно,—словомъ мы стали способны кодифицировать?

Брошюру Савиньи постигла странная участь. Какъ боевой памфлетъ, она направлялась противъ опредѣленнаго практическаго предложенія. Савиньи находилъ, что право, завѣщанное намъ Римомъ и средними вѣками, находится въ слишкомъ беспорядочномъ состояніи, чтобы можно было его кодифици-

ровать; притомъ—что еще важнѣе—онъ находилъ, что всякій кодексъ по существу своему способствуетъ окаменѣнію юридическихъ нормъ и задерживаетъ дальнѣйшее ихъ развитіе. Противъ перваго изъ этихъ недостатковъ средство было довольно простое. Необходимо выждать: всякая поспѣшность здѣсь можетъ быть губельна, она можетъ привести только къ тому, что странѣ будетъ дано нѣчто плоское, натасканное. „Когда еврейскій народъ у горы Синая не пожелалъ дожидаться божественнаго закона, онъ въ нетерпѣніи создалъ себѣ золотого тельца, и изъ-за этого были разбиты истинныя скрижали завѣта“... Надо, слѣдовательно, изучать исторію, надо упорядочивать наслѣдіе прошлыхъ вѣковъ.

Второй недостатокъ, какъ мы увидимъ ниже, лежалъ гораздо глубже,—противъ него, въ сущности, у Савиньи средствъ не оказалось.

Но еще въ преддверіи обоихъ этихъ вопросовъ Савиньи натолкнулся на разсужденія представителей школы естественнаго права о томъ, что кодификація возможна, ибо право, рождаясь разомъ въ головѣ законодателя, разомъ же и въ любой моментъ можетъ быть зарегистрировано. Сметая эту теорію съ своего пути, Савиньи доказывалъ, что право, наравнѣ съ прочими проявленіями народнаго духа—съ религіею, съ языкомъ,—растетъ и зрѣетъ постепенно. Но Савиньи нисколько не скрывалъ отъ себя, что *этимъ* вопросомъ о кодификаціи не разрѣшается, ибо кодифицировать можно вѣдь и постепенно созрѣвшее, исторически сложившееся право. Только о такой кодификаціи, въ сущности, и шла рѣчь; только противъ такой кодификаціи и борется затѣмъ Савиньи на всемъ протяженіи своей книжки. Однако, семь маленькихъ страничекъ, посвященныхъ вопросу о происхожденіи права, заключали въ себѣ магическую силу; онѣ отвѣтили требованіямъ эпохи, въ нихъ выразилось то, что просилось наружу,

онѣ стали лозунгомъ въ борьбѣ со школою естественнаго права; книжка Савиньи, именно благодаря имъ, была объявлена евангелиемъ исторической школы, а самъ Савиньи пророкомъ новой истины. Блескъ этой истины затмилъ все остальное содержаніе брошюры. Забыта была и сдана въ архивъ практическая задача, подвинувшая Савиньи на борьбу, забыть былъ, въ особенности, тотъ второй, затронутый, но не сполна разрѣшенный, Савиньи вопросъ объ окаменѣлости кодифицированнаго законодательства и средствахъ устранить ее.

И даже самое увлеченіе историческими изслѣдованіями, охватившее всю германскую юриспруденцію и владѣвшее ею въ теченіе всего девятнадцатаго вѣка, не было вовсе связано съ сомнѣніями Савиньи относительно способности его эпохи къ исполненію кодификаторской работы. Это было увлеченіе чисто идейное, отдающее романтизмомъ породившей его эпохи, направленное на самый процессъ назрѣванія права; это было окрашенное нѣкоторою сенситивностью стремленіе подслушать самый ростъ права,—удовлетвореніе равнагося наружу ирраціональнаго элемента, но это не было подготовленіемъ будущей кодификаціи. Въ теченіе вѣка юридическая мысль совершала чудеса въ области историческаго творчества; разрыты были архивы, усовершенствованы методы, систематизированы вновь собранные факты. Но о кодексѣ никто не думалъ. И когда затѣмъ, въ 70-хъ годахъ, послѣ побѣдоносныхъ войнъ и объединенія Германіи, подогрѣтое національное чувство искало опоры для единства, между прочимъ, и въ единомъ національномъ кодексѣ, то никому въ голову не приходило провѣрять сомнѣнія Савиньи; никто не спрашивалъ себя: а можно ли уже подводить итоги, раскрыто ли все, что было сокровенно,—упорядочено ли римско-германское наслѣдіе? Рудольфъ Зомъ, самъ историкъ права, какъ нельзя лучше формулировалъ

настроеніе момента въ слѣдующихъ словахъ: „Дѣло кодификаціи должно быть совершено. Мы должны кодифицировать во имя германскаго единства. Долгъ дать намъ и силы“¹⁾).

Гдѣ же при такихъ условіяхъ было думать о другомъ, волновавшемъ Савиньи, сомнѣніи,—о сомнѣніи, направленномъ противъ кодификаціи вообще, гдѣ было думать о созданіи гарантій противъ омертвѣнія права, отлитаго въ форму кодекса?

II.

Эту проблему игнорировали въ теченіе всего XIX вѣка. И теперь, опьяненные первыми успѣхами кодификаціоннаго творчества, германскіе ученые торжествуютъ побѣду надъ похороненными сомнѣніями молодого Савиньи и даже слегка надъ ними посмѣиваются.

Однимъ изъ характерныхъ проявленій такого отношенія является юбилейный даръ, поднесенный германскому обществу выдающимся германскимъ пандектистомъ „по случаю первой годовщины рожденія германскаго уложенія“. Въ полусерьезныхъ, полушутливыхъ „Письмахъ незнакомца“²⁾ поется восторженная хвала новому уложенію, и розовыя надежды на безконечное безоблачное существованіе подъ сѣнью новаго закона переплетаются съ горькими укоризнами и насмѣшками по адресу тревожныхъ чувствъ, волновавшихъ некогда творца исторической школы.

„Я бы хотѣлъ выразить восторгъ (Jubel) по поводу того, что мы, наконецъ, избавлены отъ римскаго права и отъ всего

¹⁾ Rudolph Sohm. Über den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin. 1896. S. 3.

²⁾ Briefe eines Unbekannten über die Rechtswissenschaft. Eine Gabe zur ersten Geburtstagsfeier des neuen deutschen bürgerlichen Rechts. Leipzig. 1901. Авторъ „Писемъ“, какъ выяснилось впоследствии.—профессоръ Лейпцигскаго университета, Оскаръ ф. Вюловъ.

мусора старой юриспруденции. Я сдѣлалъ бы это и ранѣе, при введеніи уложенія, но все мое время занято было весьма мучительными усиліями вышибить у себя изъ головы всѣ мои прежнія, составляющія для меня теперь только помѣху, юридическія познанія... Теперь всякій, кто въ юные годы крѣпко ввѣдрить въ себя новое уложеніе, гарантированъ на время всей своей юридической карьеры. Онъ знаетъ, наконецъ, съ величайшею точностью и увѣренностью, *что есть право*, не тревожимый всѣми тѣми сомнѣніями, которыми мы, старики заражены были (*infiziert*) съ молодости, и которыя, какъ болѣзнь, прилипли къ намъ навсегда¹⁾.

А если сомнѣніе все же явится, если кодексъ дастъ возможность рѣшить спорный вопросъ двояко, или если волна жизни вынесетъ нѣчто, не предусмотрѣнное кодексомъ, что тогда? Оказывается, и тогда нѣтъ надобности прибѣгать къ познаніямъ, усвоеннымъ въ юности, и къ „инфицированнымъ“ старческимъ сомнѣніямъ. „Такъ какъ правосудіе имѣетъ цѣлью изслѣдовать волю законодателя возможно точно и полно, то мы были бы избавлены отъ всѣхъ затрудненій, *если бы было устроено постоянное центральное учрежденіе для истолкованія этой воли*“ (стр. 50). Это очень легко сдѣлать: „достаточно устроить такъ, чтобы комиссія, составлявшая уложеніе, была вновь созвана, существовала бы непрерывно и давала на вопросы судовъ краткіе (!) отвѣты о томъ, что *они*, члены комисіи, имѣли въ виду, чего *они* хотѣли“ (стр. 51).

Въ этомъ тонко задуманномъ сооруженіи непредусмотрительно опущены только нѣкоторыя детали. Какъ быть, если окажется, что члены комисіи, сверхъ того, что сказали, ничего больше не думали, ничего больше не желали? Какъ быть, если и думали, но запомнили? Какъ быть, если ком-

¹⁾ Ibid., стр. 1 и 9.

мисія, во всемъ составѣ или въ части, сойдетъ въ могилу?— что дѣлать бѣдному кодексу безъ комисіи?

Да, не даромъ призывается здѣсь на помощь авторитетъ Фридриха Великаго: всѣ просвѣщенные и непросвѣщенные абсолютисты всегда вѣрили въ то, что такъ называемый законодатель знаетъ все—нужно только спросить его. Наполеонъ I, узнавъ о томъ, что появился первый комментарий къ кодексу, воскликнулъ: „Они погубили мой кодексъ!“.

III.

Во Франціи XIX вѣкѣ начался изданіемъ Наполеонова кодекса. И онъ, подобно германскому, также удовлетворялъ, прежде всего, стремленію къ единству: „Le but principal auquel nous devons aspirer c'est l'unité“¹⁾. Онъ сплачивалъ во едино двѣ полосы Франціи, жившія до того подъ дѣйствіемъ различныхъ правъ; онъ же уничтожалъ и разнообразіе въ правахъ лицъ и сословіи, подводя ихъ подъ общій нивелиръ гражданскихъ правъ. И онъ также представлялся творцамъ вѣнцомъ мірозданія,—святынею, къ которой нельзя прикасаться: „C'est une espèce d'arche sainte pour la quelle nous donnerons l'exemple d'un respect religieux“²⁾.

Закругленность системы, замыкающей въ ясно очерченные предѣлы все право, логическая стройность, позволяющая съ изяществомъ переходить отъ опредѣленія къ опредѣленію, отъ вывода къ выводу, словесная упрощенность, сръзывающая незамѣтно для глазъ углы наиболѣе трудныхъ построений—таковы были отличительныя особенности законодательнаго акта, наскоро составленнаго и наскоро одобреннаго краткими вотумами законодательныхъ учреждений.

¹⁾ Рѣчь Камбасареса въ конвентѣ 9 августа 1793 г. F o n e t . . Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil, t. I, стр. 3.

²⁾ Motifs du projet de loi concernant le Code Napoleon (Code Napoleon, изд. 1807, стр. III).

Эти особенности пришлось по душѣ французамъ, онѣ какъ нельзя болѣе соотвѣтствовали природнымъ ихъ наклонностямъ. „Французъ воспринимаетъ ясно и отчетливо, онъ неспособенъ уходить вглубь, — онъ не знаетъ смутныхъ предчувствій. Онъ воспринимаетъ одну идею, но ее онъ воспринимаетъ ясно и отчетливо. Совокупность идей онъ воспринимаетъ, только расположивши ихъ въ извѣстномъ порядкѣ“. Такъ характеризуетъ свойства французскаго ума Ипполитъ Тэнъ.

Съ этими свойствами ума французы набросились на объектъ, столь благодарный, какъ Наполеоновъ кодексъ. Работа мысли цѣлаго вѣка ушла на его истолкованіе. Комментаторская литература Франціи достигла невиданныхъ доселѣ размѣровъ. Колоссальные, 30—40 томные труды комментаторовъ приводятъ въ изумленіе всякаго, кто къ нимъ прикоснулся: нуженъ былъ дѣйствительно религіозный пѣтеть, чтобы столько силъ ума, столько жизней вложить въ освѣщеніе самыхъ незамѣтныхъ закоулковъ, въ испытаніе всѣхъ возможныхъ комбинацій, понятій, опредѣленій, дѣленій и подраздѣленій. Казалось, вся область человѣческихъ отношеній исчерпана, на всѣ будущіе случаи даны отвѣты, вся воля законодателя выяснена, сомнѣніямъ не можетъ болѣе быть мѣста...

И однако... когда египетскій трудъ четырехъ смѣнвшихъ другъ друга поколѣній былъ исполненъ, являются нынѣ недовольные люди и оглашаютъ воздухъ жалобами на вымирание юридической жизни, на безсиліе ея вырваться изъ тисковъ кодекса. Эти люди — талантливые представители молодой Франціи, рѣшившіе порвать съ традиціонной системой преклоненія передъ „священнымъ кивотомъ“ и выставить публично на видъ всѣ язвы кодифицированнаго законодательства.

Въ 1890 году появилась журнальная статья профессора Парижскаго юридическаго факультета Раймона Салейя, подѣ

заглавіемъ: „*Quelques mots sur le rôle de la methode historique dans l'enseignement du droit*“¹⁾ Въ 1899 году вышла въ свѣтъ и скоро обратила на себя вниманіе всего ученаго міра, книга профессора Дижонскаго университета François Geny „О методѣ толкованія“, съ введеніемъ того же Салейля. И въ статьѣ, и въ книгѣ, и во введеніи проводится одна и та же мысль:

„Правовая жизнь для нашей французской цивилизаціи достигла своего кульминаціоннаго пункта въ кодификаціи почти всеобщей,—въ огромномъ законодательствѣ, высѣченномъ почти изъ одного куска.

„Но сумѣла ли наша наука открыть и использовать пути и средства, наиболѣе пригодныя для реализаціи нашей цѣли?... Не преувеличили-ли мы роль и власть законодателя? Не покорялись ли мы слишкомъ часто генію разѣдающей логики, забывая жизненные реальности и ихъ требованія“²⁾

„Подавленные и какъ бы ослѣпленные результатами кодификаціи, современные французскіе комментаторы приняли, какъ постулатъ, идею о томъ, что формальное законодательство въ состояніи развернуть всѣ юридическія правила, необходимыя для удовлетворенія надобностей соціальной жизни въ области гражданскаго права... *Sous ces procédés étroits et stricts vraiment la science juridique étouffait et s'étala*“³⁾.

Иэтому задыханію юридической мысли во Франціи противопоставляется расцвѣтъ ея въ Германіи,—въ той самой Германіи, которая ликуетъ нынѣ отъ радости, что „сумѣла разомъ освободиться отъ мусора старой юриспруденціи“.

„Германскіе романисты, говоритъ Салейль, продолжали въ этомъ столѣтіи дѣло римскихъ юристовъ, мнѣнія коихъ принимались за законъ. Такъ называемое, нынѣшнее римское

¹⁾ *Revue internationale de l'enseignement*, t. XIX. 1890. Paris. pp. 462—503.

²⁾ Geny. *Methode d'Interpretation*, p. 6.

³⁾ *Ibidem*. Préface de R. Saleilles, p. V—VII.

право (das heutige römische Recht) есть право, которое оставалось подъ непрерывнымъ вліяніемъ эволюціи юридической мысли въ ея самомъ высокомъ выраженіи... Во Франціи мы не можемъ разсчитывать ни на науку, ни на судебную практику, ибо Франція представляетъ одну изъ тѣхъ рѣдкихъ странъ, гдѣ право имѣетъ только одинъ путь для своего проявленія. *Berneztes!* (*Qu'on y prenne garde!*) Право, какъ всякое произведеніе челоѣческаго духа, цѣняется свободою" ¹⁾....

При чтеніи этихъ строкъ вамъ кажется въ началѣ, будто вся вина въ толкователяхъ, въ неумѣлыхъ приѣмахъ, но вы видите, какъ шагъ за шагомъ, перспектива раздвигается и горечь изливается, наконецъ, на самый законъ, на идею кодификаціи, какъ, тормозящую развитіе юридической мысли. И передъ глазами этихъ нарекающихъ рѣветъ римскій преторъ, какъ единственное годное орудіе для жизненнаго толкованія закона,—и постепенное назрѣваніе права внѣ законодательныхъ абстракцій кажется имъ единственнымъ нормальнымъ путемъ развитія. Римскіе приемы оказываются „приемами естественнаго образованія права въ противоположность искусственному орудію (*instrument artificiel*), которое завѣщало намъ въ видѣ закона доктринерское ученіе объ общественномъ договорѣ эти приемы ищутъ элементовъ своего развитія не вверху, въ поднебесныхъ сферахъ абстрактной идеологіи, а внизу, въ реальныхъ условіяхъ жизни“ (*Préface*, XI). Преторская юрисдикція была наиболѣе поразительнымъ орудіемъ „юридическаго творчества, — орудіемъ необычайно точнымъ, ибо это былъ путь опыта, постепенныхъ испытаній“ (*Quelques mots*, p. 486).

Вы чувствуете, на какой путь ступили бы эти люди, если бы не было тачки у ихъ ногъ въ видѣ кодекса. Именно, „тачки у ногъ“. Ибо нигдѣ не видно, что положительнаго

¹⁾ Saleilles. *Quelques mots*, p. 490.

дають имъ кодексъ: они передъ нимъ сухо расшаркиваются,— но у васъ есть ощущение, точно черезъ него желаютъ незамѣтно перепрыгнуть, и весь вопросъ только въ томъ, какъ это сдѣлать благовиднѣе—онъ все же „священный кивотъ“. И потому, хотя говорятъ о методѣ „интерпретаціи“ кодекса, даютъ въ сущности методъ деликатнаго выталкиванія кодекса и подстановки на его мѣсто чего-то иного.... И конечная цѣль всѣхъ этихъ приѣмовъ—выйти за предѣлы кодекса. *Au delà! Au delà du Code civil!* — такъ восклицаетъ Geny, такъ заканчиваетъ свое введеніе Saleilles.

Au delà: въ этомъ согласны оба.

Они расходятся въ деталяхъ. Geny съ необычайной простотой предлагаетъ сдѣлать надстройку надъ кодексомъ: руководствуйтесь наукою, обычаемъ, но сверхъ кодекса. Кодексъ—самъ по себѣ, а надстройка—сама по себѣ. Saleilles же, болѣе тонкій, опасующійся разрыва между равноправными источниками юридическихъ нормъ, желалъ бы хоть внѣшнимъ образомъ подвести новые принципы подъ букву дѣйствующаго закона, спасти единство правоисточника и съ нимъ вмѣстѣ прочность гражданского оборота.

Но развѣ этимъ искусственнымъ приѣмомъ можетъ быть спасена прочность? Развѣ подведеніе новыхъ явленій подъ случайно сходственные слова можетъ въ комъ либо вселить увѣренность въ его правахъ? Что же остается тогда отъ главнаго достоинства кодифицированнаго законодательства, отъ несомнѣнности дѣйствующаго закона?

Но все это только детали; не она ихъ интересуеть.

Одинъ говоритъ: *Par le Code, mais au delà du Code*. Другой исправляетъ: *Au delà du Code, mais par le Code*. Но оба признаютъ, что существенно для нихъ не *par*, а именно *au delà*; Салейль такъ и резюмируетъ основную мысль: „*Ce à quoi nous tenons le plus c'est „à l'au delà“*“¹⁾.

¹⁾ Geny. *Méthode d'Interprétation*. Préface, p. XIII.

А этимъ самымъ они доказываютъ, что не могутъ управиться съ кодексомъ—они живо ощущаютъ только недостатки кодификаціи, но не имѣютъ средствъ излѣчить ихъ.

Они возвращаются къ тому, что волновало Савиньи, ищутъ опоры въ исторіи, въ обычномъ правѣ; понуривъ головы, они стоятъ передъ золотымъ тельцомъ и плачутъ о разбитыхъ скрижалахъ завѣта....

Для нихъ самихъ ясно, что это не что иное, какъ отдаленный отзвукъ сомнѣній, волновавшихъ нѣкогда творца исторической школы:

„Je ne doute pas pour ma part qu'il n'y ait là qu'une conséquence assez lointaine peut-être dans la réalisation pratique de la campagne menée par les jurisconsultes de l'école de Savigny“²⁾.

IV.

Однако для Савиньи дѣло, какъ мы видѣли, не исчерпывалось исторіею, обычнымъ правомъ, и, вообще, всѣмъ тѣмъ, что ведетъ къ внѣшнему упорядоченію права. Вдумчиво вчитываясь въ маленькую книжку Савиньи, вы слышите въ ней скорбную ноту сомнѣнія, идущаго глубже,—только одну эту ноту вы въ ней и слышите.

Савиньи понималъ преимущества кодифицированнаго законодательства. Эти преимущества составляютъ для насъ нынѣ аксіому, не требующую дальнѣйшихъ доказательствъ. Если могла быть рѣчь объ опредѣленности нормъ и прочности гражданскаго оборота безъ кодифицированнаго законодательства въ небольшой городской общинѣ, при наличности одного судьи, сосредоточивающаго въ своихъ рукахъ все авторитетное толкованіе правовыхъ нормъ, при классѣ юристовъ, въ теченіе вѣковъ передающаго свои завѣты изъ поколѣнія въ поколѣніе—то при нынѣшнихъ условіяхъ, при

²⁾ Quelques mots, p. 486.

демократизаціи общественной жизни, при раскрытіи личности и связанномъ съ этимъ разнообразіи ея дѣятельности, при расчлененіи судебныхъ функцій между огромной массою отдаленныхъ другъ отъ друга органовъ, — отсутствіе кодифицированнаго законодательства явилось бы злѣйшею общественною язвою. Но именно сознаніе важности кодификаціи и безсиліе, обнаруженное XIX вѣкомъ въ борьбѣ съ ея трудностями, заставляетъ съ особымъ вниманіемъ прислушаться къ тѣмъ нотамъ сомнѣнія, которыя прозвучали безъ отзвука въ юномъ трудѣ Савиньи.

Кодексъ есть замкнутая система правилъ, сковывающая судью. Судья долженъ всякое свое рѣшеніе дедуцировать изъ формулы, впередъ начертанной въ кодексѣ. Между тѣмъ, жизнь пестра и разнообразна до безконечности. Вчерашняя формула, охватывающая сполна явленія вчерашняго дня, не вполне или вовсе не покрываетъ новаго явленія, вынырнуvшаго сегодня. Новое явленіе нуждается въ защитѣ—это ощущаетъ судейская совѣсть, это диктуется соображеніями соціального свойства. И защиты оно въ кодифицированномъ законѣ не находитъ. Мало того, въ кодифицированномъ законѣ оно наталкивается подчасъ на нормы, съ виду ему враждебныя, нормы обобщенныя изъ недостаточнаго числа случаевъ, осложненныя случайными явленіями: условіями древняго процесса, отжившаго политическаго строя и проч. и проч. Какъ же быть? Создавать законъ для каждаго отдѣльнаго случая нельзя; самая возможность формулированія обобщенной нормы выясняется только изъ накопленія огромнаго числа конкретныхъ отношеній. Консерватизмъ нормъ—величайшее благо кодифицированнаго законодательства—призываетъ къ сохраненію нормы въ ея нетронутомъ видѣ; чувство справедливости, соображенія соціальныя требуютъ ея расширенія. Какъ устранить эту коллизію?

Савиньи требовалъ, чтобы до приступа къ кодификаціи, были найдены руководящія основоположенія (*leitende Grundsätze*), достаточно обширныя для того, чтобы вмѣщать все богатство жизненныхъ явленій, соприкасающихся съ правою областю.

Но гдѣ ручательство въ томъ, что болѣе широкая формула дѣйствительно покроетъ всѣ грядущія явленія? Гдѣ предѣлъ широтѣ обобщенія? Почему именно въ этомъ пунктѣ остановится жизнь? Значить, спасеніе не въ общей формулѣ.

Рекомендуя розысканіе наиболѣе обобщенныхъ положеній, Савиньи и самъ понималъ, что не въ этомъ панацея противъ золь кодификаціи; иначе какъ объяснить нескрываемое его сочувствіе фантастическому проекту возсозданія претуры въ видѣ органа, производящаго на срокъ опыты въ примѣненіи законовъ ¹⁾: не для чего, очевидно, было бы строить это сооруженіе, если бы все богатство дѣйствительныхъ случаевъ могло быть охвачено впередъ формулированной нормою.

Поэтому то онъ съ особеннымъ жаромъ, скорѣе инстинктивно, чѣмъ сознательно, ищетъ разрѣшенія загадки въ другомъ мѣстѣ—въ изученіи *метода примѣненія нормъ*. Онъ съ любовью и преклоненіемъ останавливается на изображеніи метода римскихъ юристовъ. Этому изображенію посвящены въ книжкѣ Савиньи самыя вдохновенныя страницы. Въ нихъ заложено—несознанное, быть можетъ, самимъ авторомъ и не оцѣненное, во всякомъ случаѣ, потомствомъ—основаніе для особливаго метода толкованія юридическихъ нормъ,—метода, при которомъ только и можетъ быть сглажено различіе между правомъ кодифицированнымъ и некодифицированнымъ.

¹⁾ Ср. отзывъ его о книгѣ Schrader'a „Die prätorischen Edicte der Römer auf unsere Verhältnisse übertragen“ (Приложеніе къ 3-му изданію „Beruf unserer Zeit“).

„Для римскихъ юристовъ, такъ Савиньи описываетъ ихъ методъ, правовыя понятія и опредѣленія не являются продуктомъ произвола, они для нихъ *живыя, реальныя существа*; бытіе этихъ существъ, ихъ генеалогія имъ знакомы, словно люди, съ которыми находишься въ продолжительномъ интимномъ общеніи... Право, вообще, не имѣетъ самодовлѣющаго существованія,—сущность его есть не что иное, какъ та же человѣческая жизнь, рассматриваемая съ особенной стороны. Когда наука отвлекается отъ этого своего объекта, она можетъ достигнуть значительной степени формальнаго совершенства, и все же она будетъ лишена истинной реальности. Но именно съ этой стороны методъ римскихъ юристовъ обнаруживаетъ все свое превосходство. Когда имъ предстоитъ обсудить юридическій казусъ, они исходятъ *изъ непосредственнаго живого созерцанія его (lebendigste Anschauung)*, и мы видимъ, какъ передъ нашими глазами, шагъ за шагомъ, возникаетъ и измѣняется все отношеніе. Какъ будто бы этотъ именно случай есть исходный пунктъ всей юриспруденціи, которая только еще должна быть найдена, именно отправляясь отъ даннаго мѣста. Такимъ, образомъ для нихъ теорія и практика, въ сущности, одно и то же; ихъ теорія разработана для самаго непосредственнаго примѣненія, и ихъ практика всегда очищена научною обработкою. Въ каждомъ юридическомъ положеніи они видятъ вмѣстѣ съ тѣмъ и случай примѣненія; въ каждомъ практическомъ случаѣ—правило, которымъ онъ опредѣляется“¹⁾.

Такъ Савиньи характеризуетъ искусство римскихъ юристовъ. Именно искусство. Ибо созерцаніе юридическаго отношенія *стихийно* вызывало въ умѣ юриста образъ живого существа, жизненный законъ котораго и опредѣлялъ судьбу изслѣдуемаго явленія. Когда римскій юристъ анализировалъ практическій случай изъ области договора купли-продажи

¹⁾ Vom Recht, 3 Aufl., S. 29—31.

или найма, онъ не оперировалъ надъ абстрактною категоріею купли, найма съ опредѣленными, зарегистрированными подъ ними рубриками правъ и обязанностей: передъ его глазами неотступно стоялъ *образъ* покупателя и продавца, наймодавца и нанимателя, со всѣми свойственными имъ *психическими* чертами, во всеоружіи ихъ *экономическаго* интереса. Такъ ощущая отношеніе, онъ сразу, ошупью добирался до того, что составляетъ основу отношенія, что въ немъ прочно, постоянно, безъ чего идти дальше нельзя,—и съ легкостью отметалъ все, что являлось только случайнымъ налетомъ: „отсюда, съ этого мѣста онъ строилъ юриспруденцію“. Отъ живыхъ людей, съ ихъ типичными душевными свойствами, въ ихъ типичной соціальной средѣ, онъ абстрагировалъ и отношеніе; и въ этой абстракціи не переставалъ биться пульсъ жизни. Юридическое отношеніе для него существовало, какъ нѣчто самоцѣльное, какъ бы движущееся по тѣмъ же побужденіямъ, по какимъ двигался живой субъектъ, отъ котораго оно отдѣлилось; отдѣльныя части этого отношенія связывались для него тѣми самыми психическими или соціальными факторами-мотивами, которые породили ихъ въ душѣ живыхъ людей. Юридическія отношенія дышали для него каждое особою жизнью; какъ отдѣльныя самостоятельныя существа, они оборонялись въ своей цѣлостности, „естественно“ отталкивали части имъ несродныя, притягивали родственныя.

Такъ римскій юристъ примѣнялъ норму. И этотъ приемъ сохраняетъ все свое значеніе и при кодексѣ. Основою толкованія служитъ живое ощущеніе коренныхъ, повторяющихся мотивовъ человѣческой дѣятельности и существенныхъ элементовъ человѣческаго общежитія,—то, что можно было бы назвать внутренней логикою юридическихъ институтовъ. А кодексъ не идетъ въ разрѣзъ съ этою внутренней логикою. Въ основахъ своихъ онъ всегда согласенъ съ коренными

побужденіями человѣческой дѣятельности. Онъ можетъ—вслѣдствіе близорукости непосредственныхъ творцовъ его, вслѣдствіе случайныхъ условій момента,—игнорировать ихъ, иногда и уродовать, но онъ не вступаетъ съ ними въ сознательную коллизію. Кодексъ есть гербарій, въ которомъ засушены растенія, иногда великолѣпно сохранившіяся, иногда скомканныя, случайно поврежденныя. По этимъ засушеннымъ экземплярамъ нужно распознавать затѣмъ всѣ вновь возникающіе, на волѣ произрастающіе молодые побѣги, и дать имъ надлежащую, свойственную ихъ природѣ, культуру. И если при обзорѣннн вашего гербарія вы убѣждаетесь, что въ немъ отдѣльные виды засушены не въ типичной ихъ формѣ, что иные повреждены вслѣдствіе неумѣлости собирателя, иные просто недоразвиты—вы не съ ними, не съ этими скомканными, недоразвитыми экземплярами будете считаться, вы восстановите для себя ихъ истинный, цѣлостный образъ и съ нимъ сопоставите живое растеніе; если окажется, что ряды у васъ не полны, вы не будете возводить этой неполноты на степень долгаго—вы восполните пробѣлы. Главное: нужно умѣть восстанавливать истинные образы поврежденныхъ или недоразвитыхъ тѣлъ.

Этотъ процессъ восстановленія живыхъ тѣлъ, составляющій самую душу примѣненія нормъ, быть, есть и на всегда останется искусствомъ,—искусствомъ, одинаково необходимымъ при кодексѣ и безъ кодекса. Но это искусство, при настоящихъ усложнившихся условіяхъ жизни, при все болѣе возрастающемъ разнообразіи мотивовъ человѣческой дѣятельности, должно вступить въ тѣсный союзъ съ наукою. Наука должна пойти къ нему на службу: она укажетъ приемы и матеріаль для опредѣленія тѣхъ самыхъ основныхъ экономическихъ, этическихъ, социальныхъ побужденій, изъ рамокъ которыхъ никакое юридическое творчество выйти не можетъ, съ которыми оно вынуждено считаться.

Какимъ образомъ использовать эту помощь науки въ созданіи образовъ-типовъ, съ которыми юристъ, по творческому вдохновенію, свяжетъ конкретное явленіе? Какъ ввести исторію, психологію, соціологію въ самый методъ толкованія и дать возможность толковать кодифицированный законъ, безъ явныхъ и тайныхъ попытокъ подкочнаться подъ него? И еще—быть можетъ, самое важное: этотъ методъ толкованія не стоитъ ли въ связи съ самою проблемою кодификаціи, не освѣщаетъ ли онъ ее съ новой стороны, не измѣняетъ ли онъ самую ея постановку?

Отвѣты на всѣ эти вопросы выходятъ изъ рамокъ исторической параллели. Мы, можетъ быть, когда-нибудь еще къ нимъ вернемся въ особомъ изслѣдованіи.

ВОПРОСЫ КАССАЦИОННОЙ ПРАКТИКИ.

I. НЕИМУЩЕСТВЕННЫЙ ИНТЕРЕСЪ ВЪ ОБЯЗАТЕЛЬСТВѢ.

Сенатъ затронулъ недавно (рѣшеніе № 83 за 1903 г.) одинъ изъ наиболѣе жгучихъ вопросовъ гражданскаго права: вопросъ о неимущественномъ интересѣ въ обязательствѣ. Обстоятельства дѣла, давшія поводъ къ рѣшенію сената, очень просты. Марія Крузенштернъ выдала Василю Яковлеву довѣренность на управленіе ея имѣніями и неустоечное обязательство. Въ неустоечномъ обязательствѣ указано было, что довѣренность должна сохранять свое дѣйствіе до совершенія Маріей Крузенштернъ купчей на имя князя Чавчавадзе, которому имѣнія были запроданы; до этого срока Крузенштернъ не въ правѣ уничтожать довѣренность, обязуясь въ противномъ случаѣ, а равно въ случаѣ отказа отъ совершенія купчей на имя князя Чавчавадзе уплатить Яковлеву неустойку. Искъ предъявленъ былъ о взысканіи неустойки. Между сторонами не было спора о томъ, что событіе, которымъ обусловливалась уплата неустойки, наступило. Тѣмъ не менѣе, палата въ искѣ отказала, и сенатъ оставилъ жалобу Яковлева безъ послѣдствій.

Сенатъ поставилъ на свое рѣшеніе общій — департаментскій — вопросъ: можетъ ли быть взыскиваема неустойка, если неисполненіемъ обязательства не нарушенъ имущественный интересъ истца. На этотъ вопросъ данъ отвѣтъ отрицательный. Но если бы даже признать — продолжаетъ сенатъ, — что неустойка можетъ обеспечивать „нравственный интересъ“, то суду должно быть объяснено, въ чемъ именно этотъ интересъ

состоить. Яковлевъ же, ссылаясь на свой нравственный интересъ, не указаль, въ чемъ именно интересъ его заключается. А потому, заканчиваетъ разсужденія свои сенатъ, „палата имѣла основаніе признать, что цѣлью условія о неустойкѣ было никакимъ интересомъ истца не оправдываемое стремленіе его ограничить законную свободу отвѣтчицы въ уничтоженіи довѣренности“.

При чтеніи этихъ послѣднихъ строкъ невольно возникаетъ мысль: а нужны ли были всѣ предыдущія разсужденія объ имущественномъ и неимущественномъ интересѣ, коли рѣчь идетъ объ ограниченіи „законной“ свободы дѣйствій или, какъ выражается еще опредѣленнѣе цитируемая сенатомъ палата, объ „ограниченіи неотъемлемо принадлежащаго довѣрителю права на свободное уничтоженіе довѣренности“? Если сдѣлка направлена на уничтоженіе одной изъ „неотъемлемыхъ“, „законныхъ“ свободъ гражданина, то она незаконна сама по себѣ, и никакими—имущественными или неимущественными—интересами прикосновенныхъ къ ней лицъ она спасена быть не можетъ. Сенатъ говоритъ о стремленіи къ лишенію свободы, „не оправдываемомъ никакими интересами“. Но такихъ „оправданій“ нѣтъ и быть не можетъ. Имущественный ли интересъ или неимущественный—все равно: всѣ они одинаково подчинены верховному интересу общегитія—свободѣ личности, и сдѣлка, направленная къ ограниченію этой свободы, ничтожна при всякихъ условіяхъ. Слѣдовательно, незачѣмъ было разыскивать имущественный или нравственный интересъ Яковлева, незачѣмъ было рѣшать общій вопросъ о нравственномъ интересѣ. Слѣдовало по-просту въ искѣ отказать на томъ основаніи, что сдѣлка направлена къ достиженію цѣли, закономъ воспрещенной.

Однако, въ самомъ ли дѣлѣ мы имѣемъ здѣсь дѣло съ недозволеннымъ ограниченіемъ свободы личности? Не слишкомъ ли щедро мы надѣляемся на сей разъ „законными“

„неотъемлемыми свободами“? Выдавая довѣренность на управление моими имѣніями и обязуясь не уничтожать ее до известнаго срока, или, иными словами, отдавая на срокъ управление моимъ имѣніемъ въ постороннія руки, я несомнѣнно совершаю актъ самоограниченія. Но большее ли это самоограниченіе, чѣмъ тогда, когда эти имѣнія отдаю не только въ управление, но и въ пользование другому лицу, для извлеченія доходовъ въ личную пользу этого другого лица,—отдаю на срокъ, краткій или продолжительный; для меня безусловно обязательный? Большее ли самоограниченіе, чѣмъ тогда, когда я отдаю и право пользованія, и право владѣнія, и право распоряженія безъ всякаго срока, на всегда—когда я продаю имѣніе? Продажа имѣнія есть несомнѣнно самый радикальный актъ ограниченія моей свободы распоряженія, свободы, увы, весьма „отъемлемой“?

Надо говорить ясно. Гражданину воспрещается налагать на себя ограниченія въ области публичныхъ правъ, обеспеченныхъ за нимъ государственнымъ закономъ его страны. Онъ не можетъ себя ограничить въ своемъ правѣ на личную неприкосновенность, въ правѣ свободного передвиженія, въ правѣ вступленія въ бракъ, въ правѣ судебной защиты; онъ не можетъ себя ограничить и въ своей общей право-и дѣеспособности. Это послѣднее самоограниченіе составляетъ предѣлъ, до котораго публичное право можетъ вторгаться въ область свободы гражданскихъ сдѣлокъ. Идти дальше—провозглашать ничтожнымъ конкретное самоограниченіе въ распоряженіи имуществомъ, потому что оно стѣсняетъ дальнѣйшую свободу моихъ распоряженій тѣмъ же имуществомъ—это значитъ упразднить все гражданское право. Ибо вся область гражданско-правовыхъ сдѣлокъ есть не что иное, какъ непрерывная цѣпь самоограниченій,—ограниченій свободы обладателя права въ пользу его приобретателя. Безразлично, по какимъ побужденіямъ это

ограниченіе совершается—изъ корысти ли, изъ дружескаго расположенія, или изъ сознанія общественнаго долга; важно, что самый принципъ ограниченія свободы тутъ не при чемъ: онъ не лишаетъ сдѣлки ея гражданско-правоваго характера, не дѣлаетъ ее противною закону и не освобождаетъ судъ отъ обязанности защитить ее. Слѣдовательно, сдѣлка Яковлева съ Крузенштернъ не могла быть отвергнута судомъ на томъ основаніи, что она обнаруживаетъ „стремленіе къ ограниченію законной свободы отвѣтчицы въ уничтоженіи довѣренности“, и Марія Крузенштернъ должна была нести всю ту отвѣтственность, которую приняла на себя, на случай своей несправности.

Но при такой постановкѣ вопроса—и только при такой постановкѣ—возникаетъ дальнѣйшій вопросъ объ имущественномъ и неимущественномъ интересѣ. Палата нашла,—отчасти на основаніи словъ самого Яковлева,—что у него никакого имущественнаго интереса въ сохраненіи довѣренности не было. Изъ этого и палата, и сенатъ склонны были, повидимому, заключить, что, вводя ограниченіе отъ довѣренности, стороны разыгрываютъ какую то непонятную забаву, направленную на то, чтобы безвинно и безъ всякой надобности лишить кого то—*excusez du peu*—гражданской свободы. Можно было бы, однако, при не очень большой долѣ проницательности со стороны низшихъ судебныхъ мѣстъ, разсматривавшихъ дѣло по существу, усмотрѣть, въ чемъ реальный, хозяйственный интересъ такихъ сдѣлокъ, какъ сдѣлка Яковлева съ Крузенштернъ. Это случай не единичный и потому именно достойный вниманія. Изо дня въ день такія сдѣлки совершаются и направлены онѣ на то, чтобы при запродажѣ имѣнія обезпечить правильное веденіе хозяйства въ промежутокъ времени между совершеніемъ запродажной и купчей, когда вступить во владѣніе по запродажной нельзя (ст. 1687 т. X ч. 1), а хозяйничаніе уxo-

дѣлающаго собственника не внушаетъ довѣрія новому приобретателю. Совершеніе довѣренности на имя новаго собственника или довѣреннаго его лица, съ ограниченіемъ въ правѣ уничтоженія ея и съ назначеніемъ неустойки на случай уничтоженія, есть излюбленная гарантія противъ неудобствъ продолжительнаго междуцарствія, вызываемаго сложною процедурою какъ укрѣпленія недвижимаго имущества, такъ и—чаще всего—залога его въ кредитномъ учрежденіи. Такъ ли было дѣло въ данномъ случаѣ или нѣтъ, судить трудно; по нѣкоторымъ даннымъ можно предполагать, что дѣло было именно такъ. Но обстоятельства изложены въ рѣшеніи сената слишкомъ кратко для того, чтобы можно было сказать на этотъ счетъ что-либо опредѣленное. Оставимъ потому эту житейскую сторону вопроса и будемъ предполагать, слѣдуя палатѣ и сенату, что никакого имущественнаго интереса у Яковлева не было. При такихъ условіяхъ ставится вопросъ: долженъ ли былъ судъ принять подъ свою защиту его неимущественный или, какъ говорится въ рѣшеніи сената, нравственный интересъ, и въ удовлетвореніе этого неимущественнаго интереса присудить ему неустойку? На ясно поставленный вопросъ мы позволимъ себѣ сразу дать ясный же отвѣтъ: *никакого другаго интереса, кромѣ неимущественнаго, неустойка не призвана была ограждать, и никакой судъ не въ правѣ былъ домогаться отъ Яковлева указанія, какой именно „нравственный“ интересъ онъ преслѣдовалъ, — угрожая, въ противномъ случаѣ, заподозриваніемъ наличности интереса „безнравственнаго“.*

Весь вопросъ объ имущественномъ и неимущественномъ интересѣ въ обязательствѣ вращался всегда около того, возможно ли допустить произвольную со стороны суда оцѣнку неимущественнаго интереса въ обязательствѣ, установленіе помимо соглашенія, сторонъ, по отношенію къ явленіямъ, неимѣющимъ рыночной стоимости, денежнаго экви-

виента? Поборники немущественнаго интереса, съ Терингомъ во главѣ, настаивали на такой возможности; противники отрицали ее. Но никогда во время всей кампаніи, длившейся почти все истекшее столѣтіе, не раздавался изъ среды самыхъ убѣжденныхъ противниковъ немущественнаго интереса ни одинъ голосъ противъ защиты такого обязательства, въ которомъ немущественный интересъ самими сторонами оцѣненъ впередъ на деньги, въ видѣ договорной неустойки. Въ извѣстномъ заключеніи Теринга по дѣлу Солотурнъ-Ольтенской желѣзной дороги (Gäubahn), гдѣ съ наибольшою, можетъ быть, рельефностью освѣщенъ на практическомъ случаѣ вопросъ о немущественномъ интересѣ, приведены и мнѣнія противниковъ—представителей ученаго міра, отрицавшихъ возможность защиты обязательствъ съ немущественнымъ интересомъ. Во главѣ этихъ противниковъ по заслугамъ поставленъ самимъ Терингомъ Andreas Heussler, одинъ изъ самыхъ выдающихся германистовъ XIX вѣка, и вотъ что онъ пишетъ по поводу договорной неустойки: „Данное слово, формально заключенный договоръ... должны имѣть юридическое значеніе не далѣе того, насколько существуетъ интересъ, нуждающійся въ правовой защитѣ и заслуживающій ея. Безчисленное множество заключается договоровъ и дается обѣщаній, которыхъ право не защищаетъ. Комитетъ Gäubahn не можетъ жаловаться на то, что онъ лишенъ принадлежащаго ему права, ибо онъ съ самаго начала не имѣлъ уже никакого права. *Въ распоряженіи комитета было одно вѣрное средство* наложить на центральную желѣзную дорогу (отвѣтчика) юридическое обязательство: *стоило только условиться о неустойкѣ* на случай отказа центральной желѣзной дороги отъ постройки желѣзныхъ дорогъ; *договорная неустойка есть именно надлежащее средство для оказанія давленія на другого контрагента, если первоначальное обязательство не*

пользуется судебною защитой" (Ihering. *Gesammte Aufsätze* III, 120).

Оно и понятно—не только съ точки зрѣнія теоріи неимущественнаго интереса, но и съ точки зрѣнія природы неустойки. Весь смысл назначенія неустойки въ томъ и состоитъ, чтобы освободить стороны отъ необходимости доказывать наличность имущественнаго вреда. Если бы отыскивающій неустойку обязанъ былъ доказывать свой имущественный ущербъ, то институтъ неустойки оказался бы въ корнѣ подрѣзаннымъ. Значить—есть ли, нѣтъ ли имущественнаго вреда, или, что то же, имѣется ли налицо имущественный или только нравственный интересъ—все равно: неустойка должна быть присуждена. Все это—даже съ точки зрѣнія тѣхъ законодательствъ въ которыхъ взысканіе неустойки исключаетъ взысканіе убытковъ. А съ точки зрѣнія нашего закона и подавно. Нашъ законъ (ст. 1585 т. X ч. 1 и рѣш. сената 1871 г. № 891, 1872 г. № 639) допускаетъ взысканіе неустойки *независимо отъ взысканія имущественнаго ущерба* искомъ объ убыткахъ; весь имущественный интересъ, значить, уже поглощенъ, онъ возмѣщается особо, и все таки остается искъ о неустойкѣ. Въ возмѣщеніе чего, если не неимущественнаго, или, такъ называемаго, нравственнаго интереса? Судъ не обязанъ и не въправѣ отыскивать качествъ этого „нравственнаго интереса“—тѣмъ менѣе примѣнять сыскные приемы заподозриванія въ незаконности, если ему этотъ интересъ не будетъ указанъ. Нравственный интересъ есть здѣсь отрицательное понятіе—отсутствіе имущественнаго интереса,—и если, какъ указано, ни наличности, ни отсутствія имущественнаго интереса истецъ не обязанъ доказывать, то судъ вышелъ изъ предѣловъ дозволенной ему власти, если онъ пыталъ истца и требовалъ отъ него отвѣта на вопросъ: какой, именно, его нравственный интересъ нарушенъ.

Этихъ доводовъ не можетъ поколебать никакая аналогія

съ прочими способами обезпеченія обязательствъ. Если бы изъ числа пяти указанныхъ въ законѣ способовъ обезпеченія обязательствъ четыре—поручительство, залогъ, закладъ и специальная неустойка при займѣ (т. н. законная неустойка)—дѣйствительно были приноровлены только къ обязательствамъ съ имущественнымъ интересомъ, то изъ этого нисколько еще не слѣдовало бы, что пятый—кстати сказать, самый общій и распространенный—способъ обезпеченія обязательствъ (договорная неустойка), не можетъ распространяться на *всякія* обязательства. А эта аналогія съ прочими видами обезпеченія составляетъ ядро всей аргументаціи Сената.

Въ 1875 году сенатъ разсматривалъ дѣло, совершенно аналогичное съ настоящимъ. Былъ предъявленъ такой же искъ; суды его присудили, и сенатъ призналъ ихъ рѣшеніе правильнымъ (рѣш. 1875 г. № 483). И тогда дѣлались тѣ же возраженія о неимущественномъ интересѣ (объ отсутствіи „вещественной выгоды“, какъ тогда выражались) и объ ограниченіи „свободы“. Но сенатъ отвергъ оба эти указанія. Сенатъ призналъ, что о вещественной выгодѣ ничего не говорится въ законѣ о неустойкахъ, а что касается до „свободы“, то довѣритель воленъ, конечно, уничтожить свое вѣрующее письмо, но за это нарушеніе принятаго на себя обязательства, онъ отвѣтственъ, какъ за нарушеніе всякаго другого обязательства,—ничего противозаконнаго въ такой отвѣтственности не заключается.

Въ нынѣшнемъ рѣшеніи сенатъ очень мало считается съ этимъ прецедентомъ и съ его мотивами. Сенатъ ограничивается указаніемъ, будто тогда—въ 1875 г.—„отъ преждевременнаго уничтоженія довѣренности *предполагались* могущими пострадать интересы повѣреннаго“. Откуда почерпнуты свѣдѣнія о такомъ предположеніи, неизвѣстно: въ печатномъ текстѣ рѣшенія 1875 г. не только такого предположе-

жія не высказано, но, наоборотъ, сенатъ подчеркиваетъ, что „отсутствіе особаго условія о вознагражденіи лица, въ пользу котораго назначена неустойка“—иными словами: отсутствіе имущественнаго интереса въ обязательствѣ—„не должно повести къ отказу во взысканіи неустойки“.

Такимъ образомъ, никакого различія между обоими случаями нѣтъ. А между тѣмъ, никакихъ попытокъ къ опроверженію старыхъ взглядовъ не сдѣлано. Невольно напрашивается мысль, что на все нынѣшнее разсужденіе сената пала случайная тѣнь—отъ существа дѣла. Существо это было, повидимому, дѣйствительно весьма непривлекательно: Яковлевъ взыскивалъ 80000 р. неустойки, основываясь на томъ, что Марія Крузенштернъ совершила купчую не на имя самого князя Чавчавадзе, а на имя *жены* князя Чавчавадзе. Но если это такъ, если требованіе Яковлева по существу, при данной обстановкѣ, есть не что иное, какъ придирка, палата вольна была такъ именно его квалифицировать; она вольна была установить, что событіе, которое послѣдовало, по существу своему—по особымъ отношеніямъ между сторонами—равносильно тому, которое имѣлось сторонами въ виду; если палата по обстоятельствамъ дѣла не могла этого сдѣлать, она должна была склониться передъ закономъ и не давать волю своей фантазіи.

Но и въ томъ, и въ другомъ случаѣ зачѣмъ было верховному судилищу преподавать по этому поводу руководящія разъясненія, зачѣмъ поспѣшно рѣшать вопросы, затрагивающіе глубины глубинъ юридической мысли,—зачѣмъ перевершать свои же, неомраченныя существомъ конкретнаго случая, правильныя старыя рѣшенія?

II. ХАРТІЯ ВОЛЬНОСТЕЙ КАЗЕННЫХЪ.

„Наборщикъ Херсонской губернской типографіи Иванъ Туриловъ предъявилъ въ Херсонскомъ Окружномъ Судѣ искъ къ казнѣ въ лицѣ мѣстнаго Губернскаго Правленія, о 104 руб. 80 коп. заработной платы за сверхурочную работу, исполненную имъ въ означенной типографіи по словесному соглашенію съ завѣдывавшимъ ею совѣтникомъ Правленія. Противъ этого иска уполномоченный Губернскаго правленія возразилъ: 1) что требованіе истца неподвѣдомственно суду, ибо не заключаетъ въ себѣ спора о правѣ гражданскомъ; 2) что искъ неправильно предъявленъ къ Губернскому Правленію, такъ какъ послѣднее не завѣдуетъ типографіею въ хозяйственномъ отношеніи, а отвѣтственнымъ лицомъ, въ данномъ случаѣ, могъ бы быть или Губернаторъ или смотритель типографіи, но не иначе какъ въ порядкѣ, установленномъ 1317 и слѣд. ст. уст. гр. суд.“

Такимъ рассказомъ начинается первое рѣшеніе въ Сборникѣ Гражданскаго Кассационнаго Департамента за 1903 годъ. Рассказъ краткій, но рельефный, достойный стать эпиграфомъ для тѣхъ главъ нашего процессуальнаго устава, въ коихъ изображена хартія вольностей и правъ казны въ судѣ гражданскомъ. Хартія эта довольно обширна. Тутъ и подсудность общимъ судебнымъ мѣстамъ, независимо отъ цѣны спора, и общій порядокъ судопроизводства, съ необычайно длинными процессуальными сроками, и особое льготное исчисленіе сроковъ, и безпримѣрно краткій срокъ для предъявленія исковъ къ казнѣ. Но этихъ обширныхъ преро-

гativity казнѣ недостаточно, и представители ея вотъ уже двадцать слишкомъ лѣтъ не безъ успѣха прокладываютъ себѣ путь къ совершенно особой прерогativity. Это прерогativity самораздробленія казны, съ правомъ одной части раздробленнаго цѣлаго отводить отъ себя претензіи къ другой части того же раздробленнаго цѣлаго. Она отстаивается во всѣхъ процессахъ съ казною по той именно программѣ, по которой отстаивало ее Херсонское Губернское Правленіе противъ Ивана Турилова: казна не отвѣтственна по искамъ, предъявляемымъ къ ней просто какъ къ казнѣ; истецъ долженъ указать особый органъ казны—и притомъ не тотъ даже, который непосредственно нарушилъ его интересы, а тотъ, который, по соображеніямъ казеннаго удобства, призванъ отвѣчать за казну; неправильное указаніе такого органа равносильно неправильному указанію отвѣтчика и влечетъ за собою всѣ связанные съ этимъ послѣдствія. Такова программа. Она не основана ни на какомъ законѣ. Тотъ законъ, къ которому пытаются пристегнуть ее (1284 ст. уст. гр. суд.), имѣлъ въ виду совершенно иное. Законъ гласитъ, что предъявленіе исковъ и отвѣтъ по онымъ возлагается на обязанность мѣстныхъ управленій: этимъ устанавливалось только законное уполномочіе мѣстныхъ органовъ казны представлять казну на судѣ по искамъ, къ ней предъявленнымъ. Законъ не налагалъ ни на кого обязанности предъявлять искъ не къ казнѣ, а къ тому или иному управленію ея. Тѣмъ менѣе законъ возлагалъ обязанность на истцовъ, разбираться во всей системѣ мѣстныхъ управленій, если обнаруживается конкуренція нѣсколькихъ органовъ на мѣстѣ: для такого выбора нѣтъ въ законѣ никакихъ, даже самыхъ отдаленныхъ, руководящихъ указаній. Но въ законѣ не оказалось одной детали: не указано, кто же долженъ предъявленные иски сортировать, распредѣлять ихъ, для отвѣта, между мѣстными органами казны. И въ

эту то брешь проникла новая—по послѣдствіямъ самая тяжкая и по обоснованію своему самая бессмысленная—привилегія казны: было признано, что самъ истецъ долженъ непосредственно указать тотъ органъ, который долженъ по его иску представлять казну; и не только долженъ указать его, какъ наиболѣе подходящаго представителя, но именно какъ отвѣтчика, съ тѣмъ, что казенное управленіе, „привлеченное къ отвѣту вмѣсто другого, не только не лишено права, но и обязано отвести отъ себя искъ“ (касс. рѣш. 1884 г. № 60). И казенныя управленія—стали отводить иски.

Не стало болѣе казенныхъ исковъ безъ отводовъ. Отводы рѣдко идутъ въ одиночку—обыкновенно по два, по три заразъ. И заявляются они не просто: настоящий отвѣтчикъ не указывается прямо, а альтернативно—„смотритель типографіи или губернаторъ“. Значитъ, еще въ перспективѣ дальнѣйшій отводъ—отъ смотрителя къ губернатору или наоборотъ. Между тяжущимся и судомъ разставляется рядъ капкановъ, которые всѣ надо ловко миновать, для того, чтобы добраться до законнаго удовлетворенія—хотя бы по претензиі въ 104 руб. 80 к. заработной платы.

Контрагентъ казны наивно думаетъ, что онъ только и имѣетъ надежнаго противника, который отъ суда не убѣжить; нужно только быть по существу правымъ, а ужъ свое получишь. Оказывается, нѣтъ: самый неуловимый въ предѣлахъ Россійской Имперіи отвѣтчикъ есть Россійская казна.

Иванъ Туриловъ, отработавъ на сто рублей у Кирилла Петрова, зналъ бы, съ кого ему надо взыскать; Иванъ Туриловъ, отработавшій на сто рублей у Россійской казны, не знаетъ и не можетъ знать, съ кого ему надо взыскать свои 100 рублей.

Въ самомъ дѣлѣ: какъ ему рѣшить, кто, по тексту данной казнѣ привилегіи, долженъ быть отвѣтственъ передъ

нимъ, Иваномъ Туриловымъ, за работу, исполненную для казенной типографіи? Надо для этого розыскать „мѣстное управленіе“. Можно бы полагать, что для розысканія требуется совершить слѣдующую умственную операцію: губернскую типографію надо приурочить къ опредѣленному центральному вѣдомству, затѣмъ отыскать мѣстный органъ центральнаго вѣдомства и къ нему обратиться съ искомъ. Этой работы было бы достаточно; она не очень проста. Но дѣло оказывается гораздо сложнѣе. На мѣстѣ можетъ оказаться нѣсколько мѣстныхъ управленій того же вѣдомства; надо бѣдному истцу рѣшить, къ которому изъ этихъ органовъ предъявить искъ. И притомъ, какъ сказано, нѣтъ въ законѣ никакихъ указаній, чѣмъ именно руководиться при выборѣ среди мѣстныхъ органовъ; мы имѣемъ тутъ дѣло съ совершенно пустымъ мѣстомъ въ законѣ. И отводы строятся съ большою виртуозностью именно на этомъ пустомъ мѣстѣ. Ибо даже большая или меньшая прикосновенность органа къ самой сдѣлкѣ, подавшей поводъ къ иску, ничего тутъ не значить. А между тѣмъ надо рѣшать, — подѣ угрозой лишиться своихъ заработанныхъ крохъ, надо рѣшать: съ кого именно искать, — гдѣ казна? Та самая казна, которая кажется тутъ вотъ, вездѣ, какъ воздухъ, окружаетъ насъ.... Казны не оказывается.

Смотритель типографіи, Губернаторъ или Губернское Правленіе? Какъ рѣшить Ивану Турилову? Каждый изъ трехъ кандидатовъ въ отвѣтчики имѣетъ свои преимущества, — для каждаго найдется кой-какое формальное обоснованіе, но найдется и столь же убѣдительное контръ-обоснованіе. Ибо все сооруженіе искусственно создано, съ естественномъ юридическаго отношенія не связано, потому и настоящей опоры для рѣшенія вопроса нѣтъ. Иванъ Туриловъ рѣшилъ предъявить искъ къ Губернскому Правленію, и сенатъ, къ счастью, съ нимъ согласился. Сенатъ нашель,

что по ст. 457 общ. губ. учр., типографія состоитъ „при Губернскомъ Правленіи“ — на этомъ основаніи сенатъ отклонилъ отводъ къ Смотрителю. Сенатъ нашелъ далѣе, что хотя Губернаторъ дѣйствительно распоряжается доходами съ типографіи (ст. 594 общ. губ. учр.), но излишекъ этихъ доходовъ идетъ на усиленіе средствъ Губернскаго Правленія: этимъ отклоненъ отводъ къ Губернатору. Доводы эти сами по себѣ, очевидно, мало убѣдительны. Какое значеніе можетъ имѣть фраза: „при Губернскомъ Правленіи“? и почему не большее значеніе имѣетъ указаніе, что главное распоряженіе дѣлами типографіи ввѣрено другому мѣстному органу? Въ 1891 году сенатъ призналъ искъ правильно предъявленнымъ къ директору гимназій, а не къ Учебному Округу, хотя несомнѣнно гимназія состоитъ при Учебномъ Округѣ не въ меньшей мѣрѣ, чѣмъ типографія при Губернскомъ Правленіи. Еще менѣе убѣдительна ссылка на расходование излишковъ. Мало ли на что тратятся излишки казенныхъ доходовъ. Излишекъ доходовъ отъ винной монополіи можетъ тратиться на дѣла благотворительности, и отъ этого искъ о переборѣ за водку не приурочится еще къ благотворительнымъ учрежденіямъ. Но все это не существенно. Насъ интересуютъ не мотивы сената сами по себѣ, а самая необходимость прибѣгать къ этимъ сложнымъ, тонкотканымъ мотивамъ, для того чтобы выйти изъ заколдованнаго круга созданной въ пользу казны привилегіи.

Ненормальность положенія очевидна. Всякое искусственное юридическое тѣло, признаваемое носителемъ имущественныхъ правъ, должно имѣть опредѣленнаго указаннаго закономъ представителя. Такимъ именно опредѣленнымъ единственнымъ представителемъ имущественной личности государства, явилась въ свое время казна, безъ всякихъ подраздѣленій. И къ этому цѣлостному, нерасчлененному представительству государства необходимо вернуться. Будетъ

ли возложена на суды обязанность всякій искъ, предъявленный къ казнѣ, направлять, по роду дѣла, къ тому или иному вѣдомству; будетъ ли эту роль исполнять особый административный органъ; будетъ ли наконецъ объединено все судебное представительство казны въ особомъ учрежденіи — безразлично. Важно освободиться отъ гнета неопредѣленности, превращаемой въ особую прерогативу.

Этотъ гнетъ чувствуется теперь особенно сильно, благодаря той роли, которую заняла казна въ хозяйственной жизни страны.

Во время оно — когда казнѣ даровались судебныя вольности — она была только имущественною представительницею государственной власти въ строгомъ смыслѣ слова. Сфера ея хозяйственной дѣятельности была ограничена. Она нуждалась въ особомъ попеченіи, ибо хозяйственныя функціи исполнялись тѣми же органами государственной власти какъ бы въ придачу къ нормальнымъ ихъ функціямъ. Защитникъ казны на судѣ былъ тотъ же чиновникъ, между прочими дѣлами исполняющій и случайное судебное порученіе. Но времена перемѣнились. Казна стала крупною хозяйственною единицею, она владѣетъ огромною массою промышленныхъ предпріятій и управляетъ ими не по принципу власти. Къ услугамъ ея организованъ штатъ вышколенныхъ юристовъ — судебныхъ представителей. Втянутая въ подвижной гражданскій оборотъ, казна мѣняетъ и старыя казенныя типы сдѣлокъ, и старыя приемы сношеній. Какъ коммерсантъ, она черезъ своихъ агентовъ свободно вступаетъ въ сдѣлки посредствомъ писемъ и телеграммъ безъ торговъ, безъ изустныхъ и запечатанныхъ объявленій, — она сносится съ внѣшнимъ міромъ безъ отношеній за номерами, она нанимаетъ служащихъ безъ формальныхъ договоровъ, она заказываетъ работы — *horribile dictu* — даже на словахъ.

Но вся эта легкость и подвижность, вся, такъ сказать, гражданская обыденность казны существуетъ только—до порога суда. Какъ только сдѣлка даетъ поводъ къ иску, и недовольный контрагентъ обращается въ судъ, подвижной коммерсантъ преобразуется въ застегнутаго на всѣ пуговицы чиновника, изъ архива добываются старые тексты казенныхъ привилегій, и бѣднаго истца начинаютъ — отводить. Тексты привилегій получаютъ при этомъ совершенно новое освѣщеніе, ибо самая область ихъ приложенія нова. Здѣсь не Казенныя Палаты, не Губернскія Правленія, не губернскія типографіи, а нѣчто совсѣмъ иное.

Казна эксплуатируетъ огромную сѣть желѣзныхъ дорогъ. Она распоряжается ими изъ центра черезъ посредство огромной же сѣти хозяйственныхъ органовъ. Органы эти бываютъ единоличныя, но бываютъ и коллегіальныя; въ послѣднемъ случаѣ они именуется управленіями. Есть значить „управленія“ и несомнѣнно „мѣстныя“ — какое счастливое стеченіе обстоятельствъ: точь въ точь какъ сказано въ привилегіи! Можно, слѣдовательно, отводить, отводить и отводить... И отводятъ. Хозяиномъ казенныхъ желѣзныхъ дорогъ является центральное управленіе желѣзныхъ дорогъ; никакихъ постоянныхъ органовъ этого управленія на мѣстахъ закономъ не установлено,—всѣ начальники, агенты есть администраторы, существованіе или упраздненіе коихъ зависитъ отъ доброй воли хозяина. И потому даже съ точки зрѣнія теоріи самораздробленія единственнымъ отвѣтчикомъ по всѣмъ сдѣлкамъ—безразлично заключены ли онѣ управленіемъ или его агентами—является центральное управленіе и никто другой. Отводъ къ „мѣстному управленію“ есть ничто иное, какъ игра словъ. И однако отводы эти заявляются и—удовлетворяются.

Хуже еще дѣло обстоитъ въ области желѣзнодорожнаго строительства. Казна въ послѣднія десятилѣтія выстроила

огромную сеть желѣзныхъ дорогъ. Постройка дорогъ поручалась особымъ начальникамъ работъ. Съ хозяйственной точки зрѣнія это была мѣра весьма цѣлесообразная: ею устранялась чрезмѣрная централизація, достигалась скорость и распорядительность, упрощались сношенія съ контрагентами и съ мѣстными властями. На начальниковъ работъ возлагалось, между прочимъ, и заключеніе контрактовъ съ подрядчиками и окончательные съ ними расчеты. И контракты заключались по формѣ и безъ установленной формы, выдавались окончательные расчеты, все шло гладко, но лишь—до порога суда.

Какъ только дѣло доходило до суда, тотчасъ выплывалъ вопросъ—объ отвѣтчикѣ. Дорога построена, и казна не платить; нужно искать по суду—съ кого? Казалось бы: съ казны. Но этого мало. Надо вѣдь знать: гдѣ казна, въ чьемъ лицѣ? Въ лицѣ управленія желѣзныхъ дорогъ или въ лицѣ начальника работъ? Надъ этимъ мудренымъ вопросомъ работало столько головъ, что затраченной умственной энергій хватало бы для рѣшенія наисложнѣйшей социальной проблемы. И работали напрасно. Ибо къ кому бы вы ни предъявили искъ, все равно казна „отведетъ“. Искъ къ управленію она отводитъ къ начальнику работъ и наоборотъ: иски къ начальнику работъ отводитъ къ управленію. Случалось даже такъ, что въ одинъ день по двумъ однороднымъ искамъ—одному предъявленному къ начальнику работъ, другому къ управленію—были заявлены оба отвода. Удивительно ли послѣ этого, что одинъ изъ истцовъ, съ отчаянія привлекъ одновременно къ отвѣту обоихъ возможныхъ отвѣтчиковъ — пускай дескать судъ разберетъ, гдѣ обрѣтается казна... Если вспомнить, что иски изъ договора подряда подчинены краткой, полугодовой давности, что ошибочное, не къ надлежащему отвѣтчику, предъявленіе иска не прерываетъ этой давности, что иски эти

значительные по суммѣ, часто составляютъ все состояніе истца, а иногда и его кредиторовъ, то станеть яснымъ, какими жертвами сопровождается эта, съ легкимъ сердцемъ разыгрываемая на судѣ, комедія съ переодѣваніями.

Вопросъ самъ по себѣ, казалось бы, довольно простъ. Начальники работъ есть временные органы центрального управленія; сегодня въ Сибири, завтра на Кавказѣ, послѣ завтра на западныхъ окраинахъ—они творять волю этого центрального управленія, передъ нимъ отчитываются, ему сдаютъ свои незаконченныя дѣла по прекращеніи главныхъ своихъ функций. Какое же это „мѣстное управленіе“, какой отвѣтчикъ по дѣламъ казны, который сегодня есть, а завтра исчезаетъ съ лица земли? И въ массѣ случаевъ исчезаетъ именно въ то время, когда подрядчикамъ приходится предъявлять искъ: тогда кончаются нормально функции начальниковъ работъ. Подрядчику приходится день за днемъ слѣдить: сохранился ли еще его „отвѣтчикъ“, или его не стало. Если подрядчикъ предъявить искъ къ начальнику, а окажется, что въ тотъ самый моментъ, когда искъ предъявленъ, начальникъ исчезъ—искъ окажется предъявленнымъ къ несуществующему учрежденію; если онъ увлечется разсужденіемъ, что рано или поздно функции начальника все равно перейдутъ къ управленію, и предъявить потому на всякій случай искъ къ управленію—ему докажутъ, что въ тотъ самый день, когда онъ предъявлялъ искъ, начальникъ работъ еще дописывалъ свои послѣднія бумаги и клалъ на нихъ казенную печать. И суду серьезно предлагаютъ заниматься изслѣдованіемъ вопроса о моментѣ исчезновенія начальника работъ—о днѣ, когда начальникъ работъ сдалъ свои дѣла своему же начальству;—вопроса, для рѣшенія котораго нѣтъ никакихъ твердыхъ данныхъ, да и тѣ, которыя есть, исходятъ отъ отвѣтчика. На основаніи этихъ данныхъ должна рѣшаться участь огромныхъ иногда мате-

риальных интересов истца. И суды наши изслѣдуютъ, ибо они приняты, повидимому, за правило: считать начальника работъ отвѣтчикомъ доколѣ онъ есть, и только когда онъ упраздненъ, считать отвѣтчикомъ управление. Но тутъ обнаружился курьезъ, даже для дѣлъ казенныхъ необычайный. По одному изъ слушавшихся на дняхъ въ Отдѣленіи Сената дѣлъ начальникъ работъ до суда, въ своей дѣловой перепискѣ, признавалъ требованія подрядчика правильными; а когда подрядчикъ предъявилъ искъ къ нему же, не успѣвшему еще исчезнуть начальнику работъ, и сослался на признанные имъ факты, то „взамѣнъ начальника работъ“, любезно вступило въ дѣло само управление на томъ де основаніи, что „начальникъ работъ находится въ вѣдѣніи управленія“. И такая „эволюція“, значить, допускается.

Возвратимся однако къ Ивану Турилову и его иску 104 р. 80 к. заработной платы. Отводя искъ къ Губернатору или смотрителю типографіи, ему возражали еще свѣрхъ сего: 1) что и къ нимъ онъ могъ бы предъявить требованіе только какъ къ должностнымъ лицамъ, въ порядкѣ 1317 ст. уст. гр. суд., т. е. въ особое присутствіе окружнаго суда или судебной палаты или даже сената, смотря по классу должности виновнаго должностнаго лица, съ особымъ краткимъ срокомъ давности и проч. и проч., и 2) что онъ и не можетъ требовать своихъ денегъ по суду, ибо дѣло его—служебное и подлежитъ разсмотрѣнію административной власти, а не суда. Въ томъ же сборникѣ рѣшеній Сената за 1903 г. подъ № 68 напечатано дѣло горнозаводскаго рабочаго Никитина съ Златоустовскимъ горнымъ управленіемъ о вознагражденіи за увѣчье. Палата признала, что увѣчье причинено истцу по винѣ заводской администраціи и присудила ему 120 руб. въ годъ пожизненной пенсіи. Горное управленіе жалуется на это въ сенатъ и

доказываетъ, что Никитинъ долженъ былъ предъявить искъ къ виновнымъ должностнымъ лицамъ и именно въ порядкѣ 1317 и слѣд. статей уст. гр. суд. Такимъ образомъ, случай съ Иваномъ Туриловымъ, какъ оказывается, не единичный. Херсонское губернское правленіе и Златоустовское горное управленіе мыслятъ совершенно одинаково: для нихъ обоихъ казна и въ искѣ рабочаго о заработной платѣ и въ искѣ его же за увѣчье должна занимать привилегированное положеніе. И въ то время, когда правосознаніе общества въ вопросахъ, касающихся вознагражденія за потерю трудоспособности, сдѣлало уже грандіозный шагъ отъ теоріи вины къ теоріи профессиональнаго риска, когда воплотившій въ себѣ это правосознаніе законъ освобождаетъ увѣчнаго отъ обязанности доказывать чью бы то ни было вину (законъ 2 іюня 1903 г.), — представители казны находятъ, что въ искахъ къ казнѣ, вытекающихъ изъ тѣхъ же оснований, рабочему недостаточно даже доказать вину заводской администраціи, а надлежитъ еще доказать вину опредѣленнаго должностнаго лица, добиться снаряженія для него, смотря по классу должности, особеннаго наиболѣе сложнѣйшаго судилища, съ весьма краткими сроками давности, съ весьма длинными сроками обжалованія и съ нестѣсненнымъ никакими сроками предварительнымъ истребованіемъ officialнаго объясненія отъ виновнаго.

И это въ лучшемъ случаѣ. По настоящему же такимъ искамъ даже и совѣмъ нѣтъ мѣста въ судѣ: это и не споры о правѣ гражданскомъ. Казна заявила отводъ объ отсутствіи гражданскаго спора только въ дѣлѣ Турилова, но по основаніямъ своимъ онъ одинаково подходитъ къ обоимъ дѣламъ. Палата установила, правда, что истецъ работалъ по договору личнаго найма, но казна находитъ, что и при договорѣ личнаго найма работающій для казны этимъ самымъ приобщается къ власти, прибрѣтаетъ особую слу-

жебную прерогативу—жаловаться по начальству, и, слѣдовательно, лишается доступа къ суду. Сенатъ отвергъ всѣ эти притязанія казны. Отвергнута ссылка на служебныя отношенія и на отсутствіе гражданскаго спора—по мотивамъ яснымъ и правильнымъ. Отвергнута ссылка на 1817 ст. по мотивамъ, къ сожалѣнію, недостаточнымъ.

Сенатъ находитъ, что порядокъ, указанный въ статьѣ 1816 и слѣд., по самому своему существу „примѣнимъ лишь къ искамъ, предъявляемымъ къ должностнымъ лицамъ, причинившимъ распоряженіями своими, въ качествѣ органовъ правительственной власти, вредъ и убытки частнымъ лицамъ, но отнюдь не къ искамъ, предъявленнымъ къ казнѣ въ лицѣ того или другого казеннаго управленія“. Но все дѣло именно въ томъ, по какому принципу слѣдуетъ въ одномъ случаѣ предъявить искъ „къ казнѣ въ лицѣ того или другого казеннаго управленія“, въ другомъ—къ должностному лицу, какъ органу правительственной власти. Въ этомъ вся проблема. Правительствующему сенату слѣдовало—если онъ въ силахъ это сдѣлать на основаніи дѣйствующаго закона—установить, какая грань отдѣляетъ область, въ которой казна является только хозяиномъ, предпринимателемъ, распорядительницею общественнаго имущества въ интересахъ общественныхъ, отъ той области, въ которой она связывается съ дѣятельностью носителей власти какъ таковыхъ. Еще въ гораздо большей мѣрѣ слѣдовало бы это сдѣлать закону. Предметъ слишкомъ важенъ, проблема слишкомъ сложна,—а условія, при которыхъ приходится намъ дѣйствовать, слишкомъ разнятся отъ тѣхъ, при которыхъ писались наши законы, чтобы можно было во всемъ положиться на судебное толкованіе. Здѣсь необходима законодательная инициатива. Передъ нами новый и очень опредѣленный процессъ концентраціи хозяйственныхъ функцій въ рукахъ огромнаго цѣлага, организованнаго для

осуществленія совершенно иныхъ задачъ. Что бы ни думать о желательности или нежелательности такой концентрации съ точки зрѣнія соціальной,—необходимо, разъ она совершается, дать ей прочную гражданско-правовую структуру. Обособленіе нормъ матеріальнаго и процессуальнаго права, которыми руководится исключительно-хозяйственная, гражданско-правовая дѣятельность государства отъ тѣхъ, которыя связаны съ первичною, основною его дѣятельностью, является потому дѣломъ насущной необходимости. Какъ имущественная личность, казна должна быть приравнена ко всѣмъ прочимъ имущественнымъ личностямъ, сфера присущихъ ей въ этомъ качествѣ матеріальныхъ правъ и обязанностей должна быть строго очерчена, ея судебное представительство должно быть точно обозначено,—всѣ древнія, мохомъ обросшія привилегіи должны быть разрушены.

Только притакихъ условіяхъ дано будетъ, наконецъ, Ивану Турилову, безъ душевныхъ сомнѣній относительно „спора о правѣ гражданскомъ“ и „надлежащаго отвѣтчика“, взыскивать свои 104 р. 80 к.; только при такихъ условіяхъ и суды будутъ избавлены отъ разбора схоластическихъ препирательствъ по вопросамъ, лишеннымъ всякаго жизненнаго смысла, и представители казны, сойдя съ обманчивой стези отводовъ, направятъ свои силы на разрѣшеніе болѣе достойныхъ задачъ.

III. ЗАКОНЪ О ЕВРЕЙСКОМЪ ЗЕМЛЕВЛАДѢНІИ ВЪ ТОЛКОВАНІИ СЕНАТА.

Законъ 10 мая 1903 года, ограничивающій права евреевъ на пріобрѣтеніе земельной собственности, дождался уже въ сентябрѣ мѣсяцѣ того же 1903 года сенатскаго разъясненія (рѣш. № 117 за 1903 г.).

Необычная быстрота, съ которою преподано разъясненіе совсѣмъ молодого закона, объясняется тѣмъ, что сенатъ самъ возбудилъ вопросъ о примѣненіи закона, котораго ни судъ, ни палата не имѣли и не могли еще имѣть въ виду. Такой пріемъ, оправдываемый въ рѣшеніи сената исключительно утилитарными соображеніями, представляется уже на первый взглядъ нѣсколько рискованнымъ, а со стороны кассационнаго сената даже неожиданнымъ. Сенатъ самъ взлелѣялъ теорію кассационнаго невмѣшательства: по мнѣнію сената, онъ не обязанъ и даже не вправе розыскивать нарушенія закона, неуказанныя въ кассационной жалобѣ; мало того: онъ долженъ закрывать на нихъ глаза, даже если ясно, безъ розысковъ, видитъ ихъ. Теорія эта въ общемъ видѣ кажется намъ болѣе чѣмъ сомнительною. Ригоризмъ ея не соотвѣтствуетъ ни требованію правильно понятаго закона, ни основной задачѣ кассационнаго суда.

Задача и достоинство кассационнаго суда не только не возбраняють, но предписываютъ ему возбуждать вопросъ о примѣнимости закона, ни стороною, ни судомъ неуказаннаго. *Curia novit leges*. Но изъ этого нисколько однако не слѣ-

дуетъ, чтобы законъ, въ особенности такой, котораго *нельзя было* указать ранѣе, котораго не было въ виду ни у суда, ни у сторонъ, подвергался бы, безъ крайней надобности, истолкованію со стороны сената безъ предоставленія суду и сторонамъ возможности разобраться въ условіяхъ, созданныхъ новымъ закономъ,—уяснить истинный его смыслъ. Вопросы толкованія—не грѣхъ въ этомъ сознаться и верховному судилищу—подчасъ значительно выигрываютъ и отъ прохожденія черезъ горнило низшихъ инстанцій и даже—отъ состязанія сторонъ.

Сенатъ однако не только возбудилъ, но и разъяснилъ вопросъ. Разъясненіе состоялось при слѣдующихъ условіяхъ. Старшій нотаріусъ отказалъ въ утвержденіи купчей, совершенной *въ Октябрь 1902 года*, находя, что покущикъ-еврей, по своему сословному положенію, не имѣетъ права приобрѣтать землю. И судъ, и палата съ этимъ согласились, но сенатъ призналъ всѣ соображенія палаты неправильными. Однако—замѣчаетъ сенатъ—въ промежутокъ времени между рѣшеніемъ палаты и слушаніемъ дѣла въ сенатѣ появился новый законъ, которымъ воспрещено „впредь до пересмотра въ законодательномъ порядкѣ постановленій о евреяхъ совершеніе отъ имени и въ пользу евреевъ актовъ, служащихъ къ укрѣпленію за ними права собственности...“, слѣдовательно, въ случаѣ отмѣны рѣшенія палаты, старшему нотаріусу, когда онъ приступитъ къ утвержденію акта, придется считаться съ этимъ новымъ закономъ и вновь отказать въ утвержденіи купчей. Вслѣдствіе этого „отмѣна опредѣленія палаты, какъ не могущая повліять на ходъ дѣла въ благопріятномъ для просителей смыслѣ, не можетъ имѣть мѣста“. Устанавливается такимъ образомъ *во первыхъ*, что необходимо считаться съ тѣмъ закономъ, который дѣйствуетъ въ моментъ утвержденія акта; эта теорія, созданная сенатомъ еще въ 1900 году (рѣш. № 48), нынѣ подтвер-

ждается; но тутъ же рядомъ устанавливается *во вторыхъ*, что отмѣна рѣшенія не можетъ имѣть мѣста, ибо нынѣ, въ моментъ совѣщанія, происходящаго въ залѣ гражданскаго кассационнаго департамента правительствующаго сената, такого то мѣсяца и года, существуетъ законъ, препятствующій утвержденію акта. Казалось бы, что-нибудь одно. Если въ самомъ дѣлѣ рѣшающимъ явится моментъ, когда старшій нотаріусъ приступитъ къ обряду утвержденія, то отчего правительствующій сенатъ предвосхищаетъ обстановку этого момента? Отчего онъ нынѣ, въ засѣданіи, происходящемъ въ опредѣленный день и часъ, уже ставитъ себя въ положеніе старшаго нотаріуса, утверждающаго актъ, и рѣшаетъ, что актъ утвержденію не подлежитъ. Если вѣрна теорія, что *совершеніе* акта не имѣетъ значенія, а значеніе для вопроса о правоспособности имѣетъ моментъ *утвержденія*, то изъ этого слѣдуетъ, что всѣ измѣненія въ дѣйствующемъ законѣ *до момента утвержденія* ставятся на рискъ и страхъ контрагенту, какъ въ положительную, такъ и въ отрицательную сторону: если суженіе его правъ въ этотъ промежутокъ должно ему вредить, то расширеніе должно ему идти въ прокъ. И до самаго того момента, когда должно послѣдовать утвержденіе акта, никто—въ томъ числѣ и правительствующій сенатъ—не вправѣ брать на себя роль вѣщателя будущихъ событій и утверждать, что въ тотъ моментъ, когда, по ходу событій, послѣ возвращенія дѣла по инстанціямъ внизъ, дѣло дойдетъ до старшаго нотаріуса, еврей все еще будетъ неправопособенъ. А что если завтра законъ будетъ отмѣненъ? Законы исходящіе изъ болѣе непреложныхъ и вѣчныхъ началъ, подвержены измѣненіямъ, а законы, основанные на соображеніяхъ столь временныхъ и исключительныхъ, и подавно; считаетъ же нужнымъ самъ законодатель предварить читателя, еще ранѣе чѣмъ онъ успѣетъ перейти къ содержанію

закона, что все сіе создано только—„впредь до пересмотра“. По нашему времени мы съ вами, читатель, можемъ съ скептической улыбкою читать эту фразу и слушать съ недовѣріемъ размышленія объ измѣнчивости законовъ ограничительныхъ, но если гдѣ такой скептицизмъ неумѣстенъ, то именно въ сужденіяхъ нашего верховнаго суда; не ими онъ, надо полагать, и руководился.

Когда рѣчь идетъ о событіи будущемъ, и законъ приурочивается къ моменту этого именно событія, сенатъ долженъ считаться съ возможностью будущаго закона. Онъ обязанъ предоставить событія ихъ собственному теченію, не спѣшить и не пресѣкать нити процесса по оппортунистическимъ, всегда гадательнымъ и всегда опаснымъ, соображеніямъ о практической „безполезности“ того рѣшенія, которое диктуется нормальнымъ ходомъ вещей.

Однако въ самомъ ли дѣлѣ нужно было приурочивать законъ къ событію будущему и, въ связи съ этимъ, гадать о законѣ будущемъ? Актъ совершенъ до изданія закона, но подлежитъ утвержденію послѣ изданія; въ моментъ совершенія акта какое ограниченіе не тяготѣло надъ сторонами; оно нависло тогда, когда нужно было актъ утвердить; должно ли оно возвратитъ стороны вспять, какъ будто бы ничего не совершилось?

Вопросъ объ отношеніи двухъ моментовъ въ процессѣ возникновенія сдѣлки—момента совершенія и момента утвержденія—являлся долго камнемъ преткновенія для нашей судебной практики. Какъ это ни странно, но здѣсь, въ этомъ мизерномъ на видъ вопросѣ цивильной техники, сталкивались два основныхъ теченія челоуѣческаго духа, двѣ тенденціи, сказывающіяся и въ юридическомъ мышленіи: тенденція, къ связыванію юридическихъ дѣйствій съ символично-сенситивными обрядами,—она усматривала въ актѣ укрѣпленія и выдачи купчей „символическую пере-

дачу (*traditio symbolica*)“, и съ ѳтимъ именно актомъ связывала переходъ права собственности,—и другая тенденція: къ абстрагированію, къ отрыванію мысли отъ плоти,—она усвоила ажурную французскую теорію голаго соглашенія, какъ единственнаго правопроизводящаго фактора по отношенію ко всѣмъ правамъ вообще, какъ личнымъ, такъ и вещнымъ. Обѣ эти теоріи вступили у насъ въ бой въ срединѣ восьмидесятыхъ годовъ. Центральный моментъ его составляли дебаты въ петербургскомъ юридическомъ обществѣ по поводу реферата Н. И. Барковскаго, страстно отстаивавшаго тезисъ, что ни X томъ, ни нотаріальное положеніе не приписываютъ рѣшительно никакого матеріально-правового значенія акту утвержденія, что онъ является голымъ обрядомъ провѣрки событій, до него происходившихъ, что эти предшествующія событія—и только они—выполняютъ собою все содержаніе сдѣлки. Сдѣлка между сторонами совершается и заканчивается у младшаго нотаріуса; старшій нотаріусъ даетъ ратификацію этой сдѣлкѣ и, отмѣчая ее въ крѣпостныхъ книгахъ, придаетъ ей вещный характеръ.

Эта теорія побѣдила. Она получила тогда же воплощеніе въ рѣшеніи сената (1886 г. № 96), и вотъ уже скоро двадцать лѣтъ вся судебная практика строится на преподаваемыхъ тогда принципахъ. Правильны ли эти принципы или нѣтъ—это вопросъ особый, котораго мы здѣсь рѣшать не желаемъ. Но принципы эти составляютъ нынѣ, съ легкой руки сената, азбучную истину въ нашемъ гражданскомъ обиходѣ, и колебаніе ихъ должно бы быть производимо съ должною вдумчивостью и осмотрительностью. Сдѣлка считается законченною у младшаго нотаріуса—такъ гласятъ основы. Всѣ реквизииты сдѣлки должны быть, слѣдовательно, налицо въ этотъ именно моментъ; къ ихъ числу принадлежитъ и дѣеспособность контрагентовъ. Никакое позднѣйшее усиленіе этой дѣеспособности не можетъ при-

дать силу сдѣлкѣ, совершенной лицомъ недѣеспособнымъ; и, наоборотъ, никакое умаленіе дѣеспособности не разрушаетъ сдѣлки, совершенной правильно: *даже смерть контрагента не препятствуетъ утвержденію сдѣлки*; такъ говоритъ самъ сенатъ въ рѣшеніи 1886 года. Смерть контрагента, полное разрушеніе дѣеспособной личности, не вліяетъ на силу сдѣлки; а исключительный законъ, урѣзывающій эту дѣеспособность, убиваетъ, какъ теперь оказывается, сдѣлку наповаль! Можно ли не видѣть, что незамѣтно для самого сената, истаяла нынѣ въ его рукахъ вся, воздвигнутая съ такими усиліями, теорія?

Не надо при этомъ увлекаться разсужденіями о законахъ, „ограждающихъ общественный порядокъ“, о публично-правовомъ характерѣ исключительной нормы и связанной съ этимъ обязанности власти примѣнять ее вплоть до послѣдняго момента требуемой закономъ обрядности. Ограничительный законъ о евреяхъ имѣетъ несомнѣнно характеръ публично-правовой нормы. Но публично-правовой нормѣ тоже положенъ предѣлъ дѣйствія, и предѣлъ этотъ лежитъ тамъ, гдѣ начинается *законная* гражданская сдѣлка. Въ законченную сдѣлку публично-правовая норма болѣе не вторгается, она ее не подкарауливаетъ на всѣхъ перекресткахъ, не излавливаетъ ее, а почтительно склоняется передъ тѣмъ, на что гражданскій законъ—въ своихъ владѣніяхъ столь же всемогущій, какъ и публичный законъ—положилъ уже печать своего признанія. На разрушеніе законченной сдѣлки требуется особое законное уполномочіе, ибо это есть разрушеніе чего-то уже существующаго, освященнаго закономъ санкціею; и тогда оно производится явно, путемъ состязанія, въ формѣ гражданскаго иска. Сенатъ, впрочемъ, и не ссылается даже на это единственное кажущееся основаніе, на публично-правовой характеръ нормы. Отчего же всетаки произошло отступленіе? Гдѣ поводъ?

Рѣшеніе сената написано такъ скромно; точно и отступленія никакого нѣтъ, точно ничего прежде и не было. Оно построено все на перефразѣ двухъ статей нотаріальнаго положенія, говорящихъ о томъ, что старшій нотаріусъ долженъ удостовѣриться, соотвѣтствуетъ ли утверждаемая сдѣлка требованіямъ гражданскихъ законовъ. Прочитывая эти двѣ статьи, сенатъ заключаетъ: „посему, такъ какъ именно при утвержденіи акта провѣряется соотвѣтствіе акта дѣйствующимъ *въ то время* законамъ, то изъ сего слѣдуетъ, что старшій нотаріусъ обязанъ при утвержденіи акта принимать въ соображеніе и примѣнять и тѣ законы, которые обнародованы и послѣ совершенія акта у нотаріуса“. Однако этихъ трехъ маленькихъ словечекъ: „въ то время“ въ законѣ нѣтъ,—они вставлены: ихъ нѣтъ ни въ 157, ни въ 167 ст. нот. полож.; тамъ говорится только вообще о „законахъ гражданскихъ“. И если допустить, что при коллизіи между законами двухъ моментовъ, совершенія и утвержденія, должны быть примѣняемы законы послѣдняго момента, то какъ можно было признавать актъ, совершенный у младшаго нотаріуса, сдѣлкой, совершенно законченною?—Какъ можно было дозволить умирать контрагенту въ увѣренности, что сдѣлка его нерушима? Не ясно ли, что сенатъ поспѣшилъ? Что не мѣшало бы дать и сторонамъ, и суду высказаться? Быть можетъ, неясное, эпизодическое разъясненіе 1900 года, нынѣ безъ мотивовъ повторенное сенатомъ, получило бы надлежащую оцѣнку;—а если ужъ ему властвовать, то пусть бы за одно была сдана въ архивъ вся дѣйствующая теорія явно, съ сознаниемъ важности произведенной надъ нею операціи, безъ противорѣчій и недосказанностей.

IV. РѢШЕНІЯ НЕНАПЕЧАТАННЫЯ.

Сенатскія рѣшенія дѣлятся, для непосвященныхъ, на двѣ категоріи: рѣшенія отдѣленія и рѣшенія департамента или, какъ ихъ называютъ въ сенатскомъ обиходѣ, рѣшенія отдѣленскія и департаментскія. Для посвященныхъ существуетъ еще одно подраздѣленіе. Департаментскія рѣшенія бываютъ: напечатанныя и ненапечатанныя. Ибо не всѣ рѣшенія, прошедшія черезъ департаментъ, признаются достойными того, чтобы быть напечатанными. Соображенія при этомъ бываютъ различныя, судить объ ихъ уважительности трудно, но есть одно въ ихъ числѣ, надъ которымъ не мѣшаетъ призадуматься. Не печатаются рѣшенія, между прочимъ, тогда, когда послѣ обсужденія вопросовъ, казавшихся принципіальными, обнаружится, что они относятся къ существу дѣла.

Всякому извѣстно, что вопросъ о границѣ между существомъ и кассационною стороною дѣла является, несмотря на нашъ сорокалѣтній опытъ, камнемъ преткновенія для огромнаго числа просителей, обращающихся въ сенатъ съ жалобами. Всѣ общія указанія, данныя въ этомъ направленіи сенатомъ, пока безуспѣшны, отчасти потому, что кассационный принципъ все еще сравнительно новъ, отчасти потому, что степень обобщенности и опредѣлительности сенатскихъ тезисовъ заставляетъ желать очень многаго. Но именно въ виду этого пріобрѣтаютъ особенное значеніе конкретныя по отдѣльнымъ вопросамъ разъясненія сената, указывающія, гдѣ лежитъ грань между существомъ и несуществомъ. Эти указанія заслуживаютъ, казалось бы, особаго вниманія въ тѣхъ случаяхъ, когда кассационный ха-

характеръ вопроса вызывалъ сомнѣнія въ самой сенаторской коллегіи, и когда только въ результатѣ совѣщанія департамента выяснился не-кассационный его характеръ. Одинъ изъ такихъ случаевъ, на нашъ взглядъ очень характерный, имѣлъ мѣсто осенью только что истекшаго 1903 года.

Дѣло касалось духовнаго завѣщанія, совершеннаго у нотаріуса лицомъ, которое, вслѣдствіе болѣзненнаго пораженія нервной системы, страдало, между прочимъ, почти полною афазіею, полною аграфіею и полною алексіею (неспособностью говорить, писать и читать). Завѣщаніе было совершено слѣдующимъ образомъ. Въ присутствіи обычныхъ свидѣтелей завѣщатель произнесъ передъ нотаріусомъ всего четыре слова,—все остальное объяснилъ знаками. На этомъ основаніи нотаріусъ составилъ завѣщаніе, занимающее около полулиста бумаги; въ завѣщаніи изложено, что все имѣніе завѣщателя назначается его женѣ, что 15000 руб. назначаются племяннику, а на случай смерти послѣдняго не дѣтямъ его, а внукамъ; далѣе сдѣланы назначенія на помять души, на благотворительныя дѣла и пр. Спрошенный въ качествѣ свидѣтеля, нотаріусъ объяснилъ, что воля завѣщателя была ему совершенно ясна. Палата на этомъ основаніи отвергла споръ противъ завѣщанія, признавъ, что нотаріусъ изложилъ именно то, чего желалъ завѣщатель. Дѣло было передано на разсмотрѣніе департамента сената для разрѣшенія вопроса о томъ: соотвѣтствуетъ ли завѣщаніе требованіямъ нотаріальнаго положенія. Вопросъ въ департаментѣ ставился такъ: нотаріальное положеніе не устраняетъ лицъ, страдающихъ недостаткомъ рѣчи, отъ совершенія актовъ, но оно устанавливаетъ особыя гарантіи правильнаго воспріятія ихъ мысли тѣми, кто призванъ удостовѣрять юридическія волеизъявленія. Мимика отличается отъ рѣчи одною особенностью: она не всеобща, а индивидуальна: каждый нѣмой имѣетъ свой особый языкъ знаковъ, понятный только ему и

его окружающимъ. Правильное воспріятіе живой рѣчи—однообразнаго для всѣхъ говорящихъ на данномъ языкѣ способа выраженія мыслей—доступно всякому; удостовѣреніе воли; проявившейся въ рѣчи, можетъ потому быть предоставлено нотаріусу и обычнымъ свидѣтелямъ. Имъ вѣрять, хотя бы лицо, отъ имени котораго совершается актъ, не могло ихъ контролировать,—хотя бы оно не умѣло читать и писать. Но удостовѣреніе воли, проявляющейся *знаками*, не предоставляется закономъ ни нотаріусу, ни обычнымъ свидѣтелямъ, когда самъ нѣмой лишень способности контроля когда онъ не умѣетъ ни читать, ни писать. Для такого удостовѣренія установлены особые пути. Законъ предписываетъ привлекать къ совершенію акта лицо, *понимающее данные знаки*; законъ вмѣняетъ въ обязанность нотаріусу посредствомъ постороннихъ распросовъ убѣдиться въ компетентности этого особаго толкователя знаковъ; законъ требуетъ, кромѣ того, присутствія при всей этой процедурѣ особаго свидѣтеля (ст.ст. 107—111 нот. пол.).

Всѣ эти гарантіи имѣютъ одну цѣль: дать возможно достовѣрное выраженіе волѣ, проявляющейся необычнымъ путемъ, устранить соблазнъ истолкованія знаковъ нѣмого со стороны того, кто по положенію своему не призванъ быть ихъ толкователемъ. Потому во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда совершающій актъ не въ состояніи выразить свою мысль словами не потому, что онъ для своихъ понятій не находитъ въ своемъ лексиконѣ надлежащихъ словъ, а въ силу физическаго недостатка, не дающаго ему проявить свои мысли наружу иначе какъ знаками,—нотаріусъ не вправѣ принимать на себя роль толмача этихъ знаковъ, не вызывая справедливаго подозрѣнія, что въ актѣ выражена не воля совершающаго актъ, а воля его, нотаріуса, или воли тѣхъ, въ чьихъ интересахъ совершается завѣщаніе.

Такъ ставился вопросъ. Казалось бы, на этотъ вопросъ

можно было отвѣтить, оставаясь вдали отъ существа дѣла. Если Сенатъ признавалъ, что при наличности четырехъ словъ, произнесенныхъ передъ нотаріусомъ и при установленной *необходимости*, вслѣдствіе физическаго недостатка, выражать все остальное знаками—не должны быть примѣняемы тѣ гарантіи достовѣрности, которыя установлены для истолкованія знаковъ по отношенію къ нѣмымъ, то это и слѣдовало сказать. Мы знали бы на будущее время, что льготой закона, заботливо охраняющаго волеизъявленіе лишенныхъ рѣчи, не пользуются тѣ, которые въ состояніи произнести хоть *одно слово* (или четыре?). Сенатъ однако этого разъясненія въ общей формѣ не преподалъ и отнесъ все въ область существа: палата признала-де, что нотаріусъ понялъ завѣщаніе, и этого достаточно. Но для того, чтобы признать, что палата вправѣ была положиться на пониманіе нотаріуса, при отсутствіи гарантій, установленныхъ 107—111 ст. нот. пол., нужно вѣдь было предварительно признать, что данный случай—случай нѣмоты неабсолютной—не подходитъ подъ ст. 111 нот. пол. Иными словами, надо было рѣшить юридическій вопросъ о томъ: распространяются ли нормы даннаго закона на случай, съ нимъ соприкасающійся,—подходятъ ли подъ статью только такіе случаи физическаго недуга, при которыхъ страдающій имъ абсолютно лишенъ возможности произносить какія бы то ни было слова, или же подъ нее подходятъ и тѣ случаи, когда физическій недугъ уничтожаетъ свободу рѣчи въ той или иной степени, и когда доказано, что при составленіи акта этотъ именно недугъ вызывалъ необходимость обращаться, для выраженія мысли, къ знакамъ. И тѣмъ не менѣе сенатомъ признано, что весь этотъ вопросъ есть существо, и именно потому, что онъ *есть* существо, сенатъ не напечаталъ, *почему же онъ есть существо*.

V. ГРАЖДАНСКАЯ ОТВѢТСТВЕННОСТЬ ДОЛЖНОСТНЫХЪ ЛИЦЪ.

Въ началѣ этого мѣсяца ¹⁾ въ общемъ собраніи перваго и кассационныхъ департаментовъ Сената, въ качествѣ апелляціонной инстанціи, слушалось дѣло по иску Прасковьи Забіякиной къ бывшему С.-Петербургскому градоначальнику. Забіякина взыскивала убытки, причиненные ей дѣйствіями отвѣтчика во время прекращенія уличныхъ беспорядковъ 4 марта 1901 г. Изъ доложеннаго рѣшенія первой инстанціи (соединеннаго присутствія 1-го и кассационныхъ департаментовъ), утвержденнаго затѣмъ и общимъ собраніемъ, видно, что Забіякиной отказано въ искѣ, на томъ основаніи, что „для изслѣдованія вопроса объ отвѣтственности градоначальника требовалось бы не одно только установленіе наличности обстоятельствъ, въ частности касавшихся истицы, и сопровождавшихъ ихъ отдѣльныхъ дѣйствій полицейскихъ чиновъ и властей, но общее и подробное ознакомленіе съ ходомъ всего процесса прекращенія беспорядка 4 марта 1901 г., съ взаимными отношеніями полиціи и публики, съ свойствомъ распоряженій, отдаваемыхъ полицейскими начальниками, и съ установившимися среди полицейскихъ чиновъ, отъ низшаго до высшаго, воззрѣніями на пригодность тѣхъ или иныхъ средствъ, предназначенныхъ для воздѣйствія на усмиряемыхъ. Но для такого изслѣдованія въ настоящемъ гражданскомъ процессѣ нѣтъ никакихъ матеріаловъ“.

Послѣдняя фраза въ рѣшеніи Сената звучитъ нѣсколько странно при сопоставленіи ея съ началомъ рѣшенія, гдѣ

¹⁾ Май 1904 г.

сказано, что въ разъясненіе всей фактической стороны дѣла Забіякина ссылались на свидѣтелей, которыхъ просила допросить. Свидѣтели остались недопрошенными, и тѣмъ не менѣе сенатъ ссылается на отсутствіе въ дѣлѣ фактическаго матеріала для изслѣдованія.

Эта темная фраза въ рѣшеніи сената приобрѣла значительно большую ясность послѣ того, какъ передъ лицомъ того же соединеннаго присутствія прошла нѣсколько дней спустя цѣлая серія дѣлъ, аналогичныхъ съ дѣломъ Забіякиной по существу, но съ гораздо болѣе полнымъ фактическимъ матеріаломъ. Дѣла эти были вызваны прошлогоднимъ Кишиневскимъ погромомъ. Пострадавшіе отъ погрома евреи предъявили иски къ властямъ города Кишинева—въ первую очередь къ бывшему губернатору фонъ-Раабену,—доказывая, что погромъ разгорѣлся исключительно благодаря бездѣйствію власти, что достаточно было принять самыя элементарныя, диктуемыя долгомъ службы, мѣры, для того, чтобы вовсе предупредить бѣдствіе, и во всякомъ случаѣ остановить его въ той стадіи, когда дѣло ограничивалось битьемъ стеколъ въ еврейскихъ лавкахъ и не разрослось еще въ повальный грабежъ и рѣзню. Истцы представили къ дѣлу приговоръ особаго присутствія Одесской судебной палаты, въ которомъ неоднократно констатируется, что только благодаря нераспорядительности полиціи въ первый же день погрома, уличная шалость пьяной, предводительствуемой мальчишками, толпы превратилась въ разгромъ еврейскаго имущества; что чиновники полиціи и во второй день погрома оставались нѣмыми зрителями, потому что не имѣли надлежащаго руководства; что и войска оставались бездѣятельны въ виду отсутствія общаго руководства по прекращенію беспорядковъ; что безнаказанность громилъ породила слухъ, будто евреевъ бить можно, такъ какъ они являются врагами отечества; и что достаточно было затѣмъ двухъ

часовъ энергичной дѣятельности со стороны взявшаго дѣло въ свои руки начальника мѣстнаго гарнизона, чтобы подавить безпорядки, несмотря на то, что разнузданная полною безнаказанностью толпа не знала уже удержу. Всѣ обстоятельства, сопровождавшія погромъ, размѣръ и характеръ принятыхъ администраціею мѣръ, вліяніе этихъ мѣръ на ходъ погрома—все это подробно описано въ приговорѣ палаты и въ протоколахъ показаній, отобранныхъ судебнымъ слѣдователемъ, также къ дѣлу представленныхъ. Истцы брались кромѣ того доказывать эти обстоятельства и посредствомъ свидѣтелей, которыхъ просили допросить. И тѣмъ не менѣе фраза о предѣлахъ изслѣдованія въ гражданскомъ процессѣ вновь прозвучала въ заключеніи оберъ-прокурора,—и въ искахъ вновь было отказано безъ вызова свидѣтелей, безъ провѣрки предложеннаго истцами фактическаго матеріала. О предѣлахъ изслѣдованія говорилось на сей разъ уже не въ связи съ матеріаломъ даннаго дѣла, а вообще: судъ* гражданскій не можетъ де вообще входить въ анализъ тѣхъ мѣръ, которыя администрація считаетъ необходимымъ принимать „въ видахъ государственныхъ“: такое изслѣдованіе *по существу своему не можетъ быть предоставлено суду гражданскому.*

Въ уставѣ гражданскаго судопроизводства имѣется особый раздѣлъ „о взысканіи вознагражденія за вредъ и убытки, причиненные распоряженіями должностныхъ лицъ“. Въ первой статьѣ этого раздѣла (ст. 1316 уст. гражд. суд.) обозначенъ кругъ вѣдомства гражданскаго суда въ этой спеціальной области, изъеваемой изъ общаго порядка судопроизводства.

Въ компетенцію смѣшаннаго, составленнаго на половину изъ гражданскихъ судей, на половину изъ администраторовъ, судилища, отводятся иски о вознагражденіи за вредъ и убытки, причиненные *неправдливостью, неосмотрительностью или медленностью* должностныхъ лицъ административнаго вѣдомства. Въ изъятіе изъ общаго правила только для

этихъ дѣяній—несмотря на то, что они составляютъ преступленіе,—не требуется предварительное констатированіе событія преступленія со стороны суда уголовного: смѣшанный, особо для сего созданный, судъ признается компетентнымъ для рѣшенія *всего* вопроса, во всемъ его объемѣ. „Въ статьѣ 140 основныхъ положеній уголовного судопроизводства—такъ говорится въ мотивахъ къ 1816 ст.—опредѣлительно сказано, что для взысканія съ должностного лица вознагражденія за вредъ и убытки, причиненные неправильными его дѣйствіями, преданіе его суду требуется только въ тѣхъ случаяхъ, когда это лицо обвиняется въ томъ, что оно дѣйствовало изъ корыстныхъ или личныхъ видовъ; вознагражденіе же за вредъ и убытки, причиненные нерадѣніемъ, неосмотрительностью или медленностью должностного лица, отыскивается гражданскимъ порядкомъ“.

Практика соединеннаго присутствія 1-го и гражданского кассационнаго департаментовъ сената за тридцать слишкомъ лѣтъ дѣйствія закона раздвинула его рамки. Законъ имѣлъ въ виду по преимуществу вредъ отъ упущеній—отъ неисполненія того, что исполнять надлежало; таковы общія свойства нерадѣнія, неосмотрительности, медленности. Практика же включила въ предметъ его вѣдѣнія и превышеніе власти, даже въ его наиболѣе активныхъ проявленіяхъ. Дѣло отъ этого, конечно, не пострадало нисколько, и составители судебныхъ уставовъ ничего бы противъ такого развитія ихъ мысли не возразили. Но противъ чего они возразили бы несомнѣнно, это противъ калѣченія самой основной мысли—противъ урѣзыванія самаго драгоценнаго права суда: самостоятельно изслѣдовать, не взирая на государственный характеръ обсуждаемыхъ мѣръ, правильность этихъ мѣръ.

Основные грѣхи администраціи, къ отвѣтственности за которые желательно было открыть болѣе широкой путь

гражданину, не стѣсня его разрѣшеніемъ высшаго начальства, были грѣхи не-дѣланія,—то что мы въ цивильныхъ отношеніяхъ именуемъ упущеніемъ. Для того, чтобы такой грѣхъ связать съ имущественнымъ ущербомъ, всегда необходимо вступать въ область умозаключеній,—разсужденій о томъ, какія мѣры *были бы* достаточны для предотвращенія случившагося вреда. И въ эти разсужденія неизбѣжно должно входить распознаваніе „пригодности или непригодности тѣхъ или иныхъ средствъ“, предназначенныхъ для достиженія требуемой цѣли. Какимъ же образомъ судъ, спеціально назначенный для того, чтобы устанавливать связь между виною и ущербомъ, слагаетъ съ себя эту обязанность и объявляетъ себя къ возложенной на него задачѣ непригоднымъ? Необходимо договориться до конца. Если судъ находитъ, что онъ не можетъ разрѣшать вопросъ о пригодности мѣръ, потому что не знаетъ возрѣній самой же административной власти на свои задачи—то онъ этимъ отказывается навсегда отъ разсмотрѣнія какихъ бы то ни было исковъ по 1316 ст. И если онъ всетаки разсматриваетъ эти иски, то, очевидно, лишь по недоразумѣнію.

Отстранять отъ себя установленіе связи между виною и вредомъ не вправѣ никакой судъ, призванный разсматривать иски объ убыткахъ, проистекающихъ изъ этой вины. Въ огромномъ большинствѣ случаевъ онъ устанавливаетъ эту связь самъ, основываясь на своемъ житейскомъ опытѣ и на требованіяхъ здраваго смысла. Иногда для установленія этой связи можетъ оказаться недостаточнымъ одинъ здравый смыслъ—для умозаключенія судьи могутъ требоваться, въ качествѣ посредствующихъ звеньевъ, познанія, ему недоступныя. Тогда онъ прибѣгаетъ къ помощи людей свѣдущихъ и, восполнивъ пробѣлы въ своихъ познаніяхъ, умозаключаетъ о томъ, что было бы, если бы исполнено было то, что исполнено не было.

Сенатъ находить, что онъ не компетентенъ разрѣшать споры, въ которыхъ необходимо разрѣшать вопросъ о цѣлесообразности тѣхъ или иныхъ мѣръ „съ точки зрѣнія государственной“. Но въ дѣлахъ объ отвѣтственности должностныхъ лицъ *все* вопросы всегда будутъ вращаться около того: оправдывается ли, или не оправдывается нарушение частнаго права интересомъ государственнымъ? Государственный интересъ одинаково будетъ замѣшанъ какъ въ томъ случаѣ, когда власть отказываетъ въ своемъ содѣйствіи отдѣльному гражданину при совершенно нормальныхъ условіяхъ окружающей жизни, такъ и въ томъ случаѣ, когда она не предпринимаетъ необходимыхъ мѣръ для огражденія безопасности цѣлой группы лицъ во время народнаго волненія. И здѣсь, и тамъ она въ принципѣ можетъ оправдывать свое бездѣйствіе соображеніями государственными. Значить, судъ можетъ вообще отказываться отъ разсмотрѣнія всякихъ исковъ и упразднить самого себя.

Нѣчто въ этомъ родѣ и произошло въ томъ же засѣданіи сената, въ которомъ разбирались погромныя дѣла. Владѣлецъ типографіи отыскивалъ убытки за незаконное задержаніе администраціею выпущенной имъ брошюры. Администрація возражала, что она это сдѣлала по соображеніямъ государственнымъ, и сенатъ безъ дальнѣйшей провѣрки въ искѣ отказалъ.

Спеціально по отношенію къ дѣйствіямъ власти во время народныхъ волненій, вопроса о государственныхъ соображеніяхъ можетъ и вовсе не оказаться. Эти соображенія могутъ потребоваться тогда, когда самый процессъ подавленія безпорядковъ вызывалъ нарушение частнаго права. Тогда умѣстенъ вопросъ о томъ, не оправдывается ли нарушение частнаго права государственною необходимостью. Такой случай могъ представиться въ той обстановкѣ, при которой

пострадала Забіякина. Мы не сомнѣваемся—и постараемся это доказать въ дальнѣйшемъ—что и въ этихъ случаяхъ судъ не только вправѣ, но и обязанъ провѣрить самую степень государственной необходимости тѣхъ или иныхъ мѣръ. Но есть случаи другіе, гораздо болѣе простые, когда нарушеніе частнаго права *совпадаетъ* съ нарушеніемъ со стороны власти публичнаго права,—и таковъ былъ именно Кишиневскій случай. Здѣсь не могло быть и рѣчи объ особливыхъ соображеніяхъ государственныхъ, оправдывающихъ бездѣйствіе власти. Соображенія государственныйя требовали того же, чего требовали и частные интересы. И тѣ, и другіе взывали къ энергіи власти на борьбу съ порвавшею всѣ узы антиобщественною стихією. И потому суду *здѣсь* оставалось только одно: произвести техническую провѣрку, не затемняя своего горизонта никакими соображеніями „политики“; ему оставалось рѣшить, могъ или не могъ губернаторъ, при наличности тѣхъ силъ, которыми онъ располагалъ, подавить волненіе. И интересъ государственный въ широкомъ смыслѣ отъ такого простаго отношенія суда къ своей непосредственной обязанности, конечно, только бы выигралъ.

Оставимъ однако въ сторонѣ этотъ случай особой, специфической элементарности государственнаго интереса, какой имѣлъ мѣсто въ Кишиневскомъ дѣлѣ. Допустимъ, что и здѣсь государственныйя соображенія могли идти самостоятельно, не въ униссонъ съ частнымъ интересомъ потерпѣвшихъ. И поставимъ вопросъ общѣе: дѣйствительно ли та смѣшанная судебная инстанція, которая призвана разрѣшать споры объ убыткахъ отъ дѣйствій должностныхъ лицъ, не облечена правомъ судить о мѣрѣ *государственной* необходимости этихъ дѣйствій и упущеній во *всѣхъ* случаяхъ, независимо отъ большей или меньшей прозрачности этого интереса?

Когда писались судебные уставы, возникало предположение о передачѣ всѣхъ дѣлъ объ отвѣтственности должностныхъ лицъ въ вѣдѣніе суда, безъ всякаго участія администраціи. Эта мысль была отвергнута, и въ составъ судебной коллегіи введены представители административной власти. Въ особомъ мнѣніи, отстаивавшемъ эту мысль и принятомъ затѣмъ къ руководству при окончательной редакціи уставовъ, говорилось:

„Когда по поводу дѣйствій административныхъ властей, возникаетъ сомнѣніе о правѣ и противодѣйствіе частнаго лица административной власти или обратно—поставить судъ, безъ содѣйствія административной власти, единственнымъ истолкователемъ закона значило бы фактически поставить судъ выше всѣхъ властей въ государствѣ“.

„Во многихъ случаяхъ судъ былъ бы не способенъ поставить себя на мѣсто администраціи и *опредѣлитъ нормальный характеръ ея дѣятельности* при тѣхъ условіяхъ, при которыхъ она дѣйствовала: не въ состояніи былъ бы возстановить всю фактическую обстановку данной минуты, въ которую дѣйствовало или можетъ дѣйствовать административное лицо; не въ состояніи былъ бы усвоить себѣ тотъ процессъ *усмотрѣнія*, которымъ, по характеру администраціи, опредѣляется иногда дѣятельность ея органовъ“.

Слѣдовательно, ни критика „усмотрѣнія“, ни сужденіе о „возможныхъ“ дѣйствіяхъ должностнаго лица не изъемяются—даже съ точки зрѣнія защитниковъ администраціи—изъ вѣдѣнія суда; суду только должно быть оказано содѣйствіе присоединеніемъ къ нему представителей административной власти.

„Конечно—говорится далѣе въ томъ же мнѣніи—въ высшей степени необходимо, чтобы частному лицу была управа на должностное лицо, была возможность искать убытки отъ неправильныхъ дѣйствій должностнаго лица.“

Но здѣсь прежде всего слѣдуетъ разрѣшить вопросъ: какъ это устроить, не нарушая высшихъ государственныхъ интересовъ.

„Нельзя никого лишать возможности защищать свои права; но не всѣ права одинаковы... При столкновении между частнымъ лицомъ, съ его интересомъ, и между должностнымъ лицомъ, дѣйствующимъ во имя интереса государственнаго или общественной пользы, нельзя сказать, что должностное лицо непременно отвѣтствуетъ имуществомъ за каждое нарушение интересовъ частнаго лица. Надо рѣшить: *въ границахъ ли своего права дѣйствовало должностное лицо относительно интересовъ частнаго лица...* Рѣшеніе этого вопроса нельзя предоставить *одному суду*: ибо судъ сдѣлается въ этомъ случаѣ господствующею властью. *Поэтому въ рѣшеніи этихъ вопросовъ администрація должна имѣть свой голосъ*“.

Забота о государственномъ интересѣ, о возможныхъ государственныхъ соображеніяхъ стояла такимъ образомъ въ очень опредѣленныхъ очертаніяхъ передъ творцами уставовъ, и введеніе администраціи въ составъ судящей коллегіи было той жертвою, которая, въ ущербъ полной самостоятельности суда, была принесена на алтарь государственныхъ соображеній: большой дани имъ дано не было, — до самоотреченія составители судебныхъ уставовъ не доходили.

Уступая изложенному „мнѣнію“, составители уставовъ при окончательномъ ихъ обсужденіи также приняты на видъ, что предоставленіе разбора исковъ этого рода исключительно вѣдѣнію судебной власти могло бы имѣть послѣдствіемъ, между прочимъ, „не всегда вѣрное разрѣшеніе дѣлъ по искамъ, *вслѣдствіе невярнаго пониманія обязанностей того или другаго должностнаго лица*. Поэтому... при разсмотрѣніи дѣлъ по этимъ искамъ во всѣхъ судебныхъ инстанціяхъ составляются смѣшанныя присутствія изъ членовъ суда и представителей администраціи“.

Но вводя административный элементъ въ составъ коллегіи, составители уставовъ тутъ же очень ярко очерчиваютъ высокую роль суда, какъ такового, въ охранѣ частнаго права противъ произвола администраціи.

„Не подлежитъ сомнѣнію, что обязанности чиновъ администраціи весьма сложны, что дѣйствія сихъ чиновъ бываютъ весьма часто принудительныя, и что чины эти во многихъ случаяхъ находятся въ необходимости дѣйствовать не по одному указанію закона, а по инструкціи и даже по словесному приказанію своего начальства. Точно въ такой же мѣрѣ не подлежитъ сомнѣнію, что никакое административное начальство не имѣетъ права давать подчиненнымъ ему лицамъ инструкціи или словесныя приказанія на совершеніе дѣйствій, не дозволенныхъ закономъ или причиняющихъ частному лицу вредъ и убытки. Посему, для того, чтобы всякое должностное лицо административнаго вѣдомства дѣйствовало въ предѣлахъ законности и не только само не дѣлало бы распоряженій противозаконныхъ, но и не уполномочивало бы подчиненныя себѣ лица на распоряженія, въ чемъ либо нарушающія права частныхъ лицъ, необходимо, чтобы всѣ распоряженія чиновъ администраціи подлежали разсмотрѣнію, въ случаѣ принесенія на нихъ жалобы со стороны тѣхъ, чьи права тѣми распоряженіями нарушаются. Чтобы такое разсмотрѣніе было безпристрастно и привело къ справедливому разрѣшенію, необходимо предоставить оное не самому административному начальству, по предписанію или инструкціи котораго дѣйствовало административное лицо, и которое поэтому не можетъ быть судьей въ своемъ дѣлѣ, а суду и притомъ суду въ особомъ присутствіи, въ которомъ бы кромѣ чиновъ судебныхъ участвовали и чины администраціи, для того, чтобы обсужденіе распоряженія административнаго лица могло происходить и съ полнымъ безпристрастіемъ при уравнительномъ

участіи элементовъ судебнаго и административнаго, и съ полнымъ знаніемъ свойства сдѣланнаго административнымъ лицомъ распоряженія. Только при установленіи означеннаго порядка можно надѣяться, что частныя лица будутъ ограждены отъ нарушенія ихъ гражданскихъ правъ, а административныя власти будутъ дѣйствовать въ предѣлахъ законности, отъ чего администрація не только не уронитъ своего значенія въ глазахъ общества и не упадетъ, но, напротивъ, возвысится потому, что отъ нея будетъ устранено всякое обвиненіе въ произволѣ“.

Вотъ какъ разрѣшался нѣкогда вопросъ о томъ, можетъ ли инстанція, составленная для сужденія о винѣ представителя власти, судить о „возрѣніяхъ на пригодность тѣхъ или иныхъ средствъ“,—можетъ ли она взвѣшивать государственные мотивы бездѣйствія или чрезмѣрнаго дѣйствія власти. О томъ, чтобы, и при административномъ подспорьѣ, компетенція суда оказалась недостаточною, не смѣли думать даже тѣ, кто стремился къ ограниченію власти суда. Тѣмъ менѣе объ этомъ думали юные душой созидатели новаго суда. Они вѣрили—и не только вѣрили, а твердо знали, что въ благоустроенной странѣ даже необходимое административное усмотрѣніе имѣетъ все же твердые, осязаемые устои, и что критика всякаго усмотрѣнія *ex post*, съ точки зрѣнія разумности и необходимости, всегда возможна; такая критика возможна для судей вообще, а для судей съ участіемъ свѣдущихъ въ административной дѣятельности лицъ въ особенности. А главное, составители уставовъ вѣрили и твердо знали одно: что самымъ крѣпкимъ и основнымъ устоемъ общества является законъ; а все прочее—и особливья условія момента, и усмотрѣніе власти—все это только исключенія; и умѣстность допущенія такого исключенія, полагали они, всегда можетъ и должна быть провѣряема тѣмъ органомъ, которому вообще

довѣряется охрана драгоцѣннѣйшихъ общественныхъ благъ, т. е. судомъ. Была вѣра въ законъ, была вѣра и въ судъ. Но эта вѣра, повидимому, съ годами стала исчезать изъ сердецъ самихъ же судей, призванныхъ примѣнять законъ. И нынѣ судьи, даже опираясь на компетенцію возсѣдающихъ съ ними представителей власти, съ опасливостью озираются и не берутъ на себя смѣлости рѣшать вопросъ о явномъ нарушеніи закона, такъ какъ за нимъ можетъ стоять импонирующій имъ съ недоступной высоты „государственный интересъ“.

Такъ испепеливаются незамѣтно великіе принципы даже въ рукахъ добросовѣстныхъ исполнителей, когда нѣтъ кругомъ возбужденія, поддерживающаго вѣчный огонь.

VI. ЧИНЩЕВОЕ ПРАВО.

Два раза на протяжении одного года пришлось сенату рѣшать вопросы изъ области чинщевского права. И оба раза вопросы, съ виду спеціальные, вызывали въ сенатѣ особое оживленіе. Оживленіе это отразилось даже въ печати; по одному изъ дѣлъ (Хасина) товарищ оберъ-прокурора напечаталъ свое заключеніе, съ которымъ сенатъ не согласился, въ видѣ газетной статьи ¹⁾; разногласія въ лонѣ сената переданы такимъ образомъ на судъ общественный—фактъ, у насъ не совсѣмъ обычный. Въ статьѣ Н. А. Зачинскаго цитируются, далѣе, двѣ записки двухъ другихъ товарищей оберъ-прокурора по другому дѣлу,—записки, въ которыхъ съ большою обстоятельностью и горячностью отстаивались два діаметрально противоположныя воззрѣнія на природу чинщевского права. Въ то же самое время тѣмъ же вопросомъ о чинщевомъ правѣ былъ занятъ и государственный совѣтъ. Мало того: заинтересованный взглядомъ сената, государственный совѣтъ откладывалъ сужденія свои именно въ виду ожидавшагося разрѣшенія сенатомъ спорнаго вопроса. Но когда рѣшеніе состоялось, государственный совѣтъ съ воззрѣніями сената рѣзко разошелся.

Чѣмъ объяснить и это волненіе, и разногласія, и пылъ полемики въ вопросѣ, казалось-бы, столь мало живучемъ, обросшемъ уже плѣсенью вѣковъ?

¹⁾ См. „Судебное Обзорніе“ №№ 14 и 15 за 1904 годъ, статья Н. А. Зачинскаго: „Что такое чинщевое право?“

Отвѣтъ на этотъ вопросъ лежитъ глубже, чѣмъ на первый взглядъ могло-бы казаться. И чтобы обрѣсти его, нужно, какъ это ни скучно, разворошить самую плѣсень вѣковъ.

Чиншевое право—продуктъ для насъ чужеземный. Оно зародилось, подъ именемъ эмфитевзиса, на римской почвѣ. Умирающая римская имперія родила на свѣтъ нѣсколько недоразвитыхъ твореній. Создавшіяся вновь экономическія условія вызывали необходимость перестройки старыхъ гражданскихъ институтовъ, и юриспруденція по традиціи шла на встрѣчу нарождающимся потребностямъ. Но то была уже не старая римская юриспруденція—абстрактная и вмѣстѣ съ тѣмъ пластичная, сильная въ созиданіи новыхъ формъ. Эта новая юриспруденція ограничивалась комбинированіемъ старыхъ формъ, уснащая ихъ иногда случайными временными привѣсками.

Однимъ изъ такихъ твореній умирающей римской юриспруденціи явился эмфитевзисъ. Латифундіальное хозяйство вызвало необходимость раздачи земель для обработки по мелкимъ участкамъ; фактическая связь собственника съ землею порывалась, право собственности въ старой квинтильской формѣ теряло ясныя очертанія. Призрачный характеръ концентрированной въ рукахъ немногихъ земельной собственности естественно искалъ своего выраженія въ правѣ. Но дряблая юриспруденція смогла отвѣтить на эту потребность только дряблымъ, гебридообразнымъ опредѣленіемъ, вылившимся въ извѣстную конституцію императора Зенона, согласно коей эмфитевзисъ не есть ни отчужденіе, ни продажа, но нѣчто третье (*ius emphyteuticarium neque conductionis neque alienationis est titulis adiacendum, sed hoc jus tertium est constitutum. l. 1 Cod. IV, 46*).

Въ такомъ видѣ институтъ передать затѣмъ въ наслѣдіе феодальному строю. Здѣсь онъ столкнулся съ формами, съ виду близкими ему, но въ существѣ инородными, въ

большей мѣрѣ политическими, чѣмъ цивильными—съ безчисленными разновидностями поземельныхъ отношеній, покоящихся на принципѣ: „*nulle terre sans seigneur*“. Сходство вѣдшихъ примѣтъ сблизило институты въ глазахъ юристовъ; та степень обобщенности, которою обладало римское построеніе, казалась достаточною для того, чтобы имъ прикрыть пестрыя средневѣковыя отношенія, и огромная масса отношеній съ разнородными мѣстными названіями и опредѣленіями перешли въ языкъ грамотъ въ общей римской оболочкѣ, подъ названіемъ *jus emphyteuticarium*. Средневѣковыя поземельныя отношенія вытекали изъ взгляда на земельную собственность, какъ на политическую привилегію господствующаго класса. Въ видахъ сохраненія политической власти, сохранялся при раздачѣ земель видимый признакъ зависимости владѣльца отъ суверена—чиншъ, напередъ фиксированная ежегодная сумма, уплачиваемая „верховному владѣльцу“. Уплата чинша имѣла, по словамъ историка эмфитевзиса, „*plutôt le caractère d'un impôt que d'un revenu et était même plus honorifique que fiscale*“ (Pépin le Haleur, Histoire de l'emphythéose, p. 246). Въ такомъ видѣ чиншевое владѣніе сохранилось и въ самомъ крупномъ изъ пріютившихъ его законодательныхъ актовъ—въ прусскомъ Ландрехтѣ, поясняющемъ, со свойственною ему методичностью, что чиншъ уплачивается „не въ возмѣщеніе выгодъ, а лишь въ доказательство признанія правъ верховной собственности“ (Der Erbzins wird nicht zur Vergeltung der Nutzungen, sondern vielmehr zum Anerkenntnisse des Obereigenthums entrichtet—ч. I, разд. 18, §. 747). Самое понятіе „верховой“ и „подчиненной“ собственности (Ober- und Untereigenthum) явилось данью со стороны глоссаторовъ тѣмъ новымъ налетамъ, которое облегчили и видоизмѣнили римскій эмфитевзисъ, бывшій и отъ роду уже, какъ мы знаемъ, чѣмъ-то „третьимъ“, въ готовые рамки римскаго права не укладывающимся.

Эта пестрая картина поземельныхъ отношеній, облеченныхъ не слишкомъ искусно въ римскія одежды, но обнаруживающихъ въ существѣ своемъ средневѣковую связанность личности, зависимость имущественной сферы отъ политическаго элемента, предстала на судъ исторіи, вмѣстѣ со всѣми пережитками средневѣковья; въ концѣ XVIII вѣка.

Эмансипація личности была тѣсно связана съ эмансипаціею собственности—при томъ собственности въ римской ея концепціи: ибо иной, болѣе соответствующей накопившемуся вѣковому опыту, но гарантирующей свободу личности, человѣчество не успѣло еще выработать. Аксиомой стало, что внѣ собственности и опредѣленныхъ видовъ временнаго, срочнаго владѣнія, государство никакого иного отношенія къ землѣ терпѣть не будетъ; что область вѣчныхъ правъ ограничена и не можетъ быть произвольно расширяема. Всякія отношенія, безсрочно связывающія лицо собственника съ лицомъ владѣльца, были осуждены.

Въ видѣ ли опредѣленныхъ законодательныхъ нормъ (какъ во Франціи и въ странахъ французской рецепціи), или въ видѣ *communis opinio* цивилизованнаго міра, эти принципы составили лозунгъ юридической мысли въ теченіе всего XIX вѣка. Уничтожить отношенія, накопившіяся вѣками, не удалось разомъ даже тамъ, гдѣ ликвидація ихъ производилась при пламени костровъ—во Франціи; но напоръ всего вѣка шелъ сознательно въ сторону эмансипаціи личности отъ оковъ средневѣковыхъ формъ; ликвидація ихъ тѣмъ или инымъ путемъ составляетъ программу всѣхъ почти современныхъ законодательствъ.

Онѣ воскресли въ ореолѣ святости только въ умахъ своеобразныхъ романтиковъ гражданскаго права. Тѣневныя стороны индивидуальной собственности въ римской ея концепціи, выступившія особенно рѣзко при усиленіи капита-

листического строя, не въ одной этой области вызвали воздыханія къ доброму старому патріархальному времени. Въ туманѣ вѣковъ выступали въ особенно заманчивомъ видѣ всѣ промежуточные, неопредѣленные состоянія; воскрешеніемъ ихъ думали и думаютъ еще прикрыть язвы индивидуальной собственности. Собственность, но не полная; владѣніе, но со всѣми практическими атрибутами собственности; землепашецъ, обезпеченный землею, но подъ отеческимъ покровительствомъ суверена—все это такъ хорошо и просто устраиваетъ жизнь и такъ элементарно отбываетъ съ пути все, что препятствуетъ блаженству человѣка на землѣ...

Столкновеніе смѣлой, съ ясными чертами, освободительной программы, вѣрующей въ будущее и отыскивающей новыя средства для врачеванія новыхъ язвъ,—съ этой меланхолически воздыхающей къ прошлому, трусливою, цѣпляющейся за трупы и неспособною къ новому творчеству тенденціею—это столкновеніе и представляетъ особый интересъ въ затронутомъ нами вопросѣ.

Здоровая юридико-экономическая мысль, не дорожающая сумеречными перспективами, давно, гораздо ранѣе сантиментальныхъ поборниковъ старины, оцѣнила сложившіяся реально отношенія и безъ опаски, рѣшительно объявила чиншевика, вложившаго свой потъ и кровь въ землю, истиннымъ собственникомъ земли, давъ ему и права и средства единовременно откупиться отъ вѣчной связанности съ номинальнымъ хозяиномъ. Отсюда законы о выкупѣ, въ томъ числѣ и нашъ законъ 1886 года о выкупѣ сельскихъ чиншей въ западномъ краѣ. И именно потому, что она опредѣленно сознала реальное отношеніе, она провозгласила вмѣстѣ съ тѣмъ, что впредь всѣ ложныя прикрытія, осложняющія жизнь, должны отпасть, что чиншевому праву нѣтъ и не можетъ быть мѣста въ строѣ нашей жизни. Гдѣ его создали историческія условія, гдѣ санкціонировалъ за-

конъ, тамъ его слѣдуетъ ликвидировать, а гдѣ его не было, тамъ оно возникать не можетъ. Протестъ противъ дальнѣйшаго возникновенія чиншевыхъ отношеній есть коррелятивъ къ признанію существующихъ уже чиншевиковъ настоящими хозяевами земли. Кто отстаиваетъ полноту правъ чиншевика на землю, тотъ долженъ быть противникомъ чиншевого права, какъ института. Обратное явленіе можетъ быть только результатомъ недоразумѣнія или романтическаго увлеченія. Въ своихъ судебныхъ очеркахъ, изданныхъ подъ общимъ заглавіемъ: „Отчетъ судьи“, А. Л. Боровиковскій изложилъ, между прочимъ, со свойственной ему живостью и непосредственностью, впечатлѣнія, вынесенныя имъ изъ чиншевыхъ дѣлъ, и размышленія по поводу новаго въ то время закона 1886 года. Авторъ не скрываетъ, что даже въ качествѣ судьи, онъ питалъ болѣе горячія симпатіи къ чиншевикамъ, чѣмъ къ ихъ противникамъ. Чиншевикъ есть для него настоящій „житель земли“ (стр. 46); „чиншевику собственникъ обязанъ собственнымъ своимъ благосостояніемъ“ (стр. 16). „Установленный многіе десятки лѣтъ тому назадъ размѣръ чинша представляется почти всегда (курсивъ нашъ) до такой степени ничтожнымъ сравнительно съ современной цѣнностью земли, что нерѣдко говорить о платности чиншевого владѣнія можно только на смѣхъ; уплачиваемая чиншевикомъ копѣйка за цѣнность, которая должна бы выражаться рублями, представляется скорѣе символическимъ признаніемъ вотчиннаго господства (курсивъ нашъ), чѣмъ платою за пользованіе землею“. И тѣмъ не менѣе радикальность реформы (упраздненіе чиншевыхъ отношеній) вызываетъ въ А. Л. Боровиковскомъ искреннее удивленіе (стр. 79 и сл.). Ему и вѣрить не хочется, чтобы дѣйствительно „чиншевой институтъ былъ признанъ нетерпимымъ, какъ нѣчто противное правильному юридическому быту“. Онъ склоненъ думать, что „осуждена лишь неопре-

дѣленность чиншевыхъ отношеній“, и потому „думалъ бы, что всю реформу можно бы ограничить лишь упорядоченіемъ отношеній, не задаваясь современнымъ ихъ искорененіемъ“.

Отчего? спрашивается. Ради чего сохранять символическое вотчинное господство того, кто никакихъ заслугъ передъ землею не имѣетъ, ради чего сохранять вѣчно-зависимое положеніе того, кто есть „житель этой земли“, въ рукахъ кого она только и является источникомъ благосостоянія? А. Л. Боровиковскій признаетъ чиншевыя отношенія только „неупорядоченными“ и для упорядоченія ихъ рекомендуетъ особую мѣру: „установленіе круговой поруки чиншевикомъ города или мѣстечка передъ вотчинникомъ“ (стр. 81). Эта мѣра чрезвычайно характерна: она ярче всякихъ доводовъ обрисовываетъ тотъ укладъ жизни, съ которымъ связывается сохраненіе и дальнѣйшее распространеніе чиншевого института. Одна цѣль—символическая, но вѣчная—должна связывать чиншевика съ сувереномъ; другая—тоже вѣчная, но еще не извѣданной символичности—должна связать чиншевика съ создаваемою вновь чиншевою общиною.

Безъ круговой поруки, но съ сохраненіемъ всѣхъ прочихъ атрибутовъ чиншевого права, вводится чиншевой институтъ и новымъ проектомъ нашего уложенія. Сознаюсь, это былъ для меня величайшій сюрпризъ въ проектѣ. Общественныя тенденціи составителей проекта довольно ярко и симпатично опредѣлились въ уничтоженіи разныхъ обветшалыхъ формъ нашего строя; тѣмъ болѣе поражаетъ сохраненіе и даже распространеніе этого пережитка, негодность котораго признана и у насъ уже 20 лѣтъ назадъ.

Проектъ имѣетъ для введенія чиншевого права особую экономическую, скроенную, однако, по весьма маленькому аршину, теорію. Проектъ полагаетъ, что созданиемъ въ Им-

перии (гдѣ его не было) чиншевого института дано будетъ маленькому человѣку приложить свой трудъ, а капиталисту использовать свой капиталъ, помѣщенный въ землѣ. Капиталистъ будетъ спокойно сидѣть и вѣчно получать разъ навсегда опредѣленный чиншъ, а „маленькій человѣкъ“, не затрачивая большихъ денегъ, будетъ платить вѣчно одну неизмѣнную, но маленькую сумму. „Вѣчность“, окаменѣлость этого образа какъ будто и не чувствуется составителями проекта, — она ихъ отнюдь не шокируетъ. Они не замѣчаютъ также, что средства обезпечить капиталиста берутся ими изъ весьма стараго арсенала; что въ XIX вѣкѣ, а въ XX и подавно, маленькую ежегодную сумму отъ большого капитала стало возможно получать нѣсколько болѣе живымъ, гибкимъ, хотя столь же, если не болѣе, спокойнымъ и прочнымъ путемъ: учрежденіемъ акціонерныхъ обществъ, помѣщеніемъ капиталовъ въ акціяхъ или облигаціяхъ земельныхъ банковъ, да и въ иныхъ предпріятіяхъ, имѣющихъ общественную организацію. Они не замѣчаютъ, что и маленький человѣкъ при помощи маленькихъ ежегодныхъ суммъ можетъ нынѣ самъ стать полнымъ собственникомъ земли: достаточно ему одновременно съ покупкою земли прибѣгнуть къ помощи ипотечнаго банка. И разница получится только та, что капиталистъ при этой системѣ не свяжетъ своей судьбы съ клочкомъ земли, въ сущности уже ему чуждымъ, а отдавъ свой капиталъ въ общественное предпріятіе, будетъ получать отъ него свой чиншъ прочно организованными, одинаковыми для всѣхъ, путями. И маленький человѣкъ также, не получая ничего отъ отеческихъ щедротъ суверена, будетъ вносить свой чиншъ учрежденію, которое ни въ какой иной точкѣ въ соприкосновеніе съ нимъ не придетъ, а со временемъ маленький человѣкъ и отъ учрежденія эмансипируется и станетъ самъ въ нѣкоторомъ родѣ „капиталистомъ“. Все

это, пожалуй, не так экономически элементарно и эстетически заманчиво, как образъ съ патриархальнымъ барномъ наверху и маленькимъ человекомъ внизу, но право же прочнѣе и надежнѣе.

Таковы проблемы, которыя жизнь ставитъ на разрѣшеніе въ области чиншевого права—и ставить не только законодателью, но и судья. Ибо при отсутствіи всякихъ законодательныхъ и даже обязательныхъ обычноправовыхъ нормъ, судья приходится по каждому частному вопросу обращаться къ „духу“ института и „къ духу“ прочаго дѣйствующаго законодательства, разсуждать въ общемъ видѣ о сущности института и тенденціи законодательства. Въ такомъ общемъ видѣ предсталъ вопросъ и передъ сенатомъ въ двухъ дѣлахъ, о которыхъ рѣчь шла выше. Въ одномъ изъ нихъ ставился вопросъ о томъ, можно ли санкціонировать зачатки чиншевого права въ Имперіи, внѣ предѣловъ тѣхъ областей, въ которыхъ чиншевое право развилось исторически и пользовалось защитой закона. Сенатъ отвѣтилъ отрицательно, и—послѣ всего сказаннаго выше—намъ не приходится указывать, что мы этому рѣшенію отъ души сочувствуемъ. Противоположную теорію — ту самую, которую провозглашалъ А. Л. Боровиковскій, проводилъ въ сенатѣ товарищъ оберъ-прокурора Н. А. Зачинскій, и отклоненіе его доводовъ, очень живо и умѣло сгруппированныхъ въ заключеніи, даетъ право утверждать, что рѣшеніе сената состоялось при полномъ вниманіи ко всѣмъ возможнымъ возраженіямъ.

Во второмъ дѣлѣ (напечатанномъ въ сборникѣ за 1904 г. подъ № 90) непосредственно предложенный на обсужденіе сената вопросъ имѣлъ характеръ, съ виду болѣе спеціальнѣй.

Дѣло касалось чиншей въ Варшавѣ. Мало кому извѣстно, что Варшава, первоклассный городъ, насчитывающій свыше 700 тысячъ населенія, построена, если не ошибаемся,

въ $\frac{3}{2}$ частяхъ на чиншевой землѣ. Огромныя, оцѣниваемыя въ сотни тысячъ и даже миллионы рублей, постройки, возведены на землѣ, принадлежащей не собственнику, а постороннему лицу, учрежденію или, чаще всего, казнѣ—съ тѣмъ, что „собственникъ“ земли получаетъ отъ „владѣльца“, т. е. отъ собственника постройки, извѣстный, весьма мизерный по размѣрамъ, чиншъ. Это монструальное отношеніе не могло не обратить на себя вниманія законодателя. Законами 1869, а затѣмъ 1870 и 1877 г.г. варшавскимъ чиншевикамъ предоставлено было право выкупа казенныхъ чиншевыхъ участковъ, и опредѣленъ размѣръ суммы выкупа, сообразно размѣру чинша. Горожане успѣли выкупать свои земли, но этотъ наплывъ требованій, при низкой чиншевой платѣ, съ которой соразмѣрялась цѣна выкупа, оказался невыгоднымъ для казны, и потому дѣйствіе законовъ 1869, 1870 и 1877 г.г. было приостановлено. Приостановленіе это имѣло довольно своеобразное послѣдствіе. Въ большинствѣ договоровъ съ чиншевиками (т. н. консенсахъ) имѣлась оговорка о правѣ владѣльца повышать чиншъ при измѣнившихся обстоятельствахъ. Казна, добившись приостановленія дѣйствія законовъ о выкупѣ, успѣла воспользоваться этимъ закономъ и повысила чинши, для того чтобы, при возобновленіи дѣйствія закона, имѣть болѣе выгодный коэффициентъ при исчисленіи размѣра выкупа. Повышеніе это происходило въ размѣрахъ, вызывающихъ по истинѣ удивленіе. Въ случаѣ, разсмотрѣнномъ сенатомъ, чиншъ возвышался и ранѣе, и при томъ два раза: первоначальный трехрублевый чиншъ былъ повышенъ въ два приема всего до 6 руб. 30 коп. Но послѣ приостановленія дѣйствія законовъ о выкупѣ, казна разомъ увеличила чиншъ до 40 р., т. е. болѣе чѣмъ въ шесть разъ. „Чиншевики“ протестовали и стали обращаться въ судъ, доказывая, что чиншъ можетъ быть измѣняемъ только „сообразно измѣ-

нившимя обстоятельствамъ“, и что обстоятельства не настолько изменились, чтобы можно было увеличивать въ шесть (иногда въ десять и двадцать) разъ размѣръ чинша. Суду и было предложено рѣшить, каковы тѣ обстоятельства, отъ которыхъ зависитъ размѣръ чинша. Но для того, чтобы рѣшить этотъ вопросъ, судъ естественно долженъ былъ обратиться къ юридической квалификаціи чиншевого права. Надо было уложить чиншевое право въ рамки одной изъ регулируемыхъ закономъ категорій вещныхъ правъ, и примѣнить принципы этой категоріи. О точномъ подведеніи подъ существующія категоріи не могло быть, очевидно, и рѣчи; надо было потому найти только наиболѣе родственную, и судебная палата, руководясь совершенно здравымъ инстинктомъ, подвела чиншевое право, въ видахъ разрѣшенія спорнаго вопроса, подъ право собственности. Все остальное уже вытекло изъ этого основнаго положенія. Но именно около основнаго положенія и загорѣлись всѣ словесные и литературные споры въ сенатѣ и внѣ его.

Предложена была взамѣнъ квалификаціи палаты другая квалификація: чиншевое право уподоблялось договору аренды, и изъ этого уподобленія дѣлались частные выводы по спорному вопросу. Рѣшеніе сената и должно было остановиться на одной изъ двухъ теорій, ибо *tertium* было исключено, а надо было разъяснить палатѣ, какъ ей поступать. Но правительствующій сенатъ поступилъ чрезвычайно сдержанно: онъ не принялъ теоріи палаты, но и не высказался за аренду. Что же сдѣлалъ правительствующій сенатъ? Чему онъ уподобилъ чиншевое право, изъ какихъ общихъ положеній велѣлъ дѣлать частные выводы? Отвѣта на этотъ вопросъ тщетно искать въ рѣшеніи сената. Сенатъ весьма методически, съ ссылкой на букву мѣстныхъ узаконеній, критикуетъ возрѣніе палаты, поучая ее, что „ни въ

одномъ изъ сихъ узаконеній не сказано, будто чиншевое право есть право собственности, а, наоборотъ, по точному смыслу сихъ законовъ вѣчночиншевыя участки принадлежать на правѣ собственности городамъ, разнымъ учрежденіямъ и частнымъ лицамъ и состоятъ въ безсрочночиншевомъ владѣніи и пользованіи другихъ лицъ“. Но что изъ этого разъясненія должна извлечь слѣдующая палата, призванная перевершить дѣло, такъ и остается неяснымъ. Вопросъ продолжаетъ быть открытымъ въ большей мѣрѣ, чѣмъ то слѣдовало бы послѣ департаментскаго рѣшенія.

Рѣшеніе сената имѣетъ однако иное, симптоматическое значеніе: оно служитъ показателемъ тенденціи, въ глубокихъ источникахъ своихъ рѣзко несогласной съ той, которая руководила сенатомъ въ дѣлѣ Хасина. Соображенія сената прикрѣпляются къ буквѣ, безъ проникновенія въ смыслъ закона; они обнаруживаютъ склонность съузить объемъ правъ исконныхъ чиншевиковъ въ мѣстахъ, гдѣ институтъ возникъ и расцвѣлъ подъ покровительствомъ обычая и закона. Сенатъ такъ тщательно отворачивается отъ всякаго сближенія чиншевика съ собственникомъ, что, какова бы ни была положительная, въ рѣшеніи не обнаруженная, теорія сената относительно чиншевого права, вы чувствуете, что путь сената не ведетъ къ единственно разумному и справедливому законодательному рѣшенію вопроса—къ обязательной ликвидаціи чиншевыхъ отношеній путемъ выкупа.

Особенно отрадно потому отмѣтить, что государственный совѣтъ, дожидавшійся долго рѣшенія сената, не пошелъ—однако по пути, намѣченному сенатомъ, и еще разъ провозгласилъ принципъ обязательной ликвидаціи: распубликованнымъ 30 апрѣля 1904 года Высочайше утвержденнымъ мнѣніемъ государственнаго совѣта восстановлено дѣйствіе закона о выкупѣ казенныхъ чиншей въ Варшавѣ.

ЗАМѢТКИ ПО КОНКУРСНОМУ ПРАВУ.

Сужденіе о свойствѣ несостоятельности при оплатности должника.—Иски къ конкурсу о „безспорности“ претензій.

1.

Можно ли приступать къ сужденію о свойствѣ несостоятельности, коль скоро дознано, что неоплатности на лицо нѣтъ?

Для разрѣшенія этого вопроса необходимо обратиться къ постановленіямъ закона объ условіяхъ объявленія несостоятельности, о задачахъ конкурснаго производства и о существѣ того состоянія неоплатности, которое подвергаетъ должника наказанію какъ въ томъ случаѣ, когда оно соединено съ умысломъ и подлогомъ, такъ и въ томъ, когда оно явилось слѣдствіемъ простой неосторожности.

Согласно 479 ст. Уст. Суд. Торг., „несостоятельностью признается такое дѣль положеніе, что (должникъ) не только не имѣетъ наличныхъ денегъ на удовлетвореніе въ срокъ своихъ долговъ въ важныхъ суммахъ, болѣе 1500 рублей, но и есть признаки, по коимъ заключить можно, что долги его неоплатны, т. е. что всего имущества его для полной ихъ уплаты будетъ недостаточно“.

Такими признаками, „по коимъ заключить можно, что имущества будетъ недостаточно“, служатъ, согласно 497 статьѣ, или собственное признаніе должника или состояніе его имущества и лица. На основаніи этихъ „признаковъ неоплатности“ (ст. 502) судъ объявляетъ должника „несо-

стоятельнымъ“. Такимъ образомъ, мѣра, именуемая „объявленіемъ несостоятельности“, принимается въ виду вѣроятности наступленія извѣстнаго событія, которое можетъ, конечно, наступить или не наступить, а не въ виду окончательно опредѣлившася факта, подлежащаго, какъ таковой, репрессіи,—какъ то установлено, на примѣръ, конкурснымъ уставомъ Германской Имперіи, гдѣ одна *неспособность уплатить долгъ, недостаточность наличности*—безъ всякаго отношенія къ вѣроятности покрытія сполна всѣхъ долговъ имуществомъ должника—исчерпываетъ собою весь составъ дѣянія и, какъ таковая, подлежитъ наказанію въ случаѣ осложненія ея злонамѣреннымъ умысломъ (Н. А. Туръ. Конкурсный Уставъ Германской Имперіи ст. 1 § 94 и ч. IV стр. 122).

Въ полномъ согласіи съ изложеннымъ, статья 502 Уст. Суд. Торг. обязываетъ судъ провѣрять „достоверность“ признаковъ несостоятельности и объявлять должника несостоятельнымъ лишь тогда, когда признаки, по коимъ судъ заключаетъ, что имущества *будетъ* недостаточно, окажутся достоверными,—когда есть основаніе думать, что они на самомъ дѣлѣ оправдаются.

Затѣмъ, по объявленіи несостоятельности, учреждается конкурсное управленіе, и на него только возлагается—какъ гласитъ ст. 551—„приведеніе всего положенія должника въ окончательную извѣстность“.

Въ полномъ согласіи съ приведеннымъ взглядомъ и въ противоположность порядку, установленному иностранными законодательствами, законъ воспрещаетъ, не взирая на наличность признаковъ умысла и подлога, возбуждать уголовное преслѣдованіе противъ должника, объявленнаго несостоятельнымъ, до приведенія конкурсомъ положенія его въ окончательную извѣстность (ст. 14 Прилож. VIII къ ст. 1400 Прим. Уст. Гр. Суд.): объявленіе несостоятельности

имѣть въ виду только болѣе или менѣе достовѣрные признаки, — конкурсное производство призвано, признаки, по коимъ судъ заключилъ, что имущества будетъ недостаточно, провѣрить,—до окончанія такой провѣрки нѣтъ еще налицо самаго состоянія, которое, въ соединеніи съ умысломъ и подлогомъ, подлежитъ вѣдѣнію уголовного суда.

Далѣе, уголовное преслѣдованіе и связанное съ нимъ опредѣленіе свойства несостоятельности можетъ имѣть мѣсто, какъ гласитъ законъ, лишь „по окончаніи дѣла о несостоятельности“ (ст. 484), хотя признаки, по которымъ свойство несостоятельности опредѣляется, исчисленные въ самомъ законѣ (ст. 620 У. С. Т.), относятся всѣ къ моменту открытія несостоятельности. Очевидно, что, если бы одно объявленіе несостоятельности, безотносительно къ тому, окажется ли впоследствии дѣйствительная неоплатность или нѣтъ, были достаточны для возбужденія вопроса о неосторожности, умыслѣ или подлогѣ, то при несомнѣнности того положенія, что обстоятельства, рѣшающія вопросъ о неосторожности, умыслѣ или подлогѣ, относятся ко времени, предшествовавшему самому открытію несостоятельности—не было бы никакой необходимости отсрочивать возбужденіе уголовного преслѣдованія до „окончанія дѣла“ (ст. 484), при наличности явныхъ уликъ злостности. Отсрочка въ возбужденіи уголовного дѣла и постановка его въ зависимость отъ окончанія конкурснаго дѣла имѣютъ основаніе свое именно въ томъ, что до окончанія конкурснаго дѣла, состоящаго въ розысканіи имущества и долговъ несостоятельнаго и въ окончательномъ разрѣшеніи вопроса о наличности неоплатности (ст. 553—594), недостаетъ еще главной, самой существенной улики: не установлено, насколько дѣйствительно „всего имущества его для полной уплаты долговъ недоста-

точно“ (ст. 479). Наоборотъ, тамъ, гдѣ установленіе полной неоплатности не требуется, а достаточна „неспособность платить долги“ (Уставъ Германской Имперіи), гдѣ сужденіе о свойствѣ несостоятельности не есть сужденіе о „причинахъ упадка“, какъ у насъ, а о „причинахъ, вслѣдствіе которыхъ должникъ сдѣлался *неспособнымъ* платить долги“ (ст. 119 Устава Герм. Имп.), тамъ гражданская предсудимость не установлена, тамъ возбужденіе уголовного преслѣдованія не отсрочивается до окончанія дѣла, а допускается при самомъ открытіи несостоятельности.

Въ число обязанностей конкурснаго управленія (и общаго собранія кредиторовъ) законъ нашъ включаетъ производство оцѣнки имущества должника и составленіе примѣрнаго разчета удовлетворенія (ст.ст. 551, 611 и 615 Уст. Суд. Торг.). Составленіе такой оцѣнки и разчета имѣеть, очевидно, исключительной цѣлью „окончательное приведеніе въ извѣстность“ наличности неоплатности; никакой другой цѣли оно не удовлетворяетъ — ибо частичное, до полной реализаціи имущества, удовлетвореніе кредиторовъ (ст. 617) производится на основаніи соотношенія каждой отдѣльной претензіи къ общей суммѣ всѣхъ претензій — и совершенно независимо отъ „разчета удовлетворенія“, который, какъ сказано, имѣеть лишь цѣлью опредѣлить наличность или отсутствіе неоплатности. Составленіе оцѣнки и разчета удовлетворенія вовсе не требуется тамъ, гдѣ отсутствіе или наличность неоплатности никакого значенія не имѣють (Уст. Герман. Имперіи).

Въ соотвѣтствіи, наконецъ, со всѣмъ изложеннымъ, и карательный законъ въ той единственной статьѣ, которая опредѣляетъ составъ наказуемой несостоятельности (1166 ст. Улож. о Наказ.), требуетъ наличности заимодавцевъ, „не удовлетворенныхъ *вполнѣ*“. Относитъ этотъ признакъ исключительно къ злонамѣренной несостоятельности, о кото-

рой въ данномъ случаѣ говоритъ законъ, нѣтъ, очевидно, никакихъ разумныхъ основаній. Неосторожная несостоятельность отличается отъ злонамѣренной отсутствіемъ умысла, и подлога (ст. 482 Уст. Суд. Торг.); несчастная—отсутствіемъ не только умысла и подлога, но и вины (ст. 480). Во всемъ же прочемъ—въ томъ числѣ, въ опредѣленіи самой сущности несостоятельности,—установленные закономъ три вида несостоятельности другъ отъ друга нисколько не отличается, и указанный въ ст. 1166 Улож. о Нак. признакъ (наличность неудовлетворенныхъ вполнѣ займодавцевъ) относится въ одинаковой мѣрѣ ко всѣмъ видамъ несостоятельности.

При такомъ взглядѣ закона на существо несостоятельности, отсутствіе яснаго въ немъ указанія—при опредѣленіи трехъ видовъ несостоятельности (ст. 480—483 Уст. Суд. Торг.)—на дѣйствительную неоплатность, какъ на необходимый признакъ каждаго изъ этихъ видовъ, объясняется особенностью его кодификаціи. Сообразно съ движеніемъ конкурснаго производства, послѣ опредѣленій закона объ условіяхъ открытія несостоятельности, должны бы слѣдовать правила о порядкѣ производства дѣлъ въ конкурсахъ, а затѣмъ, въ числѣ правилъ объ окончательныхъ распоряженіяхъ общаго собранія кредиторовъ, должно бы находиться и опредѣленіе трехъ видовъ несостоятельности, къ одному изъ коихъ несостоятельность общимъ собраніемъ относится. Между тѣмъ, Уставъ Судопроизводства Торговаго не даетъ опредѣленія трехъ видовъ несостоятельности *по* окончаніи правилъ о конкурсномъ производствѣ, въ числѣ правилъ объ окончательныхъ распоряженіяхъ общаго собранія, а даетъ это опредѣленіе непосредственно послѣ первой статьи о признакахъ къ открытію несостоятельности, и именно послѣ той самой статьи, въ которой сказано, что для открытія несостоятельности требуются признаки, по коимъ

можно заключить, что „имущества будетъ недостаточно для полной уплаты долговъ“. Очевидно, что, опредѣливъ только-что, въ предыдущей статьѣ, то состояніе, предвидѣніе котораго заставляетъ принять по отношенію къ должнику указанную закономъ мѣру предосторожности (объявленіе несостоятельности), законодатель могъ не повторять этого опредѣленія во второй, третій и четвертый разъ въ статьяхъ, непосредственно за симъ слѣдующихъ (480, 482—483), ограничиваясь лишь исчисленіемъ для каждаго вида несостоятельности элементовъ, спеціально къ нему приводящихся—умысла и подлога, неосторожности, бѣдственныхъ условій—и оставляя для всѣхъ вообще видовъ несостоятельности общее опредѣленіе, указанное въ предыдущей, 479-й статьѣ.

Такимъ образомъ, законъ признаетъ несостоятельностью лишь такое состояніе, при которомъ всего имущества должника оказывается недостаточно для полной уплаты его долговъ,—а при такомъ опредѣленіи вмѣняемаго въ вину дѣянія, законъ не можетъ связывать никакихъ послѣдствій съ состояніемъ, при которомъ недостаточности имущества не оказывается; парализуя дѣйствія должника вслѣдствіе подозрѣнія въ неоплатности, судъ обязанъ освободить его съ того момента, какъ обнаружилась неосновательность этого подозрѣнія; съ этого момента ни конкурсу, ни кредитору не можетъ быть предоставлено болѣе право произносить сужденіе о поступкахъ должника—о свойствѣ неоказавшейся на лицо несостоятельности. Сужденіе о свойствахъ несостоятельности немислимо, послѣ того какъ обнаружилось отсутствіе неоплатности.

Закону нашему извѣстенъ одинъ видъ несостоятельности, условія возникновенія котораго служатъ лучшимъ подтвержденіемъ всему сказанному. Ст. 5 Прилож. къ 1238 ст. X т. I ч. (включенная и въ 3 п. 489 ст. Уст. Суд. Торг.), гласитъ: „Если наслѣдники (лица, производящаго

торговлю) по публикаціямъ въ срокъ не явятся.... то сіе почитается признакомъ торговой несостоятельности умершаго, и все его имѣніе поступаетъ въ распоряженіе конкурснаго управленія, на основаніи правилъ, изложенныхъ въ Уставѣ Судопр. Торговаго“, — а ст. 12 того же Приложенія поясняетъ, что изложенное правило *не* относится къ тому случаю, когда при смерти лица, производившаго торговлю, обнаружены обычные признаки несостоятельности, — къ каковому случаю примѣняются на общемъ основаніи правила Уст. Суд. Торг.

Такимъ образомъ, несостоятельность „объявляется“ и почитается даже, какъ то указываетъ 498 ст., объявленною „по собственному признанію“, — только потому, что должникъ умеръ безъ наслѣдниковъ, и некому расплачиваться съ его кредиторами. Ликвидация дѣлъ такого должника, очевидно, можетъ приводить часто къ тому, что всѣ долги его будутъ уплачены, и останется, за уплатою всѣхъ долговъ, свободное имущество, какъ то предусматриваетъ, впрочемъ, и законъ (ст. 6 Прилож.); и тѣмъ не менѣе, если предположить, что одно объявленіе несостоятельности влечетъ за собою неизбежно и сужденіе о свойствѣ несостоятельности, то пришлось бы заключить, что и по поводу такого, умершаго безъ наслѣдниковъ, лица законъ предписываетъ имѣть сужденіе о томъ, сопровождалось ли умысломъ, подлогомъ, неосторожностью или непредвидѣнными бѣдственными событіями то обстоятельство, вслѣдствіе котораго несостоятельность его объявлена, то-есть, — смерть при отсутствіи наслѣдниковъ. Несообразность такого положенія слишкомъ очевидна.

Все изложенное приводитъ къ заключенію, что по постановленіямъ дѣйствующаго закона несостоятельность открывается при наличности предположенія о грозящей кредиторамъ опасности: вслѣдствіе предполагаемой недостаточ-

ности имущества (ст. 479 Уст. Суд. Торг.), или вслѣдствіе отсутствія лица, къ которому могло бы быть обращено требованіе платежа (Прил. къ 1238 ст.). Такъ какъ для лица торговаго званія всякая неоплатность (за исключеніемъ чрезвычайныхъ бѣдственнымъ случаевъ) есть преступленіе, караемое уголовнымъ закономъ, то установленіе наличности достовѣрныхъ признаковъ неоплатности влечетъ за собою немедленно мѣру пресѣченія уклоненія отъ суда—заключеніе подъ стражу; къ лицамъ неторговаго званія, которыя подлежатъ уголовному суду только за злостную несостоятельность, мѣра пресѣченія примѣняется лишь при обнаруженіи уликъ злостности (ст. 17 Прилож. VIII къ 1400 ст. Прим. Уст. Гр. Суд.). Вмѣстѣ съ тѣмъ открывается въ особомъ порядкѣ дѣло о долгахъ несостоятельнаго, въ результатѣ коего можетъ оказаться либо, что предположенія суда о грозящей кредиторамъ опасности были справедливы, и лицо заподозрѣнное оказывается дѣйствительно неоплатнымъ,—либо что предположенія эти, заставившія въ свое время принять по отношенію къ несостоятельному мѣры предосторожности, оказались неосновательными. Въ послѣднемъ случаѣ производство о свойствѣ несостоятельности подлежитъ прекращенію: возбужденное по имѣвшимся уликамъ слѣдствіе, не приведшее къ обнаруженію состава преступленія, прекращается;—въ первомъ случаѣ наступаетъ моментъ для сужденія о причинахъ упадка лица, оказавшагося неоплатнымъ.

Такой порядокъ производства дѣлъ о несостоятельности можетъ быть признаваемъ удобнымъ или неудобнымъ, но онъ является единственнымъ основаннымъ на законѣ. Можно признавать желательнымъ, въ видахъ цѣлесообразности, въ видахъ упроченія кредита, измѣненіе этого порядка, установленіе на будущее время такой системы, при которой одна неспособность платить долги считалась бы банкротствомъ,—

при которой уголовное преслѣдованіе могло бы быть начато одновременно съ открытіемъ несостоятельности, не выжидая окончанія конкурснаго производства; только съ такимъ новымъ порядкомъ мирилась бы возможность сужденія о свойствѣ несостоятельности при отсутствіи неплатности.

Но установленіе такого новаго порядка, очевидно, не можетъ быть совершенно иначе, какъ въ порядкѣ законодательномъ: по силѣ *дѣйствующаго* закона такой порядокъ немислимъ.

2.

Судебная практика обнаруживаетъ значительную путаницу въ примѣненіи 602 ст. Уст. Суд. Торг. Законъ предоставляетъ кредитору; для доказательства своимъ правъ, обращаться съ „искомъ“ къ конкурсу,—но не опредѣляетъ точно характера этого иска. Сенатъ высказалъ попутно (рѣш. 1881 г. № 86), что кредиторъ можетъ или жаловаться на конкурсъ, или предъявить къ нему искъ „объ отнесеніи претензій къ долгамъ безспорнымъ и къ 1-му, 2-му или 4-му разряду“... Можно бы думать,—и такъ суды толкуютъ разъясненіе сената, — что искъ по 602 ст. тождественъ по содержанію съ жалобой на опредѣленіе конкурса, что искъ и жалоба могутъ имѣть одно основаніе—ссылку на неправильное примѣненіе конкурсомъ 581 ст., опредѣляющей признаки „безспорности“. Выводъ этотъ противорѣчитъ, однако, основной идеѣ закона.

Существуютъ два порядка защиты правъ на случай не-отнесенія конкурсомъ претензій къ числу безспорныхъ: частная жалоба и искъ. Для разграниченія этихъ двухъ порядковъ, какъ въ существѣ ихъ, такъ и въ формѣ, необходимо имѣть въ виду слѣдующее.

Конкурсному управленію, какъ установленному закономъ

хозяйну конкурсной массы, преподаны правила, по коимъ оно должно распредѣлять заявленные долги. При наличности опредѣленныхъ, подробно указанныхъ въ законѣ „документовъ, очевидныхъ и неопровергаемыхъ“ (581 ст.)—оно обязано признать данный долгъ (если только не заподозрить его въ безденежности)—безспорнымъ, подлежащимъ удовлетворенію; при отсутствіи такихъ документовъ, оно не вправе удовлетворять долгъ, и кредиторъ можетъ лишь на общемъ основаніи искать удовлетворенія по суду.

Долги, удовлетворяющіе признакамъ 581 ст., предписано конкурсному управленію считать по роду первыми; долги, лишенные признаковъ 581 ст., должны быть относимы къ второму и третьему роду.

Конкурсное управленіе можетъ, конечно, заблуждаться и отнести долгъ, основанный на документѣ очевидномъ и неопровергаемомъ, къ числу спорныхъ. Кредиторъ имѣетъ право такому опредѣленію не подчиниться, и высшая „блестительная“ инстанція можетъ, отмѣняя опредѣленіе конкурса, признать „безспорнымъ“ то, что отнесено было конкурсомъ къ долгамъ „спорнымъ“; она можетъ постановить и опредѣленіе объ „отнесеніи претензіи къ 1-му роду“.

Но если долгъ, по внѣшнимъ признакамъ правильно, въ полномъ согласіи съ 581 ст., исключенъ конкурсомъ изъ числа такихъ долговъ, которые конкурсъ можетъ удовлетворять безъ суда,—если правильность этого исключенія признана высшею инстанціею, или если самъ кредиторъ, „подчинился“, какъ выражается законъ (602 ст.), такому исключенію, то въ чемъ можетъ и должна состоять дальнѣйшая защита кредиторомъ заявленнаго имъ права? Можетъ ли кредиторъ требовать по суду—путемъ иска,—чтобы его претензія, безусловно неподходящая къ числу тѣхъ, которыя указаны въ 581 ст., т. е. къ 1-му роду, была по суду признана именно „относящеюся къ 1-му роду“?

Очевидно,—нѣтъ. Ст. 581 преподана въ руководство конкурсу, дѣйствующему въ порядкѣ управленія. Если возложенную на него функцію конкурсъ исполняетъ неправильно,—есть на него жалоба, и незачѣмъ подчиняться его дѣйствіямъ. Предполагается, что конкурсъ совмѣстно съ наблюдающими за нимъ инстанціями дѣйствуетъ правильно, и если онъ не относитъ претензіи къ 1-му роду, то дѣлаетъ это по основаніямъ законнымъ, не требующимъ никакого экстраординарнаго регулятива въ видѣ иска. Никто не утверждаетъ также—да и въ законѣ не указано,—чтобы судъ въ порядкѣ судебномъ имѣлъ право расширять рамки 581 ст. и включать въ нее то, чего не можетъ включать въ нее конкурсъ. Наконецъ, та функція, о которой говорится въ 581 ст., не соответствуетъ вовсе представленію о функціи суда, разбирающаго вопросъ о правѣ въ порядкѣ спорномъ. Для конкурса—для органа управленія—могутъ быть степени достовѣрности права, могутъ быть „роды“ претензій; для суда существуетъ лишь либо доказанное право, становящееся вслѣдствіе этого несомнѣннымъ, либо притязаніе, абсолютно несправедливое и потому рѣшительно отвергаемое. Судъ можетъ посему лишь отвѣтить на вопросъ: есть ли право или нѣтъ его; но не можетъ отвѣтить на вопросъ: каковъ родъ даннаго права, по степени его безспорности. Конкурсъ и блюстительныя надъ нимъ инстанціи могутъ отвѣтить: претензія безспорна, или она спорна. Судъ не можетъ сказать, что претензія „спорна“.

А если это такъ, то нельзя и обращаться къ суду съ просьбою о признаніи „безспорности.“ Ибо всякое исковое требованіе только тогда мыслимо, когда отклоненіе его обозначаетъ отрицаніе того положенія, которое въ просьбѣ содержится. И если допустить, что возможно искомъ требовать „признанія претензіи безспорною“, то отказъ въ такомъ искѣ обозначалъ бы, что судъ признаетъ претензію „не безспорною“—что очевидно

нелѣпно. Отказъ въ просьбѣ объ „отнесеніи претензіи къ 1-му роду“ былъ бы столь же нелѣпъ: онъ означалъ бы лишь, что судъ не относитъ претензіи къ 1-му роду, а относитъ ее либо къ 2-му, либо къ 3-му роду, что совершенно невозможно. Ясно и изъ существа установленнаго закономъ порядка и изъ тѣхъ послѣдствій, къ которымъ приводитъ противоположное толкованіе, что предметъ ходатайства въ частномъ порядкѣ долженъ быть совершенно отличенъ отъ предмета ходатайства въ порядкѣ исковомъ. Исковой порядокъ не установленъ для того, чтобы признавать что либо спорнымъ или безспорнымъ, а для того, чтобы рѣшать вопросъ о правѣ въ тѣхъ случаяхъ, когда конкурсъ *правильно* отказывается въ удовлетвореніи претензіи; частный порядокъ—для того, чтобы рѣшить вопросъ о наличности установленныхъ признаковъ безусловной *достоверности*, когда конкурсъ *неправильно* въ удовлетвореніи претензіи отказывается.

Въ послѣднемъ случаѣ жалоба обращается противъ конкурснаго управленія, въ первомъ—искъ относится не къ конкурсному управленію, дѣйствующему въ согласіи съ закономъ, а къ „лицу несостоятельнаго“ (ст. 223 Уст. Гражд. Суд.)—конкурсъ является лишь представителемъ несостоятельнаго. Искъ разрѣшаетъ вопросъ о правѣ и даетъ въ руки кредитора тотъ документъ противъ должника, на основаніи котораго его претензія, заявленная своевременно, хотя безъ представленія документа, вступаетъ затѣмъ въ списокъ долговъ безспорныхъ (8 п. 581 ст.). Не будучи стороною, повинною въ процессѣ, конкурсное управленіе по такимъ искамъ не обязано и платить судебныя издержки, въ качествѣ конкурса. Такое возложеніе издержекъ на конкурсъ явилось бы карою для конкурса—и слѣдовательно для остальныхъ кредиторовъ—за то лишь, что конкурсомъ въ точности исполнялся законъ. Едва ли приходится доказывать несообразность такого положенія.

Выводъ изъ сказаннаго ясенъ: искъ по претензи, отнесенной къ числу спорныхъ, есть искъ къ лицу несостоятельнаго; онъ подлежитъ разсмотрѣнiю по существу отыскиваемого права, а не по соображенiю правильности опредѣленiя конкурса и не по признакамъ, указаннымъ въ 581 ст.; онъ долженъ содержать просительный пунктъ, съ опредѣленнымъ указанiемъ того права, которое отыскивается; издержки по такому иску должны быть обращаемы на лицо несостоятельнаго (223 ст.) и обременять массу по соразмѣрности. Исковое требованiе о „безспорности“ или объ „отнесенiи къ роду“, направленное противъ конкурса, какъ нарушителя правъ истца, и основанное на неправильномъ истолкованiи конкурсомъ 581 ст. уст. суд. торг., должно быть отвергнуто, какъ ненадлежаще обращенное къ суду въ порядкѣ исковомъ.

ВЫКУПЪ АКЦИОНЕРНАГО ПРЕДПРІЯТІЯ ¹⁾.

Вопросъ о выкупѣ, о самомъ правѣ на выкупъ—разсматривается и въ кассационной жалобѣ, и въ кассационномъ рапортѣ, но онъ разрубленъ въ нихъ на мелкіе куски. Исторгнуты отдѣльныя фразы изъ договоровъ, изъ устава; изъ отдѣльныхъ буквъ составлены различныя комбинаціи, но не сдѣлано попытки объяснить ихъ со стороны внутренняго смысла—представить весь институтъ въ цѣльномъ, внутренне осмысленномъ видѣ.

Мы не отрицаемъ права города на выкупъ—эта исходная точка безспорна между нами, но мы расходимся тотчасъ за нею. Мы желаемъ отдать городу предпріятіе, но на справедливую цѣну; городъ желаетъ его взять, но на основаніи договора,—того перваго договора 1874 г. съ Гу-

¹⁾ Статья эта представляетъ собою рѣчь, произнесенную въ гражд. касс. департаментѣ сената по дѣлу о выкупѣ городомъ С.-Петербургомъ предпріятія 2-го Общества конно-желѣзныхъ дорогъ. Мы рѣшаемся помѣстить ее здѣсь, въ виду совершеннаго отсутствія въ нашей юридической литературѣ какихъ либо работъ, посвященныхъ затронутой въ ней темѣ. Для уясненія нѣкоторыхъ деталей рѣчи приводимъ краткое изложеніе обстоятельствъ дѣла.

Въ 1874 г. городъ С.-Петербургъ заключилъ съ Губоннымъ и Башмаковымъ контрактъ на устройство и эксплуатацію въ Петербургѣ сѣти конно-желѣзныхъ дорогъ. Срокъ концессіи назначенъ былъ 40-лѣтній, но согласно § 42 контракта, городу предоставлено было право досрочнаго выкупа предпріятія на условіяхъ уплаты Губонину и Башмакову ежегодныхъ, до окончанія срока концессіи (1914 г.), взносов въ размѣрѣ, равномъ средней доходности предпріятія за семь лѣтъ, предшествующихъ объявленію о выкупѣ. Въ 1876 г. предпріятіе было, съ согласія города, передано акціонерному обществу, а въ 1887 году акціонерное общество выпустило облигаціонный

боинимъ и Башмаковымъ. Мы утверждаемъ, что цѣна должна соответствовать дѣйствительной стоимости, что она должна быть установлена путемъ соревнованія при ликвидаціи, что городъ имѣетъ право только требовать отъ насъ этой ликвидаціи во всякое время—безъ всякихъ съ нашей стороны прегрѣшеній,—что онъ имѣетъ далѣе, и право преимущественной покупки.

Намъ на это отвѣчаютъ: да, эта система приобрѣтенія городомъ права на предпріятіе предусматрѣна, но она предусматрѣна для другого случая: для случая, когда общество проштрафится, когда оно трижды не подчинится распоряженіямъ, когда оно не пополнитъ залога. Но для даннаго случая, когда безъ вины со стороны общества требуютъ отъ него предпріятіе, для этого случая установленъ другой порядокъ. Мы въ правѣ—говорятъ—предложить вамъ ежегодные до конца концессіи платежи по средней доходности предпріятія за послѣднія 7 лѣтъ; даромъ, что мы можемъ переждать всѣ убыточные для васъ годы, когда вы цѣною неимоверныхъ усилій и затратъ создали основаніе для дальнѣйшаго развитія,—даромъ, что мы можемъ ихъ пере-

заемъ, условія коего были одобрены городомъ. Въ теченіе многихъ лѣтъ общество давало убытки, и только въ началѣ девяностыхъ годовъ дѣла его стали поправляться. Тогда то въ С.-Петербургской Городской Думѣ возбужденъ былъ вопросъ о выкупѣ городомъ предпріятія изъ расчета доходности за послѣднія 7 лѣтъ, и въ ноябрѣ 1894 года городская управа обратилась въ Правленіе общества съ предложеніемъ передать ей предпріятіе согласно 42 § контракта, за ежегодные срочные платежи въ 116811 руб. акціонерамъ и 363500 р. облигаціонерамъ. Общество отказалось подчиниться этому требованію, влѣдствіе чего городъ предъявилъ къ обществу искъ. С.-Петербургская судебная палата отказала въ искѣ. Нарѣшеніе палаты принесены были городомъ кассационная жалоба и вступившимъ въ дѣло Министерствомъ Внутреннихъ Дѣлъ—кассационный рапортъ. Дѣло слушалось въ засѣданіи департамента сената 17 марта 1899 г.; тогда и была произнесена, въ защиту интересовъ Общества, печатаемая выше рѣчь.

ждать для того, чтобы въ первый годъ, когда вы получите одну копѣйку прибыли на акцію, предложить вамъ раздѣлить эту одну копѣйку на 7 частей,—это все такъ, но условіе наше ясно: въ немъ сказано, что съ васъ слѣдуетъ именно фунтъ мяса,—именно платежи по доходности 7 послѣднихъ лѣтъ.

Почему же это однако такъ? Почему, когда мы провинимся, когда насъ нужно покарать, намъ даютъ справедливое вознагражденіе по реальной стоимости, и почему насъ лишаютъ его, когда мы безвинны? Отчего городу и въ первомъ случаѣ не выговорить себѣ, что въ случаѣ нашей вины онъ имѣетъ право также немедленно взять и выплачивать намъ доходъ, а не захотимъ взять, — тогда ликвидация, соревнованіе и преимущественная покупка за предложенную цѣну?

Возможно ли, чтобы въ одномъ и томъ же актѣ, въ одномъ проявленіи воли, въ которомъ должно царить извѣстное единство сознанія, были эти двѣ неравныя мѣрки, и притомъ, въ порядкѣ обратномъ самому естеству? — чтобы кара была слаще милости?

Отвѣта на этотъ вопросъ нѣтъ во всѣхъ четырехъ томахъ производства, между тѣмъ въ немъ, казалось бы, должно содержаться зерно истины.

Право выкупа концессіи есть право, несомнѣнно определенное относительно объекта,—вы можете установить и въ моментъ заключенія договора, *что* именно желаете выкупить, но не можете впредь опредѣлить *цѣны* выкупаемаго объекта. Тутъ все еще дѣло будущаго, тутъ все еще рискъ — предпріятіе, можетъ быть, будетъ стоить грошъ, а можетъ быть, милліонъ. Вы можете выкупить лѣтъ черезъ 15, а можете и черезъ 30. Вы должны назначить условія выкупа, но вы не можете—и въ этомъ весь узелъ вопроса, источникъ всѣхъ затрудненій—вы бессильны назначить опредѣ-

ленную цифру—не можете даже установить единовременной капитализации среднего дохода, ибо самый % капитализации есть величина неустойчивая: вчера была приблизительная норма 6, сегодня 5, а через 30 лѣтъ — 3 или 2. Какъ знать? Вы можете только сдѣлать одно изъ двухъ: во-первыхъ, предоставить опредѣленіе цѣны третьимъ лицамъ: вы обязываете себя и своего контрагента избрать нѣсколькихъ человекъ и имъ предоставить опредѣленіе цѣны. Но несовершенство этого способа очевидно. Вашъ контрагентъ не исполнитъ обязательства, и вы по общему началу можете съ него отыскивать убытки, но вы цѣны не добьетесь, — вы не добьетесь установленія этой цѣны и судомъ, ибо никакой судъ не въ правѣ устанавливаетъ цѣну. Это одинъ способъ. Но, чтобы оградить себя отъ произвола со стороны контрагента, вы можете заставить и заставляете его согласиться эвентуально и на другой способъ,—на уплату до истеченія срока повременныхъ платежей. Это способъ крайне обременительный для контрагента, ставящій его въ зависимость отъ вашего произвола, предполагающій необычайное къ вамъ довѣріе,—но неизбежный. Въ этихъ двухъ путяхъ нѣтъ выхода.

Отчего же, спрашивается, не третій? отчего не тотъ, болѣе справедливый, ликвидационный? Да оттого, что контрагентъ вашъ — живое, физическое лицо. Какая же ликвидация по отношенію къ Губонину, и Башмакову? Мы, частныя физическія лица, находимся подъ дѣйствіемъ общихъ законовъ о договорахъ—нѣтъ для насъ закона сепаратнаго, который обладалъ бы принудительною спеціально для этого случая силою. Нѣтъ и не можетъ быть ни ликвидационной комиссіи, ни самой ликвидации. И вотъ почему договоръ города съ Губонинымъ и Башмаковымъ не предусматриваетъ ее для выкупа, но онъ же и не предусматриваетъ ее на случай провинности, на случай непополненія залога. Въ этомъ случаѣ,

согласно § 24, все предприятие вмѣстѣ съ залогомъ „переходитъ въ собственность“ города. Можно полагать, что тутъ предполагалась простая конфискація, а не возмездный переходъ собственности; ибо залогъ, т. е. въ данныхъ условіяхъ деньги не покупаются, онѣ могутъ быть только конфискуемы. Впослѣдствіи городская управа, когда ее упрекали въ намѣреніи конфисковать предприятие за мелочь, разъясняла какъ-то, будто имѣлось въ виду и здѣсь кое что заплатить. Что дѣйствительно имѣлось въ виду, сказать трудно, но текстъ ясенъ, и я очень счастливъ, что непришлось судиться съ городомъ по этому тексту.... Какъ бы то ни было, за мзду или безъ оной, но система опредѣленія этой мзды здѣсь не установлена; нѣтъ, значитъ, ликвидаціи и на случай провинности.

Въ договорѣ есть, слѣдовательно, мысль ясная и простая, есть и извѣстная постепенность: при—выкупѣ тѣ способы, которые единственно возможны; въ случаѣ вины — конфискація или, если и выкупъ, то во всякомъ случаѣ не на условіяхъ болѣе льготныхъ, чѣмъ при отсутствіи вины. Тутъ нѣтъ противорѣчія. Самые способы расчета несовершенны, но они необходимы, они обусловлены свойствомъ контрагента!

Но вотъ черезъ два года совершается превращеніе: на мѣсто физическаго лица является новый, совершенно особый субъектъ права—юридическое лицо. Оно, это новое лицо, подчиняется дѣйствию особаго сепаратнаго закона. Велѣніемъ закона можетъ быть установленъ особый органъ, имѣющій власть принудительно сводить расчеты съ контрагентомъ; велѣніемъ того же особаго закона можетъ быть установлено, въ случаѣ медленности этого органа, право города вступить тотчасъ же, не выжидая опредѣленія цѣны, въ обладаніе предприятиемъ. Найдена квадратура круга, открытъ способъ оцѣнки — справедливой, принудительной и безостановочной. И этотъ способъ разомъ вос-

пріемлется обоими контрагентами, какъ самый разумный, самый желанный.

Ст. 19 даннаго впервые обществу устава гласить: „Въ случаѣ выкупа“, а также въ случаѣ истеченія срока акціи уничтожаются, а *владельцы ихъ удовлетворяются способомъ, указаннымъ въ §§ 80 и 81.*

А въ ст. 80 говорится именно о ликвидаціяхъ.

Значить, есть нѣчто, соответствующее первоначальному § 42 договора, есть новый способъ, которымъ удовлетворяются контрагенты въ случаѣ выкупа. На какомъ же основаніи утверждаютъ, что ст. 42 не отмѣнена?

Ст. 42 гласить, что есть выкупъ и такіе то способы удовлетворенія.

Ст. 19 устава оставляетъ выкупъ, но создаетъ иной способъ удовлетворенія.

Можно ли говорить о томъ, что способъ, указанный въ § 42, не отмѣненъ?

И невѣренъ, слѣдовательно, тотъ однообразно повторяющийся напѣвъ, будто § 42 остался неприкосновененъ. Рѣзче и рѣшительнѣе нельзя было его коснуться.

Отчего же—спрашиваютъ насъ—не сказано прямо, что § 42 отмѣняется? Но вѣдь нельзя не видѣть, что, если бы тутъ былъ договоръ, актъ въ формѣ договора, можно было бы примѣнять тѣ требованія, которыя вообще примѣняются къ формѣ договоровъ. Гдѣ же видано, чтобы уставъ, хотя бы отмѣняющій постановленія прежнихъ договоровъ, указывалъ, что такое-то постановленіе отмѣняется? Это не стиль уставовъ. И въ этомъ уставѣ множество постановленій договора отмѣнены—это признаютъ сами противники,—однако прямо объ этомъ не говорится.

Когда этотъ пунктъ уясненъ, то возбуждается внезапно болѣе общій вопросъ: а обязательенъ ли этотъ уставъ для города, обязательенъ ли онъ, „какъ законъ“?

Опасаясь быть несправедливымъ по отношенію къ моимъ противникамъ, но признаю, что этого возраженія не понимаю.

Какое значеніе имѣетъ вопросъ о томъ, обязательнъ ли уставъ, какъ законъ или какъ договоръ? Допустимъ, что онъ обязательнъ, какъ договоръ: Тогда размежуемъ и спросимъ: „Вправѣ ли мы объ этомъ говорить здѣсь, въ кассационномъ сенатѣ, и не должны ли мы преклониться предъ толкованіемъ этого акта со стороны палаты, сообразуясь съ 5 ст. учр. суд. уст.“?

Но я не желалъ бы прятаться за этотъ барьеръ; дѣлаю предположеніе, гораздо болѣе льготное для кассатора: я считаю этотъ уставъ закономъ и для города, и этимъ открываю просторъ для кассационнаго его толкованія.

Слѣдовательно, § 19 устава, если онъ указываетъ новые способы удовлетворенія при выкупѣ, долженъ быть признанъ отмѣнившимся безповоротно прежній § 42 договора. Относительно самыхъ способовъ сдѣланы въ немъ ссылки на §§ 80 и 81, а въ § 80 говорится именно о ликвидаціи.

Здѣсь исчезаютъ всякія сомнѣнія. И никогда, при всѣхъ послѣдующихъ переговорахъ, простая эта ссылка § 19 на 80 не измѣнилась и не исчезла, не исчезъ и изъ § 80 порядокъ ликвидаціи. Онъ совершенствовался, въ немъ предусматривались новыя подробности, подъ него подводились, между прочимъ, и штрафные случаи и провинности, но онъ остался до сего времени параграфомъ, излагающимъ не иной способъ, а именно способъ ликвидаціи. Мало того: изъ двухъ случаевъ, о которыхъ говоритъ 19 ст., этотъ способъ, указанный въ § 80, въ существенной своей части можетъ относиться только къ выкупу, ибо при окончаніи срока нѣтъ и не можетъ быть „реализаціи имущества“: имущество переходитъ безмездно къ городу. Та реализація имущества, о которой говоритъ § 80, можетъ, слѣдовательно, относиться единственно къ выкупу.

Такъ отразилась замѣна физическаго лица юридическимъ на вопросъ о способахъ выкупа. Эта перемѣна явилась естественнымъ выводомъ изъ самаго основнаго понятія о выкупѣ, которое предполагаетъ добросовѣстное стремленіе обоихъ контрагентовъ къ изысканію способа справедливой оцѣнки.

Значить, и эти акты,—уставы 1876 г. и 1887 г.,—не содержатъ той аномаліи, въ которой ихъ обвиняли: въ нихъ нѣтъ двухъ мѣрокъ: одной—болѣе льготной и болѣе справедливой для наказанія виновнаго, другой—болѣе жестокой для наказанія невиннаго. Есть *одинъ* способъ—ликвидация. Онъ сталъ возможенъ, онъ и воцарился безраздѣльно.

Однако, намъ, отвѣтчикамъ, нѣтъ даже необходимости отстаивать эту систему, намъ нѣтъ необходимости указывать истцу, какой именно путь у него остался.

Намъ достаточно доказать, что тотъ путь, который онъ избралъ,—путь неправильный. У истца были два способа выкупа; онъ требуетъ отъ насъ по одному изъ этихъ способовъ,—намъ достаточно этотъ способъ отразить. Можетъ статься, что остался у него второй способъ; можетъ статься, что приобрѣтенъ новый,—и это послѣднее намъ кажется наиболѣе разумнымъ и осмысленнымъ. Но намъ не важно ни то, ни другое. Для насъ достаточно отрицательная критика.

А для этого у насъ есть другая, совершенно незыблемая опора, независимая отъ всего, о чемъ шла рѣчь до сихъ поръ.

Мы утверждаемъ, что этотъ способъ исчезъ силою того факта, который совершился въ 1876 г.: силою возникновенія акціонернаго общества. Самая сущность акціонернаго общества дѣлаетъ его неосуществимымъ.

Вы заключили сдѣлку съ человѣкомъ зрячимъ, вы согласились затѣмъ замѣнить его слѣпымъ. Вправѣ ли вы обратиться къ слѣпому съ требованіемъ: отдай мнѣ зрѣніе твоихъ глазъ,—глазъ, которыхъ нѣтъ?

А мы такіе слѣпые—отъ природы слѣпые, мы—созданіе искусственное, ограниченное въ нашихъ силахъ. Вы это знали и этому подчинились.

Вы къ намъ обращаетесь теперь—къ намъ, какъ къ обществу, и говорите: отдай намъ предпріятіе, которое составляетъ цѣль твоего существованія, мы тебѣ за это будемъ платить въ теченіе многихъ лѣтъ. Какъ, *мнѣ* платить? Да цѣль моего существованія—это я и есть. Когда вы меня этого лишите, тогда не будетъ *меня*.

Истецъ на это намъ отвѣчаетъ: „Вы можете дольше существовать, вы имѣете *юридическое право на существованіе*, ибо вы будете получать ежегодные платежи“. Значитъ, акціонерное общество—для полученія пенсій въ пользу разжалованныхъ акціонеровъ? Но вѣдь это претитъ самой основѣ акціонернаго предпріятія. Акціонерная компанія имѣетъ хозяйственныя цѣли. Это ея движущій нервъ. Такъ ее опредѣляетъ и законъ въ 2140 статьѣ. Съ того момента, когда вы убиваете въ ней этотъ нервъ, вы ее убиваете. Ея существованіе становится юридическимъ *nonsens'омъ*.

И если мнѣ на это скажутъ, что акціонеръ, читая уставъ, знаетъ, что есть контрактъ, видѣлъ, что обществу можетъ предстоять особый родъ дѣятельности—полученіе пожизненной пенсін, то я на это отвѣчу, что онъ могъ и долженъ былъ понимать, что то, что написано о зрѣніи, не относится къ слѣпому.

Онъ могъ и долженъ былъ довѣриться закону, опредѣляющему существо акціонерной компаніи.

Довѣряясь закону—точнѣе: опредѣленію сущности акціонерной компаніи, которое содержится въ законѣ,—онъ въ правѣ былъ нести туда свои сбереженія,—онъ хотѣлъ участвовать именно въ этой хозяйственной жизни.

Ему былъ данъ видимый знакъ этого его участія—акція. Теперь акція исчезаетъ: такъ гласитъ § 19 устава; такъ

утверждаетъ и истецъ. Если такъ, то дайте ему его деньги— онъ пойдетъ въ другое дѣло. Нѣтъ, говорятъ, акціи исчезаютъ, но будетъ существовать акціонерное общество безъ акцій. Укажите мнѣ на всемъ земномъ шарѣ еще такое чудище.

Ему акціонеру, дадутъ, говорятъ, другую бумагу. Какая это будетъ бумага? Гдѣ ея законное опредѣленіе? Гдѣ послѣдствія, съ нею связанныя? Она, очевидно, опредѣляетъ нѣчто иное, чѣмъ акція,—иначе отчего же было бы мѣнять названіе?

Что же она? Пенсіонная книжка? Квитанція сберегательной кассы? Мы этого не знаемъ, законъ не знаетъ этого— гражданскій бытъ не знаетъ.

Кассационная жалоба говоритъ, что то, о чемъ мы говоримъ, „это не пенсія, а имущество долговое“. Болѣе искусственнаго построенія и выдумать нельзя. Компания на акціяхъ учреждается на 40 лѣтъ для того, чтобы сознательно и одновременно отчудить все имущество наличное и 25 лѣтъ жить ожиданіемъ „имущества долговаго“? Вы это называете долговымъ имуществомъ, я—пенсією, но вѣдь это споръ о словахъ: вы должны отлично понимать, что для такой цѣли общества не учреждаются.

Таковы функціи: общество остается для полученія и выдачи ежегодныхъ платежей.

Для исполненія этой задачи остаются однако всѣ органы общества, ибо они установлены закономъ, и пока существуетъ общество, никакой судъ не вправе ихъ смѣстить и не вправе назначить другихъ. Остаются 3 директора съ предсѣдателемъ во главѣ—это правленіе. Разъ въ годъ совершается торжественный обрядъ „полученія долговаго имущества“. Остальной годъ все кругомъ мертво. И эти тѣни слоняются по опустѣлымъ палатамъ и проводятъ время въ воспоминаніи о дняхъ минувшихъ и въ „ожиданіи долговаго имущества“. За ними стоитъ дру-

гая категорію тѣней,—совѣтъ изъ 6 человекъ; на него возложена особая функція—„имѣть общее наблюденіе за ходомъ предпріятія“,—такъ сказано въ уставѣ. Онъ будетъ, слѣдовательно, наблюдать за „ожиданіемъ долгового имущества“. Затѣмъ, слѣдуютъ общія собранія акціонеровъ; обыкновенныя, чрезвычайныя... Ясно, что сохранить всю эту помпезную обстановку значить насмѣхаться надъ закономъ, уничтожить—значить нарушить законъ. Законъ не можетъ быть поставленъ въ такое положеніе, чтобы надъ нимъ слѣдовало или насмѣхаться, или нарушать его.

И этого положенія не спасаетъ та помощь, которую пытается оказать городу кассационный рапортъ министра внутреннихъ дѣлъ, отрекаясь отъ всего того, что признавалъ представитель города. Кассационный рапортъ вскользь намекаетъ на то, что, по его мнѣнію, общество перестаетъ существовать (стр. 60 произв. сен.) и „городу придется имѣть дѣло съ отдѣльными акціонерами, коимъ и будутъ выплачиваться деньги, уже внѣ существованія общества“. Явится, значить, на сцену „акціонеръ внѣ существованія акціонернаго общества“? Что это за званіе? Бывшій акціонеръ бывшаго акціонернаго общества,—да это явленіе невозможное въ гражданскомъ быту. Акціонеръ есть часть того большого тѣла, которое именуется акціонернымъ обществомъ. Онъ живъ, пока живо общество. Та искра, которая взрываетъ на воздухъ общество, убиваетъ его во всѣхъ его атомахъ. Отдѣльно взятые Иванъ, Сидоръ, Петръ есть самостоятельные субъекты правъ, которые не тождественны съ прежнимъ субъектомъ правъ, съ тѣми же Иваномъ, Сидоромъ и Петромъ, *какъ совокупностью акціонеровъ*. И если у нихъ, какъ у индивидуальныхъ субъектовъ правъ, оказывается часть правъ, принадлежавшихъ обществу, то они могутъ обладать ими развѣ какъ преемники общества. А акціонерное общество преемниковъ не имѣетъ. Разрывая

цѣль, которая связываетъ акціонеровъ въ одно цѣлое, вы убиваете самое понятіе акціонера, вся сила котораго, вся *ratio essendi* именно въ существованіи цѣлаго, въ существованіи связующей цѣпи.

По какому основанію произойдетъ передача правъ умершаго общества „отставному акціонеру“? Такого основанія нѣтъ, ибо общество не можетъ ничего передавать на время, когда его не будетъ въ живыхъ; оно должно завершить полный кругъ само въ себѣ.

И если общество умретъ разомъ, теперь же, то кто останется, чтобы платить его долги? Не акціонеръ вѣдь—этотъ своеобразный наслѣдникъ юридическаго лица.

Это все соображенія, вытекающія изъ существа акціонерной компаніи, — соображенія о несомвѣстимости срочныхъ платежей съ самой основою акціонернаго общества. Но есть другая категорія соображеній о несомвѣстимости этихъ срочныхъ платежей съ однимъ изъ основныхъ *условій дѣятельности* акціонернаго общества, установленнымъ закономъ, съ обязанностью его разсчитаться передъ смертью своею со своими кредиторами. Я говорю не объ облигационерахъ, интересамъ коихъ было посвящено уже много вниманія, а о самыхъ заурядныхъ кредиторахъ. Рабочій отработалъ вчера день — ему слѣдуетъ его рубль. Хлѣботорговецъ отпустилъ въ долгъ овесъ—ему слѣдуетъ черезъ полгода 300 т. р. Это не облигационеры, — они не обязались ждать уплаты своего долга до конца существованія общества. Имъ слѣдуетъ уплатить въ срокъ. Существоуй общество, такой кредиторъ явился бы въ свое время и, если не получилъ бы добровольно, получилъ бы долгъ принудительно. Кто ему теперь заплатитъ? Не городская дума: она не беретъ на себя обязательствъ даже по отношенію къ облигационерамъ. Ей безразлично, получаютъ они или нѣтъ. Случайно та цифра, которую дума предлагаетъ, превышаетъ сумму,

слѣдующую по облигаціямъ: но думу не это занимаетъ— она соразмѣряется съ доходомъ. Кредиторъ, значитъ, лишается своихъ правъ. Онъ не можетъ получить своего долга черезъ мѣсяць, черезъ полгода,—онъ долженъ ждать, пока общество получитъ свою пенсію, а если его претензія превышаетъ 118.000 р., предназначенныхъ для общества, то ждать еще и еще года. А если принять теорію кассационнаго рапорта, то и ждать не приходится, не для чего,—ибо общество прекращается нынѣ же, и остаются акціонеры, не обязанные вовсе платить долги общества. Между тѣмъ, права этого кредитора, охранены закономъ,— онъ есть та „публика“, о которой говоритъ ст. 2158, „для огражденія“ которой установленъ акціонерный законъ.

Когда общество прекращается, этотъ кредиторъ, силою закона (ст. 2188), вправе требовать себѣ удовлетворенія изъ всего имущества акціонерной компаніи; когда оно не прекращается, онъ вправе требовать этого прекращенія, чтобы получить свой долгъ. Права этого зауряднаго кредитора ограждаются закономъ общимъ, они ограждаются и специальнымъ закономъ, нашимъ уставомъ, — и ограждаются именно на случай выкупа. О нихъ-то говоритъ 81 ст. устава. На этомъ § 81 необходимо на минуту остановиться,—онъ вошелъ какъ мотивъ въ рѣшеніе палаты, подъ него со всѣхъ сторонъ пытаются подкопаться протесты кассатора.

Судебная палата, толкуя этотъ § устава, пришла къ заключенію, что уплата за предпріятіе должна быть единовременная, а не срочная. Это заключеніе представляется мнѣ совершенно безукоризненнымъ, — я обращаю на него особенное вниманіе правительствующаго сената,—ибо если бы даже всѣ остальные соображенія палаты были ложны, ради этого одного, совершенно достаточнаго соображенія, рѣшеніе должно быть сохранено.

§ 81 гласитъ, что въ случаѣ выкупа акціонерамъ вы-

дается залогъ, запасный капиталъ и имущество, остающееся за полнымъ удовлетвореніемъ всѣхъ кредиторовъ и облигационеровъ.

При выкупѣ,—такъ рассуждаетъ палата,—удовлетвореніе облигационеровъ и всѣхъ кредиторовъ должно быть *полное*, а такое полное удовлетвореніе невозможно при срочныхъ платежахъ, оно возможно только при единовременной уплатѣ. Выводъ совершенно ясный и безошибочный. Вы утверждаете, что общество будетъ существовать, вы именно обществу предлагаете платежъ;—пока общество существуетъ, облигационеры не вправѣ требовать 350.000 р., а акціонеры могутъ получить остальное. Слѣдовательно, тутъ облигационеры не получаютъ *полнаго* удовлетворенія ранѣе, чѣмъ акціонеры что-либо получаютъ,—а кредиторы не гарантированы не только въ полномъ, но даже въ какомъ бы то ни было удовлетвореніи ранѣе акціонеровъ. Предположите случай, указываемый кассационнымъ рапортомъ,—общество прекращаетъ свое существованіе; тогда объ удовлетвореніи кредиторовъ вовсе нѣтъ рѣчи, ибо исчезъ контрагентъ, принявшій на себя обязательство. Слѣдовательно, ст. 81, говорящая именно о послѣдствіяхъ выкупа, вовсе не мирится съ вашею системою выкупа: она безусловно имѣетъ въ виду выкупъ единовременный.

Ваша идея о разсроченномъ выкупѣ несовмѣстима, такимъ образомъ, ни съ существомъ акціонернаго общества, ни съ порядкомъ удовлетворенія кредиторовъ, обязательнымъ для всякаго общества и особо подтвержденнымъ для нашего общества.

На это отвѣчаютъ указаніемъ на фактъ: такіе выкупы производятся ежедневно; ихъ производитъ правительство, выкупая желѣзныя дороги,—ихъ производитъ и городъ по своимъ старымъ контрактамъ съ I-мъ товариществомъ конпо-желѣзныхъ дорогъ, и съ обществомъ водопроводовъ. Но

это невѣрно; здѣсь, очевидно, недоразумѣніе: *такіе* выкупы не производятся. Правительство выкупаетъ дороги и платитъ за нихъ одновременно всю выкупную сумму государственными процентными бумагами, т. е. денежнымъ капиталомъ; оно объявляетъ въ указахъ о выкупѣ, что всякія отношенія акціонеровъ къ предпріятію дороги прекращаются; оно вызываетъ кредиторовъ и принимаетъ всѣ мѣры къ ихъ удовлетворенію,—словомъ оно дѣлаетъ все то, чего мы домогаемся, и чего не желаетъ сдѣлать городъ. Городъ ссылается на два случая изъ собственнаго опыта, но товарищество конно-желѣзныхъ дорогъ было именно не акціонерное общество, а водопроводы выкуплены за единовременное вознагражденіе: по Высочайшему повелѣнію 1891 г. выпущенъ былъ городомъ облигаціонный заемъ, которымъ городъ и разсчитался съ обществомъ. Словомъ, тотъ типъ акціонернаго общества, который рѣветъ передъ глазами представителя города, типъ общества — пенсіонера, не воплотился еще до сихъ поръ ни разу въ предѣлахъ Россійской имперіи. Мы должны были быть первыми.

Все сказанное относится къ акціонернымъ обществамъ вообще.

Но наше общество имѣетъ еще одну особенность: оно есть акціонерное общество съ облигаціоннымъ займомъ. Въ 1876 году установлено было, что общество выпускаетъ облигаціонный заемъ, и что въ обезпеченіе этого займа налагается на все имущество запрещеніе. И вновь является вопросъ: что внесло новаго установленіе облигаціоннаго займа, что внесло запрещеніе? По договору съ Губонинымъ и Башмаковымъ не было облигаціоннаго займа, по договору съ Губонинымъ и Башмаковымъ не было запрещенія.

Городъ требуетъ себѣ предпріятія, но облигаціоннаго долга онъ на себя не принимаетъ и принять не можетъ,—онъ обезпеченія облигаціонерамъ не даетъ. Онъ не можетъ

его принять по уставу,—и прямо заявилъ въ исковомъ прошеніи, что будетъ производить уплаты обществу, а не облигационерамъ. Разъ дума не приняла на себя этого обязательства, разъ она отъ него отказывалась,—и отказывалась, скажемъ мы, на законномъ основаніи, — ни одинъ судъ навязывать ей этой обязанности не можетъ. Съ этимъ заявленіемъ думы, — что она имѣетъ дѣло съ нами, а не съ облигационерами,—слѣдуетъ считаться, какъ съ основнымъ исходнымъ пунктомъ. Но эта сторона дѣла меня не интересуетъ, меня не интересуетъ и положеніе облигационера, который оказывается въ особомъ положеніи: между городомъ, имѣющимъ предпріятіе, но не состоящимъ ни въ какихъ отношеніяхъ къ нему, облигационеру, и обществомъ, которое должно ему выплачивать, но имѣетъ пустые карманы. Меня занимаетъ вопросъ о томъ: что предполагалъ, что долженъ былъ предполагать законъ. Что должна была предполагать дума тогда, при установленіи займа, при наложеніи запрещеній? Запрещеніе есть запретъ отчуждать имущество безъ удовлетворенія долга. Представимъ себѣ, что доходъ общества за послѣдніе годы, а слѣдовательно выкупная рента, меньше процентовъ по облигаціямъ, — предположимъ 200000, а не 360000 р. При существованіи общества эта сумма пополняется прежде всего изъ запаснаго капитала, а если и этого не хватитъ, общество ликвидируется, и весь облигационный долгъ погашается. Дума не имѣетъ тѣхъ запасныхъ капиталовъ, о которыхъ говорить уставъ, дума и представляемый ею городъ не подлежатъ ликвидаціи. Какъ могъ уставъ, какъ могла дума не оградить облигационеровъ отъ такого перехода предпріятія, отъ превращенія наложеннаго запрещенія въ нуль? Облигационный долгъ самъ можетъ подлежать досрочному погашенію, а потому онъ мирится съ досрочнымъ выкупомъ единовременнымъ, но онъ не мирится

съ тѣмъ досрочнымъ выкупомъ, который намъ теперь предлагаютъ.

Слѣдовательно, съ какой стороны ни подойдешь — со стороны ли функций акціонернаго общества, со стороны его организаци, со стороны правъ кредиторовъ, со стороны обезпеченія облигаціонеровъ—всюду оказывается, что появленіе устава неизбѣжно должно было отмѣнить тотъ способъ выкупа, на которомъ городъ настаиваетъ. Даль ли онъ городу взаимнѣ другой способъ или нѣтъ, для насъ теперь безразлично; мы думаемъ, что даль,—ликвидацию; мы вамъ его указали, но если и не даль, во всякомъ случаѣ *этого* способа онъ васъ лишилъ. Считать этотъ способъ сохранившимся—значить вырѣзать изъ закона и изъ устава опредѣленіе цѣли акціонерной компаніи, ея организаци, правъ кредиторовъ, правъ облигаціонеровъ; но тогда то, что вы называете уставомъ акціонернаго общества, превратится въ искромсанный листъ бумаги съ бессмысленными знаками; не будетъ больше ни устава, ни акціонернаго общества.

Въ основѣ всѣхъ этихъ заблужденій лежитъ одна коренная ошибка во взглядѣ городского общественнаго управленія на самую природу концессионнаго договора. При концессионномъ договорѣ хозяинъ заинтересованъ въ устройствѣ полезнаго сооруженія, а не въ наживѣ, не въ увеличеніи своихъ денежныхъ средствъ. Онъ воспособляетъ концессионера, онъ гарантируетъ ему доходъ, обезпечиваетъ ему займы; онъ не жаждетъ для себя его заработка, его наживы. Если онъ затѣмъ считаетъ нужнымъ самъ стать хозяиномъ, онъ оплачиваетъ предпринимателю весь его рискъ. Онъ не улучшаетъ минуты, когда истекли семь тощихъ лѣтъ и виднѣется впереди рядъ жирныхъ, чтобы купить доходъ жирныхъ за цѣну годовъ тощихъ. Онъ заботится объ осуществленіи цѣли, о нуждахъ населенія, а не о своемъ карманѣ,—о городѣ, а не о городскомъ фискѣ.

И если бы намъ сказали: вы неисправны, вы плохо служите городу, ваше сооруженіе несовершенно, мы бы это понимали; городъ имѣетъ для этого противъ насъ 13 категорій штрафовъ и цѣлыхъ 8 категорій ликвидацій. Однако, не такіе грѣхи наши положены въ основу рѣшенія думы.

Въ засѣданіи думы говорилось иное: тамъ говорилось, что общество терпѣло дважды семь лѣтъ одни убытки, что только-только доходъ началъ расти, что надо поторопиться, надо ввести въ расчетъ эти убыточные годы,—мы и то опоздали: въ 1889 году мы могли взять конку почти даромъ; надо взять скорѣе, а то завтра будетъ дороже: Городъ и на этомъ не остановился, онъ пошелъ дальше. Онъ намъ говоритъ: недавно ты выпустилъ облигаціонный заемъ; случись неудача, ты рисковалъ всѣмъ, ибо на случай неуплаты въ одинъ годъ процентовъ по облигаціямъ, я самъ потребовалъ бы установленія ликвидаціи. Но операція удалась. Благодаря этому облигаціонному займу, общество начинаетъ расцвѣтать и расцвѣтетъ еще пышнѣе. Давай плоды твоихъ трудовъ мнѣ,—ты сыгралъ роль маклера въ финансовой операціи, ты болѣе не нуженъ.

Если бы стояли передъ вами два живыхъ человека, и одинъ изъ нихъ держалъ бы такую рѣчь, вопросъ о томъ—на чьей сторонѣ тутъ право, разрѣшался бы со стихійною простотою. Мѣняется ли дѣло отъ того, что здѣсь стоятъ не два живыхъ лица, а одно—нѣчто большее, учрежденіе, на которое возложены заботы о милліонахъ, другое—меньшее, искусственное тѣло, единственная задача котораго—множить свои доходы? Съ точки зрѣнія гражданскаго права мы оба равны: мы оба только фикціи, мы оба одинаково вамъ недоступны и непонятны до тѣхъ поръ, пока къ намъ не будетъ приложена одна общая мѣрка, пока вы насъ не пропустите черезъ призму чего то третьяго—имущественной личности.

Только въ устройствѣ индивидуальныхъ правъ этихъ равныхъ другъ другу имущественныхъ личностей вся задача все величіе гражданскаго правосудія. Гдѣ эта грань пройдена, тамъ нѣтъ мѣста гражданскому суду, тамъ исчезаетъ гражданское право.

ЮБИЛЕЙ НАПОЛЕОНОВА КОДЕКСА.

8 марта 1904 г. Франція справляла столѣтній юбилей своего кодекса. Сто лѣтъ тому назадъ онъ назывался кодексомъ французовъ, черезъ три года былъ нареченъ кодексомъ Наполеона. Великій императоръ нашель, что кодексъ равенъ ему въ величїи и достоинствѣ носить его имя.

Составители кодекса съ первыхъ же дней его существованія видѣли въ немъ нѣчто большее, чѣмъ законодательный актъ, суммирующій гражданское право въ предѣлахъ опредѣленной территорїи. Онъ былъ для нихъ явленіемъ не національнымъ, а мировымъ. „Кодексъ явится не только благодареніемъ для Франціи, но и новымъ звеномъ, связующимъ народы.... Взирая на страны, гдѣ онъ уже дѣйствуетъ, гдѣ онъ *будетъ еще дѣйствовать*, его нельзя считать ничѣмъ инымъ, какъ только общимъ правомъ Европы (le droit commun de l'Europe)“. И самое переименованіе его въ 1807 году изъ кодекса Французовъ въ кодексъ Наполеона связывалось не только съ порывомъ воцарившагося империализма, но именно съ этой сверхтерриториальностью кодекса.

„Названіе „Гражданскій Кодексъ Французовъ“ было достаточно, пока примѣненіе его не выходило за предѣлы Франціи; но съ тѣхъ поръ, какъ онъ распространился среди многихъ народовъ, необходимо дать ему названіе, которое было бы ему свойственно въ каждой странѣ. Онъ и введенъ уже въ нѣкоторыя страны подъ именемъ, выборъ котораго долженъ былъ бы быть внушенъ уже одною благодарностью.

если бы въ этомъ не сказалась, вмѣстѣ съ тѣмъ, дань, приносимая самою истиною тому, кому это великое твореніе обязано своимъ возникновеніемъ,—тому, кто запечатлѣлъ безсмертныя черты своего творческаго генія и на общемъ планѣ творенія и на отдѣльныхъ его частяхъ“.

Мы оставляемъ въ сторонѣ вопросъ о томъ, насколько въ самомъ дѣлѣ творческій геній Наполеона участвовалъ въ созиданіи кодекса, но для насъ несомнѣнно, что небывалымъ по быстротѣ распространеніемъ своимъ по всей Европѣ кодексъ обязанъ былъ именно генію Наполеона. Это наполеоновская гвардія разносила кодексъ на концахъ своихъ штыковъ. Добровольное преклоненіе передъ нимъ, увлеченіе его внутренними достоинствами явились только впоследствии; по началу же онъ насаждался силою, властью побѣдителя. И насажденіе шло такъ быстро, что вскорѣ дѣйствительно кодексъ могъ по справедливости именоваться „общимъ правомъ Европы“. Надъ нимъ прошелъ XIX вѣкъ—вѣкъ повсемѣстнаго остраго возбужденія національныхъ чувствъ, почти поголовнаго стремленія народовъ Европы очищать свои нивы отъ чужеземныхъ сѣмянъ,—и тѣмъ не менѣе, теперь еще, на порогѣ двадцатаго вѣка, праздникъ Наполеонова кодекса является праздникомъ далеко не одной Франціи; въ чистомъ ли видѣ или съ небольшими измѣненіями, кодексъ является и теперь еще своимъ, дѣйствующимъ закономъ, во многихъ мѣстахъ континента, далеко за предѣлами Франціи.

Онъ и намъ не чужой: мы связаны съ нимъ узами довольно тѣсными—онъ есть дѣйствующій законъ для Царства Польскаго—а было время, когда эти узы могли стать еще тѣснѣе. Сперанскій создалъ было проектъ гражданскаго уложенія (проектъ 1810 г.), который явился точнымъ сколкомъ съ кодекса. И кто знаетъ: если бы не патріотическій взрывъ, довергнувшій въ опалу Сперанскаго, быть можетъ „сія

книжка, слѣпленная шестью или семью эксъ-адвокатами и эксъ-якобинцами“, была бы таки открыто возложена—не смотря на эмфатическое возмущеніе Карамзина—„на святыи алтарь отечества“. Этого не случилось: открыто возложенъ былъ на алтарь отечества X томъ Свода законовъ, но подъ этимъ патриотическимъ переплетомъ провезено было, какъ извѣстно, въ предѣлы отечества не мало „эксъ-адвокатской и эксъ-якобинской“ контрабанды. Учень степень вліянія, которое произвели на гражданско-правовой строй русской жизни эти контрабандныя нормы, трудно; огромная доля ихъ вліянія была парализована тѣмъ, что французскія нормы, при тайномъ провозѣ ихъ въ нашъ Сводъ, подверглись искаженію, и что замаскированность первоисточника закрывала путь къ правильному толкованію, основанному на изученіи первоисточника. Зато не только можно, но и должно учесть вліяніе Французскаго кодекса тамъ, гдѣ онъ былъ введенъ явно, и гдѣ въ теченіе цѣлаго вѣка дѣйствуетъ,—мы разумѣемъ Царство Польское.

Кодексъ былъ введенъ въ Царство Польское—тогда Варшавское герцогство—согласно Наполеоновской конституціи 1807 года. Онъ прививался къ новымъ условіямъ довольно туго. Эмансипаціонныя принципы, положенныя въ основу кодекса, не сразу прижились по плечу польскому обществу. Они, прежде всего, встрѣтили отпоръ со стороны духовенства, которое отказывалось признавать не-церковный характеръ брака, протестовало противъ предписаній кодекса о регистраціи разводовъ по взаимному соглашенію и не мирилось съ передачею дѣлъ брачныхъ въ вѣдѣніе свѣтскаго суда. Представители крупной земельной собственности роптали противъ тенденціи кодекса устранить на всегда связанность земельного владѣнія: ст. 530 кодекса гласила, что всякія стѣсненія земельной собственности напередъ признаются подлежащими выкупу, причемъ стороны ли-

шены права отсрочить этот выкупъ долѣе, чѣмъ на 30 лѣтъ. Система ипотеки, вводимая кодексомъ, оказалась слишкомъ сложною для страны, которая въ собственномъ законодательномъ опытѣ имѣла запасъ гораздо болѣе совершенныхъ формъ ипотечныхъ отношеній. Имущественныя отношенія между супругами, начала наследственнаго права, формы завѣщаній—всѣ эти заимствованныя въ значительной мѣрѣ изъ французскаго обычнаго права и не составлявшія „всеобщаго разума народовъ“, части кодекса казались чуждыми обществу, далекому отъ условій, въ которыхъ заимствованныя нормы выросли. И наконецъ, чуждый языкъ кодекса, введеннаго въ дѣйствіе и продолжающаго и донынѣ официально дѣйствовать не на доступномъ населенію языкѣ—а на непонятномъ огромной массѣ языкѣ оригинала. Этотъ языкъ былъ чуждъ не только населенію, но и самимъ судьямъ, которые, за неимѣніемъ не только официального, но и сноснаго частнаго перевода на польскій языкъ, пользовались одно время даже латинскимъ переводомъ кодекса, болѣе для нихъ доступнымъ, чѣмъ французскій оригиналъ. Къ внутреннимъ причинамъ присоединялись и внѣшнія. Побѣда надъ Наполеономъ вызвала и въ правящихъ сферахъ враждебное чувство къ кодексу,—чувство, продиктовавшее Александру I еще въ Парижѣ (въ 1814 г.) рескриптъ о полной отмѣнѣ кодекса.

Всѣ эти условія повергали и общество и законодательную власть въ возбужденное состояніе. Общество домогалось переменъ, законодательство въ большей или меньшей степени шло ему навстрѣчу. Уже съ перваго года потянулись законодательныя новеллы въ отмѣну отдѣльныхъ постановленій кодекса, за ними шли и связные проекты новаго уложенія; засѣдали комиссіи и комитеты; отъ законченныхъ проектовъ новыхъ кодексовъ отрывались части и снабжались законодательною санкціею; выпадали такимъ

образомъ части кодекса, и на ихъ мѣсто становились новыя. Тридцать лѣтъ длился этотъ мучительный процессъ прививки новыхъ нормъ къ чуждой имъ почвѣ, но результаты его оказались благотворными. Пока шли предположенія о перемѣнахъ и строились разрушительные планы, население, годъ за годомъ все болѣе свыкалось съ новымъ закономъ и переставало считать его чужимъ. И въ результатѣ даже тѣ законопроекты, которые съ архитектурной стороны были рассчитаны на замѣну цѣлыхъ частей кодекса, въ существѣ своемъ стали повторять постановленія кодекса, съ измѣненною нумераціею статей. Такъ гражданское уложеніе 1825 года, предназначенное замѣнить и дѣйствительно замѣнившее всю первую книгу кодекса (о лицахъ), на дѣлѣ реформировало—только и то не совсѣмъ радикально—характеръ брака и отношенія супруговъ по имуществу.

Въ концѣ концовъ, кодексъ вышелъ изъ борьбы съ небольшими лишь изъянами; заплаты, на нихъ положенныя, оказались пригнанными очень удачно; присочиненныя части плотно приросли къ живому тѣлу кодекса, и съ тѣхъ поръ—начиная съ тринадцатыхъ годовъ истекшаго столѣтія—возцаряется стройная законодательная система, не вызывающая болѣе ни нареканій, ни значительныхъ реформаторскихъ попытокъ.

Сорокалѣтіе, слѣдовавшее за изданіемъ послѣдняго законодательнаго акта этой серіи—положенія о союзѣ брачномъ 1836 года—должно быть признано наиболѣе нормальнымъ періодомъ дѣйствія Наполеонова кодекса. Постепенно сказывались блага кодифицированнаго законодательства—опредѣленность правоотношеній, подвижность гражданскаго оборота при обеспеченности правъ; законъ все болѣе проникалъ въ сознаніе общества; судебная практика, создаваемая мѣстными силами, умѣло комбинировала авторитетныя для нея рѣшенія французскихъ судовъ и ученія француз-

скихъ комментаторовъ съ мѣстными условіями и потребностями.

Въ 1876 году введена въ Царствѣ Польскомъ судебная реформа. Благодѣяніе для всей Россіи, она здѣсь, на окраинѣ, имѣла свои тѣневые стороны, ибо она преслѣдовала здѣсь не однѣ только прямыя свои задачи. Вѣнецъ судебной реформы, принципъ централизаціи толкованія закона въ рукахъ кассационнаго сената, имѣлъ глубокий смыслъ, поскольку дѣло касалось толкованія одного общеперскаго закона. По отношенію къ окраинѣ, управляемой особымъ закономъ, изученіе котораго требуетъ многихъ лѣтъ труда и судейскаго опыта, передача верховной судебной функціи въ руки коллегіи, засѣдающей въ Петербургѣ и завѣдомо состоящей въ огромной части своей изъ людей, въ данномъ законѣ мало свѣдущихъ, могло покониться исключительно на соображеніяхъ не-судебнаго свойства. До судебной реформы толкованіе закона было ввѣрено мѣстному (IX-му) департаменту сената, состоявшему исключительно изъ судей мѣстныхъ; судьи эти проходили всю свою служебную карьеру на изученіи кодекса и на примѣненіи его къ мѣстнымъ условіямъ жизни. Едва ли приходится доказывать, что для примѣненія такого сложнаго законодательнаго акта, какъ кодексъ, недостаточно въ подлежащемъ случаѣ открыть указанную тяжущимся статью и разрѣшать сомнѣнія о смыслѣ ея по непосредственному впечатлѣнію отъ одного, обособленнаго текста. А на что же больше можно рассчитывать, когда на судей, проведшихъ весь вѣкъ въ толкованіи общеперскаго закона, возлагается, въ числѣ огромной массы прочихъ дѣлъ, обязанность заниматься, отъ времени до времени, разрѣшеніемъ весьма нелегкихъ проблемъ кодекса? Понятно, при такихъ условіяхъ, что въ лучшемъ случаѣ дѣло сводится къ заимствованію сужденія отъ имѣющагося въ библіотекѣ случайнаго комментатора; боль-

шаго и требовать нельзя. Въ составъ сенатской коллегіи назначаются, правда, и судьи, прошедшіе службу на мѣстѣ. Но ихъ такъ мало, а главное: если бы хоть имъ однимъ предоставлено было судить... А вѣдь на дѣлѣ судять и господуютъ всѣ. Сложнѣйшій законодательный памятникъ, надъ разработкою котораго трудились въ теченіе цѣлаго столѣтія и не перестаютъ трудиться теперь тысячи умовъ,—предполагается доступнымъ непосредственному воспріятію совершенно такъ, какъ будто бы рѣчь шла объ уставѣ о гербовомъ сборѣ, или положеніи объ управленіи казачьихъ войскъ.

Организація мѣстной юстиціи также не могла не отразиться на судьбѣ кодекса. Мѣстные элементы не допускаются къ занятію судейскихъ мѣстъ; въ составѣ судей имѣются изъ мѣстныхъ людей немногочисленные ветераны, доживающіе свой вѣкъ на тѣхъ мѣстахъ, на которыхъ ихъ застала судебная реформа. Отправленіе гражданскаго правосудія сосредоточивается такимъ образомъ и на мѣстѣ въ рукахъ лицъ, не выросшихъ на школѣ кодекса, начавшихъ свою карьеру въ другихъ условіяхъ и только и ждущихъ, какъ на этапномъ пунктѣ, обратнаго перемѣщенія туда, откуда они явились, съ надлежащимъ повышеніемъ за отбытую тяжелую службу. О степени подготовки этихъ людей и говорить не приходится.

Намъ лично приходилось видѣть, какъ предсѣдатель департамента мѣстной судебной палаты садился на университетскую скамью и, наравнѣ со студентами, въ теченіе цѣлаго года изучалъ, тщательно ведя записки, курсъ гражданскаго права. Эта рѣдкая откровенность дѣлаетъ, конечно, честь личному характеру того, кто на нее рѣшился; но она обнажаетъ вмѣстѣ съ тѣмъ язву мѣстнаго правосудія; вѣдь въ перерывѣ между двумя лекціями предсѣдателю приходилось разрѣшать самые запутанные случаи изъ области

того же кодекса, которому онъ только еще учился. А что если казусъ выплылъ раньше, чѣмъ о немъ успѣлъ повѣдать профессоръ?

Естественно при такихъ условіяхъ ухудшеніе судебной практики шло рука объ руку съ полнымъ почти замираніемъ юридической литературы.

Введеніе французскаго кодекса вообще отозвалось вредно на научномъ творествѣ. Обнаружившіяся было въ концѣ XVIII вѣка попытки систематизаціи и обработки польскаго права заглохли, такъ какъ на сцену явился новый законодательный актъ, отодвинувшій все прочее на задній планъ. Къ тому же кодексъ сразу явился окруженный плеядою блестящихъ комментаторовъ, ослѣпляющихъ утонченностью словеснаго анализа, подавляющихъ объемомъ исполненной уже работы. Французскіе комментаторы и завладѣли судебной практикою, навязали ей свои методы и воззрѣнія и сдѣлали какъ будто излишнимъ самостоятельное творчество.

Однако, послѣ первыхъ десятилѣтій и это вредное вліяніе постепенно стало сглаживаться; въ пятидесятыхъ и шестидесятыхъ годахъ появляются уже значительныя попытки овладѣть матеріаломъ новаго законодательства; онѣ исходятъ и отъ судебной магистратуры и отъ представителей науки. Достаточно вспомнить труды Воловскаго и Езіоранскаго надъ систематическимъ комментариемъ къ кодексу, классическую работу Дуткевича объ ипотечномъ правѣ.

Но въ 1876 году былъ закрытъ мѣстнымъ, наиболѣе приспособленнымъ и къ научной дѣятельности, силамъ доступъ въ судебную магистратуру, а съ 1870 года, со времени преобразования Варшавской главной школы въ университетъ, имъ же закрытъ доступъ и къ университетской кафедрѣ. Последнимъ доживавшимъ на кафедрѣ могиканомъ былъ до

конца восьмидесятых годовъ Голевинскій, но онъ стоялъ уже одиноко, не было кругомъ готовящагося ему на смѣну поколѣнія, интересъ къ научной обработкѣ гражданскаго права въ обществѣ сталъ гложуть все больше и больше. И кафедра гражданскаго права стала переходить въ руки чужихъ людей, естественно тяготящихся возложеннымъ на нихъ искусомъ, торопящихся поскорѣе уйти отъ него, вернуться въ свою родную атмосферу.

Не въ праздничной обстановкѣ справляетъ у насъ свой юбилей Наполеоновъ кодексъ.

ЮРИДИЧЕСКОЕ ОБЩЕСТВО И ГРАЖДАНСКОЕ УЛОЖЕНІЕ.

Отчетъ петербургскаго Юридическаго Общества за 1903 годъ наводитъ на грустныя размышленія. Дѣятельность гражданскаго отдѣленія Общества, и безъ того не слишкомъ оживленная, значительно ослабѣла: за истекшій годъ въ гражданскомъ отдѣленіи прочитаны были всего четыре реферата, изъ нихъ два однимъ и тѣмъ же лицомъ. Отчетъ пытается объяснить затишье въ области цивилистики тѣмъ, что „всѣ почти дѣятельныя силы отдѣленія направлены къ трудамъ по разсмотрѣнію проектовъ гражданскаго уложенія въ особой комиссіи“, въ которую „приглашены“ были 16 членовъ Общества. Однако, изъ отчетовъ прошлыхъ лѣтъ не видно, чтобы именно нынѣшніе члены комиссіи были особенно дѣятельны и въ прошлые годы. Да и „приглашенныя“ въ комиссію лица далеко не всѣ приняли въ ея трудахъ участіе. Протоколы комиссіи напечатаны въ журналѣ Общества: чтеніе ихъ обнаруживаетъ, что изъ числа „приглашенныхъ“ шестнадцать откликнулись на призывъ всего человекъ 7—8. Особенно же характерно, что въ числѣ откликнувшихся не оказывается ни одного представителя университетской кафедръ. Гдѣ же дѣятельныя силы столичнаго Юридическаго Общества? Въ спискѣ членовъ именъ много, а ряды работниковъ такъ безнадежно рѣдки...

Между тѣмъ, моментъ таковъ, что, казалось бы, гражданскому отдѣленію только и проявлять свою дѣятельность. 1903-й годъ замыкаетъ въ гражданско-правовой жизни Рос-

си двадцатилѣтіе работъ надъ Гражданскимъ Уложеніемъ. Полтора ста лѣтъ Россія собиралась составлять единый полный кодексъ. Онъ теперь составленъ: въ истекшемъ году зданіе подведено подъ крышу,—изданы послѣднія, общія положенія будущаго кодекса. Начало работъ надъ Гражданскимъ Уложеніемъ совпало съ годами юности нашего Общества. Учрежденное въ 1877 году, Общество на первыхъ порахъ было призвано тогдашнимъ министромъ юстиціи, Д. Н. Набоковымъ, въ весьма лестныхъ и теплыхъ выраженіяхъ къ „облегченію обширнаго и сложнаго труда, возложеннаго на комиссію“. Въ письмѣ къ предсѣдателю Общества, Н. И. Стояновскому, указывалось „на ту существенную пользу, которую могло бы принести просвѣщенное содѣйствіе Общества собранію и разработкѣ матеріаловъ по гражданскому праву“. (Юридическое Общество за 25 лѣтъ, СПб. 1902 г., стр. 14).

На этотъ призывъ Общество съ восторгомъ юности откликнулось быстро смѣнявшимися другъ друга докладами Спасовича и Пахмана, и „соображеніями по поводу этихъ докладовъ“ К. Д. Кавелина.

Доклады касались предмета, системы, метода кодификаціи. Въ сужденія о задачахъ уложенія вносились струя общественнаго интереса, люди науки шли охотно на службу дѣлу, которое и по существу своему, и по органу, которому оно ввѣрялось, должно было стать *par excellence* общественнымъ.

Въ этомъ юномъ порывѣ чувствовалась еще закваска шестидесятихъ годовъ; доживала еще въ сердцахъ вѣра въ возможность и плодотворность общественнаго почина.

Но люди науки отстали очень быстро, а органъ не оправдалъ возложенныхъ на него надеждъ. Наступила морозная пора восьмидесятихъ и девяностыхъ годовъ, и—увы—въ эти именно морозные годы пришлось зрѣть Гражданскому Уложенію.

Порыва шестидесятыхъ годовъ не хватило на обновленіе гражданской жизни гражданскимъ закономъ. Работа, исполненная тогда, явилась необходимою предпосылкою къ устройству гражданской жизни: безъ освобожденія крестьянъ, безъ организаціи суда немыслимо было и думать о гражданскомъ законѣ. Но самый процессъ созиданія этихъ первоосновъ гражданской жизни, по необходимости слишкомъ много отвлекать вниманія въ сторону политическаго элемента, оставляя слишкомъ мало мѣста соціальному—подчасъ подвергая его даже урѣзыванію и искаженію; для Гражданскаго Уложенія было еще рано. А когда затѣмъ первоосновы оказались обеспеченными—волна возбужденія уже успѣла отойти, и творить приходилось въ глухой пустынь.

Въ шестидесятыхъ годахъ у насъ не было Юридическаго Общества,—организованнаго союза лицъ, призваннаго вносить свѣтъ, между прочимъ, и въ юридико-общественные вопросы текущей дѣйствительности. Но потребность въ единеніи была такъ велика, что союзы создавались сами собою; извѣстно, сколько инициативы и возбужденія исходило отъ частныхъ, юношескихъ и зрѣлыхъ, профессорскихъ и не-профессорскихъ, кружковъ въ эпоху великихъ реформъ. Казалось бы, Юридическое Общество организованное, вмѣщающее въ своемъ составѣ представителей науки, администраціи и широкихъ общественныхъ круговъ, особливо призвано было стать средою, въ которой проявилось бы взаимодѣйствіе творческихъ силъ Общества; оно могло и должно было стать трибуною, съ которой законопроекты, имѣющіе обновить весь гражданскій строй, могли подвергаться гласному обсужденію съ точки зрѣнія интересовъ и воззрѣній разнородныхъ общественныхъ группъ. И въ первую очередь, конечно, съ точки зрѣнія взглядовъ нашихъ ученыхъ сферъ,—тѣхъ, кто въ области гражданскаго законодательства, по нѣкоторымъ техническимъ соображеніямъ,

являются часто наиболее компетентными, и которые, однако, по некоторым—тоже своего рода техническим—соображениям, оказываются у нас почти-что вовсе устраненными от непосредственного участия въ законодательной работѣ. И тѣмъ не менѣе, итоги дѣятельности этихъ ученыхъ сферъ въ лонѣ Юридическаго Общества сводятся къ слѣдующему.

За 25 лѣтъ существованія Общества—такъ свидѣтельствуется изданный въ 1901 году юбилейный сборникъ Общества—въ гражданскомъ отдѣленіи Юридическаго Общества прочитанъ былъ всего 1 (читай *одинъ*) рефератъ профессоромъ-цивилистомъ: это былъ рефератъ С. В. Пахмана въ 1882 году. Къ намъ заходили иногда профессора читать доклады—но не цивилисты, а случайные гости изъ другихъ отдѣленій. Такъ, читалъ въ гражданскомъ отдѣленіи И. Я. Фойницкій, такъ, читалъ И. Е. Андреевскій.

За 25 лѣтъ существованія Общества ни разу профессоръ-цивилистъ не сталъ во главѣ гражданскаго отдѣленія; этотъ фактъ особенно бросается въ глаза по сравненію съ уголовнымъ отдѣленіемъ, которымъ руководили въ свое время Таганцевъ, Фойницкій, Сергѣевскій, Случевскій. Редакціонные комитеты отдѣленій состоятъ изъ 5 лицъ, избираемыхъ ежегодно: за 25 лѣтъ существованія Общества не было ни одного случая избранія профессора въ члены редакціоннаго комитета гражданскаго отдѣленія; такъ мало была замѣтна ихъ роль въ жизни Общества. Гражданское отдѣленіе—не грѣхъ въ этомъ сознаться—двигалось все это время усиліями того же самаго небольшого кружка лицъ, которому была ввѣрена и самая кодификаціонная работа.

Во главѣ отдѣленія стояли въ теченіе многихъ лѣтъ А. А. Книримъ и І. И. Карницкій,—предсѣдатели кодификаціонной комиссіи; въ составѣ редакціонныхъ комитетовъ непрерывно числятся члены кодификаціонной комиссіи;

значительное число рефератовъ возникало по инициативѣ руководителей той же комиссіи и обсуждалось при ихъ ближайшемъ участіи. Составленная по преимуществу изъ представителей магистратуры, комиссія сама какъ будто искала опоры въ Обществѣ, въ представителяхъ науки; она, повидимому, ощущала потребность въ живомъ общеніи съ иной сферой, и для удовлетворенія этой потребности избрала органъ, наиболѣе при нашихъ условіяхъ для того приспособленный; но все ея усилія оказались тщетными. Отклика не было,—ученыя сферы торжественно молчали.

Общественное явленіе, съ такою правильностью повторяющееся въ теченіе многихъ лѣтъ, обусловливается, очевидно, слишкомъ глубокими причинами, чтобы можно было здѣсь прилагать категоріи правыхъ и виноватыхъ. Но явленіе само по себѣ въ высшей степени характерно, и, какъ такое, должно быть отмѣчено. Оно должно быть отмѣчено именно теперь, когда въ широкихъ общественныхъ кругахъ опять начинается битесь сильнѣе пульсъ жизни, и молодыя интеллигентныя силы ищутъ своего приложенія въ творческой внутренней работѣ. Гражданское законодательство—и въ особенности единое кодифицированное гражданское законодательство—такъ же, какъ и другія стороны общественнаго строя, зрѣетъ быстро только въ атмосферѣ большого общественнаго подъема. Эта атмосфера можетъ создаваться, какъ она создавалась на западѣ, подъ вліяніемъ національнаго возбужденія, идущаго извнѣ: такъ кодифицировался гражданскій законъ сто лѣтъ тому назадъ во Франціи, такъ онъ кодифицировался на нашихъ глазахъ въ Германіи. Но оно можетъ возникать и инымъ путемъ, безъ внѣшнихъ импульсовъ, какъ оно возникало у насъ сорокъ лѣтъ тому назадъ—какъ оно, повидимому, возникаетъ и теперь.

Волна общественнаго интереса направляется прежде всего и непосредственно на верхи, на тѣ точки, съ кото-

рыхъ гражданское законодательство соприкасается съ публично-правовою сферою,—на гражданско-правовое уравненіе половъ, сословіи, національностей, на раскрѣпощеніе личности въ области семейнаго союза, на разрушеніе архаическаго строя наследственнаго права; но разъ оказавшись въ движеніи, потокъ захватываетъ скоро и остальные части гражданского законодательства. Задача нашихъ общественныхъ и, по преимуществу, ученыхъ силъ,—если онѣ не желаютъ остаться бездѣйствующими созерцателями,—ускорить этотъ моментъ, приложить свое умѣніе къ тому, чтобы путемъ воздѣйствія въ литературѣ, въ публицистикѣ, въ ученомъ обществѣ вдохнуть духъ живой въ собираемое огромными усилями зданіе нашего гражданского законодательства. Юридическое общество можетъ явиться очагомъ такой именно дѣятельности.

ЦИВИЛИСТИКА СРЕДИ СОВРЕМЕННЫХЪ ПОЛИТИЧЕСКИХЪ СОБЫТІЙ.

(1905 г.).

Inter arma silent musae . . . Къ общему хору голосовъ, взывающихъ о пересмотрѣ первоосновъ нашего государственнаго строя, цивилисту нечего прибавлять. И потому муза его молчитъ. Кому охота говорить, кому охота думать о мелкихъ починкахъ и перестройкахъ,—когда кругомъ идетъ жестокій по всей линіи бой за право созидать заново все зданіе отъ фундаментовъ до вершинъ?

Намъ нечего сказать... Сумрачные дни реакціи не прошли совсѣмъ безслѣдно и для насъ. Порча судебнаго персонала, воспитываемаго въ обстановкѣ преклоненія передъ администраціею, безъ вѣры въ святость судебной функціи, привилегированное положеніе „ока“ центрального вѣдомства юстиціи—прокуратуры, рядомъ съ нищенски оплачиваемымъ и обреченнымъ на каторжный трудъ гражданскимъ судомъ, учрежденіе земскихъ начальниковъ, надломившее принципъ обособленности власти судебной отъ административной, наконецъ временно похороненная въ общемъ склепѣ „Пересмотра Судебныхъ Уставовъ“, но характерная для своего времени попытка оппортунистическаго укороченія основныхъ принциповъ Судебныхъ Уставовъ и въ области гражданскаго процесса—все это было и, въ большей или меньшей мѣрѣ, шатало устои нашего, вдали отъ большой дороги стоящаго, зданія гражданскаго процесса.

Но устои все же уцѣлѣли: насъ мало трогали, ибо считали мало опасными. Между тѣмъ, кто знаетъ: быть можетъ,

въ своей скромной замкнутости мы и не такъ мало были вредны „режиму“, какъ это можетъ казаться. Быть можетъ, въ нашихъ ригористическихъ правахъ, такъ набожно проникнутыхъ вѣрою въ идею суда,—быть можетъ, въ исповѣдуемомъ нами принципѣ состязательности, такъ крѣпко охраняющемъ свободу личности,—скрывалось нѣчто ядовитое, незамѣтно просачивавшееся и въ другія, болѣе воспаленныя и потому рѣзче реагирующія области? Не подъ вліяніемъ ли этого именно яда разложился во время оно старый уголовный процессъ, и воздвигнута на его мѣсто самая импозантная часть всей системы Судебныхъ Уставовъ? Не дѣлаемъ ли мы и теперь дальнѣйшаго шага въ томъ же направленіи? Не направлены ли усилія къ тому, чтобы во всѣхъ областяхъ столкновенія власти съ индивидуумомъ власть была переведена на роль стороны, спорящей, обвиняющей или обвиняемой, въ равномъ открытомъ судебномъ состязаніи?—Не въ этихъ ли формахъ все того же гражданского процесса воплощаются многочисленныя гарантіи свободы личности противъ безраздѣльнаго владычества администраціи?

Составители Судебныхъ Уставовъ видѣли предтечу своихъ начинаній въ словахъ Екатерининскаго указа о томъ, что „судебный обрядъ дѣлъ по преступленіямъ долженъ быть, елико возможно, единообразенъ съ судебнымъ порядкомъ дѣлъ гражданскихъ“ (Объяснит. зап. Блудова къ Уст. угол. судопр.). Они приравниваютъ положеніе вновь создаваемой, обособленной отъ суда, обвинительной власти къ положенію истца въ процессѣ. „Въ дѣлахъ (гдѣ затронута общественная безопасность) . . . обвинительная власть является истцомъ“, говорится въ одномъ мѣстѣ. „Обвинители во имя закона, прокуроры, обязаны возбуждать и преслѣдовать тѣ только дѣла, въ которыхъ истцомъ представляется обвинительная власть“, сказано въ другомъ. Да и

самый основной канонъ новаго уголовного процесса: „Власть обвинительная отдѣляется отъ судебной“ (Основныя положенія, ст. 3) есть въ сущности не что иное, какъ низведеніе власти, выступающей противъ гражданина во имя закона, на роль стороны въ процессѣ. И власть, дѣйствующая во имя объективнаго порядка, и личность, отвоевывающая свою свободу становятся равноправными сторонами, передъ лицомъ третьей, стоящей надъ ними обѣими, инстанціи,— передъ судомъ, которому одинаково долженъ быть дорогъ и объективный порядокъ, и интересъ личности. И чѣмъ шире функціи суда въ коллизіяхъ власти съ индивидуумомъ, и чѣмъ больше въ процессѣ гражданско-состязательныхъ элементовъ, тѣмъ ближе отношенія гражданъ къ власти подходятъ къ тому идеалу правового государства, къ которому такъ страстно рвутся теперь всѣ живыя общественныя силы.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

	стръ
Объ источникахъ X тома	1
Записка Сперанскаго	70
Дареніе и завѣщаніе	97
Дареніе по завѣщанію	132
Роль свидѣтелей въ завѣщаніи	147
Общая часть обязательственнаго права въ проектѣ Уложенія	175
Кодификація и толкованіе	214
Неимущественный интересъ въ обязательствѣ	231
Хартія вольностей казенныхъ	240
Законъ о еврейскомъ землевладѣніи въ толкованіи сената	253
Рѣшенія ненапечатанныя	260
Гражданская отвѣтственность должностныхъ лицъ	264
Чиншевое право	276
Замѣтки по конкурсному праву	288
Выкупъ акціонернаго предпріятія	301
Юбилей Наполеонова кодекса	320
Юридическое общество и гражданское уложеніе	329
Цивилистика среди современныхъ политическихъ событій	335
