а 1239.



Т. Кривцова.

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО.

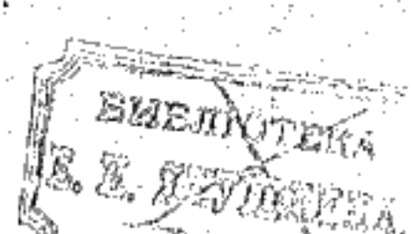
ЛЕКЦІИ

читанныя въ Московскомъ Университетѣ

Экстраординарнымъ Профессоромъ

Ю. С. ГАМБАРОВЫМЪ.

Изданіе 1896–97 года.



МОСКВА.
Тип.-Лит. Ф. Л. ШМИДЕКЪ, Москва, Б. Дмитровка, Богословскій п., д. Пустошкиной.
1896.

Библиотека С.П.б. Университета Ю.Ф.

ВВЕДЕНІЕ

I. ОПРЕДѢЛЕНІЕ ПРАВА.

13 34

Мм. Гг.

Послѣ научныхъ дисциплинъ двухъ первыхъ курсовъ юридическаго факультета, имѣющихъ общеобразовательное и подготовительное для юристовъ значеніе, Вы вступаете на третій годъ Вашего юридическаго образованія въ область юриспруденціи въ тѣсномъ смыслѣ, которая слагается изъ дисциплинъ гражданскаго и уголовнаго права, вмѣстѣ съ ихъ необходимыми подраздѣленіями. Въ публикѣ неюристовъ, къ которой слѣдуетъ причислить и плохихъ юристовъ, очень распространенъ взглядъ, ограничивающій эти юридическія дисциплины изученіемъ одного содержанія дѣйствующаго законодательства, и низводящій ихъ, такимъ образомъ, на степень простого прикладного знанія, или искусства. Я покажу Вамъ въ одно изъ своихъ ближайшихъ чтеній, что этотъ взглядъ

Съ разрѣшенія профессора Литографія Шмидекке.

не заключаетъ въ себѣ и тѣни истины, такъ какъ независимо даже отъ постоянной измѣнчивости содержанія дѣйствующаго законодательства и необходимости пополненія его другими источниками права, Вы увидите, что и это законодательство въ его прошломъ, настоящемъ и будущемъ не можетъ быть понято и истолковано иначе, какъ при помощи изученія права въ смыслѣ чисто научной дисциплины, имѣющей дѣло съ законами не только какъ продуктами законодательной дѣятельности государственной власти, но и какъ естественно-научными законами развитія явленій правовой жизни. Прежде чѣмъ доказать это положеніе, которое выступитъ во всей своей силѣ предъ Вами только послѣ того, какъ Вы ознакомитесь съ движеніемъ идей въ области правовѣдѣнія, я считаю необходимымъ дать Вамъ возможно точное опредѣленіе гражданскаго права, такъ какъ это опредѣленіе безусловно нужно для ориентированія въ той области явленій, которая подлежитъ нашему изученію. Никакого другого значенія, кромѣ указаннаго, я не придаю опредѣленію, стоя на точкѣ врѣнія современной логикѣ, которая учитъ, что никакое опредѣленіе не даетъ знанія предмета и не оправдываетъ выводимыхъ изъ него заключеній, касающихся этого предмета. Но если опредѣленія не научаютъ многому и, въ особенности, не доказываютъ ничего, то извѣстная не-

опредѣленность названій абстрактныхъ понятій, примѣняемыхъ часто къ совершенно различнымъ предметамъ, производитъ то, что установленіе точнаго смысла этихъ понятій получаетъ особенное значеніе, разъясняетъ и упрощаетъ эти понятія и дѣлается, въ то же время, существеннымъ условіемъ правильнаго метода ихъ изслѣдованія. Кромѣ того важность опредѣленія науки, - какъ начальнаго акта изслѣдованія, подготовляющаго путь для дальнѣйшей работы и оріентирующаго съ самаго начала въ сложной массѣ то разновидныхъ, то близко соприкасающихся между собою явленій, - вовсе не уменьшается отъ сдѣланныхъ выше по поводу общаго характера опредѣленій - оговорокъ и обязываетъ меня начать мой курсъ съ опредѣленія его предмета. Но здѣсь мы наталкиваемся сразу на слѣдующую важную трудность. Въ юриспруденціи не существуетъ до сихъ поръ твердо установленнаго и общепризнаннаго опредѣленія понятія права вообще, что происходитъ отъ причинъ, разсмотрѣніе которыхъ я оставлю въ настоящую минуту въ сторонѣ, такъ какъ предполагаю разобрать ихъ въ одно изъ ближайшихъ чтеній, при обзорѣ исторіи гражданскаго правовѣдѣнія и тѣхъ неблагопріятныхъ условій, въ которыхъ совершалось до сихъ поръ его развитіе. Замѣчу только, что пониманіе права относительно происхожденія и существа его было до послѣдняго

времени проникнуто насквозь теологическимъ или метафизическимъ характеромъ. Не разъ, напримѣръ утверждалось, что право даровано человѣку отъ Бога, но не объяснялось, какое право было установлено именно этимъ путемъ. Извѣстно, какъ мало существуетъ народовъ, живущихъ по одному и тому же праву, и какъ трудно, если не невозможно, указать на такія юридическія положенія и институты, которые были бы совсѣмъ одинаковы у двухъ, и тѣмъ болѣе, у всѣхъ народовъ, или которые не измѣнялись бы вовсе съ теченіемъ времени. Какой же изъ этихъ народовъ признать избраннымъ по Откровенію"?Если такимъ избраннымъ народомъ были Іудеи, то теперь доказано, что эти послѣдніе имѣли свое особое право, предшествовавшее законодательству Моисея, а права другихъ народовъ, относительно которыхъ мы не имѣемъ ни историческихъ, ни даже миѳическихъ указаній на Откровеніе, имѣютъ съ нимъ весьма мало общаго. Такой же несостоятельностью, характеризующей теологическія представленія о правѣ, отличаются и всѣ метафизическія построенія, стремящіяся обосновать понятіе права то на началѣ договора, то на началѣ свободы, воли, разума и т.д. Съ этими построеніями вы должны быть отчасти знакомы изъ курса энциклопедіи права, и я не скажу о нихъ ничего, кромѣ того, что они точно такъ же произволь-

ны и ненаучны, какъ и чисто теологическія конструкціи, отличаясь отъ нихъ только тѣмъ, что на мѣсто сверхъестественнаго они ставятъ неестественное, т.е. безжизненныя абстракціи, не могущія объяснить ничего въ столь мало абстрактномъ, а, напротивъ, глубоко историческомъ явленіи, какимъ право повсюду выступаетъ.

Впечатлѣніе, получаемое отъ обозрѣнія всѣхъ этихъ конструкцій права, оказывается, конечно, очень неблагопріятнымъ для юриспруденціи, которая, видимо, проходитъ еще въ XIX вѣкѣ ту же предшествующую научной метафизическую стадію развитія, въ которой находилась напримѣръ астрономія наканунѣ Галилея, біологія передъ открытіемъ Гарвея и т.п. Какъ бы то ни было, но юриспруденція рѣшительно не опредѣлила еще окончательно, что такое право, а опредѣленія гражданскаго права, какъ видового понятія, нельзя, очевидно, выполнить, не выработавъ предварительно родового понятія о правѣ, къ которому первое будетъ относиться, какъ видъ къ своему роду. Каждое опредѣленіе вида предполагаетъ неизбѣжно готовое опредѣленіе рода, внѣ котораго самое понятіе о видѣ было бы лишено смысла. Поэтому ясно, что мы не можемъ узнать, что такое гражданское право, не узнавъ сначала, что такое право вообще, - а для этого намъ придется поневолѣ выйти изъ нашей области и обратиться къ об-

щей теоріи права, чтобы добыть понятія, которыя при болѣе совершенномъ состояніи правовѣдѣнія могли бы быть предположены уже извѣстными. Но въ видахъ экономіи времени и скорѣйшаго перехода къ догмѣ дѣйствующаго у насъ гражданскаго права, мы ограничимъ нашу экскурсію въ область теоріи права самыми тѣсными предѣлами. Мы не коснемся вовсе вопросовъ о происхожденіи, исторіи и развитіи права, хотя эти вопросы имѣютъ большой интересъ и важное значеніе также для постановки и правильнаго рѣшенія вопроса о задачахъ и цѣляхъ гражданскаго права. Мы не станемъ также излагать и анализировать многочисленныхъ опредѣленій и конструкцій понятія права, о которыхъ было уже сказано нѣсколько словъ. Мы не будемъ даже развивать и дѣлать выводы изъ положеній, поставить которыя найдемъ нужнымъ. Мы ограничимъ наше изслѣдованіе понятія права исключительно цѣлями его опредѣленія, т.е. обратимся прямо къ явленіямъ, которыя носятъ въ жизни названіе права, и постараемся объяснить, чѣмъ они сходствуютъ и различествуютъ съ другими явленіями.

Набюдая явленія, къ которымъ примѣняется въ жизни понятіе права, мы замѣчаемъ слѣдующее:

I| Эти явленія суть прежде всего явленія общественной жизни; они образуются и проявляютъ свое дѣйствіе исключительно при условіи общественнаго со-

стоянія людей, составляя, такимъ образомъ, необходимый факторъ общественнаго устройства. Всюду, гдѣ мы находимъ общество, мы находимъ и право, и гдѣ находимъ право, находимъ и общество, замѣчая, что люди соединяютъ понятіе права съ явленіями, охраняющими начала общежитія, жизнь, свободу, честь и имущество лицъ, составляющихъ общество. Отсюда мы заключаемъ, что формальное или логическое основаніе понятія права лежитъ въ идеѣ правила, нормы поведенія, предписываемой той или другой властью, - на что указываетъ и этимологія слова "право" какъ въ русскомъ, такъ и въ другихъ европейскихъ языкахъ: право, править, Recht, richten, droit - латинизированное Recht, или, по другому мнѣнію, производное отъ латинскаго dirigere, итальянское diritto англійское Right и т.п. Что касается матеріальной основы права, то то-же наблюденіе жизни показываетъ, что эта основа коренится не въ какихъ либо абстрактныхъ идеяхъ, а въ чисто практической необходимости регулировать взаимныя отношенія людей, живущихъ въ обществѣ и не могущихъ, вслѣдствіе противоположности своихъ интересовъ, соперничества и столкновенія различныхъ инстинктовъ и желаній, обойтись безъ подчиненія объединяющей всѣхъ ихъ власти, которая примиряетъ и охраняетъ всѣ интересы посредствомъ уста-

новленія общеобязательныхъ нормъ поведенія. Отсюда уже видно, что всѣ элементы, изъ которыхъ складываются учрежденія права, могутъ быть сведены, не смотря на свое историческое разнообразіе, къ одной идеѣ, идеѣ защиты, которая, очищаясь постепенно, переходитъ въ идею правосудія. Всѣ власти были при своемъ возникновеніи охранительны: потребность въ защитѣ была причиной ихъ установленія, точно такъ же, какъ притѣсненіе, въ которое переходило часто начало власти, становилось причиной ея паденія. Люди обращались къ принудительной власти, - которая была то патріархальной, то жреческой, то военной, - для того, чтобы избѣгнуть тиранніи личныхъ наклонностей и удовлетворить потребности въ умѣряющей ихъ силѣ. Не будучи въ состояніи защищаться личными усиліями противъ внѣшняго міра, стихій, или себѣ подобныхъ, они искали безопасности въ подчиненіи: призванный глава, какъ бы онъ ни назывался, получалъ миссію и власть утверждать права каждаго и сдерживать противоположныя притязанія. Это было первымъ набросконъ государства, основаніе котораго казалось чисто матеріальнымъ, - это была сила: индивидуумъ исчезалъ, право каждаго обезпечивалось подчиненіемъ всѣхъ, существовала одна лишь группа, и всѣ права были коллективны. Но эта первоначальная форма обще-

ственной организаціи могла быть только переходной. Исполненная сама по себѣ различныхъ несовершенствъ, она не могла удовлетворить и своему назначенію. Правосудіе заслуживаетъ этого имени только тогда, когда оно стоитъ независимо отъ страстей лицъ, его отправляющихъ. Въ данномъ же случаѣ оно отправляется деспотами, которые, если и обнаруживаютъ иногда безпристрастіе, то дѣлаютъ это только тогда, когда ихъ собственные интересы не задѣты въ дѣлѣ, такъ что безпристрастіе деспотовъ можетъ быть только случайностью, но не общимъ правиломъ, - а умѣренность правителей, какъ бы она ни прославлялась и ни считалась необходимой, никогда не служитъ достаточной гарантіей правосудія. Рано или поздно, при благопріятныхъ обстоятельствахъ, защитникъ обращается неизбѣжно въ притѣснителя и употребляетъ въ свою личную пользу власть, переданную въ его руки во имя общаго интереса. Для дѣйствительной защиты индивидуума, при которой, т.е. защитѣ, не страдала бы его законная свобода, надъ нимъ долженъ стоять не человѣкъ, подверженный всегда страстямъ и слабостямъ, но власть безличная и поэтому уже безстрастная и неизмѣнная. Таково было происхожденіе, и таковой всегда останется роль закона-этой совершенной формы соціальнаго самосохраненія. Вмѣсто того, чтобы принадлежать какому нибудь начальнику, власть заключена теперь въ неизмѣнномъ правилѣ,

на основаніи котораго разрѣшаются всѣ представляющіеся споры; она имѣетъ своимъ органомъ государство, которое ее олицетворяетъ и является само учрежденіемъ права. Подчиненіе власти начальника переставляло только опасность и оставляло еще открытымъ вопросъ о томъ, гдѣ этой опасности было больше: въ случайностяхъ ли естественной независимости людей или въ подчиненіи ихъ произвольной власти. Но подчиненіе закону, твердому, постоянному и болѣе сильному, чѣмъ кто бы то ни было, устраняетъ въ принципѣ опасность, происходящую отъ необезпеченности права, и устанавливаетъ его обезпеченность. Изъ сказаннаго уже видно, что существованіе общества и ограниченіе потребностей одного лица потребностями всѣхъ другихъ членовъ общества, или иначе - ограниченіе личнаго интереса интересомъ общественнымъ - составляетъ существенную часть понятія права, которая необходимо должна быть введена въ его опредѣленіе. Но принимая общественный интересъ за руководящій принципъ права, не нужно упускать изъ виду, что всѣ положенія права, каково бы то ни было ихъ содержаніе и къ какой бы отрасли права они ни относились, имѣютъ конечною цѣлью человѣка и его интересы. Исходя отъ него и служа выраженіемъ его потребностей, право естественно обращается со своими требованіями только къ нему и имѣетъ

цѣлью удовлетвореніе только его интересовъ. Общество есть ничто иное, какъ совокупность отдѣльныхъ лицъ, возникающая и существующая только ради цѣлей и интересовъ лицъ его составляющихъ; своихъ особенныхъ цѣлей и интересовъ, различныхъ отъ интересовъ личности, общество не имѣетъ. Эта вѣрная мысль была выражена еще римскимъ юристомъ Гермогеніаномъ въ извѣстныхъ словахъ: omne jus hominum causa constitutum est / Такимъ образомъ, частные и общественные интересы вполнѣ соотносительны между собою: одни существуютъ ради другихъ и находятся въ тѣсной зависимости и взаимодѣйствіи другъ съ другомъ. Если же, не смотря на такую близкую связь этихъ понятій, мы тѣмъ не менѣе выдвигаемъ въ понятіи права на первый планъ начало общественнаго интереса, противополагая его нѣкоторымъ образомъ началу личности, то это происходитъ отъ двухъ причинъ, изъ которыхъ одна относится къ области критики, а другая къ самому существу разбираемаго нами вопроса. Настаивая на общественномъ основаніи права, мы реагируемъ прежде всего, противъ господствующаго въ современной юриспруденціи направленія, которое исходитъ въ своемъ воззрѣніи на право исключительно изъ начала личности и видитъ въ немъ одномъ, независимо отъ общества, источникъ, основаніе и цѣль всѣхъ правъ. Мы покажемъ въ одной изъ

нашихъ будущихъ лекцій, что это направленіе юриспруденціи находится въ тѣсной причинной связи съ ея методомъ изслѣдованія правовыхъ явленій, методомъ, заимствованнымъ юристами еще въ XVII в. отъ теоретиковъ, такъ называемаго, "естественнаго права", которое въ обработкѣ новѣйшихъ нѣмецкихъ философовъ, каковы Гегель, Шеллингъ и друг. получило только новую форму, но осталось по отношеніи къ методу тѣмъ же, чѣмъ было и прежде. Этотъ методъ долженъ называться чисто субъективнымъ, такъ какъ законы явленій, подлежащихъ изученію, добываются посредствомъ этого метода, какъ это ни кажется невѣроятнымъ, изъ самаго мыслящаго субъекта, а не изъ наблюденія надъ объектомъ изученія, что требуется, понятно, объективнымъ или научнымъ методомъ, которому человѣчество обязано всѣми своими открытіями въ области знанія. Результатомъ такого субъективнаго метода, господствующаго до сихъ поръ въ философіи и юриспруденціи, явилось, естественно то, что человѣческая личность была признана средоточіемъ вселенной, а изученіе наукъ, имѣющихъ дѣло съ духовной жизнью человѣка, шло путемъ исхожденія и добыванія выводовъ изъ основныхъ свойствъ человѣческой природы, - причемъ эта послѣдняя принималась, какъ постоянная, всегда равная себѣ величина, и изслѣдовалась внѣ всякой связи съ окружаю-

щимъ ее міромъ и процессомъ развитія, которому человѣческая личность подчинена не менѣе всѣхъ другихъ явленій. Отсюда и пошла снова въ ходъ старая антитеза между личностью и обществомъ, неправильность которой доказывается лучше всего ея происхожденіемъ. Кромѣ того, современное состояніе общественной науки даетъ возможность утверждать полную гармонію какъ разъ тамъ, гдѣ прежняя философія видѣла одну противоположность интересовъ. Тѣсная солидарность, связывающая лицо и общество, доказана теперь не только въ томъ смыслѣ, что ни одно изъ нихъ не можетъ существовать безъ другого, но и въ смыслѣ полной нераздѣльности знаній, относящихся къ индивидууму и обществу. Возьмемъ для примѣра такія науки, какъ физіологія и психологія, изучающія отправленія физической и духовной жизни человѣка. Онѣ признаютъ теперь, что изучаемыя ими отправленія суть въ дѣйствительности наслѣдство расы и рода, которымъ принадлежитъ человѣкъ, и даютъ такимъ образомъ мѣсто слѣдующему вопросу: что сталось бы съ тѣмъ, что мы называемъ нашимъ "я", если исключить изъ него все то, что оно получило отъ другихъ, и не есть ли поэтому всякій фактъ, касающійся даже физической, а не то что духовной жизни человѣка, фактъ, прежде всего, общественный? Понятно, что этотъ вопросъ не ставился

и даже не возникалъ въ головѣ философовъ субъективной школы, - но очевидная неправильность практикуемаго ими изолированія человѣческой личности отъ окружающей ее среды, неправильность, которой обусловливается полная недостовѣрность, а слѣдовательно, и ненаучность добываемыхъ посредствомъ такого изолированія выводовъ, и составляетъ первое соображеніе, по которому мы настаиваемъ въ понятіи права, принадлежащемъ къ области общественныхъ явленій, на моментѣ общественности.

Другое руководящее нами соображеніе еще важнѣе и имѣетъ основаніемъ матеріальное отношеніе, въ которомъ стоятъ другъ къ другу общество и отдѣльная личность. Жизнь общественнаго организма, какъ цѣлое, должна быть поставлена безусловно выше жизни составляющихъ его единицъ, и вотъ почему. Совмѣстная жизнь людей, какъ справедливо замѣчаетъ Спенсеръ въ одномъ изъ своихъ сочиненій, возникла изъ того, что она въ среднемъ выводѣ оказалась для каждаго выгоднѣе, чѣмъ жизнь поровнь, а это показываетъ, что сохраненіе общественной комбинаціи есть сохраненіе условій болѣе удовлетворительной жизни для соединенныхъ личностей, чѣмъ та, которую имъ иначе пришлось бы вести. Отсюда слѣдуетъ, что общественное

Библиотека Юридического факультета Императорского Московского университета
№ 114976 № 125252

сохраненіе становится ближайшею цѣлью, которая получаетъ законный перевѣсъ надъ конечною цѣлью, состоящей въ индивидуальномъ сохраненіи. Эти двѣ цѣли не съ самаго начала и далеко не всегда гармонируютъ между собою, хотя прогрессъ общественности и обнаруживаетъ явное стремленіе привести ихъ въ бодѣе полное согласіе другъ съ другомъ. Но до тѣхъ поръ, пока не исчезнутъ послѣдніе слѣды антагонизма и возможности столкновенія интересовъ различныхъ государствъ и различныхъ лицъ и общественныхъ классовъ между собою въ предѣлахъ одного и того же государства, - до тѣхъ поръ полная гармонія между личной и общественной жизнью будетъ химерой, а перевѣсъ на случай столкновенія ихъ другъ съ другомъ долженъ до тѣхъ же поръ признаваться на сторонѣ общественнаго сохраненія, - такъ какъ оно именно и составляетъ необходимое средство и условіе для достиженія цѣлей личнаго существованія. Если, такимъ образомъ, интересы отдѣльныхъ лицъ должны быть поставлены ниже интересовъ общественныхъ, то отсюда ясно слѣдуетъ и выводъ, что право, регулирующее отношенія людей, соединенныхъ въ общество,

должно основываться и опредѣляться не частнымъ, а общественнымъ интересомъ.

II| Продолжая далѣе нашъ анализъ явленій, съ которыми соединяется въ жизни понятіе права, мы видимъ, что они представляются намъ въ трехъ различныхъ формахъ.

Во первыхъ, понятіе права примѣняется часто къ отношеніямъ, не признаннымъ дѣйствующимъ въ данномъ обществѣ законодательствомъ. Въ этомъ смыслѣ право рѣзко отличается отъ закона, что ясно сознавали еще римскіе юристы, говорившіе: non ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat. Между правомъ и закономъ существуетъ все различіе, отдѣляющее идею ея отъ ея болѣе или менѣе счастливаго выраженія, цѣль отъ средства ея достиженія и принципъ - отъ попытокъ его примѣненія. Законъ - не право, а только его случайное обнаруженіе, его временное или мѣстное проявленіе; право, такимъ образомъ, - не законъ, а источникъ закона. Въ этомъ смыслѣ право называютъ часто натуральнымъ правомъ и противополагаютъ закону, къ которому оно становится часто даже въ отношеніе антитезы. Такъ, напримѣръ, говорятъ, что всякій имѣетъ право свободно выражать свои мнѣнія, не смотря на то, что въ положительномъ законодательствѣ существуетъ учрежденіе цензуры и абсолютное запреще-

нiе свободы слова. Говорятъ также, что всякiй долженъ заботиться объ охранeнiи чужихъ правъ, какъ своихъ собственныхъ, хотя ни одинъ законъ не налагаетъ на человѣка такого обязательства. Очевидно, что право является въ этихъ случаяхъ порядкомъ отношенiй, не реализированнымъ въ жизни, но существующимъ только въ идеѣ лучшихъ представителей даннаго общества, и въ этомъ смыслѣ оно совершенно совпадаетъ съ понятiемъ справедливости, какъ совокупности убѣжденiй и возврѣнiй того или другого общества и въ тотъ и другой перiодъ его существованiя на отношенiя, которыя не то что регулируютъ, но должны бы регулировать собою человѣческiя дѣйствiя. Это - первая форма выраженiя права въ жизни, форма, которую мы будемъ называть идеальнымъ правопорядкомъ, такъ какъ терминъ "натуральное право" употребляется въ различныхъ смыслахъ и можетъ вслѣдствiе этого вести къ недоразумѣнiямъ.

Вторую форму проявленiя права въ жизни представляютъ отношенiя, признанныя государственною властью даннаго общества и защищаемыя ею противъ возможности ихъ нарушенiя. Эта защита происходитъ путемъ установленiя обязательныхъ правилъ или нормъ, относящихся къ тому или другому роду отношенiй и охраняющихъ эти отношенiя посредствомъ принужденiя,

которому подвергаются ихъ нарушители. Это - такъ называемое, положительное право, весьма отличное отъ идеальнаго правопорядка, римское *ius, quod iussum est*, характеристическую черту котораго составляетъ принудительность. Вотъ почему и миѳологія еще представляла себѣ правосудіе держащимъ въ одной рукѣ вѣсы, которыми оно взвѣшиваетъ право, а въ другой - мечъ, которымъ оно защищаетъ его. "Мечъ безъ вѣсовъ, красиво выражается по этому поводу Іерингъ, представлялъ бы грубую физическую силу; вѣсы безъ меча означали бы безпомощность права. Одно не можетъ итти безъ другого, и совершенный правовой порядокъ существуетъ только тамъ, гдѣ энергія, съ которой правосудіе несетъ мечъ, равняется ловкости, съ которой оно управляетъ вѣсами". Форма принужденія измѣняется, смотря по обстоятельствамъ. Когда возможно, общественная власть прямо и дѣйствительно вынуждаетъ соблюденіе своихъ предписаній или запрещеній; это-прямое, принудительное исполненіе; иногда она можетъ только разрушить или считать, какъ бы, несовершившимся то, что было сдѣлано вопреки ея требованію; это - косвенное принужденіе; наконецъ, она наказываетъ нарушителей установленныхъ ею правилъ, выступая здѣсь въ своей уголовной или кара-

тельной функціи, какъ высшей санкціи всѣхъ законовъ. Но если форма принужденія мѣняется, то идея его въ той или другой формѣ остается всегда и нераздѣльно связанной съ понятіемъ закона. Тамъ,гдѣ нѣтъ санкціи, законъ перестаетъ быть настоящимъ закономъ, переходя въ совѣтъ, предложеніе, попытку убѣжденія и т.д. Такимъ образомъ, нормы положительнаго права, благодаря своему принудительному характеру, дѣйствительно правятъ поступками людей въ отношеніяхъ ихъ другъ къ другу и образуютъ въ своей совокупности то, что принято называть правомъ въ объективномъ смыслѣ, представляющимъ собою, въ отличіе отъ идеальнаго правопорядка, дѣйствующее и реализующее въ жизни право.

Наконецъ, третью форму, въ которой мы встрѣчаемся съ правомъ въ жизни, составляетъ каждое отдѣльное отношеніе, въ которомъ стоитъ человѣкъ къ окружающему его міру, насколько это отдѣльное отношеніе является защищеннымъ юридической нормой и, слѣдовательно, составною частью даннаго правопорядка. Такое право называютъ обыкновеннымъ правомъ въ субъективномъ смыслѣ, и характеристическую черту его составляетъ то, что оно тѣсно связано съ даннымъ субъектомъ и, такъ сказать, прикрѣ-

пленс къ нему, въ отличіе отъ объективнаго права, стоящаго внѣ его и надъ нимъ. Не нужно однако забывать, что право въ объективномъ и субъективномъ смыслѣ суть только двѣ стороны одного и того же явленія, такъ какъ, если юридическія нормы, составляющія содержаніе объективнаго права, устанавливаются для того, чтобы охранять отдѣльныя отношенія, въ которыя вступаютъ люди, то и эти отношенія, насколько они охраняются нормами, не имѣютъ своего собственнаго, самостоятельнаго существованія: они представляютъ собою только форму выраженія, послѣдствіе объективнаго правопорядка, внѣ котораго не существуетъ никакихъ субъективныхъ правъ. - Что касается права въ первомъ изъ приведенныхъ смысловъ его, т.е. права въ смыслѣ представленій лучшихъ членовъ того или другого общества о справедливости, то этимъ представленіямъ принадлежитъ чрезвычайно важное значеніе, такъ какъ они служатъ однимъ изъ главнѣйшихъ факторовъ правообразованія, подъ вліяніемъ котораго право, какъ въ объективномъ, такъ и въ субъективномъ смыслѣ, постоянно развивается и приближается все болѣе и болѣе къ осуществленію тѣхъ общественныхъ идеаловъ, которые составляютъ сперва мечту незначительной куч-

ки людей, но потомъ входятъ постепенно составной частью въ положительное законодательство каждаго прогрессирующаго общества. Это поступательное движеніе права, въ которомъ оно все больше и больше удовлетворяетъ господствующимъ въ данное время и въ данномъ мѣстѣ идеямъ о справедливости, составляетъ историческую истину, доказываемую постояннымъ возрастаніемъ въ обществѣ противо-эгоистическихъ или альтруистическихъ стремленій и сравненіемъ права современныхъ народовъ съ состояніемъ его въ предшествовавшія намъ времена. Не останавливаясь далѣе на этой мысли, развитіе которой выходитъ за предѣлы опредѣленія права, составляющаго теперь нашу задачу, мы скажемъ еще, что, не смотря на указанное вліяніе идеальнаго правопорядка на дѣйствующее право и на всю важность изученія перваго для полнаго пониманія послѣдняго, идеальный правопорядокъ составляетъ только факторъ въ образованіи права, но не самое право, такъ какъ мы вскорѣ увидимъ, что онъ не отличается признаками, характеризующими послѣднее, и относится къ нравственному, а не къ правовому порядку явленій. - Резюмируя теперь все сказанное нами о правѣ, мы должны сказать, что видимъ въ явленіяхъ, съ которыми жизнь соединяетъ это понятіе, слѣдующіе признаки: 1 - служеніе права интересамъ

личности черезъ посредство общественнаго интереса, составляющаго условіе осуществленія интересовъ личности и, слѣдовательно, ближайшую цѣль права, 2, - достиженіе этой цѣли посредствомъ защиты отношеній, въ которыя становится человѣкъ съ окружающей его средой; наконецъ, 3 - выполненіе этой защиты установленіемъ обязательныхъ нормъ, осуществляемыхъ въ случаяхъ нарушенія путемъ принужденія.

Указанными признаками явленія права отличается несомнѣнно отъ многихъ группъ явленій неорганическаго и органическаго міра. Но эти же признаки оказываются совершенно недостаточными для того, чтобы отличить право отъ другихъ, родственныхъ съ нимъ явленій общественной жизни, которыя характеризуются, вмѣстѣ съ правомъ, всѣми приведенными выше признаками.

Дѣло въ томъ, что движеніе и порядокъ общественной жизни опредѣляются различными силами, въ ряду которыхъ мы находимъ, кромѣ права, еще нравы и обычаи общества, порядокъ нравственности и религію. Всѣ эти силы имѣютъ предметомъ своего дѣйствія такъ же, какъ и право, отношенія людей къ окружающей ихъ средѣ, и они такъ же, какъ и право, регулируютъ въ томъ или другомъ смыслѣ ихъ поступки. Служеніе интересамъ личности и общества также не составляетъ особенности права, потому что то-же самое можно ска-

вать и о нравственности, и объ общественномъ мнѣніи, и о религіи. Форма приказаній или нормъ, въ которой совершается осуществленіе права, встрѣчается равнымъ образомъ во всѣхъ группахъ упомянутыхъ выше явленій. Содержаніе нормъ, на которомъ пытались прежде основать различіе между этими явленіями, точно также не даетъ ключа къ этому различію, что можно доказать самымъ поверхностнымъ обзоромъ исторіи права. Она указываетъ на поразительнѣйшія измѣненія въ правовой области, такъ что отношенія, которыя считались прежде не только дозволенными, но и обязательными, какъ напримѣръ, коммунизмъ женъ, становятся потомъ преступленіями, а прежнія преступленія, какъ напримѣръ, индивидуальное обладаніе въ семейной и имущественной области, возводятся теперь въ юридическіе идеалы. Сознаніе этого различія въ содержаніи права существовало давно, и еще Паскаль говорилъ: "Мода управляетъ какъ удовольствіями, такъ и справедливостью. Нѣтъ почти ничего справедливаго и несправедливаго, что не измѣняло бы своихъ свойствъ съ измѣненіемъ климата. Три градуса долготы ставятъ вверхъ дномъ всю юриспруденцію. Одинъ меридіанъ рѣшаетъ то, что истина; черезъ нѣсколько лѣтъ основные законы мѣняются. Истина по одну сторону Пиринеевъ - заблужденіе по другую" ! Pensées III, 8, VI,6 |.-

Приведемъ нѣсколько примѣровъ такой измѣнчивости въ содержанiи права, которые могутъ быть очень поучительны. Такъ называемая, кровная или родовая месть практикуется до сихъ поръ у черкесовъ, корсиканцевъ, черногорцевъ и др. народовъ, какъ вполнѣ законное средство защиты противъ многихъ преступленiй, - что можетъ быть объяснено только условiями быта, въ которыхъ жизнь и имущество отдѣльнаго лица обезпечиваются лишь этой местью. Не будь страха кровной мести, никто не былъ бы увѣренъ ни въ своей жизни, ни въ своемъ имуществѣ. Поэтому кровная или родовая месть въ условiяхъ извѣстнаго быта прекрасно исполняетъ свое назначенiе и дѣлается юридическимъ институтомъ, пользующимся общимъ сочувствiемъ. Но съ распаденiемъ родового быта и образованiемъ самостоятельной государственной власти, личность и имущество становятся подъ защиту этой послѣдней, родовая месть утрачиваетъ постепенно свою важность, такъ какъ исчезаетъ цѣль, которою она держалась, и дѣлается, наконецъ, въ условiяхъ современнаго быта анахронизмомъ, потерявшимъ всѣ признаки своего прежняго юридическаго значенiя. Перейдемъ къ другому примѣру. Материнскiй дядя |дядя по матери|, продающiй по праву въ другое племя своихъ племянниковъ и племянницъ, и потомъ - отецъ патрiархальной семьи, распо-

лагающій правомъ жизни и смерти надъ своими дѣтьми, дѣйствовади въ свое время вполнѣ согласно съ чувствомъ права своихъ соплеменниковъ и сородичей, такъ какъ, продавая племянниковъ или дѣтей, смотря по той или другой организаціи семьи, они поддерживали условія существованія рода и племени, которымъ иначе грозило бы уничтоженіе при матеріальной нуждѣ и недостаткѣ въ средствахъ къ жизни, характеризующихъ первоначальныя общества. Въ то же время насильственное похищеніе женщинъ изъ чужого племени составляло вполнѣ цѣлесообразную и законную форму брака- такъ какъ обычай убивать дѣтей женскаго пола, проистекавшій изъ того же недостатка въ средствахъ къ существованію, дѣлалъ необходимымъ для дальнѣйшаго поддержанія рода похищенія женъ изъ чужого племени. Въ настоящее время этихъ обычаевъ, конечно, не существуетъ, кромѣ нѣкоторыхъ остатковъ ихъ среди нѣкоторыхъ дикихъ народовъ, и понятно, что, вслѣдствіе перемѣны быта, они претятъ въ высшей степени чувству права современнаго человѣка. У многихъ дикихъ племенъ, какъ, напримѣръ, у Замали, разбой до настоящаго времени считается дѣломъ чести, убійца - героемъ, и никто не имѣетъ права вступить въ бракъ прежде, чѣмъ не убьетъ, хотя бы одного человѣка. Въ Китаѣ наказываютъ врача, прописавшаго неправильный

рецептъ, розгами. Въ Индіи законодательство Ману предписывало вливать горячее масло въ ухо и ротъ несчастнаго судры, осмѣлившагося упрекнуть или уличить брамина въ неисполненіи его обязанностей. Въ древнемъ Египтѣ находили весьма понятнымъ, что человѣкъ, убившій даже по неосторожности какого нибудь ибиса, долженъ былъ необходимо искупить свою вину смертью. Европейцы среднихъ вѣковъ разсматривали также сожженіе и колесованіе, какъ высочайшіе акты правосудія. Магометанинъ, отступающій отъ вѣры своихъ отцовъ, произноситъ себѣ смертный приговоръ; современный европеецъ сослался бы въ этомъ случаѣ на признанную за нимъ по праву свободу совѣсти. Вотъ какъ измѣняются представленія о правѣ съ перемѣной мѣста и времени, и вотъ какъ одни и тѣ же дѣйствія на одной ступени развитія считаются тяжелымъ преступленіемъ, а на другой - вполнѣ признаннымъ правомъ. Само собою разумѣется, что и то, что мы сознаемъ въ настоящее время, какъ право, можетъ быть легко отвергнуто нашимъ потомствомъ и замѣнено тѣмъ, что намъ кажется теперь преступленіемъ. Прибавьте къ сказанному, что многія отношенія, поставленныя сначала подъ защиту религіозныхъ нормъ, перешли потомъ въ область юридическихъ, и наоборотъ, изъ чего, равно какъ и изъ предшествующихъ примѣровъ, слѣдуетъ,

но, что границы права, нравственности и религіи постоянно измѣняются, и что въ содержаніи того, что ими предписывается и запрещается, нельзя найти никакихъ основаній для ихъ различенія. Такимъ образомъ, изъ перечисленныхъ выше признаковъ права остается только моментъ защиты посредствомъ принужденія, которымъ право можетъ отличаться отъ нравственности и религіи. Но во всѣхъ указанныхъ группахъ явленій мы встрѣчаемся и съ этимъ моментомъ, - такъ какъ предписанія нравственности и религіи находятъ себѣ защиту въ общественномъ мнѣніи, въ общественной совѣсти и въ органахъ духовной власти, которые также реагируютъ противъ нарушителей своихъ предписаній, какъ и органы общественной власти, преслѣдующіе нарушителей нормъ юридическихъ. Поэтому самый фактъ защиты и принужденія не составляетъ еще признака различія права отъ нравственности и религіи, - но этотъ признакъ заключается несомнѣнно, въ формѣ защиты и послѣдствіяхъ, которыми сопровождается нарушеніе нормъ, принадлежащихъ къ области права и къ другимъ смежнымъ съ ней областямъ |Подробный анализъ перваго изъ указываемыхъ здѣсь признаковъ, а именно-особенной формы защиты права, вы найдете въ прекрасной книгѣ С. Муромцева: "Опредѣленіе права"|. Общей чертой всѣхъ юридическихъ нормъ служитъ то, что защита

регулируемыхъ ими отношенiй является строго организованной, съ опредѣленнымъ заранѣе порядкомъ установленiя, продолженiя и прекращенiя защищаемыхъ ими отношенiй. Эта защита осуществляется, вмѣстѣ съ тѣмъ, при дѣйствiи особыхъ, установленныхъ для того органовъ общественной власти, которые пользуются средствами внѣшняго принужденiя въ области права болѣе, чѣмъ въ какой нибудь другой области, - такъ какъ эти средства дѣйствуютъ въ качествѣ мотива, сильнѣе и, во всякомъ случаѣ, могутъ быть лучше всѣхъ другихъ средствъ подчинены правильному порядку. Вотъ особенности формы защиты, свойственныя, если не безусловно и не въ одинаковой степени всѣмъ правамъ безъ исключенiя, то, во всякомъ случаѣ, они свойственны громадному большинству ихъ и имѣютъ еще то преимущество предъ разобранными выше признаками права, что вовсе не распространяются за предѣлы его области. Въ сферѣ нравственности, религiи и нравовъ защита происходитъ всегда въ формахъ болѣе или менѣе неопредѣленныхъ. Эти формы обусловливаются здѣсь обстоятельствами каждаго даннаго случая. Такъ, напримѣръ, когда нарушенiе какого-либо отношенiя карается болѣе или менѣе сильнымъ порицанiемъ со стороны общественнаго мнѣнiя, когда это порицанiе переходитъ въ негодованiе, а это послѣднее сопровождается насильствен-

нымъ дѣйствіемъ противъ нарушителя, исполняемымъ какъ и гдѣ придется, или когда то же негодованіе лишаетъ провинившееся лицо почета и уваженія, которыми оно пользовалось дотолѣ со стороны общества, - во всѣхъ этихъ случаяхъ общественная защита выступаетъ въ неорганизованной формѣ. Ея способъ, размѣръ и средства опредѣляются положеніемъ дѣла и настроеніемъ умовъ въ данную минуту. Постоянныхъ органовъ контроля здѣсь нѣтъ, и средства принужденія, какъ напримѣръ, воспитательныя мѣры, общественный остракизмъ выступаютъ тутъ изрѣдка, не играя вовсе той роли, какую средства принужденія исполняютъ въ области права.

Другой, не менѣе характерный и не менѣе важный признакъ, которымъ право отличается отъ нравственности и другихъ общественныхъ факторовъ, состоитъ въ особенныхъ послѣдствіяхъ, сопровождающихъ нарушеніе правовыхъ нормъ. Эти послѣдствія, которыя принято называть юридическими, не встрѣчаются ни въ одной области, кромѣ правовой, и потому, очевидно, должны быть отнесены къ характеризующимъ послѣднюю признакамъ. Говорить подробно о послѣдствіяхъ правонарушеній мы будемъ при изложеніи ученій о различныхъ правахъ. Теперь же ограничимся замѣчаніемъ, что сущность юридическихъ послѣдствій правона-

рушенiй заключается въ томъ, что послѣ нарушенiя предписанiя, охраняющаго какой нибудь интересъ, - предписанiя, которое можетъ быть названо первичнымъ, - выступаетъ практически другое, вторичное предписанiе, направленное на принудительное исполненiе, на вознагражденiе потерпѣвшаго, наказанiе правонарушителя и проч...., такъ что эти вторичныя предписанiя, не смотря на измѣнившiяся обстоятельства, удовлетворяютъ тому же интересу, который лежитъ и въ основанiи нарушенной первичной нормы, но удовлетворяютъ ему только въ другихъ формахъ. Поясникъ сказанное примѣромъ. Послѣ нарушенiя первичной нормы - "ты не долженъ красть" - вступаетъ въ силу множество вторичныхъ нормъ, различныхъ отъ первой какъ по формѣ, такъ и по непосредственному направленiю, а именно - предписанiя такого рода: " ты долженъ возстановить украденное", "понести должное наказанiе" и проч. Удовлетворенiе интереса въ первоначальной формѣ сдѣлалось невозможно вслѣдствiе неповиновенiя; оно наступаетъ въ формѣ осуществленiя вторичныхъ нормъ, или юридическихъ послѣдствiй неповиновенiя, которыя, такимъ образомъ, въ своемъ существенномъ значенiи являются эквивалентами повиновенiя. Таково значенiе юридическихъ послѣдствiй, которыя усиливаютъ обыкновенно дѣйствительность

первичныхъ нормъ, а чаще - впервые доставляютъ имъ эту дѣйствительность, такъ какъ практическое отношеніе правопорядка къ какимъ нибудь цѣлямъ дѣлается часто возможнымъ только благодаря угрозѣ принудительнаго исполненія, опредѣленію наказанія и проч. Итакъ, организованная форма защиты отношеній и юридическія послѣдствія нарушеній нормъ - вотъ двѣ отличительныя черты правовыхъ явленій, безъ отношенія къ которымъ невозможно рѣшить, содержитъ ли въ себѣ данное требованіе предписаніе права или нѣтъ, или отвѣтить, почему, напримѣръ, въ однѣхъ странахъ запрещеніе самоубійства имѣетъ характеръ юридической нормы, а въ другихъ - нѣтъ. Мы не встрѣчаемъ указанныхъ признаковъ права только въ области идеальнаго правопорядка, почему и относимъ послѣдній къ области нравственныхъ явленій. Съ ними онъ сходенъ во всѣхъ своихъ основныхъ чертажъ и не отличается отъ нихъ приведенными выше признаками, которые, отсутствуя во всѣхъ общественныхъ явленіяхъ, кромѣ права, служатъ, такимъ образомъ, единственно возможной и правильной характеристикой послѣдняго. - Комбинируя эти приемки съ тѣмъ, что выше было говорено о правѣ вообще, мы получимъ слѣдующее опредѣленіе этого понятія. Пра-

---

комъ должно называть порядокъ отношеній людей, соединенныхъ въ общество, порядокъ, регулируемый соображеніемъ объ общемъ благѣ и обезпечиваемый такой защитой, которая отличается, во первыхъ, своимъ организованнымъ характеромъ и, во вторыхъ, особыми юридическими послѣдствіями, не встрѣчающимися въ другихъ порядкахъ человѣческихъ отношеній.

2. ОПРЕДѢЛЕНІЕ ГРАЖДАНСКАГО ПРАВА.

Добывъ это опредѣленіе права, мы можемъ теперь узнать, что такое гражданское право, а именно какія изъ защищаемыхъ вышеуказаннымъ способомъ отношеній должны быть отнесены къ его области.

Господствующее опредѣленіе называетъ гражданское право системой нормъ, регулирующихъ частныя отношенія и преслѣдующихъ частное благо отдѣльныхъ лицъ, составляющихъ общество, почему гражданское право называется часто также "частнымъ правомъ" Privatrecht.|. Изъ этого опредѣленія гражданскаго права видно, что это послѣднее, какъ въ процессѣ образованія, такъ и въ преслѣдованіи своихъ спеціальныхъ цѣлей, сводится къ потребностямъ и цѣлямъ чисто индивидуальнаго существованія человѣка и ста-

вится, такимъ образомъ, въ прямую противоположность съ правомъ публичнымъ, имѣющимъ дѣло съ интересами не отдѣльнаго лица, а цѣлаго общества. Это разграниченіе между публичнымъ и гражданскимъ правомъ по различію цѣли того и другого ведетъ свое начало отъ извѣстнаго изреченія Ульпіана: publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem. Но это изреченіе, реципированное въ Западной Европѣ и положенное въ основаніе изученія гражданскаго права, не даетъ никакого признака, по которому можно было бы узнать, въ чьихъ интересахъ постановлена та или другая юридическая норма: въ интересахъ-ли государства или отдѣльнаго лица. Кромѣ того, Ульпіановское разграниченіе между гражданскимъ и публичнымъ правомъ, - которое есть, вмѣстѣ съ тѣмъ, и господствующее, - можно упрекнуть еще въ томъ, что оно способствовало въ значительной мѣрѣ затемненію слѣдующей простой истины. Принимая даже, что нормы гражданскаго права имѣютъ своимъ непосредственнымъ предметомъ отношеніе отдѣльныхъ интересовъ между собою, нельзя упускать изъ виду, что эти нормы, наравнѣ со всѣми прочими юридическими нормами, находятъ свое основаніе, мѣру и цѣль также въ общихъ интересахъ и являются, слѣдовательно, ничѣмъ

нимъ, какъ выраженіемъ этихъ послѣднихъ. Потребность въ извѣстной организаціи семьи и въ обезпеченномъ исполненіи обязательствъ основана на общемъ интересѣ, хотя изъ нея вытекаютъ и чисто гражданскія права, тогда какъ титулы, ордена и другія почетныя отличія, основанныя, прежде всего, на индивидуальномъ интересѣ, даютъ мѣсто публичнымъ правамъ, и если говорятъ, что общество заинтересовано и въ этихъ послѣднихъ, то на это легко отвѣтить указаніемъ на то, что всякое законодательство имѣетъ или должно имѣть цѣлью удовлетвореніе общихъ интересовъ. Поэтому вытекающее изъ опредѣленія Ульпіана противоположеніе частныхъ интересовъ публичнымъ вообще слѣдуетъ признать неправильнымъ уже потому, что публичные интересы составляются изъ частныхъ, и намъ уже извѣстно, что всякое право, къ какой бы спеціальной отрасли оно ни принадлежало, есть элементъ общественнаго устройства и существуетъ только для споспѣшествованія общему благу. Въ этомъ смыслѣ, всѣ права будутъ одинаково публичными. Съ другой стороны, мы также видѣли, что всякое право служитъ личности: omne ius hominum causa constitutum est; слѣдовательно, разсматриваемое съ этой стороны, все право будетъ частнымъ, но опять таки безъ всякаго разли-

чія между его частями. Признавъ такую соотносительность понятій частнаго и общаго интересовъ, намъ могутъ, тѣмъ не менѣе, возразить, что связь частныхъ интересовъ съ общими можетъ быть различна. Въ однихъ случаяхъ она можетъ быть такъ тѣсна, что лишеніе какого-нибудь блага будетъ ощущаться всѣми членами общества въ одинаковой степени, такъ что оно не можетъ быть отнято у одного изъ нихъ и оставлено за другимъ: напримѣръ, нападеніе на государственную территорію, преступленія противъ государственнаго порядка угрожаютъ одинаково благу всѣхъ членовъ государства. Нарушеніе другихъ интересовъ, какъ напримѣръ, интересовъ жизни, свободы, пользованія имуществомъ отдѣльныхъ лицъ затрогиваетъ общее благо только посредственнымъ образомъ, такъ какъ въ этихъ случаяхъ нарушаются, прежде всего, интересы ихъ непосредственныхъ носителей, за которыми общественный интересъ выступаетъ уже на второмъ планѣ. Мы не отрицаемъ возможности такого различія въ степени участія общественнаго интереса въ интересахъ отдѣльныхъ лицъ, но думаемъ, что оно не можетъ дать прочнаго и удовлетворительнаго критерія для разграниченія областей гражданскаго и публичнаго права. Опираясь на указанное различіе, пришлось бы, съ одной стороны, отнести

къ гражданскому праву нормы, охраняющія жизнь, свободу и честь человѣка, наравнѣ съ другими нормами, направленными на защиту собственности и другихъ имущественныхъ отношеній. Утверждать различіе между можно тѣми и другими нормами съ точки зрѣнія частнаго интереса было бы, по меньшей мѣрѣ, произвольно, такъ какъ отдѣльное лицо заинтересовано въ охраненіи своей жизни и свободы никакъ не менѣе, чѣмъ въ охраненіи имущественныхъ отношеній. Съ другой стороны, пришлось бы причислить къ гражданскому праву и всѣ законы, издаваемые въ интересахъ отдѣльныхъ лицъ или отдѣльныхъ классовъ общества. Такъ напримѣръ, таможенныя пошлины и запрещенія ввоза извѣстныхъ продуктовъ имѣютъ по большей части, цѣлью помочь отдѣльнымъ отраслямъ промышленности страны, а иногда это покровительство относится даже къ опредѣленному, единичному предпріятію. Если говорить, что государство издаетъ здѣсь законы въ своемъ собственномъ интересѣ, идущемъ рука объ руку съ интересами фабрикантовъ, то относительно таможенныхъ законовъ такое соображеніе можетъ быть признано вѣрнымъ не болѣе и не менѣе, чѣмъ относительно и всякой иной юридической нормы. Таможенный законъ, какъ и всякій другой, служитъ интересу общества, но онъ удовлетворяетъ ему не непосредственно, а чрезъ ока-

ваніе помощи тѣмъ отраслямъ промышленности, въ развитіи которыхъ заинтересовано все общество. Слѣдовательно, съ точки зрѣнія оспариваемаго нами взгляда, таможенные законы должны бы непремѣнно сдѣлаться источниками гражданскаго права для лицъ, пользующихся ихъ покровительствомъ. Между тѣмъ, ни одинъ юристъ и ни одно законодательство не придавали никогда таможеннымъ законамъ свойства гражданскихъ и всегда относили ихъ къ области публичнаго права, такъ какъ дѣло идетъ здѣсь о правѣ, принадлежащемъ, несомнѣнно, одному государству, не обязанному вовсе вознаграждать частныхъ лицъ въ тѣхъ случаяхъ, когда они терпятъ убытки отъ отмѣны существующихъ пошлинъ. Отсутствіе права на вознагражденіе есть въ данномъ случаѣ послѣдствіе непризнанія гражданскаго права, несмотря на наличность индивидуальнаго имущественнаго интереса, и этотъ примѣръ показываетъ ясно, что нормы публичнаго права могутъ быть направлены на защиту и частныхъ интересовъ, безъ того, чтобы носители этихъ интересовъ имѣли гражданскія права. Съ другой стороны, приведенные выше примѣры изъ семейнаго и обязательственнаго права показываютъ что взятыя въ нихъ отношенія устанавливаются на почвѣ чисто общественнаго интереса.-Изъ сказаннаго явствуетъ, что различіе между публичнымъ и гражданскимъ правами, опирающееся на различіи частнаго и общаго и

реса, не выдерживаетъ критики такъ же, какъ не мо-
ъ выдержать ее никакое иное различіе, основанное
а соображеніяхъ о существѣ юридической нормы и воз-
жности того или другого содержанія ея. Всѣ юри-
ическія нормы имѣютъ принудительную силу и всѣ
характеризуются или должны характеризоваться
диннымъ и тѣмъ же общимъ признакомъ - служеніемъ об-
щественному интересу; слѣдовательно, различія въ
этомъ отношеніи между ними не можетъ быть никако-
го.

Также мало основательно различіе между граж-
данскимъ и публичнымъ правомъ-по различію лицъ, къ
которымъ обращаются юридическія нормы, или по раз-
личной группировкѣ этихъ лицъ въ отношеніяхъ пуб-
личнаго и гражданскаго права. Если говорятъ, что от-
ношенія перваго рода характеризуются многочисленно-
стью, а отношенія второго рода - малочисленностью
участвующихъ въ нихъ лицъ, то противъ этого разли-
чія можно возразить сейчасъ же указаніемъ на прина-
лежащія, несомнѣнно, гражданскому праву товари-
ческія отношенія по ссудо-сберегательнымъ, потреби-
тельнымъ и другимъ обществамъ, въ которыхъ участву-
ютъ часто огромная масса лицъ, тогда какъ иныя от-
ношенія публичнаго права, напримѣръ, отношеніе меж-
ду монархомъ и первымъ министромъ, не заключаютъ

въ себѣ болѣе двухъ лицъ. Если намъ говорятъ, затѣмъ, что нормы гражданскаго права обращены къ частнымъ лицамъ, а нормы публичнаго права - къ представителямъ государственной власти, то противъ этого опять слѣдуетъ сказать, что не всѣ нормы, обязывающія частное лицо, устанавливаютъ гражданское право, такъ же какъ и не всѣ нормы, обязывающія представителей общественной и государственной организаціи, устанавливаютъ публичное право. Положеніе о воинской повинности и объ исполненіи обязательствъ касаются однихъ и тѣхъ же лицъ, хотя первое изъ этихъ положеній относится къ публичному, а второе - къ гражданскому праву. 43с

Мы упомянемъ еще объ одной попыткѣ разграниченія публичнаго и гражданскаго права, принадлежащей нашему знаменитому юристу - Кавелину. Въ сочиненіи "Что такое гражданское право и гдѣ его предѣлъ", вышедшемъ въ 1864 году, Кавелинъ ищетъ также безуспѣшно, какъ и его западные предшественники, критерія, по которому можно было бы узнать, что есть гражданское право и что не должно быть имъ, и думаетъ, что онъ нашелъ этотъ критерій въ имущественномъ интересѣ, составляющемъ, какъ будто, особенность всѣхъ институтовъ гражданскаго права. Все что носитъ на себѣ печать имущественнаго интереса, въ

какой бы области права, построенной на основаніи теперешней классификаціи его, мы не встрѣтились съ этимъ интересомъ, - должно быть отнесено, по мнѣнію Кавелина, къ гражданскому праву, - куда попадаетъ поэтому не только то, что изложено въ нашемъ X т. или во всякомъ иномъ цивильномъ кодексѣ, но и множество отдѣловъ финансоваго и полицейскаго права, гдѣ идетъ рѣчь объ имущественныхъ институтахъ, напримѣръ, налоговое обложеніе, повинности и т.д.; сюда же включается и стоящій нынѣ отдѣльно уставъ о службѣ гражданской, на сколько онъ соприкасается съ вопросомъ о жалованьи, которымъ оплачивается служба. Наоборотъ, все, что не заключаетъ въ себѣ имущественнаго интереса, должно быть выброшено какъ изъ нашего X т., такъ и изъ гражданскаго права вообще; въ число исключаемыхъ, такимъ образомъ, изъ послѣдняго институтовъ попадаютъ, напримѣръ, брачное и семейное право, права состоянія и т.д...Но, къ сожалѣнію для теоріи Кавелина, понятіе имущественнаго интереса, взятое имъ за объединяющее все гражданское право начало, не въ состояніи вывести насъ изъ затрудненія, возникающаго при опредѣленіи границъ между гражданскимъ и публичнымъ правомъ. Бываютъ случаи, гдѣ имущественный интересъ имѣется на лицо, между тѣмъ какъ юридическія нормы, регулирую-

щія эти случаи, принадлежатъ вовсе не гражданскому, а публичному, праву, что мы видѣли уже на примѣрѣ таможенныхъ законовъ, къ которымъ можно присоединить законы о бюджетѣ, конфискаціяхъ и множество другихъ отношеній, принадлежащихъ, безспорно, публичному праву, не смотря на свой имущественный характеръ. Съ другой стороны, имущественный интересъ можетъ совсѣмъ отсутствовать при отысканіи чисто гражданскихъ правъ, напримѣръ, правъ состоянія, законности рожденія, исполненія по обязательствамъ, которыя отличаются своимъ неимущественнымъ характеромъ, и съ которыми мы познакомимся ближе при опредѣленіи области интересовъ, защищаемыхъ въ гражданскомъ правѣ. Изъ сказаннаго нужно заключить, что имущественный интересъ: I| сопутствуетъ не исключительно только институтамъ гражданскаго права, 2| не всегда сопутствуетъ и этимъ институтамъ, и не покрываетъ, слѣдовательно, всѣхъ признаковъ гражданскаго права. Слѣдуетъ замѣтить еще, въ объясненіе теоріи Кавелина, что она была выставлена въ нашей литературѣ не изолированно, а въ связи съ западнымъ движеніемъ научной мысли, обращенной на настоящій вопросъ и не удовлетворявшейся болѣе римскимъ разграниченіемъ областей публичнаго и гражданскаго права. (Приписываніе гражданскому праву защиты однихъ имуществен- 46с

ныхъ интересовъ давно уже характеризуетъ нѣмецкую юриспруденцію и особенно рельефно выступаетъ въ послѣднее время у извѣстнаго германиста-Зоома, утверждающаго, что все право представляетъ двѣ сферы юридическаго господства: одну - надъ лицами, и другую - надъ вещами. Первая обнимаетъ публичное, вторая - гражданское право, и различіе между тѣмъ и другимъ характеризуется противоположеніемъ между собственностью, какъ правомъ на вещь, и полномочіями главы государства на личность своихъ подданныхъ. "Къ публичному праву, говоритъ Зоомъ, принадлежатъ: государственное, международное, церковное, уголовное, процессуальное и, такъ называемое, чистое семейное право |напримѣръ, заключеніе браковъ, разводы|; гражданское право составляется изъ имущественнаго права, съ которымъ соединяютъ обыкновенно, и не безъ основанія, изложеніе и части семейнаго права" | Sohm, Institutionen des römischen Reichts стр. 10|. Не смотря на ясность и точность, съ которой эта теорія формулирована, она такъ же поверхностна, какъ и теорія Кавелина. Она даетъ мѣсто тѣмъ же возраженіямъ, которыя были приведены противъ послѣдней, и совершенно опровергается тѣмъ простымъ наблюденіемъ, которое намъ показываетъ, что объекты права вовсе не играютъ рѣшающей роли при разграни-

ниченiи публичнаго и гражданскаго права. Господство надъ личностью встрѣчается не только въ публичномъ, но и въ гражданскомъ правѣ, составляя даже главное содержанiе этого послѣдняго, а господство надъ вещью не представляетъ рѣдкости и въ отношенiяхъ публичнаго права, что мы видимъ, напримѣръ, въ случаяхъ налоговъ, конфискацiй, концессiй, управленiя государственными имуществами и т.д... Слѣдовательно теорiя Зома такъ же несостоятельна, какъ и всѣ предшествующiя ей теорiи, пытавшiяся разграничить публичное и гражданское право по различiю цѣли того и другого, лицъ, повинующихся тому и другому, и интересовъ, защищаемыхъ въ той и другой отрасли права. Несостоятельность всѣхъ этихъ построенiй привела одного изъ новѣйшихъ юристовъ швейцарца Рогена| Roguin |, въ сочиненiи, озаглавленномъ "la règle de droit" и выпущенномъ въ 1889 году, - къ отчаянному рѣшенiю: считать единственнымъ критерiемъ для различiя публичнаго и гражданскаго права волю законодателя и причислять то или другое юридическое отношенiе къ публичному или гражданскому праву въ зависимости только отъ того, къ какой изъ этихъ отраслей права оно отнесено законодателемъ. Мы назвали это рѣшенiе отчаяннымъ потому, что оно не рѣшаетъ ничего. Не говоря о томъ,

что вездѣ встрѣчаются отношенiя, которыя возникаютъ и развиваются независимо отъ воли законодателя и, слѣдовательно, не отъ нея получаютъ свое опредѣленiе, выходъ, предложенный Рогеномъ, не объясняетъ: почему и въ какой формѣ законодатель признаетъ то или другое отношенiе принадлежащимъ публичному или гражданскому праву, а не объясняя этого, онъ не объясняетъ собственно ничего. Не останавливаясь поэтому далѣе на предложенiи Рогена и сознавая, съ другой стороны всю тщетность усилiй открыть какое-либо матерiальное различiе между публичнымъ и гражданскимъ правомъ, намъ остается признать между ними опять одно формальное различiе, обусловленное способомъ защиты и юридическими послѣдствiями, сопровождающими нарушенiе нормъ того и другого права.

Если мы нашли выше, что право вообще характеризуется, какъ порядокъ и форма защиты регулируемыхъ имъ отношенiй, то понятно, что различiя въ этомъ порядкѣ и формахъ защиты должны быть единственными различiями, способными лечь въ основанiе классификацiи права. Граница между публичнымъ и гражданскимъ правомъ представится намъ тогда въ слѣдующемъ видѣ: юридическая норма будетъ устанавливать гражданское право въ тѣхъ случаяхъ, когда она предоставитъ въ распоряженiе лица, интересы котораго она защищаетъ,

средства устранить послѣдствія нарушеній этой нормы; отличительнымъ признакомъ гражданскаго права будетъ гражданскій искъ. Публичными нормами окажутся всѣ прочія нормы, осуществляемыя не искомъ, а непосредственной инціативой государственной власти.

Первое указаніе на сдѣланное сейчасъ различіе между нормами гражданскаго и публичнаго права принадлежитъ знаменитому Іерингу, который еще въ сочиненіи "Духъ римскаго права" опредѣлялъ гражданское право, какъ "самозащиту интересовъ" и доказывалъ, что "критерій гражданскихъ правъ, въ отличіе отъ всѣхъ другихъ заключается въ искѣ". Послѣ него этотъ же взглядъ былъ болѣе точно формулированъ и обстоятельно развитъ другимъ нѣмецкимъ юристомъ, Трономъ, въ сочиненіи "Rechts-norm und subiectives Recht", и, наконецъ, въ нашей литературѣ онъ также защищается въ сочиненіи Муромцева "Опредѣленіе права" и въ моей книгѣ "Общественный интересъ въ гражданскомъ правѣ". Возвращаясь теперь къ этому взгляду, я нахожу, что онъ требуетъ поправки; когда Тоонъ говоритъ, что гражданское право есть такое право, которое защищается гражданскимъ искомъ, то въ этихъ словахъ нѣтъ еще опредѣленія гражданскаго права, такъ какъ въ нихъ повторяется то самое понятіе, которое еще требуетъ опредѣленія | petitio principii |.

Далѣе, - и это еще болѣе существенная ошибка Тоона, онъ характеризуетъ гражданское право такимъ моментомъ, который выступаетъ наружу только при нарушеніи этого права. Онъ говоритъ, что гражданское право есть право, защищаемое послѣ его нарушенія гражданскимъ искомъ, т.е. такимъ средствомъ защиты, которое предоставлено усмотрѣнію заинтересованнаго лица;значитъ - характеристика права берется здѣсь прямо изъ послѣдствій его нарушенія. Между тѣмъ, несомнѣнно, что какъ гражданское, такъ и публичное право существуютъ и въ состояніи ненарушимости. Поэтому характеристика того и другого должна быть сдѣлана на основаніи не только тѣхъ моментовъ, которые являются послѣ нарушенія права, но и того состоянія права, которое предшествуетъ его нарушенію. Это чувствуетъ, какъ будто, и самъ Тоонъ, не останавливающійся на одномъ формальномъ разграниченіи публичнаго и гражданскаго права. Онъ ищетъ еще дополнительнаго признака различія между тѣмъ и другимъ въ области охраняемыхъ ими интересовъ и опредѣляетъ гражданское право не только по формѣ защиты, но и по содержанію ея, - какъ защиту отдѣльнаго интереса, даваемую противъ такого же отдѣльнаго интереса другого лица. И дѣйствительно, формальное, опирающееся на одни только способы защиты, различіе между публичнымъ и гражданскимъ пра-

вомъ можетъ ограничить удовлетворительно область примѣненія того и другого права, но не отвѣчаетъ еще на вопросъ: какія именно отношенія, и почему тѣ, а не другія отношенія, защищаются въ порядкѣ гражданскаго суда, и наоборотъ. Отвѣтъ на этотъ вопросъ мы имѣемъ въ указаніи извѣстнаго Берлинскаго профессора Дернбурга | Lehrbuch des preussischen Privatrechts | на двойственность положенія человѣка въ обществѣ и на проистекающую отсюда двойственность въ организаціи самого права. Каждый человѣкъ въ обществѣ мыслится какъ индивидъ и какъ членъ высшаго единства: въ первомъ случаѣ онъ имѣетъ свои собственные интересы, въ которыхъ общественная власть защищаетъ его въ порядкѣ гражданскаго суда при условіи соотвѣтствія этихъ интересовъ съ соображеніемъ объ общественномъ благѣ; но интересы индивида не перестаютъ отъ этого быть его индивидуальными интересами. Во второмъ случаѣ индивидъ выступаетъ уже не какъ таковой, а въ связи съ другими индивидами и съ цѣлыми общественными союзами; онъ преслѣдуетъ тутъ не собственные интересы, а такіе, которые онъ раздѣляетъ со всѣми подобными себѣ индивидами и которые защищаются по-

---

этому въ порядкѣ публичнаго права. Такимъ образомъ, право заключено, по словамъ Дернбурга, между двухъ полюсовъ: съ одной стороны индивидъ, съ другой - общество. Примиреніе этихъ полюсовъ совершается такимъ образомъ, что права индивида уважаются лишь въ тѣхъ границахъ, въ которыхъ они согласуются съ общимъ благомъ, и въ этихъ же границахъ публичное право признаетъ вполнѣ гражданскую автономію. Въ этихъ словахъ Дернбурга указывается материальное отношеніе между публичнымъ и гражданскимъ правомъ и заключается значительная доля истины, которая затемнена только старымъ и не выдерживающимъ, какъ это намъ уже извѣстно, критики-противоположеніемъ между общимъ и частнымъ интересомъ. Важная заслуга Тона и еще другого, чрезвычайно талантливаго нѣмецкаго юриста Меркеля, рецензировавшаго сочиненіе Тона [см. Zeitschrift für Vgl. Privat und Öffentliches Recht B. VI, 1879 г.], состоитъ въ томъ, что во 1), они перерѣзали сдѣлавшееся традиціоннымъ въ нашей наукѣ противоположеніе интересовъ въ ихъ существѣ на противоположеніе въ одномъ только направленіи этихъ интересовъ - или другъ противъ друга или въ отношеніи ихъ къ государственной власти, - и во 2), они ясно сознали не-

обходимость различать публичное и гражданское право не по нормамъ, принадлежащимъ тому и другому праву, и носящимъ, въ общемъ, одну и ту же природу, а только по юридическимъ отношеніямъ, возникшимъ при дѣйствіи этихъ нормъ. Что нормы, сами по себѣ, не даютъ признака различія между публичнымъ и гражданскимъ правомъ, убѣдиться въ этомъ можно также изъ того, что чисто гражданскія права, какъ, напримѣръ, право собственности, охраняется не только гражданскимъ искомъ по началу личной иниціативы, но и санкціей уголовно-государственнаго преслѣдованія, давая, такимъ образомъ, мѣсто не одной гражданской, но и публичной защитѣ права, тогда какъ другія отношенія того же гражданскаго права, какъ напримѣръ, дорожный сервитутъ, наслѣдованіе по закону, обязанность дѣтей къ содержанію бѣдныхъ и престарѣлыхъ родителей и т. п. устанавливаются и прекращаются не только по волѣ и усмотрѣнію заинтересованныхъ лицъ, но и въ силу общаго требованія закона. Точно также многія отношенія публичнаго права, какъ, напримѣръ, обвиненіе въ преступленіяхъ, преслѣдуемыхъ только по частнымъ жалобамъ, подача апелляцій и другихъ отзывовъ со стороны лицъ, стоящихъ въ томъ или другомъ отношеніи публичнаго права, предоставляется свободному усмотрѣнію этихъ лицъ, безъ того, что-бы

отношенія, въ которыхъ они стоятъ, переставали вслѣдствіе этого быть отношеніями публичнаго права. Такимъ образомъ, независимо даже отъ своей общей природы, юридическія нормы отличаются такой подвижностью и способностью перемѣщаться изъ одной сферы права въ другую, что о различіи ихъ другъ отъ друга по признакамъ, выведеннымъ изъ нихъ самихъ, не можетъ быть и рѣчи. Остается, слѣдовательно, признать различіе между нормами публичнаго и гражданскаго права только по проистекающимъ изъ нихъ юридическимъ отношеніямъ. Если эти отношенія представляютъ намъ защиту отдѣльнаго интереса противъ такого же отдѣльнаго интереса другихъ лицъ, - какъ это бываетъ, напримѣръ, при исковой защитѣ права собственности, права по обязательству и т. д., то мы говоримъ о гражданскихъ правахъ - даже въ тѣхъ случаяхъ, когда заинтересованыя въ нихъ лица не могутъ сами, вслѣдствіе дѣтства, сумасшествія или другихъ препятствій, участвовать лично въ осуществленіи предоставленной имъ защиты права. Напротивъ, мы называемъ права, принадлежащія государственной власти какъ таковой, ея органамъ-противъ отдѣльныхъ лицъ, и этимъ послѣднимъ - противъ первой - публичными, и въ тѣхъ случаяхъ, когда сами заинтересованные участвуютъ формально въ защитѣ своихъ правъ. Если отсюда слѣдуетъ

заключеніе, что рѣшающее значеніе при разграниче-
ніи публичнаго и гражданскаго права должно быть
признано не за формами защиты, а за направленіемъ
участвующихъ въ этой защитѣ интересовъ, и что это
направленіе интересовъ и формы защиты, вопреки мнѣ-
нію Тоона, не всегда совпадаютъ другъ съ другомъ,
то точкѣ зрѣнія Тоона нужно, тѣмъ не менѣе, сдѣлать
слѣдующую уступку. Содержаніе гражданскихъ правъ и
направленіе интересовъ, требующихъ здѣсь защиты, сто-
ятъ вовсе не индифферентно къ формамъ этой защиты.
Сущности гражданскихъ правъ соотвѣтствуютъ извѣст-
ныя формы защиты въ большей мѣрѣ, чѣмъ другія. Ей
соотвѣтствуетъ, прежде всего, то, чтобы управомочен-
ное лицо, насколько оно, по крайней мѣрѣ, дѣеспособ-
но, получало рѣшающее вліяніе на осуществленіе пре-
доставленной ему защиты. Между же всевозможными фор-
мами участія заинтересованнаго лица въ осуществленіи
своего права - форма гражданскаго иска находится въ
наибольшемъ соотвѣтствіи съ природой гражданскихъ
правъ, такъ какъ преобладаніе этой формы въ области
нормъ гражданскаго права и процесса не можетъ счи-
таться случайнымъ и имѣетъ основаніе не въ чемъ дру-
гомъ, какъ въ особомъ направленіи интересовъ, защи-
щаемыхъ въ своихъ взаимныхъ отношеніяхъ другъ къ дру-
гу - именно въ исковой, а не въ какой-либо другой фор-

мѣ. Поэтому, если то, т. е. собственное участіе въ осуществленіи своего права, и не имѣетъ въ системѣ юридическихъ понятій непосредственно того рѣшающаго значенія, какое приписывается ему Тономъ, то эта форма защиты права связана, тѣмъ не менѣе, до такой степени съ юридическими отношеніями, которымъ принадлежитъ рѣшающее значеніе, что, въ виду удобства и быстроты анализа, мы можемъ пользоваться вѣрнымъ и всегда очевиднымъ симптомомъ - вмѣсто сложнаго и поэтому же труднаго распознаваемаго явленія. Примемъ, при этомъ, въ соображеніе, что публичное и гражданское право отдѣляются другъ отъ друга только идеально и представляютъ часто, по мѣткому выраженію одного писателя, "двѣ стороны одного и того же отношенія жизни", которыя постоянно переплетаются и переходятъ другъ въ друга, смотря по различію представленій объ общей пользѣ, государственномъ вмѣшательствѣ, свободѣ личности и различію другихъ, чисто матеріальныхъ условій исторической жизни. Такъ, напримѣръ, въ Испаніи существуютъ до сихъ поръ частныя ассоціаціи, преслѣдующія чисто полицейскія цѣли, точно такъ же, какъ интересы народнаго и высшаго образованія охраняются и теперь въ однѣхъ странахъ въ формахъ организаціи публичнаго права, а въ другихъ - предоставлены вполнѣ или отчасти на произволъ личной

иниціативы. Вспомнимъ, наконецъ, что матеріальное отношеніе между публичнымъ и гражданскимъ правомъ, хотя и объясняетъ формальное различіе ихъ другъ отъ друга, но не даетъ, въ то же время, такого виднаго и удобнаго критерія для разграниченія области ихъ примѣненія, какой указывается формами защиты того и другого права, - и тогда, за всѣми сдѣланными выше оговорками, мы можемъ допустить Тооновское разграниченіе публичнаго и гражданскаго права, и опредѣлить послѣднее, какъ порядокъ такихъ отношеній, которыхъ организованная и сопровождаемая юридическими послѣдствіями защита предоставлена иниціативѣ и усмотрѣнію отдѣльныхъ лицъ. 165 стр

3. ЗАДАЧИ И МЕТОДЫ ГРАЖДАНСКАГО ПРАВОВѢДѢНІЯ.

Покончивъ съ опредѣленіемъ гражданскаго права и съ отдѣленіемъ его области отъ другихъ болѣе или менѣе близко соприкасающихся съ нимъ областей общественныхъ и правовыхъ явленій, мы перейдемъ теперь къ вопросу о задачахъ и методахъ гражданскаго правовѣдѣнія. Этотъ вопросъ имѣетъ для насъ еще болѣе значенія, чѣмъ опредѣленіе права, такъ какъ, если послѣднее дало намъ возможность ориентироваться

въ группѣ изучаемыхъ явленій, то только установле-
ніе задачи и метода можетъ указать намъ на цѣль изу-
ченія этихъ явленій и на средства, которыя должны
быть избраны для ея достиженія. Мы имѣемъ въ нашей
литературѣ интересную брошюру С. Муромцева, озаглав-
ленную "Что такое догматъ права". Разсматривая во-
просъ о задачахъ правовѣдѣнія, авторъ этой брошюры
предлагаетъ исходить изъ важнаго различія, пользую-
щагося въ настоящее время достаточнымъ признаніемъ,
а именно - различія между областью науки и искусст-
ва, или знаній теоретическихъ и практическихъ. Въ
теоріи позитивизма, которая усваивается въ настоя-
щемъ вопросѣ нашимъ авторомъ, наукѣ приписывается
цѣль раскрытія законовъ или постоянства отношеній
изслѣдуемыхъ ею явленій. Искусство напротивъ, счи-
тается принадлежащимъ не къ той области чистой мы-
сли, которая есть достояніе науки, а къ области прак-
тической дѣятельности человѣка, изучаемой при этомъ
не въ видахъ открытія ея законовъ, а только для луч-
шаго ознакомленія съ нею и возможнаго воздѣйствія на
нее. Другими словами, насъ учатъ, что въ области ис-
кусства мы имѣемъ дѣло съ практическимъ знаніемъ, рас-
считаннымъ на непосредственное приложеніе къ жизни,
тогда какъ въ области науки мы направляемъ нашу ра-
боту на одно теоретическое знаніе или законы явле-

ній, независимо отъ ихъ примѣненія. Имѣть въ виду это различіе между наукой и искусствомъ особенно важно при сужденіи о задачахъ гражданскаго правовѣдѣнія, такъ какъ оно занимается явленіями, которыя, съ одной стороны, служатъ предметомъ научнаго изученія, въ смыслѣ объектовъ для открытія законовъ этихъ явленій, а съ другой,- выступаютъ и въ практической жизни въ качествѣ сильнѣйшихъ стимуловъ человѣческой дѣятельности и дѣлаются также съ этой стороны предметомъ изученія особаго искусства, извѣстнаго подъ именемъ "догмы права". Это послѣднее отличается существенно какъ своимъ предметомъ, такъ и задачей отъ научнаго правовѣдѣнія. Догма права есть искусство, имѣющее своимъ предметомъ познаніе той практической дѣятельности человѣка, которая называется правомъ; задачей изученія является здѣсь ближайшее знакомство съ дѣйствующимъ въ жизни правомъ и непосредственное примѣненіе выводовъ изслѣдователя-практика къ дѣйствительности, съ цѣлью практическаго воздѣйствія на эту дѣйствительность. Наука права, какъ и всякая наука, имѣетъ, напротивъ, своимъ предметомъ одни законы изучаемыхъ ею явленій, а задачей - раскрытіе этихъ законовъ безъ всякаго отношенія къ ихъ примѣненію на практикѣ.

Это различіе между наукой и догмой права можно

признать въ общемъ, правильнымъ, но лишь со слѣдующими оговорками. Во первыхъ, если вѣрно, что право есть предметъ не только знанія, но и примѣненія, то отсюда вовсе еще не слѣдуетъ того, что изложеніе дѣйствующаго права, составляющее предметъ догматическаго правовѣдѣнія, разсчитано не на знаніе, а на одно примѣненіе и практику, и что поэтому уже оно представляетъ собою искусство. Догматическое правовѣдѣніе учитъ праву, а не примѣненію права, подобно тому, какъ учебники анатоміи и патологіи учатъ медицинѣ, а не искусству лѣченія, которое такъ же, какъ и искусство примѣненія права, дается одной практикой. Значитъ, догма права есть не примѣненіе, даже не школа примѣненія права, а одно изученіе дѣйствующаго права, которое дѣйствительно имѣетъ своею задачею примѣненіе его на практикѣ, но характеризуется, тѣмъ не менѣе, всѣми чертами познавательной, а не практической дѣятельности. Поэтому не нельзя признать удачной квалификацію догмы права названіемъ "искусства", не смотря на то, что за эту квалификацію стоитъ не только Муромцевъ, но и много другихъ юристовъ, какъ напримѣръ Schlossmann, Offnung, Liet и другіе. Не говоря о противорѣчіи этого названія, въ примѣненіи къ праву съ обычнымъ словоупотребленіемъ которому совершенно неизвѣстны названія "искусство

права" и "артистовъ" въ этой области, мы замѣтимъ, что понятіе искусства предполагаетъ ловкость, умѣнье и знаніе, воплощенныя уже въ дѣло - все это такія черты, которыхъ мы не встрѣчаемъ въ догматическомъ правовѣдѣніи, такъ какъ оно оперируетъ больше всего логическимъ мышленіемъ, къ которому до сихъ поръ, по крайней мѣрѣ, не примѣнялось никогда названіе искусства. Болѣе подходящей для догмы права было бы, кажется, квалификація ея понятіемъ прикладного знанія, стоящимъ къ чисто научному-правовѣдѣнію въ такомъ-же отношеніи, въ какомъ агрономическая и технологическая химія стоятъ къ чистой химіи, машиновѣдѣніе къ механикѣ и т. д. Во вторыхъ, противъ приведеннаго выше разграниченія научнаго догматическаго правовѣдѣнія слѣдуетъ еще замѣтить, что оно отправляется отъ слишкомъ тѣснаго представленія о наукѣ, которое ограничиваетъ задачи послѣдней изслѣдованіемъ однихъ законовъ явленій и отрицаетъ на этомъ основаніи научный характеръ догмы права. Между тѣмъ, общепризнанное понятіе науки заключаетъ въ себѣ все, что содѣйствуетъ знанію изучаемаго предмета и опредѣляетъ науку, какъ совокупность однородныхъ и расположенныхъ систематически, на основан избранной точки зрѣнія, знаній о данномъ предметѣ

или данной группѣ предметовъ. При такомъ пониманіи науки, которое одно только и можетъ быть признано правильнымъ, нельзя оспаривать характера науки за систематическимъ изложеніемъ дѣйствующаго права, составляющимъ предметъ догматическаго правовѣдѣнія. Это послѣднее вовсе не исчерпывается, какъ мы убѣдимся въ этомъ впослѣдствіи однимъ толкованіемъ дѣйствующаго права. Соединяя вмѣстѣ то, что логически связано между собою, разъединяя различное и вырабатывая юридическія понятія, догматическое правовѣдѣніе уже этимъ содѣйствуетъ значительно усвоенію нами изучаемаго матеріала и облегчая, въ то же время, наше пониманіе существа, какъ всего права, такъ и его отдѣльныхъ институтовъ. Такимъ образомъ, мы не видимъ никакихъ основаній отрицать значеніе научной дисциплины и за догматическимъ правовѣдѣніемъ, которое отличается отъ научнаго правовѣдѣнія вовсе не тѣмъ, что оно не научно или менѣе научно, чѣмъ послѣднее, - и также не предметомъ изученія, - которымъ въ обѣихъ дисциплинахъ служатъ одни и тѣ же явленія права, - а только задачей. Догматическимъ правовѣдѣніемъ эта задача поставлена практически: изучается только дѣйствующее право съ цѣлью подготовиться къ его примѣненію. Въ научномъ правовѣдѣніи задача ставится иначе: изучаются законы развитія явленій

права вообще, безъ ограниченія области изслѣдованія дѣйствующимъ правомъ какой либо страны и независимо, по крайней мѣрѣ, въ принципѣ, - отъ какихъ бы то ни было практическихъ мотивовъ. Научный характеръ не составляетъ ни отличительнаго признака, ни монополіи этой отрасли правовѣдѣнія, которую и слѣдуетъ поэтому называть не научнымъ, а историческимъ правовѣдѣніемъ или исторіей развитія права, какъ это дѣлаетъ Іерингъ, въ своемъ посмертномъ сочиненіи "Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts" и его послѣдователь Кнапп, начавшій въ прошломъ году печатаніе очень интереснаго сочиненія подъ заглавіемъ "Einleitung in eine Entwicklungsgeschichte des Rechts". Задачу исторіи развитія права вообще составляетъ, и по мнѣнію приведенныхъ сейчасъ писателей, изученіе права въ причинной связи его явленій и раскрытіе законовъ этой причинной связи. Этой задачей исторія развитія права и отличается собственно какъ отъ догматическаго правовѣдѣнія, изучающаго право только въ логической связи его явленій въ данный періодъ времени, такъ и отъ исторіи права каждаго отдѣльнаго народа, имѣющей въ виду не причинную связь между явленіями права вообще, а только преемственную смѣну ихъ въ жизни одного единичнаго народа, - почему такая исторія

права представляетъ собою, по мѣткому замѣчанію Іеринга, скорѣе "послѣдовательную догматику" [successive Dogmatin], чѣмъ исторію. Отсюда, то есть, изъ указаннаго различія въ задачахъ, понятно само собою и позднее появленіе исторіи развитія права сравнительно съ его догмой, которая, какъ и всякое прикладное знаніе, предшествуетъ наукѣ и, идя навстрѣчу насущнымъ потребностямъ жизни, складывается въ спеціальныя отрасли знанія задолго до самой постановки вопроса о чисто-научномъ правовѣдѣніи. Постановка этого вопроса сдѣлалась возможной лишь въ половинѣ нынѣшняго столѣтія, съ утвержденіемъ мысли о законахъ, управляющихъ жизнью человѣческихъ обществъ и признаніемъ спеціальной науки объ обществѣ, или соціологіи, изучающей эти законы. Основателемъ этой науки считается знаменитый французскій мыслитель Огюстъ Контъ, установившій впервые и точное различіе между областью науки и искусства и указавшій первой объективное, чуждое всякихъ практическихъ соображеній, отношеніе къ предмету изученія, - изслѣдованіе того, что было и есть, а не того, что должно быть, къ чему слѣдуетъ стремиться. Не имѣя возможности говорить здѣсь о другихъ заслугахъ этого мыслителя, о характерѣ, методѣ и историческихъ судьбахъ открытой имъ науки, и оставляя вообще въ сторонѣ общественную науку въ ея цѣломъ, мы покажемъ, въ краткомъ истори-

ческомъ очеркѣ на гражданскомъ правовѣдѣніи, - какіе періоды развитія оно проходило, какія задачи ставило себѣ въ различное время, какими методами пользовалось въ своихъ изслѣдованіяхъ и какъ, наконецъ, благодаря какимъ вліяніямъ и когда стало оно возвышаться до степени науки. Мы считаемъ этотъ историческій очеркъ не только полезнымъ, но и необходимымъ, какъ для болѣе точнаго опредѣленія задачъ и цѣлей гражданскаго правовѣдѣнія, такъ и для установленія правильнаго соотношенія между его отдѣльными сторонами, изъ которыхъ не всѣ, а только одна сторона сдѣлается предметомъ нашего изученія. Безъ такого историческаго очерка вы не будете въ состояніи понять, почему мы считаемъ ту, а не другую цѣль - задачей гражданскаго права, тотъ, а не другой методъ изученія болѣе правильнымъ, и почему, наконецъ, мы выбираемъ ту, а не другую сторону гражданскаго правовѣдѣнія, предметомъ нашихъ чтеній.

а. СОСТОЯНІЕ ГРАЖДАНСКАГО ПРАВОВѢДѢНІЯ ВЪ ДРЕВНІЕ ВРЕМЯ.

Приступая къ исторіи гражданскаго правовѣдѣнія мы видимъ, что на первоначальныхъ ступеняхъ его раз

витія какъ у римлянъ, такъ и у другихъ народовъ, право составляетъ часть религіи, не отдѣляется отъ нея и отправляется тѣми-же органами, которые завѣдуютъ и религіозной функціей первоначальныхъ обществъ. Объ этомъ состояніи права въ Римѣ свидѣтельствуетъ намъ Помпоній въ словахъ: " Omnium tamen legum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant. " То-же относительно древней Германіи сообщаетъ намъ Тацитъ, - но еще болѣе доказательную силу имѣютъ для насъ "переживанія" этой эпохи, перешедшія въ слѣдующіе періоды развитія права и сохранившіяся даже въ наши дни, какъ напримѣръ, институты суда Божьяго и присяги, принадлежащіе, несомнѣнно, къ той эпохѣ, когда право и религія представляли собою еще одно неразличимое цѣлое. Кромѣ этого чисто теологическаго характера, первоначальное право отличается еще крайне грубымъ формализмомъ, состоящимъ въ томъ, что всѣ права облекаются здѣсь въ твердыя неподвижныя формы, внѣ которыхъ они не пользуются никакимъ признаніемъ. Въ господствѣ этихъ неуклюжихъ формъ, исключающихъ собою оцѣнку всѣхъ внутреннихъ моментовъ права, выступаетъ наружу чувственный и конкретный характеръ древняго мышленія, наклонность его къ выраженію всѣхъ мыслей посредствомъ чувствен-

ныхъ и ощутимыхъ для всѣхъ образовъ, и, въ то-же время, неспособность этого рода мышленія къ какому бы ни было отвлеченію. Въ причинной связи съ этимъ конкретнымъ мышленіемъ стоитъ и то замѣчательное явленіе, что въ этомъ состояніи права мы вовсе не встрѣчаемся съ юридическими нормами въ современномъ смыслѣ этого слова, т.е. въ смыслѣ обобщенныхъ правилъ поведенія на цѣлый рядъ подобныхъ между собою случаевъ. Провозглашеніе права находится первоначально въ рукахъ старѣйшинъ рода и племени или жрецовъ;такими провозвѣстниками права были въ Римѣ понтифексы, въ Галліи друиды, въ Германіи саги - бароны, въ Ирландіи брегоны, въ Скандинавіи логманы, въ Исландіи вѣщатели законовъ. Они рѣшали дѣла безъ всякихъ положенныхъ на то правилъ, опираясь на собственный авторитетъ и произволъ, которые опредѣлялись, конечно, ихъ положеніемъ, нравами племени, къ которому они принадлежали, воззрѣніями, съ которыми они свыклись и т. д., - но юридической нормы въ нашемъ смыслѣ на этой ступени развитія права не было вовсе. Первые начатки этой нормы лежали, быть можетъ, въ судебномъ рѣшеніи, когда это рѣшеніе сохранялось въ памяти и

примѣнялось къ разрѣшенію другого, подобнаго первому, случаю. Такимъ образомъ, очень вѣроятно, что юридическія нормы возникли изъ судебныхъ рѣшеній, не представляя собою, однако, съ самаго начала сознательныхъ обобщеній, до которыхъ человѣкъ возвышается не вдругъ, живя долго въ области исключительно конкретнаго, и не различая законодательства отъ примѣненія права. Самъ Юпитеръ въ представленіи древнихъ грековъ былъ судьей, а не законодателемъ. Судебныя рѣшенія галльскихъ друидовъ и ирландскихъ брегоновъ, какъ это утверждаетъ Мэнъ, | Early history of institut. p. 26 | были въ то же время, и провозглашеніемъ законовъ. Постъ | Baustein für eine allgemeine Rechtswissenschaft, 66 | свидѣтельствуетъ о такомъ же развитіи права у различныхъ дикихъ народовъ. Слѣдовательно, право дѣйствительно развивается изъ судебныхъ рѣшеній, на которыя оказываютъ значительное вліяніе и обычаи, складывающіеся внѣ суда при заключеніи различныхъ юридическихъ сдѣлокъ. Воспоминаніе объ одинаковыхъ или, вѣрнѣе, сходныхъ судебныхъ рѣшеніяхъ и сходныхъ юридическихъ сдѣлкахъ, которыя въ гражданскомъ оборотѣ неизбѣжно повторяются, переходятъ по наслѣдству отъ поколѣнія къ поколѣнію и, утрачивая постепенно свой конкретный характеръ, образуютъ, наконецъ, юридическій обычай или

обычное право. Отсюда видно, что обычное право есть вовсе не тотъ первоначальный источникъ права, какимъ оно является въ представленiи господствующей теорiи, а понятiе производное отъ древнѣйшихъ судебныхъ рѣшенiй и сдѣлокъ, вмѣстѣ съ которыми оно исчерпываетъ собою весь кругъ источниковъ права въ древнюю эпоху. Сборники обычаевъ, къ сожалѣнiю, еще рѣдки и потому состоянiе права на первоначальныхъ ступеняхъ развитiя пока мало извѣстно. Причина понятна: народы, не знающiе письменности, сохраняютъ свои обычаи посредствомъ устныхъ традицiй, которыя могли бы быть удостовѣрены только людьми, стоящими на высшихъ ступеняхъ развитiя и при условiи продолжительнаго наблюденiя и изученiя этихъ обычаевъ. Между тѣмъ, большинство путешественниковъ, сообщающихъ намъ объ обычномъ правѣ, соприкасаются съ этими народами самымъ поверхностнымъ образомъ и потому рѣдко передаютъ что-либо точное и достовѣрное объ ихъ юридической жизни. Мы узнаемъ о ней, между прочимъ, изъ пословицъ, въ которыя воплощаются иногда обычаи изъ времени, когда они не были еще записаны. Эти обычаи выражаются также для облегченiя памяти въ стихахъ, примѣромъ чего могутъ служить нѣкоторыя изъ сакральныхъ книгъ древней Индiи и отдѣльныя части ирландскихъ сборни-

ковъ обычаевъ. Наконецъ, съ появленіемъ письменности, обычаи, передаваемые дотолѣ устными преданіями, записываются, и такими сборниками обычнаго права были законы XII таблицъ, Русская Правда, законодательство Ману, Лангобардское право короля Ротариса, монгольско-калмыцкій сборникъ Сенаджипъ Бишкъ, нѣкоторый китайскіе сборники и т. д. Такіе сборники обычаевъ послужили всюду основаніемъ для дальнѣйшаго развитія права посредствомъ комментаріевъ и практическихъ толкованій существующихъ обычаевъ, которые обогащались при этомъ новыми положеніями права. Такъ выросло на XII таблицахъ все римское право, получившее такое важное значеніе для европейскаго міра. Манъ видитъ и въ брегонскомъ правѣ подобный же древній кодексъ обычаевъ, снабженный глоссами и комментаріями. Эти комментаріи на обычное право, вмѣстѣ съ древнѣйшими судебными рѣшеніями и юридическими сдѣлками, служатъ основаніемъ для позднѣйшаго права, выливающагося въ кодифицированные сборники законовъ, гдѣ мы встрѣчаемся впервые съ настоящей юридической нормой, заключающей въ себѣ, въ противоположность съ казуистическимъ рѣшеніемъ отдѣльныхъ случаевъ, сознательное подведеніе всѣхъ сходныхъ между собою случаевъ, подъ одно общее правило и, слѣдова-

тельно, доказательство образовавшейся въ юридическомъ мышленіи способности къ отвлеченію. - Резюмируя все сказанное о древнемъ состояніи права, мы можемъ сказать, что первоначальная юриспруденція характеризуется крайней конкретностью юридическаго мышленія, отсутствіемъ въ немъ сознательныхъ обобщеній и соединеніемъ въ одномъ лицѣ законодательной функціи съ судебной, - такъ какъ судъ здѣсь творитъ и примѣняетъ юридическую норму одновременно по поводу каждаго отдѣльнаго случая. Таковъ древнѣйшій порядокъ, одинаково существовавшій у всѣхъ народовъ въ періодъ, предшествующій образованію законовъ, какъ продуктовъ законодательной дѣятельности. Но мы видимъ, хотя бы на примѣрѣ исторіи римскаго права, что и послѣ изданія законовъ конкретный и практическій характеръ юриспруденціи не измѣняется. На всемъ протяженіи времени отъ законодательства XII таблицъ до послѣднихъ императоровъ, мы встрѣчаемся съ непрерывной дѣятельностью римской юриспруденціи, направленной на чисто практическія цѣли и носившей, при этомъ, печать несомнѣннаго творчества. Подъ видомъ комментарія на законы XII таблицъ, на преторскій эдиктъ, въ формѣ interpretatio, ius respondendi, мнимыхъ сдѣлокъ, фикцій и проч. римскіе юристы по-

стоянно старались удовлетворять требованіямъ жизни, измѣняя при этомъ старое и создавая новое право ради соглашенія его съ измѣняющимися условіями жизни. Такимъ образомъ, стимулъ, руководившій дѣятельностью римскихъ юристовъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, заключался въ стремленіи удовлетворить наличной практической потребности, и далѣе этой цѣли римскіе юристы не шли. Практика у нихъ вполнѣ сливалась съ теоріей, юриспруденція была чисто практическимъ знаніемъ и понятно, что въ этихъ условіяхъ не могло быть и рѣчи о наукѣ права, которая занималась бы не удовлетвореніемъ практическихъ потребностей, а изслѣдованіемъ однихъ законовъ правовыхъ явленій.

б/ СОСТОЯНІЕ ПРАВА ВЪ СРЕДНІЕ ВѢКА.

Такимъ же точно практическимъ знаніемъ, приведеннымъ впослѣдствіи только въ большій порядокъ, благодаря развившейся способности къ отвлеченію, была долго юриспруденція и въ исторіи западно-европейскихъ народовъ. Первоначальное состояніе ея было во всемъ подобно тому, что мы говорили выше о римской юриспруденціи. То-же слѣяніе практической и теоретической

дѣятельности, то-же соединеніе въ однѣхъ рукахъ законодательной и судебной функціи, тотъ же конкретный характеръ юридическаго мышленія - видимъ мы въ началѣ развитія и Западной Европы. Такъ, напримѣръ, въ самомъ существѣ суда древне-германскихъ шеффеновъ и французскихъ *Tachit bourgs* овъ лежало то, что основными источниками права служило здѣсь личное убѣжденіе судящаго, не связаннаго никакимъ внѣшнимъ авторитетомъ. Понятіе обязательной нормы, которой было бы безусловно подчинено личное мнѣніе судьи, не находило себѣ въ этомъ судѣ никакого примѣненія. Законы и даже обычаи, сборники которыхъ были составлены въ теченіе среднихъ вѣковъ, какъ напримѣръ, *Lex Salica, Lex Ripuaria*, Саксонское и Швабское Зерцала и проч., представлялись шеффенамъ и *Tachit Bourgs* амъ вовсе не формально-обязательными нормами, а лишь мотивами, основаніями для убѣжденія, вспомогательными средствами сужденія, которыми они могли въ равной степени пользоватьея и нѣтъ. Такимъ образомъ, и тутъ мы видимъ совпаденіе актовъ творчества и примѣненія права въ одинъ и тотъ же моментъ. - Но вскорѣ развитіе европейской юриспруденціи становится на другой путь. Исторія ея знакомитъ насъ съ другимъ типомъ юриспруденціи, который въ противоположность съ римскимъ ти-

помъ, отличается слабостью самостоятельнаго творчества и сильнымъ стремленіемъ къ заимствованію чужихъ юридическихъ понятій. Этотъ типъ юриспруденціи выработался въ Европѣ во время историческаго процесса подчиненія ея авторитету римскаго права, процесса, извѣстнаго подъ именемъ рецепціи римскаго права.

Я воздержусь здѣсь отъ изложенія причинъ и хода этого замѣчательнаго процесса усвоенія одними народами совершенно чужого для нихъ права другого народа, такъ какъ вы должны уже быть знакомы съ этимъ вопросомъ изъ курса исторіи римскаго права, и позволю себѣ только изъ обширной литературы, существующей по исторіи рецепціи, порекомендовать вамъ два сочиненія, которыя вы можете прочесть съ большою для себя пользою и небольшимъ сравнительно расходомъ труда. Это - краткій очеркъ исторіи рецепціи Моддермана |Die reception des Römischen Rechts|, существуетъ и русскій переводъ| и рядъ статей С. Муромцева, помѣщенныхъ подъ заглавіемъ "Римское право въ Западной Европѣ" въ первыхъ книгахъ журнала "Юридическій Вѣстникъ" за 1886 годъ |№ 2 - 5|. Оба эти сочиненія даютъ въ удобной и сжатой формѣ полное обозрѣніе литературы вопроса и всѣхъ результатовъ, достигнутыхъ его изслѣдованіемъ до того, по

крайней мѣрѣ, времени, когда эти сочиненія были написаны. Предполагая, такимъ образомъ ходъ рецепціи въ его цѣломъ, вамъ уже извѣстномъ, я дамъ здѣсь только характеристику юриспруденціи, образовавшейся подъ вліяніемъ рецепціи, и укажу на нѣкоторыя особенности ея метода. Главной отличительной чертой этой юриспруденціи, такъ же, какъ и римской, могутъ служить ея чисто практическія тенденціи, - но въ этомъ отношеніи, т.е. въ отношеніи ближайшаго и непосредственнаго удовлетворенія потребностей жизни, она стояла неизмѣримо ниже римской юриспруденціи. Тогда какъ римскіе юристы основывали всю свою дѣятельность на наблюденіи жизни и выводили все право прямо изъ нея, европейская юриспруденція отрѣшилась почти всецѣло отъ связи съ жизнью, удовлетворяя ея потребностямъ не посредствомъ изученія условій и особенности этой жизни, а посредствомъ чисто формальнаго толкованія и примѣненія римскихъ источниковъ права. Такой характеръ средневѣковой юриспруденціи объясняется, прежде всего, тѣсной связью ея съ теологіей, основанной не только на томъ, что представители той и другой отрасли знанія принадлежали сначала къ одному и тому же классу духовенства, но и на томъ, что они вмѣстѣ черпали содержаніе своихъ знаній изъ такихъ источниковъ, изъ коихъ одинъ разрядъ, а имен-

но источники каноническаго права, были общи имъ, приводили ихъ въ непосредственное соприкосновеніе другъ съ другомъ и обусловливали параллельное во всемъ развитіе. Кромѣ того, общее теологическое направленіе времени и, въ особенности, одинаковый методъ занятій, извѣстный подъ именемъ схоластической діалектики, вызывали естественно и въ высшей степени сходныя явленія какъ въ теологіи, такъ и въ юриспруденціи. То, чѣмъ были для теологіи святые отцы, тѣмъ же стали для средневѣковой юриспруденціи ея 4 доктора или "четыре лиліи права", какъ ихъ стали потомъ называть " Glossa ordinaria " - Аккурція са заняла такое же мѣсто, какъ въ теологіи давно уже принадлежало " libri sententiarum " Петра Ломбардскаго. Вскорѣ же послѣ того, какъ схоластическая теологія сочла себя на зенитѣ славы въ лицѣ Альберта Великаго и Ѳомы Аквината, юриспруденція провозгласила Бартолуса и Балдуса своими высшими авторитетами. Послѣдніе не оставили послѣ себя, правда, такихъ цѣльныхъ ученій, какъ первые, - но сила схоластической діалектики, виртуозность анализа и богатство казуистики дали ихъ сочиненіямъ такое значеніе, которое можетъ быть сравнено только съ авторитетомъ Ѳомы Аквината и другихъ мастеровъ теологіи.

Общая теологiи и юриспруденцiи точка отправленiя, обусловливавшая аналогичныя явленiя въ той и другой области, заключалась въ вѣрѣ въ авторитетъ и въ убѣжденiи, что истина существуетъ уже въ готовомъ состоянiи внѣ насъ, что ее нужно извлечь только изъ преданiй, не отыскивая изъ другихъ какихъ-либо источниковъ. Поэтому Священное Писанiе въ теологiи и Аристотель въ философiи стали краеугольными камнями всей схоластики. Открыть согласiе между ними было задачей, надъ которой работала схоластическая дiалектика. Тамъ, гдѣ примиренiе было невозможно, рѣшалъ авторитетъ Откровенiя, какъ послѣднiй критерiй истины, и церковь, какъ его носительница. То же явленiе повторяется и въ юриспруденцiи. Она еще болѣе философiи проникнута убѣжденiемъ во внѣшнемъ существованiи абсолютной истины и во внутреннемъ согласiи всѣхъ заключающихъ ее традицiй. Связанность личнаго сужденiя выступаетъ здѣсь даже ярче и съ большимъ правомъ, чѣмъ въ философiи, такъ какъ въ юриспруденцiи дѣло идетъ не о метафизическихъ проблемахъ, а о положительномъ порядкѣ общественной жизни. Матерiалъ юриспруденцiи былъ опредѣленъ и установленъ до послѣднихъ подробностей: ея трудъ направленъ не на то, чтобы отыскать новыя положенiя, а на то, чтобы объяснить

уже существующія, заключающія въ себѣ, по предположенію, абсолютныя истины, годныя для всякаго народа и для всякаго времени. При этомъ, связанность сужденій была, естественно, тѣмъ сильнѣе, чѣмъ подробнѣе въ смыслѣ казуистичности былъ матеріалъ, надъ которымъ работали глоссаторы. Вѣра же въ авторитетъ преданія производила то, что всякая историческая критика становилась невозможной. Поэтому относительно Юстиніанова законодательства считался безразличнымъ и тотъ фактъ, что между нимъ и глоссой прошло болѣе пяти столѣтій. Глоссаторы принялись за его толкованіе съ такой наивностью, какъ бы дѣло шло о проведеніи въ жизнь какого нибудь современнаго имъ законодательства. Въ такихъ условіяхъ юриспруденція, такъ же какъ и теологія, не могла примѣнять къ своимъ занятіямъ другого метода, кромѣ метода аналитическаго. Ей нельзя было ставить передъ собою другой задачи, кромѣ той, чтобы изложить уже существующій матеріалъ, разлагая его на части. Работа была вслѣдствіе этого направлена въ ширину, а не въ глубину, шла не на сосредоточеніе, а на разъединеніе. Эта разлагающая тенденція аналитическаго метода была доведена до того, что даже тамъ, гдѣ являлся вопросъ о примиреніи оказывавшихся въ источникахъ противорѣчій, это примиреніе отыскивалось не въ какомъ либо высшемъ

принципѣ, въ которомъ данныя противорѣчія находили бы свое объясненіе и разрѣшеніе, а въ различіяхъ, дававшихъ возможность утверждать каждое изъ противорѣчащихъ другъ другу положеній въ отграниченной ему области. Съ теченіемъ времени этотъ методъ выработался даже въ строго опредѣленный типъ, получившій названіе "mos italicus" по имени страны, гдѣ онъ получилъ начало, и въ отличіе отъ такъ назыв. "mos docendi gallicus", который развился въ XV ст. во Франціи и отличался отъ перваго, частью, введеніемъ въ изслѣдованіе филологическаго элемента, частью же, дополненіемъ анализа синтезомъ. Это новое направленіе въ юриспруденціи и новый методъ въ ея занятіяхъ обязаны своимъ происхожденіемъ возрожденію классических штудій, которое началось съ XV вѣка. Представители этого новаго направленія, гуманисты, заняли сначала, правда, враждебное положеніе относительно юриспруденціи. Но представляемыя ими идеи освобожденія индивидуума въ его мыслительной и познавательной дѣятельности, въ его вѣрованіяхъ и нравственныхъ сужденіяхъ - отъ цѣпей традиціи, открытый разрывъ съ авторитетомъ преданія и сведеніе всѣхъ знаній къ ихъ первоначальному источнику, - разуму, все это имѣло значеніе для всѣхъ областей духовной

жизни и должно было обнаружить вліяніе съ теченіемъ времени и на юриспруденцію, не смотря на защищавшую ее броню схоластики. Юриспруденція находилась въ это время въ послѣдней степени упадка, зародыши котораго лежали, какъ мы видѣли, въ ея теологическомъ направленіи и методѣ изслѣдованія, который велъ роковымъ образомъ къ разобщенію знаній и смѣшенію логическихъ формъ съ предметнымъ знаніемъ. Насколько это паденіе было значительно, можно судить по слѣдующимъ отзывамъ объ юриспруденціи, исходящимъ отъ современниковъ "Asinus asinum fricat" стало любимымъ выраженіемъ гуманистовъ для характеристики занятій юристовъ. "Своими комментаріями - говорилъ Ульрихъ фонъ Гутенъ - юристы облекали въ туманъ самыя простыя понятія и производили страшный мракъ, - ибо чѣмъ гуще были облака и темнѣе ночь, распространяемая надъ книгами пандектъ, тѣмъ болѣе юристы считались классическими и достойными удивленія. Нѣмецкіе князья перестали бы окружать бартолистовъ почетомъ, если бы они знали, какіе фарсы продѣлываютъ послѣдніе, сохраняя серьезныя физіономіи. Они до того тупы, что губятъ лучшія головы, принимающіяся за ихъ ученія. Что это за наука, которой словообильныя ученія опираются на дѣтскій лепетъ? Что это за мудрость, которая служитъ только къ тому, чтобы обма-

нывать простоту и давать законамъ посредствомъ хитрыхъ толкованій смыслъ, противоположный дѣйствительному намѣренію законодателя?" - Такова была справедливая, хотя и отрицательная критика, направленная гуманистами противъ юриспруденціи. Но если сами гуманисты непосредственно сдѣлали для нея немного,- такъ какъ нѣкоторые изъ нихъ, занимаясь юриспруденціей, не ввели въ нее ничего новаго кромѣ того, что старались замѣнить замѣчательное отсутствіе вкуса, характеризовавшее современную имъ юриспруденцію тѣмъ, что они называли " bonae litterae ", т.е. правильностью и изяществомъ языка, усвоенными ими при изученіи греческихъ и латинскихъ поэтовъ, - не смотря на такой минимальный, повидимому, результатъ своего вліянія, одни гуманисты, тѣмъ не менѣе, сдѣлали возможнымъ возрожденіе юриспруденціи, произведенное, такъ называемой филологической школой во Франціи.

Эта школа, прославленная особенно именами Куяція и Донелля, старалась исправить оба существенныхъ недостатка схоластической юриспруденціи. Возвратясь къ изученію источниковъ, заброшенныхъ post-глоссаторами, она стала примѣнять къ ихъ изслѣдованію начало исторической критики, которой такъ чуждались послѣдніе, и кромѣ того, въ лицѣ Донелля, новая шко-

ла сдѣлала попытку замѣнить господствовавшій до нея анализъ источниковъ ихъ синтезомъ, т.е. ихъ систематизаціей или сведеніемъ къ общимъ началамъ. Къ сожалѣнію, эти тенденціи филологической школы остались безъ дальнѣйшаго развитія, такъ какъ онѣ превышали и умственный уровень и потребности общества того времени. Практическая и комментаторская юриспруденція продолжала господствовать въ жизни и не только не интересовалась историческимъ развитіемъ права, но даже, очевидно, тяготилась вновь открываемыми источниками его, - а для того, чтобы отдѣлаться отъ нихъ окончательно и остановиться на извѣстномъ Готофредовскомъ изданіи "corpus iuris она выдумала и приняла къ постоянному руководству слѣдующее положеніе, обратившееся потомъ въ поговорку: " quidquid non agnoscit glossa, non agnoscit curia. . Въ силу этого положенія она примѣняла на практикѣ одни глоссированныя опредѣленія римскаго права и отбрасывала всѣ другія, такъ что историческія знанія казались ей совершенно ненужнымъ украшеніемъ. Занимающихся ими она называла очень характерно для себя "элегантными" юристами, или, какъ выражался Іоганнъ Моверъ, "галантными учеными" Этихъ послѣднихъ Моверъ сравнивалъ въ своей наивной тривіальности съ блестящимъ фейерверкомъ,

замѣчая, при этомъ, что онъ предпочитаетъ ему фунтъ простыхъ свѣчей, такъ какъ изъ него можно скорѣе извлечь что-нибудь пригодное. Синтетическая попытка Донелля также не нашла себѣ подражателей, такъ какъ всѣ системы, въ которыхъ излагалось еще долго послѣ него право, носили на себѣ только наружный видъ синтеза, будучи въ дѣйствительности лишь формально-логическими схемами, не проникавшими въ истинную связь между отдѣльными положеніями и институтами права.

Вся юридическая литература этого времени состояла изъ безконечныхъ комментаріевъ, длинныхъ и безсодержательныхъ диссертацій на различныя темы римскаго права и произведеній, такъ называемой каутеляр-ной или популярной литературы, заключавшей въ себѣ практическіе совѣты и указанія на средства юридической защиты въ различныхъ затруднительныхъ случаяхъ жизни. Собранія такихъ *consilia et remedia* были очень распространены и заключали въ себѣ часто указанія на такіе хитрые извороты и совѣты такого неслыханнаго коварства, что именно эту литературу нѣкоторые юристы считаютъ не безъ основанія одной изъ главныхъ причинъ извращенія юриспруденціи. Приведемъ для характеристики этой литературы отрывокъ изъ одного весьма распространеннаго въ XVI в.

Литографія Шмидекке Листъ 6-й.

трактата, напечатаннаго въ извлеченіи въ Штинтцинговской "Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft". "Добиться того, говорится тутъ, чтобы исполненіе смертнаго приговора было отложено, можно ссылкой на то, что осужденный обязанъ отчетностью по торговымъ дѣламъ, или что онъ долженъ сдѣлаться клирикомъ; тогда свѣтскій судья не можетъ наложить на него руку. Отъ опаснаго свидѣтеля можно отдѣлаться, давъ ему заблаговременно пощечину и отведя его затѣмъ на судѣ подъ предлогомъ непріязненныхъ съ нимъ отношеній. Если кто хочетъ пріобрѣсти вещь, которую собственникъ не желаетъ продать, тотъ долженъ взять эту вещь въ ссуду и затѣмъ объявить, что она потеряна. Выплативъ цѣнность этой вещи собственнику, можно снова вывести ее на свѣтъ Божій безъ опасенія подвергнуться виндикаціонному иску. Кто хочетъ нарушить даваемое подъ присягой обѣщаніе безъ опасности подвергнуться обвиненію въ клятвопреступленіи, тотъ долженъ позаботиться о томъ, чтобы присяга была снята съ него въ праздничный день, ибо въ этомъ случаѣ она недѣйствительна. Если кто принуждается вступить въ бракъ съ женщиной, съ которой онъ состоялъ въ незаконной связи, тотъ долженъ объявить себя готовымъ къ заключенію брака, но затѣмъ передъ лицомъ священника и свидѣтелей заявить, что онъ оставитъ жену, если только она сдѣлается конкубиной дру-

гого. Присутствующіе не найдутъ ничего въ этой оговоркѣ неправильнаго, такъ какъ она оправдывается прошлымъ невѣсты; между тѣмъ, бракъ будетъ недѣйствителенъ, потому что онъ заключенъ подъ условіемъ, что недопустимо и т.д." Справедливость требуетъ, однако, замѣтить, что наряду съ такими вѣроломными совѣтами кауτелярная литература заключала въ себѣ и множество весьма полезныхъ указаній на разумный и осторожный образъ дѣйствій. Эти указанія удовлетворяли вполнѣ требованіямъ времени, которое не заботилось вовсе о проникновеніи въ духъ права, а хотѣло посредствомъ него удовлетворять только своимъ практическимъ потребностямъ, - и подобно тому, какъ римляне находили, что они вступили въ обладаніе огромнымъ богатствомъ, когда Флавій открылъ имъ формулы исковъ, также и наши отцы разсматривали внѣшнее знаніе формъ, какъ самый важный отдѣлъ права, и вотъ почему сборники судебныхъ формулъ и разныхъ практическихъ свѣдѣній по дѣйствующему праву пользовались въ книжной торговлѣ самымъ большимъ распространеніемъ.

О сословіи юристовъ конца среднихъ вѣковъ и всего послѣдующаго періода, заканчивающаго эпохой кодификаціи, наступившей въ XVIII в. нужно сказать вообще, что это сословіе играло огромную и, скажемъ, не тая истины, незавидную роль въ общественной жизни своего времени. По поводу этой роли въ

нѣмецкомъ народѣ давно уже сложилась поговорка: „Juristenböse Christen" - юристы дурные христіане, - которой соотвѣтствуютъ и французскія изреченія: " bon jurisconsulte mauvais chrétien" и „le ciel nous préserve de l'équité des parlements." Объясняя происхожденіе и значеніе этихъ поговорокъ, имѣющихъ глубокій историческій смыслъ, Штинцингъ, одинъ изъ ученѣйшихъ нѣмецкихъ юристовъ нашего времени |недавно умершій|, пріурочиваетъ ихъ въ рѣчи, произнесенной имъ на одномъ университетскомъ торжествѣ въ Боннѣ, къ разрыву, совершившемуся въ половинѣ среднихъ вѣковъ между церковью и государствомъ, или, лучше сказать, къ раздѣленію духовныхъ и свѣтскихъ функцій той и другой власти. Извѣстно, что въ началѣ среднихъ вѣковъ церковь исполняла сама функціи права, распространяя ихъ и на мірянъ, и упражняя вообще право верховнаго надзора надъ всѣми отправленіями правосудія. Когда, такимъ образомъ, понятія христіанства, церкви и права покрывали другъ друга, обвиненіе юристовъ въ томъ, что они плохіе христіане, не могло имѣть мѣста, и поговорки "bon jurisconsulte-mauvais chrétien" не существовало. Кромѣ того, эта поговорка предполагаетъ сложившееся сословіе юристовъ, котораго въ началѣ среднихъ вѣковъ также не было, такъ какъ рядомъ съ шеффенами изъ народа мы встрѣчаемся въ это время только съ учеными клириками, какъ отправителями правосудія. Время же, въ

которое свѣтское сословіе юристовъ отдѣлилось отъ духовенства, положило, вмѣстѣ съ тѣмъ, основаніе для зданія современнаго государства. Съ вымираніемъ шеффеновъ наступаетъ господство писаннаго императорскаго, т.е. римскаго права, изучаемаго въ высшихъ юридическихъ школахъ и примѣняемаго все въ болѣе и болѣе широкихъ областяхъ гражданской жизни, а съ этимъ вмѣстѣ вступаетъ въ силу другой, высшій авторитетъ права, чѣмъ авторитетъ церкви. Государство превращается въ самостоятельный организмъ, основанный на свѣтскомъ правѣ; юриспруденція дѣлается свѣтскимъ призваніемъ, а представители ея - носителями и защитниками государственной идеи, въ интересахъ которой верховная власть постоянно покровительствуетъ юристамъ, содѣйствуетъ ихъ сложенію въ крѣпкое сословіе и передаетъ въ его руки всѣ отправленія права, составлявшія прежде прерогативу церкви. Церковь не могла не видѣть въ этомъ порядкѣ нарушенія своего древняго права, которое и старалась отстоять, вступивъ въ борьбу съ тѣмъ самымъ римскимъ правомъ, котораго первоначальнымъ проводникомъ была она сама. Отсюда и пошла, по мнѣнію Штинцинга вражда церкви къ сословію юристовъ, какъ глашатаевъ новаго порядка; здѣсь находится и источникъ поговорки: „ Juristen böse Christen.

Это мнѣніе Штинцинга, какъ оно ни кажется основательнымъ, представляетъ, однако, только одну сто-

рону дѣла, наименѣе обидную для юристовъ того времени. Происхожденіе поговорки: "Juristen böse Christen" лежитъ, какъ намъ кажется, гораздо глубже, чѣмъ въ антагонизмѣ свѣтской и духовной власти. Оно лежитъ въ болѣе широкомъ антагонизмѣ, существующемъ всегда между чувствомъ справедливости и попираніемъ этого чувства въ виду корыстныхъ расчетовъ. Юристы среднихъ вѣковъ и слѣдующаго затѣмъ времени составили себѣ печальную извѣстность такимъ попираніемъ чувства справедливости и пользованіемъ лавейками, представляемыми закономъ, для достиженія личныхъ цѣлей или выгодъ своихъ могущественныхъ клiентовъ. ~~Извѣстно, что юристы среднихъ вѣковъ и новаго времени вплоть до XIX вѣка~~ Они служили свѣтской власти не только въ ея борьбѣ съ темными силами клерикализма и съ привилегіями сословій, но содѣйствовали, въ то же время развоpенію и подчиненію городскихъ общинъ всепоглощающей власти централизаціи, содѣйствовали еще значительнѣй обремененію, а, затѣмъ, и обезземеленію крестьянъ въ Англіи, Франціи, Германіи и на остальномъ Западѣ Европы. Они достигали этого съ помощью различныхъ теорій, создаваемыхъ ad hoc, подъ прикрытіемъ авторитета римскаго права, - теорій, примѣненіе которыхъ имѣло послѣдствіемъ лишеніе многочисленнаго класса общества искони принадлежавшихъ ему правъ. Съ этими теоріями мы познакомимся ближе при изученіи инсти-

тутовъ собственности и сервитутовъ, а здѣсь упомянемъ лишь вскользь о римскомъ дѣленіи лицъ на свободныхъ и рабовъ, которое сдѣлалось въ рукахъ комментаторовъ юридическимъ критеріемъ для регулированія отношеній помѣщиковъ къ крестьянамъ и однимъ изъ средствъ закрѣпощенія послѣднихъ. Отсюда понятна сильная ненависть крестьянъ къ докторамъ права. Во время крестьянскихъ войнъ выставлялось категорическое требованіе объ уничтоженіи докторовъ; въ одной изъ крестьянскихъ программъ было сказано: " ни одинъ докторъ римскаго права не можетъ быть допущенъ ни въ одинъ судъ; народу должно быть возвращено его старое отечественное естественное право".Протестъ противъ юристовъ выражался и въ другихъ формахъ исходилъ и со стороны другихъ классовъ общества; его заявляли и сословные сеймы, и отдѣльныя наиболѣе почтенныя лица своего времени. Приведемъ нѣсколько такихъ свидѣтельствъ изъ періода реформаціи, которыя не оставятъ никакихъ сомнѣній о характерѣ дѣятельности юристовъ за то время. Одно изъ этихъ свидѣтельствъ называетъ корысть и честолюбіе основными чертами дѣятельности сословія юристовъ. Самъ Лютеръ, завязавшій столь отчаянную борьбу съ авторитетомъ духовной власти, питалъ полное презрѣніе къ сословію юристовъ и пользовался часто направленной противъ нихъ поговоркой, которая нѣкоторое

время даже приписывалась ему. Въ одномъ изъ своихъ сочиненій онъ задавался слѣдующимъ вопросомъ: можетъ ли благодать нисходить "на приставовъ, палачей, юристовъ и адвокатовъ", разрѣшая этотъ вопросъ въ смыслѣ отрицательномъ. Извѣстный же гуманистъ Ульрихъ фонъ-Гутенъ считалъ юристовъ и писцовъ, вмѣстѣ со священниками и купцами, - разбойниками, разворяющими Германію. Одни эти сопоставленія юристовъ съ палачами и разбойниками, а равно и имена людей, дѣлавшихъ эти сопоставленія, доказываютъ, что корень враждебнаго настроенія противъ юристовъ лежалъ въ ихъ собственномъ образѣ дѣйствій, а не только въ положеніи, которое они заняли относительно духовенства. Такой же безпощадной критикѣ подверглись "доктора права" и со стороны юристовъ, захваченныхъ теченіемъ того освободительнаго движенія, которое извѣстно въ исторіи подъ названіемъ "Возрожденія". "Я не придаю большой цѣны юриспруденціи - говорилъ извѣстный Цавій - въ томъ видѣ, какъ она излагается у Бартола, Балда и др. Если исключить ошибки, которыя тамъ находятся, то останется немного годнаго. Если бы юристы не слѣдовали слѣпо за глоссой и Бартоломъ, то смыслъ права представлялся бы намъ яснѣе и чище, и исчезла бы добрая часть комментаріевъ, переполненныхъ заблужденіями. Такъ называемое "общее мнѣніе юристовъ" | communis opinio doctorum | имѣетъ цѣну сомнительную. Часто оно покоится только

на томъ, что ученые привыкли, вмѣсто самостоятельнаго изслѣдованія, слѣдовать слѣпо другъ за другомъ. Если оно основано на источникахъ, то имѣетъ цѣну, потому что вѣрно; если же оно противорѣчитъ имъ, то лишено всякаго авторитета".

Резюмируя теперь все, что было говорено объ европейской юриспруденціи, мы можемъ сказать въ двухъ словахъ, что эта юриспруденція была не продуктивна, а рецептивна. Желаніе было учиться, а не творить, и вотъ почему юриспруденція обратилась, такъ сказать, въ состояніе дѣтства и принялась занимать чужое право, не заботясь объ его особенностяхъ, не всегда примѣнимыхъ къ условіяхъ новой жизни. Встрѣчаясь же съ новыми явленіями современной ей жизни, отсутствовавшими у римлянъ, она подводила съ неимовѣрными натяжками эти явленія подъ тѣ же римскія опредѣленія. Говоря другими словами, центръ тяжести новой юриспруденціи заключался, не смотря на ея практическій характеръ, вовсе не въ наблюденіи жизни и формулированіи права на основаніи этого наблюденія, а въ простомъ заимствованіи римскихъ положеній безъ изслѣдованія мотивовъ и цѣлей этихъ положеній, безъ всякой исторической критики послѣднихъ, а съ полной вѣрой въ ихъ абсолютное совершенство и пригодность для всѣхъ временъ и народовъ. Естественнымъ результатомъ такого направленія юриспруденціи былъ ея мерт-

вящій формализмъ и то, что она утратила всякую способность не только къ сознательному творчеству, но и къ какой бы то ни было самостоятельной дѣятельности. Взамѣнъ утраченной способности къ творчеству, рецепція развила въ новой юриспруденціи качества другого рода. Извѣстно, что римскіе законодательные сборники представляли собою неприведенный въ систему сводъ отдѣльныхъ постановленій, - принадлежавшихъ разнымъ эпохамъ, - отвѣтовъ, - даваемыхъ по поводу разныхъ случаевъ, - мнѣній юристовъ и проч. Никакихъ общихъ принциповъ, связывающихъ все это въ одно цѣлое, у Римлянъ, какъ извѣстно, не было. Напротивъ, новымъ народамъ, поставленнымъ историческими условіями въ необходимость ознакомиться съ римскимъ правомъ и усвоить его себѣ, было въ высшей степени важно обобщить матеріалы этого права, установить общія правила, понятія, принципы, которые вмѣщали бы въ себѣ въ сжатой формѣ всѣ отдѣльныя постановленія и давали бы возможность вывода этихъ постановленій, какъ частныхъ заключеній изъ общихъ принциповъ. Слабое начало такого рода систематизаціи относится еще ко времени глоссаторовъ. Послѣ нихъ разработка римскаго права въ этомъ направленіи подвинулась далѣе и достигла наконецъ значительныхъ успѣховъ, свидѣтельствовавшихъ о развитіи у юристовъ способности къ систематизаціи и обобщенію. Но не нужно забывать, что систематическія работы европей-

скимъ юристомъ времени рецепціи предпринимались въ виду не научныхъ, а практическихъ соображеній, -изъ необходимости соединять и группировать положенія римскаго права въ одно цѣлое и облегчать этимъ ихъ примѣненіе на практикѣ. О наукѣ права въ смыслѣ изслѣдованія законовъ правовыхъ явленій здѣсь не было и помину, а потому мы можемъ сказать, что условія рецепціи римскаго права въ Западной Европѣ были неблагопріятны для объективнонаучнаго изученія гражданскаго права, вслѣдствіе чего это послѣднее должно было сдѣлаться продуктомъ иныхъ, постороннихъ факту рецепціи, вліяній, къ обозрѣнію которыхъ мы теперь и переходимъ.

в| ШКОЛА ЕСТЕСТВЕННАГО ПРАВА.

Въ ряду факторовъ, содѣйствовавшихъ объективно-научному изученію гражданскаго права, нужно прежде всего назвать философское направленіе, извѣстное подъ именемъ школы "естественнаго права". Эта школа была выраженіемъ въ области права раціоналистической философіи, господствовавшей въ Европѣ XVII - XVIII ст., и мнившей дойти путемъ одного мышленія до началъ, опредѣляющихъ всѣ стороны человѣческой жизни. Это было время, проникнутое убѣжденіемъ

во всемогущество разума и явленія нравственности, религіи, искусства, права, государства, языка - строились раціонализмомъ прямо на началахъ разума и выводились изъ него безъ всякаго отношенія къ особымъ свойствамъ этихъ явленій и ихъ изученію въ томъ видѣ, въ какомъ они выступали въ дѣйствительный жизни. Въ области правовѣдѣнія считалось, напримѣръ, возможнымъ составленіе одного идеальнаго законодательства, основаннаго на разумѣ и пригоднаго для всѣхъ временъ и всѣхъ народовъ. Воля законодателя предполагалась всесильной и способной создать такой кодексъ, который послужилъ бы къ полному счастью всего человѣчества.

Несмотря на многочисленность и разнообразіе ~~остатковъ~~ различныхъ системъ школы "естественнаго права", общую характеристику ея можно свести къ слѣдующимъ основнымъ чертамъ. Во 1|, она исходила изъ признанія существованія, то рядомъ съ дѣйствующимъ положительнымъ правомъ, то стоящаго надъ этимъ послѣднимъ - другого, высшаго "естественнаго права". Во 2|, она считала первое изъ нихъ, положительное право, дѣломъ произвола законодателя, а второе, естественное право, - "вѣчнымъ, неизмѣннымъ, всеобщимъ и прирожденнымъ человѣку правомъ", не имѣющимъ поэтому и исторіи. Въ 3|, положенія этого "естественнаго права" - все равно, заключались ли они въ дѣйствующемъ

правѣ, или стояли рядомъ съ нимъ , или представлялись нормами только будущаго, идеальнаго правопорядка, - она выводила не изъ наблюденія и опыта, а изъ одного разума - чисто апріорнымъ путемъ. Въ этихъ трехъ принципахъ школы "естественнаго права" заключается и ея сила и слабость и ихъ постепенно нужно имѣть въ видѣ, какъ при сужденіи о достоинствахъ и недостаткахъ этой школы, такъ и при рѣшеніи вопроса, который приходится, къ сожалѣнію, ставить нерѣдко и въ настоящее время, а именно - вопроса о принадлежности къ естественному праву того или другого изъ современныхъ намъ ученій о правѣ того или другого изъ современныхъ намъ юристовъ.

Первый принципъ, состоящій въ установленіи дуализма въ правѣ, т.е. существованія рядомъ или надъ положительнымъ правомъ еще особаго, "естественнаго права", служитъ выраженіемъ въ области права того общаго освободительнаго движенія отъ формъ средневѣковыхъ возврѣній и отношеній, которое стало проникать со времени Возрожденія во всѣ сферы духовной и общественной жизни. Чѣмъ сильнѣе авторитетъ, принадлежащій другой эпохѣ, давалъ мысль и чѣмъ труднѣе переносились общественныя отношенія, унаслѣдованныя отъ Среднихъ вѣковъ и санкціонированныя положительнымъ правомъ, тѣмъ рѣшительнѣе вступалъ раціонализмъ, руководимый практическимъ стремленіемъ -исправить вліяніемъ своихъ идей существующія состоя-

нія, - на борьбу съ этимъ состояніемъ. Средствомъ борьбы служило постоянно возвращавшееся противоположеніе положительнаго права, основаннаго на произволѣ, съ идеальнымъ правомъ которое, хотя и объявлялось основаннымъ въ послѣдней инстанціи на разумѣ, но опиралось, большей частью, на практическіе запросы и нерѣдко заимствовались изъ Рима, Англіи и другихъ странъ, гдѣ тѣ или другія требованія, такъ наз., разума находили свое историческое выраженіе. Отсюда вытекаетъ сама собою и та огромная польза, которую школа "естественнаго права" оказала какъ обществамъ, среди которыхъ онъ проповѣдывалась, такъ и научному направленіи юриспруденціи. Эта школа была протестомъ противъ политическаго абсолютизма, прикрывавшаго собою, въ то же время, всѣ остатки средневѣковаго порядка. Она напоминала людямъ объ ихъ человѣческихъ правахъ какъ разъ въ такое время, когда государство относилось къ нимъ, какъ къ безправной массѣ, подчиненной безусловно стоящей надъ ней власти,- при чемъ основаніе и дѣятельность этой власти, поставленной отъ Бога, считались неподлежащими изслѣдованію. Когда абсолютизмъ дошелъ до такого самообоготворенія, а его злоупотребленія и привилегіи сословій стали такъ сильно стѣснять теченіе общественной жизни, что, наконецъ, сдѣлали его невозможнымъ, тогда "естественная философія", какъ отрицаніе такого порядка вещей путемъ воззванія къ разуму и сво-

бодѣ человѣка, была, конечно, вполнѣ оправдываемымъ и благотворнымъ ученіемъ. Безсмертная заслуга этой философіи въ исторіи человѣчества будетъ всегда та, что онъ оказала огромное вліяніе на уничтоженіе рабства, крѣпостничества, цеховаго устройства, пытокъ, уголовнаго преслѣдованія за религіозныя преступленія и другихъ варварскихъ остатковъ средневѣковья.

Но здѣсь же слѣдуетъ указать и на оборотную сторону медали. Установленный школой "естественнаго права" дуализмъ въ правѣ, основывался на смѣшеніи права съ нравственностью и вносилъ такое разобщеніе между теоріей и практикой, которое не только не способствовало укрѣпленію авторитета права и его научной обработкѣ, но, напротивъ, чрезвычайно принижало этотъ авторитетъ и низводило догматическое изученіе права и практику его примѣненія на степень чистаго ремесла. Появился, правда, философскій интересъ къ праву, развилось критическое отношеніе къ существующему порядку, но догма и практика дѣйствующаго права не сдѣлались отъ этого научнѣе и были предоставлены, по прежнему, комментаторской юриспруденціи, къ которой философы "естественнаго права" относились съ презрѣніемъ и, не занимаясь никогда сами изученіемъ положительныхъ матеріаловъ права,не могли передать и юриспруденціи ни вкуса къ научной обработкѣ этого матеріала, ни научныхъ пріемовъ этой обработки.

Переходя теперь къ второму принципу школы "естественнаго права", состоящему въ утвержденіи за положеніемъ этого послѣдняго ~~событія~~ свойствъ, вѣчности, неизмѣнности и всеобщности, мы должны сказать объ этомъ утвержденіи приблизительно то же, что говорили и о дуализмѣ въ правѣ. Само по себѣ это утвержденіе также неправильно, какъ и утвержденіе дуализма въ правѣ, такъ какъ, противорѣча общему закону развитія, оно опровергается еще тѣмъ наблюденіемъ, которое показываетъ, что приписываемыя "естественному праву" положенія не только не встрѣчаются у всѣхъ народовъ и во всѣ времена ихъ существованія, но что дѣйствительное состояніе права многихъ народовъ и въ различные періоды ихъ развитія представляетъ положенія, прямо противоположныя тѣмъ, которыя принимаются школой "естественнаго права" за вѣчныя и всеобщія. Но если принципъ "вѣчнаго, неизмѣннаго и всеобщаго" права самъ по себѣ неправиленъ и представляетъ начало неподвижности и застоя въ правѣ, то, въ исторіи не только доктрины "естественнаго права", но и установленія всего современнаго намъ правопорядка, этотъ принципъ сыгралъ огромную и вполнѣ плодотворную роль, - такъ какъ онъ получилъ значеніе масштаба для нравственной оцѣнки существующаго права и сдѣлался въ рукахъ философовъ и политиковъ "естественнаго права" могущественнымъ орудіемъ не только всеразрушающей критики стараго порядка, но и со-

зданія новаго строя, соотвѣтствующаго новымъ потребностямъ и инымъ запросамъ, предъявляемымъ къ праву.

Наконецъ, третій принципъ школы "естественнаго права", состоящій въ указаніи на разумъ, какъ на источникъ естественнаго права, и въ извлеченіи изъ него отдѣльныхъ положеній этого права, характеризуетъ чисто-субъективный или апріорный методъ изслѣдованія, который объясняетъ всѣ заблужденія и до такой степени тѣсно связанъ со всѣми построеніями школы "естественнаго права", что нѣкоторые писатели называютъ не безъ основанія ученія этой школы "апріорной теоріей права". По этому методу, составляющему коренной недостатокъ всей школы и отвергнутому теперь во всѣхъ отрасляхъ знанія, кромѣ юриспруденціи, гдѣ мы встрѣчаемся до сихъ поръ съ его примѣненіемъ, законы правовыхъ и другихъ явленій воспроизводятся исключительно изъ субъективнаго "Я", независимо ни отъ историческаго, ни отъ догматическаго изслѣдованія этихъ явленій. Послѣдствіемъ такого способа изслѣдованія является к р а н я я п р о и з в о л ь н о с т ь и не научность всѣхъ построеній естественной философіи, основываемыхъ или на выдѣленіи изъ человѣческой природы одного какого-либо свойства при полномъ игно-

---

рированіи всѣхъ другихъ свойствъ этой природы, или на предположеніи о какихъ-то "прирожденныхъ" человѣку правахъ и другихъ подобныхъ предположеніяхъ, никогда не провѣряемыхъ путемъ опыта и историческихъ наблюденій. Результатомъ перваго изъ указанныхъ сейчасъ пріемовъ было крайне индивидуалистическое направленіе естественной философіи, сосредоточившей все свое вниманіе на личности и упускавшей совершенно изъ виду общество; а результатомъ второго пріема оказалось стремленіе ея къ созданію идеальнаго и универсальнаго права, основаннаго на вѣчныхъ началахъ разума и безъ всякой связи съ настоящимъ и прошедшимъ. Неправильность той и другой тенденціи естественной философіи не можетъ подлежать въ настоящее время никакому сомнѣнію. Необходимость изученія общества при изслѣдованіи общественныхъ явленій и изученія процесса историческаго развитія при изслѣдованіи историческихъ явленій, къ разряду которыхъ относятся всѣ общественныя явленія, стоитъ теперь внѣ спора и освобождаетъ насъ отъ труда заниматься дальнѣйшимъ опроверженіемъ ученія естественной философіи.

Не смотря, однако, на всѣ указанныя отрицательныя стороны школы "естественнаго права", нельзя не признать и значительныхъ заслугъ ея не только съ точки зрѣнія произведенныхъ подъ ея вліяніемъ преобразованій въ правѣ, но и съ точки зрѣнія пробу-

жденія и развитія въ правовѣдѣніи научнаго духа. Въ этомъ отношеніи нужно указать опять на отрицаніе школой "естественнаго права" абсолютнаго принципа, авторитета, который стоитъ поперекъ всякаго научнаго движенія. Затѣмъ слѣдуетъ вспомнить о характеризующихъ все это направленіе - жаждѣ къ знанію, критическомъ отношеніи къ существующему и освященіи свободныхъ пріемовъ обработки права. Все это были несомнѣнные признаки духа научнаго изслѣдованія и вели школу къ постановкѣ, если не къ разрѣшенію, многихъ научныхъ проблемъ, надъ которыми работали слѣдующія поколѣнія. Правда, что непосредственное вліяніе школы "естественнаго права" сказалось болѣе на обработкѣ государственнаго и международнаго |это послѣднее ведетъ отъ нея, собственно, и свое начало|, чѣмъ гражданскаго права, которое отличается наибольшей устойчивостью между всѣми отраслями права и менѣе другихъ поддается вліянію новыхъ идей. Тѣмъ не менѣе, идеи "естественнаго права" отразились и въ гражданскомъ правѣ успѣхами обособленія его отъ публичнаго, признаніемъ защиты личности независимо отъ ея національности, вѣроисповѣданія и разныхъ общественныхъ условій, и нашли, наконецъ, свое полное выраженіе въ трехъ большихъ кодексахъ, а именно - прусскомъ, французскомъ и австрійскомъ, составленныхъ въ концѣ прошлаго и въ началѣ нынѣшняго столѣтія подъ очень силь

нымъ вліяніемъ философіи естественнаго права. Кромѣ того, эта послѣдняя содѣйствовала и систематизаціи гражданскаго права и указала, наконецъ, на дѣйствительно вѣрный и основной источникъ права, - на человѣческую природу, - и, хотя обращалась съ нею неправильно, выдѣляя изъ нея отдѣльныя свойства и игнорируя процессъ развитія, - тѣмъ не менѣе, самое указаніе на этотъ основной источникъ права и возбужденная имъ работа философской мысли оказали несомнѣнное вліяніе на развитіе научнаго правовѣдѣнія |Въ нѣмецкой литературѣ есть прекрасное сочиненіе Bergbohm'a "Jurisprüdenz und Rechtsphilosophie", исчерпывающее, можно сказать, весь вопросъ о значеніи, достоинствахъ и недостаткахъ школы "естественнаго права"|.

8. ИСТОРИЧЕСКАЯ ШКОЛА.

Третьимъ факторомъ, несравненно сильнѣе двинувшимъ впередъ научное направленіе правовѣдѣнія, была историческая школа въ юриспруденціи, основанная въ концѣ XVIII вѣка нѣмецкимъ юристомъ Гуго, но особенно прославленная своимъ знаменитымъ вождемъ Фридрихомъ Карломъ фонъ - Савиньи. Образованію этой школы предшествовало великое философско-литературное движеніе XVIII в., извѣстное подъ именемъ "философіи просвѣщенія". Оно выразилось въ политическихъ, философскихъ, истори-

ческихъ и экономическихъ сочиненіяхъ Руссо, Вольтера, Дидро, Монтескье, Тюрго, въ критическихъ трудахъ Лессинга, въ поэзіи Гете, Шиллера, въ историческомъ идеализмѣ Гердера и въ другихъ не менѣе замѣчательныхъ произведеніяхъ человѣческаго духа, сохранившихъ до нашихъ дней свой классическій характеръ. Еслибы юристъ, захваченный этимъ движеніемъ, захотѣлъ сравнить состояніе своей науки съ той высотой, на которую стали другія отрасли знанія, и съ тѣмъ могучимъ духомъ, который отражался особенно въ произведеніяхъ изящной литературы этого времени, онъ непремѣнно долженъ былъ бы признать, что одна юриспруденція изъ всѣхъ областей человѣческаго духа продолжала коснѣть въ прежнемъ "варварскомъ состояніи". Густавъ Гуго, профессоръ римскаго права въ Геттингенскомъ университетѣ, произнесъ первый это смѣлое и оскорбительное для своей науки слово, указавъ при этомъ на тѣ безконечныя недоразумѣнія, въ которыя она впадала вслѣдствіе недостатка историческихъ знаній. Но Гуго самъ не могъ поднять юриспруденціи на ту высоту, которую онъ только предчувствовалъ, и не далъ никакой программы новаго исторического направленія, которое выразилось вполнѣ опредѣленно лишь въ извѣстной брошюрѣ Савиньи, озаглавленной: "Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft" Но гораздо раньше, чѣмъ вышла въ свѣтъ эта брошюра, Монтескье въ своемъ трудѣ - "Духъ законовъ" - говорилъ: "зако-

ни должны въ такой степени подходить къ народу, для котораго они издаются, что только въ очень рѣдкихъ случаяхъ законы одного народа могутъ оказаться пригодными для другого. Необходимо, чтобы они согласовались съ природой страны и принципами ея правительства. Они должны сообразоваться съ холоднымъ, теплымъ и умѣреннымъ климатомъ, съ качествомъ земли, ея положеніемъ, размѣромъ, образомъ жизни народа, котораго законы получаютъ тотъ или другой характеръ, смотря по тому, состоитъ ли онъ изъ земледѣльцевъ, пастуховъ или охотниковъ. Далѣе, законы должны считаться со степенью свободы, допускаемой конституціей данной страны, съ религіей ея жителей, ихъ наклонностями, ихъ богатствомъ, ихъ числомъ, ихъ торговлей, ихъ правомъ, ихъ привычками. Наконецъ, законы стоятъ въ извѣстномъ отношеніи другъ съ другомъ, со своими источниками, съ предметомъ законодательства, съ порядкомъ вещей, для котораго они установлены. Ихъ нужно разсматривать со всѣхъ этихъ точекъ зрѣнія, совокупность которыхъ и составляетъ то, что мы называемъ духомъ законовъ". Однако, въ цитированномъ выше сочиненіи Савиньи идеи исторической школы выразились несравненно опредѣленнѣе и были впервые сведены въ систему. Это сочиненіе было написано въ 1814 г. и направлено противъ другого славнаго нѣмецкаго юриста Тибо, профессорствовавшаго въ Гейдельбергѣ и выставившаго въ духѣ многихъ патріотовъ своего времени, упоенныхъ успѣхомъ только что оконченной борьбы съ Франціей, требованіе та

кого рода, чтобы дѣло освобожденія Германіи и ея единства было увѣнчано созданіемъ обще-германскаго законодательства. Савиньи не оспаривалъ значенія и выгодъ единства въ правѣ, но отрицалъ достиженіе этой цѣли созданіемъ новаго законодательнаго кодекса, признавая ее преждевременной. Онъ указывалъ прежде всего на существовавшіе уже въ Австріи, Пруссіи и Прирейнскихъ провинціяхъ кодексы, которые въ виду недавняго ихъ появленія, не могли быть скоро отмѣнены, поэтому новое законодательство, по его мнѣнію, не могло бы обнять всей Германіи и только бы увеличило ея дробность въ законодательномъ отношеніи. Затѣмъ Савиньи предостерегалъ своихъ современниковъ отъ преувеличенія того значенія, которое дается обыкновенно законодательству. "Каждый законодатель, говоритъ онъ, какимъ бы свободнымъ и могущественнымъ онъ себя ни чувствовалъ, стоитъ всегда подъ властію того, что существуетъ и что образовалось помимо него историческимъ путемъ. Онъ можетъ произвести частичныя измѣненія и улучшенія, но въ общемъ выражаетъ только то, какъ онъ понимаетъ существующее помимо него право; даже вновь созданное имъ находится въ прямой зависимости отъ того или другого пониманія имъ того-же существующаго права. Поэтому всякое общее законодательство есть въ своемъ послѣднемъ основаніи ничто иное, какъ осадокъ господствующихъ во время его составленія представленій о правѣ; и какъ въ такомъ осадкѣ, въ немъ утверждаются и фиксируются неизбѣжно всѣ заблужденія и недостатки этого времени. Отсюда вытекаетъ необходимо, что призваннымъ къ законода-

тельству можетъ быть только время высоко развитого состоянія науки права, до котораго Германія далеко еще не достигла.

Въ дальнѣйшемъ развитіи мыслей Савиньи видна полная противоположность ихъ съ естественной философіей, строившей свои системы на пескѣ, и возлагавшей всѣ надежды на разумъ и мудрость законодателя. Въ противоположность со взглядомъ на такое произвольное происхожденіе права, основанная Савиньи историческая школа стремилась показать, что право, подобно языку, нравамъ, религіи, есть явленіе не случайное, а составляетъ продуктъ жизни народа, вытекаетъ изъ его "духа", какъ стали говорить позднѣе "Das Recht ist ursprünglich mit dem Volk", вотъ основное положеніе исторической школы, утверждающее органическую связь права съ характеромъ и національными особенностями народа, изъ вѣрованій, убѣжденій и нравовъ котораго оно прямо выростаетъ само собою и по тому же закону внутренней необходимости, исключающему всякій законодательный произволъ, по какому образуется его языкъ, религія и нравы. Право, какъ и всѣ другія отрасли народной жизни, растетъ вмѣстѣ съ народомъ и, наконецъ, умираетъ, когда народъ теряетъ свои особенности. При такомъ отношеніи къ вопросу о происхожденіи и развитіи права историческая школа должна была настаивать съ особенной силой на изученіи исторіи права, что слѣдовало само собою изъ ея взгляда на право, какъ на продуктъ всей предшествующей жизни народа". Только съ

помощью исторіи права, по выраженію самого Савиньи, мертвая масса окружающихъ насъ юридическихъ отношеній превращается въ живой организмъ.

Вотъ въ общихъ чертахъ ученіе исторической школы, хотя и представлявшей продолженіе филологическаго направленія Эпохи Возрожденія, но поставившей вопросъ объ историческомъ развитіи права гораздо сознательнѣе, опредѣленнѣе, энергичнѣе, чѣмъ это было сдѣлано послѣдней. Кромѣ идеи развитія права вообще, мы находимъ въ исторической школѣ еще идею закономѣрности этого развитія, т.е. развитія по законамъ причинности, и указаніе на единственный способъ объяснить эти законы путемъ изученія исторіи права. Эта идея закономѣрнаго развитія и настаиваніе на важномъ значеніи исторіи права, которая перестала быть, наконецъ, простымъ собраніемъ свѣдѣній, не связанныхъ между собою общей идеей и могущихъ служить лишь для справокъ, - вызвали небывалую и невиданную до того историческую литературу. Эта литература вмѣстѣ съ идеей закономѣрнаго развитія права составляютъ существенныя заслуги исторической школы, которая впервые, можно сказать, сдѣлала возможнымъ открытіе законовъ правовыхъ явленій посредствомъ изученія ихъ исторіи. И дѣйствительно, ученіе Савиньи пробудило юриспруденцію отъ ея долгаго сна. Завязалась новая и болѣе крѣпкая связь между нею, языковѣдѣніемъ, философіей и общей исторіей. Яковъ Гриммъ и Нибуръ признавали себя благодарными учениками Савиньи, работая въ смежныхъ съ нимъ

областяхъ съ такимъ успѣхомъ, котораго не знала до тѣхъ поръ ни одна отрасль обществовѣдѣнія. Начался новый періодъ открытій и въ области права, такъ что теперь нѣмецкіе ученые такъ же,какъ и въ XV и XVI столѣтіяхъ во времена Цавія и другихъ,стали опять переходить Альпы и находить въ итальянскихъ библіотекахъ сокровища,проливавшія новый свѣтъ на темныя до того періода исторіи права. Таково было открытіе институцій Гая и много другихъ открытій. Такимъ образомъ,всѣ открытія повторились черезъ три столѣтія и если, какъ говорятъ, никто еще не превзошелъ Куяція въ глубинѣ и объемѣ его знаній по римскому праву,то совокупность того, что стало извѣстнымъ, и способъ, которымъ это извѣстное разрабатывалось, стали послѣ Савиньи неизмѣримо выше,чѣмъ они были въ XVI стол. Тутъ не только образовалась отсутствовавшая тогда историческая критика, но, что еще важнѣе, антикварное знаніе обратилось, наконецъ, въ историческое, т.е. въ такое, которое соединяло отдѣльные факты въ органическое цѣлое и старалось понять ихъ, какъ моменты одного живаго цѣльнаго процесса развитія. Въ этомъ направленіи стало разрабатываться и римское, и особенно германское право, которое до Эйхгорна, ближайшаго сотрудника Савиньи, не было вовсе предметомъ научнаго изслѣдованія,такъ что настоящіе "германисты", можно сказать, родились также лишь со школой Савиньи. Главнымъ органомъ этой школы сдѣлался журналъ "Zeitschrift für die geschichtliche Rechtswissenschaft"

созданный Савиньи въ сотрудничествѣ съ Эйхгорномъ и Геппеномъ и руководимый до 1850 г. самимъ главой школы.

Но вмѣстѣ съ указанными достоинствами и значеніемъ, неизмѣримо возвышавшими историческую школу надъ всѣми предшествовавшими ей направленіями и дѣлавшими изъ нея, такъ сказать, мать современной науки права, она страдала и нѣкоторыми существенными недостатками, о которыхъ мы должны сказать нѣсколько словъ, потому что иначе нельзя было бы объяснить послѣдующихъ движеній въ исторіи правовѣдѣнія.

Мы не будемъ распространяться о политической сторонѣ ученія Савиньи, которой было сдѣлано много и противъ самыхъ противоположныхъ упрековъ. Съ нею случилось то же, что въ политикѣ случается со многими великими истинами, т.е. ученіемъ Савиньи стали пользоваться различныя партіи для совершенно противоположныхъ цѣлей. Положеніе, что право есть естественный продуктъ народнаго духа, имѣло какъ будто демократическій оттѣнокъ и дѣйствительно послужило для одного изъ собратій Савиньи - Генера - поводомъ къ доносу, въ которомъ глава исторической школы изображался крайнимъ демагогомъ. И наоборотъ, та простая и въ настоящее время аксіоматическая мысль, что состояніе права въ настоящемъ условлено состояніемъ его въ прошедшемъ, сдѣлалось лозунгомъ религіозной и политической реакціи, томившей Германію впродолженіе нѣсколькихъ десятилѣтій. Теорія Савиньи

неотвѣтственна, конечно, за подобное употребленіе, сдѣланное изъ нея въ политикѣ, но она не свободна отъ слѣдующихъ серьезныхъ возраженій.

I. Говоря, что право образуется изъ народа, что оно есть выраженіе общаго народнаго убѣжденія, писатели исторической школы, очевидно, преувеличивали его народный характеръ, упуская съ одной стороны изъ виду, что правообразованіе происходитъ не только въ народѣ, но и среди общественныхъ союзовъ, предшествующихъ слiянію ихъ въ одинъ народъ, какъ то рода, клана, общины и др. общественныхъ агрегацій. Съ другой стороны, историческая школа не приняла во вниманіе, что и рамки народной жизни по мѣрѣ развитія права дѣлаются для него тѣсными, такъ какъ сближеніе различныхъ народовъ, сношенія ихъ между собою, общія условія жизни и общая работа для одного и того же дѣла - вносятъ въ правообразованіе, кромѣ національнаго, еще и интернаціональный элементъ, придавая праву все болѣе и болѣе универсальный характеръ. Такимъ образомъ, историческая школа поставила съ одной стороны рамки правообразованія слишкомъ широко, а съ другой чрезмѣрно сузила ихъ, не принявъ во вниманіе интернаціональнаго элемента.

II. Утверждая далѣе происхожденіе права изъ "духа" народа, историческая школа впала невольно въ мистицизмъ и приняла идею какого-то инстинктивнаго, непроизвольнаго возникновенія и развитія права, которое создается, однако, не безъ активной дѣятельности обще-

ства. Въ основаніи ученія Савиньи лежитъ собственно пантеистическое міросозерцаніе, примѣненное къ праву. Учрежденія и законы составляютъ по этому ученію не намѣренное и свободное созданіе воли человѣка, но продуктъ времени и исторіи; они возникаютъ изъ инстинктивныхъ склонностей народнаго духа и развиваются подъ вліяніемъ скрывающихся въ немъ силъ, какъ языкъ и нравы; они не создаются, но, такъ сказать, выростаютъ. Поэтому обычай есть самая совершенная форма права и единственно раціональная, такъ какъ она - spontanée, ничѣмъ не вынуждена; это - право, удовлетворяющее само себя, постоянно живущее, безконечно прогрессирующее. Вмѣшательство законодателя въ формѣ кодификаціи составляетъ напротивъ притѣсненіе, такъ какъ оно неизбѣжно становится поперекъ естественному развитію. Кромѣ того, оно останавливаетъ науку и ея успѣхи, препятствуетъ изслѣдованію переступать границы текстовъ. "Кодексы, говоритъ Савиньи, фиксируютъ право въ томъ состояніи, въ какомъ они застаютъ его въ моментъ кодификаціи; они дѣлаютъ это состояніе неподвижнымъ и лишаютъ законодательство тѣхъ послѣдовательныхъ и необходимыхъ улучшеній, къ которымъ его привели бы естественно время и наука". Поэтому, чѣмъ ограниченнѣе дѣйствіе закона, чѣмъ болѣе простора предоставлено обычаю, тѣмъ обезпеченнѣе прогрессъ права: "субстанція развивается по законамъ, вытекающимъ изъ ея сущности". Въ противоположность Канту, который искалъ и находилъ право въ

личности человѣка, оно принимается здѣсь въ чисто объективномъ смыслѣ, какъ нѣчто реальное и существующее независимо отъ воли,какъ индивидуальной,такъ и коллективной: оно включается въ народное убѣжденіе въ томъ видѣ, какъ его отражаетъ преданіе; это - сокровенная сила, которая обнаруживается накопленнымъ опытомъ многихъ поколѣній; это - "внутренній упорядоченный продуктъ исторіи", скажетъ черезъ 50 лѣтъ Іерингъ. Но Іерингъ и возсталъ противъ преувеличеннаго объективизма въ теоріи правообразованія исторической школы, указавъ на важное значеніе, принадлежащее въ этомъ процессѣ идеѣ психическаго труда человѣка. Эта мысль выражена Іерингомъ въ сочиненіи: "Духъ римскаго права", изъ котораго мы приведемъ небольшой отрывокъ. "Исторія права началась медлѣннымъ періодомъ, тяжелой борьбой и работой человѣческаго разума; намѣреніе, рефлексія, сознаніе, расчетъ дѣйствовали уже при возникновеніи права, - юридическое искусство существовало уже у колыбели его. Какъ теперь понятія не даются намъ сами собой,но должны пріобрѣтаться нами трудомъ и напряженіемъ нашихъ силъ, такъ, а не иначе было и въ ту историческую эпоху, когда образовались основныя понятія права; и мнѣніе, утверждающее, что народы не нуждались во время своего дѣтства въ исканіи и выработкѣ понятія собственности, обязательства и пр., но нашли эти понятія готовыми, не лучше мнѣнія, по которому люди получили изъ рукъ природы въ готовомъ видѣ свои дома, плуги и пр.Какъ ради пріобрѣтенія этихъ

послѣднихъ надо было думать, работать, допытываться впродолженіе столѣтій, точно такие и притомъ несравненно въ большей степени приходилось поступать относительно юридическихъ понятій.Вездѣ долженъ былъ пройти періодъ пробъ и исканій, колебаній и неопредѣленности, прежде чѣмъ эти понятія приняли опредѣленныя и твердыя формы, въ которыхъ они выступаютъ передъ нами въ доступный для насъ періодъ исторіи права". Такимъ образомъ, правовыя понятія и опредѣленія не даются человѣчеству сами собой, но составляютъ продуктъ продолжительнаго умственнаго труда многихъ поколѣній-вотъ существеннѣйшее положеніе теоріи Іеринга, которымъ ученіе исторической школы о непроизвольномъ развитіи права получаетъ свое необходимое исправленіе. Что касается вопроса о кодификаціи, то теперь можно сказать, что онъ рѣшенъ и рѣшенъ даже въ Германіи противъ Савиньи. Съ одной стороны, если кодификація понимается правильно, т. е. если она не задается мыслью все предвидѣть и все регулировать,а ограничивается формулированіемъ общихъ принциповъ, изъ которыхъ могутъ быть выведены отдѣльные случаи ихъ примѣненія-такъ, по крайней мѣрѣ, понимаются и выполняются кодификаціи новаго времени, - то не можетъ быть сомнѣнія, что кодификація въ этомъ смыслѣ есть неоцѣненное благо: записанныя и строго установленныя правила устраняютъ произволъ, обезпечиваютъ интересы и удовлетворяютъ неоспоримой потребности всѣхъ свободныхъ народовъ въ установленности и публичности ихъ правъ.Съ дру-

гой стороны также несомнѣнно, что кодификація не только не затрудняетъ науки, но напротивъ ставитъ ее въ лучшія условія. Работа права никогда не заканчивается, лучше сказать, она всегда возобновляется и ни одинъ законъ не остановитъ ея движенія. Судьба человѣчества состоитъ именно въ движеніи, въ постоянныхъ перемѣнахъ и въ развитіи. Каждый день прогрессъ идей, потребности практики, внушенія различныхъ интересовъ рождаютъ новыя идеи, новыя комбинаціи, неизвѣстныя еще наканунѣ, изъ которыхъ возникаютъ новыя теоріи, такъ что созданіе права возобновляется сейчасъ же послѣ формулированія пріобрѣтенныхъ уже результатовъ. Такимъ образомъ кодификація, фиксируя въ ясномъ, простомъ и сжатомъ языкѣ тѣ правовыя идеи, справедливость и полезность которыхъ уже признана и, предоставляя свободному обсужденію тѣ идеи, справедливость и полезность которыхъ еще оспариваются, не только не убиваетъ науки, чего опасался Савинья, а приготовляетъ напротивъ самыя благопріятныя условія для ея развитія, обезпечивая одновременно и въ правильной мѣрѣ, какъ устойчивость, такъ и измѣненіе права.

III. Послѣдній и важнѣйшій недостатокъ исторической школы, который необходимо отмѣтить, состоялъ въ томъ, что она стала въ служебное отношеніе къ юридической догматикѣ своего времени. Исторія права не получила здѣсь самостоятельнаго значенія, а признавалась необходимой только для объясненія дѣйствующаго права, которое не

могло быть понято иначе, какъ историческимъ путемъ. Самъ Савиньи придавалъ исключительное значеніе исторіи одного римскаго права, которое оказало непосредственное вліяніе на нынѣшній юридическій бытъ, а послѣдователи его въ своихъ историческихъ изслѣдованіяхъ старались лишь очистить современную имъ догму права отъ всего отжившаго и неподходившаго къ современной жизни. Поэтому исторія сдѣлалась для писателей исторической школы изученіемъ прошедшаго ради спеціальныхъ практическихъ цѣлей настоящаго и была слѣдовательно только историческимъ методомъ, а не самостоятельною наукою. Ни знаменитый основатель исторической школы, ни его послѣдователи не возвысились до настоящаго взгляда на назначеніе науки и потому не задавались ея широкой программой. Они старательно избѣгали въ своихъ историческихъ изслѣдованіяхъ всякихъ обобщеній относительно природы права, считая это достояніемъ философіи и забывая, что изученіе отдѣльныхъ фактовъ общественной жизни не можетъ итти успѣшно безъ выводовъ ихъ общихъ положеній, которыя только и могутъ намъ освѣтить неизвѣстное прошлое. Указаніе на важное значеніе этихъ общихъ положеній было здравою мыслью школы естественнаго права, которая не умѣла только примѣнять ихъ на практикѣ, беря за свои исходные пункты совершенно произвольныя апріорныя положенія, а не такія, которыя были бы доказа-

ны и добыты сами путемъ наведенія. Такія доказанныя положенія служатъ необходимымъ средствомъ изслѣдованія общественныхъ явленій, такъ какъ простое наблюденіе фактовъ безъ поддержки и согласія ихъ съ общими положеніями не приводитъ къ результатамъ уже потому, что факты общественной жизни порождаются безчисленнымъ разнообразіемъ причинъ, отдѣленіе которыхъ возможно лишь съ помощью этихъ же общихъ положеній.Мы говоримъ о дедуктивномъ методѣ изслѣдованія, посредствомъ котораго сдѣлано много важныхъ обобщеній въ области соціологіи и упрекаемъ поэтому съ достаточнымъ основаніемъ историческую школу въ томъ,что она не воспользовалась средствами этого метода, погрузившись въ мелочныя изслѣдованія историческихъ фактовъ съ ограниченной цѣлью указать только на то, что отжило свой вѣкъ,и что нѣтъ.

Указанные недостатки исторической школы вызвали противъ нея впродолженіи нынѣшняго столѣтія реакцію въ видѣ различныхъ новыхъ направленій философской и юридической мысли,которыя дѣйствовали могущественнымъ образомъ на дальнѣйшее развитіе и окончательное установленіе научнаго правовѣдѣнія.Между этими направленіями слѣдуетъ отмѣтить прежде всего направленіе,стоящее въ отношеніи непосредственнаго преемства и взаимной реакціи съ исторической школой, вызванное вліяніемъ философіи Гегеля.

9. ГЕГЕЛІАНИЗМЪ ВЪ ЮРИСПРУДЕНЦІИ.

Не останавливаясь здѣсь на изложеніи философіи Гегеля, ни на ея критической оцѣнкѣ мы скажемъ лишь, что она не представляетъ-собой научной философіи, потому что опирается на тотъ же субъективный методъ изслѣдованія и отличается такимъ же апріорнымъ характеромъ своихъ выводовъ, какъ и школа естественнаго права. Въ этомъ отношеніи она дѣлала шагъ назадъ сравнительно съ исторической школой и возвращалась къ старымъ традиціямъ субъективной философіи. Но въ другомъ отношеніи Гегелевская философія принесла юриспруденціи важную пользу независимо и даже вопреки исторической школѣ. Эта польза выказалась во I| въ томъ, что въ юриспруденціи пробудился снова интересъ къ философскому изученію права, которое было заброшено исторической школой. Гегель и въ особенности его ученикъ Гансъ упрекали историческую школу въ ея философскомъ индиферентизмѣ; они обвиняли ее въ томъ, что она видѣла въ правѣ одно только сцѣпленіе фактовъ и обычаевъ, что она смѣшивала право съ закономъ, изгоняла изъ него всякій принципъ и всякія стремленія, не принимая во вниманіе свободы человѣка и разрушая этимъ волю, какъ источникъ прогресса. Этотъ приговоръ надъ исторической школой былъ произнесенъ безапелляціонно, и доктрина Савиньи и его учениковъ, романтиковъ, - какъ называлъ ихъ Блунчли, - была уже съ этого времени осуждена нѣмец-

кой наукой. Вотъ какъ судитъ ее напримѣръ, Іерингъ: "Ложная, но безопасная въ теоріи, она содержитъ въ себѣ съ политической стороны самую большую ересь, которую только можно представить себѣ. Въ области, гдѣ человѣкъ долженъ дѣйствовать съ полнымъ и яснымъ сознаніемъ цѣли, прилагая къ этой дѣятельности всѣ свои силы, - въ этой области она вводитъ его въ заблужденіе, заставляя думать, что все устроится само собою, что онъ не можетъ ничего сдѣлать лучше, какъ сложить руки и ждать съ полнымъ довѣріемъ того, что будетъ произведено мало по малу мимо первоначальнымъ источникомъ права - народнымъ сознаніемъ. Во 2| подъ вліяніемъ же Гегеліанизма въ юриспруденціи явились первыя попытки сравнительной исторіи права, такъ какъ изъ самаго существа философіи Гегеля слѣдовало, что при изученіи исторіи,какъ выраженія абсолютнаго духа, нельзя ограничиваться изученіемъ одного народа, а необходимо изучать все человѣчество, какъ одно цѣлое. Отсюда видно, что Гегелевская философія была по существу своему также историческая, но она отличалась отъ исторической школы Савиньи въ двухъ отношеніяхъ: во первыхъ она не была привязана къ одному мѣсту и вмѣсто того, чтобы искать основанія права въ институтахъ національнаго происхожденія, она, такъ сказать, универсализировалась и находила это основаніе въ необходимомъ развитіи всемірнаго духа; во вторыхъ, она противополагала безсознательному происхожде-

нію права во времени - право человѣчества на развитіе |werden|; обычаю, развивающемуся изъ самого себя подъ вліяніемъ національнаго инстинкта, она противополагала живое стремленіе къ осуществленію конечной цѣли. Другими словами философія права здѣсь смѣшивалась и отождествлялась съ философіей исторіи. Право, освобожденное отъ своихъ переходныхъ формъ, или иначе мыслимое независимо отъ закона представляетъ собою всемірный духъ, который проходитъ, постепенно развиваясь, чрезъ всю исторію. Эта послѣдняя есть ничто иное, какъ движеніе всемірнаго духа, доходящаго все болѣе и болѣе до сознанія самого себя. Всемірный же духъ осуществляется въ государствѣ или скорѣе въ послѣдовательныхъ государствахъ, отмѣчающихъ этапы его побѣдоноснаго шествія. Каждый народъ воплощаетъ идею, составляющую его индивидуальный духъ, каждый такой духъ представляетъ одинъ періодъ въ развитіи всемірнаго духа, который представляется такимъ образомъ различными народами поочередно. Въ прошломъ этотъ всемірный духъ былъ представленъ послѣдовательно Восточнымъ міромъ, Грецією и Римомъ; онъ представленъ теперь Германскимъ міромъ, въ которомъ всемірный духъ, придя къ полному самосознанію, осуществляетъ абсолютную истину. И такъ какъ, пока какой-нибудь народъ служитъ агентомъ такой эволюціи, другіе народы стираются или не идутъ болѣе въ счетъ, то цѣль, указываемая человѣчеству, состоитъ въ поглощеніи его германской гегемоніей. Не останавливаясь долѣе на изложеніи крайнихъ выводовъ филосо-

фіи Гегеля, запечатлѣнныхъ въ равной степени какъ фантазіей, такъ и національнымъ самообольщеніемъ, мы отмѣтимъ, что не смотря на это философія Гегеля вызвала въ юридической литературѣ нѣсколько важныхъ трудовъ по сравнительному правовѣдѣнію, какъ напримѣръ, Ганса: "Наслѣдственное право въ его всемірно-историческомъ развитіи", Унгера "Бракъ въ его историческомъ развитіи" и нѣкоторые другіе.

Въ 3| вліяніе Гегеліанизма на юриспруденцію обнаружилось въ томъ, что она ввела въ свои изслѣдованія психологическій элементъ. Съ этого времени юристы снова стали привыкать ставить правовыя положенія въ связь со свойствами человѣческой природы, и замѣчательно, что извѣстное сочиненіе Іеринга "Духъ римскаго права", хотя и сходное по содержанію своихъ идей съ Гегелевской философіей, но и расходящееся съ нею по многимъ существеннымъ вопросамъ, тѣмъ не менѣе обязано своими лучшими выводами введенію въ изслѣдованіе того психологическаго элемента, который былъ указанъ юриспруденціи Гегелемъ. Наконецъ, подъ его же вліяніемъ возникло въ гражданскомъ правѣ нѣсколько ученій чисто психологическаго свойства, съ которыми мы встрѣтимся впослѣдствіи. Таковы напримѣръ, ученіе о волѣ, какъ объ основномъ содержаніи гражданскихъ правоотношеній и о владѣніи, какъ непосредственномъ выраженіи воли. Слѣдующее направленіе, возникшее въ 50-хъ годахъ нашего столѣтія и еще благот-

вориѣе повліявшее на научное правовѣдѣніе, называется экономическимъ направленіемъ.

10. ЭКОНОМИЧЕСКОЕ НАПРАВЛЕНІЕ.

Это направленіе указывало на зависимость права отъ экономическихъ отношеній и энергично требовало изученія юридическихъ явленій въ связи съ экономическими. Это требованіе было высказано сначала экономистами, а потомъ встрѣтило поддержку и среди юристовъ, между которыми можно процитировать имена Данкварта, Арнольда, Гиве и др. Важное значеніе этого направленія заключалось въ томъ, что оно, доказавши связь права съ другими общественными явленіями, тѣмъ самымъ уничтожило наконецъ его невозможную изолированность и сдѣлало такимъ образомъ необходимымъ изученіе права вмѣстѣ со всей культурой, часть которой оно составляетъ. Но признавая эту важную услугу экономической школы, нельзя не сказать, что она чрезвычайно преувеличила значеніе политической экономіи въ дѣлѣ изученія права, установивъ между той и другой отраслью знанія такое отношеніе зависимости и подчиненности, котораго въ дѣйствительности вовсе не существуетъ. Юридическія явленія никогда не вытекаютъ прямо и непосредственно изъ однихъ законовъ экономическаго міра, но всегда представляютъ собою сложныя явленія, которыя образуются путемъ вліянія какъ экономическихъ, такъ и другихъ вовсе уже не экономическихъ факторовъ ж-

ни. Различныя физическія вліянія, психическія свойства человѣка, господствующія въ данномъ мѣстѣ и въ данное время представленія о справедливости, о нравственности, религіозныя убѣжденія и проч. дѣйствуютъ на право рядомъ съ экономическими двигателями и имѣютъ значеніе совершенно самостоятельныхъ стимуловъ. Поэтому въ большинствѣ случаевъ юридическія явленія стоятъ рядомъ съ экономическими и вмѣстѣ съ ними вытекаютъ изъ общихъ имъ всѣмъ причинъ - природы человѣка, общества, историческихъ обстоятельствъ и другихъ вліяній, какъ неорганической, такъ и органической среды, въ которой совершаются общественныя явленія. Если же въ однихъ случаяхъ юридическія явленія и обусловливаются дѣйствительно экономическими причинами по преимуществу, то въ другихъ напротивъ экономическія явленія сами становятся въ прямую зависимость отъ правовыхъ и измѣняются вмѣстѣ съ послѣдними. Такимъ образомъ, между наукой права и политической экономіей должно быть признано вмѣсто отношенія подчиненности, отношеніе взаимно- зависимости и солидарности, которое теперь и признается за ними, какъ въ новой юриспруденціи, такъ и въ новой политической экономіи.

II. ПРАКТИЧЕСКОЕ НАПРАВЛЕНІЕ.

Слѣдующимъ въ ряду перечисленныхъ нами вліяній

на развитіе научнаго правовѣдѣнія было вліяніе на него новаго направленія въ самой практической юриспруденціи, которое образовалось, благодаря предшествовавшимъ вліяніямъ, но разъ образовавшись, стало сильно двигать впередъ самую науку права. Это направленіе ведетъ начало отъ нѣмецкаго юриста Кирульфа и заключаетъ въ себѣ самыя крупныя имена современной юридической науки, каковы Вееръ, Унгеръ и др., но своимъ безспорнымъ вожакомъ, неутомимымъ борцомъ и самымъ талантливымъ и разностороннимъ выразителемъ всѣхъ своихъ тенденцій имѣемъ недавно умершаго профессора римскаго права въ Геттингенѣ и перваго юриста нашего времени - Рудольфа фонъ-Іеринга. Это направленіе называло себя долго практическимъ въ противоположность съ исторической школой, занимавшейся антикварными изслѣдованіями, и съ формально логическими пріемами изученія права, характеризующими до сихъ поръ господствующую юриспруденцію. Вотъ противъ этихъ двухъ теченій |историческаго и формально-логическаго| и вооружилось "практическое направленіе", настаивая съ одной стороны на внутреннемъ психологическомъ моментѣ права и требуя съ другой стороны изученія его въ постоянной связи съ практическими потребностями жизни, удовлетвореніе которыхъ должно быть по мысли названныхъ выше юристовъ исключительною цѣлью права. Это направленіе пошло потомъ далѣе и въ своей новой формѣ было формулировано Іерингомъ въ составившей цѣлую эпоху статьѣ: "Im Interesse" |наша задача|, открывшей собою еще въ

1857 году дѣятельность издаваемаго имъ журнала "Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen Rechts". Многочисленными статьями и монографіями, помѣщенными въ этомъ журналѣ по различнымъ вопросамъ права, Іерингъ показалъ еще лучше, чѣмъ своей программой и манифестомъ, какъ важно и плодотворно указанное имъ направленіе, которое онъ же назвалъ "творческой или критико-созидающей догмой". Мы изложимъ вкратцѣ сущность этой догмы, но считаемъ нужнымъ сказать предварительно нѣсколько словъ о предшествующемъ ей и господствующемъ, какъ было уже указано, до сихъ поръ, такъ называемомъ, формально-логическомъ направленіи въ юриспруденціи. Оно состоитъ въ томъ, что юристу указывается заниматься исключительно одними правоположеніями и правоопредѣленіями, возводить ихъ къ немногимъ общимъ понятіямъ, изъ которыхъ первыя выводятся чисто-логическимъ путемъ, какъ частныя заключенія изъ общихъ принциповъ и затѣмъ излагать все это въ систематическомъ порядкѣ. Его не должно при этомъ вовсе интересовать, ни бытовая сторона правовыхъ явленій, ни связь, въ которой стоятъ юридическія нормы съ жизнью. Онъ занятъ только ихъ логической стороной. Суду и судебной практикѣ предписывается также чисто-механическая задача: подводить отдѣльные случаи подъ готовое правило, прилагать къ нему выводу, слѣдующіе логически изъ этого правила, находить для каждаго конкретнаго отношенія соотвѣтствующую формулу закона и не до-

пускать въ его примѣненіи ни малѣйшей индивидуализаціи. Словомъ, для догматика формалиста все право есть лишь строго-логическая система общихъ правовыхъ началъ и ихъ частныхъ консеквенцій; задача правовѣдѣнія сводится для него только къ тому, чтобы представить логически стройную систему правоопредѣленій, облегчить механизмъ подведенія отдѣльныхъ конкретныхъ случаевъ жизни подъ данное опредѣленіе закона и болѣе ни къ чему. Таковой стала европейская юриспруденція съ начала нынѣшняго столѣтія, и этотъ характеръ ея былъ результатомъ рецепціи римскаго права. Отреченіе отъ самостоятельнаго творчества, отчужденность отъ жизни, слѣпое преклоненіе предъ римскимъ правомъ, усиленное еще болѣе вліяніемъ естественной философіи, поддерживавшей своимъ стремленіемъ къ идеальному праву взглядъ на римское право, какъ на такой идеалъ, - полная замкнутость юриспруденціи отъ всѣхъ другихъ отраслей знанія, научное невѣжество и метафизическое настроеніе ея дѣятелей, - вотъ главныя причины, объясняющія удовлетворительно, какъ связь формально-логическаго направленія съ предшествующей юриспруденціей, такъ и существованіе его еще въ наше время. Но дни господства его можно сказать теперь уже сочтены, такъ какъ вліяніе идей о связи права съ жизнію вмѣстѣ съ рѣшимостью бросить, наконецъ, апріорный и субъективный методъ, руководящій до сихъ поръ господствующей юриспруденціей, и принять въ основаніе юридическихъ изслѣдованій объективно-научный методъ, -

все это проникаетъ въ настоящее время въ сознаніе всѣхъ лучшихъ юристовъ и обѣщаетъ принести богатые результаты въ самомъ недалекомъ будущемъ. Значительный шагъ впередъ сдѣланъ на указанномъ пути "критико-созидающей догмой" Іеринга. Сущность ея состоитъ въ перемѣщеніи центра тяжести юридическихъ изслѣдованій отъ правоопредѣленій и правоположеній на мотивы и цѣли гражданской жизни, причемъ логическій моментъ различныхъ правоопредѣленій, то есть мѣсто ихъ въ системѣ права, опредѣляется прямо отношеніемъ къ нимъ потребностей жизни и отступаетъ такимъ образомъ на задній планъ. Въ противоположность формально-логической догмѣ, которая оперируетъ постоянно готовыми опредѣленіями, не заботясь объ ихъ отношеніяхъ къ жизни, возводитъ затѣмъ эти опредѣленія на основаніи логическаго родства понятій въ систему и не выходитъ такимъ образомъ никогда за предѣлы даннаго ей круга идей, догма Іеринга требуетъ прежде всего практическаго отношенія къ даннымъ опредѣленіямъ права, оцѣнки ихъ мотивовъ, цѣлей и степени соотвѣтствія съ удовлетворяемыми этими опредѣленіями потребностями жизни. Затѣмъ она требуетъ отъ юриспруденціи въ случаяхъ, представляющихъ собою наличность какой либо потребности, но отсутствіе соотвѣтствующаго опредѣленія права, свободнаго творчества, находящаго реальную опору въ судебной практикѣ, которая обязана отыскать всегда норму, хотя бы ея и не было вовсе въ законахъ. Поэтому судья долженъ быть, по теоріи Іеринга, не машиной, подгоняющей однообразно всѣ конкретныя от-

ношенія подъ однѣ и тѣ-же формулы законовъ, а мыслящимъ юристомъ, разсматривающимъ спорный случай, соотвѣтственно съ его особенностями и индивидуализирующимъ такимъ образомъ каждое отдѣльное отношеніе. Такая дѣятельность юриспруденціи и судьи предполагаетъ изученіе жизни во всѣхъ ея условіяхъ и со всѣхъ сторонъ;она требуетъ далѣе того, чтобы каждое правоопредѣленіе разсматривалось, какъ живое явленіе въ процессѣ развитія даннаго общества и, наконецъ, она окончательно низводитъ догму права изъ области логическихъ конструкцій на почву практической жизни. Такова въ общихъ чертахъ новая догма права, главныя достоинства которой заключаются въ томъ, что она покончила въ юриспруденціи болѣе или менѣе съ метафизикой и возвратила право къ его естественной связи съ жизнью,указавъ при этомъ на наблюденіе послѣдней и на изученіе мотивовъ и цѣлей правовыхъ опредѣленій, какъ на существеннѣйшіе элементы всякаго юридическаго изслѣдованія.Это большія услуги,внесшія цѣлый кладъ въ зачинающуюся науку о правѣ. Единственные недостатки, въ которыхъ мы рѣшаемся упрекнуть критико-созидающее направленіе Іеринга,состоятъ въ слѣдующемъ. Во первыхъ, мотивы и цѣли различныхъ опредѣленій права изслѣдуются здѣсь для того только, чтобы исправить недостатки дѣйствующихъ нормъ и поставить на ихъ мѣсто новыя опредѣленія, которыя соотвѣтствовали бы болѣе прежнихъ новымъ потребностямъ общества. Вслѣдствіе такого стремленія вопросы о томъ,что должно быть, путаются часто съ вопросами о томъ, что было и что есть,

и цѣли науки смѣшиваются такимъ образомъ съ цѣлями законодательной политики. Во вторыхъ, такъ какъ центръ тяжести "критико-созидающей догмы" составляетъ, какъ уже знаемъ, критика существующихъ опредѣленій права и приведеніе ихъ въ согласіе съ современными требованіями жизни, то эта критика правоопредѣленій и преобладаетъ въ ней, оставляя въ тѣни изученіе жизни съ ея разнообразными проявленіями. Поэтому-то мы и видимъ, что приверженцы "критико-созидающаго направленія", выходя изъ совершенно вѣрнаго положенія, что право предназначено служить жизни, а не какой-либо отвлеченной идеѣ, тѣмъ не менѣе мало изслѣдуютъ эту жизнь и мало занимаются взаимной зависимостью, связывающей всѣ ея явленія въ одно органическое цѣлое. Они сосредоточиваютъ свое вниманіе на разборѣ и критикѣ различныхъ правоположеній и хотя изслѣдуютъ ихъ въ связи съ жизнью, но все таки не рѣшаютъ въ большинствѣ случаевъ вопросовъ о томъ, почему и какъ образовались эти правоположенія, почему они могли смѣниться другими и на чемъ основаны ихъ значеніе и функціи въ жизни цѣлаго. Неразрѣшеніе этихъ вопросовъ объясняется тѣмъ, что "критико-созидающая догма" упускаетъ изъ виду за преслѣдованіемъ цѣли права изслѣдованіе его причины и процесса развитія. Но это изслѣдованіе входитъ въ его программу и оно будетъ постоянно выполняться, потому что изслѣдованіе мотивовъ и цѣлей должно необходимо привести и отчасти уже приводитъ къ тому, что гражданско-правовой порядокъ изучается не изолированно отъ другихъ общественныхъ —

ній, но въ связи съ ними. На этомъ новомъ многообѣщающемъ пути юристами призываются уже на помощь исторія, психологія, политическая экономія и другія отрасли обществовѣдѣнія.

12. ВЛІЯНІЕ СОЦІОЛОГІИ.

Наконецъ, послѣднее вліяніе, подъ дѣйствіемъ котораго начинаетъ уже складываться наука гражданскаго права, есть вліяніе новой науки объ обществѣ или соціологіи, установленной впервые Ог.Контомъ, главой позитивной школы во Франціи.Въ основаніе этой науки легла мысль о законахъ,управляющихъ жизнью человѣческихъ обществъ наравнѣ со всѣми другими явленіями органическаго и неорганическаго міра, и съ этой стороны положительная философія Конта была не какимъ-нибудь открытіемъ,сдѣланнымъ внезапно,а продолженіемъ или завершеніемъ мыслей, высказанныхъ еще Вико, Гердеромъ, Монтескье, Кондорсэ, Сенъ-Симономъ и многими другими писателями 18 и 19 в.в. Но до Конта эти мысли не были приведены въ систему и не были ни разу доказаны. Систематическое изученіе общественныхъ явленій съ приложеніемъ къ изученію ихъ всѣхъ пріемовъ научнаго изслѣдованія и установленіе задачи общественной науки съ опредѣленнымъ заранѣе предметомъ, методомъ изслѣдованія и даже главнѣйшимъ подраздѣленіемъ |статика и динамика|, вотъ что составляетъ несомнѣнную заслугу Конта и обезпечиваетъ за нимъ до сихъ поръ такое зна-

чительное вліяніе на европейскую мысль, что лучшія историческія, историко-юридическія и вообще соціологическія работы, появляющіяся въ послѣднее время не только во Франціи, Англіи, но и у насъ, отражаютъ на себѣ очевиднѣйшимъ образомъ дѣйствіе Контовскихъ идей. Исходная точка этихъ идей заключается въ признаніи релятивности, или относительности человѣческихъ знаній, признаніи, которое направляетъ нашу мысль отъ изслѣдованія конечныхъ цѣлей и конечныхъ причинъ на изслѣдованіе одной естественной причинности, или постоянства отношеній между явленіями, составляющими единственный объектъ научнаго изученія. Подчиненность человѣка наравнѣ со всѣмъ тѣмъ, что существуетъ въ мірѣ, дѣйствію извѣстныхъ законовъ называется детерминизмомъ, основное положеніе котораго гласитъ, что разъ даны условія извѣстнаго явленія, то дано и самое явленіе. Практическое послѣдствіе этого детерминизма состоитъ въ возможности измѣнять явленія, измѣняя предшествующія имъ условія, въ возможности предвидѣть будущее и сознательно вліять на него безъ всякаго фатализма, а *priori*, съ которымъ законы развитія человѣческаго общества не имѣютъ ничего общаго. Открытіе этихъ законовъ составляетъ задачу соціологіи, изучающей общественныя явленія или въ условіяхъ ихъ постоянства, - тогда мы имѣемъ соціальную статику, - или въ условіяхъ ихъ движенія и развитія, - въ этомъ случаѣ мы имѣемъ дѣло съ соціальной динамикой. Способъ изученія состо-

итъ въ соединеніи двухъ основныхъ методовъ мышленія: индукціи и дедукціи, измѣняемыхъ сообразно съ тѣми особенностями и трудностями, которыя представляются при изслѣдованіи той или другой группы соціальныхъ явленій. |Подробности см. у Дж. Ст. Милля - "Система логики" т. II, стр. 381 - 507|. Въ гражданскомъ правовѣдѣніи этотъ способъ изученія, не имѣющій ничего общаго съ прежними пріемами, принимаетъ форму историко-сравнительнаго метода. Этотъ методъ требуетъ того, чтобы изслѣдованіе не ограничивалось національной почвой, а распространялось на право всѣхъ народовъ, ибо лишь путемъ сравнительнаго изученія можно достигнуть пониманія общихъ законовъ развитія права. Недостаточность изученія исторіи права одного только народа для полученія общихъ законовъ, управляющихъ не только правомъ вообще, но даже правомъ этого же народа, выяснится намъ изъ слѣдующихъ соображеній. Какъ ни интересно и ни поучительно въ практическомъ отношеніи можетъ быть изслѣдованіе исторіи нашего собственнаго права или права народовъ, состоящихъ въ ближайшемъ соприкосновеніи съ нами, но это изслѣдованіе возможно только на весьма ограниченномъ пространствѣ времени; за нимъ наступаетъ мракъ, полное отсутствіе памятниковъ и какихъ бы то ни было свидѣтельствъ о состояніи права, какъ разъ въ инте-

реснѣйшій періодъ,когда оно только начинало слагать-
ся. Достигнувъ этой границы, отдѣляющей извѣстное
отъ неизвѣстнаго, изслѣдователю остается на выборъ
или перешагнуть границу, вступая въ область чисто-
фантазіи, которая такъ же безпредѣльна,какъ и без-
плодна, или же приняться искать въ другомъ мѣстѣ
указаній на тотъ первоначальный періодъ развитія,
который не оставилъ явныхъ слѣдовъ въ исторіи из-
слѣдуемаго имъ народа. Пришла же,напримѣръ, геологія
къ открытію доисторическихъ періодовъ состоянія зем-
ной коры, изслѣдуя ее въ различныхъ пунктахъ земного
шара и дополняя открытые въ одномъ мѣстѣ пласты откры-
тіями, сдѣланными въ другомъ мѣстѣ. Такимъ же пріе-
момъ изслѣдованія должно слѣдовать и научное правовѣ-
дѣніе. Тѣ періоды развитія, о которыхъ римское или
германское право въ доступное для нашихъ изслѣдованій
время сохранило лишь самыя слабыя реминисценціи, про-
ходятся многими народами только въ настоящее время;
нѣкоторые изъ нихъ находятся еще теперь на той самой
ступени развитія, на которой стояли современные намъ
культурные народы, когда они только что выступили
въ исторіи. Поэтому мы и наблюдаемъ у нихъ въ пол-
ной чистотѣ такія учрежденія и институты, которые
или совсѣмъ исчезли изъ жизни культурныхъ народовъ,
или сохранились у нихъ въ такихъ искаженныхъ, урод-
ливыхъ и странныхъ формахъ, что ни одинъ историкъ
не могъ бы никогда объяснить этихъ удивительныхъ слѣ-

довъ давно пережитой эпохи, - слѣдовъ, окрещенныхъ теперь съ легкой руки Тейлора названіемъ "переживаній", - если бы онъ не обратился къ изслѣдованію быта тѣхъ племенъ, у которыхъ эти самыя "переживанія" новыхъ народовъ находятся еще въ состояніи вполнѣ живыхъ и дѣйствующихъ понынѣ институтовъ права. Не ясно ли также, что только этимъ путемъ, восходя отъ сложнѣйшихъ къ простѣйшимъ стадіямъ развитія и отъ одного народа къ другому, смотря по проходимой имъ стадіи развитія, мы можемъ притти къ самой колыбели идеи права и отыскать зародыши ея тамъ, куда прежніе историки никогда не проникали. Этотъ способъ изслѣдованія правовыхъ явленій, обязанный своимъ происхожденіемъ успѣхамъ новѣйшей соціологіи, принято называть "сравнительнымъ", но мы по примѣру М.Ковалевскаго предпочитаемъ этому названію терминъ "историко-сравнительнаго метода". Дѣло въ томъ, что названіе "сравнительнаго метода" предполагаетъ только параллельное изученіе двухъ или нѣсколькихъ законодательствъ, съ выдѣленіемъ ихъ чертъ сходства и различія, - вотъ представленіе, которое возникаетъ въ умѣ каждаго, кто слышитъ о сравнительномъ методѣ въ примѣненіи къ юриспруденціи; въ этомъ же смыслѣ говорятъ о немъ и примѣняютъ его къ юридическимъ изслѣдованіямъ многіе ученые. Но подобнаго рода сравненія двухъ и нѣсколькихъ законодательствъ, какъ бы они любопытны ни были, не имѣютъ никакого научнаго значе-

нія. "Какую важность - справедливо замѣчаетъ Ковалевскій - можетъ имѣть напримѣръ, выводъ, который получится изъ сравненія кастоваго устройства древней Индіи и отсутствія кастъ въ Соединенныхъ Штатахъ, или какія научныя соображенія можно связать съ констатированіемъ одновременнаго существованія института жандармеріи въ республиканской Франціи и въ самодержавной Россіи" и т. д. Безполезность подобныхъ сравненій и неправильность извлекаемыхъ посредствомъ нихъ заключеній будутъ естественно обусловливаться тѣмъ, что сравниваемые народы стоятъ на различныхъ ступеняхъ общественнаго развитія. При настоящемъ же, или "историко-сравнительномъ методѣ" различныя законодательства сравниваются между собою не внѣшнимъ образомъ и не случайно, а лишь подъ тѣмъ условіемъ, чтобы народы, выработавшіе эти законодательства, происходили отъ одного общаго отвола и способны были вынести изъ общей родины общія юридическія убѣжденія и институты, или же не имѣя такого общаго происхожденія и такого достоянія общихъ обычаевъ, нравовъ и учрежденій, они одинаково доросли бы до нихъ, иначе достигли бы одинаковыхъ ступеней общественнаго развитія. Въ первомъ смыслѣ, т. е. ограниченія области сравненія группами родственныхъ народовъ, сравнительный методъ практикуется въ Германіи - Вайтцемъ и Пешелемъ и др., въ Англіи - Фриманомъ, Меномъ и по образцу ихъ проф. Сергѣевичемъ въ Россіи; во второмъ,

т.е. въ смыслѣ распространенія сравненія на всѣ народы, проходящіе однѣ и тѣ же стадіи развитія, этотъ методъ нашелъ себѣ примѣненіе въ трудахъ Макъ-Ленана, Моргана, Бастіа, Поста, М. Ковалевскаго и многихъ другихъ. Ограниченіе области сравненія народами, происходящими отъ одного общаго корня, кажется и намъ не совсѣмъ правильнымъ, такъ какъ "въ человѣческой природѣ - говоритъ Постъ - существуютъ извѣстныя формы организаціи этнической жизни, не привязанныя ни къ какой опредѣленной народности. Отправленія размноженія, питанія и сношеній между людьми общи и одинаково свойственны всѣмъ имъ, какъ различнымъ экземплярамъ одной и той же человѣческой расы, и эти органическія функціи образуютъ основу всей этнической жизни. Всѣ племена и народы слагаются изъ однихъ и тѣхъ же размножающихся, нуждающихся въ пищѣ и одаренныхъ по существу однимъ и тѣмъ же интеллектомъ - людей. Поэтому разумѣется само собою, что у различнѣйшихъ народовъ должна существовать масса обычаевъ и воззрѣній въ одинаковой или сходной формѣ". Насколько вѣрно то, что каждое племя или народъ имѣетъ свои характеристическія особенности, столь же вѣрно и то, что всѣ племена и народы состоятъ изъ индивидовъ человѣческой расы, и изъ этой принадлежности всѣхъ людей къ одной расѣ слѣдуетъ уже *a priori* неизбѣжная повторяемость извѣстныхъ фактовъ и учрежденій у всѣхъ народовъ земного шара. Этотъ апріорный выводъ подтверждается и наблюденіями, указывающими на мно-

жество однородныхъ этническихъ фактовъ у народовъ, между которыми не можетъ быть признано никакой исторической связи, никакой исторической преемственности. Кровная месть, система композицій, похищенія женщинъ, покупка невѣстъ, родство по женской линіи, взаимная круговая отвѣтственность и т.д. встрѣчаются у различныхъ и совершенно разноплеменныхъ народовъ. Кромѣ того мы знаемъ, что ни одинъ народъ не образуетъ своей гражданственности однѣми своими силами: въ развитіи всякаго народа принимаютъ участіе различныя племена, различныя расы, и потому относить тѣ или другія явленія ихъ общественной жизни исключительно на счетъ ихъ общаго происхожденія было бы по меньшей мѣрѣ произвольно. Если сопоставить эти замѣчанія - за развитіемъ которыхъ я васъ отсылаю къ превосходной книжкѣ Ковалевскаго, носящей заглавіе: "Историко-сравнительный методъ въ юриспруденціи", - съ тѣмъ хорошо констатированнымъ фактомъ, что однородныя и однохарактерныя учрежденія встрѣчаются у совершенно разноплеменныхъ народностей, принадлежащихъ не только къ арійцамъ, но и къ семитамъ, и къ туранцамъ, и къ неграмъ, и къ краснокожимъ, подъ вліяніемъ прохожденія ими одинаковыхъ стадій развитія, - мы должны бы согласиться съ полной возможностью пользоваться историко-сравнительнымъ методомъ и за предѣлами народовъ, происходящихъ изъ общаго ствола. Но достовѣрность результатовъ будетъ здѣсь зависѣть, конечно,

отъ правильности предположенiя объ единствѣ человѣческаго рода, единствѣ его физической и духовной организацiи, обусловливающей естественно и единство въ правообразованiи, не смотря на возможныя различiя расы и другихъ внѣшнихъ отношенiй. Это предположенiе объ единствѣ человѣческаго рода оправдывается къ счастью такой массой этнографическихъ фактовъ, что въ правильности его едва-ли возможно сомнѣнiе. Одно ужъ то обстоятельство, что столь разнообразные и на первый взглядъ необъяснимые даже обычаи, какъ напримѣръ, такъ называемая couvade, состоящая въ симиляцiи мужемъ послѣ - родового состоянiя, испытываемаго женой, встрѣчается у различныхъ и совершенно чуждыхъ другъ другу народовъ; далѣе такiя учрежденiя, какъ сельская и родовая община, кровная месть, система композицiй, ордалiи и т.д. выступаютъ у различныхъ народовъ безъ того, чтобы они заимствовали ихъ другъ у друга и при томъ съ такой правильностью, которая исключаетъ всякое предположенiе о случайности; - все это ручается вполнѣ за основное единство въ первоначальномъ развитiи человѣчества, дифференцiацiи котораго явились лишь на позднѣйшихъ ступеняхъ развитiя. Вслѣдствiе такого однообразiя формъ развитiя задача историко-сразнительнаго метода сводится понятно къ тому, чтобы, выдѣляя въ особыя группы, сходныя у разныхъ народовъ на сходныхъ ступеняхъ ихъ развитiя, обычаи и учрежденiя,

вывести изъ нихъ общіе законы происхожденія и развитія явленій права. Отсюда видно, какъ существенно отличается историко-сравнительный методъ отъ метода чисто историческаго, который ищетъ познанія причинъ народной жизни изъ предыдущихъ фактовъ въ жизни этого же народа. Историко-сравнительный методъ добивается напротивъ познанія фактовъ народной жизни не только изъ фактовъ жизни этого же народа, но и изъ сопоставленія однородныхъ и сходныхъ явленій, гдѣ бы они ни происходили на земномъ шарѣ,и изъ нихъ дѣлаетъ заключенія объ однородныхъ и сходныхъ причинахъ. Такимъ образомъ,историко-сравнительный методъ разрываетъ то, что въ главахъ историковъ являлось до сихъ поръ соединеннымъ и сводитъ совершенно разрозненныя явленія въ такія сопоставленія, которыя съ чисто-исторической точки зрѣнія кажутся произвольными и выдуманными, такъ какъ они соединяютъ факты, касающіеся различныхъ народовъ, живущихъ въ различныхъ мѣстахъ, но принадлежащихъ къ однимъ стадіямъ развитія. Эти сопоставленія проливаютъ яркій свѣтъ на явленія, бывшія до сихъ поръ не объясненными, и въ этомъ отношеніи историко-сравнительный методъ можетъ принести неоцѣненныя услуги наукѣ права. Въ этомъ направленіи сдѣлано уже нѣсколько попытокъ. Мэнъ въ своемъ сочиненіи "Древнее право", которое переведено и на русскій языкъ, разсматриваетъ римскіе гражданскіе институты въ связи съ современными; въ другомъ сочиненіи"Древнѣйшія учрежденія" онъ проводитъ параллели между ир-

ландскими, римскими и индійскими учрежденіями, а въ сочиненіи "Сельская община" изслѣдуетъ историко-сравнительнымъ методомъ общинное землевладѣніе.Ученые не юристы стали въ послѣднее время также разсматривать гражданскіе институты въ ихъ первобытномъ состояніи, опираясь на сравнительное изученіе этихъ институтовъ. Къ числу этихъ послѣднихъ слѣдуетъ отнести преимущественно англійскихъ и французскихъ ученыхъ; таковы Тейлоръ, Леббокъ, Макъ-Ленанъ, Морганъ,Жиро-Телонъ и друг.На нѣмецкой почвѣ эти идеи нашли сравнительно слабые отголоски въ сочиненіяхъ Поста, Баховена,Бастіа, Андре и нѣкоторыхъ другихъ писателей, смѣшивающихъ еще требованія позитивизма со старыми пріемами нѣмецкой метафизики. Въ Россіи я укажу на М.Ковалевскаго, примѣняющаго требованія историко-сравнительнаго метода къ своимъ историко-юридическимъ и политическимъ изслѣдованіямъ. Я особенно рекомендую вамъ чтеніе всѣхъ названныхъ авторовъ, потому что оно дастъ вамъ несравненно болѣе умственной пищи и несравненно лучшее пониманіе задачи гражданскаго права, чѣмъ вся догматическая юриспруденція, вмѣстѣ взятая.

13. НАУКА И ДОГМА ПРАВА.

Мы кончили нашъ историческій очеркъ. Вы видите изъ него, что длинный историческій процессъ движенія идей гражданскаго правовѣдѣнія, процессъ, развитіе

котораго прослѣжено было нами во всѣхъ его важнѣйшихъ фазисахъ, достигъ теперь окончательно своего поворотнаго пункта. Состоянiе юриспруденцiи въ перiодъ практическаго искусства оканчивается, начинается перiодъ науки. Необходимыя средства для окончательнаго конституированiя науки гражданскаго права постепенно накопляются. Главныя уже имѣются на лицо: правильная постановка задачи гражданскаго правовѣдѣнiя, обращающая его къ изученiю законовъ гражданско-правовыхъ явленiй и возможность примѣнить къ изслѣдованiю ихъ объективный научный методъ, принимающiй въ этой области форму историко-сравнительнаго метода. Признанiе гражданскаго правовѣдѣнiя частью общей соцiальной науки и возможность пользоваться обобщенiями этой послѣдней въ виду солидарности, связывающей между собою всѣ общественныя явленiя, составляетъ также не маловажное подспорье для чисто научнаго правовѣдѣнiя. Все, чего не достаетъ ему, чтобы сложиться теперь же въ настоящую науку - это полноты фактическаго матерiала и достаточнаго запаса обобщенiй, которыя могли бы быть добыты изъ этого матерiала. Поэтому для успѣха науки гражданскаго права нужно желать основанiя особой дисциплины знанiя, которая подъ именемъ описательнаго правовѣдѣнiя, занималась бы описанiемъ, сортировкой и систематизацiей фактовъ гражданскаго права въ прошломъ и настоящемъ жизни различныхъ народовъ. Это описательное правовѣдѣнiе дало бы богатый матерiалъ фак-

товъ, на которомъ зданіе науки гражданскаго права было бы немедленно воздвигнуто. Теперь же она располагаетъ сравнительно небольшимъ запасомъ хорошо провѣренныхъ фактовъ, представляемыхъ ей, если не исключительно, то главнымъ образомъ, исторіей римскаго права. Это послѣднее было вслѣдствіе особыхъ историческихъ обстоятельствъ предметомъ постояннаго предпочтенія всей европейской юриспруденціи, почему оно и обработано несравненно лучше права всѣхъ другихъ народовъ. Поэтому всѣ сколько нибудь значительныя обобщенія и законы гражданскаго права, которыми мы обязаны изслѣдованіямъ Іеринга, Мэна и др., были выведены на почвѣ римскаго права, и поэтому же всякій юристъ, приступающій къ научному изслѣдованію, долженъ прежде всего изучить римское право. Такимъ образомъ, установивъ задачу, овладѣвъ правильнымъ методомъ и нѣсколькими важными обобщеніями, касающимися происхожденія развитія и условій примѣненія права |юридическая техника|, гражданское правовѣдѣніе можетъ считаться теперь, если не окончательно сложившейся, то уже начинающей слагаться наукой. Знакомство съ положеніемъ этой науки, съ ея задачей, методомъ и результатами положительно необходимо для всякаго юриста. Оно необходимо для теоретика, принимающагося за какое-либо юридическое изслѣдованіе, вести которое научнымъ путемъ невозможно, не выяснивъ себѣ вопроса о задачѣ и методѣ своей науки. Оно необходимо и для практика

по соображеніямъ, которыя мы вскорѣ изложимъ. Вотъ вслѣдствіе такой первостепенной важности вопроса о задачѣ и методѣ гражданскаго права, я и остановился на немъ нѣсколько подробнѣе того, чѣмъ желалъ самъ, и чѣмъ желали, быть можетъ, и вы. Первостепенной важностью вопроса объясняется и то обстоятельство, что я остановился на немъ, не взирая, что предметомъ моихъ чтеній будетъ не наука гражданскаго правовѣдѣнія, о которой я говорилъ до сихъ поръ, а догма дѣйствующаго у насъ въ Россіи гражданскаго права. Эта перестановка вопроса васъ быть можетъ удивитъ, но она объясняется слѣдующими соображеніями: во 1-хъ, условія нашего университетскаго преподаванія вообще таковы, что они не позволяютъ ни въ какомъ случаѣ строго систематическаго чтенія по наукѣ гражданскаго правовѣдѣнія. Эта наука слишкомъ обширна, она захватываетъ исторію и право всѣхъ народовъ и всѣхъ временъ; она соприкасается съ массой другихъ общественныхъ наукъ, требуетъ частыхъ экскурсій въ область этихъ послѣднихъ, раздѣляется сама на нѣсколько отраслей, такъ что чтеніе науки гражданскаго правовѣдѣнія въ ея цѣломъ является въ настоящее время чистой невозможностью. Все, что въ этомъ отношеніи можно было бы сдѣлать, это установить отдѣльныя каѳедры для чтенія по различнымъ отдѣламъ гражданскаго права, изучаемымъ при этомъ со всевозможною научною полнотою. Во 2-хъ, предшествующее изложеніе показало вамъ, что

наука гражданскаго правовѣдѣнія еще слишкомъ молода, мало установилась и располагаетъ еще слишкомъ незначительнымъ запасомъ матеріаловъ и обобщеній для того, чтобы сдѣлаться предметомъ университетскаго преподаванія, имѣющаго въ виду передачу готовыхъ и вполнѣ уже установившихся результатовъ научныхъ изслѣдованій, а не болѣе или менѣе остроумныхъ догадокъ, которыми лекторъ принужденъ былъ бы поневолѣ дополнять недостающія въ цѣпи его науки звенья. Наконецъ, въ 3-хъ, вы знаете, что право представляетъ собою не только объектъ научнаго изученія, но что оно вмѣстѣ съ тѣмъ и дѣйствуетъ въ жизни, составляя одинъ изъ существенныхъ мотивовъ человѣческихъ дѣйствій. Это право, въ смыслѣ совокупности существующихъ юридическихъ отношеній и дѣйствующихъ въ данномъ обществѣ и въ данное время юридическихъ нормъ, есть элементъ существующаго общественнаго порядка, который долженъ быть извѣстенъ каждому, такъ какъ всѣ обязаны сообразовать съ нимъ свой ежедневный образъ дѣйствій. Ближайшее знакомство съ этимъ дѣйствующимъ въ нашемъ обществѣ правомъ важно въ особенности для васъ, какъ юристовъ, будущихъ судей, адвокатовъ, которыхъ призовутъ неминуемо примѣнять и проводить это право въ жизни. Вотъ въ виду этой то особенной важности изученія дѣйствующаго права и указанныхъ выше неудобствъ объективно-научнаго изложенія гражданскаго права, какъ спеціальной отрасли правовѣдѣнія, мы и остана-

вливаемся по необходимости на изложенiи системы нашего положительнаго права, рѣшаясь такимъ образомъ придать и нашему курсу характеръ, который принято называть догматическимъ. Отличительная черта всякаго догматическаго курса заключается въ его задачѣ, которая существенно отличается отъ задачи чисто-научнаго курса. Если задачей этого послѣдняго служитъ объективное изслѣдованiе законовъ развитiя, дѣйствующихъ на всемъ пространствѣ исторiи и во всей безконечности времени, то задача догматики гражданскаго права гораздо тѣснѣе; она состоитъ въ систематическомъ изученiи права одного лишь народа и въ одинъ только перiодъ его исторической жизни съ цѣлью, во I-хъ, облегчить посредствомъ этого изученiя возможность примѣненiя этого права на практикѣ и, во вторыхъ, удовлетворить путемъ формулированiя новыхъ правоположенiй возникающимъ вновь потребностямъ жизни. Отсюда видно, что догматическое изученiе права заключается, съ одной стороны, въ систематическомъ изложенiи дѣйствующаго права, а съ другой, - въ критикѣ его и въ предложенiи новыхъ нормъ, соотвѣтствующихъ постоянно прогрессирующимъ потребностямъ общества.

Таково различiе въ задачахъ чисто-научнаго и догматическаго изученiя права, изъ котораго, однако, вовсе не слѣдуетъ, чтобы послѣднее могло быть совершенно отдѣлено отъ перваго и достигать своихъ цѣлей независимо отъ средствъ и результатовъ объективно-научнаго правовѣдѣнiя.

Это отдѣленіе догмы отъ науки правовѣдѣнія практиковалось и практикуется до сихъ поръ формально-логическимъ направленіемъ въ юриспруденціи, и въ немъ заключается по нашему мнѣнію объясненіе того печальнаго въ научномъ смыслѣ состоянія и той отсталости, въ которой мы застаемъ юриспруденцію еще въ наши дни. Какъ она могла въ самомъ дѣлѣ двигаться впередъ, когда вся литература гражданскаго права не заключала въ себѣ до самаго послѣдняго времени и слѣдовъ той борьбы, которая ведется въ цѣломъ мірѣ съ самаго установленія человѣческихъ обществъ, за основныя учрежденія гражданскаго права? Какъ могла преуспѣвать догма, когда юристы не касались ея отношенія къ жизни, не разсуждали ни объ основаніи, ни о функціи, ни о цѣли учрежденій гражданскаго права, ни объ ихъ соотношеніи между собою и съ другими общественными учрежденіями, а отрачивались передачей мертваго матеріала римскихъ правоположеній, распредѣляемыхъ ими въ извѣстную систему, которая въ рукахъ мастеровъ, какимъ былъ напримѣръ, Пухта, получала только прекрасную форму, удовлетворяла эстетическому вкусу и чувству, но оставалась тѣмъ не менѣе неподвижной и мертвой формой, измѣняющей свой внѣшній сбразъ, но не принимающей и не выдѣляющей изъ себя ничего новаго? Понятно, что въ такихъ условіяхъ юриспруденція была осуждена на застой и начала возрождаться лишь послѣ того, какъ

ея стали касаться освѣжающія вліянія историческаго, философскаго и соціологическаго направленія. Эти вліянія были вліяніями научнаго правовѣдѣнія и дали въ результатѣ критико-созидающую догму, которая, преслѣдуя также практическія цѣли, опирается тѣмъ не менѣе на результаты научныхъ изысканій и слѣдуетъ строго-научнымъ пріемамъ, поддерживая такимъ образомъ постоянную связь съ научнымъ правовѣдѣніемъ. Мы будетъ держаться въ нашемъ курсѣ этого самаго направленія. Укажемъ въ заключеніе еще разъ на различныя части гражданскаго правовѣдѣнія, выдвинутыя предшествующимъ изложеніемъ.

Мы отличили три такія части: I, научное гражданское правовѣдѣніе, имѣющее задачей открыть законы гражданско-правовыхъ явленій; II, описательное гражданское правовѣдѣніе, или исторія права, подготовляющая матеріалъ для обобщеній научнаго правовѣдѣнія посредствомъ описанія, выборки и систематизаціи фактовъ гражданскаго права въ исторіи права различныхъ народовъ и въ III, - догматическое изученіе гражданскаго права, опирающееся на два первыхъ отдѣла,но имѣющее задачей изучить дѣйствующее въ данномъ обществѣ и въ данное время право въ виду его примѣненія и наилучшаго удовлетворенія имъ потребностямъ этого общества. Эта третья часть гражданскаго правовѣдѣнія, предназначенная къ удовлетворенію потребности въ знаніи и въ совершенствованіи дѣй-

ствующаго права, и сдѣлается предметомъ нашего курса. Но прежде чѣмъ перейти къ нему,мы должны остановиться еще на вопросѣ о системѣ гражданскаго права.

СИСТЕМА ГРАЖДАНСКАГО ПРАВА.

I4. ВАЖНОСТЬ СИСТЕМЫ.

Вопросъ о системѣ гражданскаго права имѣетъ чрезвычайно важное значеніе,совпадающее съ значеніемъ, которое принадлежитъ научнымъ классификаціямъ вообще. Значеніе классификаціи увеличивается, какъ извѣстно, по мѣрѣ возрастанія сложности изслѣдуемыхъ явленій,и понятно, что безъ помощи ея нельзя изучать и гражданское право, состоящее изъ массы отношеній и регулирующихъ ихъ нормъ, которыя въ свою очередь являются продуктомъ дѣйствія всей совокупности факторовъ общественной жизни и слѣдовательно самыми сложными изъ сложнѣйшихъ явленій. Но въ раннюю пору исторической жизни народовъ матеріалы гражданскаго права не представляютъ такой сложности и не вызываютъ поэтому потребности въ классификаціи. Гражданскія отношенія отличаются здѣсь обыкновенно крайней простотой, соціальная жизнь развита слабо,

---

потребности ограничены, средства къ ихъ удовлетворенію добываются личнымъ и семейнымъ трудомъ. Нормированіе отношеній происходитъ посредствомъ немногихъ правоопредѣленій, складывающихся путемъ обычая; нормы характеризуются при этомъ типичностью и строгимъ формализмомъ. Кромѣ того умственное развитіе въ раннюю пору исторической жизни бываетъ слишкомъ слабо для того, чтобы совладать съ классификаціонной работой, требующей серьезнаго анализа и большой отвлеченности мысли. Поэтому въ древнѣйшихъ памятникахъ матеріалы права записываются казуистически безъ всякой системы, какъ это можно видѣть на примѣрѣ законодательства XII таб., нашихъ древнихъ правдъ и т.п. По мѣрѣ же развитія общественной жизни усложняется естественно и гражданскій оборотъ; обычай не поспѣваетъ уже за жизнію и уступаетъ главное значеніе закону, опредѣленіе котораго, равно какъ и самыя гражданскія отношенія, постоянно разнообразятся и умножаются. Масса правоопредѣленій увеличивается наконецъ до такой степени, что является рѣшительная необходимость разобраться въ томъ громадномъ юридическомъ матеріалѣ, который накопился впродолженіи всей предшествовавшей жизни народа. Умственное развитіе при этомъ также подвигается впередъ и вызываетъ способность къ обобщеніямъ, которая даетъ возможность раздѣлить все разнообразіе юридическихъ отношеній и опредѣленій на нѣсколько однородныхъ группъ,

сходныхъ по какому-либо общему всѣмъ явленіямъ данной группы привнаку, и образующихъ собою большіе систематическіе институты гражданскаго права. Такимъ образомъ, становится возможнымъ изучать гражданское право не по разрозненнымъ правоотношеніямъ и правоопредѣленіямъ, а по институтамъ, связывающимъ одной общей идеей цѣлыя группы этихъ отношеній и опредѣленій.

Такое изученіе матеріала гражданскаго права по институтамъ вноситъ въ дѣло пріобрѣтенія знаній по этому предмету порядокъ и организацію, которые по словамъ одного изъ новыхъ ученыхъ, имѣютъ большее значеніе, чѣмъ самая масса знанія. Этимъ общимъ значеніемъ системы объясняется то, что вопросъ о ней игралъ всегда важную роль въ нашей наукѣ, и что попытки классификаціи явленій гражданскаго права начались довольно рано.

15. ИНСТИТУЦІОННАЯ И ЛЕГАЛЬНАЯ СИСТЕМЫ.

Первый опытъ такой систематизаціи всего содержанія гражданскаго права представляютъ намъ римскіе юристы въ своей извѣстной системѣ институцій. Сущность этой системы заключается въ томъ, что весь матеріалъ гражданскаго права сведенъ въ ней къ тремъ рубрикамъ: *de personis, de rebus, de actionibus.* Въ этомъ порядкѣ изложены институціи Гая, фрагменты

Ульпіана, институціи Юстиніана, и слѣды такого же порядка изложенія существуютъ въ сочиненіяхъ нѣкоторыхъ другихъ римскихъ и слѣдующихъ за ними византійскихъ юристовъ. Эта система перешла отъ римлянъ къ новымъ народамъ и легла въ основаніе большинства законодательныхъ кодексовъ новаго времени. Но уваженіе, возбуждаемое этой системой, принадлежитъ сравнительно позднему времени, ибо она принята въ юридическихъ школахъ Западной Европы лишь въ концѣ XVIII вѣка и только съ этихъ поръ начала разсматриваться, какъ единственная основа юридической науки; сами же римляне не придавали ей большого значенія и примѣняли ее только въ элементарныхъ учебникахъ институцій и для начинающихъ учиться юриспруденціи. Учащіеся обращались затѣмъ къ преторскому эдикту и проводили за многочисленными комментаріями къ нему большую часть своей юности. Но эдиктъ претора, консолидированный Юліаномъ, не слѣдовалъ дѣленію права на *persona, res, actio*. Никакихъ слѣдовъ этой системы не заключаютъ въ себѣ также ни законодательство XII таблицъ, ни позднѣйшіе сборники римскаго права. Кодексы Грегоріана и Гермогеніана были составлены на другихъ началахъ, такъ же, какъ и законодательные сборники Феодосія и Юстиніана. Когда римское право ожило въ средніе вѣка, то изученіе его происходило также не по системѣ институцій, а въ, такъ называемомъ, "легальномъ порядкѣ", т. е. оно

слѣдовало порядку изложенія изучаемыхъ источниковъ римскаго права. Но что это былъ за "легальный порядокъ" изученія римскаго права, предшествовавшій системѣ институцій и господствовавшій болѣе десяти столѣтій въ памятникахъ права народа, отмѣченнаго въ исторіи права наибольшимъ юридическимъ геніемъ? Мы увидимъ сейчасъ, что этотъ вопросъ имѣлъ далеко не одно техническое значеніе. Легальный порядокъ изложенія римскаго права,державшійся съ такимъ необыкновеннымъ упорствомъ, какъ въ римской, такъ и въ европейской юриспруденціи, имѣлъ своимъ теоретическимъ базисомъ законодательство XII таб. Содержаніе этихъ таблицъ стало намъ въ общихъ чертахъ извѣстно со времени знаменитаго реставратора ихъ Г о т о ф р е д а. Но спеціальный интересъ въ данную минуту имѣютъ для насъ только первыя три таблицы, на которыхъ мы теперь и остановимся. Первая заключаетъ въ себѣ правила "de in jus vocando ",относящіяся къ первымъ шагамъ судебной процедуры, вызову отвѣтчика и т.п. Вторая таблица посвящена также процессу, когда споръ обсуждается уже на судѣ,и переходитъ отсюда къ воровству и обманному присвоенію чужихъ движимостей. Третья таблица заключаетъ въ себѣ одни положенія о договорѣ поклажи.Мы не имѣемъ надобности идти далѣе и отмѣтимъ только, что древнѣйшій памятникъ римскаго права занимается съ самаго начала процессомъ, а затѣмъ отъ процессуальныхъ опредѣ-

ленiй переходитъ прямо къ постановленiямъ относительно воровства и поклажи. Переходя къ преторскому эдикту, - основанному, какъ извѣстно, на началѣ aequitas -, въ противоположность тому jus strictum, которое было выражено въ XII табл. и развилось въ дальнѣйшихъ на нихъ комментарiяхъ, - мы видимъ, что изложенiе эдикта открывается также titulo de actione damna, вполнѣ соотвѣтствующимъ первой таблицѣ децемвирскаго права. Второй титулъ эдикта, подобно второй таблицѣ занимается также процессомъ, третiй - поклажей, четвертый - поклажей. Слѣдовательно, соотвѣтствiе въ порядкѣ изложенiя эдикта и XII таблицъ очевидно и тѣмъ болѣе знаменательно, что система эдикта служила руководствомъ и образцомъ для массы сочиненiй римскихъ юристовъ. Но оказали ли эта система вліянiе и на Юстиніаново законодательство, этотъ вопросъ считается спорнымъ, хотя Мэнъ въ своемъ послѣднемъ сочиненiи "Early law and Customs" "разрѣшаетъ его очень просто и по нашему мнѣнiю вполнѣ удовлетворительно. На первый взглядъ, говоритъ онъ, сходства не видно, что объясняется страшной массой введеннаго въ Юстиніановы сборники матерiала. Но внимательное разсмотрѣнiе показываетъ, что послѣ общихъ положенiй о правѣ и судебномъ персоналѣ Дигесты начинаются собственно съ четвертаго титула второй книги, который трактуетъ de in jus vocando,

соотвѣтствуетъ вполнѣ первой таблицѣ децемвирскаго права. Подобное же соотвѣтствіе между памятниками древнѣйшаго и позднѣйшаго законодательства Рима можно прослѣдить не менѣе какъ до девятой книги Дигестъ. Такимъ образомъ мы видимъ, что римское право во все продолженіе своей исторіи находилось подъ сильнѣйшимъ вліяніемъ системы XII табл. Но можно ли отгадать смыслъ и основаніе этой системы? Съ перваго взгляда она кажется просто безпорядочной, но благодаря сравнительному правовѣдѣнію, она разъясняется и оказывается при этомъ весьма полезной для освѣщенія и пониманія древняго права. Дѣло въ томъ, что и древнѣйшій источникъ германскаго права - Lex Salica представляетъ замѣчательное сходство съ системой разобранныхъ нами сейчасъ памятниковъ римскаго права. Тутъ также съ самаго начала излагается процессуальное производство, потомъ идетъ множество постановленій о кражѣ и, наконецъ, о поклажѣ. Съ точки зрѣнія современной юриспруденціи этотъ порядокъ изложенія долженъ казаться совершенно абсурднымъ, ибо процессуальная сторона права занимаетъ въ нашей системѣ заднее мѣсто, кража считается одной изъ самыхъ неважныхъ темъ, а поклажа однимъ изъ наименѣе значущихъ договоровъ, который пропадаетъ въ массѣ обязательствъ, играющихъ несравненно болѣе важную роль. О прямомъ заимствованіи со стороны составителей салическаго закона системы XII

таблицъ не можетъ быть рѣчи, потому что салическій законъ не заключаетъ въ себѣ никакихъ слѣдовъ происхожденія отъ римской юриспруденціи и отражаетъ въ себѣ всѣ черты, характеризующія бытъ древнихъ Германцевъ безъ всякаго отношенія къ римскимъ учрежденіямъ и къ римскому праву. Кромѣ того, порядокъ изложенія салическаго закона напоминаетъ собою не позднѣйшіе источники римскаго права, которые могли еще какъ-нибудь сдѣлаться извѣстными его составителямъ, а самый древній источникъ этого права, законодательство XII таблицъ, бывшее совсѣмъ неизвѣстнымъ въ эпоху салическаго закона. Замѣчательно, что подобное же сходство съ системою XII таблицъ констатируется и въ древне-ирландскомъ правѣ брегоновъ, которое вовсе не пошло дальше первыхъ шаговъ процесса, и въ исландскомъ правѣ и въ правѣ древнихъ индусовъ. Отсюда Мэнъ въ цитированномъ выше сочиненіи и заключаетъ вполнѣ основательно, что господствующимъ представленіемъ о правѣ - во время составленія и при дѣйствіи выше указанныхъ памятниковъ законодательства - было не современное намъ понятіе о правѣ, основанное на законѣ или какой-либо другой санкціи и не представленія о различіи между положительнымъ и естественнымъ правомъ или между лицомъ и вещью, а лишь одно понятіе о судѣ. Это объясняется въ свою очередь тѣмъ, что судъ сдѣлалъ возможнымъ полученіе частнаго возмездія, удовлетвореніе личнаго оскорбле-

нія и наслѣдственной кровной мести иными средствами, чѣмъ тѣ, которыми служили до того убійство и разбой. Судъ сдѣлался, такимъ образомъ, синонимомъ замиренія общества, находившагося до того въ состояніи постоянной борьбы и анархіи. Поэтому судъ сталъ кардинальнымъ учрежденіемъ древнихъ обществъ, и въ дѣятельности его выразилось все значеніе и все содержаніе древняго права. Поэтому же описаніе суда, его механизма, процедуры и ставится во всѣхъ юридическихъ памятникахъ древняго времени на первое время. Отсюда понятенъ самъ собою порядокъ и распредѣленіе въ нихъ всѣхъ матеріаловъ права, сообразно съ предметами судебныхъ споровъ, имѣвшихъ наибольшее жизненное значеніе. Относительно виднаго мѣста, занимаемаго въ древнихъ памятникахъ договоромъ поклажи, можно пока дѣлать однѣ догадки; но еще болѣе выдающееся мѣсто, предоставленное ими различнымъ видамъ кражи, указываетъ уже прямо на тотъ періодъ жизни народа, когда движимости имѣютъ для него гораздо болѣе значенія, чѣмъ земля, которой бывало всегда больше, чѣмъ ея нужно для обработки. Поэтому предметами насилія и обмана, противъ которыхъ вооружается первобытный судъ, и дѣлаются сначала однѣ движимости: домашній скотъ, рабы, различныя орудія, украшенія и т. п. Поэтому же древніе памятники и говорятъ такъ много о воровствѣ, предполагающемъ всегда движимость и не говорятъ ничего объ отношеніяхъ къ землѣ, о поземельной собственно-

сти, такъ какъ эти отношенія не даютъ повода къ спорамъ. Сравнительно съ этимъ состояніемъ права система римскихъ институцій, дѣлившая права на *persona, res, actio*, была, конечно, огромнымъ шагомъ впередъ и большимъ успѣхомъ абстракціи. Но въ представленіи о самой идеѣ права эта система стояла еще на точкѣ зрѣнія XII таблицъ, т.е. разсматривала право въ его судебной фазѣ, не отдѣляясь отъ нея и не возвышаясь до понятія права, основаннаго на законѣ. Въ словоупотребленіи римскихъ юристовъ слово *jus* продолжало выражать собою не понятіе права вообще такъ, какъ мы, напримѣръ, представляемъ себѣ это понятіе, а лишь спеціальный видъ права, осуществляемаго на судѣ, что видно между прочимъ изъ того мѣста пандектъ, гдѣ говорится, что все существо права состоитъ или въ пріобрѣтеніи, или въ охраненіи, или въ прекращеніи его. Это же доказываетъ съ одной стороны, что идея права въ современномъ намъ смыслѣ, была чужда римлянамъ даже въ цвѣтущій періодъ ихъ юриспруденціи и развивалась вообще очень медленно, такъ что упреки, дѣлаемые въ этомъ отношеніи римскимъ юристамъ за ихъ будто бы неточный способъ выраженія, оказываются вполнѣ неосновательными. Съ другой же стороны ясно, что система институцій построенная безъ всякаго отношенія къ идеѣ права, основаннаго на законѣ, идеѣ, на которой зиждется современный намъ правовой порядокъ, не могла удержаться надолго и въ современной юриспруденціи. Эта по-

слѣдняя приняла ее въ концѣ прошлаго столѣтія, потому что чувствовала крайнюю надобность въ систематизаціи своихъ матеріаловъ и потому,что всѣ предшествовавшія попытки къ такой систематизаціи, между которыми мы упомянемъ еще о предложеніи извѣстнаго французскаго юриста Дюма - подвести все право подъ двѣ заповѣди Матееева Евангелія: любви къ Богу и любви къ ближнему - были слишкомъ неудовлетворительны для того, чтобы европейская юриспруденція не предпочла имъ системы римскихъ институцій. Но, принявъ ее, она такъ же неосновательно отнеслась къ ней сначала, какъ къ выраженію абсолютной истины, какъ неосновательно перешла потомъ къ ея безпощадной критикѣ, которая была не столько неправильна, сколько безпредметна, такъ какъ мы видѣли, что въ основаніи римской системы лежало особое представленіе о правѣ, чуждое нашему времени и дѣлающее ее поэтому непримѣнимой къ современнымъ потребностямъ. Тѣмъ не менѣе, какъ въ концѣ прошлаго вѣка, такъ и въ наше время эта система играетъ господствующую роль, и съ ея господствомъ совпало какъ разъ время оживленной кодификаціонной работы, вслѣдствіе чего большая часть современныхъ кодексовъ построена по этой системѣ. Сюда относится, напримѣръ, французскій Code civile, затѣмъ кодексы Голландіи, Бельгіи,Италіи, Австріи, многихъ Сѣверо - Американскихъ Штатовъ,а также и нашъ кодексъ, какъ это мы увидимъ ниже.Кромѣ того нужно сказать, что римская система лежитъ

въ основаніи и многихъ ученыхъ сочиненій. Во французской литературѣ за исключеніемъ учебника Aubri a Rau, придерживающагося германской системы, большая часть юридическихъ сочиненій имѣетъ комментаторскій характеръ, слѣдуя порядку Code civil а такъ какъ этотъ послѣдній повторяетъ римскія институціи, то и масса комментаріевъ пишется по этой же системѣ. То же самое нужно сказать объ итальянской, бельгійской, а равно и объ англійской литературѣ |извѣстный комментарій Блекстона написанъ также по римской системѣ|.Но мы уже указали на важное неудобство этой системы, состоящее въ ея исключительно судебномъ представленіи о правѣ, а теперь прибавимъ къ сказанному только то,что,отправляясь отъ процессуальнаго права, мы принуждены были бы поневолѣ оставить въ тѣни анализъ природы, или существа права и его значеніе, какъ юридическаго отношенія и явленія общественной жизни. Вслѣдствіе этой же процессуальной точки отправленія римскіе юристы не только не производили такого анализа,но не дали даже ни одной настоящей характеристики гражданскихъ правъ и ни одного точнаго опредѣленія ихъ, отговариваясь извѣстнымъ изреченіемъ, что omnis definitio in jure periculosa est. Въ институціяхъ же они подводили подъ рубрику res не только физическія вещи, но и права, какъ предметы юридическаго обладанія, не различая при этомъ права, какъ

предмета такого обладанія, отъ права, какъ юридическаго отношенія. Все это было прямымъ послѣдствіемъ чисто процессуальной точки зрѣнія и не допустимо съ современными требованіями научнаго правовѣдѣнія, оперирующаго съ правомъ не въ одной только процессуальной стадіи, а во всѣхъ формахъ его проявленія, какъ явленія общественной жизни.

Эти же недостатки римской системы повели съ конца прошлаго столѣтія къ попыткамъ построить новую систему гражданскаго права на болѣе раціональныхъ началахъ чѣмъ тѣ, на которыхъ была построена система институцій.

I6. A. ГЕРМАНСКАЯ СИСТЕМА.

Первая такая попытка была сдѣлана нѣмецкимъ юристомъ Гуго въ его учебникѣ римскаго права; дальнѣйшее развитіе набросокъ его системы получилъ отъ другого нѣмецкаго юриста Гейзе; наконецъ, Савиньи въ своемъ извѣстнѣйшемъ сочиненіи System des Heutigen Röm. Rechts далъ окончательную форму новой системѣ, которую самъ же развилъ въ цитированномъ сочиненіи, и съ этого времени система Гуго и Гейзе получила въ Германіи господствующее значеніе. Ее принято теперь называть "германской" въ отличіе отъ римско-французской системы, и она принимается обыкновенно въ основаніе университетскаго преподаванія

гражданскаго права, какъ въ Германіи, такъ и у насъ; ей же слѣдуетъ теперь не только большинство новыхъ юристовъ, но нѣкоторые законодательные кодексы, какъ напримѣръ, "Саксонское гражданское уложеніе", составленное въ 65 году, нѣкоторые кодексы Швейцаріи и недавно вышедшій проектъ обще-германскаго гражданскаго законодательства, а также проектъ нашего гражданскаго Уложенія, который составляется въ настоящее время. Сущность этой системы состоитъ въ слѣдующемъ: всѣ положенія гражданскаго права пріурочиваются къ нѣсколькимъ большимъ институтамъ, изъ которыхъ каждый объединяетъ какой-либо общей идеей цѣлую группу примыкающихъ къ нему отношеній и образуетъ собою въ одно и то же время и цѣлое и часть общей системы гражданскаго права. Такихъ большихъ систематическихъ институтовъ, разбивающихся въ свою очередь на меньшіе институты, стоящіе въ такомъ отношеніи къ своимъ большимъ институтамъ, въ какомъ эти послѣдніе стоятъ къ цѣлой системѣ гражданскаго права, принимается обыкновенно четыре: 1| вещное право; 2| обязательственное; 3| семейное; 4| наслѣдственное. Мы не будемъ здѣсь опредѣлять основныхъ признаковъ этихъ институтовъ, такъ какъ они составятъ въ дальнѣйшемъ предметъ спеціальныхъ изученій, а скажемъ только то, что кромѣ четырехъ поименованныхъ институтовъ, къ которымъ германская система сводитъ весь матеріалъ гражданскаго права, излагая его въ своей

системѣ подъ именемъ спеціальной части, она предпосылаетъ этому изложенію, такъ называемую, общую часть, въ которой соединяетъ всѣ общія признаки и всѣ общія понятія, повторяющіяся съ большими или меньшими измѣненіями во всѣхъ отдѣльныхъ институтахъ и характеризующіяся такимъ образомъ тѣмъ, что они свойственны всѣмъ юридическимъ отношеніямъ и всѣмъ юридическимъ институтамъ вообще, а не какому нибудь изъ нихъ въ частности, какъ правила, излагаемыя въ спеціальной части. Къ такимъ общимъ теоріямъ относятъ обыкновенно ученія; 1| о правѣ въ объективномъ смыслѣ или ученіе объ источникахъ права, 2| о субъективныхъ правахъ, 3| о лицахъ, 4| о вещахъ, 5| о происхожденіи и прекращеніи юридическихъ отношеній и 6| объ ихъ защитѣ. Значеніе общей части заключается въ томъ, что она служитъ, по выраженію Унгера, духовной атмосферой, въ которой совершается движеніе всѣхъ отдѣльныхъ отношеній и институтовъ; она позволяетъ при изложеніи послѣднихъ избѣгать повторенія общихъ имъ всѣмъ свойствъ, уясняетъ лучше всего общій характеръ правовыхъ отношеній и подготовляетъ такимъ образомъ пониманіе ихъ особенностей, излагаемыхъ въ спеціальной части.

Вотъ все содержаніе германской системы гражданскаго права, представляющей, по крайней мѣрѣ, одно несомнѣнное преимущество предъ римско-французской системой. Преимущество это заключается въ томъ, что

она не исходитъ изъ процессуальной стадіи права, какъ это дѣлаетъ римско-французская система, а старается прежде всего опредѣлить юридическій характеръ и значеніе права въ жизни, а не только на судѣ. Поэтому въ германской системѣ и выдѣляются рѣзко различные виды правъ, соотвѣтственно ихъ различнымъ функціямъ въ жизни, тогда какъ въ римской системѣ эти различія, если они и сознавались, то не были формулированы и схватывались во всякомъ случаѣ съ одной формальной, а не матеріальной стороны. Однако, рядомъ съ указаннымъ достоинствомъ германской системы, она заключаетъ въ себѣ и нѣкоторые существенные недостатки, которые должны быть исправлены, прежде чѣмъ мы рѣшимся положить ее въ основаніе нашего курса.

I6. В. НЕДОСТАТКИ ГЕРМАНСКОЙ СИСТЕМЫ.

I| Во-первыхъ, германская система въ своемъ перечисленіи институтовъ гражданскаго права упускаетъ одинъ важный институтъ - институтъ права личности. Нѣкоторые юристы, какъ напримѣръ Пухта, Виндшейдъ, Іерингъ и друг. признаютъ самостоятельность этого института, но въ силу традиціи не вводятъ его въ систему гражданскаго права, а господствующее мнѣніе считаетъ со времени Савиньи право личности только предположеніемъ другихъ правъ, но не самостоятельнымъ правомъ. Мнѣніе, очевидно, несправедливое, такъ

какъ если личность и составляетъ дѣйствительно предположеніе всѣхъ правъ, то это вовсе не исключаетъ возможности того, чтобы она сама служила основаніемъ для совершенно самостоятельныхъ правъ. Къ признанію этихъ правъ личности можно придти какъ дедуктивнымъ, такъ и индуктивнымъ путемъ. Ни одно организованное общежитіе не въ состояніи было бы обойтись безъ нормъ, обезпечивающихъ цѣлость человѣческой личности, свободу и честь этой личности. Не будь этихъ нормъ, никто не былъ бы увѣренъ въ своей безопасности, и если мы представимъ себѣ даже такое общество, которое состояло бы исключительно изъ однихъ преступниковъ, то это общество настояло прежде всего на соблюденіи нормъ, ограждающихъ личныя блага составляющихъ его членовъ.

Обращаясь отъ этихъ априорныхъ соображеній къ наблюденію, мы видимъ, что всѣ положительныя законодательства заключаютъ въ себѣ предписанія, ограждающія такъ или иначе неприкосновенность личности и запрещающія ея нарушенія. Если же неприкосновенность личности признается общественной властью, какъ [illegible] благо, то защита этого блага должна [illegible] правомъ: иначе нарушеніе его не считалось бы правонарушеніемъ. Слѣдовательно, нель-

---

вя сомнѣваться, что нормы, защищающія жизнь, свободу, честь и другія личныя блага человѣка, суть юридическія нормы; но къ гражданскому праву онѣ будутъ всетаки относиться лишь настолько, насколько нарушеніе этихъ нормъ дастъ защищаемымъ ими лицамъ искъ на устраненіе произведеннаго нарушенія. Правда, что значительное большинство нормъ, охраняющихъ личность, изъято отъ дѣйствія личной инициативы: защищая личность независимо отъ ея воли, онѣ осуществляются государственной властью непосредственно и относятся поэтому къ публичному праву. Этимъ обстоятельствомъ и объясняется то, что институтъ права личности не признается до сихъ поръ господствующей доктриной гражданскаго права, а если и признается нѣкоторыми юристами, то не получаетъ у нихъ никакого развитія.

Такое отношеніе къ вопросу можно было бы признать правильнымъ, если бы всѣ нормы, охраняющія личность, осуществлялись дѣйствительно дѣйствіемъ одной государственной власти, независимо отъ личной инициативы, но дѣло въ томъ, что какъ въ имущественныхъ правахъ нарушеніе послѣднихъ вызываетъ рядомъ съ уголовнымъ преслѣдованіемъ и гражданскіе иски, такъ и нарушеніе правъ личности даетъ часто мѣсто не только государственному, но и частному преслѣдованію, какъ напримѣръ, въ случаяхъ напечатанія пасквильныхъ сочиненій, оскорбительныхъ для чести изображеній, присвоенія и пользованія однимъ лицомъ

фамилiей или званiемъ другого и проч. Очевидно, что въ этихъ случаяхъ мы имѣемъ дѣло съ чисто гражданскими правами личности, и потому, не смотря на свою малочисленность сравнительно съ защитой личности въ публичномъ порядкѣ, они должны составить собою особый пятый институтъ гражданскаго права, изложенiе котораго слѣдуетъ присоединить къ четыремъ институтамъ германской системы.

2| Другой существенный недостатокъ германской системы состоитъ въ томъ, что она составлена такъ, какъ будто внѣ установленныхъ ею четырехъ институтовъ ничего болѣе не существуетъ въ цѣломъ мiрѣ. Этотъ недостатокъ такъ же, какъ и первый, объясняется происхожденiемъ самой системы. Она была составлена на основанiи изученiя и обобщенiя матерiаловъ одного Юстиніанова законодательства, которое образовалось само въ видѣ рабства, крѣпостного состоянiя и несложнаго гражданскаго оборота, не дававшаго опоры для признанiя иныхъ правъ личности, ни какихъ бы то ни было другихъ институтовъ, кромѣ вещнаго, обязательственнаго, семейнаго и наслѣдственнаго права. Между тѣмъ современный гражданскiй оборотъ [illegible] развился и уклонился отъ римскаго, что система, построенная на наблюденiи этого послѣдняго, не исчерпываетъ и не обнимаетъ уже всѣхъ учрежденiй современной жизни. Разнообразныя условiя сельско-хозяйственныхъ, лѣсныхъ, промышленныхъ, горнозаводскихъ, торговыхъ, морскихъ, корпоративныхъ

и друг.отношеній заключаютъ въ себѣ столько особенностей,удаляющихъ ихъ въ большей или меньшей степени отъ четырехъ или пяти основныхъ типовъ институтовъ гражданскаго права, что многія законодательства давно уже признали необходимымъ выдѣлить многія изъ перечисленныхъ отношеній въ особые отдѣлы и регламентировать ихъ особыми уставами. Нѣкоторые изъ этихъ отдѣловъ, напримѣръ, корпоративное, казенное или финансовое, земское, городское, церковное право составили предметы особыхъ наукъ,принадлежащихъ къ области публичнаго права, такъ же, какъ равныя промышленныя отношенія и вопросы, касающіеся учебныхъ, благотворительныхъ заведеній и проч. разсматриваются теперь политической экономіей и полицейскимъ правомъ. Но рядомъ съ публичной стороной въ этихъ учрежденіяхъ существуетъ и судебно-гражданская сторона, съ которой они и подлежатъ разсмотрѣнію гражданскаго права послѣ анализа его основныхъ институтовъ. Поэтому всѣ вышеупомянованныя отношенія слѣдуетъ не пріурочивать ко что бы то ни стало къ существующимъ рубрикамъ системы, а излагать согласно съ ихъ особенностями и значеніемъ въ жизни, отдѣльно отъ системы пяти институтовъ и послѣ нихъ въ видѣ особенной части гражданскаго права, которая дополняла бы общую систему.

3| Наконецъ, третій важнѣйшій недостатокъ германской системы заключается въ томъ, что она называетъ вещное и обязательственное право исключитель-

но имущественнымъ правомъ и допускаетъ защиту неимущественныхъ интересовъ лишь въ семейныхъ отношеніяхъ. Этотъ недостатокъ очень серьезенъ и мы остановимся на немъ нѣсколько подробнѣе, потому что вопросъ объ имущественныхъ и неимущественныхъ интересахъ въ гражданскомъ правѣ принадлежитъ къ наиболѣе спорнымъ вопросамъ и касается опредѣленія самой области интересовъ, защищаемыхъ гражданскимъ правомъ.

17. НЕИМУЩЕСТВЕННЫЕ ИНТЕРЕСЫ ВЪ ГРАЖДАНСКИХЪ ПРАВООТНОШЕНІЯХЪ.

Считая вещныя и обязательственныя отношенія исключительно имущественными, господствующая теорія исходитъ изъ того взгляда, что предметомъ гражданскаго права могутъ быть только имущественныя отношенія, обладающія экономическою цѣнностью и сводимыя вообще на деньги. Все, что не можетъ имѣть денежнаго эквивалента исключается юристами господствующей доктрины изъ вѣдѣнія гражданскаго права, и наиболѣе послѣдовательные между ними требуютъ исключенія изъ его области, какъ семейныхъ, такъ и всѣхъ другихъ не имущественныхъ отношеній, ограничивая сферу гражданскаго права однимъ имущественнымъ интересомъ. Получивъ господствующее значеніе со времени Савиньи и Пухты, этотъ взглядъ сталъ опредѣлять собою всю практику нѣмецкихъ судовъ и про-

никъ также къ намъ, найдя ревностныхъ защитниковъ въ лицѣ Меберга, Вл. Умова и въ особенности Кавелина. Наша судебная практика руководствуется въ большинствѣ случаевъ также этимъ взглядомъ, т.е. исключаетъ изъ гражданскаго права всѣ неимущественныя отношенія. Этотъ взглядъ находитъ себѣ видимую поддержку съ одной стороны въ нѣкоторыхъ общихъ выраженіяхъ римскихъ юристовъ, а съ другой въ томъ обстоятельствѣ, что гражданское право, какъ будто, и дѣйствительно не владѣетъ средствами для защиты неимущественныхъ отношеній, такъ какъ ихъ нельзя перевести на денежный эквивалентъ, къ которому сводятся всѣ имущественныя отношенія. Но мы увидимъ сейчасъ, что оба основанія изложеннаго взгляда неправильны, и потому неудивительно, что лучшіе нѣмецкіе цивилисты, какъ напримѣръ, Виндшейдъ, Унгеръ, Іерингъ и другіе, протестуютъ противъ него, хотя все-таки продолжаютъ въ силу традиціи называть вещныя и обязательственныя отношенія имущественнымъ правомъ, а судебная практика Англіи и Франціи держится уже давно противоположнаго взгляда, рѣшительно включая неимущественные интересы въ область интересовъ, защищаемыхъ гражданскимъ правомъ. Что касается римскихъ юристовъ, то не смотря на непризнаніе ими въ нѣкоторыхъ общихъ мѣстахъ, имѣющихъ наименьшее значеніе, защиты неимущественныхъ отношеній, они сами удостовѣряютъ въ цѣломъ рядѣ отдѣль-

имъ случаевъ, въ способѣ разрѣшенія которыхъ лежитъ вся сила римской юриспруденціи, существованіе правъ, содержаніе коихъ не заключаетъ въ себѣ и слѣда имущественнаго интереса. Укажемъ для примѣра на нѣсколько такихъ случаевъ. Въ вещныхъ отношеніяхъ римскіе юристы признавали сервитутъ вида |Servitus prospectus| и сервитутъ водопровода |Servitus aquaeductus|, даже въ томъ случаѣ, когда вода проводилась не для хозяйственныхъ потребностей, а ради одного удовольствія, устройства фонтана, водопада. Далѣе, они допускали и существованіе обязательствъ, не имѣющихъ вовсе имущественнаго характера, какъ напримѣръ, обязательство воздвигнуть памятникъ наслѣдодателю, обязательство судьи |arbitrer| разобрать споръ, за который онъ взялся, обязательство покупщика къ хорошему обращенію съ рабомъ, купленнымъ имъ на этомъ условіи и проч. Сюда же относятся римскія actiones injuriarum, защищавшія личность противъ всевозможныхъ физическихъ и нравственныхъ оскорбленій; затѣмъ actiones arbitrariae, въ которыхъ денежное вознагражденіе исполняло не только функцію эквивалента понесенныхъ убытковъ, но и функцію наказанія за нарушеніе неимущественнаго интереса. Вспомните, наконецъ, actiones populares, которыми преслѣдовались въ гражданскомъ порядкѣ дѣйствія, затрогивающія также массу неимущественныхъ интересовъ, и тогда у насъ не останется никакого сомнѣнія въ томъ, что римское право защищало эти интересы на-

равнѣ съ имущественными, защищало ихъ путемъ гражданскихъ исковъ и при томъ въ самыхъ широкихъ размѣрахъ. Если не неимущественные интересы защищались уже въ Римѣ, то потребность въ защитѣ ихъ при настоящемъ развитіи гражданскаго оборота и общественныхъ отношеній должна чувствоваться въ современномъ правѣ несравненно сильнѣе, чѣмъ въ римскомъ. Наше умственное и общественное развитіе принесло съ собою то, что мы цѣнимъ теперь многіе духовные интересы неизмѣримо выше матеріальныхъ и требуемъ защиты ихъ во имя соображеній объ общественномъ благѣ, составляющемъ, какъ вы уже знаете, верховный принципъ права. Въ доказательство такого соотвѣтствія защиты неимущественныхъ интересовъ высшимъ культурнымъ задачамъ общества, я укажу на двѣ главныя группы отношеній, гдѣ особенно сильно ощущается потребность въ этой защитѣ.

А. ОТНОШЕНІЯ, ВОЗНИКАЮЩІЯ ИЗЪ ДѢЯТЕЛЬНОСТИ ПУБЛИЧНЫХЪ ПРЕДПРІЯТІЙ.

Здѣсь постоянно встрѣчается, что отъ неисправнаго веденія предпріятія терпятъ отдѣльныя лица: при дурной администраціи желѣзныхъ дорогъ, пароходовъ и другихъ общественныхъ предпріятій мы подвергаемъ опасности самые дорогіе, хотя быть можетъ и неимущественные интересы нашей жизни, здоровье и т.

д. Эти блага могутъ имѣть имущественный характеръ, но могутъ и не имѣть его. Предположимъ, что бѣдный рабочій лишается руки или ногъ при крушеніи желѣзнодорожнаго поѣзда. Слѣдуя теоріи, господствующей у насъ и въ Германіи, судъ можетъ присудить потерпѣвшему взыскать съ желѣзно-дорожнаго управленія убытки только за дѣченіе и имущественный эквивалентъ увѣчья, т.е. соотвѣтствующее общественному положенію потерпѣвшаго вознагражденіе,имѣющее въ виду замѣнить тотъ заработокъ, который онъ не можетъ болѣе добывать собственнымъ трудомъ, вслѣдствіе потери ногъ или рукъ. Но допустимъ, что потерпѣвшій - богатый человѣкъ, поддерживающій свое существованіе не ручнымъ трудомъ, а доходами съ пріобрѣтеннаго или наслѣдственнаго имущества.Неужели въ этомъ случаѣ предприниматель или другія лица, отъ небрежности которыхъ произошло несчастіе, должны быть свободны отъ гражданской отвѣтственности только потому, что понесенный здѣсь вредъ не можетъ быть переложенъ на рыночную цѣнность? Такъ выходитъ по господствующей теоріи,которая не имѣетъ права сказаться и на уголовное преслѣдованіе, потому что это послѣднее предполагаетъ всегда преступленіе, - которое трудно доказать или которое можетъ совсѣмъ отсутствовать, что не защищаетъ вовсе противъ несправедливости учрежденій. Вотъ почему французскіе и англійскіе судьи, отличающіеся наибольшимъ практическимъ смысломъ, осуждаютъ желѣзно-дорожныя и дру-

гія учрежденія на громадные штрафы независимо отъ того, понесло ли потерпѣвшее лицо какіе-либо матеріальные убытки или нѣтъ. Эти штрафы достигаютъ иногда такихъ цифръ, какъ 100 тысячъ фунтовъ стерлинговъ, присужденныхъ однажды съ желѣзной дороги въ пользу потерпѣвшихъ отъ несчастія, и понятно, что такія наказанія суть не денежные эквиваленты понесенныхъ убытковъ, а гражданскія наказанія желѣзнодорожныхъ и другихъ администрацій за недостатокъ должной осмотрительности. Нечего говорить, что подобныя наказанія дѣйствуютъ лучше всякихъ уголовныхъ каръ на улучшеніе управленія публичными предпріятіями и имѣютъ огромное культурное значеніе, такъ какъ они развиваютъ въ предпринимателяхъ сознаніе долга и отвѣтственности за неисполненіе принятыхъ ими на себя обязанностей, а черезъ это содѣйствуютъ наилучшему удовлетворенію многихъ интересовъ, имѣющихъ самое важное значеніе. Точно такъ же, какъ по отношенію къ путямъ сообщенія, общество и государство не могутъ оставаться индифферентными и къ положенію лицъ, работающихъ на большихъ фабрикахъ и заводахъ. Отношенія между хозяевами и рабочими находятся въ настоящее время подъ контролемъ общественной власти, и взысканія съ хозяевъ по жалобамъ рабочихъ производятся не только въ случаяхъ несчастій, лишающихъ послѣднихъ возможности зарабатывать себѣ дальнѣйшее пропитаніе, но и въ случаяхъ нару-

шенія хозяевами другихъ обязанностей, предписанныхъ имъ фабричнымъ законодательствомъ, какъ напримѣръ, увеличенія числа рабочихъ часовъ свыше установленной нормы, несоблюденіе правилъ о содержаніи больницъ, школъ и т. д. Всякій обходъ установленныхъ фабричнымъ законодательствомъ предписаній со стороны хозяевъ влечетъ за собою денежное наказаніе послѣднихъ безъ всякаго отношенія къ количеству и даже къ битію имущественнаго интереса въ лицѣ рабочаго, такъ что здѣсь мы видимъ опять наглядное доказательство защиты гражданскимъ порядкомъ неимущественныхъ интересовъ.

В. ОТНОШЕНІЯ, ВОЗНИКАЮЩІЯ НА ДОГОВОРНОМЪ НАЧАЛѢ.

Другая группа отношеній, въ которыхъ защита неимущественныхъ интересовъ выступаетъ съ наименьшею яркостью, это отношенія, основанныя на договорномъ началѣ, и вытекающія изъ нашей обиходной, домашней жизни. При наймѣ прислуги заключается часто условіе, что нанявшійся имѣетъ право на свободный день черезъ одну или двѣ недѣли. Снимая квартиру, уговариваются нерѣдко о томъ, чтобы въ сосѣднія помѣщенія не пускали мальчиковъ, производящихъ шумъ или играющихъ на какомъ-либо музыкальномъ инструментѣ. Ни первое, ни второе изъ приведенныхъ для примѣра условій не имѣ-

ютъ ни малѣйшаго имущественнаго значенія, но могутъ служить выраженіемъ очень серьезныхъ, хотя и неимущественныхъ интересовъ. Квартирантъ можетъ быть крайне нервнымъ субъектомъ, невыносящимъ шума и звуковъ музыки, которые, можетъ быть, отравляютъ всю его жизнь. Прислуга можетъ желать не изнурять себя непосильнымъ трудомъ или пользоваться свободнымъ днемъ для свиданія съ родными или удовлетворенія какихъ-либо другихъ нравственныхъ интересовъ.

Но какъ быть въ случаѣ неисполненія нанимателемъ или домохозяиномъ принятыхъ ими на себя обязательствъ? Представляется два исхода: I| нанявшееся лицо или квартирантъ могутъ отказаться отъ договора. Но этотъ исходъ сопряженъ съ большими неудобствами, такъ какъ наказывая нанимателя и домохозяина, онъ причиняетъ въ то же время ущербъ и напрасныя хлопоты, какъ нанимающемуся, такъ и квартиранту, которые принуждены терять время на пріисканія новаго мѣста, новой квартиры и т.д. 2| Лицо - нанявшееся и квартирантъ могутъ прибѣгнуть къ суду съ цѣлью принудить своихъ соконтрагентовъ къ исполненію заключенныхъ съ ними условій. Но держась господствующей точки зрѣнія, по которой предметомъ гражданской защиты могутъ быть только имущественные интересы, судья долженъ отказать истцамъ въ удовлетвореніи ихъ справедливыхъ требованій, предоставляя, такимъ образомъ, ихъ соконтрагентамъ злоупотреблять, сколько имъ вздумается, преимуществами ихъ соціальнаго положенія.

Принудить же ихъ угровой денежнаго взысканія къ исполненію ихъ обязательствъ можно только при противоположной точкѣ зрѣнія, на которой теперь стоятъ лучшіе юристы и судьи. Неосновательность господствующей теоріи, ограничивающей гражданское право защитой однихъ лишь имущественныхъ интересовъ, можно доказать, ставши даже на ея собственную точку зрѣнія. Допустимъ на минуту, что гражданское право имѣетъ дѣло съ одними имущественными интересами.Но развѣ интересъ прислуги, выговорившей себѣ свободный день въ недѣлю и интересъ квартиранта, дорожащаго спокойствіемъ своихъ нервовъ, нельзя свести на деньги? Предположимъ, что выговаривая себѣ свободный день,прислуга обязывается передъ хозяевами платить за наемъ своего замѣстителя на этотъ день или соглашается на меньшее вознагражденіе за свой трудъ, чѣмъ то, которое она получила бы въ томъ случаѣ, если бы не выговорила себѣ свободнаго дня. Точно также квартирантъ, не терпящій музыки или пользующійся для прогулки садомъ при нанятомъ помѣщеніи, платитъ домохозяину болѣе того, что онъ платилъ бы ему въ томъ случаѣ, еслибы не имѣлъ въ виду покоя своего слуха или прогулокъ въ саду. Очевидно, что какъ прислуга, такъ и квартирантъ оплачиваютъ тутъ косвенно тѣ блага,въ которыхъ нуждаются,и которыя имѣютъ для нихъ,слѣдовательно,дѣйствительную, хотя и не оттѣненную денежную стоимость. Почему же господствующая теорія не

даетъ имъ защиты права, предоставляя ее въ то же время содержателю гостинницы въ томъ случаѣ, когда ему застраиваютъ красивый видъ, привлекающій въ гостинницу публику? Здѣсь признается право на вознагражденіе, потому что хозяинъ гостинницы терпитъ денежные убытки въ своемъ дѣлѣ отъ застроеннаго вида, и защищается такимъ образомъ имущественное производство, тогда какъ столь же заслуживающіе защиты интересы потребленія, выступающіе въ приведенныхъ выше примѣрахъ прислуги и квартиранта, остаются внѣ защиты безъ всякаго на то основанія.

Отсюда ясно, что господствующее ученіе не выдерживаетъ повѣрки, исходящей изъ ея же собственной точки врѣнія: оно страдаетъ внутреннимъ противорѣчіемъ, защищая имущество въ одномъ случаѣ и оставляя его въ другомъ безъ огражденія, когда оно сбрасываетъ свою осязательную форму и облекается въ другія блага, какъ напримѣръ, развлеченіе, здоровье и проч. Эта беззащитность нѣмущественныхъ интересовъ выступаетъ особенно ярко на слѣдующемъ примѣрѣ, приводимомъ Іерингомъ въ своихъ лекціяхъ: кто-нибудь заказываетъ себѣ посредствомъ письма или телеграммы нумеръ въ гостинницѣ на время праздныхъ въ городѣ праздниковъ, къ которымъ ожидается большое стеченіе народа. Хозяинъ гостинницы принимаетъ предложенный ему договоръ, который вступаетъ, такимъ образомъ, въ силу, но позднѣе находитъ для себя выгоднѣе

сдать нанятое уже у него помѣщеніе другому лицу, предложившему за него болѣе крупное вознагражденіе. Первоначальный наниматель пріѣзжаетъ въ городъ ночью съ семьей и дѣтьми; онъ не находитъ себѣ ни въ одной гостинницѣ приличнаго помѣщенія и скитается всю ночь по улицамъ неизвѣстнаго ему города. Признаетъ ли судья за нимъ право на вознагражденіе за наемъ извозчика во время его ночныхъ странствованій? Да, но нѣмецкій судья не представитъ ему никакого вознагражденія, если онъ не сыщетъ ночью ни одного извозчика, и въ карманѣ его окажутся на утро тѣ же деньги, какія были въ немъ въ началѣ странствованія, ибо въ этомъ случаѣ, скажетъ судья, онъ не потерпѣлъ никакого ущерба въ своемъ имуществѣ. "И такой результатъ, нагло попирающій всякое здравое чувство права" - восклицаетъ Іерингъ - "находитъ себѣ защитниковъ". "Да я пойду скорѣе", продолжаетъ онъ, "искать защиты своего права у турецкаго паши, нежели у высокоразвитого правовѣдѣнія, не дающаго мнѣ здѣсь охраны; и готовъ первый выкинуть за бортъ все правовѣдѣніе, если такая нелѣпость должна быть признана за право". Слѣдующій рядъ примѣровъ защиты нетмущественныхъ интересовъ въ правѣ относится къ договору личнаго найма. Предположимъ, что кухарка до срока оставляетъ свое мѣсто, нанятая нянька вовсе не является. Хозяева въ затруднительномъ положеніи: жена должна взять роль кухарки, мужъ - няньки.

Оказываетъ ли имъ какую-нибудь помощь господствующее ученіе о денежной цѣнности? Нѣтъ, ибо послѣдствія перенесенныхъ ими непріятностей не имѣютъ денежной стоимости. Еще случай защиты неимущественныхъ интересовъ въ гражданскомъ правѣ представляютъ договоры о помѣщеніи дѣтей и учениковъ въ воспитательныя заведенія, умалишенныхъ - въ лечебницы для психически больныхъ, договоры о врачебной помощи, заключаемые съ врачами и т.д. Сюда же принадлежатъ договоры, имѣющіе въ виду интересы наукъ и искусствъ: 1| издательскій договоръ, по которому авторъ, выговорилъ ли онъ себѣ вознагражденіе или нѣтъ, имѣетъ часто въ виду не деньги, но обнародованіе своего произведенія въ интересахъ чистой науки или быть можетъ честолюбія. Низводить этотъ договоръ на точку зрѣнія денежнаго интереса значило бы не понимать духовнаго назначенія литературы и низводить ее на степень ремесла. 2| Договоръ живописца о выставкѣ его картинъ въ магазинѣ художественныхъ предметовъ или на выставкѣ; 3| договоръ драматическаго писателя или композитора о постановкѣ драмы или оперы; 4| договоръ актера о предоставленіи ему права на исключительное исполненіе извѣстныхъ ролей. Наконецъ, сюда же могутъ быть причислены договоры, заключаемые въ виду общественной пользы, общественныхъ предпріятій и много еще другихъ договоровъ, въ которыхъ участвующія лица преслѣдуютъ свои жизненные интересы безъ возможности однако въ случаѣ неисполненія до-

говора вычислить какой-либо денежный интересъ. Надо, слѣдовательно, сознаться, что, основываясь на принципѣ денежнаго интереса, право не можетъ удовлетворить всѣмъ запросамъ современной жизни, наталкивающей насъ почти на каждомъ шагу на разнообразнѣйшіе неимущественные интересы.-

С. ВОЗМОЖНОСТЬ ЗАЩИТЫ ГРАЖДАНСКИМЪ СУДОМЪ НЕИМУЩЕСТВЕННЫХЪ ИНТЕРЕСОВЪ.

Переходя теперь къ важному въ практическомъ отношеніи вопросу о возможности защищать такіе интересы средствами, которыя находятся въ распоряженіи гражданскаго права, мы должны сказать, что возможность такой защиты доказывается, во I-хъ, примѣромъ французской и англійской практики, проводящей эту защиту вполнѣ послѣдовательно и во 2-хъ, употребленіемъ, которое гражданское правосудіе можетъ дѣлать изъ денегъ. Почему въ самомъ дѣлѣ полиція и уголовный судъ охраняютъ не одно только имущество, простирая свою ограждающую руку на всѣ человѣческія блага, и почему гражданское право не должно дѣлать то же? Цѣнность благъ, охраняемыхъ полиціей и уголовнымъ судомъ, должна быть обязательна и для граждан-

---

скаго права. Если существуетъ потребность въ охранѣ, то какое можетъ имѣть для нея значеніе то обстоятельство, основано ли право на то или другое благо на законѣ или на договорѣ? На это возражаютъ обыкновенно, что полиціи и уголовному суду даны иныя средства защиты, нежели суду гражданскому: первые могутъ охранять неимущественные интересы, а послѣдній нѣтъ, такъ какъ онъ не имѣетъ въ своемъ распоряженіи ни меча, ни тюрьмы, а располагаетъ только приговоромъ, выражаемымъ въ деньгахъ. На это Іеринг совершенно основательно отвѣчаетъ, что пусть гражданскій судъ пользуется правильно этимъ самымъ приговоромъ, выражаемымъ въ деньгахъ, и онъ убѣдится, что въ большинствѣ случаевъ его будетъ вполнѣ достаточно для всѣхъ цѣлей гражданскаго правосудія. Дѣло въ томъ, что возможность пользоваться денежными приговорами вовсе не ограничивается той функціей денегъ, которую господствующее ученіе имѣетъ исключительно въ виду, и которая заключается въ непосредственномъ выраженіи ими стоимости или денежнаго эквивалента за каждое отдѣльное дѣйствіе. Кромѣ этой функціи деньги могутъ исполнять еще двѣ другія функціи, которыя можно назвать карательной и позывной. Подъ первой слѣдуетъ понимать не присужденіе гражданской пени въ пользу истца, какъ это бываетъ при такъ называемыхъ штрафныхъ или уголовныхъ искахъ, а угрозу наложить денежное взысканіе, какъ средство произвести давленіе на отвѣтчика въ слу-

чаѣ уклоненія его отъ исполненія судебнаго приговора; слѣдуя римской терминологіи, это будетъ multa, а не poena. Но такая угроза взысканія не всегда оказываетъ помощь лицу, отыскивающему свое право. Во 1-хъ, и въ томъ случаѣ, когда эта угроза обращается въ самое взысканіе, это послѣднее идетъ не въ пользу истца, а въ пользу казны. Во 2-хъ, угроза взысканія направлена всегда на будущее и не всегда охраняетъ настоящее, такъ какъ отвѣтчикъ можетъ затянуть процессъ всевозможными ничтожными возраженіями, и пока судья дойдетъ до того, что установитъ угрозу взысканія или взыщетъ установленную сумму, исполненіе договора можетъ для истца потерять всякое значеніе: онъ лишится уже своего права и останется такимъ образомъ практически безъ всякой защиты, такъ какъ ему можетъ быть дорого самое исполненіе договора, а не денежное взысканіе. Вотъ почему для большей дѣйствительности взысканія и огражденія интересовъ истца судья долженъ имѣть возможность пользоваться денежнымъ приговоромъ, направленнымъ не только на будущее, но и на прошедшее время, т.е. присуждать отвѣтчика къ непосредственной уплатѣ въ пользу истца вознагражденія за нарушеніе его имущественнаго интереса въ прошломъ. Это вознагражденіе съ цѣлью обезпеченія отъ прошедшаго нарушенія договора составляетъ возмездную функцію денегъ, прекрасно дополняющую ихъ каратальную функцію. Она так-

же необходима для крѣпости договорнаго права, какъ угроза денежной кары необходима для предотвращенія ожидаемаго нарушенія. Отказать судьѣ въ правѣ пользоваться этой функціей денегъ значило бы осудить его на бездѣйствіе и оставить законные интересы истца, какъ это мы показали выше, безъ дѣйствительнаго огражденія. Но гдѣ мѣрило, по которому судья могъ бы въ деньгахъ выражать ущербъ отъ правонарушенія, обращеннаго не на вещь, а на лицо? Общее для всѣхъ случаевъ, или чисто теоретическое рѣшеніе этого вопроса немыслимо, такъ какъ твердаго мѣрила здѣсь не существуетъ, и судья долженъ сообразоваться съ особенностями каждаго отдѣльнаго случая, съ общественнымъ положеніемъ участвующихъ въ немъ лицъ и съ другими обстоятельствами, которыя заставятъ его примѣнять въ различныхъ случаяхъ и различныя степени денежныхъ взысканій, относящихся какъ къ будущему, такъ и къ прошлому времени. Мы опять сошлемся на практику Франціи, Англіи, Бельгіи, которая ясно свидѣтельствуетъ, что отсутствіе постояннаго мѣрила для правонарушеній не препятствуетъ судьямъ пользоваться карательной и возмездной функціей денегъ въ такихъ размѣрахъ, что неимущественные интересы находятъ въ этихъ условіяхъ требуемую охрану, и добрая совѣсть не остается въ договорныхъ отношеніяхъ пустымъ словомъ. Необходимое условіе успѣха состоитъ здѣсь только въ томъ, чтобы оцѣнка интересовъ была предоставлена свободному усмотрѣнію судьи. Гдѣ су-

дья связанъ положительнымъ предписаніемъ закона такого рода, чтобы налагаемое имъ взысканіе равнялось съ точностью количеству понесенныхъ другой стороной убытковъ, тамъ,конечно,не можетъ быть и рѣчи о возможности юридической защиты неимущественныхъ интересовъ. Судьѣ должны быть необходимо даны средства удовлетворять эти интересы посредствомъ угрозъ денежныхъ взысканій за будущее нарушеніе и наложеніе ихъ за прошедшее уже нарушеніе. При отсутствіи всякихъ объективныхъ критеріевъ, эти взысканія могутъ налагаться только въ силу свободнаго усмотрѣнія судьи и должны выражать собою, какъ сказано, не эквивалентъ понесенныхъ убытковъ, что имѣетъ мѣсто при вознагражденіи имущественныхъ интересовъ, но или публичное или гражданское наказаніе одной стороны въ пользу другой;наказаніе это должно соизмѣряться всякій разъ не только съ количествомъ причиненныхъ убытковъ, но съ общественнымъ положеніемъ участвующихъ лицъ и со степенью вины, которую можно поставить въ упрекъ приговариваемой сторонѣ. Единственно опасной стороной защищаемаго нами ученія является предоставленіе судьѣ слишкомъ широкой власти при оцѣнкѣ различнаго рода интересовъ,претендующихъ на судебную защиту, но гарантіей противъ судейскаго произвола можетъ служить здѣсь, какъ и всюду, увеличеніе нравственнаго и образовательнаго ценза судебнаго сословія и система нѣсколькихъ судебныхъ инстанцій.

Въ дополненіе къ изложенію настоящаго вопроса я могу назвать вамъ двѣ книги на русскомъ языкѣ, трактующія также о значеніи неимущественныхъ интересовъ въ гражданскомъ правѣ. Особенно убѣдительную и подробную разработку этого вопроса вы найдете въ одной изъ послѣднихъ монографій Іеринга, которой я въ значительной мѣрѣ пользовался при изложеніи настоящаго вопроса, и которая помѣщена въ его журналѣ и переведена на русскій языкъ подъ заглавіемъ "Интересъ и право"; затѣмъ послѣдняя глава книги С. М у р о м ц е в а "Опредѣленіе права" посвящена также этому вопросу. Но все сказанное о немъ кажется достаточно для утвержденія, что область гражданскаго права обнимаетъ одинаково какъ имущественныя, такъ и неимущественныя отношенія, и что вопреки господствующей теоріи, институты вещнаго и обязательственнаго права нельзя считать исключительно имущественными. Дальнѣйшія доказательства этой мысли мы встрѣтимъ при спеціальномъ изученіи вещнаго и обязательственнаго прав.

I8. СИСТЕМА ИЗЛОЖЕНІЯ КУРСА.

Подводя итоги всему, что было говорено о германской системѣ изученія гражданскаго права, вы видите, что мы не тронули ея основаній, а старались только восполнить ея пробѣлы. Признаніе института

права личности, прибавленіе къ общей системѣ гражданскаго права особенной части и требованіе защиты неимущественныхъ интересовъ - оставляютъ неприкосновенными какъ принципъ германской системы, такъ и всѣ принятыя ею рубрики. Поэтому мы положимъ эту систему въ основаніе нашего изученія гражданскаго права, давъ ей только слѣдующій, нѣсколько измѣненный согласно съ предшествующимъ изложеніемъ видъ. Вся схма гражданскаго права приметъ у насъ слѣдующій видъ:

I Отдѣлъ. Общая часть: I - ученіе о правѣ въ объективномъ смыслѣ или объ источникахъ права; 2 - о субъективныхъ правахъ; 3 - о лицахъ; 4 - о вещахъ; 5 - о возникновеніи, прекращеніи и защитѣ юридическихъ отношеній.

II. Отдѣлъ. Спеціальная часть: I - право личности; 2- вещное право; 3 - обязательственное право; 4 - семейное право; 5 - наслѣдственное право.

III Отдѣлъ. Особенная часть: I - торговое право; 2 - морское право; 3 - корпоративное право съ его подраздѣленіями; 4 - промышленное право; 5 - сельскохозяйственное право и проч.

Вотъ систематическая схема всей догмы гражданскаго права, содержаніе которой такъ обширно, что оно не можетъ естественно войти въ нашъ курсъ всѣми своими частями. Мы исключаемъ изъ него, во первыхъ, всю особенную часть, которая по самостоятельности и значенію своихъ отдѣловъ можетъ служить и

служитъ въ дѣйствительности предметомъ особой законодательной регламентаціи, особаго изученія и особаго преподаванія. Кромѣ того изученіе этой части гражданскаго права предполагаетъ уже знаніе первыхъ его частей, и потому понятно, что мы должны прежде всего обратить наше вниманіе на двѣ первыя части. Во вторыхъ, изъ этихъ двухъ частей системы мы не будемъ останавливаться долго и на общей части, съ которой вы уже должны быть знакомы отчасти по курсамъ римскаго права и энциклопедіи права, и сосредоточимъ такимъ образомъ наши занятія на спеціальной части.

I9. П О С О Б І Я.

Въ заключеніе моего введенія къ русскому гражданскому праву я назову вамъ пособія, которыми вы можете руководствоваться при самостоятельныхъ занятіяхъ этимъ предметомъ. Самымъ общимъ, удобнымъ и элементарнымъ пособіемъ послужитъ вамъ учебникъ гражданскаго права Мейера. Правда, что этотъ учебникъ теперь устарѣлъ, такъ какъ онъ составленъ въ 50-хъ годахъ подъ вліяніемъ преимущественно господствовавшей тогда формально-логической догмы гражданскаго права, такъ что уже вслѣдствіе этого учебникъ Мейера не можетъ быть признанъ стоящимъ на высотѣ современныхъ требованій университетскаго преподаванія. Но въ виду ясности изложенія, строгости

юридическаго анализа и выдержанности системы, учебникъ Мейера приходится,не смотря на его отсталость, рекомендовалъ въ смыслѣ педагогическомъ преимущественно передъ всѣми другими пособіями. Слѣдующее мѣсто въ нашей учебной юридической литературѣ по гражданскому праву принадлежитъ курсу П о б ѣ д о н о с ц е в а, изданному въ нѣсколькихъ томахъ и представляющему собою болѣе обстоятельную разработку отдѣльныхъ институтовъ гражданскаго права Россіи, чѣмъ мы находимъ это у Мейера.Но отсутствіе въ курсѣ Побѣдоносцева общей части, затѣмъ казуистичность изложенія и недостаточность школы въ авторѣ, выступающая часто въ смѣшеніи юридическихъ понятій и въ игнорированіи современной литературы, дѣлаютъ пользованіе этимъ учебникомъ весьма мало удобнымъ. Поэтому руководство Побѣдоносцева можно рекомендовать только спеціально по нѣкоторымъ отдѣламъ гражданскаго права |наслѣдственное право|, изложеннымъ у него болѣе подробно, чѣмъ у Мейера. Затѣмъ можно упомянуть еще о двухъ неоконченныхъ курсахъ - М а л ы ш е в а и Ц и т о в и ч а,которые излагаютъ въ первыхъ вышедшихъ выпускахъ только ученіе объ источникахъ права. Изложеніе учебника Малышева отличается добросовѣстностью, достаточной эрудиціей,но въ то же время и бездарностью; а затѣмъ въ виду того, что этотъ учебникъ касается только ученія объ источникахъ права и не обѣщаетъ быть оконченнымъ, о книгѣ Малышева не можетъ быть разговора, какъ о по-

собіи ко всей совокупности системы гражданскаго права. То же должно сказать и о книгѣ Цитовича, которая не представляетъ и тѣхъ достоинствъ, которыя можно найти въ учебникѣ Малышева, такъ что намъ едва ли приходится и жалѣть о томъ, что эта книга не получаетъ до сихъ поръ продолженія. Затѣмъ остается еще одинъ курсъ гражданскаго права, который я рекомендую вамъ съ особенной настойчивостью, - это курсъ петербургскаго профессора Д ю в е р н у а . Изъ этого курса въ настоящее время вышла лишь одна книга и первый выпускъ слѣдующей книги, но въ скоромъ будущемъ обѣщаются и слѣдующіе выпуски. Первая книга заключаетъ въ себѣ пока общее историческое и теоретическое введеніе къ изученію гражданскаго права и основныя ученія общей части, которыя изложены очень талантливо, обстоятельно и съ обширными указаніями по современной юридической литературѣ. Если этотъ курсъ будетъ оконченъ, то нельзя пожелать ничего лучшаго въ смыслѣ пособія для изученія русскаго гражданскаго права, такъ какъ курсъ Дювернуа стоитъ вполнѣ на высотѣ научныхъ требованій и могъ бы составить украшеніе не одной только нашей скудной юридической литературы. Къ сожалѣнію этотъ курсъ нѣсколько труденъ для пониманія, требуя отъ читателя постояннаго умственнаго напряженія и самостоятельной работы мысли. Но того, кто интересуется предметомъ, кто хочетъ проникнуть въ самыя основы гражданскаго права и сдѣлаться настоящимъ юри-

стомъ, того эти препятствія не затруднятъ, а напротивъ пріохотятъ еще болѣе къ занятіямъ. Въ заключеніе мнѣ остается еще упомянуть о двухъ нѣмецкихъ курсахъ, которые помѣщены въ вашихъ учебныхъ планахъ, именно о курсахъ Г е й с л е р а и Ш т о б б е. Эти пособія имѣютъ также безцѣнное значеніе для изученія гражданскаго права, такъ какъ Гейслеръ |одинъ изъ лучшихъ знатоковъ древне-германскаго права| даетъ исторію институтовъ гражданскаго права въ Германіи до рецепціи Римскаго права, а Штоббе - за все время, съ первыхъ моментовъ исторіи германскаго права до нашихъ временъ, и такимъ образомъ дополняетъ замѣчательный трудъ Гейслера. Литература каждаго вопроса исчерпывается у нихъ вполнѣ.

Во французской юридической литературѣ я укажу на учебникъ Аубу и Рау, составленный по Германской системѣ. Хотя онъ и не представляетъ собою простого комментарія на французскій кодексъ, но кромѣ чистой догмы не даетъ ничего. Въ смыслѣ полноты, систематичности, сравнительной сжатости и строгости юридическаго анализа, учебникъ этотъ имѣетъ преимущество передъ другими французскими курсами гражданскаго права.

---ooOoo---

ОБЩАЯ ЧАСТЬ.

ПРАВО ВЪ ОБЪЕКТИВНОМЪ СМЫСЛѢ.

20. ПОНЯТІЕ ПРАВА ВЪ ОБЪЕКТИВНОМЪ СМЫСЛѢ.

Правомъ мы называемъ одинаково какъ совокупность дѣйствующихъ въ данное время и въ данномъ мѣстѣ юридическихъ нормъ, такъ и совокупность юридическихъ отношеній. Въ первомъ случаѣ мы говоримъ о правѣ въ объективномъ, во второмъ - о правѣ въ субъективномъ смыслѣ, а такъ какъ ни одно субъективное право не существуетъ иначе, какъ въ силу признанія его объективнымъ правомъ, то понятно, что изученію субъективныхъ правъ должно предшествовать изложеніе ученія объ объективномъ правѣ, о существѣ, возникновеніи, прекращеніи, видахъ и примѣненіи юридическихъ нормъ. Это ученіе такъ же, какъ и ученіе о существѣ субъективнаго права, - въ которомъ юристы исходятъ не изъ понятія о гражданскомъ субъективномъ правѣ, а изъ понятія о субъективномъ правѣ вообще, не составляетъ исключительной области гражданскаго права и ея общей части, но принадлежитъ общей теоріи права. Помѣщеніе же его въ общей части гражданскаго права, гдѣ оно по необходимости получаетъ одностороннее освѣщеніе, опираясь преимущественно на явленія гражданскаго права, объясняет-

ся неустановленностью и недостаточной разработанностью общей теоріи права, что и вынуждаетъ такія спеціальныя дисциплины, какъ гражданское право, заниматься ученіями, выходящими за ихъ естественные предѣлы. Во всякомъ случаѣ, не зная источниковъ права, нельзя изучать его содержаніе, а потому мы не можемъ обойтись безъ этого ученія, хотя и изложимъ его возможно коротко, въ виду того, что оно должно быть вамъ уже отчасти извѣстнымъ изъ курсовъ энциклопедіи права, исторіи римскаго и исторіи русскаго права.

I. Подъ объективнымъ правомъ или "источниками права" въ техническомъ смыслѣ этого выраженія разумѣется, какъ мы сказали выше, вся совокупность дѣйствующихъ въ данномъ обществѣ юридическихъ нормъ или всѣ формы проявленія дѣйствующаго въ жизни права. И такъ какъ главнѣйшія изъ дѣйствующихъ въ настоящее время юридическихъ нормъ сводятся къ нормамъ обычнаго права и нормамъ, устанавливаемымъ закономъ, а формой или симптомомъ обычнаго права является упражненіе обычая, формой же или симптомомъ закона - документъ или актъ, содержащій въ себѣ этотъ законъ, то источникомъ права будетъ въ первомъ случаѣ упражненіе обычая, а во второмъ - текстъ закона. Но рядомъ съ этимъ техническимъ значеніемъ выраженія"источники права", подъ нимъ разумѣются также факторы или органы, производящіе юридическія нормы, откуда уже видно различіе техническаго выраженія "источники

права" отъ обыкновеннаго словоупотребленія. Всякая юридическая норма возникаетъ изъ тѣхъ или другихъ потребностей жизни, и на образованіе ея оказываетъ существенное вліяніе весь строй общественной жизни. Однако же мы не называемъ ни потребностей жизни, ни общественнаго строя "источниками права", такъ какъ подъ именемъ послѣднихъ разумѣются въ догматическомъ смыслѣ только формы, въ которыхъ возникаютъ, существуютъ и прекращаются различныя предписанія права. Поэтому отъ источниковъ права слѣдуетъ строго отличать, съ одной стороны, источники отдѣльныхъ юридическихъ отношеній или субъективныхъ правъ и, съ другой стороны, историческіе источники права, потерявшіе съ теченіемъ времени свое обязательное значеніе. Смѣшивая источники права съ источниками субъективныхъ правъ, многіе юристы доходили до того, что ставили напримѣръ на одну доску съ закономъ договоръ, какъ равный съ нимъ источникъ права. Но изъ договоровъ возникаютъ только конкретныя отношенія между опредѣленными лицами, тогда какъ законъ даетъ начало объективнымъ положеніямъ, т.е. правиламъ, нормирующимъ юридическія отношенія *in abstracto* для всѣхъ лицъ, вступающихъ въ эти отношенія, а не юридическія отношенія отдѣльныхъ единицъ. Кромѣ того, для образованія изъ договора субъективныхъ правъ необходимо, чтобы такая правозарождающая сила договора была признана за нимъ закономъ. Слѣдовательно,

субъективныя права, возникающія изъ договора, такъ же какъ и всѣ субъективныя права вообще, обязаны своимъ происхожденіемъ не договору, а общей юридической нормѣ, придающей договору правозарождающую силу, и различіе между юридическими нормами въ этомъ отношеніи состоитъ только въ устанавливаемомъ ими различіи правозарождающихъ событій. Извѣстно, напримѣръ, какая масса правъ и обязанностей возникаетъ изъ такъ называемыхъ недозволенныхъ дѣйствій. Но какъ недозволенныя дѣйствія не суть источники права въ техническомъ смыслѣ слова, такъ же мало могутъ быть признаны ими и договоры. Еще рѣзче отличаются отъ источниковъ права въ догматическомъ смыслѣ этого понятія историческіе источники или юридическіе памятники прошедшихъ временъ, какъ напримѣръ, сборники законовъ, вышедшихъ изъ употребленія, такіе же сборники обычаевъ, судебныхъ рѣшеній и проч. Подобные памятники служатъ источниками не права, а правовѣдѣнія, такъ какъ не имѣя обязательной силы, они заключаютъ въ себѣ цѣнный матеріалъ для научной разработки права, лишенный, однако, значенія источника права въ догматическомъ смыслѣ. Итакъ источниками права называются только дѣйствующія въ данное время и въ данномъ мѣстѣ формы его проявленія, и такихъ формъ проявленія или источниковъ права, какъ въ современномъ, такъ и въ прошломъ правѣ европейскихъ народовъ, было всегда нѣсколько, не смотря на мно-

гочисленныя и остающіяся до сихъ поръ безплодными попытки свести ихъ къ какому-либо одному общему имъ всѣмъ, корню. Что народы и всѣ болѣе или менѣе длящіяся человѣческія общежитія управляются принудительными нормами, имѣющими цѣлью установленіе и поддержаніе порядка взаимныхъ отношеній другъ къ другу и къ связывающему ихъ общественному союзу, - этотъ фактъ не подлежитъ ни малѣйшему сомнѣнію. Но когда на вопросъ, откуда возникли эти нормы и гдѣ коренится ихъ основаніе, отвѣчаютъ, что онѣ имѣютъ своимъ источникомъ законодательную власть, то этотъ отвѣтъ едва ли можно признать правильнымъ. Не говоря о томъ, что подобный отвѣтъ наводитъ невольно на слѣдующій вопросъ, а что такое законодательная власть, не есть ли она сама учрежденіе права и гдѣ тогда лежитъ ея источникъ, мы всюду находимъ въ силѣ многочисленныя положенія права, не бывшія никогда созданіемъ законодателя и не доходившія часто даже до его сознанія. Отсюда уже видно, что юридическія нормы имѣютъ болѣе, чѣмъ одинъ источникъ своего возникновенія, и что всякая попытка найти для всѣхъ источниковъ права единый, общій имъ всѣмъ корень, должна быть впередъ осуждена на неудачу. В прошломъ столѣтіи, напримѣръ, господствовалъ взглядъ, находящій отголоски и у нѣкоторыхъ новыхъ юристовъ, какъ то Биндинга, Рюмелина и друг., взглядъ, по которому всѣ юридическія нормы сводятся къ закону, какъ ихъ единому источнику. Этотъ взглядъ опираетъ-

ся только на невыдерживающее критики представленіе объ омнипотенціи государственной власти и на обычное словоупотребленіе, называющее нерѣдко закономъ всякое положеніе права независимо отъ способа его возникновенія. Но мы увидимъ ниже, когда перейдемъ къ теоріи закона, что это словоупотребленіе неточно, и что закономъ называется только такая юридическая норма, которая основана на сознательномъ распоряженіи г о с у д а р с т в е н н о й в л а с т и, въ отличіе отъ автономіи, представляющей собою также сознательный актъ воли, и другихъ источниковъ права, не имѣющихъ ничего общаго ни съ государственной властью, ни съ какимъ бы то ни было актомъ воли. Такими источниками являются напримѣръ, право юристовъ, о которомъ мы пока умолчимъ, такъ какъ этотъ источникъ считается въ современной юриспруденціи спорнымъ, и обычное право, о которомъ мы не можемъ умолчать, такъ какъ существованіе его и примѣненіе въ судахъ наравнѣ съ закономъ безспорно, не смотря на то, что оно основано вовсе не на сознательныхъ актахъ воли какихъ бы то ни было органовъ власти. Чтобы объяснить себѣ этотъ феноменъ, теорія, сводящая всѣ юридическія нормы къ закону, прибѣгаетъ къ фикціи послѣдующаго одобренія законодателя дѣйствующаго въ обществѣ обычнаго права. Но не говоря уже о

безполезности фикцiй для реальнаго объясненiя какихъ бы то ни было явленiй, мы замѣтимъ, что данная фикцiя ведетъ къ предположенiю о какомъ-то молчаливомъ законодательствѣ, такъ какъ въ массѣ случаевъ обычное право примѣняется безъ того, чтобы законодатель выразилъ ясно свое признанiе или согласiе на его примѣненiе. Но молчаливыхъ законодательствъ не было и не могло быть никогда; ихъ нѣтъ, по крайней мѣрѣ, въ настоящее время. Затѣмъ всякое одобренiе предполагаетъ необходимо актъ воли, а этотъ послѣднiй - сознанiе о томъ, что составляетъ его предметъ. Въ примѣненiи же къ обычному праву нельзя допустить и во всякомъ случаѣ доказать, чтобы законодатель имѣлъ свѣдѣнiя о всякомъ существующемъ независимо отъ него и совершенно мѣстномъ обычномъ правѣ, а не имѣя о немъ свѣдѣнiй онъ не могъ бы, очевидно, и одобрить его.

Другая попытка объединить всѣ юридическiя нормы въ одномъ общемъ имъ всѣмъ источникѣ принадлежитъ извѣстнымъ представителямъ исторической школы въ юриспруденцiи - Савиньи и Пухтѣ и имѣетъ до сихъ поръ многочисленныхъ сторонниковъ въ литературѣ, какъ гражданскаго, такъ и публичнаго права. Эта теорiя сводитъ, какъ вамъ извѣстно, все образованiе права къ народному правосознанiю и считаетъ, что обычное право, законодательство и юриспруденцiя суть только внѣшнiя формы выраженiя права, вырабатывающагося въ невидимыхъ мастерскихъ народнаго духа. О неправильности

ности этой теоріи, которая поставила все-таки вопросъ о правообразованіи несравненно глубже, чѣмъ это дѣлали предшествующія теоріи, мы говорили уже въ нашемъ введеніи и будемъ еще говорить въ теоріи обычнаго права. Теперь же имѣя въ виду общій очеркъ источниковъ права, за которымъ послѣдуетъ спеціальное изложеніе двухъ основныхъ источниковъ - закона и обычая, мы остановимся нѣсколько времени на двухъ другихъ источникахъ права, на такъ называемомъ правѣ юристовъ и на международныхъ и государственныхъ договорахъ. Указаніе на значеніе и самостоятельность этихъ источниковъ послужитъ кстати новымъ аргументомъ противъ подведенія къ одному знаменателю всѣхъ источниковъ права вообще.

II. Ничто съ перваго взгляда не кажется страннѣе причисленія права юристовъ или такъ называемой юриспруденціи къ источникамъ права въ догматическомъ смыслѣ этого понятія; какъ теоретикъ, такъ и практикъ - юристъ должны, казалось бы, имѣть дѣло только съ существующимъ правомъ: первый излагаетъ его, второй примѣняетъ, и оба только служатъ праву, а не творятъ его. Въ прежнее время, когда юристы имѣли предъ собою лишь Corpus juris и неписанное обычное право, они могли еще пользоваться неограниченною властью въ примѣненіи и творчествѣ права, но такое привилегированное положеніе юриспруденціи представляется теперь достояніемъ исторіи. Съ появленіемъ строгаго раздѣленія законодательныхъ и судебныхъ фун-

кціи верховной власти, и особенно со времени кодификаціи гражданскаго права, органы судебной власти только примѣняютъ нормы, находящіяся въ законѣ и въ обычномъ правѣ, а доктрина, или юриспруденція изъ нихъ же извлекаетъ и на нихъ строитъ всѣ свои общія категоріи и понятія. Такимъ образомъ, право юристовъ въ смыслѣ обязательныхъ нормъ кажется теперь нешелимымъ: дѣятельность юристовъ, какъ и всякая умственная работа, имѣетъ повидимому, лишь внутреннюю силу, соразмѣрную съ ея достоинствами, а чтобъ перейти въ юридически обязательныя правила, выводы юриспруденціи должны, на основаніи предшествующаго получить предварительно санкцію закона или обычая, сводясь въ результатѣ къ этимъ же двумъ основнымъ источникамъ права. Таковъ господствующій нынѣ взглядъ на юриспруденцію, который раздѣляли долгое время и мы, считая юриспруденцію однимъ изъ важнѣйшихъ факторовъ правообразованія, но не источникомъ права въ техническомъ смыслѣ этого слова. Теперь мы оставили этотъ взглядъ, такъ какъ при ближайшемъ разсмотрѣніи онъ оказывается невыдерживающимъ критики. Возьмемъ для наглядаго представленія вопроса конкретный примѣръ. По германскому имперскому закону 24-го мая 1880-го года о ростовщичествѣ, послужившему образцомъ и для нашего закона по тому же предмету, въ ростовщичествѣ признается виновнымъ тотъ, кто, пользуясь состояніемъ крайней нужды, легкомыслія или неопытности другого, выговариваетъ отъ него пос-

редствомъ займа или отсрочки въ свою пользу или въ пользу третьяго лица такія имущественныя выгоды, которыя перевѣшиваютъ обычную норму процентовъ въ такой мѣрѣ, что дѣлаютъ при обстановкѣ даннаго дѣла несомнѣннымъ несоотвѣтствіе между получаемой выгодой и оказываемой услугой". Не смотря на кажущуюся точность, полноту и строгость этого опредѣленія ростовщичества, оно, какъ и всякое другое законодательное опредѣленіе, не разрѣшаетъ множества вопросовъ, вызываемыхъ примѣненіемъ закона на практикѣ. Что такое, напримѣръ, "состояніе крайней нужды", о которомъ говоритъ и перскій законъ 1880 года? Есть ли это состояніе, вызываемое однимъ опасеніемъ голода, или также нравственными мотивами, какъ напримѣръ, желаніемъ должника спасти свое доброе имя, честь и т.д.? Можно ли признать сдѣлку ростовщической, если высота процента не превышаетъ тѣ, какой заимодавецъ пользуется при веденіи дѣлъ своей профессіи? Нужно ли для состава ростовщической сдѣлки употребленіе угрозъ и обмана, или достаточно займа, выданнаго въ опредѣленныхъ закономъ условіяхъ? На эти и массу другихъ вопросовъ, вызываемыхъ практикой ростовщичества въ жизни, приведенный нами законъ не даетъ отвѣта, который долженъ быть, однако, найденъ и дѣйствительно находится, какъ судьей по поводу каждаго разрѣшаемаго имъ случая, такъ и научной доктриной, восполняющей законъ своими нормами на случаи, непредвидѣнные закономъ или намѣренно обойденные имъ молчаніемъ, въ

виду предоставленія суду и доктринѣ возможно большаго простора для индивидуальнаго рѣшенія отдѣльныхъ случаевъ. Если мы обратимъ далѣе вниманіе на вновь возникающія отношенія жизни, которыя не сдѣлались еще предметомъ законодательной регламентаціи, не успѣвши также вызвать и соотвѣтствующей практики обычнаго права |каковы теперь напримѣръ, телефонное дѣло, пересылка денегъ чрезъ почтовые переводы mandatdeposte и т.д.| или еще на такіе отдѣлы права, гдѣ законодательство можетъ пока дѣйствовать только въ весьма несовершенныхъ формахъ, какъ напримѣръ въ частномъ международномъ правѣ, о которомъ намъ придется говорить подробнѣе впослѣдствіи - то мы должны признать, что значительная часть нашего сокровища юридическихъ нормъ обязана своимъ бытіемъ дѣятельности юриспруденціи. Въ виду приведенныхъ соображеній падаютъ сами собою и тѣ обычныя возраженія, которыя приводятся противъ творческой дѣятельности юриспруденціи, какъ напримѣръ, прямо противорѣчащее дѣйствительности утвержденіе, что юриспруденція можетъ только открывать уже существующее право, а не производить новаго, что созданіе новыхъ нормъ по соображеніямъ пользы и цѣлесообразности стоитъ внѣ ея компетенціи, и что, наконецъ, она можетъ предлагать только взгляды, а не нормы. Писатели, настаивающіе на этихъ возраженіяхъ, забываютъ, что всякое законодательство, какимъ бы всесильнымъ

оно себя ни признавало, должно неизбѣжно считать - ся съ дѣйствительностью, указывающею на несомнѣнное творчество юриспруденціи, которая разрабатываетъ не взгляды, ни къ чему не обязывающіе, а нормы, примѣняемыя судьей, и что законодательство вмѣстѣ съ юриспруденціей черпаютъ свои силы изъ нихъ и тѣхъ же источниковъ, - изъ потребностей гражданской жизни, соображеній цѣлесообразности и наконецъ того, что называется "природой вещей". Ближайшую характеристику и другія доказательства въ пользу творческой дѣятельности юриспруденціи мы отлагаемъ до ученія о толкованіи законовъ, гдѣ мы снова встрѣтимся съ этой дѣятельностью и опишемъ ее полнѣе, чѣмъ это можетъ быть сдѣлано въ общемъ очеркѣ источниковъ права. Здѣсь же, въ заключеніе общей характеристики юриспруденціи, какъ источника права, мы отмѣтимъ одно важное различіе между нею и положеніями законодательства и обычнаго права. Законъ и обычай имѣютъ формально-обязательную силу, основанную на ихъ происхожденіи. Нормы же, выставляемыя юриспруденціей, черпаютъ свою обязательную силу только изъ своей научной истинности и подлежатъ поэтому свободному изслѣдованію. То же слѣдуетъ сказать и о новой нормѣ, примѣняемой судьею въ его рѣшеніи: она обязательна для другого рѣшенія только подъ условіемъ своей истинности, устанавливаемой критическимъ изслѣдованіемъ. Поэтому юриспруденція есть источникъ права, про-

изводящій нормы меньшей силы, чѣмъ законъ и обычай.

III. Въ области международнаго и государственнаго права мы встрѣчаемся еще съ однимъ источникомъ права - съ д о г о в о р о м ъ, который, служа обыкновенно источникомъ юридическихъ отношеній, или субъективныхъ правъ, выступаетъ здѣсь, несомнѣнно, источникомъ юридическихъ нормъ. Вспомнимъ о заключаемыхъ между различными государствами трактатахъ |парижскій договоръ 1856 г., Женевская конвенція и т.д.|, постоянно обогащающихъ юридическія нормы международнаго права. То же самое мы видимъ и въ области государственнаго права, гдѣ путемъ договоровъ устанавливаются союзы государствъ и союзныя государства |Германскій союзъ 1815 г., Германская Имперія 1870 г.|. Параллельно этому явленію мы находимъ даже въ гражданскомъ правѣ, гдѣ тѣмъ же договоромъ опредѣляется иногда устройство свободно-организующихся корпорацій. Но всѣ эти договоры нуждаются для своей обязательности въ особомъ основаніи. Договоръ гражданскаго права находитъ его въ извѣстномъ положеніи: pacta [illegible], а договоры публичнаго и международнаго права опираются на признаніи ихъ обязательности со стороны государствъ, стоящихъ между собою въ мирномъ общеніи; мы увидимъ, когда намъ придется говорить о частномъ международномъ правѣ, что это признаніе основано не на минутномъ настроеніи или случайномъ интересѣ договаривающихся

щихся государствъ, а на сознаніи необходимости въ прочномъ порядкѣ ихъ взаимныхъ сношеній.

IУ. Подводя итогъ всему, что было изложено объ источникахъ права, мы можемъ выразить его въ двухъ положеніяхъ.

I| Обязательная сила юридическихъ нормъ имѣетъ различныя основанія: законодательство, образованіе обычнаго права, юриспруденцію и договоръ |въ ограниченномъ объемѣ|. Единаго источника для всѣхъ нормъ - не существуетъ.

2| Обязательная сила юридическихъ нормъ по степени различна: существуютъ нормы съ полной |внѣшней| обязательной силой - это законъ и обычай, и нормы съ меньшей |только внутренней| обязательной силой - это право юристовъ.

Отсюда мы перейдемъ къ спеціальному изложенію теоріи обычнаго права и закона, имѣя въ виду слить теорію юриспруденціи съ ученіемъ о толкованіи законовъ и вполнѣ исключить изъ нашего изложенія теорію договора, который въ смыслѣ источника права, принадлежитъ къ дисциплинамъ публичнаго, а не гражданскаго права.

ОБЫЧНОЕ ПРАВО

21. УЧЕНІЕ ОБЪ ОБЫЧНОМЪ ПРАВѢ.

Обычное право опредѣляется господствующей со

временъ Пухты и Савиньи теоріей, какъ выраженіе правовыхъ убѣжденій народа, служащее первоначальнымъ источникомъ права, изъ котораго выростаютъ потомъ всѣ его послѣдующія формы. Эта теорія представляла несомнѣнныя преимущества передъ прежнимъ взглядомъ, который считалъ все право результатомъ законодательной дѣятельности государственной власти и видѣлъ основаніе обычнаго права не въ чемъ иномъ, какъ въ санкціи этой же государственной власти. Обычное право было въ силу этого взгляда результатомъ фактически существующихъ обычаевъ, находящихъ свою явную или молчаливую санкцію въ волѣ законодателя.

Несостоятельность этого взгляда по отношенію къ санкціи законодателя была обнаружена нами уже при изложеніи общей теоріи источниковъ права, а несостоятельность его относительно пониманія обычнаго права въ смыслѣ совокупности фактически существующихъ обычаевъ или привычекъ доказывается слѣдующими соображеніями. Во первыхъ, съ такими привычками мы встрѣчаемся и въ животномъ мірѣ, а во вторыхъ, представленіе объ обычномъ правѣ въ смыслѣ совокупности привычекъ не даетъ намъ отвѣта, почему нѣкоторые обычаи, соблюдаемые въ силу любезности, различныхъ общественныхъ склонностей и воззрѣній, не переходятъ, однако, въ область права; напримѣръ, обычный гонораръ врача не даетъ ему права на этотъ гонораръ, свыше установленной таксы, точно такъ же какъ обычные подарки, получаемые на праздникѣ дѣтьми, супру-

гами и другими лицами, не даютъ никому изъ нихъ права на эти подарки. Правда, что для признанія фактически существующихъ обычаевъ обычнымъ правомъ, разбираемая нами теорія требуетъ съ одной стороны упражненія обычаевъ въ теченіе опредѣленнаго промежутка времени, перенося въ это ученіе сроки, установленные для давности, съ другой - непремѣннаго доказательства обычая той стороной, которая на него ссылается, и притомъ впередъ установленнаго доказательства, которое должно состоять въ указаніи опредѣленнаго числа случаевъ примѣненія даннаго обычая, приведеніи прецедентовъ и т.д. Но эти требованія не могутъ имѣть въ настоящее время никакого значенія, такъ какъ формальная теорія доказательствъ смѣнена теперь свободной оцѣнкой ихъ, и судьямъ въ силу положенія - *jura novit curia* - вмѣнено въ обязанность знать и освѣдомляться всѣми возможными для нихъ способами и независимо отъ ссылки сторонъ объ обычномъ правѣ наравнѣ съ правомъ, основаннымъ на законѣ. Что же касается перенесенія на обычное право сроковъ давности, то оно не допустимо уже потому, что давностью устанавливаются или прекращаются данныя юридическія отношенія опредѣленныхъ лицъ, тогда какъ обычнымъ правомъ устанавливаются ю р и д и ч е с к і я н о р м ы на всѣ случаи даннаго рода, независимо отъ имѣющихъ участвовать въ нихъ лицъ. Такимъ образомъ, при господствѣ старой теоріи, воля законодателя призна-

вадась единственнымъ источникомъ правообразованія, которое сводилось къ обнаруженію воли самосознающаго законодателя, дѣйствующаго внѣ всякихъ объективныхъ условій. При такой абстрактно-субъективной точкѣ врѣнія на образованіе права, обычное право представлялось понятно явленіемъ производнымъ и совершенно второстепеннымъ. Въ противоположность такой чисто механической теоріи происхожденія права, - неправильность которой относительно обычнаго права доказывается еще тѣмъ, что послѣднее предшествуетъ по общему правилу праву, исходящему изъ законодательства, а не слѣдуетъ за нимъ, - Савиньи далъ, какъ мы знаемъ, органическое объясненіе процессу образованія права и доказалъ, что обычное право есть самостоятельный и не менѣе важный источникъ права, чѣмъ самый законъ. Признавая эту важную заслугу Савиньи, мы не можемъ тѣмъ не менѣе считать правильнымъ ни его взгляда на обычное право, - который былъ особенно разработанъ Пухтой и нашелъ затѣмъ многочисленныхъ послѣдователей, какъ въ Германіи, такъ и въ другихъ странахъ, - ни видоизмѣненія или поправки, внесенныя въ этотъ взглядъ Унгеромъ, Брунсомъ и многими другими юристами, теорія которыхъ беретъ теперь даже верхъ надъ первоначальной формулой Савиньи и Пухты, господствуя несомнѣнно во всей современной юридической литературѣ. Различіе между первоначальнымъ и видоизмѣненнымъ впослѣдствіи представленіе-

емъ объ обычномъ правѣ состоитъ здѣсь въ томъ, что Пухта, Савиньи и ихъ приверженцы находятъ обычное право прямо въ народномъ убѣжденіи, считая такимъ образомъ обычное право непосредственнымъ выраженіемъ этого убѣжденія, для котораго самый обычай, т.е. внѣшнее упражненіе его въ дѣйствительной жизни, составляетъ вовсе не необходимое условіе существованія, а лишь свидѣтельство примѣненія и простое средство распознаванія обычнаго права. Слѣдовательно, обычное право въ видѣ убѣжденія существуетъ по этой теоріи передъ самымъ обычаемъ и независимо отъ этого обычая, — что едва ли можетъ быть признано возможнымъ, такъ какъ сознаніе и убѣжденіе суть только внутреннія и субъективныя состоянія отдѣльныхъ индивидовъ, а обычное право, разъ оно признано, какъ право, должно имѣть объективное существованіе, стоящее надъ всякимъ отдѣльнымъ убѣжденіемъ. Такимъ образомъ, если прежняя теорія преувеличивала значеніе обычаевъ, какъ источниковъ обычнаго права, то историческая школа наоборотъ оцѣнила недостаточно роль этого фактора въ образованіи обычнаго права. Всякое право выступаетъ необходимо внѣшнимъ образомъ, и какъ не можетъ быть закона, прежде чѣмъ онъ не былъ опубликованъ, такъ не можетъ быть и обычнаго права, прежде чѣмъ оно не обнаружилось въ формѣ какого-либо внѣшняго обычая. Кромѣ того полное отождествленіе народнаго убѣжденія съ дѣйстви-

тельнымъ правомъ ведетъ къ множеству недоразумѣній. Законодатель не всегда бываетъ носителемъ народнаго духа, являясь нерѣдко въ роли завоевателя или узурпатора, предписывающаго законы, которые стоятъ въ рѣзкомъ противорѣчіи съ правовымъ сознаніемъ самаго народа. Сводить такое право къ народному убѣжденію на основаніи того только, что народъ не можетъ не подчиниться этому праву и терпитъ его, значило бы впадать въ явный софизмъ. Затѣмъ при такомъ отождествленіи народнаго убѣжденія съ правомъ, пришлось бы поставить на счетъ перваго всевозможные промахи, ошибки и увлеченія законодателя или же отвергнуть совсѣмъ возможность вліянія на него заблужденія, произвола и другихъ случайностей. Всѣ эти предположенія не выдерживаютъ критики и говорятъ прямо противъ теоріи Пухты и Савиньи, впавшей, очевидно, въ крайній спиритуализмъ и въ такое обоготвореніе обычнаго права, что большинство нѣмецкихъ юристовъ рѣшилось теперь дать этой теоріи нѣсколько иной и болѣе матеріализированный видъ. Они продолжаютъ по прежнему считать обычное право первоначальнымъ и основнымъ источникомъ права и опредѣлять его, какъ совокупность народно-правовыхъ убѣжденій, но необходимымъ условіемъ признанія этихъ убѣжденій за обычное право они ставятъ проявленіе ихъ въ дѣйствительной жизни, т.е. факта самого обычая или продолжительнаго упражненія и повторенія однихъ и тѣхъ же юридическихъ дѣйствій въ жизни, -фактъ, которому

теорія Савиньи у Пухты не придавала существеннаго значенія, принимая его только за средство распознаванія обычнаго права. Этотъ фактъ упражненія обычая возводится теперь на степень необходимаго условія существованія обычнаго права, которое опредѣляется поэтому уже не просто, какъ совокупность народно-правовыхъ убѣжденій, а какъ совокупность такихъ правовыхъ убѣжденій народа или отдѣльныхъ его классовъ, которая образуется и обнаруживается путемъ продолжительнаго упражненія и примѣненія однихъ и тѣхъ же юридическихъ дѣйствій. Такимъ образомъ, эта теорія заимствуетъ, съ одной стороны, изъ стараго взгляда на обычное право то, что въ немъ было вѣрно, а именно указаніе на существенную роль обычая въ дѣлѣ образованія обычнаго права и исправляетъ этимъ чрезмѣрный спиритуализмъ теоріи Савиньи. Съ другой стороны она значительно измѣняетъ старый взглядъ, считая обычнымъ правомъ согласно указанію исторической школы не совокупность обычаевъ, а совокупность народныхъ воззрѣній на то, что слѣдуетъ признавать за право, и что выступаетъ, какъ таковое, въ практикѣ повседневнаго упражненія однихъ и тѣхъ же юридическихъ дѣйствій. Слѣдовательно внутрѣнній и внѣшній моменты обычнаго права сливаются въ этой теоріи вмѣстѣ: съ одной стороны, - убѣжденіе объ юридическомъ характерѣ нормы, съ другой - осуществленіе этого убѣжденія на практикѣ. Это указаніе на взаимное соотно-

шеніе между обоими элементами обычнаго права кажется намъ вполнѣ правильнымъ и достаточно характеристическимъ для послѣдняго, такъ что мы ограничили бы общую характеристику обычнаго права сказаннымъ, если бы господствующее представленіе о немъ по крайней мѣрѣ въ своей исторической части не стояло въ рѣзкомъ противорѣчіи съ историческимъ процессомъ развитія права, устраняющимъ совершенно общепринятое предположеніе о томъ, что обычное право есть первый и чуть ли не единственный источникъ древняго права. Юридическія сдѣлки и судебныя рѣшенія вовсе не менѣе древни, чѣмъ обычное право. По Мэну самыя раннія понятія, связанныя съ идеей права, были понятія о ѳемидахъ: ѳемиды - это внушенныя свыше рѣшенія судебныхъ споровъ главою племени или царемъ. Послѣдній рѣшалъ споръ и произносилъ внушенный богами приговоръ, который назывался ѳемидой. Понятіе о такихъ ѳемидахъ, изрекаемыхъ царемъ, предшествуетъ по мнѣнію Мэна, понятію объ обычаѣ. Но греческій царь, о которомъ говоритъ Мэнъ, и который обладаетъ военной, жреческой и судебной властью, былъ племенной начальникъ, котораго мы встрѣчаемъ и у другихъ народовъ. Такіе военноначальники, объединители родовъ, появляются довольно поздно, въ эпоху образованія политическаго общества на развалинахъ общества родового, что происходитъ вслѣдствіе военныхъ столкновеній изъ-за мѣстъ поселенія и другихъ поводовъ. Но въ болѣе раннюю эпоху во главѣ каждаго рода стоитъ родоначаль-

никъ, господствующій надъ всей родственной группой и являющійся одновременно ея судьей, жрецомъ, а въ случаѣ надобности и предводителемъ на войнѣ. Этотъ порядокъ измѣняется постепенно лишь съ усиленіемъ военныхъ столкновеній, когда рядомъ съ наслѣдственнымъ родоначальникомъ выдвигаются и выборные начальники, а вмѣстѣ съ ними появляется и развивается новый и неизвѣстный до того элементъ общины - дружина. Сначала военноначальники избираются для каждаго отдѣльнаго предпріятія, но при учащающихся столкновеніяхъ племя становится воинственнымъ, должность военноначальника дѣлается постоянной, и его власть, опирающаяся на дружину, растетъ на счетъ власти наслѣдственныхъ родоначальниковъ, захватывая постепенно всѣ функціи этой послѣдней власти, сначала на одно военное, а потомъ и на мирное время. Эти военноначальники, сильные своей дружиной, которая состоитъ уже не изъ родичей, а изъ инородцевъ, связанныхъ съ военноначальникомъ только единствомъ интереса, и явились разрушителями общинно-родового строя и созидателями общества политическаго. Такого именно военноначальника, творящаго судъ въ мирное время среди достаточно уже объединеннаго племени, и рисуетъ намъ Манъ, говоря о семидахъ. Но изъ сказаннаго уже видно, что онъ говоритъ о позднѣйшей эпохѣ, не давая указаній относитель-

но болѣе ранняго періода времени, когда не было еще постоянныхъ военно начальниковъ-правителей, и когда общество жило еще при формахъ общинно-родового быта, не представляя собою общества политическаго. Кто изрекалъ право въ эту эпоху, и какъ оно тогда слагалось? Мэнъ не отвѣчаетъ на этотъ вопросъ, но новѣйшія изслѣдованія первобытныхъ обществъ, на которыхъ мы не можемъ теперь остановиться съ достаточной подробностью, указываютъ на единообразіе и общія стадіи развитія, дающія возможность намѣтить слѣдующую картину первоначальнаго образованія права. Общественныя собранія или сходы составляютъ главнѣйшій органъ суда и управленія, а вмѣстѣ и главный органъ для выработки обычнаго права. Такіе сходы, или вѣча мы находимъ какъ у осѣдлыхъ, такъ и у кочевыхъ народовъ; они собираются, смотря по различнымъ условіямъ, или періодически, черезъ опредѣленные промежутки времени, или постоянно, каждодневно, если община скучена въ одномъ селеніи. Въ нихъ участвуютъ всѣ взрослые члены общины, но рѣшаютъ дѣла одни старики, эти "живыя книги мудрости", какъ говорятъ черкесы. Собранія эти не имѣютъ строго опредѣленнаго характера и смѣшиваютъ всѣ функціи власти, безъ всякаго раздѣленія ихъ. Тутъ производится распредѣленіе земель и запасовъ; рѣшаются дѣла, которыя не могутъ быть улажены старшинами, дающими здѣсь же отчетъ въ своихъ дѣйствіяхъ; обсуждаются и принимаются всѣ общія мѣры, устанавливаются внутрен-

нiе распорядки. Всякiй можетъ обратиться къ суду стариковъ, который рѣшаетъ безразлично всѣ вопросы права, нравовъ, религiи, не отдѣляя ихъ другъ отъ друга, такъ какъ вся масса правилъ, регулирующихъ въ общинно-родовомъ быту взаимныя отношенiя членовъ общины, представляетъ здѣсь одно обще-обязательное и совершенно неразличимое цѣлое. Это - слѣдствiе отсутствiя дифференцiацiи, характеризующее всѣ первобытныя общества, а также - слѣдствiе строго общинной формы, въ которой нѣтъ мѣста для чисто личной сферы: все происходитъ и дѣлается тутъ вмѣстѣ и сообща. Нашъ крестьянинъ, не смотря на значительное разложенiе прежняго порядка, говоритъ до сихъ поръ "мiръ приказалъ" и исполняетъ безпрекословно его приказанiя, не задаваясь никогда вопросомъ: входятъ ли эти приказанiя въ компетенцiю мiра или нѣтъ? такимъ всесильнымъ представляется мiръ въ его сознанiи...На общинныхъ собранiяхъ обсуждаются и поступки отдѣльныхъ лицъ, подвергаясь такому строгому контролю общественнаго мнѣнiя, что бороться противъ него ни у кого нѣтъ возможности. Выборъ тутъ одинъ: или подчиняться, или порвать связь съ общиной, сдѣлаться абрекомъ, отреченнымъ. Такой силой общественнаго контроля и сознанiя общественной солидарности объясняется тотъ хорошо извѣстный фактъ, что обычныя нормы стоятъ въ подобныхъ обществахъ, какъ говоритъ Тейлоръ, на особой почвѣ преданiя и общественнаго мнѣнiя, и что единственнымъ наказанiемъ за ихъ

нарушеніе является, по замѣчанію Мэна, одно лишь общее неодобреніе. Этимъ же объясняется важное и рѣшающее значеніе въ обществахъ такого типа - "выговора на сходѣ", "оглашенія народнымъ крикуномъ", "предаиіе всеобщему презрѣнію", "лишеніе общаго довѣрія", "исключенія изъ общества" и другихъ мѣръ, которыя кажутся столь слабыми и мало дѣйствительными члену современнаго общества. Обычай, регулирующій явленія жизни такого общинно-родового быта, не соотвѣтствуетъ, какъ мы уже говорили объ этомъ, и нашему представленію объ юридической нормѣ. Онъ не представляетъ собою вовсе того неподвижно установленнаго и общеизраженнаго правила для всѣхъ будущихъ дѣйствій даннаго типа, какимъ является наше понятіе юридической нормы. Значеніе и процессъ образованія обычаевъ совсѣмъ иные. Они складываются и постоянно вырабатываются на общинныхъ сходахъ, гдѣ послѣ долгихъ обсужденій путемъ общей думы старѣйшихъ членовъ общины дается рѣшеніе каждаго отдѣльнаго случая, - рѣшеніе, которое въ силу общаго закона приспособляемости, становится типомъ, образцомъ для всѣхъ послѣдующихъ, сходныхъ съ первымъ рѣшеній. Поэтому обычай есть не общее, наперед установленное осязательное правило для будущихъ дѣйствій, какимъ является юридическая норма, а лишь рѣшеніе конкретныхъ случаевъ, которое хотя и обобщается вслѣдствіе частой повторяемости, но допускаетъ измѣненія по мѣрѣ особенностей представляющихся случаевъ. Слѣдовательно,

обычай - это дѣйствительно ѳемида, о которой говоритъ Манъ, но ѳемида обобщенная, имѣющая впереди себя совершенно конкретныя ѳемиды, посланныя не богами и изреченныя первоначально не племеннымъ вождемъ или жрецомъ, а цѣлой сходкой или вѣчемъ автономной общины. Такимъ процессомъ образованія обычнаго права путемъ постепеннаго приспособленія объясняются всѣ присущія ему свойства: и принципъ равнаго распредѣленія, который выражается въ поговоркѣ "грѣхъ пополамъ", и святость почитанія, и быстрое удовлетвореніе вновь зарождающихся потребностей жизни, за которыми не поспѣваетъ обыкновенно ни одно законодательство. Я опущу за недостаткомъ времени разсмотрѣніе этихъ вопросовъ, какъ опущу изложеніе условій примѣненія обычнаго права, основанія его обязательной силы и средствъ распознаванія. Для ближайшаго ознакомленія съ этими вопросами, съ которыми вы уже встрѣчались въ читанныхъ вамъ курсахъ, я попрошу васъ пройти соотвѣтствующіе отдѣлы по какому-нибудь изъ учебниковъ гражданскаго права, составленныхъ русскими авторами или переведенныхъ на русскій языкъ съ нѣмецкаго. Изъ числа первыхъ вы найдете довольно матеріала по указаннымъ вопросамъ у Мейера и Малышева, а изъ числа вторыхъ въ переводѣ Пандектъ Виндшейда и Гудсмита. Я затрону здѣсь только одинъ вопросъ, имѣющій важное практическое

значеніе и касающійся положенія обычнаго права въ системѣ дѣйствующаго у насъ права, а именно вопросъ объ отношеніи обычнаго права къ закону.

22. ОТНОШЕНІЕ ОБЫЧНАГО ПРАВА КЪ ЗАКОНУ.

Обычное право сравнительно съ правомъ, основаннымъ на законѣ, есть несомнѣнно предшествующій ему по времени источникъ права. Долгое время люди руководствовались въ своихъ взаимныхъ отношеніяхъ одними обычаями, выработанными путемъ продолжительнаго повторенія однихъ и тѣхъ же юридическихъ дѣйствій и столь же продолжительнаго наблюденія за этими повтореніями. Поэтому всѣ древнѣйшіе кодексы положительнаго права были въ то же время лишь сборниками юридическихъ обычаевъ. Таковы, напримѣръ, римскія XII таблицъ, германскія *Leges barbarorum*, зерцала среднихъ вѣковъ, наша Русская Правда и проч. Но эти сборники далеко не обнимали всего дѣйствительно существовавшаго въ то время обычнаго права, и рядомъ съ ними жило и примѣнялось въ широкомъ объемѣ никѣмъ еще не записанное, или такъ называемое неписанное обычное право. Такъ напримѣръ, германскіе шеффены никогда не сомнѣвались въ томъ, что незаписанное обычное право есть право дѣйствительное, вполнѣ годное для примѣненія и имѣющее одинаковую силу съ закономъ. Въ случаяхъ сомнѣнія или недостатка въ положительныхъ нормахъ они обращались къ свѣдующимъ въ

правѣ людямъ, которые сообщали имъ положенія неписаннаго обычнаго права, полагаемыя затѣмъ въ основаніе рѣшенія каждаго отдѣльнаго спорнаго случая. Но особенную силу получило обычное право среди отдѣльныхъ классовъ средневѣковаго общества, какъ то:крестьянства, купеческаго и дворянскаго сословій. Здѣсь мы встрѣчаемся часто съ такой силой и привязанностью къ обычному праву, которая отстаиваетъ его отъ всякихъ нововведеній, почитаетъ его за святыню и связываетъ нерѣдко возникновеніе его съ именами легендарныхъ героевъ и законодателей. Однако, постепенно съ усложненіемъ общественной жизни и усиленіемъ государственной власти первенствующее значеніе обычнаго права падаетъ; оно отодвигается на второй планъ,уступая первое мѣсто другому источнику права - закону. Причина этой смѣны ролей заключается въ томъ, что законы являются болѣе совершенной формой проявленія права, чѣмъ обычай; законы отличаются опредѣлительностью и точностью, тогда какъ обычаи живутъ въ сознаніи народа, въ формѣ болѣе или менѣе неясныхъ и смутно представляемыхъ правилъ, смѣшанныхъ притомъ съ правилами нравственности и религіи. Руководство такими правилами дѣлается съ теченіемъ времени крайне неудобнымъ, и вотъ почему съ развитіемъ гражданской жизни они уступаютъ главное значеніе законамъ. Эти послѣдніе исходятъ отъ законодательной власти,которая специализируетъ юридическое мыш-

леніе и формулируетъ общія и вполнѣ опредѣленныя нормы, удовлетворяющія несравненно лучше обычаевъ потребностямъ развитого гражданскаго оборота. Неопредѣленность обычнаго права съ ея неизбѣжными послѣдствіями - трудностью установленія и неравномѣрностью примѣненія, зависящей главнымъ образомъ отъ того, удается ли въ отдѣльномъ случаѣ его доказательство или нѣтъ, отзываются крайне неблагопріятно на всемъ состояніи гражданскаго оборота, и вотъ главная причина смѣны обычаевъ законами, которые отличаются несравненно большей точностью и опредѣленностью, чѣмъ обычаи и впервые можно сказать устанавливаютъ въ обществѣ ту твердость и обезпеченность права, безъ которыхъ современный гражданскій оборотъ не могъ бы существовать. Но съ появленіемъ закона обычное право вовсе не исчезаетъ, а продолжаетъ, напротивъ, дѣйствовать въ качествѣ источника права, играющаго еще во многихъ случаяхъ чрезвычайно важную роль. Это существованіе обычая рядомъ съ закономъ при господствѣ закона объясняется слѣдующими причинами. Во первыхъ, законодательныя нормы при всемъ своемъ совершенствѣ не въ состояніи исчерпать всей сферы гражданскихъ отношеній. Какъ бы законодательная власть ни была предусмотрительна и какъ бы она ни старалась итти въ уровень съ жизнью, эта послѣдняя развивается, не дожидаясь законодательства, и предоставляетъ всегда рядъ отношеній, которыя, не получивъ еще законодательной регламентаціи, требу-

ютъ настоятельно юридической защиты. Судья долженъ разрѣшить всякій споръ, не смотря на то, существуетъ ли законъ, подходящій къ данному случаю, или нѣтъ. Защита этихъ отношеній, прежде чѣмъ они будутъ признаны въ законодательномъ порядкѣ, можетъ быть осуществлена только дѣйствіемъ юридическихъ обычаевъ; во вторыхъ, мы уже указывали, что обычное право, какъ въ силу процесса своего образованія, такъ и въ силу своей практической функціи въ жизни, отличается несравненно большей эластичностью, чѣмъ законъ и способностью къ индивидуализаціи при рѣшеніи отдѣльныхъ случаевъ. Обычное право допускаетъ измѣненія въ своемъ примѣненіи сообразно съ особенностями конкретныхъ случаевъ и этимъ прекрасно дополняетъ въ интересахъ справедливости дѣйствіе законовъ, которые выступаютъ всегда въ формѣ твердыхъ, неподвижныхъ нормъ и отличаются по большей части шаблоннымъ характеромъ. Такимъ образомъ, обычай, индивидуализируя и исправляя въ этомъ смыслѣ законъ, служитъ ему необходимымъ коррективомъ. Третья причина, объясняющая непрерывающееся никогда дѣйствіе обычнаго права, состоитъ въ томъ, что населеніе многихъ государствъ бываетъ такъ разнообразно, что одно и то же законодательство не въ состояніи удовлетворить потребностямъ различныхъ частей этого народонаселенія. Такъ напримѣръ, Россію населяетъ множество народовъ, живущихъ въ особыхъ и при томъ совершенно различныхъ общественныхъ, религіозныхъ

и экономическихъ условіяхъ. Подчинить ихъ всѣхъ одному и тому же законодательству, до котораго многіе изъ нихъ вовсе не доросли, и которое во всякомъ случаѣ имъ чуждо и не способно удовлетворить потребностямъ ихъ быта, было бы въ высшей степени нецѣлесообразно и несправедливо. Поэтому многимъ изъ этихъ народовъ, стоящимъ на низшей ступени гражданственности, представляется право руководствоваться въ своей юридической жизни существующими у нихъ юридическими обычаями. Законы же дѣйствуютъ по преимуществу для той части населенія, которая имѣетъ осѣдлость и живетъ общей гражданской жизнью.

23. ОТНОШЕНІЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЪ КЪ ОБЫЧНОМУ ПРАВУ.

Вообще нужно сказать, что въ отношеніи различныхъ законодательствъ къ вопросу о примѣненіи обычнаго права замѣчаются два направленія. По одному изъ нихъ обычное право ставится наравнѣ съ закономъ; оба источника права служатъ одинаково основаніемъ для судебныхъ рѣшеній. Это точка зрѣнія римскихъ юристовъ, которая перешла и въ современное право, такъ что господствующая въ настоящее время въ романистической юриспруденціи теорія обычнаго права видитъ въ волѣ законодателя и въ правовыхъ убѣжденіяхъ народа равносильные источники права и допуска-

етъ, что законъ можетъ быть какъ уничтоженъ и измѣненъ, такъ и восполненъ обычнымъ правомъ. Отсюда видно, что обычному праву приписывается двоякая роль относительно закона. Оно обладаетъ или дерогативной силой, когда, противорѣча существующему закону, оно уничтожаетъ и измѣняетъ его, или субсидіарной [суплеторной] силой, когда, дѣйствуя рядомъ съ закономъ служитъ лишь для восполненія его пробѣловъ. При этомъ, однако, привнается, что законъ можетъ регулировать условія, подъ которыми онъ допускаетъ образованіе обычнаго права: онъ можетъ воспрепятствовать посредствомъ прямого запрещенія возникновенію такого обычнаго права, которое стояло бы въ противорѣчіи съ существующими законодательными нормами. Такого взгляда держались римляне, основывавшіе силу обычая такъ же, какъ и силу закона, на "народной волѣ", выраженіемъ которой считались какъ обычай, такъ и законъ. Этотъ способъ обоснованія обязательной силы обычнаго права долженъ быть признанъ безусловно неправильнымъ, такъ какъ "народная воля", сама по себѣ такъ же, какъ и "духъ народа" и другія подобныя пустыя абстракціи не объясняютъ ровно ничего и никакъ не примиряются съ существованіемъ обычнаго права отдѣльныхъ сословій, каковы: купечество, воинство, сельскій классъ и прочія сословія, обычное право которыхъ слагается никакъ уже не при участіи всего народа. Кромѣ того римское обоснованіе обычнаго пра-

ва предполагаетъ неизбѣжно республиканскую конституцiю и не можетъ быть примѣнимо къ монархическимъ государствамъ, въ которыхъ обычное право играетъ часто роль не меньшую, чѣмъ въ Римѣ, именно потому, что основанiе его лежитъ не въ законодательной функцiи "народной воли", а въ силѣ факта |auf der Kraft der Thatsache, какъ выражается Iерингъ|, въ силѣ фактическаго повторенiя однихъ и тѣхъ же дѣйствiй, складывающихся затѣмъ въ правовыя привычки, на которыхъ строится, наконецъ, обычное право. Такимъ образомъ, независимо отъ какого бы то ни было сознательнаго акта воли, а на основанiи одного только фактическаго примѣненiя, нормы обычнаго права получаютъ силу, не уступающую ничѣмъ силѣ закона. Чѣмъ является при этомъ народъ или иная общественная группа, упражняющая то или другое обычное право, его ли субъектомъ, чрезъ который идетъ выработка обычнаго права |это представленiе кажется намъ всего естественнѣе и наиболѣе соотвѣтствующимъ дѣйствительности| или эта общественная группа имѣетъ свою волю, служащую при образованiи обычнаго права его творческимъ факторомъ, какъ это утверждается писателями исторической школы, - этотъ вопросъ принадлежитъ цѣликомъ народной психологiи и лишенъ всякаго юридическаго значенiя. Изъ сказаннаго же видно, что обычное право должно господствовать и дѣйствительно господствуетъ въ началѣ развитiя у всѣхъ народовъ. То же самое мы видимъ относительно нѣкоторыхъ отраслей

права и въ настоящее время. Такъ, напримѣръ, въ Англіи обычное право дѣйствуетъ до сихъ поръ, особливо въ торговомъ быту, наравнѣ съ статутнымъ правомъ и даже преимущественно передъ нимъ. Напротивъ по законодательствамъ другихъ Европейскихъ народовъ, - это будетъ уже второе направленіе въ отношеніи дѣйствующихъ законодательствъ къ обычному праву, - оно примѣняется только въ случаяхъ, указанныхъ закономъ и можетъ обладать вообще лишь субсидіарной, а не derogативной силой, т.е. можетъ только дополнять, а не отмѣнять существующіе законы. Такъ относится теперь къ обычному праву большинство европейскихъ законодательствъ. Впрочемъ, Баварскій Landrecht |I,2 параграфъ I5| принимаетъ еще derogативную силу обычнаго права, а Вюртембергское право |I6I0 г.| хотя и считаетъ его по отношенію къ дѣйствующему праву |Landrecht'у| субсидіарнымъ источникомъ, не могущимъ стоять въ противорѣчіи съ первымъ, но все-таки признаетъ его преимущество предъ другими источниками, какъ напримѣръ, римскимъ и каноническимъ правами. Въ Брауншвейгѣ и Гамбургѣ за обычнымъ правомъ допускаютъ еще не только значеніе восполненія законовъ, но и силу отмѣны права, основаннаго на законѣ, что въ настоящее время составляетъ вообще исключеніе и характеризуетъ отношеніе къ обычному праву мелкихъ законодательствъ, стоящихъ въ большинствѣ случаевъ къ болѣе тѣсной связи, какъ съ римскимъ правомъ, такъ и со своими мѣстными источниками пра-

ва. Что касается большихъ законодательствъ Пруссіи, Франціи и Австріи, то они занимаютъ относительно обычнаго права совершенно отрицательное положеніе. Прусскій Landrecht |введеніе I, 3, 4, 60| не признаетъ его въ принципѣ общимъ источникомъ права; противорѣчащее закону обычное право имъ прямо отвергается; также не признается и восполненіе посредствомъ обычнаго права пробѣловъ дѣйствующаго права. Допускается только партикулярное или мѣстное обычное право и то лишь до тѣхъ поръ, пока не послѣдовало кодификаціи мѣстнаго права. Но въ Пруссіи кодифицировано до сихъ поръ партикулярное право только двухъ провинцій, такъ что въ остальныхъ провинціяхъ мѣстное обычное право остается еще въ полной силѣ. Также враждебно къ обычному праву и австрійское законодательство: параграфъ IO Австрійскаго гражданскаго кодекса допускаетъ обычное право только въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ на него ссылается законъ. Во французскомъ кодексѣ нѣтъ прямого постановленія относительно того, возможно или нѣтъ дальнѣйшее правообразованіе путемъ обычая, но вся французская юриспруденція считаетъ безспорнымъ то положеніе, что обычное право въ силу кодекса имѣетъ значеніе лишь настолько, насколько самъ онъ ссылается на него въ отдѣльныхъ статьяхъ. То же имѣетъ мѣсто въ Голландіи, Баденѣ, Бельгіи и т.д., гдѣ обычное право или вовсе не признается или признается только въ субсидіарномъ смыслѣ. Объяснять такое враждебное отношеніе совре-

менныхъ законодательствъ къ обычному праву времени составленія этихъ кодексовъ, когда единственный всесильный источникъ права видѣли только въ законодательствѣ, - можно только отчасти, такъ какъ равно враждебно относится къ нему и Саксонскій кодексъ, изданный лишь въ 1865 году и отвергающій обычное право, какъ въ смыслѣ восполненія, такъ и въ смыслѣ отмѣны закона. Исключеніе въ этомъ отношеніи составляетъ Германское торговое Уложеніе, H. G. B. котораго Art. I гласитъ: "Къ торговымъ дѣламъ примѣняются, если въ торговомъ законодательствѣ нѣтъ на этотъ счетъ особыхъ постановленій, торговые обычаи, а въ случаѣ недостатка ихъ общее гражданское право". Но проэктъ общегерманскаго гражданскаго уложенія, служащій образцомъ и составителямъ нашего будущаго русскаго гражданскаго уложенія не признаетъ за обычнымъ правомъ силы ни отмѣнять, ни измѣнять, ни восполнять существующее право, опредѣляя, что "нормы обычнаго права дѣйствуютъ лишь по стольку, по сколько на нихъ указываетъ законъ". Это равносильно исключенію обычнаго права изъ числа источниковъ права, такъ какъ если нормы находятъ примѣненіе только въ такихъ случаяхъ, когда на нихъ указываетъ законъ, то онѣ дѣлаются юридическими только потому, что законъ дѣлаетъ ихъ таковыми; слѣдовательно, основаніе ихъ обязательной силы и даже содержанія лежитъ не въ обычномъ правѣ, какъ таковомъ, а въ томъ же законѣ. Но если обычай дѣлается общимъ и постояннымъ, возбуждая

всеобщую увѣренность въ своей обязательности, то воспрещающій его законъ остается безъ силы. Съ другой стороны, устарѣлые и не соотвѣтствующіе правовому сознанію народа законы производятъ часто такое противорѣчіе между закономъ и господствующимъ правосознаніемъ, такое нарушеніе чувства права и общаго интереса, что при обыкновенной медлительности и неповоротливости законодательной инициативы, обычное право служитъ единственнымъ средствомъ для возстановленія нарушеннаго между правомъ и закономъ равновѣсія. При измѣнчивости всѣхъ человѣческихъ отношеній одно обычное право можетъ удовлетворять въ полной мѣрѣ потребности въ измѣненіи существующаго права. Составители проекта общегерманскаго гражданскаго уложенія упускаютъ эти соображенія изъ виду и указываютъ на усиленную дѣятельность законодателя и на помощь юриспруденціи, какъ на противовѣсъ тѣмъ ограниченіямъ, которымъ подвергается обычное право. Но это указаніе едва ли можно признать достаточнымъ, такъ какъ ни одно законодательство не въ силахъ предвидѣть все, упразднивъ собою восполняющую функцію обычнаго права. *communis opinio* въ смыслѣ какъ права юристовъ, такъ и судебнаго обычая, который составителями германскаго проекта также отвергается. Гораздо болѣе значенія имѣетъ другое обстоятельство, такъ какъ оно указываетъ на настоящее основаніе враждебности къ обычному праву, - это осна-

ка составителей общаго германскаго уложенія на то, что признаніе обычнаго права повредило бы главной цѣли кодификаціи - созданію единаго обще-германскаго гражданскаго права. Но этимъ опасеніемъ можно было бы оправдать противодѣйствіе образованію партикулярнаго, но не общаго для всей Германіи обычнаго права, которое утверждается практикой судовъ и въ особенности практикой центральнаго имперскаго суда, отвѣчая существеннымъ потребностямъ народной жизни и ни мало не грозя существованію единой имперіи. Достойно еще вниманія, что собиравшійся недавно съѣздъ германскихъ юристовъ въ своихъ взглядахъ на роль обычнаго права пришелъ къ заключеніямъ, совершенно противорѣчащимъ взглядамъ, высказаннымъ составителями проекта обще-германскаго гражданскаго уложенія. Постановленія съѣзда германскихъ юристовъ по этому вопросу были слѣдующія:

I. Законъ и обычное право существуютъ другъ подлѣ друга, какъ самостоятельные источники права и первоначально, какъ источники одинаковаго значенія и силы.

II. Уничтоженіе обычнаго права законодательствомъ не имѣетъ оправданія безъ особой надобности.

III. Значительная кодификація не должна признавать дерогативной силы обычнаго права.

IУ. Обычное право въ смыслѣ восполняющаго источника права можетъ оставаться въ силѣ и при значительной кодификаціи, подвергаясь ограниченіямъ и исключеніямъ лишь въ силу особыхъ основаній и въ предѣлахъ этихъ основаній.

24. ОТНОШЕНІЕ КЪ ОБЫЧНОМУ ПРАВУ РУССКАГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА.

Наше законодательство занимаетъ середину между упомянутыми направленіями: съ одной стороны, оно указываетъ на случаи примѣненія обычая, слѣдовательно допускаетъ въ этихъ случаяхъ замѣну имъ закона, а съ другой оно смотритъ на обычаи, какъ на средство, дополняющее законы. Такъ стало относиться наше законодательство къ обычному праву только съ 1861 года съ изданіемъ "Положенія о крестьянахъ, вышедшихъ изъ крѣпостной зависимости" 19-го февраля этого года, послѣ чего сила обычнаго права была окончательно утверждена Судебными Уставами 20 ноября 1864 года. Такимъ образомъ, широкое признаніе у насъ обычнаго права тѣсно связано съ этими славными памятниками нашего права. До появленія этихъ законодательныхъ актовъ примѣненіе обычнаго права по основнымъ законамъ было у насъ сильно стѣснено. 47-я статья этихъ законовъ говоритъ прямо: "Имперія Россійская управляется на твердомъ основаніи положительныхъ законовъ, учрежденій и уставовъ, отъ само-

державной власти исходящихъ". Объ обычаяхъ не упоминается ни слова, и единственнымъ основанiемъ права являются нормы, исходящiя отъ законодателя. Далѣе статьи 68 и 69-ая основныхъ законовъ безусловно запрещали судьямъ принимать въ основанiе своихъ рѣшенiй судебный обычай, такъ что руководство мѣстными юридическими обычаями нашъ сводъ допускалъ только въ случаяхъ, имъ же опредѣленныхъ, т.е. въ примѣненiи къ быту равныхъ инородцевъ и лицъ сельскаго сословiя. Новую эру и широкiй просторъ для примѣненiя обычнаго права открываютъ Судебные Уставы 1864 года, такъ какъ "Положенiе о крестьянахъ" касалось только этихъ послѣднихъ, а Судебные Уставы распространяли примѣненiе общаго права на всѣхъ. 130-ая статья Устава Гражданскаго Судопроизводства говоритъ: "при постановленiи рѣшенiй мировой судья можетъ по ссылкѣ одной или обѣихъ сторонъ руководствоваться общеизвѣстными мѣстными обычаями, но лишь въ томъ случаѣ, когда примѣненiе мѣстныхъ обычаевъ дозволяется именно закономъ или въ случаяхъ положительно неразрѣшаемыхъ закономъ". Изъ содержанiя этой статьи видно, что обычаи могутъ примѣняться теперь, какъ въ смыслѣ дополненiя закона, такъ и замѣны его. Разсмотримъ вкратцѣ оба ряда случаевъ, т. е. посмотримъ когда наше законодательство допускаетъ примѣненiя обычая въ томъ и въ другомъ смыслѣ.

I. Примѣненiе юридическихъ обычаевъ въ смыслѣ дополненiя законовъ.

I| О немъ говорится прежде всего въ приведенной выше 130-й статьѣ Устава Гражданскаго Судопроизводства, а именно въ ея заключительныхъ словахъ, устанавливающихъ право судьи руководствоваться обычаями "въ случаяхъ положительно неразрѣшаемыхъ законами". Слѣдовательно, первый случай примѣненія обычая въ смыслѣ дополненія закона относится къ практикѣ мировыхъ судей, взятой во всей ея совокупности.

2| На примѣненіе обычая въ смыслѣ дополненія закона указываетъ еще 1539 ст.X тома части I-ой, гдѣ мы читаемъ слѣдующее: "если словесный смыслъ договоровъ представляетъ важныя сомнѣнія, тогда договоры должны быть изъясняемы по намѣренію ихъ и доброй совѣсти, наблюдая при томъ слѣдующее... когда выраженія, въ договорѣ помѣщенныя не опредѣляютъ предмета во всѣхъ его частяхъ съ точностью, тогда принадлежности онаго изъясняются обычаемъ, если, впрочемъ, не опредѣлены они закономъ". Эта статья показываетъ ясно, что при толкованіи договоровъ, которые возбуждаютъ сомнѣнія, неразрѣшенныя закономъ, судьи разрѣшаютъ такія сомнѣнія соображеніемъ мѣстныхъ обычаевъ.

3| Такое же значеніе имѣютъ обычаи и въ торговомъ быту. Статья 1714 |XI томъ II часть Торговаго Устава| гласитъ: "рѣшенія Коммерческихъ судовъ утверждаются по законамъ; въ тѣхъ же случаяхъ, на кои нѣтъ точныхъ и ясныхъ законовъ, дозволяется принимать въ основаніе торговые обычаи и примѣры рѣшеній

въ томъ же судѣ послѣдовавшихъ и вступившихъ окончательно въ законную силу". Приблизительно то же самое заключается въ статьѣ 1403 того же тома, относительно записокъ, составленныхъ по замѣчанію суда при окончательномъ рѣшеніи дѣлъ. "Эти записки, постановляетъ цитируемая статья, должны содержать въ себѣ при недостаткѣ законовъ, принятые въ торговлѣ и судахъ обычаи".

II. Случаи примѣненія обычая въ смыслѣ замѣны имъ закона.

Законъ говоритъ объ этихъ случаяхъ въ слѣдующихъ статьяхъ:

А. Въ первой половинѣ цитированной уже 1130-й статьи Уст. Гражд. Судопр., гдѣ мы читаемъ, что при постановленіи рѣшенія мировой судья можетъ по ссылкѣ одной или обѣихъ сторонъ руководствоваться общеизвѣстными мѣстными обычаями, но лишь въ томъ случаѣ, когда примѣненіе мѣстныхъ обычаевъ дозволяется именно закономъ".

В. Далѣе, въ случаяхъ поклажи и отдачи вещи на сохраненіе законъ требуетъ собственноручной росписки поклажепринимателя, но въ поклажахъ, производимыхъ по торговлѣ и вообще по купеческому обычаю лицами торговаго сословія" такой росписки не требуется |статьи 2111 и 2112 п. 3 X т. ч. I|. Слѣдовательно, въ данномъ случаѣ въ сферѣ торговыхъ отношеній общій законъ замѣняется юридическимъ обычаемъ.

С. То же значеніе замѣны закона юридическій обычай имѣетъ "въ случаяхъ заготовленія и покупки предметовъ разныхъ потребностей въ мѣстахъ заграничныхъ, равно отправленіе съ иностранными шкиперами всякихъ вещей и припасовъ за границу;все это производить на общемъ коммерческомъ основаніи сообразно съ мѣстнымъ торговымъ обычаемъ" | ст. 1836 X т. ч.I|.

Д. Но гдѣ особенно широка область примѣненія обычнаго права въ смыслѣ замѣны обычаемъ закона это въ крестьянскомъ быту: здѣсь самый строй жизни требуетъ еще дѣйствія обычаевъ, а не законовъ. "Положеніе о крестьянахъ" 19 февраля 1861 года дозволяетъ имъ въ статьѣ 38-й руководствоваться своими обычаями въ порядкѣ наслѣдованія, въ дѣлахъ опеки и попечительства. Статья же 107 Положенія распространяетъ это дозволеніе на всѣ остальныя тяжебныя дѣла, говоря, что при разсмотрѣніи тяжебнаго дѣла въ волостномъ судѣ, буде стороны не пойдутъ на мировую сдѣлку, судъ рѣшаетъ дѣло либо на основаніи заявленныхъ въ волостномъ правленіи сдѣлокъ и обязательствъ, либо при отсутствіи таковыхъ сдѣлокъ,на основаніи мѣстныхъ обычаевъ и правилъ, принятыхъ въ крестьянскомъ быту.Такимъ образомъ,въ крестьянскомъ быту почти вся совокупность гражданскихъ дѣлъ рѣшается сельскимъ сходомъ исключительно на основаніи обычаевъ.

Е. Наконецъ,обычаи замѣняютъ совершенно законы въ быту инородцевъ, населяющихъ восточную и юго-

восточную полосу Россіи; таковы бродячія племена Сибири и прилегающихъ къ ней степей, горцы Кавказскаго края и проч. Ихъ своеобразный бытъ и гражданскія отношенія сложились иначе, чѣмъ гражданскій бытъ господствующаго населенія. Уровень культуры ихъ несравненно ниже, и потому нормы дѣйствующаго права замѣнены для нихъ тѣми обычаями, какіе выработались въ ихъ сознаніи и жизни.

Изъ всего сказаннаго видно, что предѣлы дѣйствія обычнаго права опредѣлены нашимъ законодательствомъ довольно широко, и потому обычное право имѣетъ у насъ вопреки мнѣнію нѣкоторыхъ цивилистовъ важное практическое значеніе въ смыслѣ регулированія юридической жизни. Особенную же пользу въ практическомъ отношеніи можетъ приносить намъ обычное право при несовершенномъ состояніи нашего законодательства въ той формѣ, которая называется судебнымъ обычаемъ - usus fori. Это есть собственно отрасль права юристовъ, переходъ котораго въ данномъ случаѣ въ обычное право не долженъ насъ удивлять, такъ какъ въ области права не существуетъ вообще рѣзкихъ противоположеній. Нормы обычнаго права постоянно стремятся къ тому, чтобы перейти въ законъ, такъ же какъ и законъ, благодаря постоянному примѣненію обращается въ обычное право. Нормы, вырабатываемыя юриспруденціей, составляютъ главный матеріалъ, какъ законодательства, такъ и обычнаго права, которое въ рѣдкихъ случаяхъ можетъ обойтись безъ содѣйствія [illegible]

мѣняющей и объясняющей право юриспруденціи, которая производитъ въ то же время могущественное вліяніе и на законодательство. Насколько можетъ быть сильно въ этомъ отношеніи вліяніе судебной практики, можно видѣть на примѣрахъ изъ исторіи римскаго и германскаго права. Извѣстно, сколько институтовъ римскаго права возникло изъ судебнаго обычая, а знаменитыя *tentia recepta* Павла представляли собою ничто иное, какъ практику судовъ. Въ германскомъ правѣ этимъ же путемъ развились многіе институты гражданскаго права, и развились самостоятельно, независимо, а иногда и вопреки римскому праву, какъ напримѣръ, институтъ представительства, *actio spolii*, семейныя фидеикоммиссы и проч. При изложеніи нашего права мы также будемъ встрѣчаться съ нѣкоторыми нововведеніями судебной практики, которая обнаруживаетъ къ сожалѣнію пока мало энергіи въ этомъ отношеніи и оставляетъ еще много желать въ будущемъ.

25. НАУЧНОЕ ЗНАЧЕНІЕ ОБЫЧНАГО ПРАВА.

Намъ остается теперь сказать нѣсколько словъ о научномъ значеніи обычнаго права, которое также чрезвычайно важно, такъ какъ обычаи отражаютъ съ большой точностью юридическій бытъ народовъ и даютъ для изученія его столько драгоцѣннаго матеріала, какъ ни одинъ другой источникъ правовѣдѣнія. Особенно дороги оказываются указанія обычнаго права при

изслѣдованіи исторіи развитія и зародышей институтовъ гражданскаго права, которые удерживаются часто въ формѣ обычаевъ и переживаній послѣ того, какъ законодательные памятники давно уже утратили всякіе слѣды этихъ обычаевъ. Такое изученіе обычаевъ посредствомъ историко-сравнительнаго метода указываетъ часто, какъ мы уже говорили объ этомъ, на поразительныя совпаденія обычаевъ самыхъ различныхъ расъ и народовъ, которые, не соприкасаясь другъ съ другомъ, прошли между тѣмъ однѣ и тѣ же фазы развитія. Здѣсь богатое поле для изслѣдованія, обѣщающее самые счастливые результаты. Признаніе же такого важнаго значенія за изученіемъ обычнаго права дѣлается теперь всеобщимъ, а занятія имъ особенно оживились у насъ въ послѣднее время. Довольно долго юридическіе обычаи обращали на себя вниманіе изслѣдователей нашего народнаго быта только въ смыслѣ правоописательномъ и то преимущественно, съ внѣшней обрядовой стороны, такъ что начала права оставались въ нихъ долгое время почти нетронутыми. Благодаря почину нашего Географическаго Общества, въ программѣ работъ его по изслѣдованію народнаго быта получили видное мѣсто впервые и юридическіе обычаи, а въ 1876 году по мысли Колачева образована при отдѣленіи общества по этнографіи особая коммиссія о народныхъ юридическихъ обычаяхъ. Затѣмъ изученіе обычнаго права внесено въ программу юридическихъ обществъ при московскомъ и

петербургскомъ университетахъ, и теперь мы встрѣчаемъ уже очень много цѣннаго матеріала по обычному праву въ сочиненіяхъ Кодачева, М.Ковалевскаго, Якушкина, Леонтовича, Ефименко, Матвѣева, Тарновскаго и друг. Я назвалъ всѣ эти имена, какъ имена людей, потрудившихся надъ закладкой фундамента науки гражданскаго права.

---oOOOo---

35 З А К О Н Ъ.

26. ОБЩЕЕ ПОНЯТІЕ О ЗАКОНѢ.

Закономъ называютъ обыкновенно юридическую норму, предписанную государственною властью въ установленномъ для этого порядкѣ. Изъ этого опредѣленія закона видно, что въ понятіе его входятъ три существенныхъ момента: I| Юридическая норма, 2| приказъ государственной власти и 3| порядокъ установленія. Разбирая это понятіе закона нужно имѣть прежде всего въ виду его основные элементы, форму и содержаніе. Отношеніе этихъ элементовъ другъ къ другу составитъ первый вопросъ, на которомъ мы съ самаго начала и остановимся. На этомъ отношеніи основано раздѣленіе законовъ на законы въ формальномъ и законы въ мате-

ріальномъ смыслѣ. Законами въ матеріальномъ смыслѣ, представляющими собою настоящіе законы, съ которыми намъ только и придется имѣть дѣло, называются однѣ лишь юридическія нормы, предписанныя верховной властью данной страны, т.е. нормы, установляющія одни только правовыя положенія, тогда какъ подъ понятіе законовъ въ формальномъ смыслѣ подходятъ всѣ вообще распоряженія верховной государственной власти, безъ отношенія къ ихъ содержанію и при томъ лишь условіи, чтобы они были объявлены въ установленномъ для этого порядкѣ государственной властью. Такимъ образомъ, законы въ формальномъ и въ матеріальномъ смыслѣ относятся другъ къ другу не какъ родовое понятіе къ видовому, а какъ два различныхъ понятія, опредѣляемыя различными признаками: законы въ матеріальномъ смыслѣ опредѣляются матеріальнымъ признакомъ, содержаніемъ, которое неизбѣжно должно заключать въ себѣ юридическую норму, а законы въ формальномъ смыслѣ-одной только формой объявленія безъ отношенія къ тому, какое содержаніе облечено въ эту форму, такъ что закономъ въ формальномъ смыслѣ будетъ не только юридическая норма, но и распоряженіе о награжденіи какого-нибудь лица арендой или пенсіей, указъ о какомъ-нибудь займѣ, внутреннемъ или внѣшнемъ, объ открытіи какого-нибудь учрежденія, напр., университета или академіи и т.д. Отсюда видно, что логическая цѣнность и практическое значеніе указываемаго различія законовъ состоитъ въ томъ, что имъ I передается возмож-

ная противоположность между формою и содержаніемъ закона и 2) констатируется явленіе, дѣйствительно наблюдаемое въ жизни. Въ ней мы встрѣчаемъ, съ одной стороны, какъ формальные, такъ и матеріальные законы, содержащіе въ себѣ одинаково юридическія нормы, и потому вполнѣ тождественные между собою, такъ что, если-бы мы не знали, кромѣ указанныхъ сейчасъ законовъ, никакихъ другихъ явленій, съ которыми бы связывалось понятіе закона, то различіе между формальными и матеріальными законами не представляло бы никакого интереса. Но дѣло въ томъ, что жизнь съ другой стороны наталкиваетъ насъ еще на явленія, выступающія либо въ одной формѣ законовъ, т.е. въ видѣ установленныхъ актовъ государственной власти, но безъ матеріальнаго содержанія законовъ, т.е. безъ юридической нормы, - либо съ однимъ содержаніемъ законовъ, состоящимъ въ юридическихъ нормахъ, необлеченныхъ въ установленныя для закона формы. Существованія этихъ явленій - изъ которыхъ послѣднее, т.е. матеріальный законъ, не облеченный въ форму закона, даетъ намъ новое понятіе правительственнаго распоряженія съ юридической нормой - и составляетъ фундаментъ для различія формальныхъ и матеріальныхъ законовъ, всѣ виды которыхъ, за исключеніемъ одного послѣдняго, т.е. правительственнаго распоряженія, объединяются въ конституціонныхъ государствахъ тѣмъ общимъ признакомъ, что они одинаково требуютъ участія представительныхъ собраній въ ихъ составленіи, тогда какъ

правительственныя распоряженія, все равно содержатъ ли они въ себѣ юридическія нормы или являются административными распоряженіями въ тѣсномъ смыслѣ, - относясь къ различнымъ отраслямъ государственнаго управленія, - вовсе не требуютъ для своей дѣйствительности дѣятельности этихъ собраній. Этотъ единственный прочный критерій для различія законовъ отъ правительственныхъ распоряженій въ государствахъ чисто монархическаго типа, каково, напримѣръ, наше отечество, совершенно отсутствуетъ, и потому законы у насъ смѣшиваются часто съ правительственными распоряженіями, которыя предлагаютъ обыкновенно отличить отъ законовъ тѣмъ, что послѣднимъ приписываютъ болѣе абстрактный характеръ, чѣмъ первымъ; такъ, напримѣръ, въ "Руководствѣ къ познанію законовъ" Сперанскаго мы читаемъ: "всякое повелѣніе верховной власти должно быть исполняемо, какъ законъ. Но повелѣніе отъ закона отличается тѣмъ существенно, что предметъ втораго есть постановленіе общаго правила, по коему надлежитъ поступать во всѣхъ случаяхъ одного и того же рода. Повелѣніе указываетъ какъ поступить въ извѣстномъ и опредѣленномъ дѣлѣ, а законъ есть правило, какъ поступать всегда въ дѣлахъ сего рода". Противъ этого разграниченія можно возразить прежде всего, что и правительственныя повелѣнія могутъ носить болѣе или менѣе абстрактный характеръ, степень котораго не даетъ мѣрки ни для теоретической квалификаціи той или другой нормы, ни для опредѣленія юридиче-

скихъ предѣловъ ея дѣйствія. На западѣ, гдѣ различіе между законами и правительственными распоряженіями основано на различіи органовъ, отъ которыхъ исходятъ тѣ и другіе, источниками гражданскаго права признаются только законы въ матеріальномъ смыслѣ, а правительственныя распоряженія, исходящія какъ отъ главы государства, такъ и отъ подчиненныхъ ему органовъ, относятся къ гражданскому праву лишь настолько, насколько эти распоряженія издаются въ предѣлахъ закона. У насъ нѣтъ такого твердаго разграниченія между закономъ и правительственнымъ распоряженіемъ по различію способовъ ихъ возникновенія и производящихъ ихъ органовъ, такъ какъ источникомъ законовъ признается у насъ одна воля главы верховной власти, и мы не можемъ поэтому утверждать, чтобы правительственныя распоряженія, исходящія непосредственно отъ той же верховной власти, не были у насъ источниками закона. Поэтому въ нашемъ правѣ различіе между закономъ и административнымъ распоряженіемъ можетъ быть установлено только слѣдующимъ образомъ: закономъ будетъ у насъ всякое облеченное лишь въ извѣстную форму выраженіе верховной воли государя, а правительственными распоряженіями - акты однихъ подчиненныхъ ему органовъ, дѣйствующихъ по порученію отъ государственной власти и въ предѣлахъ законовъ, ею установленныхъ. Перейдемъ отсюда къ краткому анализу отдѣльныхъ моментовъ, входящихъ въ понятіе закона въ данномъ выше опредѣленіи этого понятія.

I. Законъ есть юридическая норма, т.е. положеніе объективнаго права, выраженное въ повелительной формѣ. Поэтому понятіе закона вытекаетъ прямо изъ понятія объективнаго права, относительно котораго законы служатъ простыми грамматическими способами его обнаруженія. Но насколько въ это обнаруженіе должна входить идея общаго правила, которымъ обнималось бы неопредѣленное и неограниченное число случаевъ, подходящихъ подъ опредѣленіе закона, этотъ вопросъ въ современной юриспруденціи считается еще спорнымъ. Въ пользу ограниченія закона понятіемъ одного общаго закона, общаго правила приводятъ обыкновенно соображенія, заимствованныя изъ общепринятаго словоупотребленія. Но эти соображенія, едва ли можно признать правильными, такъ какъ въ общепринятомъ же словоупотребленіи различаются общіе и спеціальные законы. Существующіе кодексы [австрійскій, германскіе кодексы и нашъ сводъ] точно такъ же, какъ и дѣйствующія конституціи причисляютъ къ законамъ, рядомъ съ общими законами, и акты привилегій, вольностей, индивидуальнаго освобожденія отъ разныхъ тягостей и и.т. Наконецъ, общій и индивидуальный законы вполнѣ однородны и въ своемъ юридическомъ существѣ. Индивидуальный или спеціальный законъ относится къ одному или нѣсколькимъ опредѣляемымъ индивидуально составамъ фактовъ, которые при общихъ законахъ опредѣляются только признаками, возводящими эти факты въ понятіе классовъ. Во всякомъ случаѣ нужно избѣгать сло-

ва"абстрактное"въ примѣненіи къ общимъ законамъ,такъ какъ индивидуальное противоположно не абстрактному, а общему. Абстрактно же понятіе какъ общаго, такъ и индивидуальнаго закона, насколько этотъ послѣдній переводитъ тотъ или другой составъ фактовъ и его юридическія послѣдствія въ логическое представленіе,получающее конкретность только въ примѣненіи къ юридическимъ отношеніямъ данныхъ лицъ, точно такъ же,какъ и общій законъ, вызывающій тоже логическое представленіе, опредѣляемое только классовыми признаками,получаетъ въ юридическихъ отношеніяхъ или въ субъективныхъ правахъ пользующихся имъ лицъ ту же конкретность, какой отличается и спеціальный законъ. Поэтому однородность тѣхъ и другихъ законовъ въ ихъ юридическомъ существѣ выражается въ томъ, что индивидуальные законы исполняютъ относительно регулируемаго ими состава фактовъ совершенно тѣ же юридическія функціи, какія исполняются и общими законами по отношенію къ подпадающимъ подъ ихъ дѣйствіе фактамъ. Это выступаетъ ярче всего тамъ, гдѣ спеціальный законъ регулируетъ какой нибудь индивидуальный случай, вопреки общему закону. Онъ соединяетъ при этомъ съ даннымъ составомъ фактовъ такія юридическія послѣдствія, для которыхъ общій законъ предполагаетъ совсѣмъ другой составъ фактовъ, - какъ это дѣлаетъ, напримѣръ, законъ, устанавливающій для даннаго лица или даннаго класса лицъ совершеннолѣтіе раньше или позже возраста, положеннаго для наступленія совершеннолѣтія

общими законами. Возможно также, что спеціальный законъ связываетъ съ даннымъ составомъ фактовъ другія юридическія послѣдствія, чѣмъ тѣ, которыя установлены для этого же состава фактовъ общимъ закономъ, когда, напримѣръ, нѣкоторыя имущества освобождаются отъ налога, установленнаго на всѣ имущества общими законами. Въ обоихъ случаяхъ индивидуальное регулированіе функціонируетъ вмѣсто общаго и для даннаго случая имѣетъ то же юридическое значеніе и производитъ тѣ же юридическія послѣдствія, какими сопровождается и общій законъ для подходящихъ подъ его опредѣленіе случаевъ. Но если таково отношеніе между общими и спеціальными законами, исключающее возможность ограничивать понятіе закона однимъ понятіемъ общаго закона, то отсюда еще не слѣдуетъ того, чтобы тѣ и другіе законы имѣли одинаковое значеніе въ современномъ правѣ. Мы замѣчаемъ въ немъ, напротивъ, несомнѣнное преобладаніе общихъ законовъ, и самое понятіе о законѣ въ естественно-научномъ смыслѣ этого слова, т.е. въ смыслѣ постоянства отношеній между данными явленіями и необходимости этихъ отношеній, образовалось путемъ аналогіи или перенесенія представленія о законѣ въ матеріально-юридическомъ смыслѣ, т.е. въ смыслѣ абстрактной нормы человѣческихъ отношеній, на тѣ явленія органическаго и неорганиче-

---

скаго міра, которыя представляли въ своихъ отношеніяхъ другъ къ другу тѣ же признаки постоянства, какія человѣческая мысль открыла сначала на явленіяхъ общественной и государственной жизни и затѣмъ уже примѣнила то же наблюденіе постоянства отношеній и къ явленіямъ физическаго міра. Слѣдовательно, понятіе закона въ юридическомъ смыслѣ было первичнымъ фактомъ, а понятіе закона въ естественно-научномъ смыслѣ вторичнымъ, и характеръ общности, отличающій послѣднее изъ этихъ понятій, имѣетъ такимъ образомъ своимъ источникомъ общность или идею общаго правила, преобладающую и въ понятіи закона въ юридическомъ смыслѣ. Эта общность понятія юридическаго закона признавалась его необходимымъ качествомъ еще древними философами - Платономъ и Аристотелемъ, затѣмъ - школой "естественнаго" права и въ особенности Руссо, за которымъ послѣдовало въ этомъ отношеніи большинство современныхъ юристовъ, упустившихъ изъ виду существованіе законовъ, регулирующихъ конкретныя отношенія и не могущихъ быть названными правительственными распоряженіями въ тѣхъ случаяхъ, когда они облекаются въ форму закона или вводятъ положенія, противорѣчащія существующему праву: въ обоихъ случаяхъ рѣчь можетъ идти только о законахъ, не законахъ специальныхъ, а не правительственныхъ распоряженіяхъ, предполагающихъ: 1| форму, отличную отъ формы закона, и 2| содержаніе, не выходящее за рамки и предѣлы дѣйствующаго права. Существованіе такихъ специальныхъ

законовъ, не подходящихъ подъ опредѣленіе ни общаго закона, ни правительственнаго распоряженія, несомнѣнно, но чѣмъ же тогда объяснить констатированный выше и преобладающій въ массѣ законовъ характеръ общности? Онъ объясняется очень просто тѣмъ, что индивидуальныя и общественныя отношенія людей представляютъ собою не безпорядочную игру случайностей, а постоянные типы. Въ силу единства физической и духовной организаціи людей между ними образуется рядъ необходимыхъ отношеній другъ къ другу и къ внѣшнему міру, которыя получаютъ вслѣдствіе этого болѣе или менѣе постоянный характеръ. Вотъ почему право устанавливаетъ общія и абстрактныя положенія, нормирующія на будущее время однимъ какимъ-нибудь правиломъ неопредѣленное число случаевъ, соединенныхъ между собою какими-либо общими имъ всѣмъ признаками. Постоянство жизненныхъ отношеній есть, такимъ образомъ, основаніе для общаго закона. Но такъ какъ это постоянство не идетъ никогда такъ далеко, чтобы все разнообразіе жизненныхъ отношеній могло быть подведено подъ тѣ типы, которые устанавливаются однѣми общими нормами, то такія индивидуальныя отношенія, которыя не подходятъ подъ общія нормы, или примѣненіе къ которымъ этихъ послѣднихъ было бы несправедливо, регулируются спеціальными законами и правительственными распоряженіями: первые имѣютъ мѣсто въ тѣхъ случаяхъ, когда нормы, устанавливаемыя ими для даннаго конкретнаго отношенія, про-

тиворѣчатъ праву, существующему въ силу общихъ законовъ, а вторыя, т.е. правительственныя распоряженія или ограничиваются регулированіемъ индивидуальныхъ отношеній въ предѣлахъ дѣйствующаго права, или оставаясь въ предѣлахъ же дѣйствующаго права, они подымаются отъ индивидуальныхъ отношеній до тѣхъ же классовъ этихъ отношеній, которыми оперируютъ и общіе законы.

II. Законъ есть приказъ государственной власти, т.е. законъ, каково бы ни было его содержаніе, долженъ быть непремѣнно приказомъ, выраженнымъ въ положительной или отрицательной формѣ; другими словами, онъ долженъ требовать извѣстнаго рода дѣйствій, разъ указываемыя имъ условія окажутся въ наличности, или запрещать тѣ или другія дѣйствія при наличности другихъ условій. Всѣ законы сводятся, такимъ образомъ, къ положительнымъ или отрицательнымъ приказамъ государственной власти, и тѣ опредѣленія этой послѣдней, которыя не содержатъ въ себѣ приказа, не будутъ и законами въ настоящемъ смыслѣ этого слова. Такъ напримѣръ параграфъ 2 кн. I прусскаго *Allgemeines Landrecht*, объявляющій, что "гражданское общество состоитъ изъ многихъ союзовъ и сословій, связанныхъ природой или закономъ, или тѣмъ и другимъ вмѣстѣ", или ст. 62 Вюртембергской конституціи, гласящая, что "общины суть основаніе государственнаго союза" - констатируютъ только существующее общественное состояніе или выражаютъ политиче-

скіе взгляды законодателя, его сочувствіе тому или другому порядку вещей, но не имѣютъ вовсе юридической силы, такъ какъ ничего не предписываютъ и не устанавливаютъ вовсе юридическихъ послѣдствій. Поэтому,не смотря на помѣщеніе въ кодексахъ, законы эти,не отвѣчая основному требованію, которое предъявляется къ законамъ, не будутъ законами въ юридическомъ смыслѣ. Сюда же относятся предписанія государственной власти, содержащія въ себѣ мотивы, политическія программы, поученія, рубрики, систематическія подраздѣленія и тому подобныя положенія, называемыя законами только потому, что они исходятъ въ установленномъ порядкѣ отъ государственной власти. Это будутъ законы только въ формальномъ,а не матеріальномъ смыслѣ, такъ какъ эти послѣдніе предлагаютъ отсутствующую здѣсь юридическую норму, имѣющую характеръ приказа. Этотъ приказъ, составляющій главную характеристику закона, исходитъ въ настоящее время отъ центральной государственной власти,но въ другіе періоды исторіи, какъ напримѣръ, въ средніе вѣка, законы издавались и отдѣльными общественными союзами и корпораціями, изъ которыхъ собиралось государственное цѣлое. Вопросъ о томъ, кому принадлежитъ въ государствѣ право изданія законовъ, какіе призываются къ этому органы государственнаго устройства и въ какомъ объемѣ пользуются они законодательной функціей, все это вопросы государственнаго права, которые разрѣшаются различно, смотря

по различію государственнаго строя, и эти вопросы мы оставимъ въ сторонѣ. У насъ верховная власть законодательства сосредоточена въ рукахъ царя и по ст. 51-й основныхъ законовъ, только постановленія, Высочайше утвержденныя, исходящія непосредственно отъ лица государя имѣютъ силу закона. Этой чертой законъ отличается у насъ отъ постановленій подчиненныхъ органовъ управленія, каковы: указы Сената, циркуляры министровъ, распоряженія намѣстниковъ, генералъ-губернаторовъ и т.д. Всѣ эти постановленія подчинены закону, какъ высшей нормѣ, изъ которой они заимствуютъ свою обязательную силу, и потому они обязательны только въ законныхъ предѣлахъ власти каждаго учрежденія. Въ случаѣ нарушенія законами основанныхъ на немъ правъ эти постановленія могутъ быть отмѣнены и повлечь за собою отвѣтственность допустившихъ ихъ лицъ въ порядкѣ надзора, администраціи и даже гражданскаго иска.

III. Законъ есть юридическая норма, возникшая и обнародованная въ установленномъ впередъ конституціей даннаго государства порядкѣ. Здѣсь мы затрогиваемъ вопросъ о формѣ закона, имѣющей чрезвычайно важное значеніе и требующей нѣкоторыхъ разъясненій. Если подъ этой формой разумѣть все, что исходитъ отъ суверенныхъ органовъ государства, то понятіе формы закона было бы чрезвычайно расширено. Подъ него подошло бы тогда всякое предписаніе верховной вл[illegible], распознаваемое для того, кого оно касается,

и содержаніе закона, къ которому было бы примѣнено такое понятіе формы, могло бы быть самымъ разнообразнымъ, обнимая собою какъ юридическія нормы, такъ и судебныя рѣшенія и акты административной власти въ тѣсномъ смыслѣ. Но формы въ юридическомъ смыслѣ здѣсь не будетъ. Что всякое опредѣленіе воли, долженствующее связать другого, можетъ исходить только отъ того, за кѣмъ эта власть признана юридически, что это опредѣленіе воли должно быть объявлено и доведено до свѣдѣнія того, кого оно имѣетъ въ виду связать, - все это само собою разумѣется вытекаетъ изъ существа права и не даетъ понятія формы въ юридическомъ смыслѣ. Это послѣднее выступаетъ только тамъ, гдѣ опредѣленныя юридическія послѣдствія ставятся въ зависимость отъ совершенія извѣстныхъ, строго специализированныхъ дѣйствій, которыя дѣлаются условіемъ дѣйствительности всего акта и соединенныхъ съ нимъ юридическихъ послѣдствій. Поэтому мы будемъ имѣть дѣйствительно юридическую форму закона только тамъ, гдѣ мы найдемъ въ положительномъ правѣ постановленіе такого рода, что извѣстные акты, исходящіе отъ высшихъ органовъ государственной власти, отличаются отъ другихъ государственныхъ актовъ, располагающихъ тоже обязательной силой, своей совершенно опредѣленной формой, дающей имъ право на названіе законовъ въ этомъ уже чисто специфическомъ смыслѣ. Абсолютныя монархіи не даютъ къ сожалѣнію мѣста для такого понятія закона.

Въ силу дѣйствующаго въ нихъ принципа: "quod principi placuit, legis habet vigorem", всякое распознаваемое изъявленіе воли монарха производитъ соотвѣтствующее его намѣренію юридическое дѣйствіе независимо отъ какихъ бы то ни было особенныхъ формъ, такъ что если здѣсь и образуются иногда съ теченіемъ времени нѣкоторыя формальныя различія между законами, Высочайшими повелѣніями, распоряженіями и т.д., то эти различія сводятся по большей части къ канцелярскимъ тонкостямъ, не оказывающимъ никакого вліянія на дѣйствительность монаршихъ рѣшеній. То же самое, т.е. отсутствіе опредѣленной формы закона, имѣетъ мѣсто и въ абсолютныхъ демократіяхъ, гдѣ народное собраніе или его представительный органъ отправляютъ также неограниченно всю верховную власть, принадлежащую государству. Впервые понятіе закона въ указанномъ выше строго формальномъ его значеніи устанавливается на континентѣ Европы во французской конституціи 1791 года, дающей названіе законовъ тѣмъ лишь актамъ государственной власти, которые исходятъ изъ законодательнаго собранія и снабжаются при этомъ королевской санкціей. Наше право, какъ было уже разъяснено, не знаетъ такого строгаго понятія формы закона, хотя оно и предписываетъ извѣстный порядокъ установленія законовъ, не имѣющій въ силу особенностей нашего государственнаго строя, того значенія, которое принадлежитъ формѣ закона въ государствахъ конституціоннаго типа. Этотъ

порядокъ вамъ долженъ быть извѣстенъ изъ курса государственнаго права, и я остановлю ваше вниманіе только на двухъ моментахъ его, а именно на санкціи и публикаціи закона. Санкціей закона называется утвержденіе его верховной властью, которое составляетъ необходимое условіе вступленія закона въ силу, но не опредѣляетъ собою ни обязательнаго дѣйствія закона, ни момента вступленія его въ силу. Санкція есть скорѣе, какъ выражается Jellineck въ своемъ сочиненіи " Gesetz und Verordnung" заключительный актъ того эмбріологическаго процесса образованія закона, въ которомъ онъ не проявляетъ еще никакого юридическаго дѣйствія. Санкція представляетъ собою не юридическій моментъ рожденія закона, а только его психологическую причину, что обнаруживается съ особенной ясностью въ монархическихъ государствахъ. Санкція не связываетъ здѣсь ни монарха, ни какое бы то ни было другое лицо. Данная до обнародованія закона, онъ можетъ быть взята назадъ, и въ этомъ случаѣ не будетъ никакого закона, тогда какъ если бы санкція сообщала закону обязательное дѣйствіе, она связывала бы, по крайней мѣрѣ, монарха въ томъ смыслѣ, что не допускала бы отступленія отъ нея. Слѣдовательно, санкція есть внутренній психологическій актъ, которымъ монархъ выражаетъ свое рѣшеніе предписать тотъ или другой законъ, но это не-юридическое основаніе закона, которое заключается только въ его обнародованіи, потому что невыражен-

ная воля не имѣетъ юридическаго значенія. Съ психологической точки зрѣнія актъ воли возможенъ только тогда, когда ему предшествуетъ рѣшеніе произвести его, и въ этомъ отношеніи санкція есть психологически необходимое условіе закона. Но юридическое значеніе акты воли во всѣхъ областяхъ права получаютъ лишь тогда, когда они ясно выражены или могутъ быть выведены изъ данныхъ обстоятельствъ дѣла, слѣдствіе чего обязательное дѣйствіе закона и связывается (^{левдѣ}) съ его публикаціей, а не съ санкціей. Эта санкція совершается обыкновенно въ формѣ подписи монарха подъ текстомъ закона, къ которой присоединяется еще въ конституціонныхъ государствахъ подпись одного изъ министровъ, имѣющая цѣлью установить отвѣтственность этого министра за подлинность и правильное составленіе закона. Что касается публикаціи или обнародованія закона, то это обнародованіе есть не только необходимое условіе обязательной силы закона, но и необходимая составная часть самого закона и въ то же время дѣйствіе, которымъ опредѣляется моментъ вступленія его въ силу. Необнародованный законъ, какъ мы сказали, такъ же необязателенъ, какъ необязательна какая бы то ни было необъявленная или нераспознаваемая воля: *lex non obligat, nisi rite promulgata.* Самый порядокъ обнародованія закона былъ въ различныхъ государствахъ и въ различные періоды ихъ исторической жизни различный. Первоначально въ способахъ обнародованія законовъ

замѣчается извѣстная локализація, т.е. законы публикуются всюду, гдѣ они предназначены къ примѣненію. Они разсылаются съ этой цѣлью въ спискахъ по различнымъ провинціямъ и прочитываются громко въ церквахъ, ратушахъ, публичныхъ площадяхъ и тому подобныхъ мѣстахъ. Въ нѣкоторыхъ государствахъ существовалъ обычай прочитывать въ годъ разъ и больше важнѣйшіе изъ давно уже дѣйствующихъ законовъ, съ цѣлью запечатлѣть ихъ въ памяти гражданъ; въ Тиролѣ, напримѣръ, этотъ обычай держался вплоть до нынѣшняго столѣтія. Со времени изобрѣтенія книгопечатанія, важнѣйшіе законы стали печататься и дѣлались, такимъ образомъ, доступными для большей части публики; другіе, менѣе важные законы и въ особенности законы, предназначавшіеся для отдѣльныхъ округовъ и территорій, продолжали разсылаться въ спискахъ, которые вывѣшивались для ознакомленія съ ними публики въ церквахъ, въ воротахъ городскихъ ратушъ и другихъ публичныхъ мѣстахъ. Рядомъ съ этимъ шла еще публикація законовъ чрезъ прочтеніе въ церквахъ, на площадяхъ и т.д., а многія распоряженія вовсе не публиковались и сообщались однимъ должностнымъ лицамъ. Съ начала нынѣшняго столѣтія дѣло публикаціи законовъ стало на болѣе правильную почву: оно стало централизироваться, и повсюду были основаны особые періодическіе органы печати, въ которыхъ помѣщалось все, что должно было имѣть силу закона. Такими органами служатъ теперь Reichsgesetzblatt въ Германіи,

Bulletins de lois во Франціи, Собраніе узаконеній и распоряженій правительства у насъ. Съ учрежденіемъ этихъ органовъ прежніе несовершенные способы публикаціи были отмѣнены или вышли изъ употребленія; и если при дѣйствіи этихъ послѣднихъ моментъ публикаціи опредѣляется неясно и въ различныхъ мѣстностяхъ различно, причемъ вступленіе закона въ силу предполагало, по крайней мѣрѣ, полученіе его текста тѣмъ правительственнымъ или судебнымъ учрежденіемъ, которое должно было руководствоваться этимъ закономъ въ своей практикѣ, то въ настоящее время вопросъ о публикаціи не представляетъ болѣе никакихъ сомнѣній, такъкакъ моментъ опнародованія и вступленія закона въ силу опредѣляется теперь прямо помѣщеніемъ его въ спеціально назначенномъ для этого печатномъ органѣ и выходомъ въ свѣтъ соотвѣтствующаго номера этого органа. Въ основаніи этого опредѣленія лежитъ конечно презумпція, по которой напечатанный законъ предполагается уже въ силу этого извѣстнымъ всѣмъ, тогда какъ дѣйствительность не всегда отвѣчаетъ этой презумпціи. Напримѣръ законъ сегодня отпечатанный въ Петербургѣ, въ какой-нибудь отдаленной провинціи будетъ извѣстенъ только недѣли черезъ двѣ и болѣе; и вотъ, чтобы согласить отмѣченную выше презумпцію съ дѣйствительностью, большинство законодательствъ устанавливаетъ обыкновенно между днемъ появленія закона въ печатномъ органѣ и днемъ обязательнаго дѣйствія его для всѣхъ подчиненныхъ ему лицъ

извѣстный промежутокъ времени, который называется *vocatio legis* и опредѣляется или однообразно для всего государства, или исчисляется различно, смотря по разстоянію отъ мѣста публикаціи. Въ теченіе этого времени законъ производитъ только формальныя, а не матеріальныя послѣдствія, т.е.онъ считается юридически уже возникшимъ и связываетъ собою факторы законодательной власти, которые не могутъ больше отступиться отъ него иначе, какъ въ порядкѣ, опредѣленномъ для отмѣны всякаго закона вообще; но отдѣльныя лица связываются дѣйствіемъ этого закона только по истеченіи срока,установленнаго для *vocatio legis*. Не смотря на такую относительную необязательность закона во все теченіе *v. legis* онъ тѣмъ не менѣе съ момента публикаціи уже дѣйствуетъ формально: монархъ въ конституціонномъ государствѣ не можетъ односторонне отмѣнить его, а министръ,который по приказанію монарха вадумалъ бы пріостановить дальнѣйшее оглашеніе или исполненіе такого закона, совершилъ бы преступленіе противъ конституціи. Правда, что въ абсолютныхъ монархіяхъ, гдѣ о существованіи закона передъ его окончательнымъ оглашеніемъ никто, кромѣ правительства, не знаетъ ничего, поставленныя сейчасъ положенія не имѣютъ большого значенія и представляютъ собою вообще крайнюю степень, такъ наз. *lex imperfectissima*. Но и здѣсь публикація закона есть вступленіе его въ силу и слѣдовательно существенный его моментъ;

все, что слѣдуетъ за публикаціей, не представляетъ уже собою съ юридической точки зрѣнія свободной дѣятельности законодателя и имѣетъ цѣлью или обезпечить возможно большее распространеніе даннаго закона, или оправдать юридическую презумпцію о наличности знанія этого закона въ самый моментъ публикаціи. Этой цѣли служитъ, какъ уже сказано *vocatio legis* срокъ, который можетъ быть въ каждомъ конкретномъ случаѣ удлиненъ и сокращенъ, такъ что весьма часто въ текстѣ самаго публикуемаго закона опредѣляется, что онъ долженъ вступить въ силу не непосредственно въ моментъ обнародованія, а по истеченіи извѣстнаго срока, который въ этихъ случаяхъ и опредѣляетъ собою моментъ публикаціи. Такое спеціальное означеніе момента обязательнаго дѣйствія закона встрѣчается, конечно, только относительно большихъ и особенно важныхъ законодательныхъ актовъ, которые затрогиваютъ слишкомъ крупные интересы и требуютъ поэтому времени для спеціальнаго ознакомленія съ ними какъ судовъ, такъ и заинтересованныхъ лицъ. При отсутствіи такихъ особыхъ сроковъ, постановленныхъ въ самомъ законѣ относительно вступленія его въ силу, всякій законъ дѣйствуетъ теперь формально по общему правилу съ того дня, въ который онъ былъ напечатанъ въ журналѣ, назначенномъ для обнародованія законовъ, а свои матеріальныя послѣдствія для подчиненныхъ ему гражданъ онъ производитъ съ того дня, въ который судъ и правительственныя мѣста по-

лучили номеръ этого журнала.Согласно съ этими положеніями, ст. 59 нашихъ Основныхъ законовъ и постановляетъ, что "законъ получаетъ обязательную силу не прежде, какъ со дня его объявленія:въ присутственныхъ мѣстахъ каждый законъ воспріемлетъ свою силу и долженъ быть прилагаемъ къ дѣламъ не прежде, какъ со дня полученія его въ томъ мѣстѣ, къ исполненію коего онъ подлежитъ". Самое обнародованіе законовъ производится въ настоящее время черезъ правительствующій сенатъ, который распоряжается о напечатаніи ихъ въ "Собраніи узаконеній и распоряженій правительства",издаваемомъ у насъ съ 1863 года. Это изданіе разсылается обязательно всѣмъ присутственнымъ мѣстамъ, а важнѣйшіе указы перепечатываются кромѣ того въ губернскихъ вѣдомостяхъ и прочитываются въ церквахъ, на площадяхъ и мірскихъ сходахъ.Теперь мы перейдемъ къ самому важному и труднѣйшему въ теоріи закона вопросу объ его дѣйствіи какъ относительно лицъ, къ которымъ онъ примѣняется, такъ и относительно мѣста и времени его примѣненія.

---ооОоо---

28. ДѢЙСТВІЕ ЗАКОНА ОТНОСИТЕЛЬНО ЛИЦЪ.

Общее правило: всѣ живущіе въ предѣлахъ даннаго государства одинаково подчинены дѣйствію законовъ этого государства. Такое подчиненіе всѣхъ и каждаго закону есть простой выводъ изъ понятія этого послѣдняго, какъ выраженія воли верховной власти, служащаго основаніемъ для всего порядка публичныхъ и гражданскихъ отношеній данной страны. Но мы увидимъ сейчасъ, что этотъ выводъ вовсе не безусловенъ, и что существуютъ цѣлыя категоріи лицъ, освобожденныхъ отъ дѣйствія законовъ или подчиненныхъ другимъ законамъ, чѣмъ законы того государства, въ предѣлахъ котораго они находятся.

I. Нельзя признать подчиненнымъ дѣйствію законовъ главу государства въ абсолютныхъ монархіяхъ, такъ какъ абсолютный монархъ есть самъ источникъ всѣхъ законовъ и не стѣсненъ ничѣмъ въ свободномъ распоряженіи ими. Этотъ выводъ изъ понятія абсолютной монархіи былъ сдѣланъ еще римлянами, которые говорили, что такъ какъ законъ есть воля императора, то подчиненіе послѣдняго закону есть не обязанность, а дѣло чести и милости императора. Напротивъ, въ государствахъ конституціонныхъ монархъ объявляется подчиненнымъ законамъ и пользуется привилегіей безотвѣтственности лишь по вопросамъ публичнаго права, гдѣ его отвѣтственность замѣняется отвѣтственностью министровъ. Но и въ этихъ государственныхъ осо-

бенным политическим положеніемъ монарха и его семейства обусловливаются часто особыя нормы, коими личныя, семейныя и имущественныя права членовъ царствующаго дома регулируются иначе, чѣмъ таковыя же права остальныхъ гражданъ. Что касается нашего права, то вопросъ о подчиненности главы государства дѣйствію законовъ разрѣшался въ нашей литературѣ и въ положительномъ и въ отрицательномъ смыслѣ. Правильнымъ можно признать только отрицательный отвѣтъ, такъ какъ разъ глава государства считается стоящимъ выше закона, источникомъ его, то о подчиненности его послѣднему не можетъ быть и рѣчи.

2. Лица, принадлежащія къ иностраннымъ посольствамъ, не подчиняются по общему обычаю международнаго права законодательству тѣхъ государствъ, при правительствѣ которыхъ они аккредитованы. Они носятъ съ собою, какъ бы частицу своей родины и пользуются правомъ экстерриторіальности или внѣземельности, подлежа, такимъ образомъ, дѣйствію законовъ своего отечества, а не законовъ того государства, гдѣ они живутъ.

3. Иностранцы, т.е. граждане или подданные одного государства, живущіе на территоріи другого государства, подчинены законамъ послѣдняго тоже не безусловно, но лишь настолько, насколько эти законы

касаются ихъ по своему содержанію и цѣли. Отвѣтъ на вопросъ, какимъ характеромъ - космополитическимъ или территоріальнымъ отличается тотъ или другой законъ, и какъ велика должна быть сфера его примѣненія, распространяется ли она на однихъ подданныхъ или въ то же время и на иностранцевъ, - есть дѣло интерпретацій закона и изслѣдованія его цѣлей, а всѣ попытки разрѣшить этотъ вопросъ на основаніи одного какого-нибудь общаго принципа осуждены впередъ на неудачу, какъ это мы и покажемъ ниже, когда будемъ говорить о дѣйствіи закона въ условіяхъ мѣста его примѣненія.

4. Наконецъ, рядомъ съ общими законами, обязательными для всего населенія мы всюду встрѣчаемся съ особенными законами, устанавливаемыми для того или другого разряда лицъ, принадлежащихъ къ извѣстному племени, вѣроисповѣданію, обществу или корпораціи.

5. Кромѣ того дѣйствіе законовъ различается по мѣсту ихъ примѣненія: одни обязательны для всей территоріи государства, другіе только для отдѣльныхъ ея частей. Слѣдовательно, равномѣрное подчиненіе закону со стороны всѣхъ и каждаго есть чисто формальное положеніе, основанное на такомъ же формальномъ понятіи о законѣ. Отсюда вовсе не слѣдуетъ заключать, чтобы каждый законъ и по содержанію своему примѣнялся одинаково ко всѣмъ людямъ, жи-

вущимъ на данной территоріи. Напротивъ дѣйствіе закона съ этой матеріальной стороны, со стороны содержанія, оказывается чрезвычайно разнообразнымъ, и въ этомъ разнообразіи дѣйствія законовъ особенно выдѣляется различіе между мѣстнымъ и общимъ правомъ, къ разсмотрѣнію котораго мы теперь и приступаемъ.

29. РАЗЛИЧІЕ МЕЖДУ МѢСТНЫМЪ И ОБЩИМЪ ПРАВОМЪ.

Различіе между мѣстнымъ и общимъ правомъ, составляющее основаніе различнаго дѣйствія закона въ условіяхъ мѣста его примѣненія, состоитъ въ томъ, что общее право дѣйствуетъ на всемъ пространствѣ территоріи даннаго государства, а мѣстное обязательно лишь въ нѣкоторыхъ ея частяхъ и отдѣльныхъ мѣстностяхъ. Это раздѣленіе права, дѣйствующаго въ предѣлахъ одного и того же государства, на общее и мѣстное, при чемъ каждое изъ нихъ существенно отличается отъ другого по своему содержанію, имѣетъ очень важное значеніе, такъ какъ имъ опредѣляется самый главный вопросъ въ области практическаго правовѣдѣнія, а именно вопросъ о томъ, съ какимъ содержаніемъ права населеніе той или другой мѣстности должно согласовать свой повседневный образъ дѣйствій. Но принципіальное разграниченіе общаго права отъ мѣстнаго, не смотря на свой повидимому элементарный характеръ, представляетъ много запутаннаго и неяс-

наго, что ведетъ часто къ теоретическому смѣшенію понятій и къ практически неправильнымъ заключеніямъ. Поэтому мы и разберемъ здѣсь съ нѣкоторой подробностью этотъ вопросъ, имѣющій, какъ было уже сказано, существенное и наиболѣе общее значеніе въ практическомъ правовѣдѣніи. Особое понятіе "общаго права" можетъ имѣть примѣненіе только тамъ, гдѣ выступаетъ противоположность между большими и меньшими кругами лицъ, на которыя распространяется дѣйствіе извѣстнаго объективнаго права, или гдѣ является, по крайней мѣрѣ, противоположеніе между общимъ правиломъ и постановляемыми исключеніями изъ него. Тогда "общее право" будетъ такимъ правомъ, которое обще всѣмъ кругамъ лицъ, находящимся въ предѣлахъ данной территоріи, или которое составляетъ для нихъ общее правило, въ противоположность особеннымъ правамъ отдѣльныхъ круговъ этихъ лицъ или особеннымъ исключеніямъ изъ общаго правила. Слѣдовательно, съ понятіемъ "общаго права" соединяется логическая категорія общаго или генерическаго, въ отличіе отъ категоріи особеннаго, характеризующей отдѣльныя части цѣлаго или его вида. Эта противоположность между общимъ особеннымъ правомъ мыслима съ трехъ различныхъ сторонъ: I, со стороны пространства или географическаго состоянія права, т.е. той или другой территоріальной распространенности дѣйствующаго права; 2, со стороны предмета, т.е. большаго или меньшаго круга отношеній, составляющихъ предметъ юридическихъ нормъ;

и 3, съ систематической или логической стороны, т.е. отношенія между правиломъ и исключеніемъ изъ него. Въ смыслѣ перваго или географическаго противоположенія современный языкъ отличаетъ общее право отъ партикулярнаго или мѣстнаго; въ смыслѣ второго, или предметнаго противоположенія - общее право отъ спеціальнаго; и въ смыслѣ третьяго, или логическаго противоположенія - общее отъ аномальнаго права.

I. Въ первомъ, т.е. въ географическомъ отношеніи общее право означаетъ право, общее для нѣкоторыхъ областей, господствующее надъ ними и объединяющее ихъ въ одну общую область, въ противоположность съ партикулярными правами, имѣющими для себя только отдѣльныя области. Это противоположеніе выражается теперь достаточно установившимися терминами: *jus commune, jus particulare*, и въ этомъ смыслѣ выраженіе "общее право" употребляется чаще всего и предпочтительнѣе передъ другими его значеніями. 2, По второмъ, или предметномъ его значеніи, общее право обнимаетъ всѣ находящіяся въ области права даннаго государства отношенія, лица и вещи, въ противоположность съ тѣми юридическими нормами, которыя относятся только къ отдѣльнымъ видамъ или классамъ лицъ, вещей или отношеній: какъ напримѣръ, обще-гражданское и особое торговое, общее вещное право и особое право движимыхъ и недвижимыхъ имуществъ, общее договорное право и особенное право

договора купли, продажи, найма и т.д. Это противоположеніе выражается теперь словами: *jus generale и jus speciale*. 3. Наконецъ, въ своемъ третьемъ или логическомъ значеніи "общее право" означаетъ право, составляющее общее правило съ его естественными логическими послѣдствіями, въ противоположность исключеніямъ изъ него, допускаемымъ изъ какихъ-либо особыхъ основаній. Эти исключенія называются привилегіями, которыя дѣлятся на общія, составляющія часть дѣйствующаго объективнаго права, и спеціальныя, основанныя на пожалованіи отдѣльныхъ субъективныхъ правъ отдѣльнымъ и опредѣленнымъ лицамъ. Общее право въ этомъ значеніи называлось у римлянъ *jus commune* или *ratio legis*, аномальное же объективное право - *jus singulare или privilegium*. Что касается взаимнаго отношенія между означенными тремя значеніями выраженія "общее право", то эти значенія не зависятъ другъ отъ друга и связываются между собою самымъ различнымъ образомъ. Такъ напримѣръ, географически-общее право можетъ быть какъ общимъ, такъ и спеціальнымъ въ смыслѣ предмета и составлять собою какъ нормальное правило, такъ и аномалію. То же самое слѣдуетъ сказать и о партикулярномъ правѣ. Наконецъ, какъ общее, такъ и спеціальное право въ смыслѣ предмета бываетъ и нормально и аномально. Считать поэтому партикулярное право видомъ спеціальнаго, какъ это думаютъ нѣкоторые юристы, или выставлять такія трихото-

мѣи - jus generale, jus speciale seu singulare или j. com. s. g. значитъ поступать неправильно и смѣшивать вмѣстѣ принципы совершенно различныхъ классификацій. Въ дальнѣйшемъ изложеніи мы будемъ имѣть въ виду только географическое различіе между общимъ и партикулярнымъ правомъ, такъ какъ оно, какъ было уже сказано, есть вмѣстѣ съ тѣмъ и самое важное. Кромѣ того два остальныхъ противоположенія общаго и особеннаго, общаго и аномальнаго права - не требуетъ особеннаго развитія, такъ какъ первое кладется и такъ въ основаніе изложенія всей системы гражданскаго права, а со вторымъ мы встрѣтимся еще, когда будемъ говорить о субъективныхъ правахъ. Итакъ, обратимся прямо къ противоположенію общаго и партикулярнаго права, въ смыслѣ различнаго пространства дѣйствій того и другого, и разсмотримъ его сперва съ догматической, а потомъ - съ исторической стороны.

30. ПРОТИВОПОЛОЖНОСТЬ ОБЩАГО И МѢСТНАГО ПРАВА СЪ ДОГМАТИЧЕСКОЙ СТОРОНЫ.

Понятіе общаго права въ географическомъ смыслѣ и противоположеніе его партикулярному праву основаны, какъ было уже замѣчено, на отношеніи большей территоріи права къ ея отдѣльнымъ частямъ. Каждое право имѣетъ опредѣленную и географически ограниченную область, которой оно управляетъ и ко-

торой оно вмѣстѣ съ тѣмъ ограничивается. Предѣлы этой области опредѣляются дѣйствующими въ ней источниками права. Насколько извѣстная область владѣетъ общими источниками права или общими правообразованіями, основанными на обычаѣ или законѣ, настолько же она владѣетъ и общимъ правомъ. Но рядомъ съ послѣднимъ возможно и необходимо возникновеніе и существованіе партикулярныхъ правъ и при томъ двоякимъ путемъ: 1| или отдѣльныя мѣстности удерживаютъ для себя, рядомъ съ общими источниками права, свои особые источники, свои особыя правообразованія, 2| или само общее законодательство, рядомъ съ общимъ правомъ для цѣлой территоріи, издаетъ еще особыя юридическія нормы для отдѣльныхъ частей этой территоріи, въ виду особыхъ потребностей этихъ частей. Такое раздѣленіе общаго и партикулярнаго права происходитъ въ большей или меньшей степени во всѣхъ государствахъ и оно лежитъ въ природѣ всякаго нормальнаго правообразованія, такъ какъ каждый сколько нибудь значительный народный или правовой организмъ состоитъ изъ различныхъ болѣе или менѣе самостоятельныхъ членовъ, которые рядомъ съ общею жизнью имѣютъ свою особую юридическую жизнь, свои особыя воззрѣнія, потребности, отношенія и потому именно желаютъ имѣть рядомъ съ общими и свои особыя права. При этомъ, внутри отдѣльныхъ частей цѣлаго въ каждой части территоріи возможны еще меньшія части, въ которыхъ повторяется въ меньшемъ раз-

мѣръ то же самое отношеніе между общимъ и партикулярнымъ правомъ, такъ что партикулярное право относительно цѣлаго выступаетъ часто релятивно - общимъ правомъ относительно подраздѣленій своей собственной территоріи. Такъ, напримѣръ, "обще-саксонское право" по отношенію къ правамъ отдѣльныхъ саксонскихъ земель является общимъ правомъ, по отношенію же къ "обще-германскому" - мѣстнымъ. Очень существенно для понятія общаго права то, чтобы общность права отдѣлялась рѣзко отъ простого сходства въ права, т.е. отъ такихъ случаевъ, въ которыхъ права различныхъ и самостоятельныхъ правовыхъ областей сходятся между собою только въ своемъ содержаніи, все равно, будетъ ли это сходство случайное или намѣренное. Въ случаяхъ такого сходства не можетъ быть и рѣчи объ общемъ правѣ даже тогда, если одно государство заимствуетъ у другого цѣлое законодательство, какъ напримѣръ, Баденъ и наше царство Польское заимствовали французскій Code civile. Не можетъ же быть тутъ рѣчи объ общемъ правѣ между Баденомъ, Польшей и Франціей просто потому, что понятіе общаго права заключаетъ въ себѣ по существу понятіе единства въ источникахъ права и въ основаніи ихъ обязательной силы. То, что дѣлаетъ право дѣйствительнымъ, состоитъ вовсе не въ содержаніи его, не въ томъ, что въ немъ заключается, такъ какъ встрѣчаются же мертвыя права, не привившіяся къ жизни. Настоящую практическую основу права состав-

ляетъ его примѣняемость, его обязательность, основанная всегда на авторитетныхъ источникахъ права, на законѣ или обычаѣ. Поэтому безъ единства въ источникахъ не можетъ быть никакого единства въ правѣ. Указанные выше случаи простого сходства въ правѣ предлагали называть фактическимъ или матеріальнымъ общимъ правомъ, а случай дѣйствительной общности въ источникахъ права - юридическимъ или формальнымъ общимъ правомъ |Вехтеръ|.Но большинство нѣмецкихъ юристовъ примѣняютъ со времени Толя къ случаямъ такого сходства въ правѣ выраженія "всеобщее право",въ отличіе отъ "общаго права" въ настоящемъ смыслѣ этого слова. Самый трудный вопросъ во всей теоріи общаго права есть вопросъ о границахъ и условіяхъ его дѣйствія. Отвѣчая на этотъ вопросъ,нужно различать общее право, основанное на законѣ, отъ общаго права, основаннаго на обычаѣ. 270с

а. ОБЩЕЕ ПРАВО, ОСНОВАННОЕ НА ЗАКОНѢ.

Законъ можетъ быть источникомъ права только въ предѣлахъ даннаго государства, такъ какъ производящій факторъ закона есть законодательная государственная власть, которая издаетъ законы лишь для подчиненныхъ ей областей. Поэтому и законодательство, общее нѣсколькимъ государствамъ, если только послѣднія дѣйствительно самостоятельны и независимы другъ отъ друга, разрѣшается въ столько же отдѣльныхъ зако-

нодательствъ для каждаго изъ этихъ государствъ, какъ это, напримѣръ, было съ нѣмецкимъ вексельнымъ правомъ до образованія Германской имперіи; именно - вексельное право въ германскихъ государствахъ стало общимъ для всѣхъ этихъ государствъ, но основаніе его обязательности лежало въ особыхъ законодательныхъ актахъ, изданныхъ каждымъ правительствомъ. То же самое было со всѣми остальными постановленіями бывшаго германскаго союза, такъ какъ они сдѣлались настоящими законами для союзныхъ государствъ только чрезъ особые законодательные акты этихъ государствъ. Общее же законодательство для всѣхъ союзныхъ государствъ возможно лишь въ томъ случаѣ и въ такомъ союзѣ, гдѣ центральная власть имѣетъ право непосредственнаго законодательства по отношенію ко всѣмъ членамъ союза, какъ это мы видимъ на примѣрахъ Швейцаріи и Соединенныхъ Штатовъ. Изъ сказаннаго слѣдуетъ, что вопросъ о предѣлахъ дѣйствія общаго права, основаннаго на законѣ, разрѣшается самъ собою отношеніемъ законодательства для цѣлаго государства къ правообразованіямъ отдѣльныхъ его мѣстностей; въ союзныхъ же государствахъ этотъ вопросъ рѣшается опять таки отношеніемъ центральнаго законодательства къ законодательству и другимъ правообразованіямъ отдѣльныхъ союзныхъ государствъ. Напротивъ, въ случаѣ простой общности въ правѣ двухъ или нѣсколькихъ независимыхъ другъ отъ друга государствъ рѣчь можетъ быть не объ общемъ, а лишь о сходномъ

правъ этихъ государствъ. Здѣсь не будетъ общности въ источникахъ, а слѣдовательно не будетъ единства ни въ территоріи права, ни въ самомъ правѣ.

6. ОБЩЕЕ ПРАВО, ОСНОВАННОЕ НА ОБЫЧАѢ.

Относительно обычнаго права вопросъ принимаетъ другой характеръ. Производящимъ факторомъ этого права служитъ не законодательная власть, а юридическая практика самого народа, основанная на наблюденіи типическихъ свойствъ, повторяющихся часто споровъ и сдѣлокъ, практика, находящаяся въ то же время подъ непосредственнымъ вліяніемъ національныхъ и расовыхъ особенностей даннаго народа, унаслѣдованныхъ имъ привычекъ, его историческаго прошлаго и настоящаго, лежащаго въ условіяхъ его жизни, потребностяхъ гражданскаго и торговаго оборота и т.д.Такъ складывается общее, полное, но независимое отъ дѣятельности государственной власти и если одинъ и тотъ же народъ, разбиваясь на нѣсколько государствъ, не теряетъ ни своихъ расовыхъ свойствъ, ни своего историческаго прошлаго и остальнаго наслѣдія предковъ, а продолжаетъ существовать приблизительно въ одинаковыхъ условіяхъ жизни и научнаго развитія, словомъ, сохраняетъ все то, на чемъ основывалось его обычное право, - если онъ въ этихъ условіяхъ и разбивается на нѣсколько государствъ, то понятно, что его обычное право можетъ продолжать свое существованіе

во всѣхъ этихъ государствахъ, можетъ быть общимъ для нихъ всѣхъ, не взирая на раздѣляющія ихъ политическія границы. Въ доказательство возможности такого общаго права, основаннаго на обычаѣ для многихъ независимыхъ государствъ, - что бываетъ невозможно для общаго права, основаннаго на законѣ, - мы укажемъ опять на Германію, которая состояла, какъ извѣстно, до послѣдняго времени изъ массы небольшихъ государствъ, пользовавшихся общимъ имъ всѣмъ обычнымъ правомъ. Эта общность права, основаннаго на обычаѣ не противорѣчитъ вовсе установленному выше понятію общаго права, такъ какъ она основывается здѣсь не на законодательной власти, дѣйствующей только въ предѣлахъ одного государства, а на общности происхожденія юридической науки, судебной практики и на постоянномъ взаимодѣйствіи между родственными другъ къ другу государствами. Но отъ этого общаго обычнаго права нужно отличать случай одного только сходства въ обычаяхъ, которое наблюдается, какъ мы знаемъ, въ исторіи совершенно чуждыхъ другъ другу народовъ вслѣдствіе одинаковыхъ условій ихъ жизни или прохожденія ими однихъ и тѣхъ же фазисовъ развитія. Здѣсь мы опять будемъ имѣть дѣло по недостатку общности въ источникахъ права не съ общими, а лишь со сходными между собою обычаями. Не смотря, однако, на независимость общаго права, основаннаго на обычаѣ, отъ государственной власти, существованіе по-

слѣдней, особенно, если она отличается централистическимъ характеромъ, оказываетъ большое вліяніе и на образованіе общихъ обычаевъ. Чѣмъ сильнѣе политическое единство народа, тѣмъ и національность его развивается въ болѣе единомъ направленіи и тѣмъ единѣе дѣлается естественно и вся его юридическая жизнь. При отсутствіи государственнаго единства общія правообразованія дѣлаются затруднительными, а полное политическое обособленіе должно съ теченіемъ времени уничтожать и общность въ правѣ. Но это фактическое и чисто посредственное вліяніе государственной власти на обычное право не нужно смѣшивать съ юридическимъ основаніемъ послѣдняго, которое не зависитъ, какъ мы видѣли, отъ государственной власти и можетъ поэтому распространяться далеко за ея предѣлы.

в. ОТНОШЕНІЕ ОБЩАГО ПРАВА КЪ МѢСТНОМУ.

Скажемъ теперь въ заключеніе догматической характеристики общаго права, нѣсколько словъ объ отношеніи его къ партикулярному праву. Это отношеніе можетъ быть двоякое: абсолютное и субсидіарное, или восполняющее, почему и общее право называется въ одномъ случаѣ абсолютнымъ, а въ другомъ - субсидіарнымъ. Первымъ оно бываетъ тогда, когда не допускаетъ совсѣмъ противорѣчащихъ ему опредѣленій мѣстна-

го права и стремится навсегда утранить послѣднія. Такое абсолютное общее право возникаетъ, конечно, только посредствомъ закона, а не обычая, такъ какъ обычай характеризуется всегда въ такой же степени тенденціей къ децентрализаціи, въ какой законъ характеризуется тенденціей къ централизаціи, и понятно, что чѣмъ централистичнѣе государство, тѣмъ болѣе его общее право носитъ указанный выше абсолютный характеръ. Въ Римѣ, напримѣръ, все законное право было вмѣстѣ съ тѣмъ и абсолютно общимъ правомъ, тогда какъ въ Германіи существуетъ очень мало опредѣленій, носящихъ такой абсолютный характеръ. Субсидіарное общее право въ противоположность съ абсолютнымъ представляетъ полную свободу партикулярнымъ правообразованіямъ и находитъ примѣненіе только тамъ, гдѣ не встрѣчаетъ противорѣчащихъ ему опредѣленій партикулярнаго права. При этомъ, отношеніе между тѣмъ и другимъ правомъ можетъ быть двоякое: 1| оно можетъ быть такого рода, что общее право составляетъ основаніе для всего дѣйствующаго права вообще, а опредѣленія партикулярнаго права являются только его конкретными видами или формами развитія. Тогда принципъ для дѣйствія общаго и партикулярнаго права выразится слѣдующей формулой: общее право будетъ имѣть силу настолько, насколько оно не вытѣснено и не видоизмѣнено партикулярнымъ правомъ. 2| Отношеніе между общимъ и партикулярнымъ правомъ можетъ быть и иного характера, когда пар-

типулярное право является цѣлымъ и покоящимъ
мѣрѣ въ главныхъ своихъ частяхъ основаніемъ содер-
жанія всего права, а общее право служитъ лишь въ
отдѣльныхъ случаяхъ для дополненія его пробѣловъ.
Принципъ подобнаго отношенія между общимъ и парти-
кулярнымъ правомъ будетъ выражаться такъ: общее
право не имѣетъ силы въ случаяхъ пополненія имъ
пробѣловъ партикулярнаго права. (Съ дѣйствіемъ это-
го принципа мы встрѣчаемся въ нѣкоторыхъ нѣмецкихъ
государствахъ, которыя снабдѣлись особыми кодекса-
ми, касающимися всего законодательства или по край
ней мѣрѣ, нѣкоторыхъ большихъ отдѣловъ его или ин-
ститутовъ и удержали при этомъ общее право для до-
полненія возможныхъ пробѣловъ въ своихъ кодексахъ.
Въ такомъ положеніи находятся между прочимъ Бавіе-
рія и Вертембергъ. Другія нѣмецкія законодатель-
ства держатся, напротивъ, перваго принципа субси-
діарнаго общаго права, по которому оно дѣйствуетъ
всюду, гдѣ только партикулярное право ему не про-
тиворѣчитъ. Абсолютно - общее право, безусловно ис-
ключающее всѣ другіе источники права, мы имѣемъ здѣсь
только въ положеніяхъ общо-имперскаго законодатель-
ства относительно предметовъ, регулируемыхъ этимъ за-
конодательствомъ, которое представляетъ собою по-
этому со времени образованія Германской Имперіи
1871-го года самый сильный въ формальномъ смы-
слѣ источникъ общаго права въ Германіи. Но какъ

какъ имперское законодательство охватываетъ въ Германiи далеко не все право, то предметы, не затрогиваемые этимъ законодательствомъ, принадлежатъ партикулярному праву, которое обнимаетъ собою въ этомъ смыслѣ все право, стоящее внѣ имперскаго законодательства, этого единственнаго обязательнаго для всей Германiи источника общаго права. Въ этомъ смыслѣ партикулярнымъ правомъ въ Германiи должны быть признаны не только провинцiальныя и земскiя права отдѣльныхъ Германскихъ государствъ, какъ напримѣръ, Прусскiй Landrecht, Баварскiй Codex Maximilianeus, Баденская передѣлка французскаго кодекса, Саксонскiй кодексъ 1863 г. и т.д., но и такъ называемое "неписанное общее право Германiи", состоящее изъ рецепированныхъ положенiй Римскаго и удержанныхъ судебной практикой положенiй древне-германскаго права, а также городскiя права и такъ назыв. "Hausgesetze", т.е. спецiальные законы для царствующихъ домовъ и высшихъ дворянскихъ фамилiй, представляющiе собою партикулярное право, ограниченное уже не по пространству своего дѣйствiя, а по личнымъ и сословнымъ признакамъ. Между партикулярными правами такихъ мѣстностей, которыя заключа-

---

ютъ въ себѣ нѣсколько подраздѣленій, стоящихъ другъ къ другу въ отношеніи частей къ цѣлому, партикулярное право, дѣйствующее въ меньшей территоріи или разсчитанное на меньшіе круги, исключаетъ всегда партикулярное право, дѣйствующее въ большей территоріи и разсчитанное на большіе круги. Отсюда - извѣстное положеніе германскаго права, формулируемое слѣдующимъ образомъ: " Wilkür " |автономное положеніе, напримѣръ, статутъ дворянской фамиліи |Recht Landrecht, Landrecht Recht Landrecht, т.е. автономное положеніе исключаетъ городское право, городское право исключаетъ земское. Въ случаяхъ, оставляемыхъ этими партикулярными источниками права безъ разрѣшенія, приходитъ на помощь такъ называемое "субсидіарное общее право" Германіи, опирающееся, какъ было уже сказано, на рецепированныя положенія Corpus juris civilis и на общегерманское правосознаніе, Consuetudo per universam Germaniam. Субсидіарность этого права, въ дополненіе къ приведенному выше положенію: Wilk. Recht Landrecht, Landrecht Recht Landrecht выражается слѣдующими словами: Landrecht Recht gemeines Recht, т.е. земское право исключаетъ общее. Отношеніе же современнаго имперскаго общаго права къ партикулярному можетъ быть наоборотъ выражена такъ: Reichsrecht Recht Landrecht, т.е. имперское право исключаетъ земское. Перейдемъ отсюда къ исторической характеристикѣ противоположе-

нія между общимъ и мѣстнымъ правомъ.

31. ПРОТИВОПОЛОЖЕНІЕ ОБЩАГО И МѢСТНАГО ПРАВА СЪ ИСТОРИЧЕСКОЙ СТОРОНЫ.

При историческомъ разсмотрѣніи понятій "общаго" и "партикулярнаго" права бросается прежде всего въ глаза противоположность между новымъ и древнимъ міромъ. Въ классической древности эти понятія были мало развиты, такъ какъ въ древней Греціи слишкомъ преобладала раздѣльность отдѣльныхъ племенъ и государствъ, а въ Римѣ наоборотъ - единство цѣлаго государства. Поэтому въ греческомъ мірѣ мы не встрѣчаемъ понятія "общаго права", а въ Римѣ не видимъ партикулярнаго. Такимъ образомъ, въ древнемъ мірѣ не могъ и возникнуть вопросъ о различіи между общимъ и партикулярнымъ правомъ, тогда какъ въ новомъ мірѣ противоположеніе между тѣмъ и другимъ встрѣчается въ большей или меньшей степени развитія и съ той или съ другой степенью сознательности этого развитія почти у всѣхъ народовъ и полнѣе всего въ Германіи. Объясненіе различія между древнимъ и новымъ міромъ въ этомъ отношеніи лежитъ отчасти въ томъ, что европейскіе народы первые сознали передъ собою задачу примирить въ своей государственной и общественной жизни равномѣрное развитіе, какъ цѣлаго политическаго организма, такъ и его отдѣльныхъ частей, тогда какъ древній міръ не ставилъ этой задачи и жерт-

вовалъ всѣмъ или индивидуальной свободѣ или государственному единству. Я не имѣю возможности прослѣдить теперь процессъ образованія этого противоположенія между общимъ и партикулярнымъ правомъ въ исторіи права европейскихъ народовъ, хотя этотъ процессъ представляетъ большой интересъ и служитъ объясненіемъ состава всѣхъ дѣйствующихъ въ настоящее время законодательствъ, объясняя въ то-же время характеръ этихъ послѣднихъ и ихъ особенности.Но этотъ вопросъ слишкомъ обширенъ и слишкомъ выходитъ изъ предѣловъ нашего курса; поэтому, не смотря на важность вопроса, я оставлю его разсмотрѣніе въ сторонѣ,ограничившись лишь нѣсколькими самыми общими замѣчаніями. Во первыхъ, нужно сказать, что отношеніе между общимъ и партикулярнымъ правомъ идетъ всегда параллельно съ отношеніемъ между публичнымъ и гражданскимъ правомъ. Пока публичное и гражданское право не отдѣляются другъ отъ друга и представляются смѣшанными и слитыми вмѣстѣ, что мы встрѣчаемъ у всѣхъ народовъ въ началѣ ихъ развитія, - до тѣхъ поръ мы видимъ всюду преобладаніе партикуляризмовъ на счетъ общаго права. По мѣрѣ же обособленія гражданскаго права отъ публичнаго мы замѣчаемъ напротивъ постоянно усиленіе общаго права на счетъ партикулярнаго. Такимъ образомъ, съ выдѣленіемъ гражданскаго права изъ публичнаго, съ выдѣленіемъ, представляющимъ собою предметъ положительнаго прогресса въ исторіи права, мы наблюдаемъ постепенно накопленіе нормъ общаго права,тогда какъ

при противоположномъ процессѣ усиленія публичнаго права на счетъ гражданскаго, исторія права даетъ намъ противоположный результатъ.Отсюда возникаетъ невольно слѣдующій вопросъ, всегда ли партикуляризмы въ правѣ будутъ сохранять свое самостоятельное значеніе, или наступитъ время,когда они исчезнутъ, уступивъ преобладающее мѣсто общности и единству права всѣхъ народовъ? Господствующее на этотъ счетъ мнѣніе считаетъ подобное единство въ правѣ утопіей |Монтескье, Савиньи.Laurent |,но нѣкоторые юристы, какъ напримѣръ, Блунчли| Allgemeine Staatslehre |, предвидятъ въ будущемъ полную гармонію въ правѣ и такую организацію всего міра, которая будетъ основываться на подчиненіи его одному и тому же закону. Не рѣшая за неимѣніемъ всѣхъ необходимыхъ для этого данныхъ вопроса объ осуществимости этого идеала, мы ограничимся указаніемъ на несомнѣнно выступающую въ исторіи европейскихъ законодательствъ тенденцію,если не къ абсолютному единообразію, то къ очень замѣтной общности во всѣхъ основныхъ институтахъ, какъ публичнаго, такъ и гражданскаго права. Сама эта тенденція есть результатъ множества историческихъ фактовъ, изъ числа которыхъ я укажу въ области нравственныхъ идей на христіанство, въ области политическихъ учрежденій и принциповъ на французскую революцію 1789 года и въ области гражданскаго права на распространеніе римскаго

права, прежде всего въ силу извѣстной конституціи Каракаллы, даровавшей права римскаго гражданства всѣмъ подданнымъ римской имперіи и затѣмъ въ силу столь извѣстнаго факта рецепціи того же римскаго права большинствомъ европейскихъ народовъ. Къ тому же порядку фактовъ принадлежатъ рецепція франкскаго права въ началѣ Среднихъ Вѣковъ большинствомъ германскихъ племенъ |см. объ этомъ въ чрезвычайно талантливомъ сочиненіи K. Zeumer's Fränkisches und römisches Recht|, распространеніе Саксонскаго и Швабскаго Зерцалъ во всѣхъ германскихъ государствахъ XIII и XIV в.в. и, наконецъ, въ новое время – огромное вліяніе, оказанное французскимъ Code civile на новѣйшія законодательства обоихъ полушарій. Всѣ эти факты содѣйствовали въ значительной степени установленію однихъ и тѣхъ же взглядовъ на многіе вопросы права и обобщенія юридическихъ принциповъ, получающихъ все большее и большее значеніе у народовъ, которые забрасываютъ постепенно свои мѣстные обычаи и руководствуются въ своей юридической жизни кодифицированнымъ правомъ, основаннымъ у всѣхъ культурныхъ народовъ на приблизительно однихъ и тѣхъ же принципахъ. Поэтому, если за нами будетъ признано право умозаключать отъ прошлаго къ будущему, то идеалъ единаго и общаго для всѣхъ культурныхъ народовъ права, различающагося только въ своихъ деталяхъ, покажется намъ вовсе не такимъ утопическимъ, какимъ онъ

представляется большинству юристовъ, которые держатся въ этомъ вопросѣ традицій исторической школы и очевидно преувеличиваютъ значеніе національности въ правѣ. Идеалъ, о которомъ у насъ теперь идетъ рѣчь, можетъ считаться даже въ настоящее время почти осуществленнымъ относительно одной отрасли права, гдѣ различія между законодательствами сводятся только къ подробностямъ, а не къ сущности дѣла. Это - область торговаго права, гдѣ мы видимъ, какъ съ одной стороны необыкновенное развитіе путей сообщенія, произведенное успѣхами современнаго знанія, а съ другой стороны одинаковыя во всѣхъ странахъ потребности въ быстротѣ оборота, обезпеченности права и кредита, требуемомъ торговыми операціями, - придаютъ торговлѣ все болѣе и болѣе международный характеръ, заставляя говорить, что торговля не имѣетъ отечества, и въ соотвѣтствіи съ этимъ приводятъ и торговое право къ установленію приблизительно однихъ и тѣхъ же нормъ для торговыхъ операцій всѣхъ странъ и всѣхъ народовъ. Та же тенденція, какъ было уже замѣчено, присуща и чисто-гражданскому праву, но внутри его институтовъ слѣдуетъ обратить вниманіе на слѣдующее важное различіе. Не всѣ институты гражданскаго права съ одинаковою скоростью принимаютъ въ себя элементы общаго права; одни институты дѣлаются гораздо легче и скорѣе общими, чѣмъ другіе, удерживающіе несравненно дольше свои партикулярныя свойства и вообще поддаваясь труднѣе процессу обобще-

нія. Замѣчательно,что институты имущественнаго права раньше другихъ выдѣляются изъ публичнаго права и раньше прочихъ институтовъ пріобрѣтаютъ характеръ общности,тогда какъ институты семейнаго права сохраняютъ гораздо устойчивѣе и продолжительнѣе свои партикулярныя черты и гораздо позже институтовъ имущественнаго права переходятъ къ стадіи общности. Далѣе и внутри институтовъ имущественнаго права замѣчается новое различіе въ степени приближенія ихъ къ общности: раньше всего пріобрѣтаютъ общность институты имущественные inter vivos, наслѣдственное же право характеризуется до сихъ поръ партикуляризмами; институты движимыхъ имуществъ получаютъ общность раньше, чѣмъ институты недвижимыхъ имуществъ; институты обязательственнаго раньше, чѣмъ институты вещнаго права и т.д....

За развитіемъ и выясненіемъ этого вопроса о противоположеніи между общимъ и партикулярнымъ правами я предлагаю вамъ обратиться къ книгѣ проф. Дювернуа; въ ней эти вопросы обработаны особенно внимательно,и тамъ вы найдете много иллюстрацій и указаній, способныхъ разъяснить состояніе и составъ современныхъ законодательствъ, я же ограничусь сказаннымъ и перейду къ разсмотрѣнію положенія этого вопроса въ нашемъ законодательствѣ.

32. ИСТОЧНИКИ РУССКАГО ПРАВА.

Обращаясь къ судьбамъ общаго права въ Россіи,

мы должны прежде всего сказать, что отсутствіе въ нашемъ правѣ до Московскаго періода условій для его формальнаго единства и господство субъективнаго начала въ правообразованіи были крайне неблагопріятны для развитія понятія общаго права. Движеніе права совершалось у насъ долго посредствомъ договоровъ, практики отдѣльныхъ княжескихъ указовъ, постановленій вѣча, практики мѣстныхъ судовъ и т. п. Процессъ постепеннаго накопленія и формулированія матеріаловъ права виденъ даже на спискахъ "Русской Правды": въ древнѣйшемъ спискѣ ея очень немного статей, къ которымъ прибавлялись потомъ другія статьи путемъ постепенной приписки. Затѣмъ и явное преобладаніе въ Псковской, Новгородской и другихъ появившихся послѣ Русской Правды грамотахъ формальной и процессуальной стороны права надъ его матеріальной стороной - указываетъ, какъ объ этомъ было говорено, на начальную ступень развитія права, въ которомъ нѣтъ или еще очень слабо самое представленіе объ обще-обязательной юридической нормѣ, и гдѣ формальное или процессуальное право преобладаетъ явно надъ матеріальнымъ или гражданскимъ. Отсюда слѣдуетъ само собою заключеніе и о недостаточности сознанія въ древней Россіи противоположенія между общимъ и партикулярнымъ правомъ, которое еще болѣе затруднялось слабостью политической связи между отдѣльными славянскими племенами. Поэтому и утвержденіе Пахмана въ его "Исторіи кодификацій", что Русская Правда была въ древней Руси

источникомъ общаго права, является совершенно голословнымъ и опровергается вдобавокъ кромѣ упомянутыхъ сейчасъ соображеній, также самимъ Пахманомъ приводимыми фактами. А именно, большая часть списковъ Русской Правды найдена на сѣверѣ Россіи, указанія на нее встрѣчаются преимущественно въ Новгородскихъ лѣтописяхъ, а юридическіе памятники повднѣйшаго времени, дѣйствовавшіе въ различныхъ областяхъ Россіи, о ней вовсе не упоминаютъ. Изъ всего этого не можетъ быть иного заключенія, кромѣ того, что Русская Правда была сборникомъ не общаго, а лишь партикулярнаго обычнаго права тѣхъ славянскихъ племенъ, для которыхъ она была составлена. Подобный же характеръ Новгородской и другихъ грамотъ еще несомнѣннѣе, такъ что начало образованія общаго права въ Россіи можно относить только ко времени Московской централизаціи, когда княжеская власть настолько усилилась, что сдѣлалась центромъ правообразованія и могла издавать законы, обязательные для всѣхъ подчиненныхъ ей областей. Сюда принадлежатъ оба Судебника и знаменитое Уложеніе царя Алексѣя Михайловича 1649 г. Характеризующія эти сборники преобладаніе идеи государственнаго управленія и слабое развитіе гражданскаго права повторяются во всѣхъ позднѣйшихъ законодательныхъ актахъ и объясняются политическими условіями, не дававшими возможности обособленію правъ личности. Порядокъ изложенія, сходный съ Юстиніановымъ законодательствомъ и начинающійся съ процессуальныхъ опре-

дѣленiй,указываетъ въ свою очередь на то же переживанiе древняго судебнаго представленiя о правѣ, которое мы уже констатировали въ римскомъ и въ правѣ другихъ народовъ. Но Уложенiе 1649 г. перестало скоро удовлетворять потребностямъ времени;жизнь двигалась впередъ и вызывала изданiе новыхъ законовъ, которые противорѣчили часто Уложенiю и при своемъ изобилiи затрудняли практику. Поэтому Петръ I и рѣшилъ указомъ 1700 г. "снести" Уложенiе 1649 г. съ постановленiями, послѣ него состоявшимися, и составивъ для этой цѣли, такъ называемую, Уложенную Палату, состоявшую изъ бояръ, окольничьихъ,стольниковъ,думныхъ дьяковъ и проч.Но дѣятельность этой коммиссiи не дала никакихъ практическихъ результатовъ, такъ же какъ не дала ихъ дѣятельность и всѣхъ другихъ коммиссiй, собиравшихся для кодификацiонныхъ цѣлей до самаго царствованiя Николая I. Что касается Екатерины II, прославившейся столькими преобразованiями въ области государственнаго управленiя, то она приняла, правда,живое участiе въ дѣлѣ кодификацiи, учредивъ для этой цѣли уже восьмую по счету "коммиссiю о сочиненiи проекта новаго Уложенiя" и издавъ въ то же время для руководства этой коммиссiи свой знаменитый "Наказъ", въ основанiе котораго были положены всѣ просвѣтительныя идеи XVIII вѣка. Но идеи эти потомъ были взяты назадъ и возвращены по принадлежности ихъ законнымъ владѣльцамъ на Западѣ, и Екатерининская коммиссiя была, какъ извѣстно, распущена,не

окончивъ своего дѣла. Александръ I также приступался къ кодификаціи,и къ его царствованію относится извѣстный проектъ Гражданскаго Уложенія 1809 года, составленный гр. Сперанскимъ по образцу французскаго кодекса и другіе проекты, принадлежащіе къ этому же времени. Но ни одному изъ этихъ проектовъ не суждено было получить санкцію закона. Наконецъ,наше правительство въ лицѣ Николая I оставило мысль о новыхъ уложеніяхъ и остановилось на сводѣ существующихъ уже законовъ, изъ которыхъ должно было быть исключено все, что перестало дѣйствовать,но дѣйствующее оставлено безъ всякихъ измѣненій по существу.Для осуществленія этой цѣли онъ назначилъ въ 1826 году коммиссію, которая подъ предсѣдательствомъ того же Сперанскаго выработала два обширныхъ сборника законовъ, дѣйствующихъ по настоящее время и извѣстныхъ подъ именемъ "Полнаго Собранія" и "Свода законовъ Россійской Имперіи". Съ исторіей кодификаціи этихъ сборниковъ, равно какъ и кодификацій предшествующихъ періодовъ вы можете познакомиться по обширному,хотя и довольно слабому сочиненію Пахмана"Исторія кодификацій гражданскаго права въ Россіи" 2 т.Я же ограничусь нѣсколькими самыми общими указаніями по поводу состава и характера свода законовъ."Полное Собраніе Законовъ Россійской Имперіи" состоитъ изъ подлинныхъ постановленій, указовъ и узаконеній,издававшихся нашими царями, начиная отъ 1649 г. по настоя-

щее время. Оно расположено въ хронологическомъ порядкѣ и издано въ первый разъ въ 1830 г. Позже было издано "Второе полное собраніе", куда вошли сверхъ прежнихъ законовъ и новыя узаконенія съ 1825 по 1867 г.г., послѣдующіе же законы собираются вмѣстѣ и издаются время отъ времени въ видѣ дополненія ко второму полному собранію законовъ. Вслѣдствіе расположенія юридическаго матеріала въ хронологическомъ порядкѣ и огромнаго количество томовъ |50| "Полное Собраніе Законовъ" было признано неудобнымъ для пользованія и потому значеніе практическаго источника права имѣетъ у насъ не это собраніе, а "Сводъ Законовъ Россійской Имперіи", представляющій собою систематическую выборку отдѣльныхъ положеній изъ перваго сборника. Что касается отношенія между Полнымъ Собраніемъ и сводомъ законовъ въ юридическомъ смыслѣ,то оно таково, что статьи Свода признаются единственнымъ основаніемъ при рѣшеніи дѣлъ, а текстъ законовъ,помѣщенный въ Полномъ Собраніи, служитъ только указаніемъ источниковъ, изъ которыхъ составлены статьи, и самъ собою въ дѣлахъ не употребляется. Въ Государственномъ совѣтѣ, когда обсуждались оба эти сборника, было выражено предположеніе признать статьи Свода не единственными и исключительными, а дѣйствующими въ тѣхъ только случаяхъ, гдѣ нѣтъ сомнѣнія ни о существованіи, ни о смыслѣ закона; въ случаяхъ же такого сомнѣнія предполагалось прибѣгать къ самому тексту законовъ. Предполагалось также признать

текстъ Собранія законовъ единственнымъ основаніемъ для рѣшенія дѣлъ, а статьи Свода только средствомъ вспомогательнымъ къ ихъ пріисканію. Но оба предположенія были отклонены, и текстъ Свода признанъ единственнымъ дѣйствующимъ у насъ законодательствомъ. Отсюда слѣдуетъ, что "Сводъ" отмѣняетъ все предшествующее законодательство, и та или другая статья его получаетъ силу не изъ того закона, откуда она извлечена, но изъ одного обнародованія ея въ составѣ Свода, и поэтому же та или другая статья его можетъ быть и показана извлеченной по ошибкѣ или недоразумѣнію.

Этотъ Сводъ изданъ въ первый разъ въ 1832 году; потому онъ имѣлъ еще два изданія, въ 1842 и 1857 г.г., изъ которыхъ послѣднее изданіе значительно измѣнено сравнительно съ первыми и слѣдовательно является по отношенію къ нимъ новымъ законодательствомъ. Законы, выходящіе по изданіи Свода, собираются въ Сборникѣ, издающемся подъ названіемъ "Продолженій къ Своду законовъ"; послѣднее сводное продолженіе обнимаетъ постановленія по 1-ое января 1876 года. Въ настоящее время приготовляется новое изданіе Свода, въ которомъ эти "Продолженія" будутъ помѣщены въ соотвѣтствующія рубрики, и затрудненія, вызываемыя ихъ пользованіемъ, устранятся. Весь Сводъ состоитъ изъ 15 томовъ, между которыми самое важное значеніе для насъ имѣетъ томъ X, первая часть котораго называется "Сводомъ законовъ гражданскихъ". Однако, незави-

симо отъ I ч. X т. постановленія гражданскаго права встрѣчаются и въ другихъ частяхъ этого тома, котораго 2-ая часть говоритъ о судопроизводствѣ и взысканіяхъ гражданскихъ, а 3-тья содержитъ въ себѣ законы меновые. 2-ая часть X тома замѣнена теперь Судебными Уставами 1864 года, между частями которыхъ особенный интересъ для насъ опять представляетъ Уставъ гражданскаго Судопроизводства, такъ какъ онъ заключаетъ въ себѣ много постановленій и матеріальнаго права. Но кромѣ 3-хъ частей X тома и Судебныхъ уставовъ, законы гражданскаго права разбросаны и по другимъ томамъ Свода. Такъ, напримѣръ, въ IX т. изложены законы о поземельныхъ и другихъ отношеніяхъ крестьянъ, въ XI т. изложены законы торговые, уставы: кредитный, ремесленный, заводской и фабричной промышленности; въ XII т. мы находимъ постановленія о гражданскихъ правахъ колонистовъ; въ томахъ отъ I до III, посвященныхъ казенному управленію, излагаются также гражданскіе законы, на сколько они касаются казеннаго хозяйства и т.д.; но такъ какъ мы предполагаемъ заниматься только общимъ гражданскимъ правомъ, то и ограничимъ наши отношенія къ Своду, преимущественно I-ой частью X тома и скажемъ прежде всего объ ея системѣ. Она чрезвычайно напоминаетъ римско-французскую систему, и Сперанскій заявляетъ, что планъ Свода составленъ по образцу римскаго, французскаго и австрійскаго законодательствъ. Но исключительность матеріаловъ Свода, въ который кромѣ указовъ стара-

го времени не вошло почти ничего изъ того, что обыкновенно входитъ и должно входить во всякій законодательный кодексъ |сборники обычаевъ, сочиненія юристовъ, судебная практика и проч.|, произвела то, что хотя въ немъ и дѣйствительно оказалось много предметовъ, какихъ нѣтъ въ другихъ уложеніяхъ, но самъ авторъ плана вынужденъ былъ сознаться въ слѣдующемъ: "сколько объемъ нашего Свода обширенъ и полонъ, столько составныя его части недостаточны и скудны". Особенною же недостаточностью и скудостью, не встрѣчающимися ни въ одномъ европейскомъ кодексѣ, отличается нашъ "Сводъ законовъ гражданскихъ". Здѣсь нѣтъ ни общихъ руководящихъ положеній, ни строгихъ опредѣленій институтовъ и юридическихъ понятій, ни выдержанности, ни послѣдовательности, ни даже ясности. Крайняя скудость въ содержаніи отдѣловъ, большое количество статей и ссылокъ къ нимъ по вопросу о недвижимыхъ имуществахъ съ рѣзкими сословными различіями въ ихъ обладаніи и чрезвычайная бѣдность въ опредѣленіи понятія имущества вообще и движимаго въ частности; множество постановленій о бракѣ, основанныхъ на конфессіональныхъ соображеніяхъ, и ни одного положенія, которое признавало бы права личности, начала вѣротерпимости, равенства передъ закономъ и другіе принципы, положенные въ основаніе гражданскаго порядка всѣхъ цивилизованныхъ народовъ; далѣе, масса правилъ о различныхъ обрядностяхъ, формахъ актовъ, гербовыхъ сборахъ и другихъ формальностяхъ, которыя

ва ихъ малымъ отношеніемъ къ гражданскому праву могли быть съ большимъ удобствомъ отнесены въ особый процессуальный или нотаріальный уставъ, и при этомъ крайняя бѣдность статей по договорному праву, въ которомъ одни изъ договоровъ только намѣчены и почти исключительно съ внѣшней, формальной стороны, а другіе оставлены совсѣмъ безъ вниманія; - все это составляетъ крупные недостатки нашихъ гражданскихъ законовъ, которые сознаются теперь всѣмъ обществомъ, и которые выступятъ предъ нами во всей своей наготѣ при обзорѣ отдѣльныхъ институтовъ гражданскаго права. Не останавливаясь дальше на недостаткахъ нашихъ гражданскихъ законовъ, мы передадимъ здѣсь вкратцѣ порядокъ ихъ изложенія. Все содержаніе I ч. X т. дѣлится на 4 книги. Книга первая говоритъ о правахъ и обязанностяхъ семейныхъ распадаясь, въ свою очередь, на 3 раздѣла: а| о союзѣ брачномъ, в| о союзѣ родителей и дѣтей и союзѣ родственномъ, с| объ опекѣ и попечительствѣ въ порядкѣ семейственномъ. Разсматривая эту первую книгу X т. въ связи съ предшествующимъ ему IX т., гдѣ говорится о состояніяхъ лицъ, нельзя не замѣтить полнаго соотвѣтствія настоящаго отдѣла съ римской рубрикой de personis. Книга вторая говоритъ о порядкѣ пріобрѣтенія и укрѣпле-

---

ніи правъ на имущество вообще", различая здѣсь различнаго рода имущества по свойству вещей |движимыя, недвижимыя|, по ихъ принадлежности |государственныя, общественныя, частныя|, по ихъ наличности |долговыя и наличныя| и, наконецъ, по существу и пространству разныхъ правъ на нихъ |собственность, владѣніе и пр.| Книга третья опредѣляетъ "порядокъ пріобрѣтенія и укрѣпленія правъ на имущество въ особенности", толкуя о дареніи, приданомъ, выдѣлѣ, пожалованіи, наслѣдованіи по закону, мѣнѣ и куплѣ-продажѣ. Наконецъ, книга четвертая и послѣдняя заключаетъ въ себѣ постановленія "объ обязательствахъ по договорамъ". Не трудно замѣтить, что три послѣднія книги X т. I ч. буквально соотвѣтствуютъ римскому отдѣлу de rebus и французскому de biens, а въ двухъ первыхъ изданіяхъ свода за этимъ отдѣломъ слѣдовали еще три книги о возстановленіи нарушенныхъ правъ, о судопроизводствѣ и взысканіяхъ гражданскихъ, соотвѣтствовавшія римской рубрикѣ de actionibus.

Но въ 3-мъ изданіи Свода процессуальное право было выдѣлено и помѣщено во 2-ой части X тома, замѣненной нынѣ Судебными Уставами. Такимъ образомъ, мы видимъ, что нашъ X т. слѣдуетъ системѣ римскихъ институцій, хотя и не вполнѣ выдерживаетъ ее, такъ напримѣръ, законы о правѣ вознагражденія и о судебной защитѣ онъ помѣщаетъ во 2-ой книгѣ, тогда какъ мѣсто ихъ по римской системѣ должно было бы быть въ

четвертой. О недостаткахъ римско-французской системы изученія гражданскаго права было говорено уже достаточно и мы не будемъ повторять сказаннаго по поводу системы X тома. Отмѣтимъ лучше еще разъ тотъ важный фактъ, что всѣ или по крайней мѣрѣ большинство содержащихся въ нашемъ Сводѣ законовъ составляетъ общее право Россіи, отличающееся отъ нѣкоторыхъ дѣйствующихъ въ ней мѣстныхъ законовъ тѣмъ, что право, заключающееся въ Сводѣ, не ограничивается какою либо частью территоріи Россіи, а распространяется на всю Россію, кромѣ изъятыхъ изъ его дѣйствія мѣстностей, въ которыхъ оно, однако, также входитъ въ силу *ipso jure*, если только мѣстный законъ почему либо отмѣняется.

3. ОТНОШЕНІЕ ОБЩАГО ПРАВА КЪ МѢСТНОМУ ВЪ РОССІИ И ИСТОЧНИКИ ПОСЛѢДНЯГО.

Изъ сказаннаго видно, что отношеніе между мѣстнымъ, или партикулярнымъ и общимъ правомъ въ Россіи таково, что первое въ извѣстныхъ частяхъ государства исключаетъ второе. Согласно съ этимъ ст.48 основныхъ законовъ и постановляетъ: "законы Имперіи дѣйствуютъ или единообразно въ общей ихъ силѣ или съ мѣстными, въ нѣкоторыхъ ихъ частяхъ, измѣненіями. Пространство сихъ измѣненій, мѣста, гдѣ они допускаются и связь ихъ съ законами общими опредѣляется въ особыхъ законахъ, учрежденіяхъ и уставахъ". Та-

кіе мѣстные законы существуютъ въ Польшѣ, Финляндіи, Остзейскихъ губ., Бессарабіи, Грузіи и у нѣкоторыхъ инородцевъ и иностранныхъ колонистовъ. По отношенію къ общимъ законамъ эти мѣстности находятся въ двоякомъ положеніи: однѣ изъ нихъ вполнѣ недоступны для общихъ законовъ, дѣйствующихъ по всей Россіи и подчинены исключительно своимъ мѣстнымъ законамъ; таково положеніе Финляндіи, Остзейскаго края и бывшаго Царства Польскаго. Другія мѣстности, какъ напримѣръ, Бессарабія, Закавказье и мѣстопребыванія нѣкоторыхъ инородцевъ и колонистовъ открыты дѣйствію общихъ законовъ только отчасти, а именно въ формѣ дополненія ими мѣстныхъ законовъ, такъ что въ этихъ мѣстностяхъ мѣстное право, которое вообще представляетъ большіе пробѣлы, восполняетъ общее.

Въ Польшѣ дѣйствовали до конца прошлаго столѣтія постановленія королей, сеймовыя конституціи, Литовскій Статутъ и разныя городскія права. Въ началѣ нынѣшняго вѣка къ перечисленнымъ источникамъ права присоединился еще французскій Code civile, дѣйствіе котораго не прекратилось и по присоединеніи Польши къ Россіи. Наконецъ, въ 1825 г. изданъ здѣсь новый кодексъ подъ именемъ "Гражданское Уложеніе Царства Польскаго", въ основаніе котораго положены опять Code civile и нѣкоторыя мѣстныя узаконенія. Система изложенія римско-французская.

Въ Финляндіи дѣйствуютъ законы шведскіе - Уло-

женіе 1734 г., слѣдующее своей собственной системѣ и удержанное Финляндіей по присоединеніи ея къ Россіи съ 1808 года. Въ Остзейскихъ губерніяхъ мѣстные законы состоятъ изъ множества элементовъ: постановленій римскаго права |Дигесты Юстиніана|, каноническаго, германскихъ имперскихъ законовъ, - все это принесли съ собою рыцари ордена меченосцевъ; затѣмъ мы встрѣчаемъ здѣсь законы польскіе, шведскіе и отчасти русскіе; города еще имѣютъ свои статуты, - словомъ, такая масса источниковъ права, что въ одной Курляндской губерніи насчитываютъ ихъ до 231. Желаніе пересмотрѣть и объединить эти законы было заявлено еще Петру I, но кодификація ихъ совершилась лишь въ 1864 году, когда появился "Сводъ гражданскихъ узаконеній губерній Остзейскихъ". Этотъ сводъ чрезвычайно обширенъ, заключаетъ въ себѣ 4600 статей и составленъ по образцу Баварскаго *Codex Maximilianis civilis*, принадлежащаго также къ римско-французской системѣ. Въ Малороссіи до 1842 года дѣйствовало также партикулярное законодательство въ формѣ Литовскаго статута и Магдебургскаго права, сила которыхъ была признана царемъ Алексѣемъ Михайловичемъ при присоединеніи Малороссіи къ Московскому государству. Литовскій статутъ состоялъ изъ обычаевъ литовскихъ, польскихъ, русскихъ и изданъ былъ въ первый разъ королемъ Сигизмундомъ въ 1529 году; потомъ были слѣдующія изданія, въ которыя вошли многія положенія римскаго права; но не смотря на эти-

ствованія Статутъ всетаки оставался сборникомъ мѣстнаго обычнаго права. Онъ касался,главнымъ образомъ, отношеній сельскаго сословія, такъ какъ городское устройство и права торговыхъ сословій опредѣлялись въ силу королевскихъ привилегій самими городами, которые и заимствовали для себя устройство и право города Магдебурга, считавшееся образцовымъ между статутными правами въ Германіи. Дѣйствіе Литовскаго статута и Магдебургскаго права было признано въ Малороссіи и при первомъ изданіи нашего Свода законовъ въ 1832 году, но въ 1842 г.при второмъ изданіи гражданскихъ законовъ самостоятельное существованіе означенныхъ памятниковъ прекратилось,и въ Сводъ вошли лишь немногія статьи Статута, въ видѣ изъятій изъ общихъ законовъ, установленныхъ для губерній Черниговской и Полтавской. Такимъ образомъ,относительно упомянутыхъ губерній нашъ Сводъ законовъ гражданскихъ содержитъ въ себѣ,очевидно,рядомъ съ общимъ правомъ для всей Россіи и партикулярное право однихъ этихъ губерній.

Въ Бессарабской области существуютъ также особые источники права. Главные изъ нихъ - шестикнижье Арменопулла и собраніе законовъ Донича - составлены по системѣ, довольно близкой къ германской.

Въ Грузіи сохраняются до сихъ поръ законы царя Вахтанга I-го, изданные во второй половинѣ XVII вѣка и состоящіе изъ законовъ Моисея, законовъ гре-

ческихъ, грузинскихъ и, наконецъ, постановленій самого царя Вахтанга. Сила этихъ законовъ была признана Александромъ при присоединеніи Грузіи къ Россіи. Но въ настоящее время во всемъ Закавказьѣ введены общіе законы, а Вахтанговы, хотя и допускаются, какъ изъятія изъ общаго правила, но уже почти не примѣняются. Особые законы дѣйствуютъ у насъ и для иностранныхъ колонистовъ губерній: Саратовской, Ставропольской, Лифляндской, Петербургской и Закавказья. Они получаютъ на особыхъ основаніяхъ поземельные надѣлы, пользуются особыми правами относительно вступленія въ обязательства, опеки и т.д. Эти законы изложены во 2-ой части XI т. Свода законовъ. Наконецъ, существуютъ особыя постановленія для инородцевъ. Они живутъ большею частью по своимъ обычаямъ, но въ виду недостаточности послѣднихъ, а иногда и черезмѣрной жестокости ихъ, правительство старается установить для инородцевъ особыя исключительныя правила. Такъ напримѣръ, въ X и XI томахъ Свода законовъ попадаются различныя изъятія изъ общихъ правилъ, устанавливаемыя для инородцевъ, особыя правилъ объ ихъ наймѣ и проч. Такимъ образомъ, здѣсь Сводъ даетъ опять постановленія партикулярнаго права, относительно которыхъ слѣдуетъ еще замѣтить, что инородцы подчиняются своимъ мѣстнымъ законамъ не какъ инородцы вообще, а какъ инородцы, живущіе въ извѣстныхъ мѣстностяхъ, точно такъ же, какъ право управляться мѣстны-

ми обычаями признается за нашими крестьянами не вообще, а за крестьянами, живущими въ деревнѣ и подчиненными юрисдикціи волостныхъ судовъ. Говоря другими словами, партикулярныя права подчинены теперь у насъ, какъ и всюду, дѣйствію территоріальнаго, а не личнаго или племеннаго начала.

За исключеніемъ указанныхъ мѣстностей и народностей, единственнымъ источниковъ законовъ гражданскихъ во всѣхъ коренныхъ русскихъ губерніяхъ и во всей Россійской Имперіи вообще служитъ, какъ было сказано, "Сводъ законовъ Россійской Имперіи". Но недостатки этого "Свода",о которыхъ уже было говорено, такъ значительны и положенные въ его основаніе юридическіе матеріалы XVII и XVШ в.в. до такой степени устарѣли, что потребность въ новомъ законодательствѣ, которое болѣе соотвѣтствовало бы измѣнившимся условіямъ жизни и новымъ воззрѣніямъ на общественныя и гражданскія отношенія, чувствуется теперь въ нашемъ обществѣ сильнѣе, чѣмъ когда-нибудь. Сознаніе необходимости такого новаго законодательства было не чуждо и самимъ составителямъ "Свода", такъ какъ они хорошо видѣли, что приготовленная ими работа была вовсе не новымъ кодексомъ, соотвѣтствующимъ современнымъ ему условіямъ жизни,а только историческимъ сборникомъ старыхъ постановленій, соединенныхъ лишь во внѣшнюю систему и приправленныхъ немногими заимствованіями изъ французскаго и другихъ европейскихъ за-

конодательствъ. Поэтому Сперанскій говорилъ прямо, что Сводъ есть не Уложеніе, а лишь матеріалъ для будущаго Уложенія. Сборы къ составленію этого послѣдняго шли во все продолженіе царствованія Александра II и ознаменовались только назначеніемъ множества коммиссій, которымъ поручалась обработка отдѣльныхъ вопросовъ и институтовъ гражданскаго права, особенно требовавшихъ скорѣйшаго измѣненія и новой законодательной регламентаціи. Планъ состоялъ, слѣдовательно, въ измѣненіи "Свода" и въ введеніи новой кодификаціи по частямъ, по отдѣльнымъ институтамъ права; съ этою цѣлью были назначены особыя коммиссіи для составленія гипотечнаго устава, новаго регулированія правъ по обязательствамъ и договорамъ, новаго положенія объ опекѣ, о договорѣ найма и т.д. Всѣ эти предположенія остались, однако, безъ осуществленія, такъ какъ большинство коммиссій не выражало своей дѣятельности ни однимъ внѣшнимъ актомъ, т.е. не оглашало даже своихъ работъ, если только таковыя производились; выработанные же нѣкоторыми изъ нихъ проекты, какъ напримѣръ, проектъ гипотечнаго устава, не получили до сихъ поръ силы закона. Въ настоящее время большинство этихъ коммиссій кажется упразднены и замѣнены одной Кодификаціонной коммиссіей, для составленія общаго гражданскаго уложенія, долженствующаго отмѣнить дѣйствующій донынѣ "Сводъ законовъ гражданскихъ" во всемъ его цѣломъ и ввести новое и общее для всей

Россiи гражданское законодательство. Недавно появился спецiальный проектъ объ опекѣ, который хотятъ провести раньше, чѣмъ будетъ составлено общее законодательство. Проектъ этотъ очень плохъ, и если судить по нему объ общемъ характерѣ проектируемаго кодекса, то ничего хорошаго отъ него ожидать нельзя. Во всякомъ случаѣ, нужно пожелать, чтобы наши законодательныя работы двигались быстрѣе, такъ какъ потребность въ преобразованiи неотложна, а новые проекты по мѣрѣ ихъ обнародованiя подвергнутся обсужденiю, которое раскроетъ ихъ недостатки и окажетъ, быть можетъ, влiянiе на окончательную редакцiю.

34. Коллизiя разномѣстныхъ законовъ.

Разномѣстными законами называются законы, дѣйствующiе въ различныхъ государствахъ или въ различныхъ частяхъ одного и того же государства. Эти законы могутъ противорѣчить другъ другу и вопросъ о томъ, какимъ изъ нѣсколькихъ исключающихъ взаимно законовъ долженъ руководствоваться судья въ случаяхъ такого столкновенiя или коллизiи разномѣстныхъ законовъ, - разрѣшается совсѣмъ не такъ просто, какъ это бы можно было заключить изъ установленнаго выше положенiя о территорiальномъ характерѣ современныхъ законодательствъ и объ отношенiи между общимъ и мѣстнымъ правомъ. То положенiе, что судья примѣняетъ къ рѣшенiямъ

гражданскихъ споровъ законы своей страны, терпитъ многочисленныя исключенія по дѣламъ, въ которыхъ принимаютъ участіе иностранцы или предметомъ которыхъ служатъ имущества, лежащія въ другой странѣ или нѣкоторыя отношенія, возникающія не въ томъ государствѣ, гдѣ они разрѣшаются. Такъ называемая, международная вѣжливость | comitas gentium, уваженіе, которымъ одно государство обязано другому, и другія соображенія, о которыхъ мы будемъ говорить ниже, заставляютъ современное право ограничивать территоріальное начало по отношенію къ дѣйствію закона и обязываютъ судью примѣнять въ извѣстныхъ случаяхъ не свое, а чужое право. Точно также положеніе объ отмѣнѣ мѣстнымъ правомъ общаго, когда это послѣднее выступаетъ субсидіарнымъ, а не абсолютно общимъ правомъ, не разрѣшаетъ вовсе случаевъ столкновенія между нѣсколькими мѣстными правами въ предѣлахъ одного и того же государства и не разрѣшаетъ тоже такихъ столкновеній общаго права съ мѣстнымъ, въ которыхъ участниками являются лица, имѣющія жительство не въ томъ судебномъ округѣ, гдѣ разбирается данное дѣло, а въ другомъ мѣстѣ, управляемомъ совсѣмъ другими законами, или когда дѣло касается имуществъ, лежащихъ внѣ даннаго округа, или суду приходится обсуждать сдѣлки, совершенныя въ иной территоріи, право которой подчинено также своимъ особеннымъ законамъ. Какъ тутъ рѣшить дѣло: по законамъ ли того мѣста, съ которымъ участники связаны своимъ происхожде-

ніемъ |lex originis| или по законамъ того мѣ-
ста, гдѣ производится дѣло |lex fori| или по за-
конамъ мѣстожительства участвующихъ лицъ |lex domi-
cilii|, или по законамъ мѣстонахожденія имуще-
ства |lex rei sitae|, или наконецъ по зако-
намъ мѣста совершенія акта и дѣйствія|lex loci
actus|; всѣ эти вопросы не разрѣшаются предыду-
щимъ изложеніемъ и образуютъ въ своей совокупности,
вмѣстѣ съ вопросомъ о примѣненіи въ одномъ государст-
вѣ права другого государства, особое ученіе,называе-
мое collisio statutorum, а также частнымъ между-
народнымъ правомъ.Первое изъ этихъ названій прилага-
ется обыкновенно къ случаямъ столкновенія разномѣст-
ныхъ законовъ въ предѣлахъ одного и того же государ-
ства, а второе - къ столкновеніямъ права различныхъ
государствъ, хотя принципъ и основанія для рѣшенія
тѣхъ и другихъ случаевъ одинаковы, если не принимать
въ соображеніе того различія, что принципъ національ-
ности права, - находящій въ настоящее время,какъ мы
увидимъ ниже, частое примѣненіе при столкновеніяхъ
законовъ различныхъ государствъ, - замѣняется въ
случаяхъ столкновенія разномѣстныхъ законовъ въ пре-
дѣлахъ одного и того же государства - принципомъ мѣ-
стожительства. По поводу отношенія между тѣмъ и дру-
гимъ рядомъ случаевъ столкновенія законовъ нужно еще
замѣтить, что столкновенія законовъ, дѣйствующихъ въ
предѣлахъ одного и того же государства, предшествова-
ли по времени столкновеніямъ законовъ, дѣйствующихъ
въ различныхъ государствахъ, такъ какъ очень долго

и повсюду иностранцы были весьма ограничены въ своей правоспособности, и потому вопросы, вызываемые столкновеніемъ законовъ, могли быть возбуждены сначала по отношенію не къ нимъ, а къ подданнымъ каждаго отдѣльнаго государства, подчиненнымъ только различнымъ законамъ. Нѣкоторыя государства, какъ напримѣръ, Германія, Швейцарія, Россія и многія другія не достигли до сихъ поръ единства въ своемъ правѣ, и потому разрѣшеніе случаевъ столкновенія разноимѣстныхъ законовъ имѣетъ для нихъ и въ настоящее время большое значеніе, далеко превосходящее значеніе столкновенія между законами различныхъ государствъ. Вотъ почему юриспруденція всѣхъ народовъ обращала долго преимущественное вниманіе на случаи столкновенія законовъ перваго рода и на нихъ выработала ученіе, называвшееся весьма продолжительное время *Collisio statutorum*, или теоріей *conflict of laws*, переименованной лишь очень недавно въ науку частнаго международнаго права для того, чтобы включить въ это ученіе и случаи столкновенія законовъ различныхъ государствъ, получающія съ каждымъ днемъ все большее и большее значеніе. Усвоивая себѣ эту терминологію, мы должны, однако, для избѣжанія смѣшенія въ понятіяхъ имѣть въ виду различіе частнаго международнаго права, какъ отъ такъ называемаго обще-народнаго права *Droit des gens* римское *jus gentium*, такъ и отъ той юридической дисциплины, которая называется публичнымъ международнымъ правомъ. Римское *jus gentium* состояло, какъ извѣстно всѣмъ, изъ

положенiй права, которыми могли пользоваться, какъ иностранцы, такъ и римскiе граждане въ противоположность съ *jus civile*, составлявшимъ достоянiе однихъ римскихъ гражданъ. Съ другой стороны, въ римскихъ источникахъ существуютъ указанiя на то, что подъ *jus gentium* разумѣлись и правила чисто международныхъ сношенiй, какъ напримѣръ, право войны, трактаты и т.д. Въ первомъ изъ приведенныхъ сейчасъ значенiй *jus gentium*, оно не имѣетъ никакого примѣненiя къ современному праву, такъ какъ положенiе иностранцевъ опредѣляется въ немъ законодательствомъ каждаго отдѣльнаго государства, которое устанавливаетъ по своему усмотрѣнiю права, какъ своихъ подданныхъ, такъ и иностранцевъ. Во второмъ значенiи - нормъ для международныхъ сношенiй *jus gentium* переводилось долго и переводится до сихъ поръ французскимъ выраженiемъ *droit des gens*, которое уже вовсе не заключаетъ въ себѣ другого и существеннѣйшаго элемента римскаго *jus gentium*, т.е. права иностранцевъ, но переходитъ иногда изъ понятiя чисто международнаго права въ понятiе общенароднаго права, одинаковаго и единаго для всѣхъ людей. Большое различiе въ томъ и другомъ смыслѣ одного и того же выраженiя заставило англiйскихъ юристовъ передѣлать римское *jus gentium* и его производное *droit des gens* - въ *jus inter gentes*. Бентаму стоило только перевести это выраженiе на

европейскіе языки, чтобы изъ него образовался общепризнанный теперь терминъ droit international, international law, Internationales Recht. или международное право въ смыслѣ нормъ для сношеній различныхъ государствъ между собою.

По различію предмета этихъ юридическихъ сношеній, т.е. смотря по тому, что служитъ этимъ предметомъ, публичные ли и коллективные интересы государствъ, какъ таковыхъ, или частные интересы одного или многихъ лицъ, все равно, идетъ ли при этомъ дѣло между государствомъ и отдѣльнымъ лицомъ, принадлежащимъ другому государству, или между лицами, принадлежащими различнымъ государствамъ, или даже между лицами, принадлежащими одному и тому же государству, если связывающее ихъ юридическое отношеніе возникло въ одномъ государствѣ и должно быть разрѣшено въ другомъ, другими словами, смотря по тому, является ли предметомъ международныхъ сношеній публичное или гражданское право большинство современныхъ писателей дѣлятъ международное право на двѣ отрасли: публичное и частное. Нѣкоторые изъ нихъ, какъ напримѣръ, [Laurent Le droit international prive, introd. p. 9 et suiv.] идутъ даже такъ далеко, что считаютъ частное международное право частью публичнаго, но мы, слѣдуя за однимъ изъ новѣйшихъ писателей по настоящему вопросу, [Josephus Jitta, La methode Du droit international priv. p. 32 - 51] не можемъ

принять не только этого взгляда, но и господствующей доктрины, подраздѣляющей международное право по различію его предметовъ на двѣ самостоятельныя отрасли этого права. По нашему мнѣнію, частное международное право принадлежитъ не къ международному, а къ гражданскому праву, такъ какъ оно стремится регулировать юридическія отношенія не между государствами или народами, какъ таковыми, и не между государственомъ и отдѣльными лицами, а только между отдѣльными лицами, въ ряду которыхъ можетъ выступать и государство, покупающее или продающее примѣрно на сторонѣ какую-нибудь территорію, желѣзную дорогу и т. п. дѣйствуя, во всякомъ случаѣ, въ качествѣ субъекта гражданскаго права. Субъектами юридическихъ отношеній въ частномъ международномъ правѣ, такъ же, какъ и въ гражданскомъ, являются всегда индивидуумы или индивидуализированныя государства, дѣйствующія какъ индивидуумы, и средства защиты тутъ тѣ же и приводятся въ движеніе той же индивидуальной инициативой, которая такъ характерна для гражданскаго права. Когда французъ заключаетъ договоръ купли-продажи съ испанцемъ, то этимъ не затрогиваются ни права Франціи, ни права Испаніи, и если возникшее изъ этого договора отношеніе выходитъ за предѣлы нормальной сферы, какъ французскаго, такъ и испанскаго законодательствъ, дѣлаясь при этомъ не столько интернаціональнымъ, сколько, такъ сказать, экстранаціональнымъ, то по своей

природѣ и типу защиты, это отношеніе не выходитъ, тѣмъ не менѣе, изъ области гражданскаго права и ничѣмъ существеннымъ не отличается отъ того отношенія, которое было бы въ силу того же договора между двумя французами или двумя испанцами. Если [illegible], утверждающій независимость частнаго международнаго права отъ гражданскаго, ссылается на названіе этой отрасли права, то этотъ аргументъ слишкомъ слабъ для того, чтобы на немъ стоило останавливаться. Если юридическія отношенія, составляющія предметъ этого права, не гармонируютъ съ даннымъ ему названіемъ, то вина за это, конечно, падаетъ на названіе, а не на право, которое не можетъ же получить свою природу изъ названія. Другой аргументъ, приводимый Лораномъ, имѣетъ болѣе серьезное значеніе, но также не выдерживаетъ критики: "Нормы частнаго международнаго права, говоритъ онъ, отличаются по самой своей природѣ отъ нормъ гражданскаго права: гражданское право, по своему существу, есть внутреннее право, оно исходитъ отъ законодателя каждаго отдѣльнаго государства; частное же международное право есть внѣшнее право, возникающее изъ столкновенія законовъ". Противъ этого разсужденія слѣдуетъ возразить, что характеръ права не можетъ опредѣляться нормами, къ

ющими, какъ намъ извѣстно, всегда одну и ту же природу, такъ что онѣ могутъ исходить и отъ законодателя данной страны не переставая, какъ мы убѣдимся въ этомъ далѣе, быть нормами частнаго международнаго права. Характеръ права опредѣляется,такимъ образомъ, не природой нормы, которая вездѣ одна и та же, а природой юридическаго отношенія, къ которому эта норма примѣняется. Разъ же мы знаемъ,что это юридическое отношеніе носитъ въ частномъ международномъ правѣ всѣ признаки отношеній гражданскаго права, являясь, такъ сказать, модуляціей или извѣстной формой выраженія этихъ же отношеній,то мы не можемъ,очевидно, считать частное международное право ничѣмъ инымъ, какъ частью гражданскаго права. Отсюда не слѣдуетъ, однако,того, чтобы мы отрицали связь,въ которой частное международное право стоитъ съ публичнымъ. Напротивъ,мы признаемъ эту связь весьма существенной и въ ней видимъ, если не оправданіе,то объясненіе той доктрины, опроверженію которой была посвящена большая часть настоящей лекціи. Связь эта, оспариваемая со стороны нѣкоторыхъ писателей, какъ напримѣръ, Mancini, вытекаетъ изъ самаго понятія частнаго международнаго права, затѣмъ изъ причинъ его возникновенія и, наконецъ, изъ характера санкціи, сопровождающей его постановленія. Разсмотримъ вкратцѣ всѣ эти пункты соприкосновенія частнаго международнаго права съ публичнымъ. Въ самомъ поня-

тіи частнаго международнаго права лежитъ то, что оно, выходя за предѣлы отдѣльнаго національнаго права, затрогиваетъ необходимо вопросъ о суверенитетѣ различныхъ государствъ и уже вслѣдствіе этого вступаетъ въ близкое соотношеніе съ публичнымъ международнымъ правомъ. Передъ рѣшеніемъ каждаго отдѣльнаго вопроса частнаго международнаго права представляется слѣдующій преюдиціальный вопросъ: примѣнимъ ли законъ одного государства на территоріи другого, и въ какой мѣрѣ примѣненіе этого закона можетъ быть согласовано съ суверенитетомъ этого государства, публичное право котораго можетъ быть совершенно несовмѣстимо съ распоряженіями иностраннаго закона. Этотъ вопросъ касается разграниченія суверенитета различныхъ государствъ, онъ совершенно не зависитъ отъ какого бы то ни было національнаго права и принадлежитъ, очевидно, вѣдѣнію международнаго права. Съ другой стороны, связь между публичнымъ и частнымъ международнымъ правомъ обнаруживается также въ способахъ или формахъ ихъ образованія. Ни то, ни другое, не устанавливается путемъ рѣшеній, исходящихъ отъ какой-нибудь высшей власти, которой ни одно самостоятельное государство не можетъ признать за другимъ. Какъ публичное, такъ и частное международное право развиваюися изъ принциповъ, которые принимаются постепенно всѣми культурными народами, и изъ соглашеній между отдѣльными государствами, которыя находятъ свое выраженіе въ

трактатахъ или обычаяхъ. Переходя теперь къ причинамъ возникновенія частнаго международнаго права, мы видимъ, что онѣ коренятся, съ одной стороны, въ различіи законовъ и съ другой, въ различіи ихъ суверенитета. Это различіе, вполнѣ объясняющееся изъ условій жизни и развитія человѣческихъ обществъ, находитъ въ этихъ же условіяхъ свою границу, которая постоянно отодвигается отъ мелкихъ группъ человѣческаго общенія, каковы племя, семья, родъ, до все болѣе и болѣе возрастающихъ общественныхъ агрегацій, наконецъ, въ понятіе единаго человѣчества. Дѣйствительная жизнь, выступающая теперь изъ узкихъ предѣловъ семьи, рода, національности и государства, устанавливаетъ каждый день между всѣми членами человѣческой семьи новыя отношенія, которыя требуютъ юридической санкціи, не даваемой имъ положительнымъ правомъ, которое образовалось внутри различныхъ группъ, раздѣляющихъ человѣчество на извѣстное число народовъ и государствъ. Юридическая жизнь человѣчества едина, нераздѣльна, всеобща, тогда какъ положительное право всюду различно, раздроблено и пришиблено печатью національной индивидуальности. Это противорѣчіе между національнымъ правомъ и дѣйствительностью и усиливающееся съ каждымъ днемъ сознаніе взаимозависимости и солидарности всѣхъ народовъ, - вотъ настоящій источникъ возникновенія и развитія какъ частнаго, такъ и публичнаго международнаго права, которыя связыва-

ются, такимъ образомъ, еще ближе единствомъ идеи, вызвавшей ихъ къ жизни. Что касается, наконецъ, до санкціи частнаго международнаго права, то мы должны сказать, что за исключеніемъ очень рѣдкихъ и немногочисленныхъ постановленій положительныхъ законодательствъ о примѣненіи къ иностранцамъ въ извѣстныхъ опредѣленныхъ законом. , случаяхъ ихъ собственнаго права - санкція эта въ общемъ весьма несовершенна и сходится близко съ санкціей публичнаго международнаго права. Въ чемъ же состоитъ эта послѣдняя? Многіе указываютъ на войну, но не подтверждаютъ этого указанія никакими серьезными доводами, которые едва ли и могутъ быть найдены въ виду того, что результатъ войны обнаруживаетъ только перевѣсъ физической силы, а вовсе не права. Вѣрнѣе было бы видѣть эта санкцію въ послѣдствіяхъ, сопровождающихъ обыкновенно въ международныхъ отношеніяхъ непризнаніе чужого права: въ изолированіи народовъ, противящихся справедливости, въ репрессаліяхъ, которыя рано или поздно постигаютъ ихъ и которыя дали поводъ одному писателю сказать, что "исторія міра есть судилище міра" | *l'histoire du monde est le tribunal du monde*. Сюда можно бы было присоединить еще растущую съ каждымъ днемъ силу общественнаго мнѣнія, заставляющую мирныя государства вступать въ союзы другъ съ другомъ для того, чтобы противодѣйствовать злоупотребленіямъ торжествующей силы, или оправдывать предъ общественнымъ

свой образъ дѣйствія. Нечего говорить, что всѣ эти элементы санкціи очень несовершенны и не выдерживаютъ никакого сравненія съ санкціей положительнаго права, за которой стоитъ весь принудительный аппаратъ мѣстной государственной власти. Вотъ почему международное право имѣетъ до сихъ поръ болѣе теоретическое, чѣмъ практическое значеніе и когда оно въ рѣдкихъ случаяхъ выступаетъ, какъ положительное право, то дѣйствіе его ограничивается спеціальными пунктами, не отличаясь тѣмъ характеромъ общности и абсолютности, который свойственъ нормамъ положительнаго права. Можно сказать, что это - право въ процессѣ образованія, ждать же серьезнаго осуществленія его, какъ положительнаго права, можно только при полномъ развитіи идей справедливости и международной солидарности. Нужно, однако, отмѣтить одно крупное различіе между санкціей частнаго и публичнаго международнаго права. Вопросы, возбуждаемые столкновеніемъ гражданскихъ законовъ двухъ или нѣсколькихъ государствъ обсуждаются судебными учрежденіями одного изъ этихъ государствъ и находятъ въ нихъ то или другое разрѣшеніе, тогда какъ вопросы публичнаго международнаго права разрѣшаются не иначе, какъ путемъ или на основаніи дипломатическихъ переговоровъ, которые представляютъ во всякомъ случаѣ, несравненно менѣе гарантій права, чѣмъ рѣшенія судебной власти, въ какія бы неблагопріятныя условія они ни были заключены. Это различіе въ санкціи вмѣстѣ съ указанны-

ми выше точками соприкосновенія и отличія частнаго и публичнаго международнаго права показываетъ намъ, что какъ ни тѣсно связаны между собою эти области, онѣ должны быть, тѣмъ не менѣе, отличены другъ отъ друга, и что частное международное право въ силу его предмета, состоящаго изъ отношеній гражданскаго права, слѣдуетъ относить не къ международному, а къ гражданскому праву, точно такъ же, какъ не менѣе многочисленные пункты соприкосновенія и не менѣе тѣсная связь между публичными и гражданскими правами не мѣшаютъ намъ различать ихъ другъ отъ друга и считать гражданское право не частью публичнаго, а совершенно самостоятельной отраслью права. Вслѣдствіе же указанныхъ выше особенностей въ процессѣ образованія, въ цѣли и въ санкціи частнаго международнаго права не трудно понять, почему ученіе это признается по справедливости однимъ изъ труднѣйшихъ въ области правовѣдѣнія и состоитъ не столько изъ нормъ положительныхъ законодательствъ, которыхъ почти не существуетъ, сколько изъ положеній практики и юриспруденціи, которыя вырабатывались и вырабатываются до сихъ поръ трудомъ всѣхъ народовъ, стоящихъ въ международномъ общеніи, и распространяютъ поэтому свое дѣйствіе за политическія границы каждаго изъ этихъ народовъ. Не смотря на такой международный характеръ этого ученія, оно далеко еще не выработано, и мы не встрѣчаемъ здѣсь между юристами согласія ни въ основ-

ныхъ положеніяхъ, ни въ деталяхъ. Это различіе взглядовъ и различіе принциповъ, которые ставились въ разное время относительно разсматриваемаго нами ученія, зависѣло въ значительной мѣрѣ отъ связи, въ которой это ученіе стояло всегда съ признаніемъ правоспособности иностранцевъ и съ развитіемъ современной идеи о государствѣ. Иностранцы были сначала какъ въ Римѣ, въ Германіи, такъ и въ другихъ странахъ совершенно безправны. Въ тѣхъ же случаяхъ, когда правоспособность ихъ признавалась, они судились только по своему собственному праву, т.е. по праву того племени, къ которому они принадлежали. Это - принципъ такъ называемаго племеннаго права | Personalis |, по которому подсудность лица тѣмъ или другимъ законамъ опредѣляется не подчиненностью его той или другой государственной власти и не мѣстомъ жительства, а только племеннымъ происхожденіемъ, такъ что римлянинъ, въ какомъ бы государствѣ онъ ни находился, подлежалъ въ силу этого принципа всегда дѣйствію римскаго права. Германецъ одного племени, поселившись среди другого племени, сохранялъ свое прирожденное право и передавалъ его дѣтямъ. Этотъ принципъ подсудности получилъ особенное развитіе во времена Франкской монархіи въ средніе вѣка, но въ періодъ дѣйствія Саксонскаго и Швабскаго Зерцалъ онъ уже значительно ослабѣлъ, сохранивъ свою силу лишь для нѣкоторыхъ исключительныхъ отношеній, какъ напримѣръ, о помощи

евреевъ, подсудныхъ въ извѣстныхъ условіяхъ еврейскому праву, отношеній нѣкоторыхъ сословій и лицъ, пользовавшихся различными правами иммунитета, т. е. свободныхъ отъ подчиненія общему законодательству. Кромѣ того католическая церковь выработала, какъ извѣстно, каноническое право, дѣйствовавшее въ быту духовнаго сословія повсюду гдѣ бы оно ни находилось. Но въ общемъ господство племеннаго принципа прекратилось вмѣстѣ съ установленіемъ прочной осѣдлости племенъ и развитіемъ идеи государства въ смыслѣ единства, заключеннаго въ опредѣленной территоріи. Право племени, занимающаго извѣстную территорію, сообщалось, какъ бы самой территоріи, и каждый живущій на этой территоріи подчинялся ея праву независимо отъ своего происхожденія. Такимъ образомъ, на мѣсто *Lex originis* вступилъ въ силу *Lex Domicilii* и иностранцы были подчинены территоріальному праву сначала по отношенію къ однимъ поземельнымъ владѣніямъ въ предѣлахъ того государства, гдѣ они жили, а потомъ по отношенію и ко всѣмъ своимъ остальнымъ правамъ. Слѣдовательно, въ связи съ территоріальной верховной властью, выработался принципъ территоріальнаго права, который дѣйствовалъ въ первое время съ полной исключительностью. Это было время, когда начало суверенитета охранялось съ ревностью и всякое примѣненіе чужого права въ предѣлахъ даннаго государства считалось, какъ бы умаленіемъ

этого начала. Отсюда и возникло положеніе, что каждое государство имѣетъ право требовать, чтобы внутри его границъ примѣнялись только его законы, и что наоборотъ ни одно государство не имѣетъ права разсчитывать на дѣйствіе своихъ законовъ внѣ своихъ политическихъ границъ. Но съ теченіемъ времени это суровое положеніе потеряло свою силу, такъ какъ близкія и дружескія сношенія между государствами, развившіяся вмѣстѣ съ постояннымъ ростомъ торговыхъ отношеній, заставили ихъ относиться менѣе ревниво къ своему суверенитету и болѣе дружелюбно другъ къ другу. Кромѣ того, окрѣпло убѣжденіе въ силѣ принципа взаимности и въ томъ, что государство не можетъ охранять лучше правъ своихъ гражданъ въ предѣлахъ другого государства, какъ признавая и охраняя у себя же права иностранцевъ, такъ что вопросы частнаго международнаго права стали постепенно разрѣшаться съ точки врѣнія идей международнаго общенія, замѣнившей собою прежнюю точку зрѣнія территоріальнаго верховенства. Такимъ образомъ, дѣйствіе территоріальнаго начала въ его исключительности стало уступать мѣсто соображенію права иностранцевъ и другихъ началъ подсудности, которыя не имѣли прежде вовсе никакой силы, а теперь при извѣстныхъ условіяхъ получали ее рядомъ съ территоріальнымъ началомъ, оставшимся господствующимъ, но уже не исключительнымъ принципомъ подсудности. Прежде всего образовалась такая особая подсудность для недвижимыхъ имуществъ и для одина-

ково съ ними обсуждавшихся вещныхъ правъ на такія имущества: они считались стоящими in foro rei sitae т.е. подлежали законамъ того мѣста, гдѣ они находились, независимо отъ мѣстожительства управомоченныхъ по нимъ лицъ и отъ того, какому праву подчинялись эти лица. Для подсудности юридическихъ сдѣлокъ уже въ средніе вѣка выработалось положеніе locus regit actum. Вопросы наслѣдственнаго права разрѣшались на основаніи законовъ того мѣста, къ которому принадлежало умершее лицо |прямое отступленіе отъ территоріальнаго принципа| и т.д. Но въ общемъ, средневѣковые источники права и литература заключали въ себѣ очень мало и очень несовершенныя указанія на способъ разрѣшенія коллизіи разномѣстныхъ правъ. Этотъ вопросъ оставался темнымъ и послѣ рецепціи римскаго права, которая не могла принести ему большой пользы уже потому, что римское право было, какъ намъ извѣстно, абсолютно-общимъ правомъ, дѣйствовавшимъ одинаково по всей римской имперіи, не допускавшимъ вовсе партикулярныхъ правообразованій и неимѣвшимъ поэтому даже повода заниматься вопросомъ о столкновеніи разномѣстныхъ правъ. Положительныя законодательства новаго времени оставляли въ большинствѣ случаевъ этотъ вопросъ также безъ разрѣшенія, такъ что практика и юриспруденція были предоставлены тутъ собственнымъ силамъ, не имѣя опоры ни въ римскомъ правѣ, ни въ положительномъ законѣ. Этимъ объясняется

множество противорѣчій и неудовлетворительное состоянiе всего ученiя, продолжающееся до настоящаго времени.

35. ТЕОРІИ ОТНОСИТЕЛЬНО КОЛЛИЗІИ РАЗНОМѢСТНЫХЪ ЗАКОНОВЪ.

Еще въ среднiе вѣка была создана теорiя, такъ называемыхъ, трехъ статутовъ statuta personalia, realia, mixta, господствовавшая до самаго начала нынѣшняго столѣтiя и оказавшая значительное вліянiе на современныя законодательства. Родиной этой теорiи была Италiя, гдѣ феодализмъ съ его принципомъ территорiальности долженъ былъ выдержать первые удары, нанесенные ему развитiемъ городской жизни и торговыхъ республикъ, а основателями этой теорiи были итальянскiе глоссаторы, поклонявшiеся римскому праву, какъ писанному разуму ratio scripta и относившiеся съ такимъ презрѣнiемъ ко всѣмъ категорiямъ мѣстнаго права, что это послѣднее не разъ получало отъ нихъ презрительную кличку jus [illegible]. Вынужденные между тѣмъ къ признанiю этого [illegible], они выставили противъ него теорiю, въ силу которой римское право было признано общимъ правомъ, а мѣстныя законодательства и обычаи или статуты, простыми исключенiями изъ него. И такъ какъ общее право по своему существу должно со-

ставлять общее правило, а исключенія требуютъ самаго ограничительнаго толкованія, то они заключали отсюда, что римское право имѣло универсальное значеніе и могло примѣняться всюду, тогда какъ статуты, въ силу своего исключительнаго характера, должны были ограничиваться территоріей, въ которой они пользовались признаніемъ. Это же первое противоположеніе между универсальнымъ римскимъ и территоріальнымъ статутнымъ правомъ привело глоссаторовъ къ дальнѣйшему противоположенію такого же рода въ предѣлахъ самаго статутнаго права, при чемъ одни изъ статутовъ, названные реальными, должны были имѣть силу только въ той территоріи, для которой они были изданы, а другіе, персональные, сопровождали лицо всюду, гдѣ бы оно ни находилось. Это было перенесеніемъ на статутное право различія, допущеннаго уже относительно римскаго права и статутомъ вообще, такъ что для практическаго проведенія этого различія въ жизнь оставалось отыскать только критерій, на основаніи котораго можно было бы различать статуты, входящіе въ ту или другую изъ указанныхъ категорій. Бартолусъ предложилъ первый считать статутъ принадлежащимъ къ числу персональныхъ или реальныхъ статутовъ, смотря по первымъ словамъ его текста: если эти слова относятся къ личности, то статутъ долженъ быть персональный, если къ имуществу, то - реальный. Такъ, напримѣръ, законъ, начинающійся словами "primogenitus succedat.

должен бы относиться къ персональнымъ статутамъ, а законъ *Bona accedentium veniant in prixogenitum*" - къ реальнымъ. Большой авторитетъ, которымъ Бартолусъ пользовался въ средневѣковой юриспруденціи, обезпечилъ за предложеннымъ имъ различіемъ почти всеобщее признаніе, хотя нѣкоторые юристы, какъ напримѣръ Балдусъ, не соглашались съ нимъ, а другіе, какъ напримѣръ Фачинеусъ, называли это различіе словеснымъ, основаннымъ на игрѣ словъ. Но если считать эту критику преувеличенной и не говорить даже о совсѣмъ неправильномъ отождествленіи идеи закона съ первыми словами его текста, если признать, такимъ образомъ, какъ это и было признано послѣдующей юриспруденціей, что критерій Бартолуса состоитъ не въ словахъ закона, а въ его идеѣ, которая находитъ въ нихъ только свое выраженіе и которая должна служить основаніемъ для различія между персональнымъ и реальнымъ статутами, смотря по тому, что она имѣетъ въ виду - лицо или имущество, - теорія Бартолуса, приведенная даже къ этому виду, не выдерживала критики за своей полной неопредѣленностью. Она не даетъ возможности отвѣтить на вопросъ, къ какому статуту принадлежитъ, напримѣръ, законъ, запрещающій супругамъ одарять другъ друга, или законъ разрѣшающій подвластному сыну распоряженіе тою частью его имущества, которая называется *peculium adventitium*. - такъ какъ эти за-

коны, какъ и масса другихъ законовъ, касаются одинаково какъ лицъ, такъ и имуществъ. Неопредѣленность критерія была причиной созданія третьяго статута, смѣшаннаго, заключающаго въ себѣ элементы какъ личнаго, такъ и реальнаго статутовъ и состоящаго, такимъ образомъ, изъ двухъ неопредѣленныхъ вещей, а, слѣдовательно, такъ же неопредѣленнаго, какъ и оба его элемента, взятые порознь. Чтобы развязаться съ этою неопредѣленностью, позднѣйшіе глоссаторы кончили тѣмъ, что признали смѣшанными статутами mixta - законы мѣста совершенія юридическихъ актовъ, такъ что эти акты признавались всюду дѣйствительными, разъ они соотвѣтствовали закону того мѣста, гдѣ они были совершены. Вся эта теорія, не смотря на ея распространенность и массу таланта, потраченнаго на ея развитіе лучшими юристами позднѣйшаго времени, особенно во Франціи и Нидерландахъ, не выработала, однако, ни прочной системы, ни рѣшеній, основанныхъ на твердыхъ принципахъ. На нее было потрачено чрезвычайно много труда, изъ котораго вышло мало толку: не выработалось даже яснаго опредѣленія статутовъ. Какъ реальные, такъ и персональные статуты, могли быть взяты въ такомъ широкомъ смыслѣ, что ни одинъ изъ нихъ не оставлялъ мѣста для другого. Такъ идея абсолютнаго суверенитета стремилась сдѣлать всѣ статуты реальными. Съ другой стороны, такъ какъ всѣ законы создаются для лицъ, то идея персональнаго статута могла быть такъ распространена, что ею была бы поглощена вся

ритоpіальность, и мы вернулись бы къ германской системѣ племенного права. И дѣйствительно мы видимъ, что юристы раздѣлились въ этомъ ученіи на двѣ школы, реалистовъ и персоналистовъ, имѣвшихъ во главѣ во Франціи, одна - *d'Argentré*, другая - *Dumoulin*'а. Исходя изъ одного и того же общаго положенія, въ силу котораго всѣ мѣстные статуты признавались реальными *Toutes coutumes sont réelles*, очѣ отличались другъ отъ друга тѣмъ, что реалисты держались этого положенія строже, чѣмъ персоналисты, которые допускали изъ него гораздо больше исключеній, чѣмъ первые, и предоставляли болѣе простора персональному статуту. Къ несчастію, это отношеніе между правомъ и исключеніями изъ него не было обосновано, и теорія статутовъ не сумѣла создать для него твердаго юридическаго основанія, разсматривая власть территоріальныхъ законовъ, какъ *jus strictum*, а примѣненіе національныхъ законовъ какъ актъ доброй воли и милости, диктуемый интересомъ и вѣжливостью того государства, которое допускаетъ ихъ примѣненіе. Кромѣ того теорія статутовъ не считалась вовсе съ содержаніемъ законовъ, которыми занималась и рѣшала всѣ относящіеся къ нимъ вопросы, соображаясь только съ предметомъ, который имѣлся въ виду законодателемъ, а это обстоятельство должно было неизбѣжно придать всему построенію теоріи механическій характеръ, необъясняющій ни причинъ, ни внутренней связи отдѣль-

ныхъ рѣшенiй. Наконецъ, эта теорiя занималась ми, имуществами и формами актовъ, но не знала юридическихъ отношенiй и не сообразовалась съ жизнью, что послужило поводомъ для одного изъ новѣйшихъ писателей къ слѣдующей характеристикѣ статутной теорiи "она, говоритъ Jitta " въ цитированномъ уже выше сочиненiи, одѣла актеровъ, установила декорацiи и аксессуары, но не дала пьесы, безъ которой актеры могутъ быть только манекенами". Если не смотря на всѣ указанные недостатки, теорiя статутовъ господствовала въ юриспруденцiи въ теченiе столѣтiй, это можно объяснить только ея обще-человѣческими тенденцiями, обезпечившими за нею почетную мѣсто въ нашей наукѣ. Именно потому, что территорiальная верховная власть была въ средне вѣка раздроблена до безконечности, и что ни одинъ человѣкъ не могъ выйти изъ своего города или деревни, или даже дома, не наткнувшись на различнѣйшiя права, которыя предъявляли на него свои притязанiя, теорiя конфликта законовъ была необходимостью какъ для судей, такъ и для другихъ практиковъ - юристовъ. Вопросы представлялись здѣсь сами собою, и ихъ нужно было рѣшать. Строгое примѣненiе территорiальнаго закона возмущало чувство права и справедливости, и со-

---

ніе персональнаго статута, бывшее главнымъ нововведеніемъ теоріи статутовъ, было въ то же время и брешью, открытой ею въ системѣ территоріальныхъ законовъ. Такимъ образомъ, теорія статутовъ сдѣлалась средствомъ, благодаря которому въ извѣстныхъ случаяхъ примѣнялись другіе законы, чѣмъ территоріальные, и если это средство было несовершенно, то въ отдѣльныхъ случаяхъ оно все-таки вело къ цѣли и съ тѣмъ большей легкостью, что судья не обязывался этой теоріей восходить къ принципамъ права и углублять вопросовъ, подлежащихъ его рѣшенію. Такимъ образомъ, практическое значеніе статутной теоріи состояло въ томъ, что, держась въ принципѣ того положенія, что статуты не выходятъ за предѣлы дѣйствія той власти, которая его издаетъ | statutum territorium non egreditur |, она постановляла тѣмъ не менѣе цѣлый рядъ исключеній, въ которыхъ статуты выходили рѣшительно за предѣлы издающей ихъ власти. Эти исключенія обнимали часто не меньшую область, чѣмъ само правило и выражались въ противоположномъ относительно приведеннаго выше положенія, а именно въ положеніи: "statutum egreditur territorium. Такъ, напримѣръ, прежде всего было рѣшено, что персональный сервитутъ въ старѣйшемъ и предметномъ смыслѣ этого слова долженъ сопровождать личность | comitatur personam | всюду, гдѣ бы она ни находилась, такъ что вопросы о правоспособности и дѣеспособности лица должны были обсуждаться вездѣ по законамъ того

мѣста, гдѣ это лицо имѣло свое *domicilium*. Положеніе это было признано сначала небезусловно, а съ извѣстными ограниченіями, и повдиѣйшая доктрина дѣлала также различія между общей и особенной дѣеспособностью, ставя различныя правила для обсужденія качествъ лица и юридическихъ послѣдствій этихъ качествъ и т. д. Вопросы поземельной собственности и реальные сервитуты должны были обсуждаться по закону того мѣста, гдѣ находится ихъ предметъ [*statuta realia*] и т. д. Всюду дѣлались различія, ставились правила и исключенія, и если основанія для тѣхъ и другихъ выставлялись очень шаткія, а мнѣнія юристовъ противорѣчили другъ другу до безконечности, то получалась все-таки та выгода, что исключительное господство территоріальнаго права было поколеблено въ основаніи и образовалось общее убѣжденіе въ томъ, что разрѣшеніе вопросовъ коллизіи правъ стоитъ вовсе не въ такой связи съ суверенитетомъ государства, чтобы примѣненіе чужого права должно было всегда разсматриваться какъ нарушеніе единства и независимости государственной власти. Недостатку внутренняго критерія для тѣхъ отношеній, къ которымъ должны были примѣняться тѣ или другіе статуты, многіе юристы болѣе новаго времени старались пособить тѣмъ, что стали строить теоріи, въ которыхъ всѣ случаи столкновенія разноимѣстныхъ правъ разрѣшались на основаніи одного какого-либо общаго прин-

па, допускающаго лишь нѣкоторыя исключенія. Эти теоріи не имѣли успѣха и не могли имѣть его, какъ это мы сейчасъ увидимъ при самомъ даже поверхностномъ изложеніи. Остановимся прежде всего на теоріи, такъ назыв. comitas gentium, или международной вѣжливости, такъ какъ эта теорія стоитъ въ ближайшей связи съ ученіемъ о трехъ статутахъ. Теорія эта, названная comitasgentium Голландскимъ юристомъ XVII вѣка Voët'омъ, старается примирить противорѣчіе между суверенитетомъ каждаго отдѣльнаго законодателя и допущеніемъ примѣненія законовъ, стоящихъ внѣ этого суверенитета, слѣдующимъ образомъ: суверенитетъ признается непоколебимымъ a priori ничто не можетъ заставить суверенаго законодателя допустить въ своей территоріи дѣйствіе чуждыхъ ему законовъ; онъ можетъ только снизойти къ ихъ признанію изъ милости и доброжелательства, но не по обязанности. Основаніями для такого признанія могутъ быть для него соображенія о хорошо понятыхъ интересахъ его же подданныхъ, за которыми будетъ обезпечено путемъ взаимности примѣненіе ихъ собственныхъ законовъ въ чужой странѣ, также желаніе облегчить и распространить этимъ путемъ международныя отношенія, завоевать себѣ дружбу и опору могущественныхъ сосѣдей и т.д. Роль юриста ограничивается въ этой теоріи констатированіемъ случаевъ, гдѣ уступки, о которыхъ идетъ рѣчь, были сдѣланы въ той или другой странѣ, и къ умозаключеніямъ путемъ аналогіи отъ этихъ случа-

себъ къ другимъ имъ подобнымъ. Поэтому примѣненіе суверенныхъ законовъ составляетъ по этой теоріи *jus strictum*, а признаніе чужихъ - смягченіе этого *jus strictum*, допускаемое законодателемъ въ интересахъ своего же народа, но не имѣющее для него обязательнаго значенія и *eo ipso*, лишенное всякаго юридическаго основанія. Знакомая намъ теорія глоссаторовъ по этому вопросу была гораздо оригинальнѣе и сильнѣе. Она отрицала, какъ мы знаемъ, не абсолютный характеръ суверенитета, но абсолютный суверенитетъ каждой отдѣльной мѣстности, который былъ подчиненъ всемірному суверенитету Императора и римскаго права; поэтому частное международное право было у глоссаторовъ не дѣломъ произвола и милости отдѣльныхъ законодателей, а настоящимъ и вполнѣ юридически обоснованнымъ правомъ, переступающимъ границы отдѣльныхъ государствъ. Несомнѣнно, что римское право въ эпоху его компиляціи имѣло претензію быть всемірнымъ правомъ, такъ же, какъ Императоры считали себя властителями всего міра. Но въ эпоху глоссаторовъ эти претензіи сдѣлались чисто теоретическими и стали въ полное противорѣчіе съ дѣйствительностью. Поэтому и теорія глоссаторовъ о совмѣстимости суверенитета отдѣльныхъ государей съ обязательностью римскаго права была въ славѣ очень короткое время и не имѣя подъ собою практической почвы, уступила мѣсто изложенной выше теоріи *comitas gentium*. Но и за этой послѣдней теоріей, которая раздѣляется и

въ настоящее время многими извѣстными юристами и господствуетъ въ особенности въ англоамериканской юриспруденціи, нельзя признать другого значенія, кромѣ чисто историческаго. Она была протестомъ противъ абсолютнаго суверенитета территоріальныхъ законодательствъ въ томъ видѣ, какъ онъ защищался легистами, и какъ таковой протестъ, теорія *comitas gentium*, принятая въ основу почти всѣхъ послѣдующихъ системъ частнаго международнаго права, имѣла, конечно, большое значеніе. Но допущеніе *jus strictum*, которое могло бы стоять въ противорѣчіи съ требованіями жизни, было очевидной ошибкой, такъ какъ цѣль права состоитъ не въ чемъ иномъ, какъ въ регулированіи и споспѣшествованіи этой жизни. Если поэтому частное международное право явилось нормальнымъ результатомъ юридической жизни общества, то оно не имѣло надобности сгибаться передъ *jus strictum*, которое само напротивъ должно было бы признать за нимъ принадлежащее ему значеніе. Разсматривая *comitas gentium*, какъ основаніе частнаго международнаго права, намъ пришлось бы свести это послѣднее къ компиляціи рѣшеній судовъ различныхъ странъ по поводу отдѣльныхъ случаевъ конфликта законовъ, такъ какъ каждая страна оцѣнивала бы съ своей точки зрѣнія, естественно измѣнчивой, тотъ интересъ, который заставлялъ бы ее примѣнять въ томъ или другомъ опредѣленномъ случаѣ иностранный законъ. Такую точку зрѣ-

нія на дѣло мы дѣйствительно встрѣчаемъ въ сочиненіяхъ англійскихъ и американскихъ юристовъ, изъ которыхъ, не смотря на удивительное богатство заключающагося въ нихъ матеріала и несомнѣнное остроумія ихъ авторовъ, нельзя извлечь ни одного общаго принципа. Этотъ вкусъ къ наблюденію, опыту и индукціи составляетъ, по мнѣнію одного писателя, внутреннюю склонность англо-саксонской расы, которая старается накопить факты и примѣры, какъ золотыя монеты, а общія идеи допускаетъ лишь въ качествѣ банковыхъ билетовъ, цѣнность которыхъ стоитъ въ зависимости отъ превратимости ихъ въ звонкую монету. Становясь теперь на практическую почву, мы должны замѣтить, что послѣдствіемъ системы Comitas gentium было бы прекращеніе международныхъ сношеній. Иностранцы не были бы никогда увѣрены въ примѣненіи къ нимъ ихъ національнаго права, если бы это примѣненіе зависѣло отъ интереса и каприза страны, въ которой они находятся, и въ этихъ обстоятельствахъ они, конечно, остерегались бы прочно устраиваться въ ней. Стоя на той же точкѣ зрѣнія, можно было бы оправдать самыя крайнія и противныя современному чувству права строгости противъ иностранцевъ, какъ напримѣръ, береговое право, лишеніе ихъ наслѣдственныхъ правъ и т.д. Кромѣ того, считать вѣжливость основаніемъ рѣшеній судьи, противно существу судебной власти, которая постановляетъ рѣшенія, а не оказываетъ услугъ изъ вѣжливости и едва-ли можетъ быть обязана разсматривать въ отдѣльныхъ

спорахъ скрывающіеся за ними политическіе интересы. Законодатели обходятъ обыкновенно вопросы частнаго международнаго права молчаніемъ, международные трактаты по этимъ вопросамъ также рѣдки, такъ что рѣшеніе спорныхъ случаевъ о присутствіи или отсутствіи интереса при примѣненіи иностраннаго закона пришлось бы въ силу теоріи comitas gentium представить исключительно судебному усмотрѣнію. Но каждый судья оцѣнивалъ бы этотъ интересъ по своему и здѣсь былъ бы источникъ безконечныхъ противорѣчій. Гдѣ критерій, который придалъ бы нѣкоторое единство судебнымъ рѣшеніямъ по этимъ вопросамъ? Отвергая по всѣмъ этимъ соображеніямъ теорію comitas gentium, нужно объяснить иначе примѣненіе чужестранныхъ законовъ и примиреніе ихъ съ суверенитетомъ каждаго законодателя въ своей территоріи. Каждое государство могло бы теоретически исключить примѣненіе у себя законовъ другого государства, но если таково послѣдствіе суверенитета, то - не говоря уже о томъ, что самое понятіе суверенитета вовсе не такъ абсолютно, неограниченно и нераздѣльно, какимъ оно представляется только теоретикамъ субъективной школы - это послѣдствіе есть только фактическое или матеріальное послѣдствіе понятія суверенитета. Дѣйствуя согласно съ этимъ послѣдствіемъ своего суверенитета, каждое отдѣльное государство нарушало бы основной принципъ международныхъ сношеній и становилось бы внѣ общаго закона,

который управляетъ всѣми народами и можетъ быть названъ закономъ международнаго общенія, - не говоря уже о практическихъ результатахъ подобнаго образа дѣйствій: репрессаліяхъ за границею, разрывѣ сношеній съ другими государствами, разворительномъ изолированіи отъ всего остальнаго міра и т. д. Слѣдовательно, каждое государство допускаетъ въ извѣстныхъ случаяхъ на своей территоріи примѣненіе чужого права не изъ милости и благоволенія, а повинуясь требованіямъ права и справедливости, вытекающимъ изъ самаго существа международныхъ сношеній. Переходя къ другимъ теоріямъ конфликта равномѣстныхъ законовъ, мы должны сказать, что между всѣми общими принципами, предложенными для рѣшенія случаевъ столкновенія законовъ, выдается въ особенности одинъ, который пользовался одно время большой славой и принимается до сихъ поръ многими юристами, какъ общій принципъ, преимущественно передъ всѣми другими. Это - принципъ національности права, заимствованный въ сравнительно недавнее время изъ извѣстной политической теоріи, въ силу которой всѣ люди, связанные между собою общностью расы, нравовъ, традицій, учрежденій, языка, словомъ, - "сознаніемъ національности" должны сбросить съ себя искусственныя узы, привязавшія ихъ вслѣдствіе случайностей политическихъ событій къ различнымъ государствамъ и образовать новыя государства, соотвѣтствующія каждой отдѣльной національности. Извѣст-

но, какую роль сыграла эта теорія въ войнѣ за независимость Германіи 1813 г. въ Венгерской войнѣ 1849 г въ войнѣ за освобожденіи Италіи 1859 г.,наконецъ, въ нашихъ Польскихъ возстаніяхъ и въ войнахъ съ Турціей. Не входя въ оцѣнку этихъ войнъ и подставленной подъ нихъ теоріи національности, которой прикрывались часто интересы, иногда очень постенные, а иногда и весьма своекорыстные, мы отмѣтимъ только, что эта теорія дала начала ученію, по которому національному закону должно быть предоставлено въ случаяхъ конфликта законовъ преимущество предъ всѣми другими. Въ Италіи, гдѣ борьба за политическое единство подъ вліяніемъ чувства національности была особенно энергична и счастлива, это ученіе и возникло и получило особое развитіе, благодаря трудамъ Манцини,Паскаля Фіоре и многихъ другихъ итальянскихъ юристовъ. Въ принципѣ, учитъ Итальянская доктрина, законы въ каждой странѣ создаются въ виду особыхъ условій ея жителей для того, чтобы освятить учрежденія, соотвѣтствующія ихъ характеру, нравамъ, традиціямъ. Отсюда слѣдуетъ рационально, что законы, отличающіеся уже по своей природѣ относительнымъ и личнымъ характеромъ,должны повсюду сопровождать тѣхъ, для кого они созданы, что другими словами,каждый долженъ подчиниться своему національному закону. Изъ этого положенія допускается только два исключенія. Первое касается той области права, которую итальянцы называютъ добровольной,т.е.договоровъ, гдѣ прежде всего нужно смотрѣть

на намѣреніе сторонъ, почему сюда и примѣняется законъ, избранный самими сторонами. Второй исключеніе, предписываемое уваженіемъ къ суверенитету, относятся къ тѣмъ случаямъ, въ которыхъ національные законы иностранцевъ становятся въ противорѣчіе съ интересами публичнаго порядка въ странѣ, гдѣ испрашивается ихъ примѣненіе: въ этихъ случаяхъ долженъ дѣйствовать исключительно территоріальный законъ. Изъ сферы теоріи эта доктрина перешла въ практику, которая была, наконецъ, формулирована въ ст. 6, 8, 9, II и I2 Итальянскаго Гражданскаго Уложенія 1866 г. Это дѣйствующее въ настоящее время Итальянское право имѣетъ двойное достоинство. Во первыхъ, оно либерально-справедливо и вполнѣ раціонально относительно иностранцевъ, которые въ пользованіи гражданскими правами совершенно уравнены съ уроженцами Италіи безъ того, чтобы для этого требовалась законодательная или дипломатическая взаимность, украшающая до сихъ поръ соотвѣтствующія постановленія почти всѣхъ дѣйствующихъ законодательствъ. Во вторыхъ, Итальянское законодательство утверждаетъ настоящій характеръ законовъ, которые, будучи установлены для народа, стоящаго въ опредѣленныхъ условіяхъ, должны естественно отличаться личнымъ характеромъ и сопровождать его даже на чужбинѣ. Не смотря на эти достоинства, теорія національности повторяетъ въ сущности, лишь только до крайности, ошибочный споръ средневѣковыхъ глоссаторовъ и становится въ про-

тиворѣчіе, какъ съ общимъ всѣмъ новымъ народамъ стремленіемъ къ единству и общности въ правѣ, такъ и съ современными требованіями международнаго оборота. Наконецъ, и это самое важное возраженіе противъ теоріи національности въ нашемъ ученіи, она представляетъ неудобство слишкомъ общаго критерія, который не можетъ быть приложенъ ко всѣмъ возможнымъ случаямъ конфликта законовъ. Выведенная изъ предвзятой идеи, которая господствовала въ Италіи надъ всѣми умами въ разгарѣ борьбы за независимость, она раздѣляла недостатки всѣхъ предвзятыхъ идей. И дѣйствительно, нельзя не признать, что и независимо отъ означенныхъ выше исключеній въ пользу договоровъ и публичнаго порядка, національный принципъ остается безъ вліянія еще при массѣ другихъ юридическихъ отношеній. Какъ, напримѣръ, разрѣшить съ помощью Итальянской системы конфликтъ законовъ, касающихся формъ юридическихъ актовъ? Эти законы не подходятъ ни подъ одно изъ указанныхъ исключеній, а національное право въ примѣненіи къ нимъ едва ли можетъ быть допущено и не допускается ни однимъ изъ современныхъ законодательствъ. Въ близкой связи съ Итальянской теоріей національности стоитъ теорія Эйхгорна и нѣкоторыхъ другихъ нѣмецкихъ юристовъ, предлагающихъ примѣнять во всѣхъ случаяхъ сомнѣнія право той мѣстности, въ которой данное лицо имѣетъ свой домицилъ. Эта теорія сходится вполнѣ въ своихъ послѣдствіяхъ съ системой племенного права и опровергается, кромѣ то-

го, тѣмъ соображенiемъ, что въ данномъ юридическомъ отношенiи можетъ участвовать не одно, а нѣсколько лицъ, имѣющихъ жительство въ различныхъ мѣстахъ: въ этомъ случаѣ останется неразрѣшеннымъ то, какому изъ правъ различныхъ мѣстностей должно быть отдано предпочтенiе предъ другими. Слѣдующая теорiя, отстаиваемая въ особенности Пухтой, предлагаетъ руководствоваться въ сомнительныхъ случаяхъ началомъ защиты прiобрѣтенныхъ правъ, т.е. отдавать предпочтенiе тому закону, который уважаетъ прiобрѣтенныя права, забывая, что самый вопросъ о прiобрѣтенныхъ правахъ не можетъ быть разрѣшенъ, прежде чѣмъ мы не согласимся въ томъ, по какому именно праву будетъ обсуждаться этотъ вопросъ. Такимъ образомъ, эта теорiя представляетъ намъ чистѣйшую *petitio principii*: съ одной стороны предлагается критерiй прiобрѣтенныхъ правъ, для примѣненiя котораго къ каждому отдѣльному случаю нужно прежде всего познакомиться съ законами, на основанiи которыхъ эти права были прiобрѣтены; съ другой стороны для опредѣленiя закона, подлежащаго примѣненiю, требуется предварительное знанiе этого самаго закона |*circulus vitiosus*|. Наконецъ, эта теорiя не даетъ критерiя и для отличiя законовъ, охраняющихъ прiобрѣтенныя права, которыя могутъ пользоваться равнымъ признанiемъ въ системѣ нѣсколькихъ законодательствъ; какому же изъ этихъ законодательствъ отдать предпочтенiе предъ другими? Существуетъ еще теорiя |Пфейферъ|, реко-

мендующая судьѣ всегда и безусловно руководствоваться правомъ своего государства: она повторяетъ принципъ территоріальнаго права, игнорируя весь указанный выше процессъ развитія, пройденный современнымъ государствомъ, и возвращаетъ насъ къ одной изъ исходныхъ точекъ этого процесса. Наконецъ, упомянемъ еще о теоріи, принадлежащей Вехтеру, которая говоритъ о примѣненіи судьей его права только въ видѣ общаго правила, дѣйствующаго во всѣхъ случаяхъ сомнѣнія; въ исключительныхъ же случаяхъ, указываемыхъ обычаемъ и природою вещей, она допускаетъ примѣненіе и чужого права. Противъ этой теоріи можно сказать, что она не разрѣшаетъ конфликта законовъ, а какъ бы устраняетъ его. Если судья при отправленіи правосудія примѣняетъ законы своей страны, то онъ все-таки долженъ примѣнять ихъ только къ тѣмъ случаямъ, на которые они разсчитаны. А имѣлъ ли законодатель въ виду примѣненіе даннаго закона и въ обстоятельствахъ того случая, который представляется теперь на разрѣшеніе судьи, этотъ вопросъ требуетъ при столкновеніи законовъ особаго отвѣта, котораго теорія Вехтера ему не даетъ. Но изъ нея тѣмъ не менѣе могутъ быть удержаны два вѣрныхъ положенія: судья руководствуется законами своей страны: 1) когда это ими прямо предписывается, и 2) когда дѣло касается публичнаго порядка въ томъ видѣ, какъ онъ установился въ данной странѣ.

Такимъ образомъ,мы видимъ, что ни одна изъ разобранныхъ теорій не выдерживаетъ критики уже потому, что рядомъ съ какимъ-нибудь общимъ правиломъ всѣ онѣ признаютъ множество исключеній, уничтожающихъ совершенно силу этого правила, почему новѣйшая юриспруденція и отказывается совсѣмъ отъ мысли сводить ученіе о коллизіи разномѣстныхъ правъ къ какому бы то ни было единому и общему принципу, предоставляя рѣшеніе отдѣльныхъ случаевъ толкованію законовъ и изслѣдованію ихъ цѣли. Этотъ поворотъ въ ученіи былъ произведенъ Савиньи, который поставилъ передъ нимъ слѣдующую задачу: изслѣдовать каждое юридическое отношеніе отдѣльно и опредѣлять посредствомъ такого изслѣдованія область, которой оно принадлежитъ по своей собственной природѣ, гдѣ оно имѣетъ "свою осѣдлость". Для уясненія этой точки зрѣнія, нужно замѣтить, что между всѣми народами, достигшими приблизительно одинаковой степени цивилизаціи, Савиньи признаетъ извѣстную общность въ правѣ, которую онъ представляетъ себѣ въ смыслѣ установленія между ними общихъ пріемовъ въ пониманіи и разрѣшеніи юридическихъ вопросовъ. Вслѣдствіе этого"юридическія отношенія должны во всѣхъ цивилизованныхъ странахъ оцѣниваться одинаковымъ образомъ,и задача частнаго международнаго права сводятся къ тому,чтобы опредѣлять для каждаго юридическаго отношенія законъ, наиболѣе соотвѣтствующій природѣ и существу

этого отношенія". Вотъ теорія, которая принята теперь большинствомъ извѣстнѣйшихъ юристовъ, каковы, напримѣръ, Унгеръ, Виндшейдъ, Толь, Іерингъ, Зейфертъ и др., и если ей дѣлали много упрековъ и между прочимъ тотъ, что она давала слишкомъ много значенія законамъ мѣстожительства и слишкомъ мало - законамъ національности, то эти упреки, если бы они были и основательны, не затрогиваютъ сущности теоріи Савиньи. Можно согласиться съ тѣмъ, что Савиньи не всегда опредѣлялъ точно дѣйствительную природу отдѣльныхъ юридическихъ отношеній и приписывалъ иногда мѣстожительству вліяніе, которое слѣдовало, быть можетъ, отнести на счетъ національности. Но эти промахи ни мало не ослабляютъ вѣрности того положенія, что только путемъ изслѣдованія природы юридическихъ отношеній можно опредѣлить законодательство, которому они должны подчиняться. То же слѣдуетъ сказать о возраженіи, которое приводитъ противъ теоріи Савиньи Дернбургъ, указывая на юридическія отношенія, отличающіяся идеальнымъ бытіемъ, какъ напримѣръ, обязательственныя права, мѣсто осѣдлости которыхъ не всегда можетъ быть опредѣлено. Дѣлая это возраженіе самъ Дернбургъ между тѣмъ сводитъ все ученіе о конфликтѣ законовъ къ ихъ интеризетаціи и сходится тутъ съ ученіемъ Савиньи, которое не можетъ быть поколеблено возраженіями, приводимыми противъ его частностей, а не принципа. Поэтому теперь можетъ быть признано, что всякое государство обладаетъ своимъ част-

нымъ международнымъ правомъ, т.е. ученіемъ о возможномъ примѣненіи у себя чужого права. Выражаясь опредѣленнѣе мы можемъ свести все изложеніе настоящаго вопроса къ слѣдующему положенію: въ настоящее время должно быть признано по отношенію какъ отдѣльныхъ мѣстностей одного и того же государства, такъ и различныхъ государствъ, что юридическія отношенія, которыя вслѣдствіе мѣстожительства или національности участвующихъ въ нихъ лицъ, или характера даннаго юридическаго акта или какихъ-либо другихъ обстоятельствъ выходятъ за предѣлы данной юридической территоріи или перекрещиваются въ нѣсколькихъ территоріяхъ, - что такія юридическія отношенія обсуждаются не прямо по законамъ той страны, гдѣ имъ приходится искать судебной защиты, но требуютъ всякій разъ изслѣдованія о томъ, на какую именно территорію права указываетъ ихъ спеціальная юридическая природа. Таково теперь по нашему вопросу общее мнѣніе всѣхъ выдающихся юристовъ, по формулированіи котораго они переходятъ къ обозрѣнію главныхъ случаевъ столкновенія равномѣстныхъ правъ. Мы не послѣдуемъ въ этомъ отношеніи ихъ примѣру, такъ какъ вопросъ кажется нами уже достаточно выясненнымъ; кромѣ того подробное

разсмотрѣніе этого вопроса не входитъ въ систему общаго гражданскаго права, а составляетъ, какъ мы уже говорили объ этомъ, предметъ особой юридической дисциплины, извѣстной подъ именемъ частнаго международнаго права. Мы перейдемъ отсюда къ дѣйствію закона въ условіяхъ времени.

36. ДѢЙСТВІЕ ЗАКОНА ОТНОСИТЕЛЬНО ВРЕМЕНИ.

Дѣйствіе закона по общему правилу неограничено во времени и возникая въ моментъ публикаціи, оно продолжается безъ ограниченія какимъ бы то ни было срокомъ до тѣхъ поръ, пока законъ не отмѣняется той же властью, которая его издала, и тѣмъ же порядкомъ, какимъ онъ былъ составленъ. Отмѣна закона бываетъ при этомъ или прямо выражена въ текстѣ новаго закона | abrogatio expressa | или можетъ вытекать изъ существа новаго закона, когда оно противорѣчитъ содержанію прежняго закона | abrogatio tacita |. Такъ напримѣръ, наши судебные уставы 20-го ноября 1864 года не прямо отмѣнили прежнее процессуальное законодательство, а отмѣнили его лишь въ тѣхъ частяхъ, въ которыхъ они противорѣчили ему, оставивъ его въ другихъ частяхъ въ полной силѣ. Но положеніе о неограниченномъ во времени дѣйствіи закона терпитъ исключенія въ тѣхъ случаяхъ, когда законы издаются только на извѣстное время, какъ на-

примѣръ, военное, или по поводу какихъ-нибудь особенныхъ и случайныхъ отношенiй, какъ напримѣръ, законъ о соцiалистахъ въ Германiи. Въ этихъ случаяхъ дѣйствiе закона ограничивается продолжительностью того времени, на которое онъ былъ изданъ и наличностью тѣхъ отношенiй, которыя имъ предполагались; замѣстѣ съ устраненiемъ этихъ отношенiй или съ истеченiемъ установленнаго времени дѣйствiе закона прекращается само собою. Другое ограничение абсолютнаго дѣйствiя закона во времени вытекаетъ изъ самого понятiя объ отмѣнѣ закона: разъ законы наравнѣ съ прочими общественными явленiями, подлежащими процессу развитiя, могутъ измѣняться и уступать мѣсто при другихъ условiяхъ жизни новымъ законамъ, значитъ, они ограничены этими самыми условiями и во времени своего дѣйствiя. Но кромѣ этой фактической зависимости законовъ отъ условiй, вызывающихъ ихъ къ жизни, дѣйствiе новаго закона относительно отмѣняемаго имъ стараго закона также не неограничено, а заключено, какъ это мы сейчасъ увидимъ, въ извѣстные предѣлы. Вопросъ состоитъ здѣсь въ слѣдующемъ: если выходитъ какой-нибудь законъ, заключающiй въ себѣ новую норму, которая не можетъ быть примирена съ существовавшей до тѣхъ поръ нормой по тому же предмету, то въ одномъ мѣстѣ и въ одно время по поводу одного и того же предмета являются два закона, связывающiе съ одними и тѣми же юридическими отношенiями различныя

юридическія послѣдствія. Подъ какой же изъ этихъ двухъ взаимно противорѣчащихъ законовъ подвести юридическія послѣдствія тѣхъ событій, которыя приходится обсуждать при дѣйствіи новаго закона, но которыя возникли или совершились еще во время господства стараго закона? Вотъ капитальнѣйшій вопросъ во всѣмъ ученіи о дѣйствіи закона во времени, вопросъ, разрѣшаемый вовсе не тѣмъ положеніемъ, которое гласитъ, что позднѣйшій законъ отмѣняетъ предшествующій ему законъ: *lex posterior derogat priori*, а положеніемъ, которое формулируется обыкновенно слѣдующимъ предложеніемъ: законы не имѣютъ обратнаго дѣйствія или, что совершенно то же, новые законы не затрогиваютъ ничьихъ уже "пріобрѣтенныхъ правъ" |*jura quaesita*|. Это положеніе вытекаетъ само собою изъ отношенія, въ которомъ стоитъ законъ къ тому, что имъ нормируется. Имъ нормируются отношенія людей другъ къ другу, отношенія, которыя дѣлаются юридическими только тогда, когда они подпадутъ подъ дѣйствіе закона. Подпадаютъ же они подъ дѣйствіе закона немедленно съ его возникновеніемъ, такъ что дѣятельность призываемаго впослѣдствіи судьи состоитъ не въ томъ, чтобы создавать право или обращать фактическія отношенія въ юридическія, а въ томъ, чтобы провозглашать существующее уже право и отмѣнять къ данному отношенію норму, которая сдѣлала это отношеніе юридическимъ уже при его возникновеніи. Слѣдовательно, всякое юридическое отношеніе, разъ оно

существуетъ въ силу того или иного закона, носитъ, такъ сказать, этотъ законъ само въ себѣ и потому уже не можетъ подлежать дѣйствію новаго закона, направленнаго на будущее, а не на прошлое время. Поэтому юридическія послѣдствія событій, возникающія при дѣйствіи прежняго и уже отмѣненнаго закона (facta praeterita), обсуждаются тѣмъ не менѣе на основаніи того закона, при господствѣ котораго они возникли, и потому же измѣненія въ законѣ не оказываютъ вліянія ни на существующія уже юридическія отношенія, ни на пріобрѣтенныя уже права. Этотъ выводъ, повторяющій только другими словами запрещеніе обратнаго дѣйствія закона, вытекаетъ, такимъ образомъ, изъ самаго понятія закона и, какъ таковой, онъ признанъ какъ въ римскомъ, средневѣковомъ канонической, такъ и во всѣхъ новыхъ законодательствахъ. 60-й [illegible] нашихъ основныхъ законовъ постановляетъ: "законъ дѣйствуетъ только на будущее время, никакой законъ не имѣетъ обратнаго дѣйствія и сила онаго не распространяется на дѣйствія, совершившіяся прежде его обнародованія. Но и это запрещеніе обратнаго дѣйствія закона не имѣетъ, какъ мы сейчасъ увидимъ, безусловнаго значенія. Во первыхъ, въ статьѣ 61-й тѣхъ же основныхъ законовъ мы читаемъ: "изъ сего общаго правила изъемлются слѣдующіе случаи: 1) когда въ законѣ именно сказано, что онъ есть только подтвержденіе и изъясненіе смысла прежняго закона; 2) когда

въ самомъ законѣ постановлено, что сила его распространяется и на времена, предшествовавшія его обнародованію". Первый случай, указанный въ настоящей статьѣ, не составляетъ исключенія въ настоящемъ смыслѣ этого слова, такъ какъ пояснительные законы, издаваемые въ подтвержденіе и изъясненіе смысла существующихъ законовъ, представляютъ собою не новый законъ, а тотъ родъ интерпретаціи или толкованія законовъ, который извѣстенъ подъ именемъ аутентической, или легальной интерпретаціи. Если же такіе пояснительные законы заключаютъ въ себѣ не новую норму, а лишь истолкованіе старой нормы, то понятно, что законодатель придаетъ имъ обыкновенно и обратное дѣйствіе, которое признается за ними поэтому не только нашимъ, но и большинствомъ европейскихъ законодательствъ. Французское право съ Баденскимъ составляютъ тутъ исключеніе, не признавая обратнаго дѣйствія и за пояснительными законами. Что касается второго изъ упомянутыхъ въ цитированной выше статьѣ случаевъ обратнаго дѣйствія закона, когда онъ самъ опредѣляетъ то, что дѣйствіе его не ограничивается однимъ будущимъ временемъ, а должно быть распространено и на отношенія, возникшія въ прошломъ, то случаи этого рода составляютъ уже дѣйствительное исключеніе изъ правила о томъ, что законы не имѣютъ обратнаго дѣйствія и при томъ такое исключеніе, которое въ силу суверреннаго характера законодательной воли признается во всѣхъ извѣстныхъ намъ законо-

дательствахъ. Кромѣ того воля законодателя, распространяющая дѣйствіе даннаго закона далѣе его естественныхъ предѣловъ, можетъ быть не только ясно выражена въ самомъ законѣ, но и выводится изъ остальнаго его содержанія и цѣли, когда эта послѣдняя не могла бы быть достигнута въ томъ случаѣ, если бы издаваемый законъ дѣйствовалъ только въ будущемъ времени, и не получалъ обратной силы. Возьмемъ для примѣра законы, уничтожающіе крѣпостное состояніе. Если бы они устраняли возникновеніе крѣпостного права только въ будущемъ времени, не затрогивая вовсе крѣпостныхъ, рожденныхъ въ этомъ состояніи до ихъ изданія, то эти законы протягивали бы только на неопредѣленное время то самое состояніе, которое они хотятъ уничтожить, и вотъ почему подобнымъ законамъ, производящимъ большія соціальныя реформы, давалось всегда обратное дѣйствіе. Слѣдовательно, для того, чтобы опредѣлить дѣйствіе закона во времени, судья обращается прежде всего къ тексту закона, потомъ къ его цѣли и такимъ образомъ разрѣшаетъ вопросъ о томъ, имѣетъ онъ обратное дѣйствіе или нѣтъ, только на основаніи интерпретаціи закона, къ которой поэтому и сводится здѣсь все дѣло. Во вторыхъ, въ связи съ отрицаніемъ обратнаго дѣйствія законовъ стоитъ вопросъ о неприкосновенности такъ называемыхъ пріобрѣтенныхъ правъ или *jura quaesita*, на которыя дѣйствіе новыхъ законовъ по общему правилу не

распространяется, тогда какъ другія юридическія отношенія, не представляющія пріобрѣтенныхъ правъ, подвергаются дѣйствію новыхъ законовъ. Вотъ другое ограниченіе правила, по которому законы не должны имѣть обратнаго дѣйствія, но ограниченіе едва ли серьезное, такъ какъ мы не имѣемъ до сихъ поръ критерія для разграниченія пріобрѣтенныхъ правъ отъ отношеній, подвергающихся обратному дѣйствію законовъ. Самое понятіе о пріобрѣтенныхъ правахъ далеко еще не выработано въ современной юриспруденціи, опредѣляющей ихъ обыкновенно, какъ такія права, которыя уже принадлежатъ данному лицу въ силу того или другого юридическаго основанія, или какъ такія права, относительно которыхъ наступили уже всѣ событія, обусловливающія собою соотвѣтствующія юридическія послѣдствія. Такія пріобрѣтенныя права противополагаются въ современной доктринѣ съ одной стороны тѣмъ юридическимъ состояніямъ, которыя существуютъ въ силу какой-нибудь общей нормы и въ которыхъ стоятъ всѣ лица вообще, какъ напримѣръ, положенія о правоспособности и дѣеспособности лица и съ другой стороны они противополагаются простой возможности или надеждѣ пріобрѣсти какое-нибудь право въ силу существующаго постановленія закона. Такія общія юридическія состоянія |rechtliche Zustände| и такія юридическія надежды |Spes| не освобождаются по господствующему ученію отъ дѣйствія новаго закона, тогда какъ защита пріобрѣтенныхъ правъ, законченныхъ

въ своемъ процессѣ образованія, вмѣняется въ обязанность государству и ставится внѣ всякаго вліянія новаго закона. Изложенное сейчасъ ученіе упускаетъ изъ виду то, что экономическія и политическія, а также нравственныя и религіозныя причины могутъ очень часто вынудить законодательную власть къ изданію и такихъ законовъ, которые будутъ имѣть своимъ послѣдствіемъ отмѣну не однихъ юридическихъ состояній и надеждъ, но и давно уже существующихъ и пріобрѣтенныхъ правъ, если измѣнившіяся въ данное время и въ данномъ мѣстѣ возврѣнія находятъ ихъ устарѣлыми или несправедливыми. Такъ это бываетъ съ законами, которые имѣютъ въ виду большія реформы въ томъ или другомъ состояніи права [наша крестьянская реформа] и которые не останавливаются для достиженія своей цѣли предъ нарушеніемъ какихъ бы то ни было пріобрѣтенныхъ правъ: вознагражденіе, опредѣляемое при этомъ въ пользу владѣльцевъ отмѣняемыхъ правъ, не есть необходимое условіе отмѣны этихъ правъ и во всякомъ случаѣ не измѣняетъ ничего въ вопросѣ о возможности ихъ отмѣны. Наконецъ, вопросъ о томъ, какія юридическія отношенія считать пріобрѣтенными правами, какія - нѣтъ, разрѣшается въ различныхъ законодательствахъ различно, и потому общее понятіе о пріобрѣтенномъ правѣ въ томъ видѣ, какъ оно выработалось въ современной юриспруденціи, и неправильно и не пригодно для опредѣленія дѣйствія закона во времени. Опредѣленіе этого дѣйствія, такъ же какъ и опредѣ-

леніе дѣйствія закона по мѣсту его примѣненія, есть исключительно дѣло интерпретаціи закона, а все, что мы говорили по этимъ вопросамъ, можетъ служить при интерпретаціи только руководящей нитью, а вовсе не практическимъ критеріемъ для разрѣшенія спорныхъ случаевъ. Юриспруденція можетъ предложить здѣсь лишь пособіе къ интерпретаціи, которая одна только и призвана къ рѣшенію всѣхъ спорныхъ вопросовъ примѣненія законовъ въ условіяхъ мѣста и времени. Этимъ мы закончимъ изложеніе настоящаго ученія и въ заключеніе общей теоріи закона скажемъ нѣсколько словъ объ особомъ видѣ законодательной дѣятельности, извѣстномъ подъ именемъ законодательной автономіи.

37. ЗАКОНОДАТЕЛЬНАЯ АВТОНОМІЯ.

Законодательной автономіей называется право изданія законовъ, предоставленное отдѣльнымъ союзамъ лицъ, существующимъ въ государствѣ и не входящимъ въ составъ его законодательнаго аппарата. Значеніе самостоятельнаго источника права эта автономія не имѣетъ ни въ одномъ изъ современныхъ государствъ, такъ какъ она существуетъ лишь постольку, поскольку допускается государственной властью и слѣдовательно, сводится въ результатѣ къ дѣятельности этой послѣдней. Поэтому автономію и можно теперь опредѣлять, вмѣстѣ съ Тѣмъ, какъ законодатель-

ную дѣятельность, подчиненную государственному законодательству и исходящую изъ него. Но въ прежнее время, когда государственная власть еще не окрѣпла, автономія играла несравненно болѣе важную роль. Такъ напримѣръ, въ Германіи, гдѣ имперское законодательство дѣйствовало до послѣдняго времени весьма слабо, а обычное право не могло удовлетворять всѣмъ потребностямъ постоянно усложнявшейся жизни, нельзя было обойтись безъ иныхъ источниковъ права, которые замѣняли бы въ извѣстной степени ничтожную дѣятельность центральной власти. Такими источниками права и стали юридическія нормы, которыя издавались патримоніальными владѣльцами, выступавшими при этомъ односторонне или вкупѣ съ сословіями, владѣльцами городовъ, городскими магистратами, дѣйствовавшими также односторонне или совокупно съ представительствомъ отъ общинъ, цехами, университетами, главами знатнѣйшихъ дворянскихъ фамилій и другими союзами, создававшими для своихъ цѣлей, своихъ юридическихъ отношеній свои особыя нормы. Эти нормы назывались статутами въ отличіе отъ законовъ, исходящихъ отъ центральной власти, и гораздо раньше, чѣмъ распалась Германская имперія и изъ нея выдѣлились самостоятельныя государства и города, имъ принадлежало уже настоящее право законодательства, такъ какъ территоріальная власть сдѣлалась настолько сильна, а имперскія прерогативы настолько слабы, что налагаемыя ими ограниченія на мѣстныя законодательства стали весь-

ма незначительны. Но и тутъ территоріальная власть не сосредоточила въ себѣ всѣхъ функцій законодательной дѣятельности и оставила прежнюю автономію за городскими общинами, цехами, университетами и другими учрежденіями, которыя продолжали управляться издаваемыми ими для себя законами, имѣвшими обязательную силу не только для нихъ, но и для всѣхъ третьихъ лицъ, вступавшихъ съ ними въ сношенія. Только съ достаточнымъ усиленіемъ государственной власти и развившимся стремленіемъ къ однообразію и устраненію юридическихъ особенностей мѣстной жизни, автономія постепенно стала ограничиваться, становиться подъ контроль и зависимость государственной власти. Подъ этимъ послѣднимъ условіемъ контроля и зависимости и въ крайне ограниченныхъ размѣрахъ, законодательная автономія признается въ нѣкоторыхъ государствахъ и въ настоящее время. Признаніе это относится главнымъ образомъ къ корпораціямъ; но мнѣніе, утверждающее, что автономія можетъ принадлежать только корпораціямъ, тѣмъ не менѣе, не вѣрно. Гирке, извѣстный авторъ классическаго сочиненія о корпоративномъ правѣ, идетъ даже такъ далеко, что совершенно соединяетъ понятія корпораціи и автономіи, утверждая, что "гдѣ автономія, тамъ и корпорація, гдѣ корпорація, тамъ и автономія". Утвержденіе это очевидно, неправильно, такъ какъ если источникомъ автономіи въ настоящее время является одна государствен-

ная власть, то она можетъ, какъ предоставить ее и не корпораціи, напримѣръ, отдѣльному семейству, такъ и не признать автономіи и за отдѣльной корпораціей, напримѣръ, за той или другой общиной, тѣмъ или другимъ юридическимъ лицомъ |акціонерныя компаніи|. Такъ во Франціи до 1789-го года и въ Германіи до 1843-го года, рядомъ съ государственнымъ судомъ и отправленіемъ правосудія отъ имени высшей государственной власти, существовали и патримоніальные суды и патримоніальная судебная власть, такъ точно и въ современной Германіи, - рядомъ съ всеобщимъ теперь положеніемъ публичнаго права, по которому законодательство можетъ быть только государственное, - дѣйствуетъ еще аномальный въ настоящее время институтъ автономіи, выражающійся въ полномочіи извѣстныхъ круговъ лицъ, не принадлежащихъ къ составу законодательства, къ изданію особыхъ юридическихъ нормъ, которыми регулируются ихъ отдѣльныя отношенія. Этотъ институтъ стоитъ въ полномъ противорѣчіи съ современнымъ государственнымъ строемъ, и всѣ попытки примирить тотъ и другой осуждены впередъ на неудачу. Законодательная автономія представляетъ собою въ настоящее время только историческую руину отъ существовавшаго нѣкогда строенія публичнаго права, руину, которая уцѣлѣла теперь, съ одной стороны, въ правѣ на самостоятельное законодательство, признанное въ современной Германіи лишь за тремя изъ бывшихъ имперскихъ горо-

довъ: Гамбургомъ, Временомъ и Любекомъ, и съ другой - въ установленныхъ актами бывшаго германскаго союза |1806 г.| и другихъ германскихъ государствъ |прусскіе акты 1866 г.|, такъ называемыхъ, домовыхъ законахъ |Hausgesetze| для нѣкоторыхъ высшихъ дворянскихъ родовъ и медіатизированныхъ территоріальныхъ владѣльцевъ, за которыми было тоже признано право самостоятельнаго регулированія ихъ имущественныхъ и семейныхъ отношеній въ видѣ привилегіи и вознагражденія за отобранныя у нихъ права верховной власти. Этотъ современный случай автономіи, признанной за нѣкоторыми дворянскими фамиліями и ограниченной, какъ это видно изъ предыдущаго, регулированіемъ однихъ только семейныхъ и имущественныхъ отношеній, сходится близко съ институтомъ фидеикоммиссовъ и нашихъ заповѣдныхъ имѣній, съ которыми мы познакомимся впослѣдствіи, но и разнится отъ нихъ въ томъ, что автономія касается не только имущества, но и всего семейства, всей совокупности имущественныхъ и личныхъ отношеній его членовъ, подчиненныхъ даннымъ юридическимъ нормамъ только въ силу ихъ принадлежности къ семьѣ, тогда какъ фидеикоммиссъ относится только къ имуществу, безъ котораго онъ не можетъ ни возникнуть, ни существовать; автономія же дворянскихъ фамилій не зависитъ отъ имущества и можетъ существовать безъ него. Что касается автономіи цеховъ, университетовъ, общинъ и другихъ корпорацій, поль-

зовавшихся сначала этимъ правомъ въ самыхъ широкихъ размѣрахъ, то относительно нормъ гражданскаго права эти корпораціи не имѣютъ теперь автономіи ни въ одномъ изъ современныхъ государствъ. Между тѣмъ законодательная автономія понимается теперь только въ смыслѣ автономіи гражданскаго права,, т.е. созданія нормъ, принадлежащихъ именно къ этой области права, такъ какъ нормы публичнаго права не могутъ по общему правилу имѣть автономію своимъ источникомъ. Исключеніе изъ этого правила составляютъ только законы, которые даютъ себѣ царствующія династіи для руководства въ отношеніяхъ престолонаслѣдія и т.д.Эти законы дѣлаются тогда составной частью конституціонаго права или основныхъ законовъ даннаго государства и не могутъ быть уже отмѣнены иначе, какъ государственнымъ закономъ. Во всякомъ случаѣ, за сдѣланнымъ сейчасъ ограниченіемъ автономія не служитъ источникомъ публичнаго права, и поэтому ни одно изъ подраздѣленій государственнаго цѣлаго, надѣленныхъ даже административными функціями, какъ, напримѣръ, провинція, губернія, уѣздъ и т. д. не можетъ считаться автономнымъ союзомъ ни въ смыслѣ публичнаго, ни въ смыслѣ гражданскаго права. Точно также и статуты частныхъ корпорацій, какъ напримѣръ, акціонерныхъ обществъ, которыя создаютъ ихъ сами для себя, не представляютъ собою автономныхъ нормъ, такъ какъ эти статуты вообще не могутъ быть признаны юридическими

нормами |см. теорію закона|, будучи предназначены только къ тому, чтобы регулировать данныя юридическія отношенія въ предѣлахъ уже существующаго и стоящаго надъ ними закона. Ложное истолкованіе этихъ статутовъ со стороны суда будетъ поэтому нарушеніемъ не закона, а акта частной воли и можетъ сдѣлаться поводомъ не для кассаціоннаго производства, которое основано на надзорѣ за правильнымъ и однообразнымъ примѣненіемъ законовъ, а для одного лишь производства по существу дѣла, къ которому несомнѣнно принадлежитъ разсмотрѣніе всѣхъ частныхъ актовъ. Выражая ту же мысль другими словами, мы можемъ сказать, что подобные статуты суть проявленія такъ называемой "частной автономіи", понимаемой въ смыслѣ права отдѣльныхъ лицъ и корпорацій нормировать по своему усмотрѣнію свои юридическія отношенія, насколько это не запрещено имъ дѣйствующимъ законодательствомъ. Въ этомъ смыслѣ Римляне говорили о *ex contractus, ex testamenti* и т. д., и эту автономію называютъ теперь частной для того, чтобы отличить ее отъ автономіи въ смыслѣ объективнаго права, о которой мы говорили выше и изъ которой проистекаютъ абстрактныя нормы, обязательныя не только для тѣхъ, кто издаетъ ихъ, какъ это бываетъ въ случаяхъ частной автономіи, но и для всѣхъ третьихъ лицъ. Вотъ почему эти послѣднія нормы называются также *statuta legalia*, въ отличіе отъ *statuta conwencionalia*, которыя характеризуютъ част-

ную автономію и не распространяются на третьихъ лицъ, кромѣ случаевъ, предписанныхъ самимъ закономъ. Существуетъ еще терминъ Обычаитум, которымъ обозначается образованіе обычнаго права изъ автономическихъ постановленій. Что касается положенія вопроса о законодательной автономіи по дѣйствующему у насъ праву, то оно признаетъ такую автономію въ извѣстныхъ границахъ за лантагами въ Остзейскихъ губерніяхъ, за сеймомъ и рыцарскими домами въ Финляндіи, за земскими собраніями въ чисто-русскихъ губерніяхъ, за городскими, сельскими, волостными и равными другими обществами, корпораціями и учрежденіями, какъ религіозными, сословными, учеными, такъ и промышленными и торговыми |артельныя товарищества и акціонерныя компаніи|. Но оговоримся сейчасъ же, что эта автономія есть не законодательная, въ смыслѣ права на созданіе самостоятельныхъ нормъ гражданскаго права, - такой автономіи наше законодательство наравнѣ съ европейскими не признаетъ теперь въ принципѣ, если не считать рѣдкихъ исключеній, обусловленныхъ особенностями мѣстнаго права въ Остзейскихъ губерніяхъ и въ Финляндіи, - а скорѣе административная или общественная автономія, состоящая въ предоставленіи тому или другому учрежденію или обществу права на самостоятельное регулированіе его внутреннихъ отношеній и распорядка дѣлъ

въ предѣлахъ дѣйствующаго закона и предоставленной каждому учрежденію власти. Поэтому, самое основное условіе признанія автономическихъ постановленій состоитъ у насъ въ томъ, чтобы они находились въ гармоніи съ общимъ законодательствомъ страны, не противорѣчили ему и не выходили за предѣлы власти, предоставленной тому или другому обществу или учрежденію; всякое уклоненіе отсюда ведетъ за собою отмѣну и необязательность автономическаго постановленія. Этой чертой автономическія постановленія отличаются рѣзко отъ мѣстныхъ законовъ, которые отмѣняютъ, какъ мы знаемъ, въ данной мѣстности общіе законы государства и существуютъ вообще независимо отъ измѣненій въ общемъ законодательствѣ. Но той же чертой подчиненности закону автономическія постановленія сходятся съ правительственными распоряженіями, дѣйствительность которыхъ обусловлена, какъ мы знаемъ, также тѣмъ, что они не выходятъ за предѣлы закона и власти издающаго ихъ учрежденія или лица. Другое сходство между ними состоитъ въ томъ, что ни тѣ, ни другія не служатъ источниками гражданскихъ правъ, которыя исходятъ только изъ закона, обычая и другихъ указанныхъ выше источниковъ права. Различіе же между правительственными распоряженіями и автономическими постановленіями заключается въ органахъ, отъ которыхъ исходятъ тѣ и другія; такими органами являются во первомъ случаѣ государство и подчиненныя

ему вѣдомства, во второмъ же мы имѣемъ земство, городъ, корпорацію и другія, хотя и подчиненныя государству, но тѣмъ не менѣе отличныя отъ него и самостоятельныя общества. Но цѣли тѣхъ и другихъ постановленій часто сходятся между собою такъ близко, что они могутъ до извѣстной степени замѣщать другъ друга: государство управляетъ иногда земскимъ и городскимъ хозяйствомъ черезъ своихъ чиновниковъ и наоборотъ, земскія и городскія учрежденія берутъ нерѣдко въ свое завѣдываніе такія отрасли законодательства и управленія, которыя сосредоточиваются обыкновенно въ рукахъ центральной власти. Ни та, ни другая крайность не могутъ быть о п р а в д а н ы съ точки зрѣнія обще-государственныхъ интересовъ, которые требуютъ того, чтобы, учреждая необходимый контроль надъ органами самоуправленія, центральная власть опредѣляла съ точностью предѣлы ихъ вѣдомства и указывала порядокъ, въ которомъ должны разрѣшаться столкновенія какъ между этими органами, такъ и между тѣми же органами и органами государственной власти. Наше законодательство содержитъ въ себѣ много постановленій этого рода, на которыхъ мы не будемъ останавливаться, такъ какъ они не относятся къ гражданскому праву, прибавимъ лишь къ тому, что было уже сказано о предѣлахъ дѣйствій автономическихъ постановленій только слѣдующее. Если для достиженія законныхъ цѣлей того или другого общества, пользующагося

автономіей, необходимо принятіе какихъ-либо мѣръ, вызываемыхъ самымъ ходомъ его дѣлъ, или установленіе какихъ-либо правилъ внутренняго распорядка, или опредѣленіе внутреннихъ отношеній между его членами въ допускаемыхъ закономъ предѣлахъ, то право на такую внутреннюю автономію слѣдуетъ предполагать за каждымъ автономическимъ союзомъ въ силу одного факта его существованія, такъ какъ подобная внутренняя автономія есть, по выраженію Блекстона, столь же необходимая принадлежность всякаго юридическаго лица, какъ здравый разсудокъ лица физическаго. Предметы общественной автономіи такъ же разнообразны, какъ и сама жизнь, но сводятся все-таки къ кругу такихъ предметовъ, для которыхъ данное общество учреждено. Основной принципъ здѣсь таковъ, что каждое общество существуетъ только для своихъ дѣлъ, для себя и для своихъ членовъ, но въ видѣ исключенія изъ этого правила, законъ предоставляетъ нѣкоторымъ обществамъ, завѣдующимъ мѣстнымъ управленіемъ, какъ напримѣръ, земскимъ и городскимъ собраніямъ, право издавать постановленія, обязательныя для всѣхъ, даже временно пребывающихъ въ данномъ городѣ или уѣздѣ, или для всѣхъ проѣзжающихъ по земской дорогѣ и т.п. Форма автономическихъ постановленій и порядокъ ихъ изданія опредѣляются въ большей части случаевъ точными правилами закона, о которыхъ мы тоже не будемъ распространяться, ограничившись замѣчаніемъ, что обыкновенной фор-

мой автономическихъ постановленій служатъ протоколы или журналы засѣданій, а въ нѣкоторыхъ обществахъ, какъ напримѣръ, въ артеляхъ и на сельскихъ сходахъ, дѣла ведутся словесно, и приговоры общества часто не записываются, доказательствомъ приговора служитъ въ этихъ случаяхъ обычная практика, и въ этомъ безформенномъ видѣ автономическія постановленія переходятъ въ область обычнаго права | обвичаются |. Что касается обязательной силы автономическихъ постановленій, то она вполнѣ зависитъ отъ ихъ законности, т.е. отъ компетентности органовъ, отъ которыхъ они исходятъ, отъ законности ихъ предмета, цѣли, содержанія формы и порядка изданія. Постановленія противозаконныя признаются недѣйствительными и кромѣ того при существованіи системы правительственнаго надзора и инстанціи, они могутъ быть отмѣнены не только въ судебномъ, но и въ административномъ порядкѣ, съ привлеченіемъ къ отвѣтственности лицъ, виновныхъ въ превышеніи власти.

38. ИНТЕРПРЕТАЦІЯ ЗАКОНОВЪ.

Предполагая ученіе объ интерпретаціи законовъ вамъ уже извѣстнымъ изъ курсовъ энциклопедіи, римскаго и государственнаго права, я не дамъ полнаго изложенія этого ученія и укажу лишь на исправленія, которыя, по моему мнѣнію, должны быть въ него внесены.

Господствующее ученіе о толкованіи законовъ считаетъ, какъ вамъ извѣстно, задачей его установленіе смысла, который законодатель соединяетъ съ употребляемыми имъ словами закона, опредѣленіе того, что онъ желалъ сказать этими словами, или выражаясь иначе, задачей толкованія законовъ ставится объясненіе воли законодателя. Это было высказано еще Донелемъ въ словахъ: "Non enim lex est quod scriptum est, sed quod legislator voluit." и повторялось затѣмъ во всѣхъ учебникахъ римскаго и гражданскаго права. Что это ученіе не вѣрно, это чувствовали только немногіе изъ извѣстныхъ намъ юристовъ и между ними въ особенности Thöl въ своемъ Einleitung in das deut. Privatrecht Ihering въ своемъ "Geist des römischen Rechts" г. II, касавшіеся, однако, настоящаго вопроса лишь вскользь и не предложившіе ничего взамѣнъ стараго ученія. Честь блистательнаго опроверженія этого послѣдняго и предложеніе на его мѣсто положительнаго результата принадлежитъ нынѣшнему профессору Берлинскаго университета, извѣстному особенно своими трудами по сравнительному правовѣдѣнію - Колеру, изъ статьи котораго озаглавленной: Ueber die interpretation von Gesetzen помѣщенной въ Zeitschrift für das öffentliche und Privatrecht der gegenwart 1886 г. - я приведу здѣсь нѣсколько важнѣйшихъ положеній. Рѣшающее значеніе при толкованіи законовъ должно принадлежать не волѣ законодателя, а в о л ѣ

закона | voluntas Legis |, о которой говорили еще римскіе юристы, употребляя это выраженіе, конечно, не въ психологическомъ, а въ телеологическомъ смыслѣ - достиженія закономъ поставленной предъ нимъ цѣли. Поэтому законъ сопровождается не тѣми юридическими послѣдствіями, которыя имѣлись въ виду его составителями, а тѣми, которыя вытекаютъ изъ поставленной предъ нимъ цѣли и являются условіями или результатами ея достиженія. Законодатель могъ конечно создать законъ и не создать. Въ созданіи закона выражается понятно актъ воли законодателя. Но разъ этотъ актъ воли произведенъ черезъ обнародованіе закона, онъ отдѣляется отъ законодателя и получаетъ самостоятельность, вступая въ связь съ другими законами и производя непосредственно или посредственно такія юридическія послѣдствія, которыя могли совсѣмъ не входить въ намѣреніе законодателя и лежать далеко за предѣлами его умственнаго горизонта. Думать, что законодатель можетъ предвидѣть всѣ послѣдствія создаваемаго имъ закона, значило бы то же самое, что ставить жизнь и идеи взрослаго человѣка въ зависимость отъ физіологическаго акта его зачатія. Какъ ни одинъ родитель не можетъ знать, что будетъ впослѣдствіи съ его ребенкомъ, такъ и отъ законодателя ускользаетъ часто значительная часть юридическаго и экономическаго значенія издаваемаго имъ закона, примѣненіе котораго можетъ представить совъ-

семъ другую картину, чѣмъ та, которая рисовалась предъ законодателемъ. Слѣдовательно, законъ по отношенію къ законодателю составляетъ нѣчто новое, почти чуждое ему, и изслѣдованіе его юридическаго дѣйствія есть такая же новая задача, какую представляетъ, напримѣръ, для композитора исполненіе его музыкальнаго произведенія. Если бы господствующее воззрѣніе на причинную связь между юридическими послѣдствіями закона и волей законодателя было вѣрно, то органы законодательства были бы вмѣстѣ съ тѣмъ и лучшими даже единственными хорошими истолкователями законовъ. И дѣйствительно, оставаясь вѣрнымъ своей исходной точкѣ, господствующее ученіе видитъ въ предварительныхъ работахъ по составленію законовъ ближайшіе и вѣрнѣйшіе источники для ихъ толкованія, думая также, что члены парламента, докладывающіе и голосующіе тотъ или другой законъ, или члены правительства, вырабатывающіе его проекты, мотивы, заслуживаютъ преимущества предъ всѣми другими лицами въ дѣлѣ разъясненія смысла и примѣненія законовъ. Съ этимъ взглядомъ связано утверждаемое и теперь вслѣдъ за Бехтеромъ многими юристами положеніе, по которому объясненія, данныя по поводу тѣхъ или другихъ законовъ лицами, принадлежащими къ органамъ законодательной власти, признаются родомъ оффиціальной или, такъ называемой, аутентической интерпретаціи, обязательной для юристовъ. Въ основаніи этого взгляда лежитъ прежде всего предположеніе о согласіи всѣхъ фак-

торовъ законодательной власти относительно смысла даннаго закона - согласіи, которое должно давать твердую почву для пониманія этого закона и фиксировать его интерпретацію. Но противъ этого предположенія можно сейчасъ же возразить, что согласіе факторовъ законодательной власти относится только къ тексту закона, а не къ его мотивамъ, которые могутъ быть не признаны, и оставятъ поэтому смыслъ закона не выясненнымъ; далѣе, что и это согласіе относительно текста закона является въ большинствѣ случаевъ результатомъ компромисса, въ которомъ сходятся различныя партіи, исходя изъ діаметрально противоположныхъ точекъ зрѣнія; что наконецъ, къ обсужденію закона въ парламентѣ или какомъ бы то ни было собраніи можетъ быть менѣе, чѣмъ кудалибудь примѣнено положеніе: *qui tacet, consentire videtur*, такъ какъ объясненія министровъ и другихъ лицъ здѣсь часто остаются безъ отвѣта по чисто внѣшнимъ причинамъ, и предполагать, что мнѣніе монарха или другого фактора законодательства совпадаетъ всегда съ мнѣніемъ остальныхъ факторовъ того же дѣла, было бы по меньшей мѣрѣ произвольно. Но допуская даже общее согласіе всѣхъ факторовъ законодательства въ пониманіи того или другого закона вполнѣ доказаннымъ, это согласіе все-таки не заключало бы въ себѣ ничего обязательнаго, такъ какъ оно не входило бы въ самый законъ, а стояло бы подлѣ него и было бы совершенно безразлично для его дѣйствія. Законодатель дѣйствуетъ только

словами закона, а то, что имъ и его сотрудниками объясняется помимо этихъ словъ, относится къ области ихъ индивидуальныхъ воззрѣній на законъ, которыя также мало связываютъ насъ, какъ какія бы то ни было индивидуальныя воззрѣнія. Говорить, что эти воззрѣнія перешли въ законъ и сдѣлались его составной частью нельзя, такъ какъ законодательные органы могутъ говорить словами закона только то, что говорятъ эти слова. Наконецъ, противъ разбираемой нами теоріи говорятъ болѣе всего вытекающія изъ нея послѣдствія. Въ доказательство того или другого пониманія закона, въ силу этой теоріи, можно бы было ссылаться не только на оффиціальные мотивы и парламентскіе акты, но и на частныя работы и бумаги отдѣльныхъ министровъ и депутатовъ для того, чтобы узнать, что они думали во время подачи своихъ голосовъ. Можно было бы даже просить о допросѣ этихъ лицъ для установленія смысла, который они придавали различнымъ статьямъ голосованнаго ими закона, и привлечь еще къ обсужденію ихъ избирательныя рѣчи и адресы для разъясненія смысла, въ которомъ они голосовали за этотъ законъ. Тогда толкованіе законовъ обратилось бы въ нѣчто, подобное частной инквизиціи: законы упали бы со своей высоты на почву частныхъ вожделѣній и индивидуальныхъ воззрѣній, и если когда то Византійскій законодатель, связавшій свое имя съ тѣми сборниками, по которымъ училась и учится до сихъ поръ праву вся Европа, объявлялъ, что

ему одному, какъ законодателю, принадлежитъ интерпретація законовъ, и если онъ нашелъ въ этомъ отношеніи подражателя въ лицѣ прусскаго Фридриха II, то исторія давно уже произнесла свой приговоръ надъ этими ничего незначущими и чисто тщеславными притязаніями. Но оспаривая господствующій взглядъ на предварительныя работы по составленію законовъ и на аутентическую интерпретацію, мы вовсе не отрицаемъ значенія ни этихъ работъ, ни этой интерпретаціи. Оффиціальные юристы, составители проектовъ законовъ и т.п. сдѣлали не мало для успѣховъ современныхъ законодательствъ, но неоффиціальные юристы сдѣлали для этого же дѣла гораздо больше, и мы утверждаемъ только, что о преимуществѣ первыхъ надъ послѣдними въ дѣлѣ разработки права не можетъ быть рѣчи. Что касается спеціальнаго значенія предварительныхъ законодательныхъ работъ для интерпретаціи законовъ, то къ этому вопросу мы еще возвратимся. Изъ предъидущихъ же замѣчаній уже видно, что господствующее ученіе о толкованіи законовъ требуетъ радикальнаго пересмотра. Задачей его должно быть поставлено вовсе не воспроизведеніе воли законодателя, а изслѣдованіе цѣли закона и извлеченіе заключающихся въ немъ принциповъ права. Эта послѣдняя задача толкованія есть вмѣстѣ съ тѣмъ его высшая задача и тѣмъ болѣе необходимая, что съ пони-

щью принциповъ объединяется и разрѣшается масса детальныхъ вопросовъ права, для которыхъ отдѣльныя постановленія законовъ оказываются часто недостаточными. Законы или вообще положенія права (Rechtssätze), представляющія собою по мѣткому опредѣленію Іеринга, "практическія острія права" (practische Spitze des Rechts), не содержатъ въ себѣ обыкновенно такихъ принциповъ, а только намекаютъ на нихъ, и дѣло интерпретаціи - обнаружить принципы, скрытые въ законѣ, но обусловливающіе производимый имъ практическій результатъ. Положеніе юриста подобно здѣсь положенію натуралиста, который, исходя изъ наблюденій надъ внѣшними явленіями, приходитъ къ заключенію о дѣйствующей силѣ, и вопросъ состоитъ въ томъ, какими средствами располагаетъ юристъ для открытія скрытыхъ въ законѣ принциповъ и для заключенія отъ внѣшняго проявленія этихъ принциповъ къ ихъ внутреннему основанію. Такими средствами являются: 1| разсмотрѣніе всего законодательства въ его цѣломъ, такъ какъ ничего не можетъ быть вреднѣе для пониманія законовъ, какъ расщепленіе ихъ на куски и оперированіе этими кусками. 2| Исторія права, какъ своего, такъ и чужого вмѣстѣ съ сравненіемъ того и другого показываютъ, какъ аналогичныя потребности вызываютъ соотвѣтственное законодательство, какъ практическое упражненіе закона наводитъ на новыя задачи, и какъ одно толкованіе разрѣшаетъ ихъ удовлетворительнѣе, чѣмъ другое. Этимъ путемъ юриспруденція

становится лицомъ къ лицу съ жизнію, прислушивается къ ея потребностямъ и дѣлается практической такъ же, какъ практика дѣлается научной. Наконецъ, 3| высшая интерпретація, о которой мы говорили до сихъ поръ, оперируетъ съ цѣлью закона, составляющей предметъ и низшей интерпретаціи, къ разсмотрѣнію которой мы теперь переходимъ. Первая, т.е. высшая интерпретація, исходитъ изъ того положенія, что означенный въ законѣ порядокъ юридическихъ отношеній, изъ котораго она извлекаетъ общіе принципы права, существуетъ въ дѣйствительности и держится на непоколебимомъ основаніи. Но тутъ то и возникаютъ вопросы, вызывающіе большія несогласія, устраненіе которыхъ составляетъ задачу низшей интерпретаціи. Цѣль ея состоитъ въ установленіи изъ словъ закона внѣшняго содержанія его и соотвѣтствующаго ему порядка внѣшнихъ отношеній. Значеніе этой интерпретаціи состоитъ въ томъ, что она составляетъ необходимое условіе всякой высшей интерпретаціи и всякой принципіальной разработки существующаго права, точно такъ же, какъ въ естественныхъ наукахъ все зависитъ отъ точности первоначальныхъ наблюденій. Въ этомъ отношеніи нужно прежде всего имѣть въ виду, что законъ есть нѣчто тѣлесное, проникнутое только духовнымъ началомъ. Это тѣлесное составляютъ слова закона, являющіяся не простымъ средствомъ доказательства, а необходимыми носителями содержащагося въ законѣ духовнаго начала. Эти слова представляютъ собою не только оповѣщеніе, но и осуществленіе мысли закона, которая

получаетъ тѣлесность и жизнь только черезъ эти слова. То, что поэтому не прошло чрезъ посредство слова, и не можетъ быть закономъ, а развѣ только попыткой къ его созданію, лишенной всякаго юридическаго значенія. Если, напримѣръ, органы законодательной власти отвергли какой-нибудь законъ, то этого закона не можетъ существовать, каковы бы ни были мотивы, руководившіе законодателями. Они могли считать этотъ законъ само собою подразумѣвающимся и излишнимъ; но то, что имъ казалось излишнимъ, для насъ можетъ не имѣть этого значенія, и отсутствіе закона будетъ въ этому случаѣ все-таки несомнѣннымъ фактомъ. Точно также внѣ закона будетъ и все то, что законодатели высказали о его содержаніи и смыслѣ помимо текста закона, такъ какъ ихъ взгляды, не вошедшіе въ текстъ, представляютъ лишь освѣщеніе закона, которое можетъ быть какъ правильно, такъ и неправильно. Объ обязательной же силѣ выраженій, употребленныхъ законодателями внѣ текста закона, и объ обязательной силѣ ихъ предварительныхъ работъ не можетъ быть, очевидно, рѣчи. Все, что приводилось въ пользу противоположнаго взгляда, объясняется игнорированіемъ той простой истины, что закономъ можетъ быть признано только то, что нашло осуществленіе въ его словахъ. Поэтому словами закона опредѣляется и мѣра его дѣйствія, и поэтому же вопросъ о словахъ закона имѣетъ капитальное значеніе для всего ученія объ интерпретаціи. Здѣсь говорятъ обыкновенно о грамати-

ческой интерпретаціи, тогда какъ вѣрнѣе было бы говорить о грамматическомъ установленіи возможнаго содержанія закона, что представляетъ собою не столько интерпретацію, сколько приготовленіе почвы для интерпретаціи. Вотъ почему нѣкоторые юристы и въ ихъ числѣ Вехтеръ, Толь и Колеръ указываютъ на неправильность извѣстнаго подраздѣленія интерпретаціи на грамматическую и логическую. Та и другая суть собственно двѣ различныя стороны одной и той же интерпретативной дѣятельности, и если Вехтеръ говоритъ, что грамматическая интерпретація опредѣляетъ то, что можетъ сказать законъ, а логическая то, что онъ дѣйствительно говоритъ, то отсюда уже слѣдуетъ, что здѣсь можетъ идти рѣчь о двухъ элементахъ интерпретаціи, а не о двухъ различныхъ интерпретаціяхъ. Признавъ же это положеніе, мы не можемъ не согласиться также съ тѣмъ, что такъ называемая грамматическая интерпретація есть собственно не интерпретація, а лишь составная часть интерпретативной дѣятельности, такъ какъ съ нею мы не истолковываемъ еще ничего, а только вступаемъ въ процессъ толкованія. Обращаясь теперь къ другому, духовному элементу закона, мы должны сказать, что онъ состоитъ въ его цѣли, которая выражается также въ словахъ закона, представляющихъ собою уже поэтому не простыя, мертвыя слова, а такія слова, въ которыхъ реализируется духовный элементъ закона: его идея и цѣль. Чѣмъ яснѣе при этомъ слова закона, тѣмъ живѣе высту-

пасть въ нихъ его цѣль. Но такъ какъ выраженіе, вслѣдствіе своего характера относительности, не можетъ никогда находиться въ полномъ соотвѣтствіи съ идеей, словомъ - съ понятіемъ, то и цѣль закона не можетъ быть познана вполнѣ изъ его словъ. Тогда она познается изъ назначенія закона |ratio legis|, состоящаго въ удовлетвореніи той или другой потребности общества посредствомъ регулированія соотвѣтствующихъ ей отношеній. На этихъ полюсахъ, объединенныхъ данными законодательнымъ актомъ, т.е. потребностяхъ общества и удовлетворяющихъ ихъ нормахъ познается и цѣль закона при неудовлетворительномъ выраженіи ея въ его словахъ. Съ одной стороны, требуется изслѣдованіе соціальныхъ состояній, которымъ законъ приходитъ на помощь, съ другой, - изслѣдованіе тѣхъ способовъ регулированія этихъ состояній, которыя въ данное время и въ данномъ мѣстѣ удовлетворяютъ наилучшимъ образомъ потребности въ такомъ регулированіи. Цѣль закона состоитъ въ удовлетвореніи потребностямъ жизни наилучшими съ точки зрѣнія мѣста и времени средствами, и потому между многими согласными съ текстомъ даннаго закона интерпретаціями должна быть признана лучшей и болѣе всего соотвѣтствующей его цѣли та, которая соображаясь съ идеями времени удовлетворяетъ лучше всего существующей потребности въ этомъ законѣ и разрѣшаетъ эту задачу цѣлесообразнѣйшими, съ точки зрѣнія этого же времени, средствами. Поэтому ничего не можетъ быть при интерпретаціи важнѣе изслѣдованія какъ причинъ

закона и потребностей, вызвавшихъ его къ жизни, такъ и средствъ законодательной помощи, возможныхъ въ моментъ составленія закона, для рѣшенія вопроса о томъ, какое изъ этихъ средствъ должно быть признано наиболѣе подходящимъ и соотвѣтствующимъ данной потребности. Но соображеніе соціальныхъ состояній, къ устраненію которыхъ стремится законъ, составляетъ только отрицательную сторону цѣли закона, которая недостаточна уже потому, что пробиваемые закономъ пути къ устраненію данныхъ соціальныхъ состояній могутъ быть очень различны. Остается еще положительная сторона цѣли закона, состоящая не въ помощи, какъ таковой, а въ родѣ этой помощи, для опредѣленія которой должны быть изслѣдованы направленія мысли и соціальныя теченія времени, корреспондирующаго изданія закона. Однимъ изъ самыхъ выдающихся средствъ для опредѣленія этихъ теченій и тѣхъ культурныхъ интересовъ, споспѣшествованію которыхъ долженъ служить законъ, является исторія права, о которой было говорено уже выше. Затѣмъ, положительная цѣль закона можетъ опредѣляться часто изъ связи его съ другими законами или изъ выработанныхъ уже принциповъ права, что ведетъ насъ опять къ высшей интерпретаціи, которая предполагаетъ низшую и становится къ ней здѣсь въ отношеніе взаимодѣйствія. На-

---

конецъ, здѣсь же получаютъ свое настоящее значеніе и предварительныя работы по составленію законовъ. Онѣ представляютъ собою важное вспомогательное средство для ближайшаго опредѣленія основанія и цѣли закона, но въ качествѣ такого средства онѣ стоятъ рядомъ съ другими средствами, не составляя ни единственнаго, ни преимущественнаго предъ всѣми другими источника для познанія цѣли закона. Практическій казусъ, указывающій на потребность въ данномъ законѣ, мнѣніе свѣдущихъ людей или спеціалистовъ, дѣлающееся поводомъ для изданія закона, законодательство сосѣдняго государства, служащее образцомъ для даннаго закона, - все это настолько же важные матеріалы для телеологическаго объясненія закона, какъ и мотивы правительства или парламентскія рѣчи. Всѣ эти матеріалы имѣютъ то важное значеніе, что они указываютъ на интересы, которымъ законъ покровительствуетъ, на потребности, которымъ онъ стремится удовлетворить и на теченіе мысли, которыя господствуютъ въ эпоху его составленія. Все это не прямыя законодательныя средства интерпретаціи, а средства для установленія того круга культурныхъ стремленій и интересовъ, которые нашли свое выраженіе въ законѣ, и изъ которыхъ только и можетъ быть познана настоящая цѣль этого послѣдняго. Поэтому предлагаемое господствующимъ ученіемъ противоположеніе между логической и исторической интерпретаціей такъ же не вѣрно, какъ и противоположеніе между грамматической и логической интерпретаціей. Какъ двѣ послѣднія представ-

ляютъ собою два элемента одной и той же интерпретаціи, такъ точно и историческая интерпретація не имѣетъ самостоятельнаго значенія, входя составнымъ элементомъ въ одну и ту же общую интерпретативную дѣятельность юриста. Изъ всего сказаннаго видно, что основная ошибка господствующаго ученія объ интерпретаціи состоитъ въ его преувеличенномъ историческомъ субъективизмѣ. Какъ ни значительна субъективность законодателя, какъ ни сильно его вліяніе, онъ все-таки является лишь отдѣльнымъ факторомъ историческаго развитія и слугой всемірной исторіи, управляющей жизнью человѣческихъ обществъ. Самъ законодатель находится подъ вліяніемъ тысячи культурныхъ факторовъ и, создавая законъ, онъ передаетъ его міру, какъ историческій фактъ, и ожидаетъ, какое вліяніе произведетъ онъ на исторію права и судьбы его народа. Никто не можетъ отдѣлаться отъ закона континуитета, или постоянства въ развитіи; никто не можетъ эмансипироваться отъ того культурнаго круга, въ которомъ онъ живетъ. Поэтому телеологическое значеніе закона никогда не можетъ быть опредѣлено изъ одного индивидуальнаго круга идей его составителя. Оно можетъ быть установлено только при соображеніи всѣхъ идей, наполняющихъ эпоху, въ которой живутъ данныя лица. Продукты законодательства суть продукты мѣста и времени, черпающіе свою жизненную силу въ тѣхъ условіяхъ, въ которыхъ они возникли; это въ то же время продукты культуры, свидѣтельствующіе о почвѣ, на которой они выросли. Насколько же вслѣд-

ствіе этого должна быть односторонней теорія интерпретаціи, строющая на индивидуальномъ мышленіи одного законодателя все то, что выработано мыслью цѣлаго міра.

Вотъ точка зрѣнія, весьма различная отъ господствующей и предлагающая для ученія объ интерпретаціи другой критерій, который кажется намъ болѣе правильнымъ, болѣе практичнымъ, а потому и несравненно лучше соотвѣтствующимъ потребностямъ жизни.

Затѣмъ, прежде чѣмъ окончить ученіе объ объективномъ правѣ и перейти къ субъективному, намъ надо сказать нѣсколько словъ еще объ одномъ ученіи, стоящемъ довольно близко къ интерпретаціи законовъ.

39. АНАЛОГІЯ ЗАКОНА И ПРАВА.

Отъ интерпретаціи слѣдуетъ отличать аналогію закона и права, подъ которой разумѣется юридическая дѣятельность, распространяющая дѣйствіе законовъ на такія отношенія, которыя не были въ виду законодателя и потому не могли быть имъ предусмотрѣны. Это не примѣненіе закона и не интерпретація въ тѣсномъ смыслѣ этого слова, а новообразованіе юриспруденціи, основанное на принципахъ права, которые хотя и извлекаются посредствомъ толкованія изъ законовъ, но затѣмъ комбинируются между собою и развиваются независимо отъ законовъ. Съ установленіемъ этихъ принциповъ дѣятельность интерпретаціи собственно оканчивается. Дальнѣй-

шее образованіе права на основаніи этихъ принциповъ есть уже не интерпретація, а предметъ свободной юридической дѣятельности, которую можно называть юриспруденціей принциповъ. Оправданіе ея лежитъ въ безконечномъ разнообразіи юридической жизни и въ безконечности стремленій гражданскаго оборота. Жизнь послѣдняго обнаруживается постепенно съ новыхъ сторонъ: ежедневно появляются новыя потребности, ставятся новыя задачи, и пока законодательство не разрѣшаетъ ихъ, юриспруденція замѣняетъ его, оперируя своими аналогіями и принципами. Законодательство не можетъ обойтись безъ ея помощи, такъ какъ оно вслѣдствіе упомянутаго выше разнообразія жизни и безконечности стремленій гражданскаго оборота, не въ состояніи все предвидѣть и обо всемъ высказаться, почему и судебныя рѣшенія не могутъ естественно основываться всегда на текстѣ законовъ. Принципы, которые примѣняются юриспруденціей, основаны на законахъ, но они получаютъ самостоятельное, стоящее внѣ закона существованіе, разъ они возникли и сдѣлались базисомъ для дальнѣйшихъ операцій. Производящіе ихъ юристы должны знать не одни законы, такъ какъ оперированіе принципами, хотя и основано на законахъ, но неизбѣжно выходитъ за ихъ предѣлы. Оно предполагаетъ съ одной стороны, выведеніе изъ частныхъ законодательныхъ опредѣленій общихъ положеній или принциповъ и съ другой, - примѣненіе этихъ общихъ положеній къ специальнымъ отношеніямъ, не предусмотрѣннымъ законо-

дателемъ. Поэтому аналогія закона и права есть не столько распространеніе дѣйствующей нормы на непредусмотрѣнныя ею отношенія, сколько приведеніе этой нормы посредствомъ ея обобщенія къ такому виду, въ какомъ она можетъ быть примѣнена и къ данному, не предусмотрѣнному законодателемъ случаю. Основаніемъ такого примѣненія существующей нормы къ отношеніямъ, прямо въ ней не указаннымъ, служитъ общность или существенное сходство этихъ отношеній съ тѣмъ составомъ фактовъ, который предполагается данной нормой. Намъ присуще одинаково обсуждать всѣ одинаковыя или существенно-сходныя между собою вещи и эта склонность, глубоко лежащая въ нашей природѣ, выражается и въ правѣ требованіемъ равенства предъ нимъ, т. е. требованіемъ не того, что бы однѣ и тѣ же нормы дѣйствовали для всѣхъ отношеній, а того, чтобы однѣ и тѣ же нормы дѣйствовали только для существенно сходныхъ между собою отношеній. Мы говоримъ здѣсь о существенно-сходныхъ, а не объ одинаковыхъ отношеніяхъ, такъ какъ въ мірѣ нѣтъ двухъ вполнѣ равныхъ другъ другу вещей, а положительное право |за исключеніемъ привилегій| связываетъ всегда свои послѣдствія съ отдѣльными элементами данныхъ фактическихъ отношеній, которыя и называются поэтому юридически-существенными элементами этихъ отношеній. Сходство въ этихъ юридически-существенныхъ элементахъ двухъ или нѣсколькихъ отношеній есть все, о чемъ можетъ идти рѣчь при аналогіи права, состоящей такимъ образомъ въ обсужденіи неурегулированныхъ явно

отношеній на основаніи нормъ, которыя выводятся въ силу принципа равенства изъ существующаго права. А что этотъ принципъ равенства при юридическомъ регулированіи сходныхъ между собою явленій составляетъ не только психологическую особенность человѣческой природы и факторъ правообразованія, но въ то же время и практически дѣйствующее положеніе, на это мы имѣемъ прямыя указанія какъ въ римскомъ правѣ |Z 12, 13, 27 D. de Cog. и проч.|, такъ и во многихъ изъ современныхъ законодательствъ |Прусскій Landrecht Einl. 49|, Австрійскій Кодексъ, ст. 7 Баденскій, ст. 4, Саксонскій, ст. 25|; для другихъ законодательствъ, какъ напримѣръ, французскаго и нашего это же положеніе выводится, какъ мы увидимъ, изъ ихъ раціональнаго толкованія. Не нужно только понимать это положеніе въ смыслѣ устраненія дѣйствующей нормы, такъ какъ аналогія только восполняетъ ее въ случаѣ ея недостаточности и ведетъ къ установленію принципа на основаніи обобщенія этой же нормы. Такъ напримѣръ, извѣстное положеніе римскаго права запрещало опекуну покупку вещей подопекаемаго. Такого запрещенія не было выражено ни по отношенію къ попечителю, ни по отношенію къ другимъ управителямъ чужого имущества. Но въ смыслѣ угрожающей ими опасности и потребности защиты отъ нея, эти лица стоятъ въ одинаковомъ положеніи съ опекуномъ, и потому юристъ Павелъ рѣшаетъ: idem porrigendum ad curatores, procuratores et qui alienanegotiagerunt

по тѣмъ же основанiямъ отвѣтственность за *delus praeteritus* по искy *hereditatis petitio*, представлявшей собою *generalis in rem actio* была перенесена и на *rei vindicatio*, какъ на *specialis in rem actio*.

Примѣрами такихъ аналогiй изобилуетъ, какъ извѣстно, исторiя римскаго права, и я напомню вамъ изъ нея еще институты, въ названiе которыхъ входитъ частица "*quasi*", какъ напримѣръ, *quasipossessio, q-substitut.* и всѣ, такъ называемыя *actiones utiles*, образовавшiяся путемъ аналогiи. Опорными пунктами для этихъ аналогiй служили или отдѣльныя юридическiя нормы, единичные законы, или цѣлыя совокупности юридическихъ нормъ, совокупности законовъ, объединенныхъ какимъ-нибудь общимъ принципомъ. Въ первомъ случаѣ мы имѣемъ аналогiю закона, во второмъ - аналогiю права. Понятно, что чѣмъ шире при этомъ оказывается основанiе аналогiи, чѣмъ болѣе приходится восходить для нея отъ отдѣльныхъ нормъ къ общимъ правовымъ принципамъ и переходить отъ аналогiи закона къ аналогiи права, тѣмъ неопредѣленнѣе дѣлаются очертанiя общаго состава фактовъ и принциповъ, примѣняемыхъ по аналогiи къ новымъ случаямъ, и тѣмъ менѣе точны результаты, получаемые при посредствѣ аналогiи. Но съ этими несовершенствами аналогiи нужно мириться, такъ какъ они во всякомъ случаѣ предпочтительнѣе банкротства правосудiя и возведенiя на степень самостоятельнаго источ-

ника права судебнаго произвола, разума законовъ, природы вещей и тому подобныхъ ничего не говорящихъ абстракцій. Но аналогія, о которой мы говоримъ, очень отлична отъ интерпретаціи, которая должна была бы быть признана во всѣхъ указанныхъ случаяхъ аналогіи прямо неправильной, разъ она выходитъ за предѣлы дѣйствующаго закона.

Несомнѣнное сходство между аналогіей и распространенной интерпретаціей законовъ состоитъ въ томъ, что въ обоихъ случаяхъ приходится изъ существующихъ законовъ выводить положенія, выступающія за предѣлы ихъ словеснаго смысла. Но исходныя точки и результаты здѣсь и тамъ совершенно различны. Распространенное толкованіе въ томъ видѣ, какъ оно понимается господствующей теоріей и примѣняется на практикѣ, выходитъ изъ той мысли, что законодатель больше хотѣлъ, чѣмъ сказалъ, и выразился неточно. Аналогія предполагаетъ напротивъ, что законодатель не сознавалъ всей широты установленнаго имъ положенія и, слѣдовательно, не желалъ этой широты. Поэтому интерпретація переступаетъ прежде всего за букву, а аналогія - за волю закона и поэтому же аналогія есть не толкованіе, а примѣненіе и даже созданіе права. Регельсбергеръ, одинъ изъ ученѣйшихъ юристовъ нашего времени и авторъ основательнѣйшаго и лучшаго теперь сочиненія по пандектному праву, помѣщаетъ аналогію на рубежѣ между примѣненіемъ и созданіемъ права, говоря, что центръ тяжести ея лежитъ все-таки въ области примѣненія, а не созданія,

такъ какъ она опирается на положительное право и хотя переступаетъ распоряженія, заключающіяся въ отдѣльныхъ его положеніяхъ, но не переступаетъ самаго положительнаго права. Не останавливаясь на опредѣленіи точной границы между примѣненіемъ и созданіемъ права посредствомъ аналогіи - опредѣленіе этой границы едва ли возможно, - мы удовольствуемся констатированіемъ въ аналогіи несомнѣнныхъ элементовъ творчества въ правѣ и замѣтимъ, что еще болѣе, чѣмъ аналогія, удалена отъ интерпретаціи та дѣятельность юриспруденціи, которая имѣетъ мѣсто при отсутствіи не только законныхъ нормъ, но и выведенныхъ изъ законовъ принциповъ, что не рѣдко встрѣчается, напримѣръ, въ отношеніяхъ частнаго международнаго права, съ которымъ мы уже имѣли дѣло. Когда нѣтъ извлеченныхъ изъ законодательства принциповъ, юриспруденція должна ихъ создать сама, на подобіе законодателя, при соображеніи соотвѣтствующихъ отношеній жизни и требующихъ удовлетворенія интересовъ, держась въ то же время, по возможности, существующаго законодательства. Съ этимъ настоящимъ творчествомъ юриспруденціи стоитъ въ ближайшей связи еще та юридическая дѣятельность, которая извѣстна подъ именемъ *Ouv. des interpretations* и представляетъ собою ничто иное, какъ созданіе новаго права путемъ судебнаго обычая или судебной практики. Такъ какъ право находится въ процессѣ постояннаго развитія, то не удивительно, что опредѣленія законовъ съ ихъ настоящей интерпретаціей,

принадлежащей данной эпохѣ, могутъ не соотвѣтствовать правовому сознанію другой эпохи и становиться даже въ противорѣчіе съ культурными интересами этой послѣдней. Въ такихъ случаяхъ потребность въ новой нормѣ можетъ быть еще удовлетворена с л о в а м и стараго закона, но ни какъ не старой интерпретаціей которая расходится прямо съ новыми потребностями жизни, тогда какъ слова стараго закона могутъ быть еще истолкованы въ смыслѣ, соотвѣтствующемъ новому правосознанію: то, что толковалось прежде ограничительно, можетъ получить теперь распространенное значеніе, и наоборотъ. А если наконецъ и слова закона противорѣчатъ безусловно новому правосознанію, то юриспруденція толкуетъ ихъ такъ ограничительно, что за этимъ толкованіемъ старый законъ совершенно парализуется и превращается въ юридическое ничто. Вы знаете, что римскіе юристы создали путемъ такой мнимой интерпретаціи цѣлый рядъ новыхъ положеній права, которыя или вовсе не имѣли опорныхъ пунктовъ въ старыхъ законахъ, какъ это было, напримѣръ, въ ученіяхъ о dolus'ѣ, culpa, specificatio, accessio, confusion т.д., или же |какъ напримѣръ въ случаѣ со знаменитой интерпретаціей lex Aquilia, установившей новый масштабъ отвѣтственности, противоположный тому, который предписывался этимъ закономъ|опираясь на старый законъ чисто внѣшнимъ образомъ, устанавливая съ его помощью такія положенія, которыя въ немъ вовсе не заключались. Понятно, что эта дѣятель-

ность юриспруденціи, которой устанавливаются новыя положенія права, сначала въ теоріи *in thesi*, а потомъ - и на практикѣ, *in praxi*, посредствомъ проведенія ихъ въ судѣ, должна быть признана не интерпретативной, а правообразовательной. Отсюда слѣдуетъ само собою, что дѣятельность юриспруденціи не ограничивается одной интерпретаціей законовъ, и что если господствующее ученіе объ интерпретаціи ставитъ ее въ слишкомъ тѣсныя рамки, то и болѣе широкія рамки, предполагаемыя для этого ученія нами, не позволяютъ включать въ него ни такъ называемой аналогіи законовъ, въ тѣсномъ смыслѣ этого слова, ни той уже чисто правосоздающей дѣятельности юриспруденціи, которая скрывается обыкновенно подъ названіями аналогіи права, *duplex interpretatio, interpretatio in fraudem legis* и т.п.

Въ заключеніе всего изложеннаго мы можемъ поставить и дать отвѣтъ на слѣдующій вопросъ: существуютъ ли въ правѣ пробѣлы, или нѣтъ? Несомнѣнно, что практическая жизнь представляетъ не мало случаевъ, въ которыхъ индивидуальныя особенности отдѣльныхъ отношеній невполнѣ подходятъ подъ общія положенія дѣйствующихъ нормъ, основанныхъ на обычаѣ или законѣ. Если нельзя согласиться съ тѣмъ, чтобы законодательство могло обнять своими рубриками и статьями все разнообразіе существующихъ отношеній, то еще менѣе допустимо предположеніе о томъ, чтобы какое бы то ни было законодательство было въ состояніи предвидѣть всѣ измѣненія

этихъ отношенiй въ дѣйствительной жизни. Въ этомъ смыслѣ всякое право должно представлять неизбѣжные пробѣлы. Но съ другой стороны, также вѣрно, что въ правѣ не должно быть никакихъ пробѣловъ. Признанiе пробѣловъ связано съ представленiемъ о правѣ въ спокойномъ состоянiи; отрицанiе этихъ же пробѣловъ вытекаетъ изъ понятiя права въ состоянiи его осуществленiя и примѣненiя. Ни одинъ судья не вправѣ отказаться отъ постановленiя рѣшенiя подъ предлогомъ отсутствiя юридической нормы для представленнаго на его разсмотрѣнiе случая. Если бы въ день постановки перваго телефона былъ заключенъ при его посредствѣ договоръ, и по поводу заключенiя этого договора возникъ впослѣдствiи споръ, то судья долженъ бы былъ разрѣшить его, не взирая на отсутствiе какъ въ законѣ, такъ и въ обычномъ правѣ, какихъ бы то ни было указанiй на заключенiе договоровъ чрезъ посредство телефона. Право должно давать отвѣты на всѣ вопросы, имѣть опредѣленiя для всѣхъ отношенiй, и оно въ этомъ отношенiи такъ же не терпитъ пустоты, какъ и природа. Мы могли бы говорить здѣсь о правовомъ *horror vacui*. Вотъ почэму въ правѣ не можетъ быть при его примѣненiи пробѣловъ и ст. 4 французскаго *Code civile: le juge, qui refusera de juger sous prétexte du silence de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.* должна имѣть силу для всякаго права. Наши Судебные Уставы въ противоположность ст. 65 Основныхъ Законовъ,

требующей исполненія законовъ по ихъ точному и буквальному смыслу; содержитъ въ ст. 9 Уст. Гражд. Судопроиз. подобное французскому положеніе, выраженное слѣдующимъ образомъ: "Всѣ судебныя установленія обязаны рѣшать дѣла по точному разуму дѣйствующихъ законовъ, а въ случаѣ ихъ неполноты, неясности, недостатка или противорѣчія основывать рѣшенія на общемъ смыслѣ законовъ". Эта статья обязательна теперь для всѣхъ судовъ, функціонирующихъ на основаніи Судебныхъ Уставовъ, тогда какъ 65 ст. Основныхъ Законовъ сохраняетъ силу для другихъ правительственныхъ учрежденій и ни мало не препятствуетъ судьѣ примѣнять въ своей дѣятельности какъ распространенное толкованіе законовъ, такъ и аналогію права.

Этимъ мы закончимъ изложеніе теоріи закона и перейдемъ ко второму отдѣлу общей части, который имѣетъ своимъ предметомъ право въ субъективномъ смыслѣ.

---ooOoo---

II ОТДѢЛЪ.

ПРАВО ВЪ СУБЪЕКТИВНОМЪ СМЫСЛѢ.

40. ПОНЯТІЕ О СУБЪЕКТИВНОМЪ ПРАВѢ.

5б

Господствующее опредѣленіе понятія права въ субъективномъ смыслѣ гласитъ: право есть правомочіе къ дѣйствію. Но это вовсе не опредѣленіе субъективнаго права, а чистая тавтологія, которая повторяетъ только другими словами предметъ, подлежащій опредѣленію, и подмѣниваетъ одно неизвѣстное другимъ. Когда говорятъ, что право есть правомочіе и не разъясняютъ, что такое правомочіе, то понятно, что мы не узнаемъ ничего новаго о предметѣ, опредѣленія котораго ищемъ. Виндшейдъ даетъ другое опредѣленіе субъективнаго права, которое принимается теперь многими юристами. Это опредѣленіе таково: субъективное право есть власть или воля опредѣленнаго содержанія, утверждаемая объективнымъ правомъ, или опредѣленное содержаніе воли, признаваемое и защищаемое государственной властью. Это опредѣленіе сходно собственно съ предшествующимъ и повторяетъ ту же тавтологію, не разъясняя того, что такое содержаніе воли. Кромѣ того, Виндшейдовское опредѣленіе чрезвычайно формалистично, такъ какъ оно даетъ только внѣшній признакъ права, не указывая на его внутреннія моменты, на цѣль права и его функціи въ жизни. По-

этому приведенное сейчасъ опредѣленiе совсѣмъ не характеризуетъ права и не разрѣшаетъ вопроса, почему и насколько государство признаетъ то или другое содержаніе воли правомъ, и почему не всякая, а лишь опредѣленная воля служитъ предметомъ субъективнаго права. Наконецъ, мы встрѣчаемъ много лицъ, не имѣющихъ воли, но тѣмъ не менѣе обладающихъ субъективными правами. Такъ, напримѣръ, малолѣтнiя, безумныя или другiя лица съ ограниченною способностью отправленiя правъ, вытекающей изъ недостатка ихъ воли, признаются объективнымъ правомъ субъектами и гражданскихъ правъ, потому что государство наблюдаетъ и защищаетъ цѣли человѣческаго бытiя и въ этихъ лицахъ, наравнѣ съ лицами вполнѣ способными, имѣя въ виду, если не настоящее, то будущее этихъ лишенныхъ воли лицъ. Вотъ что совершенно противорѣчитъ опредѣленiю права въ смыслѣ содержанiя воли, котораго нѣтъ у недѣеспособныхъ, не мѣшая имъ однако обладать субъективными правами. Такимъ образомъ вопросъ о томъ, что такое субъективное право, не разрѣшается данными выше опредѣленiями этого понятiя, полнымъ выясненiемъ котораго мы обязаны только Iерингу. Въ лучшемъ и извѣстнѣйшемъ изъ своихъ сочиненiй "Духъ римскаго права", открывшемъ новую эпоху какъ въ исторической, такъ и въ догматической разработкѣ права, Iерингъ возсталъ со всей энергiей, къ которой онъ былъ способенъ, противъ господствующей въ юриспруденцiи теорiи воли, выравнивъ результатъ своей общей, но блестя-

щей критики этой теоріи въ слѣдующихъ словахъ: "воля не есть цѣль и двигательная сила правъ, понятіе воли и власти не въ состояніи привести къ практическому пониманію правъ. Право, какъ продуктъ народной жизни, образующійся путемъ борьбы между различными элементами этой жизни съ цѣлью установленія нормъ человѣческаго общежитія, существуетъ не для того, чтобы осуществлять идею абстрактной правовой воли, а для того, чтобы служить интересамъ и цѣлямъ гражданскаго оборота". Отсюда Іерингъ выводитъ, что понятіе права составляется изъ двухъ моментовъ: одного субстанціональнаго, лежащаго въ его практической цѣли, т.е. въ пользѣ, выгодѣ, доставляемой правомъ, и другого - формальнаго, который относится къ означенной цѣли, какъ простое средство и заключается въ защитѣ права, въ искѣ. Слѣдовательно, понятіе права основывается по Іерингу на юридической обезпеченности пользованія: права суть юридически защищенные интересы. Таковъ въ общихъ чертахъ взглядъ Іеринга на право, проводимый имъ въ сочиненіи: "Духъ римскаго права". Мы не можемъ не признать огромнаго преимущества этого взгляда передъ господствующей теоріей права, преимущества, заключающагося, главнымъ образомъ, въ томъ, что вмѣсто абстрактнаго начала воли, Іерингъ основываетъ право на интересѣ, которому оно

предназначено служить. Вслѣдствіе этого, право изъ слѣднаго и мертвеннаго образа, носящаго на себѣ всѣ слѣды метафизическаго происхожденія, обращается у него въ здоровое и жизненное понятіе, находящееся въ полной гармоніи какъ съ исторіей образованія права, такъ и съ цѣлью его служить потребностямъ общежитія. Отдавая заслуженную дань этимъ достоинствамъ взгляда Іеринга, мы должны, однако, сдѣлать противъ него два существенныхъ возраженія.

а| Іерингъ опредѣляетъ право посредствомъ двухъ совершенно различныхъ между собою понятій, изъ которыхъ одно исключаетъ другое. Если право есть "юридическая обезпеченность пользованія", то оно не можетъ быть въ то же время "юридически защищеннымъ интересомъ", и наоборотъ. Понятія интереса и обезпеченности его вовсе не тождественны: то, что составляетъ интересъ, не можетъ вмѣстѣ съ тѣмъ называться обезпеченностью или "самозащитой интереса", точно такъ же, какъ домъ, обведенный для безопасности оградой, и ата ограда, охраняющая безопасность дома, - не тождественны между собою, но представляютъ два различныхъ предмета, которымъ должны соотвѣтствовать такія же различныя понятія. Слѣдовательно, изъ двухъ опредѣленій: "право есть юридическая обезпеченность пользованія" и "права суть юридически защищенные интересы", правильнымъ можетъ быть признано только одно, а не оба вмѣстѣ, и если бы мы были поставлены въ необходимость принять за то бы то ни стало одно изъ этихъ опредѣленій, то

мы, не колеблясь, остановились бы на первомъ, на опредѣленіи права въ смыслѣ обезпеченности пользованія, такъ какъ оно не отождествляетъ понятій права и интереса, которые часто расходятся между собою, и выражаетъ ясно ту мысль, что право никогда не бываетъ цѣлью для самого себя, а служитъ всегда средствомъ обезпеченія настоящаго или будущаго пользованія. Вотъ первая поправка, которую нужно сдѣлать къ Іерингговскому опредѣленію права.

в| Другая ошибка этого опредѣленія, исправленная самимъ Іерингомъ въ другомъ его сочиненіи: "Цѣль въ правѣ", состоитъ въ томъ, что въ опредѣленіи: "право есть юридическая обезпеченность пользованія" опущенъ важный моментъ, безъ котораго нельзя представить себѣ никакого права. Этотъ моментъ, какъ мы уже говорили объ этомъ въ нашемъ введеніи, заключается въ фактѣ сосуществованія многихъ лицъ въ обществѣ, составляющемъ первое и необходимое условіе всякаго права, какъ объективнаго, такъ и субъективнаго. Выходя изъ этого предположенія и основываясь на своихъ предшествующихъ работахъ, Іерингъ опредѣляетъ теперь право, какъ защиту или обезпеченіе жизненныхъ условій общества въ формѣ принужденія. Понятіе этихъ жизненныхъ условій, защищаемыхъ въ формѣ принужденія, относительно и опредѣляется тѣмъ, что принадлежитъ къ благамъ, состоящей не изъ одного физическаго бытія и не изъ одних имущественныхъ благъ, а также и изъ идеальныхъ

благъ, каковы: честь, семья, умственные и нравственные интересы, придающіе жизни ея настоящую цѣну. Отношеніе человѣка къ этимъ благамъ постоянно измѣняется, такъ какъ условія его жизни находятся въ процессѣ безпрерывнаго развитія, а потому понятно, что различнымъ состояніямъ культуры соотвѣтствуютъ и различныя представленія общества объ его жизненныхъ условіяхъ и столь же различное содержаніе права. Неизмѣннымъ остается лишь то положеніе, что всякое право, каково бы ни было его содержаніе, имѣетъ цѣлью защиту и обезпеченіе этихъ постоянно измѣняющихся условій жизни общества и что соотвѣтственно съ этимъ и всякое субъективное право, представляющее собою только форму выраженія объективнаго права, оказывается ничѣмъ инымъ, какъ защитой жизненныхъ условій отдѣльнаго лица, или, насколько въ этой защитѣ выражается охраненіе жизненныхъ условій общества, на столько субъективное право является защитой тѣхъ же жизненныхъ условій общества, обращающейся только въ пользу отдѣльнаго лица. Кромѣ опредѣленія субъективнаго права, представляющее несомнѣнныя преимущества передъ прежними опредѣленіями. Преимущества эти состоятъ во I-хъ, въ томъ, что послѣднее Іеринговское опредѣленіе права устанавливаетъ между понятіемъ права въ объективномъ и субъективномъ смыслѣ ту связь и гармонію, которая существуетъ въ дѣйствительности. Во II-хъ, преимущество этого опредѣленія заключается въ томъ, что въ немъ соединены въ одно ц

лое всѣ три существенные признака, характеризующіе понятіе права: о б щ е с т в е н н ы й и н т е р ѣ с ъ, какъ точка отправленія и основаніе права, о б е з п е ч е н і е и з а щ и т а, какъ содержаніе его и, наконецъ, п р и н у д и т е л ь н о с т ь, какъ форма выраженія и осуществленія права въ жизни.

41. СОСТАВЪ СУБЪЕКТИВНАГО ПРАВА.

Всякое субъективное право состоитъ уже въ силу своего понятія изъ слѣдующихъ трехъ элементовъ: а| лица, которому право предназначено служить. Это лицо, носитель права, или его субъектъ составляетъ необходимое предположеніе всякаго права, хотя нѣкоторые новые юристы и въ числѣ ихъ Виндшейдъ, утверждаютъ возможность существованія права и безъ субъекта. Эти юристы смѣшиваютъ, какъ мы увидимъ ниже, безсубъектное существованіе права съ временнымъ отсутствіемъ субъекта, или съ такъ называемымъ пассивнымъ дѣйствіемъ права, которое предполагаетъ появленіе субъекта въ будущемъ и не можетъ поэтому уже называться безсубъектнымъ состояніемъ права; б| другой элементъ субъективнаго права есть его предметъ; предметомъ

служатъ разнообразнѣйшіе интересы человѣческаго существованія, не ограничиваемые, какъ мы знаемъ, одними имущественными цѣлями; в/ Наконецъ, третій формальный моментъ субъективнаго права составляетъ его защита, выражающаяся въ формѣ иска, возраженія, объявленія о недѣйствительности тѣхъ или другихъ дѣйствій и т.п. Эта защита можетъ быть, какъ намъ извѣстно, защитой или публичнаго или гражданскаго права, смотря по тому, имѣетъ ли она въ виду индивида, какъ такового, или индивида, какъ члена высшаго единства - государства. Отсюда - различіе между публичнымъ и гражданскимъ правомъ; но вопросъ, защищаются ли гражданскія права одними гражданскими исками или также средствами защиты публичнаго права, долженъ быть рѣшенъ въ смыслѣ послѣдней альтернативы, такъ какъ наша жизнь и другія права личности, равно какъ собственность и другія имущественныя права, охраняются кромѣ гражданскихъ нормъ еще нормами уголовнаго права, преслѣдующими убійство, воровство и т.д. особыми наказаніями въ порядкѣ особаго уголовнаго или административнаго процесса. Но гражданское право занимается только гражданской защитой субъективныхъ правъ, которая настолько характерна сама по себѣ въ силу проникающаго ее начала личной инціативы, что выдѣленіе этой области защиты въ особую дисциплину юридическихъ знаній является необходимымъ и вполнѣ оправдываемымъ пріемомъ изученія.

42. ЮРИДИЧЕСКОЕ ДѢЙСТВІЕ СУБЪЕКТИВНЫХЪ ПРАВЪ.

Всякое субъективное право имѣетъ цѣлью, какъ мы знаемъ, обезпеченіе жизненныхъ условій лица, которому оно служитъ. Дѣйствіе права въ этомъ направленіи для лица, которое обладаетъ имъ, и которое мы, по примѣру Іеринга, будемъ называть дестинатеромъ правъ, есть его активное дѣйствіе. Дестинатеръ [субъектъ, пользующійся правомъ] опредѣляетъ самъ, какимъ образомъ и въ какой формѣ онъ хочетъ пользоваться своимъ правомъ; онъ имѣетъ надъ нимъ, такъ сказать, управленіе, дирекціо, и вотъ въ чемъ заключается собственно все значеніе момента воли для права: не составляя цѣли для себя, этотъ моментъ опредѣляетъ только форму, въ которой право служитъ управомоченному имъ лицу. Вообще отношеніе управомоченнаго лица къ праву можетъ мыслиться въ двоякой логической формѣ. Первая форма есть форма предиката, когда право даетъ лицу какое либо юридическое качество, выступая его предикатомъ: я являюсь, напримѣръ, отцомъ семейства, наслѣдникомъ, собственникомъ и т.д. Вторая форма есть форма объекта, когда право выступаетъ какъ нѣчто предметное, какъ *res corporales*, стоящее внѣ управомоченнаго лица и подчиненное его распоряженію, какъ объектъ его господства. Первое изъ этихъ представленій о правѣ мы встрѣчаемъ въ періодѣ младенческаго состоянія права, какъ напримѣръ, въ первую эпоху исторіи римскаго права, когда право отождествлялось съ личностью, и нарушеніе его считалось за-

корбленіемъ личности; вотъ почему оно и принималось
ва предикатъ личности.Объясненіе свое это представле-
ніе о правѣ находитъ въ трудностяхъ и борьбѣ, съ ко-
торою человѣкъ пріобрѣтаетъ свои первыя права, обра-
щающіяся поэтому уже въ часть его личности: созданіе
первоначальной культуры, какъ напримѣръ собственности,
требуетъ несравненно большей напряженности, чѣмъ позд-
нѣйшее ея развитіе, когда пріобрѣтеніе той же собст-
венности облегчается наслѣдственностью и другими усло-
віями, отсутствующими въ первоначальномъ развитіи пра-
ва. Это первоначальное возврѣніе на право выражалось
у римлянъ во множествѣ консеквенцій, какъ напримѣръ,
въ юридическомъ отождествленіи capitis deminutio
съ физической смертью, въ признаніи непереносимости и
неотчуждаемости всѣхъ гражданскихъ правъ, такъ что да-
же собственность, какъ право,не могла быть перенесена,
а цѣль ея перехода достигалась сложнымъ процессомъ,въ
которомъ А уничтожалъ сначала свое право,и затѣмъ уже
В овладѣвалъ имъ; на этой идеѣ были построены, какъ
вамъ извѣстно, древнѣйшіе и важнѣйшіе акты римскаго
права: mancipatio, in jure cessio. Позднѣйшее
римское и современныя намъ законодательства держатся
второго изъ указанныхъ выше представленій о правѣ и
считаютъ почти всѣ гражданскія права, за исключеніемъ
правъ личности и нѣкоторыхъ другихъ правъ, переноси-
мыми, на чемъ основана вся жизнь современнаго граждан-
скаго оборота. Такимъ образомъ, право является въ нас-
тоящее время не предикатомъ личности, а объектомъ ея

господства, и главное его дѣйствіе, которое можетъ быть названо а к т и в н ы м ъ, состоитъ въ служеніи цѣлямъ управомоченнаго лица. Но кромѣ такого активнаго дѣйствія право производитъ еще п а с с и в н о е и р е ф л е к т и в н о е д ѣ й с т в і я, которыя Іерингъ предлагаетъ различать отъ активной стороны права, такъ какъ они представляютъ собою крупныя особенности и служатъ для объясненія многихъ явленій права, оставшихся до того или невамѣченными или необъясненными. Подъ пассивнымъ дѣйствіемъ правъ Іерингъ разумѣетъ связанность права по отношенію къ внѣшнему міру; это - отрицательная сторона права, не имѣющая того систематическаго значенія, которое принадлежитъ его активной или положительной сторонѣ, такъ какъ активное и пассивное дѣйствія права обыкновенно совпадаютъ, и при такомъ совпаденіи отличіе ихъ другъ отъ друга представляетъ только логическій интересъ, получающій практическое значеніе лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда активная сторона права отсутствуетъ, а связанность вещи или лица, составляющихъ объектъ права, продолжается. Эти случаи довольно многочисленны и находятъ свое объясненіе именно въ томъ обстоятельствѣ, что дѣйствіе права не ограничивается однимъ отношеніемъ его къ управомоченному субъекту или тѣмъ, что мы называемъ его активной стороной, но производитъ еще и на внѣшній міръ необходимо вытекающее изъ самаго понятія права вліяніе, которое обнаруживается въ установленіи извѣстной связанности этого міра, безъ которой цѣль даннаго права не могла бы быть

достигнута. Вотъ въ этой то связанности внѣшняго міра въ виду осуществленія цѣли даннаго права и заключается сущность пассивнаго дѣйствія права, которое не слѣдуетъ, однако, смѣшивать съ соотвѣтствующей праву каждаго обязанностью всѣхъ остальныхъ не нарушать этого права. Въ этомъ послѣднемъ явленіи мы имѣемъ только отрицательную и абстрактную обязанность всѣхъ, не локализированную ни въ одномъ отдѣльномъ лицѣ и не могущую претендовать въ системѣ права на значеніе самостоятельнаго понятія. Это, такъ сказать, тѣнь, бросаемая правомъ на внѣшній міръ, или переложеніе изъ положительной формы въ отрицательную утвержденія": того, что имѣю я, не имѣешь ты". Связанность же внѣшняго міра, лежащая въ основаніи пассивнаго дѣйствія права, совсѣмъ иного рода и обязываетъ меня, для возможно ясной передачи вамъ всего этого вопроса, къ слѣдующему объясненію. - Всѣ гражданскія права, за исключеніемъ только правъ личности, ведутъ неизбѣжно къ юридическимъ отношеніямъ управомоченнаго лица къ чему нибудь стоящему внѣ этого лица, все равно, будетъ ли это - другое лицо, какъ въ области семейныхъ и обязательственныхъ правъ, или какая нибудь вещь, какъ это имѣетъ мѣсто въ вещномъ и наслѣдственномъ правѣ. Лицо, стоящее противъ управомоченнаго, въ такой степени необходимо для понятій отеческой власти, брака, обязательства, и вещь, поставленная въ то или другое отношеніе къ управомоченному лицу, въ такой же степени необходима для понятія владѣнія, собственности, наслѣдства, что мы не мо-

мѣнъ и мыслить этихъ понятій независимо отъ соотвѣтствующихъ имъ отношеній. Слѣдовательно, всѣ упомянутыя права суть въ самомъ своемъ понятіи юридическія отношенія, т.е. отношенія, въ которыя объективное право ставитъ управомоченное лицо къ внѣшнему міру, и одни лишь права личности не производятъ юридическихъ отношеній вслѣдствіе своего абсолютнаго, безотносительнаго характера. Во всѣхъ другихъ правахъ юридическое отношеніе является необходимой формой, въ которой право обнаруживаетъ свое ограничивающее дѣйствіе на внѣшній міръ, и если оно сообщаетъ своему субъекту качества управомоченнаго, то объекту его передаетъ свойство служить цѣлямъ управомоченнаго. Право или господство на одной сторонѣ и служеніе или связанность на другой суть поэтому соотносительныя понятія, равно существенныя для понятія права, и скажемъ ли мы, что А состоитъ кредиторомъ В, или В должникомъ А, мы выразимъ одно и то же юридическое положеніе, характеризуя его только въ первомъ случаѣ съ положительной стороны, а во второмъ - съ отрицательной. Юридическій же интересъ различія той и другой стороны права состоитъ, какъ мы уже замѣтили это, въ возможности временнаго отдѣленія ихъ и самостоятельнаго существованія одной пассивной стороны права безъ его активной стороны. Послѣдняя безъ первой, т.е. активное дѣйствіе права безъ пассивнаго немыслима никогда, если только пассивное дѣйствіе права вообще возможно, что мы находимъ, какъ было уже замѣчено, при всѣхъ гражданскихъ правахъ, кромѣ правъ

личности, такъ какъ активное дѣйствіе права предполагаетъ всегда и пассивное, между тѣмъ какъ пассивная сторона права, т.е. состояніе связанности объекта права, - которое можетъ быть ближе охарактеризовано по отношенію къ управомоченному лицу, какъ юридическое подчиненіе ему этого объекта, а по отношенію ко всѣмъ третьимъ лицамъ - какъ юридическое исключеніе ихъ отъ всякаго рода воздѣйствія на этотъ же объектъ, - это состояніе можетъ въ извѣстныхъ условіяхъ существовать и при временномъ отсутствіи субъекта права. Римское и европейскія законодательства даютъ намъ возможность наблюдать это явленіе въ двоякой формѣ: во 1|, въ формѣ промежуточной стадіи права при временномъ отпаденіи его субъекта, и во 2|, въ формѣ предварительной стадіи въ процессѣ образованія права. Въ обоихъ случаяхъ цѣль установленія пассивнаго дѣйствія права одна и та же. Она состоитъ въ обезпеченіи права будущаго управомоченнаго субъекта, и если даже временное отсутствіе этого послѣдняго препятствуетъ допущенію права, то оно вовсе не препятствуетъ обезпеченію его послѣдующаго возникновенія и вступленія въ обладаніе имъ управомоченнаго субъекта, когда онъ появляется. Для уясненія себѣ этихъ отношеній возьмемъ, напримѣръ, состояніе наслѣдства въ періодѣ времени отъ смерти наслѣдодателя до вступленія въ него наслѣдниковъ. Это состояніе, не смотря на временное отсутствіе управомоченнаго лица, исключающее возможность активнаго дѣйствія права, защищается тѣмъ не менѣе объективнымъ правомъ въ смыслѣ

охраненія цѣлости наслѣдственнаго имущества и, слѣдовательно, связанности объекта права, что объясняется цѣлью наслѣдства - служить интересамъ наслѣдниковъ, до появленія которыхъ оно остается связаннымъ и производитъ, такимъ образомъ, одно только пассивное дѣйствіе. Возьмемъ далѣе изъ области вещнаго права положеніе *praedium dominans*, заброшеннаго его собственникомъ и изъ области обязательственнаго права - положеніе бумагъ на предъявителя, оставленныхъ или брошенныхъ ихъ владѣльцемъ [derelictio]; пассивное дѣйствіе права въ обоихъ случаяхъ будетъ продолжаться, не смотря на временное отсутствіе субъекта. Римское право не разрѣшало собственно вопроса о пассивномъ дѣйствіи права въ примѣненіи къ приведеннымъ сейчасъ отношеніямъ, такъ какъ институтъ бумагъ на предъявителя былъ ему вовсе неизвѣстенъ, а вліяніе дереликціи *praedium dominans* на продолженіе предіальнаго сервитута имѣло слишкомъ мало практическаго значенія. Дереликція земли происходитъ вообще чрезвычайно рѣдко, а въ тѣхъ случаяхъ, когда она имѣетъ мѣсто, выгодныя послѣдствія ея абсорбируются собственникомъ *praedium dominans*, на которомъ тяготѣетъ данный сервитутъ, ибо этотъ собственникъ, производя окупацію заброшеннаго *praedium dominans* погашаетъ этимъ путемъ сервитутъ за силой консолидаціи, т. е. соединенія въ своемъ лицѣ положенія управомоченнаго и обязаннаго по одному и тому же сервитуту. Новая юриспруденція, склон-

ная несравненно болѣе римской къ конструктивной дѣятельности, выставила, напротивъ, по этому вопросу двѣ теоріи. Одна изъ нихъ принадлежитъ Böking'у, который разсматриваетъ praedium dominans, какъ юридическую личность, какъ самостоятельный субъектъ предіальнаго сервитута, и развивая консеквентно этотъ взглядъ, считаетъ дереликцію земли, которой принадлежитъ данный сервитутъ, со стороны ея временнаго обладателя, за нѣчто совершенно безразличное для сервитута, который продолжаетъ свое существованіе и переходитъ въ случаѣ окупаціи земли на новаго собственника. Другого взгляда держится Rudolf Elvers, авторъ самаго извѣстнаго сочиненія о сервитутахъ |die röm. Servitutenlehre стр. 98|; исходя изъ совершенно вѣрной посылки, что не земля, а собственникъ земли является субъектомъ сервитута, онъ приходитъ къ невѣрному заключенію, что со всякимъ устраненіемъ субъекта устраняется и прекращается навсегда и самый сервитутъ. Здѣсь не принимается въ разсчетъ временнаго отсутствія субъекта, которое смѣшивается съ его совершеннымъ устраненіемъ, и платятся дань предразсудку, который находитъ, что юридическое отношеніе не можетъ никогда пережить своего субъекта. О теоріи Böking'а нужно сказать, наоборотъ, что она приходитъ къ вѣрнымъ результатамъ, исходя изъ совершенно невѣрной посылки объ юридической личности предіальнаго сервитута, чѣмъ разрушается и вся теорія. Напротивъ, Іерингговской кон-

струкціей пассивнаго дѣйствія права весь вопросъ разрѣшается очень удовлетворительно. Цѣль предіальнаго сервитута, какъ извѣстно, продолжающаяся, длящаяся. Она до такой степени не совпадаетъ съ преходящими интересами и потребностями его временнаго обладателя, что ограниченіе сервитута этими временными интересами и потребностями считается юридически невозможнымъ, т.е. исключаетъ самое понятіе сервитута. Управомоченное имъ лицо можетъ, конечно, отказаться отъ него или потерять его чрезъ non usus, но если оно этого не дѣлаетъ, то при удаленіи его отношеніе остается тѣмъ же, чѣмъ оно было и въ его присутствіи. Съ удаленіемъ собственника цѣль сервитута перестаетъ дѣйствовать только по отношенію къ нему, но сама по себѣ остается въ силѣ, и съ нею продолжается безъ измѣненія та же юридическая квалификація обоихъ поземельныхъ участковъ, какъ господствующаго, такъ и служащаго, которая стоитъ въ соотвѣтствіи съ продолжающейся цѣлью сервитута. Тѣми же соображеніями объясняется пассивное дѣйствіе права и при бумагахъ на предъявителя. Эти послѣднія имѣютъ назначеніемъ доставить право требованія по нимъ тому лицу, которое ими владѣетъ и ихъ предъявляетъ. Это назначеніе бумагъ на предъявителя продолжается и въ томъ случаѣ, когда данный владѣлецъ этихъ бумагъ отказывается отъ нихъ посредствомъ дереликціи; при этомъ онъ можетъ отказаться отъ нихъ только для себя, будущіе же кредиторы, которые вступятъ во владѣніе ими, въ силу одного факта владѣнія получаетъ право осуществленія

содержащихся въ нихъ требованій. Разъ цѣль этихъ бумагъ состоитъ въ томъ, чтобы взысканіе по нимъ въ интересахъ кредита принадлежало каждому предъявителю, то понятно, что эта цѣль не можетъ считаться исчерпанной фантомъ деревинціи этихъ бумагъ со стороны одного изъ множества возможныхъ владѣльцевъ ими: эта цѣль, какъ бы присуща бумагамъ на предъявителя, она продолжается и при временномъ отсутствіи субъекта, осуществляясь овладѣніемъ и представленіемъ ихъ ко взысканію всякимъ новымъ пріобрѣтателемъ. Такое же пассивное дѣйствіе права возможно и при будущихъ правахъ, когда данное состояніе не представляетъ наличности всѣхъ условій, необходимыхъ для признанія права, когда, напримѣръ, нѣкоторыя изъ этихъ условій могутъ наступить только въ будущемъ; право находится здѣсь, такъ сказать, въ процессѣ образованія, какъ это мы видимъ, напримѣръ, при условныхъ сдѣлкахъ, гдѣ связанность права выражается въ томъ, что ни одна сторона не можетъ препятствовать наступленію условія, отъ котораго поставлено въ зависимость возникновеніе или прекращеніе права другой стороны. Сюда же относятся запрещенія отчуждать fundus dotalis, имѣющее въ виду обезпечить право на него со стороны жены, запрещеніе отчуждать заповѣдныя имѣнія или фидеикоммиссы, имѣющее цѣлью обезпечить права будущихъ владѣльцевъ ими посредствомъ установленія связанности объекта права и другіе случаи пассивнаго дѣйствія права, разобранные въ прекрасной статьѣ Регеля, посвященной настоящему вопросу и помѣщенной въ

X томѣ его журнала: Jahrbücher f. d. Dogmatik des heutigen römischen Rechts, общая черта наблюдается во всѣхъ этихъ случаяхъ: мы видимъ въ нихъ не продолженіе самого права, котораго тутъ не можетъ быть вслѣдствіе отсутствія субъекта, предполагаемаго каждымъ правомъ, а одно лишь пассивное дѣйствіе права, основанное на возможности появленія управомоченнаго субъекта въ будущемъ и на практическихъ выгодахъ, связанныхъ съ обезпеченіемъ права этого субъекта посредствомъ установленія связанности его объекта.

Переходя теперь къ рефлективному дѣйствію правъ, мы должны сказать, что въ основаніи его лежитъ то явленіе, что право производитъ часто рядомъ съ своимъ естественнымъ послѣдствіемъ для лица управомоченнаго еще независящія отъ воли этого послѣдняго и совершенно случайныя послѣдствія, выгодныя или невыгодныя для постороняго третьяго лица |также помимо его воли|; при выгодныхъ послѣдствіяхъ такого дѣйствія чужого права это третье лицо является какъ бы правовымъ паразитомъ. Вообще же такое невольное дѣйствіе права въ пользу или во вредъ постороняго лица называется по аналогіи съ параллельнымъ явленіемъ въ области физіологіи рефлективнымъ дѣйствіемъ права и характеризуется главнымъ образомъ тѣмъ, что лицо, относительно котораго такое

дѣйствіе имѣетъ мѣсто, не состоитъ ни въ какомъ юридическомъ отношеніи съ результатомъ этого дѣйствія.Если оно получаетъ выгоду,то не имѣетъ на нее никакого права, и обратно, если оно терпитъ вредъ, то не имѣетъ права защищаться: рефлективное дѣйствіе есть для него чисто случайное, стоящее внѣ его власти. Отношенія,устанавливающія рефлективное дѣйствіе, могутъ быть двоякаго рода: или просто фактическія или юридическія.Возьмемъ сначала нѣсколько примѣровъ, гдѣ рефлективное дѣйствіе является слѣдствіемъ фактическаго отношенія.Мой сосѣдъ, напримѣръ, роетъ канаву для стока воды; по мѣстоположенію этой канавы она можетъ приносить пользу и моему двору. Или, напримѣръ, домохозяинъ дѣлаетъ на своемъ дворѣ, выходящемъ на двѣ улицы, ворота;я могу проходить черезъ этотъ дворъ и, такимъ образомъ, сокращать свой путь. Очевидно,я не имѣю никакого права ни на то, ни на другое дѣйствіе: выгоды, получаемыя мною, чисто рефлективнаго свойства, такъ какъ съ сосѣдомъ я не состою ни въ какомъ юридическомъ отношеніи. Или, напримѣръ, кто-нибудь на своемъ участкѣ прудитъ рѣку. Запруда, принося пользу тому, кто ее устроилъ, оказывается въ то же время выгодной и для сосѣда, живущаго вверхъ по теченію рѣки.Но если устроившій запруду опять спуститъ воду, то сосѣдъ, живущій выше по рѣкѣ, не можетъ воспрепятствовать этому, потому что выгода, полученная имъ отъ устройства запруды, была чисто фактическая, рефлективная, не дающая ему права

требовать продолженія прежнихъ положеній. Въ слѣдующихъ примѣрахъ рефлективное дѣйствіе права является результатомъ юридическихъ отношеній. Я имѣю на сосѣдній участокъ земли право сервитута *aquaeductus*, т.е. имѣю право провести воду изъ какого-нибудь источника черезъ сосѣдній участокъ. Хозяинъ участка, черезъ который проходитъ водопроводъ, можетъ такъ же пользоваться имъ, какъ и я, но если я пренебрегу своимъ водопроводомъ, запущу его, такъ что вода по немъ не будетъ болѣе протекать, то очевидно, что хозяинъ сосѣдняго участка также потерпитъ отъ этого ущербъ, но иска противъ меня онъ предъявить не можетъ. Или напримѣръ, А является собственникомъ извѣстнаго участка вмѣстѣ съ малолѣтнимъ В. Собственникамъ этого участка принадлежитъ право сервитута на сосѣдній участокъ, право сервитута, которое теряется, если имъ не пользуются въ теченіе извѣстнаго времени. Ни А, ни В не пользовались сервитутомъ, но для малолѣтняго В теченіе давности пріостанавливается, и возобновляетъ свое теченіе лишь съ момента достиженія совершеннолѣтія. Поэтому В не теряетъ сервитута, а вмѣстѣ съ нимъ не теряетъ его и А, такъ какъ онъ стоитъ въ общемъ и нераздѣльномъ отношеніи съ В. Или напримѣръ, А имѣетъ *servitus prospectus* |вида| на участокъ С; этотъ сервитутъ приноситъ выгоду и сосѣду его В, который не можетъ, однако, защищать этой выгоды искомъ, такъ какъ эта выгода чисто рефлективная. У меня нѣсколько

наслѣдниковъ, которымъ я назначаю въ моемъ завѣщанiи наслѣдство; но обязанность уплатить долги я возлагаю на одного изъ нихъ, потому что, напримѣръ, онъ богаче другихъ. Нѣтъ сомнѣнiя, что кредиторы получатъ выгоду отъ моего назначенiя уплаты наслѣдственныхъ долговъ однимъ изъ сонаслѣдниковъ и при томъ самымъ богатымъ. Но, спрашивается, могутъ ли они вчинить искъ только противъ этого наслѣдника? Нѣтъ, они ищутъ со всѣхъ наслѣдниковъ, а искъ противъ обязаннаго уплатить долгъ могутъ предъявить лишь остальные наслѣдники. Далѣе, А и В имѣютъ въ общей собственности какую-нибудь вещь, и затѣмъ А дерелинквируетъ, бросаетъ принадлежащую ему часть общей вещи. Спрашивается, кому эта часть будетъ принадлежать? По римскому праву эта часть доставалась В, который могъ, однако, принудить А уничтожить его право собственности на принадлежащую ему часть вещи. Или, напримѣръ, на землѣ, принадлежащей В, А находитъ кладъ. По римскому праву А долженъ отдать половину этого клада В, и В такимъ образомъ получаетъ выгоду отъ дѣйствiя А, но это опять таки рефлективная выгода, для обезпеченiя которой за собою, В не имѣетъ никакого иска. Или когда надъ несостоятельнымъ должникомъ учреждается конкурсъ, то кредиторы располагаются въ извѣстномъ порядкѣ: сначала удовлетворяется первый рядъ кредиторовъ, затѣмъ второй и т.д. Основанiемъ для размѣщенiя служатъ при этомъ время совершенiя обязательствъ или какiя либо другiя основанiя, по которымъ права однихъ лицъ предпочитаются правамъ другихъ. Ясно, что креди-

торамъ, стоящимъ въ послѣднемъ ряду, нѣтъ надежды получить уплату долга, если имущество должника не покрываетъ суммы его долговъ. Но если по какимъ нибудь причинамъ кредиторы, стоящіе въ первомъ ряду, отказываются получить по своему праву требованія, то очевидно, что остальные кредиторы отъ этого отказа получатъ выгоду, которая опять таки будетъ рефлективной. Всѣмъ кредиторамъ умершаго и лицамъ, которымъ отказано по завѣщанію въ формѣ легатовъ, весьма важно, чтобы явился наслѣдникъ и вступилъ въ права наслѣдства. Вступленіе въ наслѣдство приноситъ несомнѣнныя выгоды кредиторамъ и легатаріямъ, такъ какъ доставляетъ имъ возможность осуществить ихъ права; но никто не въ состояніи принудить наслѣдника насильно вступить въ права наслѣдства. Эти выгоды опять рефлективныя и не пользуются юридической защитой. Такого же рода выгоды рефлективнаго дѣйствія проявляются и въ процессѣ. Напримѣръ, одна вещь принадлежитъ въ собственность нѣсколькимъ лицамъ; возникаетъ судебный споръ, который ведетъ и выигрываетъ одинъ изъ собственниковъ, между тѣмъ какъ выгода отъ выиграннаго процесса распространяется на всѣхъ. Таковы отдѣльные случаи, далеко, конечно, не исчерпывающіе всей области рефлективнаго дѣйствія права, но вполнѣ достаточные для его иллюстраціи. За подробностями я опять обращу васъ къ статьѣ Іеринга о рефлективномъ дѣйствіи правъ, помѣщенной въ томъ же X томѣ его журнала, въ которомъ помѣщена и статья о пассивномъ дѣйствіи права.

43. ОТПРАВЛЕНІЕ СУБЪЕКТИВНАГО ПРАВА.

Отъ права, какъ возможности защиты и слѣдовательно, представляющаго въ этомъ смыслѣ чистую абстракцію, слѣдуетъ отличать отправленіе права, подъ которымъ разумѣется реальное пользованіе имъ для достиженія его цѣли. Если поэтому отправленіемъ права достигается его цѣль, то понятно, что оно составляетъ въ немъ самую важную и жизненную сторону. По общемуправилу, кто имѣетъ право, тотъ всецѣло и отправляетъ его, причемъ большее право предполагаетъ всегда меньшее; но изъ этого правила существуютъ исключенія, въ которыхъ отправленіе права ограничивается въ интересахъ нравственности или общей пользы, какъ напримѣръ, ограничивается дѣеспособность расточителей учрежденіемъ надъ ними опеки, ограничивается отправленіе предіальныхъ сервитутовъ требованіемъ *civiliter exercere*, ограничивается составъ имущества, идущаго на удовлетвореніе кредиторовъ и т.д.

Отправленіе права различается, во I-хъ, по различію правъ. Оно можетъ быть или моментальное, прекращающее самое бытіе права, какъ мы видимъ это напримѣръ, при залогѣ, отправленіе котораго составляетъ продажа заложенной вещи, прекращающая залоговое право, - или продолжающееся, когда оно не ограничивается единичнымъ актомъ отправленія, а выражается въ цѣломъ рядѣ воздѣйствій управомоченнаго лица на предметъ его права ;

сюда принадлежатъ собственность, сервитуты и другія права, которымъ соотвѣтствуетъ продолжающееся состояніе отправленія. При обязательственныхъ правахъ возможны оба случая: моментальное отправленіе права мы имѣемъ при займѣ, продажѣ; продолжающееся - при наймѣ, товариществѣ и т. д.

Во II-хъ, слѣдуетъ отличать отправленія права по различію лицъ, которыя отправляютъ его. Управомоченное лицо можетъ или само непосредственно отправлять свое право или можетъ передать реальное отправленіе его другому лицу за какое-либо вознагражденіе. Во второмъ случаѣ управомоченное лицо будетъ отправлять свое право только экономически, въ смыслѣ пользованія его результатомъ, тогда какъ реальное отправленіе права будетъ принадлежать другому.

Наконецъ, въ III-хъ, отправленіе права различается по способу пользованія предметомъ права. Управомоченное лицо можетъ, смотря по своему усмотрѣнію, пользоваться своимъ правомъ или въ смыслѣ реальнаго потребленія вещи (consumera), свободнаго распоряженія ею, или въ смыслѣ одного только извлеченія изъ нея ея плодовъ (fruit), при чемъ оно имѣетъ обыкновенно выборъ между тѣмъ и другимъ видомъ пользованія своимъ правомъ, хотя въ нѣкоторыхъ случаяхъ право отчужденія ему можетъ быть воспрещено; съ этими ограниченіями права отчужденія, вытекающими изъ различныхъ отношеній, въ которыхъ можетъ стоять лицо или вещь, мы познако-

мимся въ спеціальной части. Подъ точку же зрѣнія пользованія правомъ подходитъ и безвозмездное предоставленіе однимъ лицомъ его права другому: въ этомъ случаѣ пользованіе идеализируется и заключается въ сознаніи довольства, возбуждаемаго актомъ даренія. Сюда относится какъ даренie всей вещи, въ смыслѣ передачи собственности на нее, такъ и даренie одного пользованія, что мы видимъ, напримѣръ, при безвозмездной ссудѣ, займѣ и другихъ формахъ оказанія безвозмездныхъ услугъ, которыя представляютъ собою также дарственные акты, отличающіеся отъ даренія, въ смыслѣ передачи собственности, только въ объемѣ передаваемаго права и во времени, на которое оно передается; это время въ первомъ случаѣ не ограничено никакимъ срокомъ, а во второмъ можетъ быть ограничено временемъ пользованія. Здѣсь необходимо замѣтить, что если отдѣленіе права отъ его отправленія возможно, то оно возможно въ формѣ лишь временнаго отдѣленія, возникающаго какъ 1| по волѣ управомоченнаго лица, такъ 2| и помимо его воли, въ случаяхъ, предписываемыхъ закономъ. Если же состояніе права безъ отправленія продолжается слишкомъ долго, то оно ведетъ къ совершенной потерѣ права именно вслѣдствіе важности для него момента отправленія, на чемъ основано, какъ мы увидимъ впослѣдствіи, все ученіе о давности. Вообще продолжительная уступка отправленія права можетъ быть равносильна потерѣ права, такъ какъ, если право производитъ свое дѣйствіе только для другого лица, оно уже

не право для того, кто предоставилъ такое пользованіе имъ другому; оно теряетъ для перваго всякое значеніе и обращается въ пустой звукъ. На этомъ основаніи римское право |въ современномъ французскомъ правѣ есть тоже параллельное постановленіе| опредѣляло столѣтній предѣлъ продолжительности узуфрукта, уступленнаго городу, такъ какъ въ противномъ случаѣ городъ получалъ бы не узуфруктъ, а собственность. Этому не противорѣчитъ предоставленіе однимъ лицомъ другому пользованія на вѣчныя времена въ извѣстныхъ намъ изъ римскаго права формахъ emphiteusis'a и superficies'a, такъ какъ собственникъ сохраняетъ здѣсь пользованіе своимъ правомъ въ формѣ canon'a |оброка, уплачиваемаго лицами, имѣющими право пользованія|. Римскія же формы продолжительнаго отправленія права при цессіи и servitus personae были въ сущности средствомъ выйти изъ тѣсныхъ рамокъ древняго цивильнаго права и представляли собою въ дѣйствительности не отправленіе, а самое право. Что касается юридической защиты отправленія правъ, то она представляется прежде всего искомъ, направленнымъ на самое бытіе права; это, такъ называемый, петиторный искъ, предполагающій всегда въ лицѣ заинтересованнаго доказательство его права. Но въ извѣстныхъ условіяхъ управомоченное лицо можетъ основывать свою защиту только на настоящемъ состояніи отправленія права, независимо отъ доказательства самого права; это будетъ владѣльческій искъ, при которомъ управомоченный

доказываетъ не право, а одну лишь фактичность и видимость его, - состоянiе, соотвѣтствующее ea litter праву. Съ основанiемъ и строенiемъ этого иска мы познакомимся въ учен!и о владѣнiи, а теперь скажемъ нѣсколько словъ о дѣйствiи, которое отправленiе права производитъ на третьихъ лицъ. Это дѣйствiе отправленiя права на третьихъ лицъ можетъ быть очень вредно. Напримѣръ, постройкой высокаго зданiя можно лишить сосѣда вида и многихъ удобствъ, которыми онъ пользовался до возведенiя зданiя. Точно также собственникъ можетъ на своей землѣ измѣнить теченiе источника, составляющаго его собственность и лишить сосѣда воды, которой онъ до тѣхъ поръ пользовался. Общее правило для рѣшенiя случаевъ столкновенiя отправленiя права одного лица съ затрогиваемыми имъ интересами другихъ лицъ таково, что всякое право отправляется въ указанныхъ ему предѣлахъ безъ вниманiя къ послѣдствiямъ такого отправленiя, третьихъ лицъ: qui jure suo utitur, nemini facit injuriam | L 55 de reg. jus 50, 17 |. Но возможно, что несоотвѣтствiе между выгодами, получаемыми управомоченнымъ лицомъ отъ пользованiя своимъ правомъ и невыгодами, проистекающими отъ этого пользованiя для третьихъ лицъ, будетъ въ извѣстныхъ случаяхъ такъ значительно, что самъ законъ изъ справедливости и вѣрнаго представленiя объ общественномъ интересѣ находитъ нужнымъ поставить границы несправедливому отправленiю права. Такiе случаи были извѣстны еще въ римскомъ правѣ,

какъ напримѣръ, *actio de tingo iuncto in duplum*, примѣнявшаяся въ слѣдующихъ обстоятельствахъ: если при постройкѣ дома на своей землѣ собственникъ захватывалъ по ошибкѣ аршинъ сосѣдняго участка, то слѣдуя строго теоріи собственности и безусловной защиты ея, пришлось бы за собственникомъ аршина земли признать право на возстановленіе его собственности и, слѣдовательно, разрушеніе всей возвигнутой постройки ради возврата ему аршина земли. Римское право не хотѣло доводить до такого абсурда консеквенцій права собственности и давало въ этомъ случаѣ собственнику только право на вознагражденіе нанесеннаго ему ущерба, выражавшееся въ *actio de tingo iuncto*, по которому онъ могъ требовать не захваченнаго у него аршина земли, а только его двойную стоимость. Такимъ образомъ, этотъ искъ былъ реакціей противъ несправедливаго отправленія права собственности, подобно тому, какъ этой же цѣли служило и такъ назыв. *jus tollendi*, посредствомъ котораго вознаграждались издержки, производимыя на пользу чужой собственности и принудительная отсрочка платежа въ области обязательственнаго права, извѣстная подъ именемъ *moratorium*. На основаніи этихъ положеній римскаго права новая юриспруденція хотѣла установить такое правило: *quod mihi prodest et tibi non nocet, ad id poteris compellere* но мы сейчасъ увидимъ, что это правило не выдерживаетъ критики. Въ тѣсной связи съ нимъ стоитъ понятіе

злостнаго отправленія права, т.е. такого отправленія, которое не имѣетъ интереса для лица управомоченнаго и предпринимается съ исключительнымъ намѣреніемъ повредить другому. Нравственный мотивъ подобнаго отправленія права отвратителенъ: онъ представляетъ собою начало злобы, которое не можетъ быть покровительствуемо правомъ. Кромѣ нравственныхъ соображеній, непризнаніе такого отправленія права оправдывается и самимъ понятіемъ субъективнаго права, какъ интереса, защищаемаго государственной властью; а разъ нѣтъ интереса - нѣтъ права, и съ этой точки зрѣнія шикана, или злостное отправленіе права могла бы быть запрещена всякимъ законодательствомъ. Но отношеніе законодательствъ къ этому вопросу представляется тѣмъ не менѣе, весьма затруднительнымъ, такъ какъ общее запрещеніе шиканы внесло бы въ отправленіе права такую неопредѣленность и необезпеченность, что отъ этого страдалъ бы весь гражданскій оборотъ. Защита права условливается теперь однимъ только его доказательствомъ, доказательствомъ его возникновенія. При запрещеніи же шиканы законодатель обязывалъ бы истца всякій разъ къ новому доказательству, а именно - доказательству интереса, который онъ имѣетъ въ своемъ притязаніи; и доказательству отсутствія въ немъ шиканы, что страшно затруднило бы защиту и отправленіе всѣхъ правъ. Такимъ образомъ, этическій мотивъ стѣснилъ бы обезпеченность права и привелъ бы на практикѣ къ самымъ вреднымъ послѣдствіямъ. Легкость доказательства имѣетъ чрезвычайную важность для граждан-

скаго оборота, который очень пострадалъ бы оттого, ес-
ли бы отправленіе каждаго права было поставлено въ за-
висимость отъ доказательства интереса въ этомъ отпра-
вленіи: за кажущейся шиканой могутъ скрываться вполнѣ
серьезные интересы, а за судьей нельзя признать власти
инквизитора. Вотъ почему шикана въ принципѣ не вредитъ
отправленію права, и законодатель запрещаетъ ее въ
томъ лишь смыслѣ, что отказывается защищать отправле-
ніе права, когда дѣйствіе, въ которомъ оно выражается,
не имѣетъ уже, какъ таковое, никакой объективной цѣнно-
сти, никакого объективнаго интереса и направлено толь-
ко на нанесеніе вреда другому лицу. Такъ смотрѣло на
это дѣло римское право, не выставлявшее общаго прави-
ла о запрещеніи шиканы, а запрещавшее ее лишь въ исклю-
чительныхъ случаяхъ объективнаго злоупотребленія пра-
вомъ, какъ напримѣръ, въ томъ случаѣ, если бы кредиторъ
потребовалъ исполненія порученія отъ А, когда оно уже
было выполнено В. Также относятся къ этому вопросу и
новыя законодательства; они идутъ въ этомъ отношеніи
только нѣсколько дальше римскаго права, оттѣняя въ от-
дѣльныхъ случаяхъ больше, чѣмъ дѣлало это послѣднее,
зависимость отправленія права отъ общихъ соображеній
нравственности и государственныхъ интересовъ. Если чи-
сто нравственное отправленіе права не вмѣняется нико-
му въ правовую обязанность, то покровительство безнрав-
ственности все-таки противорѣчитъ понятію права, и без-
нравственное отправленіе его не можетъ разсчитывать на
судебную защиту, хотя граница между нравственнымъ и

безнравственнымъ, дозволеннымъ и недозволеннымъ отправленіемъ права не опредѣляется вообще абстрактно и разъ навсегда. Она, по выраженію Аренса, постоянно измѣняется съ развитіемъ народа и измѣненіемъ его нравственныхъ и правовыхъ воззрѣній. Но независимо отъ принциповъ нравственности, которымъ законодательство подчиняетъ интересы права, послѣдніе, если они выступаютъ въ качествѣ интересовъ отдѣльныхъ лицъ, должны уступать въ случаяхъ столкновенія интересамъ общества, составляющимъ, какъ вамъ извѣстно, основную цѣль права. Здѣсь мы вступаемъ въ область конфликтовъ или коллизій между публичнымъ и гражданскимъ правомъ, съ одной стороны, и между отдѣльными гражданскими правами съ другой. Разсмотримъ вкратцѣ главные изъ принадлежащихъ сюда случаевъ и положеній, предлагаемыхъ современной теоріей для ихъ разрѣшенія.

44. КОЛЛИЗІЯ ПРАВЪ.

А. КОЛЛИЗІЯ ПУБЛИЧНАГО ПРАВА СЪ ГРАЖДАНСКИМЪ.

Согласно положенія Прусскаго Landrecht'а, каждый обязанъ содѣйствовать общему благу сообразно съ своимъ положеніемъ и имуществомъ. Отсюда оно выводитъ и то послѣдствіе, что въ случаяхъ столкновенія гражданскихъ правъ съ обязанностями по отношенію къ общему благу, первыя должны уступить послѣднимъ и отдѣльныя лица обязаны поступаться своими гражданскими пра-

вами въ пользу государства. Въ силу суверенитета государства и рѣшающаго значенія, которое принадлежитъ началу общаго блага во всѣхъ областяхъ права, частныя лица въ принципѣ не могутъ имѣть противъ государства никакихъ притязаній и въ случаяхъ измѣненій объективнаго права, какъ бы тяжело ни отзывались эти измѣненія на ихъ интересахъ. Основанныя на объективномъ правѣ, гражданскія права теряютъ подъ собою, съ измѣненіемъ этого послѣдняго, положительную почву, и лица, бывшія до того управомоченными, обязаны подчиниться всѣмъ послѣдствіямъ суверенныхъ актовъ государственной власти, сохраняя право на вознагражденіе за понесенные при этомъ убытки лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда оно признается за ними самимъ государствомъ. Иначе стоитъ дѣло, если государство, не измѣняя существующаго права, требуетъ по тѣмъ же соображеніямъ общаго блага пожертвованія со стороны частныхъ лицъ ихъ гражданскими правами, способными къ отчужденію. Тогда мы имѣемъ конфликтъ между публичнымъ и такимъ гражданскимъ правомъ, которое продолжаетъ существовать въ своихъ основаніяхъ. Это - случай, такъ называемой, экспропріаціи въ тѣсномъ смыслѣ слова, тогда какъ подъ экспропріаціей въ широкомъ смыслѣ подразумѣваются всѣ случаи конфликта между публичными и гражданскими правами, подлежащими отчужденію въ пользу государства. Экспропріація въ тѣсномъ смыслѣ, предполагающая дѣятельность государства въ предѣлахъ существующаго права и предписанныхъ имъ формъ процесса, отличается, такимъ образомъ, отъ

экспропріаціи въ широкомъ смыслѣ тѣмъ, что требуя уступки даннаго гражданскаго права, она не отрицаетъ этого права въ общемъ *in abstracto*, и потому даетъ въ то же время лицу, поступающемуся своимъ правомъ, по общему правилу, и полное вознагражденіе за теряемое имъ право. Съ подробностями, касающимися этого института, мы познакомимся впослѣдствіи, когда будемъ говорить о способахъ прекращенія права собственности. Теперь же перейдемъ къ случаямъ коллизіи между отдѣльными гражданскими правами, представляющими несравненно болѣе разнообразія и трудностей, чѣмъ случаи коллизіи между публичнымъ и гражданскимъ правомъ.

Б. КОЛЛИЗІЯ ГРАЖДАНСКИХЪ ПРАВЪ.

Здѣсь мы имѣемъ двѣ большія группы случаевъ: а) стеченіе нѣсколькихъ гражданскихъ правъ въ одномъ лицѣ и б) стеченіе ихъ у разныхъ лицъ.

а) Стеченіе нѣсколькихъ правъ въ одномъ лицѣ можетъ быть въ свою очередь такого рода, что это лицо будетъ обладать нѣсколькими правами, могущими существовать совершенно самостоятельно, независимо одно отъ другого; тогда у насъ будетъ не коллизія, а полная совмѣстимость субъективныхъ правъ. Но стеченіе нѣсколькихъ правъ въ одномъ лицѣ можетъ быть и совершенно другого рода, когда эти права противорѣчатъ другъ другу, или одно совершенно покрываетъ другое; тогда мы

будемъ имѣть дѣло уже съ настоящею несовмѣстимостью гражданскихъ правъ. Напримѣръ, если собственность на вещь соединяется въ одномъ лицѣ съ правомъ залога на ту же вещь, или одно и то же лицо дѣлается кредиторомъ и должникомъ по одному и тому же обязательству, то въ первомъ случаѣ высшее право, т.е. собственность поглотитъ низшее - залогъ, а во второмъ - обязательство, предполагающее непремѣнно два лица, прекратитъ это право свое существованіе, разъ эти два лица сольются въ одномъ. Подобное столкновеніе противорѣчащихъ другъ другу правъ въ одномъ лицѣ называется обыкновенно несовмѣстимостью въ своемъ существованіи правъ, съ которой не слѣдуетъ смѣшивать несовмѣстимости въ отправленіи правъ. Сюда принадлежатъ, главнымъ образомъ, случаи, такъ называемой, конкурренціи исковъ, происходящей тогда, когда лицу, право котораго нарушено, предоставленъ выборъ между нѣсколькими исками, которыми оно можетъ защитить альтернативно свое нарушенное право; напримѣръ, я отдалъ вещь въ наемъ; по окончаніи срока найма наниматель не возвратилъ мнѣ вещи и я могу вслѣдствіе этого предъявить къ нему любой изъ исковъ: 1| actio locati 2| interdictum uti possidetis 3| rei vindicatio Но примѣненіе одного изъ этихъ средствъ защиты исключаетъ возможность примѣненія другихъ, такъ какъ всѣ

перечисленные иски имѣютъ въ данномъ случаѣ цѣлью защиту обладанія одной и той же вещью, и достиженіе этой цѣли однимъ изъ исковъ упраздняетъ этимъ самымъ два другихъ.

Перейдемъ б| къ случаямъ стеченія нѣсколькихъ правъ у разныхъ лицъ, гдѣ намъ придется отмѣтить три важнѣйшихъ вида этихъ случаевъ: I| мирное сосуществованіе нѣсколькихъ правъ |Nebenrecht|, когда они стоятъ одно подлѣ другого безъ взаимнаго ограниченія; напримѣръ, нѣсколько prediальныхъ сервитутовъ, принадлежащихъ разнымъ лицамъ въ одномъ и томъ же имѣніи; нѣсколько правъ требованія къ одному и тому же должнику, нѣсколько залоговыхъ правъ, имѣющихъ предметомъ не всю вещь, а различныя части ея цѣнности и т.д. 2| Второй видъ случаевъ имѣетъ мѣсто тогда, когда происходитъ конфликтъ нѣсколькихъ правъ, изъ которыхъ одно ограничивается другимъ, но всѣ продолжаютъ свое существованіе, хотя и въ болѣе ограниченной области примѣненія |Gegenrecht|, напримѣръ, собственность и какое-нибудь право на ту же вещь |напримѣръ сервитутное право|. Дѣйствіе такихъ правъ только относительно, т.е. оно не касается третьихъ лицъ и является простымъ ограниченіемъ по отношенію къ другому праву, въ противоположность съ потерей или уменьшеніемъ права, имѣющими силу относительно всѣхъ третьихъ лицъ, какъ мы это видимъ, напримѣръ, при уступкѣ собственникомъ всей или части его соб-

ственности другому лицу. Но при ограниченiи одного права другимъ, экономическая цѣнность одного изъ нихъ можетъ быть отчасти или даже вполнѣ нейтрализована другимъ, не теряя отъ этого своего юридическаго существованiя. Залогъ всего поземельнаго участка не прекращаетъ права собственности, но нейтрализуетъ всю экономическую цѣнность вещи, оставляя одну форму собственности, лишенную своего экономическаго содержанiя. Это будетъ цѣлостная нейтрализацiя права, для иллюстрацiи которой можно привести еще тотъ случай, когда кто нибудь обязывается къ передачѣ собственности, не совершая акта традицiи, который требуетсядля пріобрѣтенiя права собственности; право собственности остается здѣсь за продавцомъ, но съ точки зрѣнiя обязательственнаго права оно нейтрализуется *actio empti*, которая можетъ быть предъявлена къ нему покупщикомъ и которой ставится препятствiе къ осуществленiю нейтрализируемаго ею права собственности продавца. Такая нейтрализацiя возможна по отношенiю не только къ отдѣльнымъ правамъ, но и къ цѣлому имуществу, какъ напримѣръ, при наслѣдованiи, которое имѣетъ мѣсто, какъ извѣстно, и въ тѣхъ случаяхъ, когда имущество въ экономическомъ смыслѣ отсутствуетъ, а наслѣдникъ вступаетъ въ права наслѣдодателя, не имѣя отъ нихъ никакой выгоды. Имущества въ экономическомъ смыслѣ здѣсь нѣтъ, а вступленiе въ наслѣдство совершается, что имѣетъ большое значенiе по отношенiю къ отвѣтственности

наслѣдника предъ легатаріями и наслѣдственными кредиторами.

3. Наконецъ, послѣдняя группа случаевъ стеченія нѣсколькихъ правъ у разныхъ лицъ носитъ названіе коллизіи правъ - въ тѣсномъ смыслѣ этого слова; это столкновеніе такихъ правъ, изъ которыхъ каждое, если оно отправляется, исключаетъ вполнѣ или отчасти всѣ другія; это, такъ сказать, эксклюзивныя, противорѣчащія другъ другу права, не допускающія отправленія со стороны нѣсколькихъ лицъ (Doppelrechte). Примѣрами такой коллизіи могутъ служить одновременные залоги въ одной вещи и на всю вещь, легатъ per vindicationem одной и той же вещи, сдѣланный нѣсколькимъ, нѣсколько correi въ корреальныхъ обязательствахъ, одновременная окупація многими одной и той же безхозяйной вещи и т.д. Нѣтъ коллизіи, если нѣсколько лицъ претендуютъ, каждый исключительно для себя, на одно и то же право, такъ какъ въ этомъ случаѣ это право можетъ принадлежать только одному изъ спорящихъ лицъ, что устанавливается судебнымъ рѣшеніемъ. Нѣтъ коллизіи и въ разсмотрѣнныхъ выше случаяхъ конфликта двухъ правъ, изъ которыхъ одно ограничиваетъ другое и этимъ самымъ даетъ послѣднему мѣру, устраняя, такимъ образомъ, всякое противорѣчіе. Не можетъ быть и рѣчи о коллизіи и въ случаяхъ соучастія въ правѣ (condominium),

такъ какъ всякое соучастіе заключаетъ уже въ своихъ условіяхъ разрѣшеніе всѣхъ возможныхъ споровъ и противорѣчій между соучастниками.

Понятіемъ коллизіи предполагается то, чтобы нѣсколько лицъ имѣли дѣйствительное право въ одномъ и томъ же предметѣ, и чтобы отправленіе этого права со стороны каждаго изъ нихъ исключало отправленіе всѣхъ другихъ. Каждый долженъ имѣть вполнѣ обоснованное въ его лицѣ право, каждое изъ этихъ правъ должно быть направлено на одинъ и тотъ же предметъ, и отправленіе каждаго изъ нихъ нарушаемо отправленіемъ всѣхъ остальныхъ. Однородность сталкивающихся правъ между собою здѣсь не существенна, такъ какъ разнородныя права, какъ напримѣръ, какое-нибудь вещное и какое-нибудь обязательственное право также могутъ касаться одного и того же предмета, недостаточнаго для удовлетворенія ихъ обоихъ, и вызвать поэтому и по отношенію къ настоящему случаю примѣненіе правилъ, принятыхъ для разрѣшенія коллизіи противорѣчащихъ другъ другу правъ. Существенно для понятія коллизіи только то, чтобы полномочія, вытекающія изъ правъ, принадлежащихъ нѣсколькимъ лицамъ на одинъ и тотъ же предметъ, взаимно противорѣчили и исключали другъ друга, что можетъ происходить или потому, что нѣсколько правъ оказываются по своей цѣли направленными прямо другъ противъ друга, или потому, что предметъ ихъ, вслѣд-

ствіе своей недостаточности, не въ состояніи выдержать отправленія права со стороны нѣсколькихъ лицъ. Какими же правилами разрѣшаются эти случаи коллизіи не совмѣстимыхъ въ своемъ отправленіи правъ? Эти правила различны по различію правъ. Римское право предписывало здѣсь, то дѣленіе вещи или права pro rata, какъ напримѣръ, при оккупаціи, то рѣшеніе спора на основаніи жребія при недѣлимости права, то рѣшеніе по принципу превенціи, т.е. смотря по тому, кто первый захватитъ вещь или предъявитъ искъ, какъ это имѣетъ мѣсто въ корреальныхъ обязательствахъ, то, наконецъ, предлагало предпочитать владѣніе, какъ напримѣръ, при коллизіи правъ нѣсколькихъ владѣльцевъ bona fide и т. д. Современныя законодательства отличаются въ этомъ отношеніи отъ римскаго тѣмъ, что они склоняются въ большинствѣ случаевъ къ уравненію сталкивающихся правъ, если это возможно посредствомъ судебнаго рѣшенія. Поэтому они постановляютъ на эти случаи правила о раздѣлѣ права по соразмѣрности долей ихъ участниковъ |pro rata| или устанавливаютъ очередь въ пользованіи правомъ, недопускающимъ раздѣла, какъ это имѣетъ, напримѣръ, мѣсто при общемъ и нераздѣльномъ пользованіи какимъ-нибудь источникомъ воды. При столкновеніи не равныхъ, а различныхъ по своей силѣ правъ, Прусскій Landrecht предписываетъ предпочтеніе сильнѣйшаго права слабѣйшему, какъ напримѣръ, права залога - праву собственности, пра-

ва ранѣе возникшаго - праву позднѣйшаго происхожденія, права вещнаго или внесеннаго въ гипотечныя книги - праву обязательственному или не записанному въ книги и т.д. Кромѣ того, прусское законодательство, слѣдуя примѣру нѣкоторыхъ старыхъ писателей, даетъ еще спеціальное постановленіе о предпочтеніи правъ, идущихъ на освобожденіе отъ какой-нибудь тягости или на отвращеніе убытковъ, передъ правами, имѣющими въ виду осуществленіе какой-нибудь положительной выгоды. Поэтому штрафные иски и требованія, основанныя на дарственныхъ актахъ, стоятъ повади всѣхъ другихъ правъ и при конкурсѣ не находятъ удовлетворенія. Что касается нашего права, то оно не даетъ въ этомъ вопросѣ, какъ и въ большинствѣ другихъ общихъ вопросовъ, руководящихъ положеній, ограничиваясь рѣшеніемъ отдѣльныхъ случаевъ коллизіи. Мейеръ, однако, сводитъ въ своемъ курсѣ гражданскаго права эти рѣшенія къ слѣдующимъ общимъ положеніямъ: во I| разрѣшеніе случаевъ коллизіи по п р е и м у щ е с т в у, оказываемому одному изъ сталкивающихся правъ предъ другими: столкновеніе разрѣшается здѣсь тѣмъ, что сначала осуществляется вполнѣ одно право, а потомъ другое, насколько осуществленіе послѣдняго возможно, такъ что если осуществленіе перваго права исчерпываетъ его предметъ, то второе остается уже безъ осуществленія. Такое преимущество одного права предъ другимъ осно-

вывается въ нашемъ законодательствѣ или на старшинствѣ права, или на личности субъекта права, или на свойствѣ права, или на его происхожденіи. Въ первомъ случаѣ право прежде возникшее подлежитъ удовлетворенію предпочтительно предъ правомъ послѣ возникшимъ *prior tempore, potior jure.* На основаніи этого принципа наше законодательство регулируетъ слѣдующія отношенія: если лицо неторговаго званія впадаетъ въ несостоятельность, то при столкновеніи права казны на удовлетвореніе со стороны несостоятельнаго должника и права частнаго лица, первое удовлетворяется преимущественно, если оно старше по времени |X т. 2 ч. ст. 1016|. Или напримѣръ, когда нѣсколько пожалованныхъ лицъ изъявляютъ желаніе получить одинъ и тотъ же участокъ земли, то преимущество отдается тому, кто прежде предъявилъ просьбу объ отводѣ ему пожалованнаго количества земли |X т. I ч. ст. 895|. Предпочтеніе, основываемое личности субъекта права, выражено въ ст. 1978 Уст. Торг., которая постановляетъ, что казна и церковь по нѣкоторымъ ихъ требованіямъ удовлетворяются предпочтительно предъ частными лицами, хотя бы права ихъ возникли въ одно время или даже послѣ правъ частныхъ лицъ. Относительно предпочтенія, отдаваемаго тому или другому праву, смотря по его свойствамъ, мы имѣемъ постановленіе той же 1978 ст. п. 3 |см. также ст. 1026 X т. 2 ч.|, что право, обезпеченное залогомъ, имѣетъ преимущество

предъ правомъ необезпеченнымъ залогомъ, хотя бы послѣднее возникло и раньше перваго, или принадлежало церкви или казнѣ. Точно также одному праву отдается предпочтеніе предъ другимъ, если оно укрѣплено надлежащимъ образомъ, и соблюдены всѣ формальности для охраненія его, такъ, напримѣръ, право по займу, если оно укрѣплено совершеніемъ заемнаго письма, имѣетъ преимущество при столкновеніи съ другимъ займомъ, неукрѣпленнымъ такимъ заемнымъ письмомъ |см.ст. 2031 - 2036, 2039, 2056 X т. I ч.|. Что касается, наконецъ, преимущества, отдаваемаго тому или другому происхожденію права, то мы имѣемъ въ нашемъ законодательствѣ слѣдующее положеніе: при несостоятельности должника, преимущественно предъ всѣми другими частными вѣрителями удовлетворяются тѣ лица, которымъ задолжалъ должникъ въ послѣднее полугодіе до открытія несостоятельности за съѣстные припасы, содержаніе, личныя услуги и т.д. - все долги, возникшіе по существенной необходимости|ст. 1978 п. 5 - 10 Уст. Торг. |Во 2|, если ни одно изъ сталкивающихся правъ не имѣетъ преимущества предъ другими, то столкновеніе разрѣшается удовлетвореніемъ каждаго изъ нихъ по соразмѣрности |pro rata|. |Ibid. ст. 1979|.О жребіи, превенціи или преимуществѣ владѣнія въ случаѣ невозможности произвести соразмѣрное удовлетвореніе, - наши законы не говорятъ ничего и уступаютъ въ этомъ отноше-

ніи, какъ и во всѣхъ другихъ, иностраннымъ кодексамъ, усвоившимъ въ настоящемъ вопросѣ съ небольшими модификаціями большинство положеній римскаго права. Разсмотримъ теперь, въ заключеніе теоріи субъективнаго права, его главнѣйшія подраздѣленія.

46. ВИДЫ СУБЪЕКТИВНЫХЪ ПРАВЪ.

а) ПРАВА ЛИЧНЫЯ И ИМУЩЕСТВЕННЫЯ.

Подъ правами личными понимаютъ права на неприкосновенность личности, на ея свободу, здоровье, честь и другія идеальныя права, связанныя неразрывно съ самымъ понятіемъ личности. Отличительные признаки этихъ правъ заключаются, во I-хъ, въ ихъ неоцѣненности, непереложимости на деньги, ихъ идеальномъ характерѣ, и во 2-хъ, въ томъ, что они принадлежатъ всякому лицу, какъ таковому, независимо отъ какихъ-либо другихъ условій и предположеній, которыя требуются для обладанія имущественными правами. Такъ напримѣръ, для обладанія правами вещными, обязательственными требуется имѣть на нихъ спеціальные титулы, удовлетворяющіе требованіямъ, постановленнымъ закономъ, тогда какъ правами личными всякій пользуется уже въ силу того, что онъ представляетъ собою человѣческую личность. Поэтому права личности называются также абсолютными правами, такъ какъ они не связаны никакими условіями и не вызываютъ во внѣш-

немъ мірѣ никакихъ юридическихъ отношеній, въ противоположность со всѣми другими гражданскими правами, которыя называются относительными, будучи неизбѣжно связаны различными условіями и отношеніями. Такое положеніе правъ личности существовало, однако, не всегда. Оно представляетъ собою явленіе новаго времени, такъ какъ мы знаемъ, что въ древности и въ средніе вѣка, да и въ нѣкоторыхъ государствахъ настоящаго времени, права личности составляютъ привилегію только нѣкоторыхъ классовъ общества. Когда лицо было связано различными союзами, которымъ оно принадлежало, личность выступала только въ роли члена этихъ союзовъ и не имѣла самостоятельнаго значенія: личныя права признавались тогда не за каждымъ лицомъ, какъ таковымъ, а лишь за членами того или другого союза той или другой корпораціи. Напротивъ въ настоящее время личность выступаетъ, какъ самостоятельный субъектъ права, независимо отъ всѣхъ общественныхъ и политическихъ условій своего существованія, хотя въ ученіи о субъектѣ права и его правоспособности вы встрѣтитесь съ нѣкоторыми ограниченіями этого положенія. Что касается неимущественнаго характера правъ личности, то онъ объясняется чрезвычайною важностью личныхъ благъ, безъ которыхъ нельзя существовать въ обществѣ и которыя невозможно оцѣнить на деньги, что, однако, вовсе не противорѣчитъ возможности денежныхъ исковъ, вытекаю-

щихъ изъ нарушенія правъ личности. Римскій искъ actio aestimatoria, который подъ другими именами существуетъ и въ настоящее время, вовсе не нарушаетъ понятія о непереложимости на деньги личныхъ благъ, потому что вознагражденіе и вообще деньги въ этомъ искѣ играютъ роль не эквивалента причиненнаго вреда, а исполняютъ чисто карательную и уголовную функцую, служа наказаніемъ за нарушеніе правъ личности и удовлетвореніемъ потерпѣвшаго независимо отъ количества понесеннаго вреда.

б/ ПРАВА ИНДИВИДУАЛЬНАГО И ОБЩЕСТВЕННАГО ОБЛАДАНІЯ.

Въ связи съ дѣленіемъ правъ на права личныя и имущественныя стоитъ другое не менѣе важное различіе правъ, которое не признается къ сожалѣнію господствующей теоріей гражданскаго права, хотя оно сопровождается, какъ мы это увидимъ, существенными юридическими послѣдствіями. Я говорю о раздѣленіи правъ вообще: на права индивидуальнаго и общественнаго обладанія. Первое указаніе на различіе тѣхъ и другихъ правъ принадлежитъ Іерингу, хотя ни въ курсѣ своихъ лекцій и ни въ одномъ изъ своихъ сочиненій онъ не останавливается на этомъ различіи, не разрабатываетъ его и слѣдуетъ въ этомъ отношеніи за господствующимъ ученіемъ, которое со-

всѣмъ игнорируетъ указанное различіе. Между тѣмъ, какъ исторія права, такъ и современныя законодательства представляютъ намъ, кромѣ формъ индивидуальнаго обладанія благами внѣшняго міра, еще другія, совершенно различныя отъ первыхъ формы общаго или лучше сказать общественнаго обладанія. Эти формы предшествуютъ въ порядкѣ исторической послѣдовательности индивидуальному обладанію, такъ какъ жизнь человѣчества открывается всюду упорной борьбой за существованіе, которая можетъ быть ведена не разрозненно, а только массой соединенныхъ вмѣстѣ индивидовъ. Поэтому общественное обладаніе въ области какъ имущественныхъ, такъ и другихъ отношеній было сначала господствующей формой юридическихъ отношеній, а общинное землевладѣніе, какъ это доказано новыми изслѣдованіями, составляло у всѣхъ народовъ первоначальную форму поземельныхъ отношеній, предшествующую безусловно порядку частной собственности. Послѣдняя, какъ продуктъ дифференціаціи общественной жизни, образовалась послѣ долгаго историческаго процесса развитія, но разъ образовавшись, она не вытѣснила всѣхъ формъ общественнаго обладанія землею и другими предметами, такъ какъ многія изъ этихъ формъ удовлетворяютъ и понынѣ существеннымъ потребностямъ жизни и не могутъ быть замѣнены формами личнаго обладанія. Поэтому общественное обладаніе не только не близится къ упадку, но даже распространяется какъ въ интенсивномъ, такъ и въ экс-

тенсивномъ отношенiи, покровительствуемое при этомъ государствомъ, которое видитъ въ немъ средство для нравственнаго совершенствованiя и развитiя въ людяхъ общественныхъ стремленiй. Покровительствуемое же государственной властью и пользуясь отъ нея юридической защитой, общественное обладанiе отличается тѣмъ не менѣе существенно отъ формъ личнаго обладанiя. Характеристическую черту послѣдняго составляетъ полная исключительность права, служенiе вещи цѣлямъ одного управомоченнаго лица. Этой исключительности не противорѣчитъ и пользованiе общей собственностью или такъ назыв. сособственностью; принципъ исключительности повторяется здѣсь внутри каждой квоты или доли, на которыя разбивается пользованiе общей собственностью, каждый сочастникъ ея замыкается въ свою долю и также исключительно обладаетъ ею, какъ еели бы онъ былъ единоличнымъ собственникомъ. Исключительности индивидуальнаго обладанiя не противорѣчитъ и такъ называемыя права на чужую вещь, выдѣляемыя по господствующему ученiю изъ собственности, потому что они такъ же исключительны, какъ и послѣдняя. Въ противоположность такой исключительности индивидуальныхъ правъ, общественное обладанiе характеризуется тѣмъ, что вещи, на которыя оно распространяется, находятся въ пользованiи всего общества или отдѣльныхъ группъ этого общества, причемъ ни одинъ членъ его не исключаетъ своимъ по-

льзованіемъ пользованія другихъ членовъ и не имѣетъ на предметъ общаго обладанія такого исключительнаго права, которымъ онъ могъ бы распорядиться безъ согласія общества, на подобіе обладателя индивидуальнаго права, т.е. продать его, заложить, вступить по поводу его въ обязательства и т.п. Поэтому къ обладанію отдѣльнаго лица предметами общественнаго пользованія не примѣняются положенія, имѣющія силу относительно права частной собственности, владѣнія, правъ по обязательствамъ, положенія о давности и т. п. Вотъ это-то важное различіе общественнаго обладанія отъ индивидуальныхъ правъ и заставляетъ насъ выдѣлять общественное обладаніе въ особую группу правъ, въ особый институтъ, который будетъ разсмотрѣнъ подробнѣе въ одномъ изъ отдѣловъ спеціальной части.

с| ПРАВА ВЕЩНЫЯ И ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННЫЯ.

Третье важнѣйшее дѣленіе субъективныхъ правъ, есть дѣленіе ихъ на такъ называемыя вещныя и обязательственныя права, которыя считаются господствующимъ ученіемъ исключительно имущественными правами, такъ что самое различіе между вещнымъ и обязательственнымъ правомъ относится въ силу господствующаго взгляда къ области одного имущественнаго права. Неправильность этого взгляда была уже обнаружена

ями при изслѣдованіи области защиты неимущественныхъ интересовъ въ гражданскомъ правѣ. Поэтому, не останавливаясь на этомъ вопросѣ, мы теперь разъяснимъ себѣ общее понятіе имущества, съ которымъ намъ часто придется встрѣчаться въ послѣдующемъ изложеніи. Понятіе имущества въ юридическомъ смыслѣ не совпадаетъ съ понятіемъ его въ житейскомъ или экономическомъ смыслѣ. Оно съ одной стороны шире его, а съ другой уже. Шире оно тѣмъ, что подъ имуществомъ въ юридическомъ смыслѣ разумѣется совокупность не однихъ правъ, но правъ и обязанностей по имуществу, принадлежащихъ лицу, такъ что въ понятіи имущества въ юридическомъ смыслѣ объединяются какъ то, чѣмъ человѣкъ въ дѣйствительности обладаетъ, такъ и то, что онъ долженъ другимъ; объединяются плюсъ и минусъ юридическаго обладанія, активъ и пассивъ. Это объединеніе въ одномъ понятіи всѣхъ юридическихъ отношеній лица по имуществу даетъ не пустую абстракцію, а въ высшей степени важную въ юриспруденціи категорію, которая требуетъ примѣненія къ совокупности правъ другихъ нормъ, чѣмъ къ отдѣльнымъ видамъ этихъ правъ и оказываетъ кромѣ того большія услуги при опредѣленіи имущественной состоятельности и несостоятельности лица, отвѣтственности за долги, счетъ наслѣдства и другихъ отношеніяхъ, съ которыми мы встрѣтимся впослѣдствіи въ спеціальныхъ институтахъ гражданскаго права. И

такъ въ смыслѣ совокупности правъ и обязанностей, единства актива и пассива, понятіе имущества въ юридическомъ смыслѣ оказывается шире этого понятія въ смыслѣ житейскомъ, въ которомъ имущество есть всегда нѣчто положительное. Но въ другомъ отношеніи юридическое понятіе имущества несравненно уже, тѣснѣе житейскаго, а именно: подъ первымъ понимается совокупность не всѣхъ, а только тѣхъ правъ, которыя обладаютъ качествомъ мѣновой цѣнности или переложимости на деньги, такъ какъ иначе счетъ имущества, долженствующаго представить его дѣйствительную стоимость, былъ бы неосуществимъ. Отсюда слѣдуетъ, что понятіе имущества въ юридическомъ смыслѣ должно быть и тѣснѣе понятія цѣнности: имущество состоитъ, конечно, изъ однихъ цѣнностей, такъ какъ права, обладающія мѣновой цѣнностью, суть несомнѣнныя цѣнности, но поставить между цѣнностями вообще и имуществомъ знакъ равенства нельзя, потому что существуютъ цѣнности, не имѣющія мѣноваго значенія и не могущія поэтому войти въ составъ юридическаго понятія имущества. Таковы, напримѣръ, права на реальное исполненіе дѣйствій, не имѣющихъ мѣноваго значенія, права на денежное вознагражденіе за нарушеніе неимущественныхъ интересовъ, разсмотрѣнныя довольно подробно въ одномъ изъ предшествую-

щихъ отдѣловъ курса. Далѣе къ разряду цѣнностей, не входящихъ въ составъ юридическаго понятія имущества, должны быть отнесены и различныя фактическія отношенія, не получившія еще защиты права, такъ какъ имущество въ юридическомъ смыслѣ слагается только изъ правъ, а не изъ фактовъ. Сюда принадлежатъ, напримѣръ, вещи, находящіяся въ фактическомъ, но не санкціонированномъ правомъ, обладаніи лица, какъ, напримѣръ, вещи краденыя и пріобрѣтенныя другими незаконными способами. По тѣмъ же основаніямъ изъ юридическаго понятія имущества исключаются и другія фактическія отношенія, какъ напримѣръ, различныя знанія и техническія свѣдѣнія, которыя имѣютъ съ точки зрѣнія экономистовъ большую цѣнность и причисляются ими справедливо къ имуществу въ экономическомъ смыслѣ, расходящемуся въ данномъ случаѣ, какъ и во многихъ другихъ, отъ имущества въ смыслѣ юридическомъ. Наконецъ, существуетъ много еще другихъ благъ, имѣющихъ несомнѣнную цѣнность и пользующихся защитой права, но исключаемыхъ тѣмъ не менѣе изъ имущества потому же, что они не обладаютъ рыночной цѣнностью, способной выражаться въ деньгахъ и фигурировать въ торговомъ оборотѣ, въ качествѣ предметовъ различныхъ юридическихъ сдѣлокъ. Таковы, напримѣръ, малолѣтнія дѣти, находящіяся въ нашей власти, супружескія отношенія, отношенія родства, должности, занимаемыя нами, право голоса, принадлежащее намъ по различнымъ отношеніямъ общественной жизни и проч.

Такимъ образомъ,юридическое понятіе имущества вмѣщаетъ въ себѣ только такія права и обязанности, которыя отличаются мѣновой цѣнностью,а такъ какъ между вещными и обязательственными отношеніями встрѣчается множество отношеній, не обладающихъ такой мѣновой цѣнностью, то отсюда слѣдуетъ само собою, что эти права нельзя ограничивать одною областью имущественныхъ отношеній. Но въ чемъ же состоитъ различіе между вещными и обязательственными правами?Вещныя права характеризуются главнымъ образомъ тѣмъ, что они представляютъ собою отношенія по поводу обладанія физическими вещами, такъ что въ этой группѣ правъ мы замѣчаемъ самую тѣсную связь между лицомъ и вещью, служащей предметомъ обладанія. Обязательственныя права характеризуются напротивъ посредственнымъ отношеніемъ лица къ предмету его права, который добывается дѣйствіемъ другого лица, такъ что между субъектомъ права и вещью стоитъ здѣсь еще лицо, обязанное доставить управомоченному лицу предметъ его права или удовлетворить въ какой либо формѣ интересъ, лежащій въ основаніи его права. Напротивъ, въ вещныхъ правахъ между лицомъ и вещью не стоитъ ничего и никого;отправленіе права выражается тутъ рядомъ воздѣйствій управомоченнаго субъекта на вещь, находящуюся въ его обладаніи, и защищается абсолютнымъ искомъ противъ всѣхъ и каждаго, кто бы ни вздумалъ нарушить данное отношеніе лица къ его вещи. Такимъ образомъ,каждому ве-

ному праву соотвѣтствуетъ всеобщая, хотя только и отрицательная обязанность не нарушать его со стороны третьихъ лицъ, и этотъ всеобщій характеръ защиты вещныхъ правъ далъ поводъ многимъ юристамъ называть ихъ абсолютными правами въ противоположность релятивнымъ правамъ, защищаемымъ не противъ всѣхъ, а только противъ опредѣленныхъ лицъ, куда относятся главнымъ образомъ обязательственныя права. Эта же всеобщность вещнаго обладанія подала поводъ многимъ юристамъ видѣть въ ней отличительный признакъ одного только вещнаго права и опредѣлять послѣднее, какъ такое право, которое можетъ быть преслѣдуемо противъ всякаго третьяго лица. Опредѣленіе, очевидно, неправильное, потому что если направленіе противъ третьихъ лицъ и составляетъ свойство вещныхъ правъ, то это же свойство раздѣляютъ съ ними и права личности и права семейнаго союза по отношенію къ окружающему міру и много другихъ правъ. Слѣдовательно, направленіе противъ третьихъ лицъ, хотя и присуще вещнымъ отношеніямъ, не составляетъ ихъ отличительнаго признака сравнительно съ другими отношеніями и не должно поэтому вводиться въ ихъ опредѣленія. Такимъ образомъ, относительно всеобщности защиты, вещныя отношенія представляютъ собою видъ родового понятія абсолютныхъ правъ, обнимающихъ собою, кромѣ вещныхъ, много и другихъ правъ. Что же касается объясненія абсолютности вещнаго обладанія и чисто личной при-

роды исковъ, защищающихъ обязательственныя отношенія, то это объясненіе заключается въ слѣдующемъ. Защита вещныхъ отношеній касается пользованія уже существующими и опредѣленными благами, которыя находятся въ фактическомъ обладаніи защищаемаго субъекта. Задача объекта права по отношенію къ защитѣ такого рода обладанія сводится къ тому, чтобы обезпечить его отъ посягательства всѣхъ третьихъ неуправомоченныхъ лицъ. Этой цѣли объективное право можетъ достигнуть только запрещеніемъ чужого пользованія вещью, находящейся уже въ обладаніи управомоченнаго субъекта, запрещеніемъ, которое должно быть непремѣнно в с е о б щ и м ъ, потому что нарушить существующее уже фактическое отношеніе можетъ всякій, и не будь запрещеніе всеобщимъ, относись оно къ одному или нѣсколькимъ лицамъ, то другія лица, свободныя отъ запрещенія, могли бы нарушить данное отношеніе, и тогда защита его была бы призрачна. Такимъ образомъ, запрещеніе имѣетъ въ виду охранять пользованіе наличными благами, и въ этомъ характерѣ всѣхъ запрещеній, постановляемыхъ объективнымъ правомъ, лежитъ объясненіе абсолютности вещныхъ правъ. Совсѣмъ другимъ характеромъ отличаются положительныя требованія или приказы, издаваемые объективнымъ правомъ. Если оно приказываетъ что-нибудь, оно желаетъ, очевидно, измѣненія въ существующемъ порядкѣ отношеній. Состояніе, возникающее послѣ исполненія приказа, кажется праву предпочтительнѣе состоянія,

предшествующаго ему; иначе оно не издало бы приказа. Покровительство права относится здѣсь не къ настоящему, а къ будущему состоянію, вызываемому исполненіемъ приказа. Поэтому, въ противоположность запрещеніямъ, охраняющимъ существующія и наличныя блага, приказы стремятся доставить эти блага въ будущемъ, защищая, такимъ образомъ, не наличныя, а гипотетичныя выгоды, интересы, лежащіе въ будущемъ. Эти интересы удовлетворяются дѣйствіями отдѣльныхъ лицъ, и поэтому понятно, что права по обязательствамъ, основанныя не на настоящемъ, а на возможности будущаго пользованія, защищаются не посредствомъ запрещеній, какъ вещныя права, но посредствомъ приказовъ, имѣющихъ силу не противъ всѣхъ, а только противъ лица, обязаннаго доставить то или другое пользованіе, такъ какъ только это лицо можетъ удовлетворить и не удовлетворить интересу, лежащему въ основаніи приказа. Вотъ различіе между запрещеніями и приказами, между абсолютнымъ и релятивнымъ правомъ, различіе, котораго я коснулся, потому, что оно необходимо для характеристики вещнаго права и для точнаго разграниченія его отъ обязательственныхъ отношеній, разграниченія, составляющаго до сихъ поръ камень преткновенія въ теоріи гражданскаго права. Итакъ, результатомъ нашихъ предшествующихъ замѣчаній можетъ быть признано, что вещное право отличается отъ обязательственнаго своимъ абсолютнымъ характеромъ, объемлющимъ

ять свою очередь природой защищающихъ вещное право запретительныхъ нормъ и приказовъ, охраняющихъ обязательственныя отношенія. Но мы знаемъ уже, что абсолютность не характеризуетъ вещныхъ правъ относительно другихъ правъ, которымъ также свойственна абсолютная защита; поэтому намъ необходимо вернуться къ тому признаку вещныхъ правъ, который былъ уже указанъ нами въ началѣ характеристики этихъ правъ и который заключается въ томъ, что между лицомъ и вещью не стоитъ здѣсь никого. Послѣдствія, вытекающія изъ этой особенности вещныхъ правъ, были съ особенной рельефностью разобраны Зомомъ въ его спорѣ съ Брицомъ, завязавшимся на страницахъ журнала: „Zeitschrift für das öffentlichen Privatrecht" по поводу опредѣленія понятія обязательственнаго права. Результатъ этого спора мы можемъ выразить въ указаніи на слѣдующій важный признакъ для отличія вещныхъ и обязательственныхъ правъ: центръ тяжести вещныхъ отношеній лежитъ въ дѣйствіяхъ правообладателя, а центръ тяжести обязательственныхъ отношеній - въ дѣйствіяхъ обязаннаго лица. Обязанности отвѣтчика по вещнымъ отношеніямъ носятъ чисто отрицательный характеръ; онѣ ограничиваются только тѣмъ, чтобы онъ не нападалъ на данное вещное право, не нарушалъ его. Напротивъ, въ обязательственныхъ правахъ отъ отвѣтчика требуется положительное дѣйствіе, безъ котораго цѣль обязательства не можетъ

быть достигнута. Тамъ положеніе отвѣтчика чисто пассивно: онъ не долженъ только нарушать чужого права, а если нарушитъ его, то долженъ также пассивно допустить его возстановленіе. Такимъ образомъ, активная роль принадлежитъ въ вещныхъ отношеніяхъ не нарушителю грезъ, а его обладателю. Въ обязательственныхъ отношеніяхъ, напротивъ, отъ правообладателя не требуется никакихъ дѣйствій, кромѣ предъявленія иска, и все содержаніе права сводится къ дѣйствіямъ отвѣтчика. Возьмемъ для примѣра отношенія, возникающія изъ договора имущественнаго найма. Наниматель не имѣетъ вещнаго права на нанятый имъ домъ: онъ не можетъ самовольно въѣхать въ него и поселиться въ немъ. Если бы онъ могъ сдѣлать это, то у него было бы вещное право |право воздѣйствовать на извѣстную вещь|, а не простое право требованія |обязательственное право|. Обладая же простымъ правомъ требованія, онъ можетъ разсчитывать только на то, что отдающій въ наймы позволитъ ему жить въ домѣ, допуститъ пользованіе имъ. Между нанимателемъ и вещью стоитъ личность отдающаго въ наймы, и наниматель, какъ таковой, вовсе не владѣетъ вещью: онъ стремится только къ тому, чтобы отдающій въ наймы допустилъ пользованіе ею. Поэтому во всякомъ дѣйствіи нанимателя по отношенію къ вещи право видитъ не его дѣйствіе, а дѣйствіе отдающаго въ наймы, который остается обладателемъ вещи, обращающейся въ пользу нанимателя только благодаря доб-

рой волѣ перваго. Такимъ образомъ, важное различіе между вещными и обязательственными отношеніями состоитъ въ томъ, что дѣйствія, въ коихъ осуществляется конечная цѣль права, лежатъ въ одномъ случаѣ на сторонѣ правообладателя, а въ другомъ - на сторонѣ обязаннаго лица. Не смотря, однако, на это различіе между вещными и обязательственными правами, не нужно забывать, что и тѣ и другія права взаимно обусловливаются и часто переходятъ одни въ другія. Мы имѣемъ много обязательственныхъ отношеній, которыя приняли въ настоящее время характеръ вещныхъ правъ; таковы, напримѣръ, право залога и другія права, вносимыя въ ипотечныя книги; сюда же принадлежатъ римскія *actiones in rem scriptae* и ихъ новѣйшія формы, съ которыми мы познакомимся впослѣдствіи. Точно также мы встрѣтимся впослѣдствіи и съ множествомъ вещныхъ отношеній, утратившихъ свой всеобщій характеръ и защищаемыхъ не абсолютными, а обязательственными исками. Мы увидимъ, что это явленіе объясняется требованіями современнаго гражданскаго оборота, какъ и переходъ многихъ обязательственныхъ отношеній въ вещныя объясняется, въ свою очередь, тѣмъ, что цѣль обязательственныхъ правъ, хотя она и достигается въ будущемъ, направлена во множествѣ случаевъ на обладаніе тѣми же вещами, которыя составляютъ предметъ вещнаго права, почему нѣкоторыя изъ современныхъ законодательствъ, становясь на хозяйствен-

ную точку зрѣнія, считаютъ такія обязательства скорѣе способами пріобрѣтенія имущества | jus ad rem |, чѣмъ обязательствами. Но не смотря на эти сопредѣльныя явленія, установленное различіе между вещными и обязательственными правами сохраняетъ большое значеніе до сихъ поръ, такъ какъ абсолютное дѣйствіе иска, активная роль управомоченнаго лица характеризуютъ и въ настоящее время, если не всѣ, то огромное большинство вещныхъ правъ, точно такъ же, какъ относительный характеръ иска и активная дѣятельность обязаннаго лица составляютъ отличительные признаки значительнаго большинства обязательственныхъ отношеній.

д| П Р И В И Л Е Г І И.

Наконецъ, существуетъ еще важное дѣленіе правъ, которымъ мы закончимъ ученіе о субъективныхъ правахъ; это - права, устанавливаемыя въ силу закона, какъ абстрактной нормы, и права, основанныя на конкретныхъ и сингулярныхъ актахъ законодательной и административной власти; это обширная область привилегій. Общее правило относительно установленія гражданскихъ правъ можетъ быть формулировано такъ: воля частнаго лица, дѣйствующая въ предѣлахъ и на основаніи закона, автономна по отношенію къ устанавливаемымъ ею правамъ; она сама устанавливаетъ свое право, которое опирается на общую норму, дающую впа-

редъ возможность основать на ней то или другое право. Но случается также, что въ установленіи субъективныхъ правъ конкуррируетъ и государственная власть, которая дѣйствуетъ вмѣстѣ съ частной волей или независимо отъ нея и создаетъ субъективныя права своей непосредственной дѣятельностью, стоящей независимо и даже въ противорѣчіи съ общими нормами. Акты этого рода и основанныя на нихъ права называются обыкновенно привилегіями; а въ соучастіи государственной власти при установленіи этихъ правъ лежитъ основаніе всѣхъ привилегій, которыя нужно тѣмъ не менѣе разбить на законодательныя, административныя и абстрактныя.

ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЯ ПРИВИЛЕГІИ суть права, устанавливаемыя конкретными актами законодательной власти. Онѣ отличаются отъ правъ, основанныхъ на законѣ, тѣмъ, что при установленіи привилегій законодательная власть имѣетъ въ виду отдѣльный случай или отдѣльное лицо, а не цѣлый рядъ подобныхъ между собою случаевъ, на которые разсчитаны абстрактныя нормы, составляющія содержаніе общихъ законовъ. Поэтому дѣйствіе такихъ привилегій ограничивается тѣмъ случаемъ, на который онѣ изданы, не распространяясь на рядъ подобныхъ случаевъ, какъ это мы видимъ при дѣйствіи общихъ законовъ. Въ примѣръ этихъ привилегій можно привести законы о престолонаслѣдіи, о низложеніи династіи, объ экспропріаціи на случаи, не-

предвидѣнные законами и т.д. Основаніе, по которому указанныя отношенія регулируются законодательной, а не административной властью, заключается въ томъ, что новое распоряженіе вступаетъ въ противорѣчіе съ существующимъ правомъ, противорѣчіе, которое можетъ быть устранено, согласно большинству конституцій современныхъ государствъ, дѣятельностью одной только законодательной власти.

Б. АДМИНИСТРАТИВНЫЯ ПРИВИЛЕГІИ суть права, предоставляемыя только административною властью, какъ напримѣръ, патенты на новыя изобрѣтенія, желѣзнодорожныя концессіи и т.д. Нѣкоторые юристы предполагаютъ и въ этихъ случаяхъ акты законодательной власти, что неправильно, такъ какъ мы видимъ здѣсь дѣятельность административныхъ органовъ въ предѣлахъ существующаго права и предоставленной администраціи власти, куда законодательство не имѣетъ нужды вмѣшиваться въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ проявленія этой власти. Административные органы участвуютъ вообще въ юридическихъ дѣйствіяхъ частныхъ лицъ въ двухъ формахъ: во первыхъ, въ формѣ укрѣпленія, солемнизированія частныхъ актовъ, какъ это мы видимъ, напримѣръ, при инсинуаціи дареній свыше опредѣленной суммы, записи поземельныхъ правъ въ ипотечныя книги, совершеніи нотаріальныхъ актовъ и т.д. и во вторыхъ, въ формѣ уступки, предоставленія извѣстныхъ правъ, когда администрація не только освящаетъ частные ак-

ты, но и сообщаетъ имъ впервые ихъ силу, сама устанавливаетъ тѣ или другія права. Относительно правъ, установляемыхъ этимъ путемъ, необходимо отличать опять два класса: во 1|, обыкновенныя гражданскія права, которыя устанавливаются по общему правилу частной волей, частнымъ дѣйствіемъ, но въ видѣ исключенія предоставляются въ извѣстныхъ условіяхъ и административною властью. Таково, напримѣръ, право собственности, получаемое залогодержателемъ на заложенную ему вещь въ силу признанія за нимъ этого права со стороны государственной власти: собственность здѣсь такая же, какъ въ обыкновенныхъ случаяхъ, но она дается государственной властью. Сюда же относятся наступленіе совершеннолѣтія въ силу признанія государственной власти ранѣе установленнаго для этого времени срока |venia aetatis|, легитимація незаконныхъ дѣтей |emancipatio Anastasiana|, право |moratorium| пожалованіе корпоративныхъ правъ и т. д. Во 2|, права, стоящія внѣ границъ частной автономіи и неспособныя по своему содержанію возникать частнымъ путемъ, устанавливаются уже поэтому спеціальными актами государственной власти. У римлянъ эти права возникали посредствомъ constitutio principis personalis, и императоръ, соединяя въ своемъ лицѣ законодательную власть съ административной, отправлялъ ту и другую въ одной и той же формѣ конституцій. Это обстоятельство ввело европейскую юриспруденцію въ заблу-

жденіе относительно характера разбираемыхъ нами привилегій, которыя были признаны законодательными только потому, что не было обращено достаточно вниманія на смѣшеніе законодательной власти съ административной въ государственномъ строѣ римской имперіи. Въ каноническомъ и германскомъ правѣ эти привилегіи, касающіяся отношеній, не подлежащихъ частной регламентаціи, получили особенное развитіе. Сюда принадлежали различные виды десятины, также освобожденіе отъ десятины, исключеніе изъ общей юрисдикціи, право на мельницы и другія, такъ называемыя, Bannrechte, право на устройство ярмарки, патенты на различнаго рода изобрѣтенія, право на открытіе аптеки, лавокъ и т.д. Этотъ видъ привилегій называютъ въ особенности привилегіями, и ихъ нужно строго отличать какъ отъ законодательныхъ, такъ и отъ абстрактныхъ привилегій, о которыхъ мы будемъ говорить ниже. Процвѣтаніе этихъ привилегій въ среднія вѣка объясняется съ одной стороны сословнымъ строемъ этого времени, и съ другой - слабымъ развитіемъ отвлеченности мысли, подымавшейся съ трудомъ до абстракціи общихъ положеній права. Вмѣсто равенства, устанавливаемаго этими послѣдними, господствовали индивидуальныя различія; вмѣсто общности въ правѣ - безконечныя особенности и часто монополіи, завладѣваемыя отдѣльными лицами и классами лицъ. Тенденціи новаго времени идутъ напротивъ да правомѣрное уравненіе субъектовъ права, которое до

стигается замѣной особыхъ для отдѣльныхъ лицъ положеній права абстрактными нормами, дѣйствующими одинаково по отношенію ко всѣмъ, и новыя законодательства относятся поэтому къ привилегіямъ неблагопріятно, стѣсняя по возможности область ихъ примѣненія. По своему содержанію административныя привилегіи характеризуются вообще уклоненіемъ отъ общаго права, уклоненіемъ, которое состоитъ или въ ограниченіи публики въ пользу привилегированнаго лица, или въ освобожденіи этого послѣдняго отъ какой-либо лежащей на немъ обязанности, напримѣръ, въ освобожденіи его отъ налоговъ, отъ дорожной повинности, отъ общей юрисдикціи и т.д. Иная и болѣе положительная характеристика содержанія этого рода привилегіи немыслима, такъ какъ само по себѣ, каждое отношеніе, нуждающееся въ юридическомъ опредѣленіи, можетъ быть регулировано какъ путемъ закона, такъ и путемъ привилегіи. Поэтому содержаніе привилегіи не можетъ быть исчерпано и подойдетъ скорѣе подъ общія юридическія категоріи, хотя многіе предлагаютъ различать слѣдующіе виды привилегій: I| такъ называемыя аффирмативныя и негативныя привилегіи. Первыя суть исключительныя права противъ другихъ лицъ и могутъ быть при этомъ или абсолютны, какъ напримѣръ патенты, исключающіе права всѣхъ, это - монополіи, или относительны, какъ, напримѣръ, привилегія на открытіе аптеки. Негативныя привилегіи представляютъ собою освобожденіе отъ какой-нибудь тягости, напри-

мѣръ, налога, десятины и т. д.; 2| по отношенію къ носителямъ привилегіи различаютъ: а| *privilegium personale*, принадлежащую опредѣленнымъ лицамъ; б| *privilegium rei*, прикрѣпленную къ какой-либо вещи, такъ что всякій, кому достается эта вещь, получаетъ и связанную съ нею привилегію; если для этого требуется еще какое-нибудь личное качество, то такая привилегія называется *privilegium mixtum*. |*privilegium causae* связывается съ какимъ-нибудь отношеніемъ или положеніемъ, напримѣръ, съ отправленіемъ какой-либо должности.

В. АБСТРАКТНЫЯ ПРИВИЛЕГІИ, основанныя на сингулярномъ правѣ, отличаются отъ предшествующихъ привилегій тѣмъ, что онѣ даются не индивидуально, а и силу какого-нибудь особаго положенія права. Такимъ образомъ, если разсмотрѣнныя выше категоріи привилегій были охарактеризованы, какъ конкретные способы установленія субъективныхъ правъ непосредственной дѣятельностью государственной власти, то абстрактныя привилегіи должны характеризоваться напротивъ тѣмъ, что онѣ представляютъ собою не субъективное, а объективное право, которое дѣйствуетъ въ границахъ своего примѣненія такъ же абстрактно, какъ и законъ. Не смотря на это существенное различіе, римскіе юристы называли всетаки привилегіями и эти особыя положенія права, представляющія собою уклоненіе отъ общаго права, отъ *jus*, отъ *regula*, въ поль-

ву какого-нибудь исключительнаго права, называемаго *jus singulare*. Новые юристы отступили въ этомъ отношеніи отъ римской терминологіи, называя привилегіями только субъективныя права, устанавливаемыя конкретными актами государственной власти, или тотъ только видъ привилегій, который въ римскомъ правѣ устанавливался посредствомъ, такъ называемой *constitutio principis personalis*, тогда какъ абстрактныя привилегіи называются теперь не привилегіями, а *jus singulare* или *Sonderrecht*. Но мы отдаемъ предпочтеніе римскому словоупотребленію, такъ какъ если указаннымъ выше признакамъ абстрактныя привилегіи отличаются отъ конкретныхъ, то онѣ сходятся съ ними въ томъ, что одинаково уклоняются отъ общаго права, регулируемаго общими законодательными нормами. Это уклоненіе можетъ быть установлено, какъ въ пользу той или другой категоріи лицъ, напримѣръ, женщинъ, крестьянъ, солдатъ - тогда это будутъ настоящія привилегіи, - такъ и совершенно объективно, по отношенію къ какому-нибудь юридическому состоянію и независимо отъ какихъ бы то ни было личныхъ мотивовъ. Вспомнимъ, въ видѣ примѣра, то положеніе римскаго права, по которому *usucapio*, или давностное владѣніе, продолжаетъ свое теченіе, воз-

се не прерываясь, при hereditas jacens: это положеніе чисто сингулярное, такъ какъ usucapio предполагаетъ владѣніе, котораго здѣсь нѣтъ.

Вотъ все существенное, что слѣдовало сказать о привилегіяхъ и субъективныхъ правахъ вообще, отъ которыхъ мы перейдемъ къ ученію о субъектѣ права.

III ОТДѢЛЪ

46. УЧЕНІЕ О СУБЪЕКТѢ ГРАЖДАНСКАГО ПРАВА.

Субъектъ права есть человѣческая личность безъ различія возраста, пола, общественнаго положенія, религіи, національности и другихъ условій ея существованія. Первая часть этого положенія, состоящая въ утвержденіи - что субъектомъ права является только человѣкъ, принадлежитъ къ числу наиболѣе общихъ и абсолютныхъ положеній права, вѣрныхъ для всѣхъ временъ и народовъ. Положеніе это вытекаетъ само собою изъ существа права, предназначеннаго служить только человѣческимъ потребностямъ и обращающагося со своими предписаніями только къ человѣку. Поэтому мнѣніе нѣкоторыхъ юристовъ, допускающихъ безсубъективное существованіе права, представляетъ собою contradictio in adjecto, противорѣчіе понятію права, и юристы, принимающіе это мнѣніе, смѣшиваютъ, какъ мы уже видѣли это, пассивное существованіе права

съ невозможнымъ въ самомъ понятіи безсубъективнымъ состояніемъ его.

Но кромѣ человѣка, какъ такового, большинство современныхъ юристовъ принимаетъ еще другой субъектъ права: это такъ называемое, юридическое лицо, представляющее собою по господствующему и теперь ученію искусственное распространеніе понятія субъекта права отъ отдѣльнаго физическаго лица на идеальное единство многихъ физическихъ лицъ и даже имуществъ, служащихъ опредѣленной цѣли и приравниваемыхъ въ своемъ единствѣ, въ силу фикціи, къ понятію того же физическаго лица, какъ субъекта права. "Что государство, община, корпорація существуютъ въ дѣйствительности, это несомнѣнно", повторяетъ Штоббе, вслѣдъ за Савиньи и множествомъ другихъ юристовъ, " но для того, чтобы эти союзы были признаны субъектами права", читаемъ мы далѣе у того же Штоббе, "необходима абстракція такъ же, какъ необходима фикція для признанія за ними правъ, и особенно тѣхъ имущественныхъ правъ, которыми обладаетъ отдѣльный человѣкъ. Поэтому государство и община, не будучи физическими лицами, разсматриваются въ извѣстныхъ и особенно имущественно правовыхъ отношеніяхъ, какъ физическія лица". Этотъ взглядъ не вѣренъ въ самомъ своемъ основаніи и, вслѣдствіе своего чрезвычайнаго распространенія, требуетъ съ нашей стороны старательнаго разсмотрѣнія: Во I/, невѣрно то, что понятіе субъекта права распростране-

но отъ физическаго лица на юридическое, такъ какъ исторически признаніе субъектомъ права юридическаго лица - понятіе котораго не было, можетъ быть, выяснено, но несомнѣнно существовало издревлѣ - предшествовало признанію субъектомъ права лица физическаго: первоначальными субъектами права были не отдѣльныя физическія лица, а совокупности этихъ лицъ, племя, родъ, сословіе, корпорація, государство, - все такіе общественные союзы, изъ которыхъ отдѣльная человѣческая личность могла высвободиться только путемъ медленнаго историческаго процесса. Во 2|, также невѣрно и то, что для признанія юридическаго лица субъектомъ права нельзя обойтись безъ помощи фикціи, и что ей только юридическое лицо обязано обладаніемъ всѣми своими и особенно имущественными правами. Что фикціи, представляющія собою ни что иное, какъ уравненія новаго со старымъ посредствомъ намѣреннаго юридическаго вымысла, которымъ предлагается считать одинъ предметъ, не смотря на все его различіе отъ другого, тѣмъ же, что есть этотъ другой предметъ, считать, напримѣръ, А за В, и наоборотъ, - что эти фикціи играли въ исторіи права большую и очень плодотворную роль, это вамъ должно быть хорошо извѣстно изъ исторіи римскаго права. Посредствомъ фикцій римскаго гражданства, фикціи усыновленія, фикціи наслѣдства, фикціи давности и массы другихъ фикцій римскіе юристы

вводили въ жизнь совершенно новыя положенія правъ, которыхъ они не имѣли возможности формулировать, какъ таковыя, и вслѣдствіе этого уже должны были пристегивать ихъ къ старымъ формамъ, получившимъ при этомъ вполнѣ новое содержаніе. Поэтому же фикціи въ рукахъ римскихъ юристовъ, - и то же самое явленіе представляетъ намъ исторія англійскаго права въ средніе вѣка, - были могущественнымъ орудіемъ прогресса права, сдѣлавшись средствомъ примиренія стараго съ новымъ и однимъ изъ наиболѣе важныхъ видовъ распространенной интерпретаціи и аналогіи права. Но если такова была историческая роль фикцій въ римскомъ и средневѣковомъ европейскомъ правѣ, я не войду здѣсь въ разсмотрѣніе причинъ этого историческаго значенія фикцій, которыя лежали, главнымъ образомъ, въ консерватизмѣ права, въ недостаточной законодательной дѣятельности и въ отсутствіи научнаго направленія, то современная юриспруденція находится совсѣмъ въ другомъ положеніи, и роль фикцій для нея можетъ считаться уже сыгранной. Не говоря о современномъ развитіи законодательства, - въ которомъ если мы и встрѣчаемся еще съ фикціями, то уже не какъ со средствами распространенія стараго на новое путемъ приспособленія послѣдняго къ первому, а какъ съ простымъ логическимъ пріемомъ сокращеннаго изложенія или описанія, - новая юриспруденція располагаетъ теперь средствами научнаго правовѣдѣнія, ис-

торическаго изученія права и широкой интерпретаціи на основаніи принциповъ права для того, чтобы встрѣчаясь съ новыми положеніями права, всесторонне изслѣдовать ихъ и въ результатѣ изслѣдованія, провозглашать прямо эти новыя положенія права, не обращаясь къ фикціямъ, которыя никогда и ничего не объясняютъ, обходя только затруднительное вмѣсто того, чтобы разрѣшить его. Въ всякомъ случаѣ новая юриспруденція не можетъ связывать съ фикціями никакихъ практическихъ юридическихъ послѣдствій, такъ какъ она не имѣетъ въ рукахъ альбома формулъ, которымъ располагали римскіе преторы, и если проводитъ въ жизнь какія нибудь новыя положенія права, то никакъ уже не посредствомъ фикцій. Эти послѣднія сдѣлались теперь и въ рукахъ юристовъ, такъ же какъ и въ рукахъ законодателя, пріемомъ сокращеннаго описанія, имѣющимъ только логическое, а вовсе не юридическое, - въ смыслѣ произведенія какого-нибудь юридическаго эффекта, - значеніе, такъ что когда теперь законодатель или авторъ какого-нибудь учебника гражданскаго права говорятъ, напримѣръ, что евреи приравниваются въ своихъ правахъ къ христіанамъ, то они этимъ вовсе не создаютъ фикціи христіанства для евреевъ и вовсе не говорятъ того, что они уравнены въ своихъ правахъ съ христіанами въ силу этой фикціи, а пользуются только сокращеннымъ способомъ изложенія, желая избѣгнуть перечисленія всѣхъ тѣхъ правъ христіанъ, ко-

торыя предоставлены или должны быть равно предоставлены и евреямъ. То же самое разсужденіе должно быть примѣнено и къ юридическому лицу, о которомъ тоже слѣдуетъ сказать, что, если оно существуетъ, то существуетъ никакъ не въ силу фикціи и если пользуется какими-нибудь правами, то пользуется ими вовсе не потому, что его приравниваютъ къ физическому лицу, а что напротивъ оно приравнивается къ физическому лицу потому, что пользуется въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ тѣми же правами, какъ и это послѣднее. Наконецъ въ 3|, господствующій взглядъ на юридическое лицо, какъ на фикцію физическаго лица, кажется намъ основаннымъ на коренномъ заблужденіи философской школы естественнаго права, оказавшемъ роковое вліяніе на все настоящее ученіе. Преувеличенный индивидуализмъ этой школы, видѣвшій въ индивидуальной волѣ, индивидуальномъ разумѣ, индивидуальной свободѣ единственныя исходныя точки для всѣхъ порядковъ нравственныхъ, общественныхъ и юридическихъ отношеній, заставилъ и юристовъ сосредоточить все право, по крайней мѣрѣ все гражданское право, на отдѣльномъ индивидуумѣ, за которымъ всѣ общественныя соединенія выступали только на второмъ планѣ, въ видѣ производныхъ и какъ бы искусственныхъ созданій, не могущихъ имѣть для права значенія иначе, какъ въ силу фикціи. Это теченіе мысли можно съ особенною ясностью прослѣдить у корифея нашей науки, Савиньи, во

2-мъ томѣ его системы, посвященномъ ученію о субъектѣ права и юридическомъ лицѣ, - ученію, обработка котораго въ системѣ Савиньи считается классической и вызываетъ до сихъ поръ общее одобреніе. Не возвращаясь къ вопросу объ ошибочности указываемаго здѣсь исходнаго момента,-этотъ вопросъ уже обсуждался въ нашемъ введеніи, - я замѣчу только, что человѣческія отношенія въ области права больше, чѣмъ въ какой-либо другой области требуютъ постоянно разсмотрѣнія ихъ съ двухъ точекъ врѣнія: во 1|, съ точки врѣнія отдѣльнаго лица, которое стоитъ въ данномъ отношеніи противъ другого такого же отдѣльнаго лица, и во 2|, съ точки врѣнія общественной группы, которая связываетъ между собою цѣлый рядъ этихъ лицъ. Положеніе, что только человѣкъ можетъ быть субъектомъ права, совсѣмъ не говоритъ еще, что каждое право должно быть предоставлено ему только какъ отдѣльному лицу; другими словами, этимъ положеніемъ вовсе не разрѣшается вопросъ о формѣ предоставленія ему этого права, формѣ, которая можетъ быть, какъ единоличная, такъ и коллективная. Ошибка господствующаго ученія о субъектѣ права и объ юридическомъ лицѣ лежитъ именно въ предположеніи объ индивидуальномъ характерѣ всѣхъ гражданскихъ правъ и о необходимомъ прикрѣпленіи ихъ къ данному опредѣленному лицу, тогда какъ дѣйствительность представляетъ намъ несомнѣнную антитезу правъ индивидуальнаго и коллек-

тивнаго обладанія, правъ индивидуально опредѣленныхъ и индивидуально неопредѣленныхъ лицъ. Вотъ въ этой антитезѣ и заключается оправданіе юридическаго лица, которое представляетъ собою ни что иное, какъ форму коллективнаго обладанія, ни мало не опровергающую того основного положенія, что единственнымъ субъектомъ права всегда и вездѣ является одинъ человѣкъ, такъ какъ въ концѣ концовъ и цѣли существованія юридическаго лица сводятся къ цѣлямъ существованія отдѣльныхъ, составляющихъ его физическихъ лицъ, мыслимыхъ только въ своемъ единствѣ и неопредѣленной массѣ. Поэтому члены юридическаго лица и составляютъ собственно его субъектъ, которому дается единая организація и самостоятельное значеніе относительно составляющихъ его частей только въ виду удобства сношеній съ нимъ третьихъ лицъ. Принимая это положеніе, развитіе котораго намъ придется отложить до спеціальнаго изложенія теоріи юридическаго лица, мы должны естественно исключить эту теорію изъ ученія о субъектѣ права, гдѣ можно говорить только о человѣческой личности, какъ объ единственно возможномъ субъектѣ права, и перенести теорію юридическаго лица въ ученіе объ общественномъ обладаніи, гдѣ оно займетъ подобающее ему мѣсто на ряду съ другими формами того же общественнаго обладанія.

Если, такимъ образомъ, понятіе субъекта права и понятіе человѣка совпадаютъ и должны всегда совпа-

дать другъ съ другомъ, то мы не можемъ сказать того же относительно второй части выставленнаго въ самомъ началѣ настоящей лекціи положенія, по которому субъектомъ права служитъ человѣкъ, какъ таковой, безъ различія пола, возраста, религіи, національности и всѣхъ другихъ условій его существованія.

Первое изъ этихъ положеній необходимо вытекаетъ изъ самаго понятія права, а второе принадлежитъ только современному праву, освободившему личность отъ различныхъ ограниченій, стѣснявшихъ до того ея признаніе. По римскому праву, напримѣръ, масса людей представлялась совершенно безправной и не имѣла качества субъекта права. Римское рабство и различныя формы зависимаго состоянія, исключавшія качество субъекта права, продолжали существовать и во все теченіе среднихъ вѣковъ, когда и свободные люди признавались субъектами права, не какъ таковые, а лишь въ качествѣ членовъ того или другого общественнаго союза, той или другой общественной организаціи. Только новое время провозгласило правило, что субъектъ права есть человѣческая личность, какъ таковая, независимо отъ всѣхъ соціальныхъ условій ея существованія. Инціатива провозглашенія этого положенія принадлежитъ французской революціи и представляетъ продуктъ просвѣтительнаго движенія XVIII в. Примѣру Франціи послѣдовали германскія законодательства, заключавшія въ себѣ явно выраженное положеніе, по ко-

торому всѣ люди суть субъекты права, и не мирящіяся съ рабствомъ ни въ одной изъ его формъ. Такъ напримѣръ, австрійское законодательство, по примѣру французскаго Code civile, постановляетъ, что рабъ, вступившій на австрійскую территорію, перестаетъ этимъ самымъ быть рабомъ. А если въ прусскомъ правѣ существовало до послѣдняго времени правило, что иностранецъ, пребывающій временно на прусской территоріи, пользуется охраной права на своего раба, то закономъ 9 Марта 1857 года этотъ остатокъ варварскаго времени исчезъ окончательно. У насъ въ Россіи съ изданіемъ положенія о крестьянахъ въ 1861 году, объявлено такое же юридическое освобожденіе личности, такая же невозможность рабства, какую мы находимъ теперь во всемъ цивилизованномъ мірѣ.

Такимъ образомъ, мы видимъ, что субъектомъ права является человѣческая личность, какъ таковая, независимо отъ всѣхъ національныхъ, религіозныхъ, общественныхъ и другихъ различій. Это свойство человѣка быть субъектомъ права называется обыкновенно правоспособностью, а человѣка въ этомъ свойствѣ его обладать различными правами называютъ юридической личностью. По поводу этой терминологіи Іерингъ указываетъ совершенно правильно на неудобства придавать одному и тому же предмету два названія, что и побуждаетъ его разумѣть подъ правоспособностью только различныя степени способности человѣка быть юридической личностью, иначе - конкретную гражданскую правоспо-

собность съ ея возможными градаціями, тогда какъ подъ юридической личностью онъ понимаетъ абстрактную правоспособность, т.е. принадлежащее каждому человѣку качество быть субъектомъ права вообще. Отсюда видно, что первое понятіе |правоспособность| является относительнымъ, допускающимъ въ своихъ формахъ различныя измѣненія, а второе |юридическая личность| абсолютнымъ, такъ какъ свойство человѣка быть субъектомъ права присуще ему во всѣхъ положеніяхъ и не допускаетъ никакихъ видоизмѣненій.

Понятіе правоспособности не нужно смѣшивать съ понятіемъ дѣеспособности, которой называется способность совершать тѣ или другія дѣйствія, сопровождаемыя юридическими послѣдствіями. Эта дѣеспособность можетъ быть различна у различныхъ лицъ и въ отдѣльныхъ случаяхъ даже совсѣмъ отсутствовать, какъ напримѣръ, у дѣтей, сумасшедшихъ и т. п. Въ другихъ случаяхъ она можетъ быть только ограничена, т.е. состоять въ возможности совершать тѣ, а не другія юридическія дѣйствія и т.д. Но во всякомъ случаѣ дѣеспособность нужно всегда отличать отъ правоспособности, которая никогда не можетъ отсутствовать, и которой ограниченія являются въ настоящее время остатками прошлаго, предназначенными къ тому, чтобы исчезнуть, тогда какъ отсутствіе и ограниченія дѣеспособности постулируются самимъ понятіемъ права и останутся навсегда.

Исходя изъ признанія за каждымъ человѣкомъ юридической личности, современныя законодательства считаютъ фактъ правоспособности даннымъ самимъ рожденіемъ, подобно физическимъ свойствамъ человѣка. Какъ рожденіе есть начало правоспособности, такъ и смерть есть предѣлъ, который прекращаетъ ее. Въ прежнее время существовала еще фикція смерти-гражданская смерть, которую приравнивали къ физической смерти; это было искуственное лишеніе человѣка его правоспособности. Въ силу этой фикціи, живое лицо объявлялось, какъ бы умершимъ и лишеннымъ всѣхъ правъ, лишеннымъ качества юридической личности. Эта фикція смерти была придумана юристами въ средніе вѣка и имѣла цѣлью уничтоженіе политическихъ враговъ. Въ настоящее время она отмѣнена во всѣхъ европейскихъ кодексахъ, а тамъ, гдѣ о ней еще упоминается, гражданская смерть является одной изъ высшихъ формъ наказанія, которая сопровождается не потерей, а только ограниченіемъ гражданской правоспособности. Такимъ образомъ, потеря юридической личности и сравненіе гражданской смерти съ физической въ настоящее время или не признается, или же признается только въ смыслѣ лишенія правъ политическихъ. Единственный случай дѣйствія фикціи смерти въ современномъ европейскомъ правѣ представляетъ произнесеніе монашескихъ обѣтовъ, съ которыми дѣйствительно связано отреченіе отъ имущественныхъ и семейныхъ правъ. Но и въ этомъ случаѣ мы не видимъ настоящей гражданской смерти, такъ какъ, во первыхъ, мо-

нашескіе обѣты съ точки врѣнія гражданскаго права не обязательны, а во вторыхъ, произнесшія ихъ лица вовсе не безусловно лишаются правоспособности: они не правоспособны и то не вполнѣ только для себя, но правоспособность для другихъ имѣютъ, напримѣръ, право пріобрѣтать для монастырей и завѣщать въ ихъ пользу то, что они могли по закону пріобрѣсти и для себя. Кромѣ того, при нарушеніи обѣтовъ и возвращеніи монашествующихъ въ міръ, гражданская правоспособность ихъ вполнѣ возстановляется.

47. УСЛОВІЯ ПРИЗНАНІЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ ЛИЧНОСТИ И ПРЕКРАЩЕНІЯ ЕЯ.

I. Юридическая личность начинается рожденіемъ и кончается смертью. Рожденіе въ смыслѣ физическаго отдѣленія ребенка отъ матери даетъ внѣшній и легко поддающійся констатированію признакъ, съ которымъ связывается начало индивидуальнаго существованія и правоспособности каждаго человѣческаго индивидуума. Ближайшее опредѣленіе момента, въ который совершилось отдѣленіе ребенка отъ матери или рѣшеніе вопроса, какъ совершилось это отдѣленіе, естественно или механически, все это не касается права и относится къ области медицины. Для права имѣетъ значеніе только фактъ рожденія, такъ какъ съ нимъ связывается на-

чало правоспособности, а способъ и формы рожденія безразличны. Само собою разумѣется, что рожденіе должно быть живое, такъ какъ права предназначаются только для живыхъ, и обладателями правъ могутъ быть только живые, а не мертвые индивиды. Поэтому рожденіе ребенка, который не пробылъ въ утробѣ матери полныхъ шести мѣсяцевъ со времени зачатія и явился поэтому на свѣтъ не живымъ существомъ, а выкидышемъ или абортомъ, равно какъ и смерть ребенка во время родовъ не представляютъ живого рожденія и не производятъ никакого измѣненія въ существующихъ юридическихъ отношеніяхъ. Но что, если ребенокъ умираетъ сейчасъ послѣ родовъ? Принять здѣсь фактъ живого рожденія или нѣтъ? Это не праздный вопросъ, такъ какъ будь ребенокъ правоспособенъ хотъ одинъ моментъ, онъ могъ бы пріобрѣсти наслѣдственныя и другія права, которыя перешли бы отъ него къ третьимъ лицамъ, тогда какъ непризнаніе рожденія не дало бы этимъ послѣднимъ никакихъ правъ. Римское право и большинство новыхъ законодательствъ считаютъ одинъ фактъ живого рожденія достаточнымъ условіемъ правоспособности, не требуя того, чтобы ребенокъ жилъ недѣлю, годъ и т.д. Но средневѣковое право и нѣкоторыя партикулярныя германскія законодательства, а также и французскій Code civile требуютъ для правоспособности, кромѣ рожденія, еще такъ называемой жизнеспособности рожденнаго субъекта, предполагая подъ этимъ то, что ребенокъ долженъ явиться на

свѣтъ зрѣлымъ плодомъ, пробывъ въ утробѣ матери по крайней мѣрѣ *minimum* установленнаго для этого законами физіологіи времени. Ставя требованіе жизнеспособности, французскій кодексъ прямо предполагаетъ ее, если ребенокъ родится черезъ шесть мѣсяцевъ послѣ зачатія |*Art.* 725, 906|. Такъ же поступаютъ германскія партикулярныя законодательства, ставящія требованіе жизнеспособности, и во всякомъ случаѣ не отказываютъ въ правоспособности дѣтямъ, рожденнымъ даже съ удостовѣренной врачемъ болѣзнью, которой должна быть вызвана ихъ скорая смерть. Но жизнеспособность даже въ установленномъ выше смыслѣ не поддается почти изслѣдованію, такъ какъ точное установленіе дня зачатія, необходимое для вычисленія времени, которое ребенокъ долженъ провести въ утробѣ матери, невозможно, и потому судебная практика въ Германіи отклоняетъ обыкновенно отъ себя изслѣдованіе этого вопроса. Французскій кодексъ не даетъ тоже никакихъ признаковъ, по которымъ можно было бы опредѣлить, жизнеспособенъ ли родившійся или нѣтъ, такъ что требованіе жизнеспособности не имѣетъ и здѣсь практическаго значенія. Вотъ почему прусскій, баварскій, саксонскій, австрійскій и многіе другіе новые кодексовъ вмѣстѣ съ послѣднимъ проектомъ общегерманскаго гражданскаго уложенія не говорятъ болѣе о жизнеспособности и довольствуются требованіемъ одного живого рожденія. Наше законода-
тельство также не содержитъ въ себѣ постановленій о

жизнеспособности, и мы не имѣемъ поэтому никакихъ основаній навязывать ему это понятіе. Но какими признаками опредѣляется живое рожденіе и какъ оно доказывается? Прусскій Landrecht | I, 1813 | отвѣчаетъ на этотъ вопросъ постановленіемъ, что рожденіе должно считаться доказаннымъ, если присутствующіе слышали ясно крикъ новорожденнаго. Это постановленіе, совершенно чуждое римскому праву, взято прусскимъ кодексомъ изъ саксонскаго зерцала, принимавшаго за признакъ рожденія только то, чтобы ребенокъ огласилъ своимъ крикомъ четыре стѣны дома. Аллеманская правда принимала за такой признакъ открытіе глазъ ребенка, и понятно, что при формальной теоріи доказательствъ, господствовавшей въ древней Германіи, т.е. при такой теоріи, которая предписывала твердыя правила для доказательства каждаго событія и допускала это доказательство только въ установленной впередъ формѣ, крикъ ребенка и открытіе его глазъ были за такими примѣрными признаками жизни, которые могли быть замѣнены другими, а необходимыми формами доказательствъ, отсутствіе которыхъ препятствовало признанію факта рожденія и не вызывало связанныхъ съ нимъ юридическихъ послѣдствій. Напротивъ, римское и современныя намъ законо-

дательства, признающія вмѣсто формальной, свобод-
ную теорію доказательствъ, т.е. возможность доказы-
вать каждое юридическое событіе различными способа-
ми и возможность свободной оцѣнки этихъ доказа-
тельствъ со стороны судьи, - допускаютъ доказатель-
ство рожденія во всевозможныхъ формахъ и если упоми-
наютъ о какихъ-нибудь особенныхъ признакахъ рожде-
нія, какъ это дѣлаетъ, напримѣръ, русскій кодексъ,
говорящій о крикѣ ребенка, то такое упоминаніе имѣ-
етъ теперь только примѣрный характеръ, вовсе не ис-
ключающій другихъ способовъ доказательства. Но въ
виду важности факта рожденія, съ котораго начинает-
ся существованіе лица и его правоспособности, мы ви-
димъ, что всѣ культурные народы стремятся съ давнихъ
поръ удостовѣрять этотъ фактъ возможно безспорными
актами, заключающими въ себѣ свѣдѣнія о тождествѣ
лица, его имени, возрастѣ и другихъ обстоятельст-
вахъ, относящихся къ личному состоянію. Во Франціи
эти акты называются актами гражданскаго состоянія,
les actes de l'état civil, у насъ метриками. Ор-
ганы, на которые возлагается веденіе этихъ актовъ,
должны быть разсѣяны по всей странѣ, такъ какъ рож-
деніе происходитъ повсемѣстно, и этими органами бы-
ли сначала повсюду лица духовнаго званія. Ихъ вездѣ
было много, они имѣли болѣе свободный доступъ въ
чужія семьи, чѣмъ кто бы то ни было, и церковныя
книги, въ которыя записывались сначала однѣ требы

и лица, по отношенію къ которымъ онѣ совершались, превращались постепенно въ оффиціальные списки правъ состоянія. Но со времени революціи во Франціи были учреждены особыя и уже свѣтскія должностныя лица, такъ называемыя *les officiers de l' etat civil*, которымъ было поручено вѣдать спеціально всѣ акты гражданскаго состоянія. Это учрежденіе было перенесено во время наполеоновскихъ войнъ и во многія германскія земли, но съ окончаніемъ этихъ войнъ опять отмѣнено. Однако, подъ вліяніемъ сознанія преимуществъ этого учрежденія, свободнаго отъ вѣроисповѣдныхъ неудобствъ веденія актовъ гражданскаго состоянія духовенствомъ, а отчасти и подъ вліяніемъ возникшаго въ 70 годахъ конфликта между государствомъ и католической церковью, для всей Германіи былъ изданъ законъ 1875 года, по коему удостовѣреніе рожденій, браковъ и случаевъ смерти совершается исключительно назначенными государствомъ должностными лицами, которыя ведутъ установленные для этого регистры.

Организація этого дѣла въ нашемъ законодательствѣ проникнута до сихъ поръ вѣроисповѣднымъ началомъ, не идущимъ, однако, до отрицанія правоспособности. Законодательный матеріалъ, относящійся къ этому вопросу различный по разнымъ вѣроисповѣданіямъ, находится преимущественно въ IX т. Свода Законовъ. У насъ признаются собственно два рода актовъ состо-

нія: а| общіе для всѣхъ состояній - метрики, в| особенные для нѣкоторыхъ состояній: I|книги дворянскія, списки которыхъ хранятся въ департаментѣ Геральдіи; 2| особыя книги для записи лицъ монашествующихъ и духовнаго званія; 3| для городскихъ обывателей - городскія|и бархатныя| книги; 4| еще особые акты, носящіе названіе ревизскихъ сказокъ, ведущихся ради податныхъ цѣлей. Начало сословности, лежащее въ основаніи различія этихъ актовъ, не имѣетъ для нихъ существеннаго значенія. Поэтому въ IX т. и говорится, что акты о состояніи суть общіе. Подъ ними разумѣются спеціально метрики, юридическая сторона которыхъ такова, что если бы событіе рожденія даже не было занесено въ метрическую книгу, то имѣется возможность черезъ судъ и посредствомъ справокъ и опроса свидѣтелей возстановить всѣ тѣ моменты событія рожденія, которые въ свое время ускользнули почему-либо отъ записи. Слѣдовательно, событіе рожденія всегда можетъ быть возстановлено пригодными для того способами независимо и помимо ссылки на метрическія записи |ст. 214, 215 X т.|. Тяжесть доказательства этого событія въ силу общихъ положеній о тяжести доказательствъ лежитъ на томъ, кто утверждаетъ фактъ рожденія и основываетъ на немъ какое-нибудь право. Наше право, такъ же какъ и прусское и новый германскій проектъ, не допускаетъ презумпціи въ пользу рожденія, какъ это дѣлаютъ саксонскій, баварскій, австрійскій и нѣкоторые другіе ко-

дексы, предоставляющіе этой презумпціей слишкомъ много преимуществъ одной сторонѣ на счетъ другой. Относительно актовъ состоянія у раскольниковъ должно сказать, что тамъ, гдѣ іерархія уклоняющагося вѣроисповѣданія правительствомъ не признается, веденіе этихъ актовъ, называемыхъ метриками же, возложено съ 1874 г. на волостныя, уѣздныя, городскія и мѣстныя управленія. Тѣ же органы ведутъ метрическія записи браковъ, рожденій и смертей для баптистовъ. Затѣмъ нельзя не упомянуть о рядѣ случаевъ, гдѣ событія рожденія и смерти удостовѣряются или по вѣдомству, въ которомъ состоятъ родители (особыя метрическія книги по военному вѣдомству, для ссыльныхъ IX т. 1089 ст.) или по мѣсту, гдѣ произошло событіе (на мореходныхъ судахъ удостовѣреніе черезъ консуловъ (см. Уст. Торг. т. XI 2025). Вслѣдъ за требованіемъ факта рожденія для признанія юридической личности, большинство европейскихъ законодательствъ говоритъ еще о томъ, чтобы рожденный имѣлъ человѣческій образъ. Въ этомъ отношеніи новыя законодательства, какъ русское, проводятъ до сихъ поръ противорѣчащее современному состоянію знаній, различіе между понятіемъ абсолютнаго уродства, какъ состоянія, противнаго человѣческому виду и обычаю человѣческой природы, и понятіемъ уродства иного рода, представляющимъ только нѣкоторое уклоненіе, но не противорѣчіе обычному человѣческому виду, напри-

мѣръ, 6 пальцевъ на рукахъ, нѣсколько ногъ, неразвитая голова и т.п.|.За уродами второго вида правоспособность не отрицается ни въ римскомъ, ни въ современномъ законодательствахъ, но абсолютные уроды, являющіеся какъ бы противорѣчіемъ человѣческой природѣ |prodigium, monstrum - у римлянъ, Missgeburt-Malen - у нѣмцевъ| не признаются за лицъ и остаются внѣ общихъ законовъ о правоспособности. Происхожденіе такихъ уродовъ приписывалось въ старое время сношеніямъ женщинъ съ недобрыми силами, и новыя законодательства, отказывающія имъ въ правоспособности, отражаютъ въ себѣ черты такихъ старыхъ воззрѣній. Къ числу этихъ законодательствъ принадлежитъ прусскій Landrecht и саксонское уложеніе, составленное уже въ 1863 г. и не смотря на это заключающее слѣдующее постановленіе: "отклоненіе отъ нормальнаго человѣческаго образа въ рожденномъ лишаетъ его правъ, которыя имѣютъ люди |33|". Едва ли нужно говорить, что современная медицина не допускаетъ рожденія отъ человѣческаго существа, кромѣ человѣка, и не можетъ не признать человѣческаго вида даже въ самомъ ужасномъ уродѣ. Сверхъ того, различіе между уродствомъ и уклоненіемъ отъ обычныхъ человѣческихъ формъ, различіе, установленіе котораго предоставляется обыкновенно врачамъ, слишкомъ непрочно и произвольно для того, чтобы на немъ основывать въ одномъ случаѣ отрицаніе,

а въ другомъ - признаніе правоспособности. Въ нашемъ законодательствѣ имѣется по этому вопросу слѣдующее постановленіе: "кто въ случаѣ, когда какой-либо женщиной будетъ рожденъ младенецъ чудовищнаго вида или даже неимѣющій человѣческаго образа, вмѣсто того, чтобы о семъ донести (о свѣдѣнія подлежащаго начальства, лишитъ сего урода жизни, тотъ за сіе по невѣжеству или суевѣрію [illegible]гательство на жизнь существа, рожденнаго отъ человѣка, и слѣдовательно имѣющаго человѣческую душу, приговаривается къ ссылкѣ на житье въ Сибирь и т.д. |Ул. о Нак.ст.1496|. Эта статья, какъ это видно изъ ея содержанія и формы изложенія, платитъ дань господствующему въ законодательныхъ кодексахъ представленію объ уродствѣ и, не говоря ничего о правоспособности, защищаетъ уродовъ только отъ посягательства на ихъ жизнь, что дѣлаетъ въ сущности и прусскій Landrecht, который отрицаетъ за ними въ то же время всякую правоспособность. Итакъ правоспособность лица возникаетъ съ момента его рожденія, откуда слѣдуетъ само собою, что до этого момента нѣтъ правоспособности, или иначе эмбріонъ, или зародышъ человѣческаго существа, находящійся въ утробѣ матери, не можетъ быть до своего рожденія признанъ субъектомъ права. Этому выводу не противорѣчитъ вовсе то, что какъ римское, такъ и современное право ограждаетъ эмбріона и до момента рожденія, какъ въ его будущихъ правахъ состоянія, такъ и въ возможныхъ наслѣдственныхъ пріобрѣтеніяхъ.

Правда, что такая защита эмбріоновъ, происходящая въ порядкѣ какъ уголовнаго, такъ и гражданскаго суда и также нѣкоторыя выраженія римскихъ юристовъ, какъ бы приравнивающія зачатыхъ къ рожденнымъ |nascicturus jam pronato habetur| - подалъ поводъ нѣкоторымъ юристамъ |Рудорфъ| считать эмбріона уже настоящей юридической личностью. Но господствующее въ современной юриспруденціи мнѣніе справедливо возстаетъ противъ этого преувеличенія, указывая на то, что одна возможность рожденія не дѣлаетъ nascicturus субъектомъ права. Не существуя еще, онъ не имѣетъ и не можетъ пріобрѣтать никакихъ правъ: они только охраняются на случай его рожденія и пріобрѣтаются имъ лишь въ моментъ этого рожденія, если оно будетъ имѣть мѣсто. Иначе не происходитъ никакого пріобрѣтенія и положеніе вещей принимаетъ такой видъ, какъ бы никакого эмбріона никогда не существовало. Кромѣ этого общаго и рѣшительнаго соображенія, говорящаго противъ признанія эмбріона юридической личностью, оно не можетъ быть допущено и въ интересахъ третьихъ лицъ. Въ самомъ дѣлѣ, признаніе юридической личности и точное установленіе момента, въ который эта личность начинается, важно не только для того, въ пользу кого дѣлается это признаніе, но и для третьихъ лицъ, права которыхъ могутъ во многихъ отношеніяхъ зависѣть отъ такого признанія. Вотъ почему для третьихъ лицъ очень важно въ этомъ вопросѣ имѣть твердый и вѣрный критерій, которымъ можетъ

служить только видимый для всѣхъ фактъ рожденія, а не неопредѣленное зачатіе, неизвѣстное ни въ своемъ началѣ, ни въ своей продолжительности.

Нужно возразить еще противъ одного мнѣнія, представляемаго въ современной литературѣ Дернбургомъ и распространяющаго защиту эмбріоновъ |въ случаѣ ихъ рожденія| далеко за предѣлы той защиты, которой они пользовались въ римскомъ правѣ. Констатируя, что римское право допускало пріобрѣтеніе со стороны эмбріоновъ въ случаѣ ихъ рожденія тѣхъ только правъ, которыя, какъ напримѣръ, наслѣдственныя права, получались въ силу закона, Дернбургъ объясняетъ эту ограниченную защиту эмбріоновъ въ римскомъ правѣ недостаточнымъ развитіемъ въ этомъ правѣ института представительства и утверждаетъ, что современное право, допускающее полное представительство, должно допустить пріобрѣтенія, совершенныя въ пользу эмбріона его опекуномъ не только въ силу закона, но и въ силу договоровъ и даже въ силу неуполномоченной дѣятельности въ его пользу |negotiorum gestio|. Этотъ взглядъ сводится собственно къ утвержденію за эмбріономъ качества субъекта права, такъ какъ оно не ограничиваетъ его защитой тѣхъ только правъ, которыя эмбріонъ могъ бы получить, если бы онъ родился живымъ, но приписываетъ ему еще возможность такихъ пріобрѣтеній, которыя прямо предполагаютъ наличность субъекта и чисто иниціаторскую дѣятельность его представителя. Поэтому возраженія, приведенныя нами про-

тивъ юридической личности эмбріона, сохраняютъ полную силу и по отношенію ко взгляду Дернбурга.

Наше законодательство считалось также издавна съ защитой эмбріоновъ, и въ нашихъ источникахъ записанъ царскій указъ на испрашиваемое вдовою наслѣдство "на береме". Этотъ указъ легъ въ основаніе II06 ст. X т. ч. I, поворящей между прочимъ о дѣтяхъ еще не родившихся, но зачатыхъ. Эта статья гласитъ:"отъ права наслѣдованія не устраняются 2| дѣти, хотя бы они не были еще рождены, но только зачаты". Только названіе эмбріона въ старину было болѣе подходящее: онъ не считался за лицо, такъ какъ существовалъ лишь въ возможности и потому его попросту называли "береме".

II. Юридическая личность кончается смертью лица. Какъ моментъ рожденія опредѣляетъ начало правоспособности, такъ и фактомъ смерти обусловливается ея конецъ. Поэтому и обязательства, совершаемыя отъ имени умершаго или въ пользу этого послѣдняго, будутъ недѣйствительны въ самомъ своемъ основаніи. Напримѣръ, А долженъ В по векселю. По смерти В, наслѣдникъ этого послѣдняго, желая отсрочить А платежъ по векселю, беретъ съ него новый вексель, который простоты ради пишется снова на имя уже умершаго В. Этотъ вексель въ рукахъ наслѣдниковъ В - ничтоженъ. Смерть, какъ и всякій фактъ, имѣющій юридическое значеніе, должна быть доказана тѣмъ, кто на нее ссылается и основываетъ на ней какія-нибудь права. Она

также региструється въ тѣхъ же метрическихъ книгахъ и тѣмъ же кругомъ лицъ, какъ и фактъ рожденія. Важность устранить неопредѣленность, происходящую отъ неизвѣстности смерти, и трудность доказать въ нѣкоторыхъ случаяхъ фактъ смерти и особенно моментъ, когда онъ имѣлъ мѣсто, заставляютъ многія законодательства, а при ихъ молчаніи теорію - предлагать въ руководство судьѣ презумпцію жизни и смерти, т.е. принимать въ извѣстныхъ условіяхъ жизнь или смерть на основаніи одной легализированной вѣроятности. Вслѣдствіе чисто утилитарнаго значенія этихъ презумпцій понятно ихъ различіе по различнымъ законодательствамъ, которыми мы займемся ниже. Теперь же разсмотримъ юридическіе вопросы, возбуждаемые смертью, въ слѣдующемъ порядкѣ. Скажемъ сначала о пріоритетѣ смерти, потомъ о вѣроятной продолжительности жизни и, наконецъ, о безвѣстномъ отсутствіи. Что касается вопроса о пріоритетѣ смерти двухъ или нѣсколькихъ лицъ, когда съ опредѣленіемъ этого пріоритета связаны тѣ или другія юридическія послѣдствія, то извѣстныя римскія положенія о такъ называемыхъ *commorientes* были реципированы въ Германіи, а во французскомъ *Code civile* нашли даже казуистическое распространеніе. Несостоятельность, какъ римской презумпціи, ограниченной отношеніями родства между восходящими и нисходящими, такъ и особенно французскихъ презумпцій |*Art.* 721|, совершенно выходи-

щихъ изъ этихъ отношеній, заставила многія законода-
тельства, какъ напримѣръ, прусскій Landrecht
и современный намъ проектъ обще-германскаго уложе-
нія, - отбросить эти презумпціи, лишенныя внутрен-
няго оправданія и требовать доказательства пріорите-
та смерти отъ того, кто на него ссылается. Такимъ об-
разомъ, для всѣхъ спорныхъ случаевъ, - когда нѣтъ воз-
можности опредѣлить ни момента смерти, ни послѣдова-
тельности двухъ или нѣсколькихъ смертей, - принимает-
ся правило: pariter mortui - simul mortui
Поэтому, если наслѣдственный договоръ, допускаемый
по многимъ европейскимъ законодательствамъ, обуслов-
ленъ тѣмъ, кто изъ договаривающихся переживетъ дру-
гого, или сдѣлка о страхованіи жизни заключена тоже
на пережитье, такъ что страховая премія по ней мо-
жетъ быть получена лишь въ томъ случаѣ, если одно
изъ договорившихся лицъ умретъ раньше другого, -
эти сдѣлки не дадутъ никакихъ послѣдствій, если
участвующія въ нихъ лица умираютъ при одномъ и томъ
же несчастіи, безъ того, чтобы болѣе ранняя смерть
одного изъ нихъ могла быть доказана. 2| Еще болѣе
важности, чѣмъ вопросъ о пріоритетѣ смерти, имѣетъ
часто опредѣленіе вѣроятной продолжительности жиз-
ни. Убитъ, напримѣръ, отецъ семьи. Наслѣдники ищутъ
вознагражденія, размѣръ котораго можетъ быть опре-
дѣленъ точно лишь тогда, когда будетъ опредѣлена
вѣроятная продолжительность жизни, которую убитый
велъ бы въ томъ случаѣ, если бы онъ не былъ убитъ.
Или я завѣщаю кому-нибудь пожизненную ренту. Затѣмъ

является надобность въ опредѣленіи размѣра всего мною завѣщаннаго. Понятно, что для этого окажется необходимымъ тотъ или другой методъ опредѣленія продолжительности жизни владѣльца ренты.

Въ отдѣльныхъ случаяхъ вѣроятная продолжительность жизни людей, находящихся въ данный моментъ на лицо, опредѣляется индивидуальнымъ медицинскимъ изслѣдованіемъ |напримѣръ, при договорѣ страхованія жизни|, въ другихъ требуется болѣе общій и объективный критерій |напримѣръ при вознагражденіи семьи погибшаго при эксплоатаціи какого-нибудь предпріятія|. Наиболѣе простымъ и удобнымъ для судебныхъ цѣлей методомъ является вычисленіе по возрасту даннаго лица. Римское право и нѣкоторые изъ современныхъ кодексовъ |саксонское уложеніе| даютъ для этой цѣли болѣе или менѣе произвольныя скалы съ обозначеніемъ средней или вѣроятной продолжительности жизни для отдѣльныхъ возрастовъ. При возрастѣ до 20-ти лѣтъ вѣроятная продолжительность жизни принималась въ римскомъ правѣ еще на 30 лѣтъ; при возрастѣ отъ 20 до 25 лѣтъ вѣроятная продолжительность жизни бралась еще на 28 лѣтъ, отъ 25 до 30 лѣтъ вѣроятная жизнь въ 25 лѣтъ и т.д.Элементъ произвольнаго,лежащій какъ въ этомъ, такъ и въ другихъ числовыхъ измѣреніяхъ,принимаемыхъ въ правѣ, напримѣръ, при опредѣленіи врѣлости по возрастамъ въ 7, I4 и 2I годъ или при исчисленіи сроковъ давности, искупается во всѣхъ этихъ случаяхъ извѣстной степенью приближенія къ истинѣ и въ особенности удобствами легкой распо-

знаваемости и общности примѣненія |см. курсъ Дювернуа стр. 290|. Наше законодательство не даетъ никакихъ постановленій, какъ по настоящему вопросу, такъ и по вопросу о пріоритетѣ смерти. 3| Безвѣстное отсутствіе, приравниваемое въ извѣстныхъ условіяхъ къ смерти, есть важнѣйшій на практикѣ случай примѣненія трудныхъ вопросовъ, связанныхъ со смертью и опредѣленіемъ ея момента, къ регулированію всюду встрѣчаемыхъ, не лишенныхъ значенія юридическихъ отношеній лицъ, пропадающихъ безъ вѣсти. Выяснимъ съ самаго начала понятіе безвѣстнаго отсутствія. "Отсутствующимъ" называется тотъ, кто отсутствуетъ въ данный моментъ изъ своего постояннаго мѣстожительства;"безвѣстное"-лицо,которое отсутствуетъ въ обстоятельствахъ, дающихъ мѣсто сомнѣнію въ томъ, живо оно еще или нѣтъ; "безвѣстно отсутствующимъ" будетъ поэтому тотъ, кто отсутствуетъ и не даетъ о себѣ вѣстей въ теченіе сравнительно продолжительнаго времени и вообще въ условіяхъ, дѣлающихъ продолженіе его жизни сомнительнымъ. Такое долговременное безвѣстное отсутствіе вноситъ въ гражданскій оборотъ и именно въ ту сферу отношеній, къ которой принадлежало данное безвѣстно отсутствующее лицо, высшую степень неопредѣленности, которая не можетъ быть терпима въ благоустроенномъ обществѣ и устраняется обыкновенно такъ называемою презумпціею смерти. Римское право не знало этой презумпціи и не давало вообще никакихъ указа-

ній для точнаго регулированія возникающихъ отсюда затрудненій. Поэтому практика средневѣковаго права была предоставлена при разрѣшеніи этого вопроса самой себѣ и установила въ состояніи, вызываемомъ безвѣстнымъ отсутствіемъ, три стадіи: 1| временное управленіе имуществомъ отсутствующаго, называемое cura absentis и учреждаемое во Франціи нотаріальнымъ порядкомъ и распоряженіемъ суда въ Германіи; 2|объявленіе безвѣстнаго отсутствія, когда послѣднее продолжается долѣе опредѣленнаго срока по просьбѣ родственниковъ, вступающихъ во временное наслѣдованіе имуществомъ отсутствующаго; при этомъ поручительствомъ обезпечивалось возстановленіе этого имущества за отсутствующимъ на случай его возвращенія; 3| объявленіе смерти, когда состояніе второй стадіи продолжается такъ долго, что отсутствующій, если бы онъ жилъ все это время, достигъ бы уже 100 или 70-ти лѣтняго возраста |саксонская практика|; второй изъ этихъ возрастовъ получилъ преобладающее значеніе въ силу псалма 90, стихъ 10, гдѣ псалмопѣвецъ принимаетъ 70 лѣтній возрастъ за обыденно предѣльный для жизни человѣка. По другимъ позднѣйшимъ законодательствамъ рѣшающее значеніе получилъ срокъ отъ 4 до 10 лѣтъ, въ теченіе которыхъ объ отсутствующемъ не имѣлось никакихъ свѣдѣній |сначала принимался 30 лѣтній срокъ по образцу давности|. Но какъ въ положительныхъ законодательствахъ, такъ и въ практикѣ обще-германскаго права преобладало все-таки положеніе о 70 лѣт-

немъ возрастѣ, въ качествѣ предѣльнаго для человѣческой жизни. Это положеніе независимо отъ его обоснованія на приведенномъ выше псалмѣ, получило широкое распространеніе, главнымъ образомъ потому, что имъ исправлялось ученіе глоссаторовъ, которые исходили изъ того, что въ правѣ нельзя предполагать измѣненій и что поэтому, если доказано, что кто-нибудь жилъ, тотъ предполагается живущимъ до тѣхъ поръ, пока не установлено противоположное этому предположенію событіе смерти. Вотъ это то абсурдное въ своихъ послѣдствіяхъ предположеніе и было ограничено презумпціей жизни, заключенной въ предѣлы сначала 100, а потомъ 70 лѣтъ. Эта презумпція имѣла одинаковую силу, какъ для отсутствующихъ, о которыхъ не получалось никакихъ свѣдѣній, такъ и для лицъ, время смерти которыхъ не могло быть точно установлено, хотя они и умерли въ своемъ отечествѣ. Тѣмъ не менѣе презумпція о 70-лѣтней продолжительности жизни дѣйствовала только до возможнаго объявленія о смерти безвѣстно отсутствующаго, - объявленіе, которое также основывалось на презумпціи, но только на презумпціи смерти, осиливавшей болѣе слабую презумпцію жизни. На различіе значенія и характера этихъ двухъ презумпцій указываетъ между прочимъ то, что презумпція жизни была продуктомъ юридической схоластики, а презумпція смерти соотвѣтствовала дѣйствительному ходу вещей; та была лишена внутренняго основанія, эта - от-

вѣчала насущнымъ потребностямъ жизни; первая опиралась на абсолютную норму, примѣнявшуюся всегда одинаково, вторая была предоставлена судебному усмотрѣнію. Но какъ ни разнообразны вообще постановленія партикулярныхъ законодательствъ о безвѣстномъ отсутствіи, они обобщаются съ XVII в. въ процессъ судебныхъ вызововъ или публикацій отъ суда, въ которыхъ сообщались примѣты отсутствующаго, время удаленія его отъ данной мѣстности и т.д. Если этотъ призывъ оказывался безуспѣшнымъ, и никто не давалъ свѣдѣній объ отсутствующемъ, то по истеченіи установленнаго въ публикаціи срока судъ объявлялъ такое лицо умершимъ. Это объявленіе смерти совершалось, однако, не ipso jure, а ope declarationis, т.е. въ силу предшествующаго и вошедшаго въ законную силу судебнаго рѣшенія объ объявленіи смерти. Условія этого рѣшенія вытекаютъ съ достаточной ясностью изъ предшествующаго изложенія. Требуется во 1|, предложеніе заинтересованныхъ лицъ: супруга, предполагаемыхъ наслѣдниковъ, опекуна и по нѣкоторымъ законодательствамъ фиска, въ условіяхъ подсудности безвѣстно-отсутствующаго по своему послѣднему мѣстожительству; въ 2|, эдиктальный вызовъ, т.е. судебная публикація въ газетахъ; въ 3| судебный

приговоръ, постановленный по истеченіи опредѣленнаго срока. По вступленіи послѣдняго въ законную силу, наступаетъ условное открытіе наслѣдства безвѣстно отсутствующаго и расторженіе брака, что различными законодательствами опредѣляется опять различно. Открытіе наслѣдства должно быть признано только условнымъ, потому что оно основано не на достовѣрности смерти, а на одномъ предположеніи о ней, почему въ случаѣ возвращенія безвѣстно-отсутствующаго происходитъ возстановленіе его прежняго состоянія или новое регулированіе наслѣдства въ случаѣ полученія позднѣйшихъ свѣдѣній о настоящемъ днѣ смерти безвѣстно отсутствующаго, причемъ введеные въ наслѣдство на основаніи объявленія о смерти несутъ отвѣтственность по положеніямъ, установленнымъ для добросовѣстныхъ владѣльцевъ. По прошествіи со дня объявленія смерти новаго срока, опредѣляемаго партикулярными законодательствами различно, условное состояніе оканчивается, и безвѣстно отсутствующій, если онъ возвращается, сохраняетъ право только на необходимое содержаніе. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ объявленіе смерти ставится въ болѣе легкія условія, т.е. опредѣляется болѣе короткими сроками, что имѣетъ мѣсто особенно тогда, когда кромѣ отрицательныхъ указаній, состоящихъ въ отсутствіи свѣдѣній о безвѣстно отсутствующемъ, имѣются на лицо и какія-нибудь положительныя указанія на смерть. Такъ, напримѣръ, Прусскій Landrecht законодо-

валъ изъ обще-германскаго права то положеніе, что объявленіе смерти относительно лицъ, раненыхъ на войнѣ, дѣлается черезъ годъ послѣ заключенія мира, если въ этотъ промежутокъ времени о нихъ не получено никакихъ свѣдѣній. Въ Германіи существуютъ еще спеціальные законы относительно лицъ, принимавшихъ участіе въ послѣднихъ войнахъ - противъ Шлезвигъ-Голштиніи, Австріи и Франціи. Лица эти объявляются умершими на основаніи простого утвержденія просителей, укрѣпленнаго только присягою о томъ, что о нихъ нѣтъ свѣдѣній со времени заключенія мира, причемъ не дѣлается никакихъ публикацій и не ставится какихъ бы то ни было сроковъ. Наконецъ, о лицѣ, находившемся на погибшемъ кораблѣ, дѣлается объявленіе смерти черезъ годъ послѣ кораблекрушенія, которое въ извѣстныхъ условіяхъ даже презюмируется, если въ теченіе года не получается никакихъ свѣдѣній о находившихся на томъ кораблѣ лицахъ. Презумпція смерти связывается часто съ презумпціей жизни, хотя въ теоріи обще-германскаго права считается до сихъ поръ спорнымъ, можно или нѣтъ заключать изъ презумпціи о смерти, установленной для извѣстнаго времени, о жизни того же лица за весь предшествующій періодъ времени. Партикулярныя законодательства отвѣчаютъ на этотъ вопросъ и утвердительно и отрицательно, такъ какъ презумпціей смерти не обусловлено собственно ни того, ни другого разрѣшенія, могущаго получить большой интересъ

для наслѣдниковъ объявленнаго умершимъ, когда этому послѣднему достаются наслѣдства въ періодъ времени, предшествующій объявленію смерти. Если здѣсь допустить связь двухъ презумпцій, то наслѣдства будутъ принадлежать безвѣстно отсутствующему и отъ него его наслѣдникамъ; если нѣтъ, то наслѣдники будутъ поставлены въ необходимость доказывать жизнь безвѣстно отсутствующаго въ моментъ открытія наслѣдства, что́ сведется въ сущности къ лишенію ихъ наслѣдства, вслѣдствіе трудности этого доказательства.

Такимъ образомъ, вопросъ о регулированіи юридическихъ отношеній безвѣстно отсутствующаго рѣшается при помощи презумпціи смерти этого послѣдняго, принимаемой или на основаніи достиженія безвѣстно отсутствующимъ извѣстнаго предѣльнаго возраста или на основаніи болѣе короткихъ сроковъ, исчисляемыхъ со времени неполученія объ отсутствующемъ какихъ бы ни было свѣдѣній. То и другое основаніе презумпціи часто комбинируется, какъ напримѣръ въ прусскомъ кодексѣ, а за нимъ и въ нашемъ остзейскомъ правѣ, сопровождаясь извѣстными юридическими послѣдствіями, придающими безвѣстному отсутствію характеръ института гражданскаго права. Инымъ является методъ установленія послѣдствій безвѣстнаго отсутствія во французскомъ Code civile, послужившемъ образцомъ какъ для дѣйствующаго въ нашей Польшѣ права, такъ и для вошедшихъ въ составъ нашихъ Судебныхъ Уставовъ новыхъ

постановленій о безвѣстномъ отсутствіи во французскомъ Code civile имѣютъ для насъ особенный интересъ, усиливаемый еще тѣмъ, что до изданія Судебныхъ Уставовъ у насъ вовсе не было данныхъ для рѣшенія важнѣйшаго во всемъ настоящемъ ученіи вопроса о времени, съ котораго слѣдуетъ считать права безвѣстно отсутствующаго прерванными. Кромѣ того и новыя правила Судебныхъ Уставовъ имѣютъ въ виду преимущественно процессуальную сторону дѣла, тогда какъ французское право наиболѣе полно разрабатываетъ его матеріальную сторону, представляющую гораздо болѣе важности. Въ Code civile особенно Effets de l'absence, art 120 - 143 даются подробныя указанія о положеніи имущества безвѣстно отсутствующаго, оставляемаго сначала въ временномъ и провизорномъ владѣніи лицъ, притязающихъ, напримѣръ, на наслѣдованіе въ этомъ имуществѣ. Это провизорное состояніе обращается въ постоянное или черезъ 30 лѣтъ, или когда безвѣстно отсутствующему минетъ 100 лѣтъ. Что касается установленія временнаго сначала владѣнія надъ имуществомъ безвѣстно отсутствующаго, то французскій кодексъ не примѣняетъ и сюда такъ распространенной въ германскомъ правѣ презумпціи о 70-лѣтней продолжительности жизни, а оперируетъ болѣе короткими сроками отъ 4 до 10 лѣтъ. При этомъ Code civile не знаетъ и эдикталънаго вызова, а практикуетъ контрадикторный процессъ. Онъ состоитъ здѣсь въ томъ, что заинтересованныя лица, связанныя съ безвѣстно

отсутствующимъ имущественными интересами, ведутъ процессъ о признаніи этого лица безвѣстно отсутствующимъ. Этотъ процессъ есть контрадикторный, такъ какъ въ судѣ дѣйствуетъ не одна только сторона, но и прокуроръ. Выясняются причины и основанія, по которымъ испрашивается признаніе безвѣстнаго отсутствія и по истеченіи годичнаго срока послѣднее признается. Если такое признанное отсутствіе длится, смотря по различнымъ условіямъ отъ 4 до 10 лѣтъ, причемъ съ удлиненіемъ срока растетъ вѣроятность смерти, то началомъ безвѣстнаго отсутствія, съ котораго данное лицо разсматривается какъ выбывшее, считается время полученія объ этомъ лицѣ послѣднихъ вѣстей. Иначе стоитъ дѣло при примѣненіи безвѣстнаго отсутствія къ отношеніямъ семейнаго права. По многимъ европейскимъ законодательствамъ бракъ признается продолжающимся, не смотря на безвѣстное отсутствіе одного изъ супруговъ. И если нѣкоторыя законодательства, какъ напримѣръ, саксонское, допускаютъ вступленіе въ супружество остающагося супруга, то это новое супружество считается все-таки временнымъ провизорнымъ. Старый бракъ не расторгается, и если отсутствующій супругъ возвращается, то вступаетъ въ силу первый бракъ, а провизорный теряетъ свое значеніе. Ограниченіемъ этого положенія, едва ли соотвѣтствующаго существу супружескихъ отношеній, служитъ лишь то, что возвращающемуся супругу дается только короткій срокъ для заявленія его желанія или нежела-

нія продолжать прежнія супружескія отношенія. Въ саксонскомъ кодексѣ этотъ срокъ 6-ти мѣсячный, и если въ теченіе его не сдѣлано надлежащей заявки, то провизорный |второй бракъ| обращается въ постоянный. Что касается нашего законодательства, то въ его постановленіяхъ о безвѣстномъ отсутствіи мы видимъ работу разныхъ эпохъ и дѣйствіе разныхъ началъ, смотря по отношеніямъ, которыхъ касается безвѣстное отсутствіе. На одномъ началѣ строятся относящіяся сюда постановленія, когда дѣло идетъ объ имущественныхъ отношеніяхъ; на другомъ, когда оно касается имущественно-семейныхъ отношеній. Отсюда вытекаетъ и различіе юрисдикціи: имущественныя отношенія подлежатъ вѣдѣнію свѣтскихъ гражданскихъ судовъ, а семейныя отношенія, возникающія изъ безвѣстнаго отсутствія, вѣдаются судами духовными. Въ нашемъ законодательствѣ, какъ и во французскомъ, нѣтъ объявленія умершимъ лица, о дѣйствительной смерти котораго не имѣется фактическихъ свѣдѣній. Новѣйшія законоположенія, изложенныя въ уставѣ гражданскаго судопроизводства |ст. 1451 - 1460|, и выдѣляющія строго цивильную сторону вопроса, смѣшанную въ нашемъ старомъ законодательствѣ съ административной и уголовной точками врѣнія |отлучка безъ паспорта, побѣгъ со службы и т.д.|, даютъ намъ слѣдующія руководящія начала. Заинтересованныя лица или чины прокурорскаго надзора обращаются въ окружный судъ, въ вѣдѣніи котораго находится имущество отсутствующаго съ просьбой учи

..ить публикацію о розысканіи послѣдняго и принять мѣры къ охраненію его имущества. Судъ дѣлаетъ въ порядкѣ охранительнаго производства постановленіе о публикаціи для вызова |сенатскія вѣдомости три раза, 1 фр., 1 нѣм. газета| и учреждаетъ опеку для охраненія имущества обыкновенно изъ круга заинтересованныхъ лицъ. Опека повторяетъ публикацію въ Сенатскихъ вѣдомостяхъ и Губернскихъ Вѣдомостяхъ каждые полгода въ теченіе пяти лѣтъ. По прошествіи 5 лѣтъ со дня первой публикаціи назначается новое засѣданіе суда, въ которомъ по докладу члена суда, спеціально занятаго даннымъ дѣломъ и по выслушаніи заключенія прокурора, дѣлается постановленіе о безвѣстномъ отсутствіи и совершается передача имущества тому, кто имѣетъ на него право. Но до истеченія 10 лѣтъ |т.е. еще новыхъ 5 лѣтъ| положеніе имущества опредѣляется лишь провизорно; въ случаѣ появленія объявленнаго отсутствующаго до этого срока имущество ему возвращается съ вычетомъ лишь издержекъ по управленію. Появленіе же этого лица послѣ 10 лѣтъ |это общій срокъ нашей давности| не препятствуетъ уже окончательному переходу его имущества въ руки лицъ, которыя получили на него сначала только временное владѣніе, превращающееся съ этого момента въ постоянное. Въ дѣлахъ о расторженіи брака безвѣстно отсутствующихъ у насъ проводится различіе между военнослужащими и невоеннослужащими. Для первыхъ срокъ, дающій основаніе къ расторженію брака, длится 10 лѣтъ,

солдатъ взятъ въ плѣнъ или пропалъ безъ вѣсти на войнѣ и пять лѣтъ, если онъ пропалъ черезъ побѣгъ. Для лицъ невоенныхъ срокъ общій - 5 лѣтъ. Что касается самаго процесса, предшествующаго расторженію брака по безвѣстному отсутствію, то онъ отличается нѣкоторыми особенностями. Духовная власть удостовѣряется прежде всего чрезъ свѣтскія вѣдомства о мѣстожительствѣ пропавшаго безъ вѣсти. Консисторія чрезъ губернскія правленія производитъ чрезъ публикаціи во всѣхъ мѣстностяхъ Россіи опросъ о томъ, не находится ли такой то въ такомъ-то мѣстѣ. Эти справки и опросы, производимые по требованію консисторіи полиціей, имѣютъ обыкновенно одно формальное значеніе: консисторія получаетъ всегда отвѣтъ, что разыскиваемаго нѣтъ налицо. По полученіи такого отвѣта отъ всѣхъ мѣстъ, гдѣ чинился опросъ, духовная власть имѣетъ уже основаніе для расторженія брака, если истекъ узаконенный пятилѣтній срокъ со дня отлучки. Но понятно, что подобный опросъ не даетъ никакихъ гарантій дѣйствительности безвѣстнаго отсутствія и служитъ на практикѣ средствомъ обхода законовъ, затрудняющихъ расторженіе браковъ.

48. ВИДОИЗМѢНЕНІЯ ПРАВОСПОСОБНОСТИ ВЪ ЗАВИСИМОСТИ ОТЪ ФИЗИЧЕСКИХЪ И ОБЩЕСТВЕННЫХЪ УСЛОВІЙ СУЩЕСТВОВАНІЯ ОТДѢЛЬНАГО ЛИЦА.

Рожденіе и смерть опредѣляютъ только предѣль-

ные моменты правоспособности. Для дальнѣйшаго изученія цивильнаго положенія лица имѣютъ важное значеніе не только эти предѣлы, но и отдѣльныя условія какъ физическія, такъ и общественныя, вліяющія на измѣненіе правоспособности, въ особенности дѣеспособности въ теченіе жизни каждаго человѣческаго индивидуума. Что касается правоспособности, то намъ уже извѣстно, что современное право считаетъ правоспособнымъ всякое лицо уже въ силу его рожденія и потому понятно, что теперь не можетъ быть условій, которыя исключали бы эту правоспособность. Существуютъ только нѣкоторыя въ большинствѣ случаевъ незначительныя ограниченія, представляющія собою остатокъ прошлаго или результатъ естественнаго приспособленія права къ фактическимъ различіямъ, существующимъ между людьми въ дѣйствительности. Такимъ образомъ, въ современномъ правѣ правоспособность по общему правилу не ограничена никакими условіями ни физическими, ни общественными; сохраняющіяся теперь ограниченія правоспособности по сословіямъ, по принадлежности къ тому или другому полу и т. д. составляютъ лишь различныя градаціи правоспособности, а не ограниченія ея въ настоящемъ смыслѣ этого слова, и единственныя удерживающіяся до сихъ поръ и болѣе или менѣе значительныя ограниченія правоспособности касаются въ настоящее время однихъ иностранцевъ. Иностранецъ есть чужой. Но этотъ признакъ не исчерпываетъ понятія иностранца, такъ какъ въ правѣ сохра-

ются до сихъ поръ привилегіи рода, сословій и другихъ общественныхъ союзовъ, исключающихъ изъ пользованія этими привилегіями всѣхъ чужихъ, всѣхъ непринадлежащихъ къ нимъ лицъ. Поэтому понятіе иностранца строится на болѣе исчерпывающемъ признакѣ - подданствѣ единой государственной власти, и иностранцемъ называется подданный одного государства, пребывающій на территоріи другого. Исходная точка, отъ которой отправлялось признаніе правоспособности, была такова: чужимъ и безправнымъ считался сначала всякій, кто не принадлежалъ къ данному роду. Затѣмъ, когда роды были поглощены болѣе высшимъ общеніемъ, чужакомъ признавалось лица, непринадлежащее къ территоріальному союзу. Съ теченіемъ времени, когда на объединенной территоріи сложились сословія, правоспособность размѣнялась, такъ сказать, на мелкую монету и стала въ зависимость отъ принадлежности лица къ тому или другому сословному единству, которое и теперь еще налагаетъ свою печать на многія отношенія правоспособности. Еще далѣе наступаетъ единство государственное, удерживающее въ себѣ въ отношеніи признанія правоспоссбности черты, какъ территоріальнаго, такъ и сословнаго характера. Наконецъ, въ высшемъ единеніи народовъ, въ международномъ союзѣ, господствующими началами, опредѣляющими правоспособность, служатъ начала взаимности и международнаго общенія *comitas gentium*. На этомъ пунктѣ развитія стоитъ наше время, не вполнѣ, однако, оправдывающее по отно-

шенію къ законодательству объ иностранцахъ тѣхъ ожиданій равноправія, которыя могли бы быть къ нему предъявлены. Особенно отстаетъ въ этомъ отношеніи французское право, отмѣнившее только въ нынѣшнемъ столѣтіи |1829 г.| droit d'aubaine и другіе остатки средневѣковаго насилія надъ иностранцами, сохраняя до сихъ поръ въ Code civile |Art. II, I3 и I4| значительныя ограниченія правъ иностранцевъ. Свободнѣе и ближе къ началамъ международнаго общенія стоятъ въ этомъ отношеніи постановленія прусскаго, австрійскаго и саксонскаго кодексовъ. Но опредѣленіе правъ иностранцевъ составляетъ въ современной Германіи предметъ не обще-имперскаго, а мѣстнаго, земскаго законодательства, въ силу чего Пруссія, напримѣръ, принимаетъ постоянно самыя стѣснительныя мѣры противъ иностранцевъ, въ ней живущихъ. Напротивъ, наше законодательство объ иностранцахъ является удивительно прогрессивнымъ, хотя и не исчерпывающимъ. Иностранные подданные по общему принципу |законъ I0 февраля I864 г.| пользуются въ Россіи самой широкой гражданской правоспособностью и въ этомъ отношеніи болѣе уравнены въ своихъ правахъ съ кореннымъ населеніемъ, чѣмъ мы видимъ это, напримѣръ, въ Германіи |Art 3 имперской конституціи|. Дѣйствительныхъ ограниченій правоспособностей иностранцевъ у насъ очень немного и всѣ они болѣе или менѣе частнаго характера. По ВЫСОЧАЙШЕМУ Указу I4 марта I886 го-

да въ 10 губерніяхъ Царства Польскаго и въ 11 губерніяхъ, прилегающихъ къ западной границѣ: -

а| иностранцамъ запрещено внѣ портовыхъ и городскихъ поселеній пріобрѣтеніе права собственности, правъ владѣнія, пользованія, найма, аренды движимыхъ имуществъ;

в| наслѣдованіе по закону допущено только въ прямой нисходящей линіи и между супругами и лишь въ томъ случаѣ, если иностранецъ поселился въ этой мѣстности до изданія указа; въ противномъ случаѣ иностранецъ обязанъ продать свое имущество русскому подданному въ теченіе 3 лѣтъ подъ угровой продажи съ публичнаго торга.

Другія ограниченія совершенно незначительны;напримѣръ, для иностранцевъ назначенъ двухгодичный срокъ для предъявленія притязаній на наслѣдство;на судѣ иностранецъ истецъ долженъ, по образцу французскаго кодекса |Art 16|. представить обезпеченіе возможныхъ издержекъ и убытковъ по дѣлу: иначе отвѣтчикъ предъявляетъ отводъ безъ объясненія по существу дѣла |Уст. Гражд. Суд. ст. 571, п. 5|. Не составляетъ ограниченія въ гражданско-правовомъ смыслѣ запрещеніе иностранцамъ носить званіе присяжнаго повѣреннаго, занимать извѣстныя должности и т. д.

При такомъ почти полномъ равенствѣ иностранцевъ въ области гражданскаго права съ русскими подданными и при полной свободѣ пріятія въ рус-

ское подданство |кромѣ евреевъ, о которыхъ см. ниже, и первшей| прямою аномаліею являются законы |IX, 3°2|, обставляющіе русскихъ подданныхъ стѣснительными условіями полученіе правъ, напримѣръ, "финляндскаго гражданства" |прошеніе губернатору, свидѣтельство о неимѣніи препятствій къ "выбитію изъ имперіи", ВЫСОЧАЙШЕЕ благоусмотрѣніе, дѣйствительное поселеніе въ Финляндіи и обязательный взносъ въ 1000 р. въ пользу мѣстныхъ богадѣленъ|.

Мы изложили вкратцѣ важнѣйшія ограниченія правоспособности иностранцевъ, за исключеніемъ которыхъ всѣ остальныя различія субъектовъ остаются въ принципѣ безъ всякаго вліянія на правоспособность. Напротивъ, д ѣ е с п о с о б н о с т ь подвергается всегда и всюду многочисленнымъ разнообразнымъ ограниченіямъ въ интересахъ самого субъекта, смотря по различію состояній, въ которыхъ онъ находится |физическихъ, душевныхъ и общественныхъ|, причемъ нѣкоторыя изъ этихъ состояній уничтожаютъ или ограничиваютъ дѣеспособность *ipso jure*, другія же производятъ этотъ результатъ силой судебнаго рѣшенія, которое дѣйствуетъ подобно объявленію смерти, посредствомъ объявленія неспособности | *Entmündigung*|, наложенія опеки за расточительство и т.д., тогда какъ, съ другой стороны, объявленіе совершеннолѣтія до ус-

тановленнаго для этого срока освобождаетъ отъ ограниченій, налагаемыхъ на дѣеспособность несовершеннолѣтіемъ. Мы разсмотримъ теперь важнѣйшія условія, вліяющія на дѣеспособность и отчасти на правоспособность, группируя ихъ на условія физическія и общественныя. Къ первымъ принадлежатъ полъ, возрастъ, здоровье. Ко вторымъ - національность, вѣроисповѣдность, сословность, понятіе чести и т. д. На рубежѣ между тѣми и другими стоятъ такія смѣшанныя условія, какъ напримѣръ мотовство, сближаемое съ одной стороны съ ненормальнымъ состояніемъ воли и носящее съ другой стороны нравственную социальную окраску. Такимъ же смѣшаннымъ характеромъ отличается и условіе принадлежности человѣка къ тому или другому полу.

48. А. УСЛОВІЯ ФИЗИЧЕСКІЯ.

I. ПОЛЪ.

Полъ не оказываетъ въ современномъ правѣ, въ противоположность праву Востока, Рима и Среднихъ Вѣковъ, существеннаго вліянія и не обусловливаетъ существенныхъ различій ни въ правоспособности, ни въ дѣеспособности мужчины и женщины. Въ римскомъ и германскомъ правѣ одинъ мужчина пользовался полной правоспособностью отчасти потому, что за женщиной не признавалось политиче-

скихъ правъ, она стояла внѣ *contionio comitiorum* и была неспособна носить оружіе, что считалось тогда безусловнымъ препятствіемъ для полной правоспособности, отчасти потому, что она признавалась неспособной къ самостоятельному управленію и владѣнію поземельнымъ имуществомъ, составлявшимъ въ Средніе вѣка существеннѣйшую часть народнаго достоянія. Отсюда возникла и постоянная опека надъ женщиной и неравенство въ наслѣдованіи, отъ котораго сохранились до сихъ поръ даже въ германскомъ правѣ слѣды въ обычномъ порядкѣ наслѣдованія леннымъ имуществомъ и фидеикоммиссомъ. Когда имущественная правоспособность стала независимо отъ политическихъ условій, и гражданское право обособилось отъ публичнаго, равноправность половъ въ гражданскомъ правѣ начала дѣлать быстрые успѣхи, и уже римляне принимали въ видѣ общаго правила равенство половъ въ гражданскомъ правѣ, если тѣ или другія исключенія не были указаны прямо въ законѣ. Впрочемъ, какъ римляне, такъ и новые народы, принявшіе впослѣдствіи римское право, проводили долго по отношенію къ правоспособности мужчинъ и женщинъ одно различіе, основанное, какъ будто, на наблюденіи слѣдующей психической особенности женщины. Она считалась склонной не сознавать и даже умалять угрожающія ей въ отдаленномъ будущемъ опасности и принимать въ разсчетъ, наравнѣ съ мужчина[illegible] однѣ лишь ближайшія опасности. Поэтому эй

разрѣшалась продажа, но не залогъ приданаго, вступленіе въ долги, но не поручительство за другихъ; это были все мѣры, которыми римское законодательство хотѣло защитить женщину отъ угрожающихъ ей опасностей гражданской самостоятельности. Сюда относится, главнымъ образомъ, реципированный въ Западной Европѣ Sctm Vellianum, которымъ женщинамъ запрещалось сначала всякаго рода интерцессіи, сопровождающаяся впослѣдствіи предупрежденіемъ ихъ объ опасности со стороны суда. Теперь всѣ эти ограниченія отмѣнены почти повсюду, такъ же какъ и половая опека. Тенденція къ полному уравненію идетъ все далѣе, хотя до сихъ поръ она осуществлена вполнѣ только относительно женщинъ, занимающихся промыслами и торговлей: за ними признано положеніе совершенно равное купцамъ. Въ двухъ изъ Соединенныхъ Штатовъ Сѣверной Америки и въ одной изъ англійскихъ колоній въ Австраліи |Новая Зеландія| женщины почти уравнены съ мужчинами даже въ политическомъ отношеніи: за ними признано и активное избирательное право по отношенію къ депутатамъ, посылаемымъ въ законодательныя собранія. Существующее у насъ признаніе имущественной правоспособности женщины не абсолютное, а относительное и особенно рельефно выступа-

---

етъ при встрѣчѣ мужчинъ и женщинъ въ правахъ обща-
го наслѣдованія. Въ линіяхъ нисходящихъ ближайшее
право наслѣдованія принадлежитъ дѣтямъ мужскаго по-
ла. Указная часть дочерей 1/14 недвижимости и 1/8 дви-
жимаго имущества |ст. 1130|, а въ боковыхъ ли-
ніяхъ сестры при родныхъ братьяхъ и ихъ потомствѣ
обоего пола не имѣютъ права наслѣдованія. Мѣстное
право, напримѣръ, Литовскій статутъ, совершенно ис-
ключаетъ дочерей отъ наслѣдованія отцу при налично-
сти мужского потомства и ограничиваетъ притязаніе
дочерей приданымъ |ст. 1133|; въ Закавказьи братья
могутъ удерживать указную часть сестеръ изъ недви-
жимости, удовлетворивъ ихъ деньгами |ст. 1130, при-
мѣчаніе|. Другія ограниченія относятся къ праву тор-
говому, вексельному и т.п. Общихъ ограниченій пра-
воспособности женщинъ наше законодательство не зна-
етъ: у насъ нѣтъ ни половой опеки, ни даже препятст-
вій женщинѣ |матери| нести обязанности опекуна |ст.
320|. Существуютъ еще ограниченія женской правоспо-
собности, основанныя не на полѣ, а на брачномъ сою-
зѣ, въ который вступаетъ женщина. Такъ замужняя жен-
щина лишена свободы передвиженія: ей запрещено безъ
согласія мужа поступать въ услуженіе, открывать тор-
говыя заведенія, обязываться векселями и т.д. Раз-
смотрѣніе этихъ ограниченій относится къ семейному
праву.

Въ рѣдкихъ случаяхъ, въ видѣ уродства, принад-

лежность къ тому или другому полу не можетъ быть опредѣлена вполнѣ и неизмѣнно. Сюда принадлежитъ понятіе гермафродитума, которое должно быть знакомо вамъ изъ римскаго права. Гермафродиты въ видѣ постояннаго состоянія не признаются въ современныхъ законодательствахъ, такъ же какъ они не признавались и въ римскомъ правѣ. По Прусскому Landrecht'у они опредѣляютъ свой полъ сами при достиженіи 18-ти лѣтъ [римская plena potestas]; во Франціи вопросъ о полѣ рѣшается въ этомъ случаѣ экспертизой или желаніемъ родителей. Выборъ пола можетъ быть произведенъ при этомъ и конклюдентными дѣйствіями, какъ, напримѣръ, употребленіемъ мужского или женскаго платья. Третьи лица, права которыхъ нарушаются этимъ выборомъ, могутъ требовать изслѣдованія чрезъ свѣдущихъ людей. Но первоначальное опредѣленіе пола принадлежитъ обыкновенно родителямъ, которое и остается въ силѣ, если третьи лица не потребуютъ рѣшенія чрезъ свѣдущихъ людей.

II. ВОЗРАСТЪ.

Возрастъ оказываетъ несомнѣнное вліяніе на дѣеспособность, такъ какъ отъ него зависитъ зрѣлость человѣка, физическая и умственная, опредѣляющая въ то же время способность его осуществлять свои права и отвѣчать за свои дѣйствія въ гражданскомъ смыслѣ.

Въ настоящее время для цѣлей гражданско-правовыхъ отношеній зрѣлость опредѣляется обыкновенно легальными нормами, устанавливающими законныя грани возраста счетомъ лѣтъ даннаго лица |7, I4, 2I|, а индивидуальное изслѣдованіе является лишь субсидіарнымъ средствомъ, дополняющимъ общія нормы въ исключительныхъ случаяхъ. Обсуждая сравнительныя преимущества того и другого способа опредѣленія зрѣлости, мы увидимъ, что индивидуальный способъ I| очень дорого стоитъ и 2| подверженъ въ своихъ результатахъ большимъ колебаніямъ, зависящимъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ отъ личнаго усмотрѣнія и субъективныхъ взглядовъ лица, производящаго измѣреніе. При отсутствіи общихъ критеріевъ, здѣсь является столько же критеріевъ, сколько оцѣнщиковъ и въ результатѣ - полный произволъ въ опредѣленіи возраста, что несомнѣнно вредитъ правильному ходу гражданскаго оборота; въ такихъ условіяхъ никто не зналъ бы, съ кѣмъ онъ имѣетъ дѣло - съ недозрѣлымъ или съ зрѣлымъ, - тогда какъ при легально-опредѣленномъ возрастѣ, напримѣръ, въ 2I годъ, всякій, имѣющій дѣло съ лицомъ, достигшимъ этого возраста, знаетъ, что онъ имѣетъ дѣло съ лицомъ правоспособнымъ. Въ этомъ смыслѣ легальныя нормы, заключая въ себѣ наименѣе значительный элементъ произвольнаго, такъ какъ не всѣ люди, конечно, дѣлаются зрѣлыми въ одинъ и тотъ же возрастъ, - представляютъ большія преимущества

предъ индивидуальнымъ методомъ. Дѣлая возможными большую точность, извѣстность и обезпеченность гражданскихъ отношенiй, онѣ несравненно болѣе соотвѣтствуютъ интересамъ всѣхъ, чѣмъ индивидуальное изслѣдованiе зрѣлости въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Это послѣднее должно быть допущено только въ видѣ коррективa къ шаблону, которымъ въ данномъ случаѣ служитъ легальный возрастъ, и такъ дѣйствительно поступаетъ большинство новыхъ законодательствъ, комбинирующихъ въ своихъ постановленiяхъ о возрастѣ требованiя легальнаго и индивидуальнаго методовъ. Такъ напримѣръ, французскiй кодексъ объявляетъ несовершеннолѣтняго освобожденнымъ по праву отъ отеческой власти вступленiемъ въ бракъ и допускаетъ еще эманципацiю по волѣ родителей | съ 15| или семейнаго совѣта |съ 18|, - послѣ чего объявленный совершеннолѣтнимъ самъ управляетъ своимъ имуществомъ и только въ сдѣлкахъ по отчужденiямъ недвижимостей и займамъ, превышающимъ задачи текущаго управленiя, нуждается въ соучастiи куратора. Многiе нѣмецкiе кодексы и наше остзейское право тоже допускаютъ объявленiе совершеннолѣтiя до наступленiя общаго срока по индивидуальному изслѣдованiю зрѣлости, требуя при этомъ свидѣтельства родственниковъ или опекуновъ о солидности нравовъ и достаточной зрѣлости подлежащаго лица для самостоятельнаго веденiя своихъ дѣлъ. Остзейскiй

кодексъ не допускаетъ, однако, такой venia aetatis ранѣе 18-ти лѣтняго возраста. Переходя теперь къ легальнымъ нормамъ возраста, мы видимъ, что древнія законодательства ограничиваются обыкновенно установленіемъ только одной степени возраста, отдѣляющей состояніе недѣеспособности отъ состоянія дѣеспособности. Такъ напримѣръ древне-римское право различало только pubertas и impubertas, германское совершеннолѣтіе и несовершеннолѣтіе, кончавшееся обыкновенно въ 12 и 14 лѣтъ |zu seinem Jahren kommen|, но уже Саксонское зерцало знало другой возрастъ - 21 годъ |zu seinem Tagen|. Новое право, какъ римское, такъ и европейское различаетъ больше степеней развитія пониманія и воли, устанавливая обыкновенно слѣдующія грани возраста: дѣтство |до 7 лѣтъ|, малолѣтство |до 14|, несовершеннолѣтіе |до 21| и совершеннолѣтіе |отъ 21|. Новый имперскій законъ 1875 года, устанавливающій возрастъ совершеннолѣтія также въ 21 годъ съ единственнымъ исключеніемъ для Гогенцоллерновъ - достигающихъ совершеннолѣтія въ 18 лѣтъ, - придаетъ въ этихъ границахъ общее значеніе одному лишь возрасту въ 7 лѣтъ, до котораго нѣтъ никакой дѣеспособности, и послѣ котораго начинается ограниченная дѣеспособность. Граница въ 14 лѣтъ, представлявшая какъ въ римскомъ, такъ и въ средневѣковомъ германскомъ правѣ, половую зрѣлость, утратила въ новомъ правѣ свое прежнее значеніе; римское различіе между

tutela impuberum и cura было оставлено такъ же, какъ оставлено различіе между подвластными и свободными отъ отеческой власти дѣтьми, и опека распространена на весь возрастъ до совершеннолѣтія. Послѣ 7 лѣтъ дѣти могутъ пріобрѣтать по сдѣлкамъ, которыя не обязываютъ ихъ къ эквиваленту или освобождаютъ отъ какой-либо обязанности. Напротивъ, сдѣлки, по которымъ принимаются обязанности или уничтожаются права, они могутъ совершать только съ согласія отца или опекуна. Это согласіе или одобреніе можетъ быть безформенно, слѣдовать за сдѣлкой, какъ и предшествовать ей, заключаться также въ полномочіи на самостоятельное веденіе какого-нибудь промысла или торговли, куда войдутъ само собою и всѣ отдѣльныя дѣйствія, принадлежащія къ этой торговлѣ. Обсужденіе двусторонних взаимныхъ обязательствъ, заключаемыхъ несовершеннолѣтними | negotia claudicantia стало теперь нѣсколько инымъ, чѣмъ оно было въ римскомъ правѣ. Это различіе обусловливается различіемъ общаго представленія о взаимныхъ сдѣлкахъ. По римскому представленію изъ нихъ возникали взаимныя, но по существу самостоятельныя права требованія. Поэтому несовершеннолѣтній, заключавшій такую сдѣлку безъ опекуна, пріобрѣталъ по ней слѣдующее ему требованіе, такъ какъ онъ былъ способенъ къ пріобрѣтенію, но не принималъ на себя соотвѣтствующаго обязательства, такъ какъ онъ не имѣлъ права обязывать-

ся. Въ прусскомъ же и большинствѣ современныхъ законодательствъ двусторонняя взаимная сдѣлка считается совершенной только тогда, когда она исполняется обѣими сторонами, и потому сдѣлка, въ которую вступаетъ несовершеннолѣтній, не считается совершенной, пока на нее не послѣдовало необходимаго одобренія, хотя соконтрагентъ несовершеннолѣтняго и остается связаннымъ ею до тѣхъ поръ, пока вопросъ объ одобреніи не разрѣшается.

Restitutio in integrum оставшееся въ силѣ, не смотря на сравненіе *minores* и *impuberes* и подчиненіе тѣхъ и другихъ одной и той же опекѣ теперь отмѣнено почти вездѣ. Наше законодательство, сохраняющее въ настоящемъ вопросѣ отпечатокъ сословныхъ установленій Екатерины II|указы по опекунскимъ дѣламъ|, различаетъ слѣдующія границы возрастовъ:

I| малолѣтство отъ рожденія до I4 |полная недѣеспособность, ст. 2I7|, и отъ I4 до I7 |возможность испросить себѣ попечителя съ такими же качествами, какіе отличаютъ опекуна|;

2| несовершеннолѣтіе: отъ I7 до 2I |можно вступить въ управленіе имуществомъ, но нельзя дѣлать долговъ, распоряжаться капиталами и т. п. иначе какъ съ согласія и за подписью попечителя ст. 220|;

3| совершеннолѣтіе - отъ 2I г. составляетъ начальный моментъ полной гражданской дѣеспособности |ст.

213|.

Для вступленія въ бракъ существуютъ особые сроки зрѣлости, которые, впрочемъ, не имѣютъ вліянія на общую правоспособность, такъ что можно быть отцомъ семейства и все-таки не имѣть способности ни для сдѣлокъ *inter vivos*, ни для сдѣлокъ *mortis causa*. Этотъ возрастъ есть 18 лѣтъ для мужчинъ, 16 для женщинъ съ измѣненіемъ для нѣкоторыхъ мѣстностей|въ Закавказьѣ для природныхъ жителей - 15 и 13| и съ допущеніемъ нѣкоторыхъ *venia aetatis* по усмотрѣнію мѣстнаго епархіальнаго архіерея въ необходимыхъ случаяхъ |съ 1857 года X т. ч. I ст. 3|, въ незначительномъ размѣрѣ |15 съ половиною для дѣвицы, 17 съ половиною для мужчины|. Индивидуальное изслѣдованіе зрѣлости имѣетъ мѣсто у насъ въ примѣненіи къ глухо-нѣмымъ. Опека длится по отношенію къ нимъ до 21 года, послѣ чего производится изслѣдованіе способности ихъ выражать свои мысли и изъявлять свою волю. Уравненіе ихъ съ совершеннолѣтними зависитъ отъ Сената |ст. 381|.

III. З Д О Р О В Ь Е.

Здоровье въ смыслѣ такого физическаго и умственнаго состоянія, въ которомъ отдѣльное лицо можетъ безъ содѣйствія другихъ людей достигать цѣлей обособленнаго существованія въ обществѣ, есть необходимое условіе полнаго гражданской дѣеспособности. Въ

прежнее время такимъ здоровьемъ обусловливалась правоспособность, и средневѣковое право не признавало ее, напримѣръ, за карликами, уродами, больными и слабыми, что естественно объясняется связью, въ которую ставилась тогда правоспособность съ обязанностью нести военную повинность на конѣ или пѣшую, и тянуть тягло, пока достанетъ силъ. Отсюда возникли и постановленія о предѣльномъ возрастѣ, напримѣръ въ 60 лѣтъ, по наступленіи котораго крестьянинъ обязанъ былъ сдать свое хозяйство сыну. Въ настоящее время свойства гражданской личности признаются, какъ мы знаемъ, за всякимъ живымъ существомъ, и недостатки здоровья, какъ физическаго, такъ и душевнаго служатъ основаніемъ не для умаленія правоспособности, а для такихъ лишь ограниченій дѣеспособности, которыя разсчитываются и обращаются въ пользу самихъ ограничиваемыхъ въ своей дѣеспособности лицъ. На первомъ планѣ стоятъ здѣсь, конечно, психическія болѣзни, обусловливающія такія состоянія воли, въ которыхъ невозможна сознательная дѣятельность, необходимая для совершенія юридическихъ актовъ. За физическими же болѣзнями признается вліяніе на дѣеспособность лишь настолько, насколько онѣ связаны съ душевнымъ разстройствомъ или, выступая въ видѣ постоянныхъ недуговъ, вызываютъ особую заботливость законодательства о лицахъ, подверженныхъ этимъ недугамъ, или стоящихъ къ нимъ въ какихъ-

либо особыхъ отношеніяхъ. Сюда относятся постановленія нашего законодательства о слѣпыхъ, глухонѣмыхъ и неспособныхъ къ брачному сожитію.

а| СЛѢПОТА - недостатокъ зрѣнія не лишаетъ больного умственнаго развитія и не стѣсняетъ его свободы вообще; но слѣпота имѣетъ своимъ необходимымъ послѣдствіемъ установленіе нѣкоторыхъ особыхъ формъ въ интересахъ лица, одержимаго этимъ недугомъ. Такъ, при составленіи актовъ слѣпыми должно присоединять свидѣтелей, и самые акты должны быть подтверждены другими лицами; подпись должна быть удостовѣрена должностнымъ лицомъ |мировымъ судьей, нотаріусомъ, полиціей|.

б| ГЛУХОНѢМОТА - порокъ, сопряженный съ лишеніемъ главныхъ органовъ, служащихъ для развитія человѣка, поэтому глухонѣмые отъ рожденія или съ малолѣтства ставятся совсѣмъ въ особое положеніе. Для изслѣдованія степени зрѣлости глухонѣмого и нѣмого, достигшаго 21 лѣтняго возраста, производство то же, что и для безумныхъ |см. ниже| и съ тѣмъ же рѣшающимъ участіемъ сената |381| Въ юридическомъ отношеніи имѣетъ большое значеніе вопросъ, умѣетъ или нѣтъ глухонѣмой читать и писать. Въ первомъ случаѣ онъ допускается къ совершенію актовъ, не иначе какъ при двухъ свидѣтеляхъ, которые должны объясниться съ нимъ о значеніи и содержаніи акта и удостовѣрить, понялъ ли нѣмой содержаніе акта или нѣтъ |Полож. о нот. ст. 106|. Во второмъ случаѣ при

совершеніи акта требуются всѣ тѣ предосторожности, кои имѣютъ мѣсто по отношенію къ сумасшедшимъ и дѣтямъ |Зак. Гражд. ст. 381|, и затѣмъ акты между глухонѣмыми и нѣмыми, не умѣющими читать и писать с другими лицами, кто бы они ни были, принимаются къ совершенію только тогда, когда этими актами что-либо безусловно и исключительно предоставляется въ пользу самого глухонѣмого или нѣмого, безъ всякаго со стороны его обязательства |Зак. Гражд. 879 ст.п. 2|. Такимъ образомъ, нѣкые поставлены у насъ на рядъ съ глухонѣмыми, и опека и попечительство надъ тѣми и другими длится до тѣхъ поръ, пока одержимые глухотой и нѣмотой не окажутся способными выражать свою волю и мысли, что удостовѣряется опять Сенатомъ, - такъ что и снятіе опеки возможно здѣсь только съ разрѣшенія Сената.

в| НЕСПОСОБНОСТЬ къ брачному сожительству оказываетъ вліяніе на супружескія отношенія и можетъ служить основаніемъ къ расторженію брака не ранѣе, впрочемъ, какъ черезъ 3 года по заключеніи брака |Гражд.Зак.ст. 48 - 49| и при томъ если эта неспособность природная, а не появилась уже послѣ вступленія въ бракъ.

Гораздо глубже и вѣрнѣе измѣненія въ дѣеспособности производимыя г| ПСИХИЧЕСКИМИ РАССТРОЙСТВАМИ. Здѣсь имѣютъ мѣсто два случая: I| психическое разстройство въ смыслѣ основанія для оспариванія данной юри-

дической сдѣлки, причемъ предполагается лишь моментальное или временное состояніе невмѣняемости и обусловливаемой имъ недѣеспособности лица, совершившаго въ этомъ состояніи только данный юридическій актъ. 2| Психическое разстройствѣ въ смыслѣ основанія для судебнаго рѣшенія или иного правительственнаго постановленія о потерѣ зрѣлости или дѣеспособности даннымъ больнымъ субъектомъ; это, такъ называемое по нѣмецки *Entmündigung*, производящее полное и длящееся |до постановленія противоположнаго судебнаго или административнаго рѣшенія| лишеніе дѣеспособности, которое дѣлаетъ безполезнымъ утвержденіе о сознательномъ состояніи больного |*lucida intervalla*| въ моментъ заключенія имъ той или другой отдѣльной сдѣлки. Рѣшающее значеніе въ первомъ случаѣ имѣетъ психическое состояніе даннаго момента, во второмъ - судебное или административное рѣшеніе о потерѣ зрѣлости, предполагающее, до постановленія противоположнаго рѣшенія, общую недѣйствительность всѣхъ актовъ, совершенныхъ тѣмъ лицомъ, относительно котораго состоялось это рѣшеніе. Принятое какъ въ нашемъ, такъ и въ европейскомъ законодательствѣ, по образцу римскаго, раздѣленіе болѣзней вообще и психическихъ болѣзней въ частности на *morbus* и *vitium*, или сумасшествіе и безуміе, временное и постоянное отклоненіе отъ нормальнаго состоянія - признается теперь не выдерживающимъ научной

дять и смертныя убійства чинять, т о г о р а д и повелѣваемъ, какъ высшихъ, такъ и низшихъ чиновъ, людямъ, и ежели у кого въ фамиліи нынѣ есть или впредь таковые будутъ, о таковыхъ подавать извѣстіе въ С е н а т ъ, а в ъ С е н а т ѣ с в и д ѣ т е л ь с т в о в а т ь, и буде по свидѣтельству явятся таковые, которые ни въ науку, ни въ службу не годились и впредь не годятся, отнюдь жениться и замужъ идтить не допускать и вѣнечныхъ памятей не давать, а деревень наслѣдственныхъ и никакихъ за ними не справливать, а велѣть вѣдать такія деревни по прикачной записѣ, и ихъ н е г о д н ы х ъ съ тѣхъ деревень кормить и сподобовить ближнимъ ихъ родственникамъ, а буде родственниковъ не будетъ, то ближнимъ свойственникамъ. А ежели по свидѣтельству явятся не таковые, какъ объ нихъ въ извѣстіи написано, то употребить оныхъ въ службу и въ науку, кто къ чему будетъ способенъ, а движимое и недвижимое имѣніе по наслѣдству имъ отдать, а жениться по урочнымъ лѣтамъ допускать". |П. С. З. № 3949, 1722 г.|. Этотъ указъ, привлекавшій къ свидѣтельствованію "дураковъ" высшее учрежденіе въ государствѣ, былъ подтвержденъ Екатериной II, и въ смыслѣ участія Сената при освидѣтельствованіи безумныхъ дѣйствуетъ и въ настоящее время, которое не знаетъ, однако, ни служилаго класса, ни оцѣнки безумія съ точки зрѣнія службы. Лежащія въ этихъ именно условіяхъ основанія для компетенціи Сената давно

исчезли; западныя законодательства имѣютъ здѣсь дѣло съ низшими инстанціями, удостовѣряющимися въ болѣзненномъ состояніи испытуемыхъ ради огражденія ихъ личныхъ, а вовсе не какихъ бы то ни было политическихъ интересовъ. Но не смотря на все это, компетенція Сената у насъ все-таки удерживается, какъ удерживаются и нѣкоторыя другія черты политическаго характера, относящихся сюда постановленій, ожидающихъ все еще разработки въ смыслѣ обособленія ихъ отъ всѣхъ государственныхъ и сословныхъ интересовъ.

Наше законодательство различаетъ собственно два вида умопомѣшательства: безуміе, когда субъектъ лишенъ здраваго разсудка съ самаго рожденія | 365|, и сумасшествіе - умственное разстройство отъ случайныхъ причинъ уже послѣ рожденія |366|. Общая черта обоихъ видовъ - отсутствіе нормальной воли, а потому и способности къ гражданскимъ дѣйствіямъ. Но предъ наступленіемъ связанныхъ съ этимъ состояніемъ юридическихъ послѣдствій больной долженъ оффиціально быть признанъ безумнымъ или сумасшедшимъ, что возможно только послѣ оффиціальнаго освидѣтельствованія его умственныхъ способностей. Прежде въ этомъ отношеніи въ нашемъ законодательствѣ существовало довольно важное формальное различіе между безуміемъ

и сумасшествіемъ: освидѣтельствованіе безумныхъ производилось непосредственно въ Правительствующемъ Сенатѣ, сумасшествіе же подвергалось освидѣтельствованію въ губернскихъ городахъ чрезъ Врачебную Управу. Теперь свидѣтельствованіе безумныхъ и сумасшедшихъ совершается въ одномъ и томъ же порядкѣ. Нашъ законъ предоставляетъ семейству, въ коемъ есть безумные или сумасшедшіе, предъявлять о томъ мѣстному начальству |367|. О послѣдовавшемъ поступленіи больного въ лѣчебницу завѣдующіе обязаны дать знать медицинскому начальству и губернатору. Освидѣтельствованіе совершается въ губернскихъ городахъ чрезъ врачебное отдѣленіе губернскаго правленія въ присутствіи губернатора, вице-губернатора, предсѣдателя окружнаго суда, прокурора, или ихъ товарищей, почетнаго мирового судьи и смотря по состоянію изслѣдуемаго, управляющаго казенной палатой, губернскаго или двухъ уѣздныхъ предводителей дворянства, предсѣдателя сиротскаго суда съ членомъ, депутата отъ военнаго вѣдомства, предсѣдателя коммерческаго суда въ портовыхъ городахъ и проч. |см. ст. 368 и слѣд.|. Самое освидѣтельствованіе происходитъ въ присутственномъ мѣстѣ или на дому; въ послѣднемъ случаѣ - инспекторомъ врачебной управы съ двумя медиками въ составѣ цѣлаго присутствія и подъ предсѣдательствомъ представителей сословія, къ коему принадлежитъ больной |372|. Освидѣтельствованіе заключа-

ется въ разспросахъ, обращенныхъ къ больному по предметамъ домашней его жизни и обыкновенныхъ обстоятельствъ |373|. Все это и особенно вопросы и отвѣты должны быть точно протоколируемы, ибо заключеніе присутствія о болѣзни даетъ основаніе только къ принятію мѣръ призрѣній, а отнюдь не низводитъ его дѣеспособность и не подчиняетъ опекѣ. Только Сенатъ, какъ и при Петрѣ, окончательно разрѣшаетъ вопросъ, признаетъ больного недѣеспособнымъ, подобно малолѣтнему, и подчиняетъ его опекѣ. Только по отношенію къ крестьянамъ губернскія правленія составляютъ рѣшающую инстанцію |374|.

Медленность этого производства, особенно въ случаяхъ перемежающагося страданія умственнымъ разстройствомъ и въ мѣстахъ, отдаленныхъ отъ столицы, дѣлаетъ его нерѣдко почти-новое не достигающимъ цѣли.

По всѣмъ выданнымъ до признанія сумасшествія актамъ и обязательствамъ - дается искъ, и судъ не имѣетъ права отказаться отъ удовлетворенія законныхъ притязаній, основанныхъ на такихъ актахъ и обязательствахъ. Если отъ появленія первыхъ признаковъ болѣзни до оффиціальнаго признанія сумасшествія проходитъ много времени, то происходящій отсюда вредъ дѣлается очевиднымъ, и надо замѣтить, что этимъ обстоятельствомъ обыкновенно пользуются: появляются десятки исковъ со стороны лицъ, эксплоатирующихъ беззащитное положеніе больного.

Указанный порядокъ признанія сумасшествія, впрочемъ, не единственный: вопросъ о нормальности психическихъ силъ организма лица можетъ быть поднятъ и разрѣшенъ такъ или иначе и на судѣ, по поводу того или другого акта лица, возбуждающаго сомнѣніе въ нормальности своихъ способностей, что случается, напримѣръ, очень часто по поводу духовнаго завѣщанія. Если иниціатива въ вопросѣ о признаніи субъекта душевно больнымъ исходитъ, какъ было сказано, обыкновенно отъ родственниковъ, то иногда и судебная власть или стороны могутъ заявить объ освидѣтельствованіи подсудимаго, буде совершенное имъ преступленіе по обстоятельствамъ дѣла даетъ поводъ къ сомнѣнію въ нормальности его умственныхъ способностей, что относится уже къ уголовному праву и имѣетъ существенное значеніе для вмѣненія преступленія.

Какъ скоро лицо будетъ признано безумнымъ или сумасшедшимъ, оно отдается на попеченіе родныхъ или, буде родные откажутся, то въ устроенные для умалишенныхъ дома. Вмѣстѣ съ этимъ происходитъ потеря дѣеспособности. Ограниченія, установленныя въ этому поводу нашимъ законодательствомъ, какъ для безумныхъ, такъ и для сумасшедшихъ, сводятся къ слѣдующему: I| безумные и сумасшедшіе, съ момента признанія ихъ таковыми Сенатомъ, подпадаютъ подъ опеку родственниковъ и занимаютъ то же положеніе, какъ и малолѣтніе |ст.375 X т.| 2| Имущество отбирается отъ нихъ въ опекунское управленіе, причемъ на правахъ опекуна являются ближайшіе

наслѣдники |376|. 3| Безумiе и сумасшествiе служатъ препятствiемъ ко вступленiю въ бракъ |ст. 5 X т.|,- но если сумасшедшiй вступилъ въ бракъ ранѣе,то болѣзнь не можетъ служить основанiемъ къ расторженiю брака.4| Безумные и сумасшедшiе не могутъ вступать въ гражданскiя отношенiя:всѣ гражданскiе ихъ акты признаются недѣйствительными, если они заключены помимо опекуновъ. Основанiемъ полной недѣеспособности больныхъ служитъ отсутствiе сознанiя: поэтому неспособность совершать завѣщанiя предполагается. Изъ отсутствiя воле-способности и безумныхъ и сумасшедшихъ само собою слѣдуетъ и то постановленiе,что ни тѣ,ни другiе не могутъ быть тяжущейся стороной.Съ другой стороны законъ даетъ нѣкоторыя льготы одержимымъ душевными болѣзнями: такъ, теченiе давности для сумасшедшихъ прерывается на время ихъ болѣзни |382 ст. X т. I ч. и 2I4 X т. 2 ч. п. 5 и др.|.

Указанныя ограниченiя существуютъ лишь до тѣхъ поръ, пока больной не выздоровѣетъ вполнѣ. Но какъ скоро болѣзнь миновала, о томъ доносится губернатору, который предлагаетъ Врачебной Управѣ произвести новое изслѣдованiе въ томъ же присутствiи и въ томъ порядкѣ, какъ было произведено и первое освидѣтельствованiе. Если присутствiе признаетъ лицо дѣйствительно выздоровѣвшимъ, то объ этомъ и въ томъ же порядкѣ, какъ и первое освидѣтельствованiе, доносится Сенату. До заключенiя по этому дѣлу Сената, выздоровѣвшiй пользуется свободой; но имѣнiе пока остается

подъ опекой и освобождается отъ нея лишь съ разрѣшенія Сената |ст. 378|. Кромѣ этого порядка никакія другія удостовѣренія относительно выздоровленія психически-больныхъ не принимаются.

Недостатки всего этого порядка признанія сумасшествія и выздоровленія отъ него въ нашемъ законодательствѣ слишкомъ очевидны для того, чтобы на нихъ стоило останавливаться. Мы укажемъ лучше на нѣкоторыя постановленія французскаго и нѣмецкаго права, гдѣ процессъ признанія недѣеспособности поставленъ гораздо проще, короче и цѣлесообразнѣе.

Вообще французское и германское законодательства представляютъ по этому вопросу значительныя черты сходства. Оба происходятъ въ контрадикторномъ |состязательномъ| порядкѣ предъ судомъ I-ой инстанціи| у нѣмцевъ Amtsgericht | съ участіемъ прокурора. Французскій законъ предполагаетъ участіе семейнаго совѣта. Судебное изслѣдованіе умственныхъ способностей возбуждается родственниками, супругами, прокуроромъ. Судъ особой экспертизой опредѣляетъ состояніе умственныхъ способностей, постановляетъ изведеніе больного изъ состоянія цивильной зрѣлости и назначаетъ временнаго опекуна, имѣющаго заботиться о лицѣ и имуществѣ больного. Такія опредѣленія суда получаютъ силу, если нѣтъ апелляціи. Тѣмъ же порядкомъ, но уже по просьбѣ больного или опекуна, судъ изслѣдуетъ и опредѣляетъ признаніе больного выздоровѣвшимъ. Близкій къ этому порядокъ существуетъ у

насъ въ Польшѣ.

Судебное рѣшеніе о потерѣ зрѣлости и наложеніи опеки примѣняется наравнѣ съ психическими больными и къ мотамъ, или расточителямъ; это, такъ называемая интердикція и *cura prodigii*. Здѣсь мы имѣемъ дѣло съ противовѣсомъ крайнихъ консеквенцій гражданской самостоятельности, переходящей въ злоупотребленіе той свободой, которая предоставлена каждому въ пользованіи принадлежащимъ ему имуществомъ. Установленіе точныхъ признаковъ понятія расточительности едва-ли возможно, такъ какъ элементы этого понятія лежатъ въ общественныхъ правахъ и обусловлены постоянно измѣняющимися предетавленіями о границахъ свободы и равумнаго пользованія имуществомъ. Поэтому мы не можемъ признать правильнымъ ни встрѣчающагося въ нѣмецкой юриспруденціи опредѣленія мотовства, которое гласитъ: "мотъ есть лицо,жертвующее явнымъ образомъ заботами о будущемъ впечатлѣнія минуты", ни предлагаемаго во многихъ партикулярныхъ кодексахъ Германіи критерія мотовства, полагаемаго въ опасности, которой оно гровитъ въ будущемъ средствамъ существованія мота и его семьи. Основаніе для учрежденія опеки надъ расточителемъ лежитъ не въ соображеніи интересовъ самого расточителя, которые едва ли заслуживаютъ какого-нибудь соображенія и не интересовъ его семьи,которой можетъ вовсе не существовать, не устраняя этимъ еще возможности учрежденія опеки, а въ безнравственности,которая заключается въ дѣй-

ствіяхъ расточителя, въ экономическомъ ущербѣ, который онъ наноситъ обществу и въ силѣ реакціи, которую онъ вызываетъ противъ себя въ общественномъ сознаніи. Въ древне-римскомъ правѣ не всякая расточительность, а только расточительность въ дѣдовскомъ и отцовскомъ имуществѣ могла влечь за собою умаленіе дѣеспособности. Но ни позднѣйшее римское, ни современное западное право не удержалось на этой узкой точкѣ зрѣнія - покровительства родовому началу, а перевело напротивъ относящіяся сюда нормы на почву соціальныхъ нравовъ, вызывающихъ заботливость общества объ имуществѣ расточителя, наравнѣ съ личностью и имуществомъ малолѣтнихъ и психически-больныхъ. Но преувеличенность римскаго взгляда на мотовъ, сближавшаго ихъ съ сумасшедшими tanquam furiosus доказывается положеніями самихъ римскихъ юристовъ какъ о размѣрахъ недѣеспособности мотовъ, такъ и о порядкѣ признанія налагаемой на нихъ опеки. Этотъ порядокъ признанія происходитъ не безъ участія и вѣдома расточителя въ противоположность тому, что мы видимъ при объявленіи сумасшествія, точно такъ же, какъ и моментъ нисведенія дѣеспособности мота наступаетъ лишь по сообщеніи ему того, что онъ признанъ таковымъ - чего мы также не видимъ при признаніи сумасшествія. Что касается размѣровъ недѣеспособности расточителей, то и она ограничивалась въ римскомъ правѣ лишь юридическимъ положеніемъ minores, infantes

maiores. Многія германскія законодательства пошли далѣе римскаго, ограничивъ расточителей не только въ распоряженіи ихъ имуществомъ, какъ это дѣлало римское право, но подчинивъ и личность расточителя власти опекуна, которому предоставлялось наставлять его на хорошую жизнь и трудъ даже принудительными мѣрами, ходатайствуя, напримѣръ, предъ судомъ о заключеніи расточителя въ тюрьму отъ 6 мѣсяцевъ до года. Но эта практика перестала примѣняться, и дѣйствіе опеки надъ расточителемъ ограничивается теперь какъ законодательствами, такъ и въ особенности практикой областью однихъ имущественныхъ отношеній. Возбужденіе и производство дѣлъ о наложеніи опеки на расточителей подчиняется теперь въ общемъ тѣмъ же положеніямъ, которыя дѣйствуютъ по отношенію къ опекѣ надъ душевно-больными. Инициатива исходитъ также отъ супруговъ, родственниковъ, опекуновъ, которые могутъ просить о наложеніи опеки за расточительство и на состоящихъ уже подъ ихъ опекой несовершеннолѣтнихъ, но прокурорскій надзоръ не имѣетъ здѣсь инициативы, предоставленной ему по наложенію опеки на сумасшедшихъ.

Всѣ положенія нашего законодательства о расточителяхъ тѣсно связаны съ почти отжившей для гражданскаго права сословной организаціей русскаго общества. При этомъ точка врѣнія полицейская есть совер-

щенно опредѣляющая весь составъ дѣйствующаго законодательства. Положенія о расточителяхъ помѣщены главнымъ образомъ въ Уставѣ о предупрежденіи и пресѣченіи преступленій. Когда главный начальникъ губерніи признаетъ нужнымъ наложить опеку на имѣніе дворянина, въ чертѣ его управленія находящееся, то обращается къ дворянскому сословію; если сословіе не постановитъ наложить опеку, то самъ начальникъ предписываетъ ее учредить. Въ обоихъ случаяхъ доносится I-му департаменту Сената съ изложеніемъ причинъ. Сенатъ, если найдетъ сіе основательнымъ, предписываетъ то же и для имѣній въ другихъ мѣстностяхъ, принадлежащихъ тому же лицу |Уст. о пред. и пресѣченіи преступленій ст. 182, прилож. I|. Если почетный гражданинъ, купецъ или мѣщанинъ по безпутной жизни расточаетъ свое имущество, то губернаторы сообщаютъ объ этомъ соотвѣтствующему обществу. Приговоры о наложеніи опекъ для двухъ первыхъ категорій лицъ приводятся въ исполненіе по заключеніямъ общаго присутствія губернскаго правленія и палатъ, а гдѣ введены новые суды, съ участіемъ прокурора окружнаго суда; для мѣщанъ рѣшающую инстанцію составляютъ губернскія правленія и начальники губерній. Однако, на постановленія сихъ начальствъ допускаются жалобы I-му Департаменту Правительствующаго Сената |тамъ же примѣч. II|.

Дѣйствіе признанія расточителемъ заключается

въ учрежденіи опеки надъ имѣніемъ, причемъ немедленно должны быть наложены на имѣнія |помѣщичьи| запрещенія. Опекуны, управляя имѣніемъ, уплачиваютъ долги, а расточители не только лишаются права закладывать, продавать имѣнія, но и вступать въ какія-либо обязательства |Уст. о предупрежденіи и пресѣченіи преступленій ст. 182, 183, 184| и хотя не лишаются права искать и отвѣчать на судѣ, но обязаны о каждомъ дѣлѣ увѣдомлять опеку; не могутъ безъ согласія опекуна избирать повѣреннаго, оканчивать дѣло примиреніемъ, дѣлать на судѣ уступки, предъявлять споръ о подлогѣ акта и вступать въ отвѣтъ по такому спору |Уст. Гражд. Суд. ст. 20|.

Для прекращенія опеки надъ расточителемъ *modus procedendi* соотвѣтствуетъ порядку ея учрежденія.

По отношенію къ крестьянамъ въ старомъ законодательствѣ не могло быть потребности въ опредѣленіяхъ объ ихъ расточительности. Нынѣ же сельскимъ обществамъ предоставлено въ силу 51 ст. общаго положенія и ст. 240 Устава о предупрежденіи и пресѣченіи преступленій - передавать въ распоряженіе правительства членовъ своихъ за порочное поведеніе, каковой приговоръ подлежитъ утвержденію губернскаго по крестьянскимъ дѣламъ присутствія. Но въ этомъ законѣ нѣтъ права признанія кого либо изъ однообщественниковъ недѣеспособнымъ за расточительство и наложенія по этому поводу опеки. Новый законъ 1886 года, на-

правленный къ ограниченію семейныхъ раздѣловъ въ крестьянскихъ хозяйствахъ, гдѣ имѣетъ мѣсто общинное землевладѣніе, постановляетъ, что сельскій сходъ, имѣющій вѣдать таковые раздѣлы, прежде всего удостовѣряется, согласенъ ли на раздѣлъ родитель или старшій членъ семьи, а при отсутствіи согласія, приступаетъ къ нему лишь при условіи, что поводомъ къ раздѣлу служитъ расточительность и безнравственное поведеніе домохозяина |п. 2|. Практика по этому интересному вопросу не успѣла еще опредѣлиться.

Въ общемъ, положенія о расточителяхъ основаны у насъ совсѣмъ на иныхъ началахъ, чѣмъ на Западѣ. Иниціатива исходитъ совсѣмъ не отъ тѣхъ лицъ, процессъ не даетъ тѣхъ гарантій, которыя введены Суд. Уст. 1864 года для дѣлъ гражданскихъ вообще, равныя части законодательства не согласованы, и потребность въ реформѣ неотложна.

43. В. УСЛОВІЯ ОБЩЕСТВЕННЫЯ.

НАЦІОНАЛЬНОСТЬ.

Національность или принадлежность лица къ той или другой племенной группѣ составляетъ, какъ мы уже указывали на это нѣсколько разъ, одну изъ исходныхъ точекъ гражданской правоспособности и опредѣляетъ собою на первоначальныхъ ступеняхъ развитія права систему, такъ называемыхъ, племенныхъ

или личныхъ правъ. Господствомъ этой системы обусловливается сначала беззащитное положеніе не только иностранцевъ, но и всѣхъ, кто не принадлежитъ къ данной племенной группѣ, и если современное право, стремясь къ полному уравненію своихъ и чужихъ, удерживаетъ, какъ мы видимъ это, лишь незначительныя ограниченія правоспособности иностранцевъ, то различіе національностей въ предѣлахъ одного и того же государственнаго союза не играетъ теперь въ правѣ по общему правилу никакой роли. Наше законодательство сохраняетъ тѣмъ не менѣе цѣлый рядъ исключительныхъ нормъ для такъ называемыхъ инородцевъ, обозначая этимъ именемъ, въ противоположность иностранцамъ, тѣхъ же русскихъ подданныхъ, которые принадлежатъ только къ извѣстнымъ племеннымъ группамъ и подчиняются въ составѣ цѣлаго племени своимъ особымъ племеннымъ, а не общерусскимъ юридическимъ нормамъ. На ряду съ такими инородцами наше законодательство ставитъ и евреевъ, хотя модификація правоспособности лицъ этого племени обусловлена вовсе не племенными особенностями, а вѣроисповѣдной исключительностью. Это видно между прочимъ изъ того, что въ случаѣ прекращенія ихъ вѣроисповѣднаго различія съ лицами господствующаго вѣроисповѣданія прекращается и самая модификація ихъ правоспособности, такъ что нельзя признать правильнымъ и помѣщенія постановленій, касающихся правоспособности евреевъ, въ IX т. Свода Законовъ, гдѣ рѣчь идетъ о

различіи правъ по состоянію и племени, а вовсе не по тѣмъ или другимъ религіознымъ вѣрованіямъ. Инородцы, обитающіе русскую территорію, группируются вообще нашими законами такъ: I| сибирскіе инородцы и въ особенности сибирскіе киргизы; 2| инородцы,живущіе на Командорскихъ островахъ; 3| самоѣды въ Мезенскомъ уѣздѣ Архангельской губерніи; 4| кочевые инородцы Ставропольской губерніи; 5| ордынцы Закаспійскаго края; 6| евреи |IX,835|. Общій характеръ всѣхъ относящихся къ нашимъ инородцамъ |кромѣ евреевъ| нормъ состоитъ въ томъ, что ими инородцы ограждаются не только отъ бойкихъ дѣйствій наѣзжихъ торговцевъ, но и въ особенности отъ возможныхъ злоупотребленій со стороны чиновниковъ, и это заботливое, опекающее направленіе проходитъ по всему нашему законодательству, касающемуся инородцевъ. Положеніе нѣкоторыхъ изъ нихъ можно приравнять къ положенію *infantes*, или по крайней мѣрѣ *impuberes infantia maiores*; это - вполнѣ подопечные народы,для которыхъ ограничивающія правоспособность мѣры столько же полезны, сколько онѣ вредны для народовъ культурныхъ. Ст. 2072 X т.: "Всѣмъ чиновникамъ въ Сибири и Архангельской губерніи служащимъ запрещается вступать въ долговыя обязательства съ инородцами и самоѣдами, какъ на свое имя, такъ и подъ предлогомъ лицъ постороннихъ.Всѣ таковыя обязательства, съ явкой или безъ явки, частныя или общественныя, суть ничтожны, иска по нимъ нѣтъ, и ни-

какого взысканія не производится". Далѣе идутъ подробныя разъясненія способовъ займа явочнаго |2073 и 2074|, подлежащаго взысканію и займа безъ явки, неподлежащаго не только взысканію, но и разсмотрѣнію. Для совершенія частныхъ явочныхъ займовъ требуются дозволеніе и одобреніе и поручительство для сибирскихъ обывателей - членовъ волостного правленія или инородческой управы, а для мезенскихъ самоѣдовъ - родового старосты |2074|. Для совершенія займовъ общественныхъ, надобность въ которыхъ можетъ возникнуть по поводу какого-либо бѣдствія, требуется мірской приговоръ и дозволеніе губернскаго или областного начальства |2086 - 2089|. Калмыкамъ дозволены только сдѣлки на наличное и безъ процентовъ; нѣкоторымъ изъ нѣмецкихъ колонистовъ запрещена выдача векселей и т.д. 536

II. ВѢРОИСПОВѢДНОСТЬ.

Принадлежность къ той или другой религіи не оказываетъ въ современномъ правѣ вліянія на правоспособность и не имѣетъ потому никакого значенія для пользованія гражданскими правами. Съ уравненіемъ всѣхъ вѣроисповѣданій въ отношеніи гражданскаго права мы встрѣчаемся теперь во французскомъ, австрійскомъ, прусскомъ и другихъ европейскихъ кодексахъ. Но уже конституціонные законы, особенно съ

1848 года устанавливаютъ въ видѣ общаго правила, что пользованіе гражданскими и государственными правами не зависятъ отъ религіи исповѣданія и освобождаютъ вообще гражданское право отъ всѣхъ конфессіональныхъ соображеній. Удержано только одно различіе между христіанами и не христіанами запрещеніемъ между тѣми и другими connubium'a. Но и это послѣднее различіе устранено въ Германіи имперскимъ закономъ о гражданскомъ состояніи 1875 года, исключившимъ принадлежность къ различнымъ вѣроисповѣданіямъ изъ числа препятствій къ заключенію брака. На этой же точкѣ зрѣнія стоитъ съ прошлаго года и австрійское законодательство. Нѣсколько спорнымъ представляется только вопросъ о дѣйствительности завѣщательныхъ распоряженій и сдѣлокъ, условленныхъ принадлежностью или переходомъ лица, въ пользу котораго совершаются эти акты, въ ту или другую вѣру. Безспорно дѣйствительны тѣ распоряженія, которыя ставятъ вообще пріобрѣтеніе права въ зависимость отъ опредѣленнаго вѣроисповѣданія, безъ отношенія къ какому бы то ни было опредѣленному индивиду. Если дѣло идетъ напротивъ о выгодахъ опредѣленнаго лица, условленныхъ принадлежностью или переходомъ этого лица изъ одного вѣроисповѣданія въ другое, то мнѣнія юристовъ раздѣляются: одни считаютъ такія пріобрѣтенія дѣйствительными, другіе нѣтъ, третьи дѣлаютъ разницу между условіемъ, требующимъ пребыванія въ настоящемъ вѣроисповѣданіи и условіемъ,

требующимъ измѣненія его. Правильнѣе всего было бы, кажется, не устанавливать здѣсь общаго правила и индивидуализировать рѣшеніе каждаго конкретнаго случая, такъ какъ приведенныя выше условія не безнравственны и не недопустимы сами по себѣ, но могутъ стать таковыми въ каждомъ конкретномъ случаѣ, когда, напримѣръ, съ помощью имущественной выгоды имѣется въ виду произвести давленіе на заинтересованное лицо для того, чтобы побудить его къ переходу въ другое вѣроисповѣданіе; но если имущественная выгода только обусловлена тѣмъ или другимъ вѣроисповѣданіемъ безъ того, чтобы здѣсь преслѣдовалась какая нибудь безнравственная цѣль, то сдѣлка должна быть сохранена въ полной силѣ. Вѣроисповѣдная исключительность нашего законодательства имѣетъ преимущество въ области институтовъ семейнаго права. Что касается нашего законодательства, то извѣстно, что исповѣдное начало глубоко проникало старое московское государство и весь его городской бытъ. Наше право сохранило до сихъ поръ эту вѣроисповѣдную черту и всѣ вытекающія изъ нея послѣдствія, особенно въ тѣхъ институтахъ гражданскаго права, которые имѣютъ по своей конструкціи смѣшанный характеръ -

---

юридическій и религіозный, какъ это мы видимъ, напримѣръ, при брачныхъ отношеніяхъ. Православные и католики не имѣютъ у насъ брачнаго общенія съ нехристіанами, а лютеране не имѣютъ его съ язычниками; для нехристіанъ введено еще въ послѣднее время важное ограниченіе въ правѣ ихъ быть присяжными и частными повѣренными. Для этого присяжный повѣренный изъ нехристіанъ сверхъ соблюденія общихъ условій долженъ получить еще особое разрѣшеніе министра юстиціи, а частный повѣренный - разрѣшеніе того же министра юстиціи и еще министра внутреннихъ дѣлъ. Къ составу лицъ, умаленныхъ въ своей право- и дѣеспособности, принадлежитъ у насъ несомнѣнно и еврейское населеніе, юридическое положеніе котораго требуетъ спеціальнаго разсмотрѣнія.

Е В Р Е И.

Евреи съ самаго начала не только не принадлежали къ господствующей національности, которая устанавливала свое право только для себя, но были еще врагами христіанской церкви, что дѣлало положеніе ихъ вдвойнѣ безправнымъ, такъ какъ въ Средніе вѣка наказывали, какъ мы это знаемъ, еретиковъ смертной казнью и конфискаціей ихъ имущества. Если же мы видимъ, что евреи пользовались нѣкоторыми привилегіями еще при Меровингахъ, то это происходило

отъ того, что они не были собственно ни иностранцами, ни еретиками. Иностранцами ихъ нельзя было называть потому, что, не подчиняясь власти никакого другого государства, они жили въ предѣлахъ даннаго государства постоянно, находя въ немъ свое отечество. Еретиками же ихъ нельзя было считать потому, что они вовсе не отпадали отъ христіанства, а исповѣдывали такую вѣру, которая существовала еще до христіанства и не могла быть признана уклоненіемъ отъ господствующей религіи. Они были, такимъ образомъ, не отпавшими, а оставшимися въ сторонѣ, тогда какъ еретиковъ преслѣдовали именно за отпаденіе отъ христіанства. Въ этомъ была сильная сторона общественнаго положенія евреевъ, тогда какъ нельзя отрицать съ другой стороны, что не смотря на свою осѣдлость, они не смѣшивались съ народами, среди которыхъ жили и нося въ себѣ печать своей національности, ненавидѣли христіанство и обнаруживали эту ненависть несравненно сильнѣе и открытѣе, чѣмъ это дѣлали еретики, гонимые огнемъ и мечомъ. Это обстоятельство ухудшало юридическое положеніе евреевъ, такъ какъ осѣдлое въ странѣ состояніе чужой и замкнутой въ себѣ національности разсматривалось какъ нѣчто еще болѣе ненормальное и опасное, чѣмъ ересь. Эта точка зрѣнія сдѣлалась рѣшающей для юридическаго положенія евреевъ, по крайней мѣрѣ, съ того времени, какъ они подпали по праву подъ mundium, т.е. высшую власть и покровительство короля, сдѣлавшись его крѣ-

постными servi camerae. Этимъ выражалось то, что они подчинялись вполнѣ власти короля и подчинялись ей въ такой степени безусловно, что въ инструкціи одного маркграфа, Альбрехта Ахила, отъ 1462 года мы читаемъ, что какъ только вступаетъ на престолъ король или императоръ, онъ беретъ себѣ все имущество евреевъ, живущихъ въ его государствѣ и извѣстное число ихъ подвергаетъ смерти для памяти. Въ Швабскомъ зерцалѣ евреи называются также крѣпостными короля; и если таково было ихъ юридическое положеніе въ Средніе вѣка, то основаніе его лежало прежде всего въ томъ, что они не имѣли отечества и исключенные вслѣдствіе этого изъ племеннаго и государственнаго общенія, дѣлали необходимымъ учрежденіе надъ ними королевскаго mundium'a. Это учрежденіе относятъ обыкновенно въ XIII вѣку, но до этого времени юридическое положеніе евреевъ было вѣроятно не лучше, а хуже. Періодически повторявшіяся преслѣдованія евреевъ, которыя были далеко не всегда противозаконными взрывами свирѣпыхъ инстинктовъ толпы, но представлялись не разъ, какъ напримѣръ, при Хильперикѣ, Дагоберѣ и другихъ Меровингахъ самою государственною властью, - указываютъ ясно на то, что противъ евреевъ юридически все было дозволено. Установленіе королевскаго mundium'a стало въ этихъ условіяхъ положительнымъ улучшеніемъ ихъ юридическаго положенія, такъ какъ, налагая на нихъ

денежные платежи, оно провозглашало въ то-же время принципъ королевской защиты. Но ихъ положеніе зависѣло гораздо болѣе отъ экономическихъ состояній, чѣмъ отъ какихъ бы то ни было учрежденій и принциповъ права, и съ этой стороны безъ сомнѣнія положеніе евреевъ въ XIII и XIV вѣкахъ сравнительно съ предшествующими временами значительно ухудшилось. Причина была тутъ та, что до этого времени евреи были необходимыми посредниками въ торговомъ и денежномъ оборотѣ, и въ услугахъ ихъ нуждались особенно короли и сильные міра, прибѣгавшіе нерѣдко и къ знаніямъ евреевъ-врачей и къ ловкости евреевъ - банкировъ |Карлъ Великій|. Они защищали ихъ такимъ образомъ какъ нужныхъ для себя людей, а бѣдное населеніе мирилось съ ними, какъ съ необходимыми посредниками и подпадало постепенно подъ ихъ ростовщичество. Но пока народъ жилъ въ условіяхъ сельской жизни, евреи были въ полной безопасности. Когда же началось переселеніе въ города, и развилась торговля, которой стали предаваться не одни евреи, то происшедшій между христіанскимъ населеніемъ и евреями конфликтъ имѣлъ причиной измѣненіе совсѣмъ не правовыхъ воззрѣній, а хозяйственныхъ состояній. Самыя жестокія и часто повторявшіяся преслѣдованія евреевъ имѣли мѣсто въ прирейнскихъ городахъ, какъ разъ въ то время, когда въ нихъ стала процвѣтать торговля; евреи сдѣлались тогда неудобными конкуррентами, которыхъ не хотѣли болѣе терпѣть. На Сѣверѣ и Востокѣ Германіи мы встрѣчаемъ гораздо

меньше еврейскихъ безпорядковъ, такъ какъ Ганза въ цвѣтущую пору своей дѣятельности умѣла вытѣснить евреевъ изъ всей области своей торговли, не прибѣгая къ насильственнымъ мѣрамъ. Сущность древнегерманскаго правового порядка состояла именно въ томъ, что онъ исключалъ изъ себя всѣ чужія національности: право евреевъ не могло найти въ немъ своего мѣста. Такимъ образомъ все, что признавалось за евреями въ видѣ права, стояло на почвѣ привилегій и было не правомъ въ собственномъ смыслѣ, не составной частью правового порядка, а результатомъ милости короля или другого территоріальнаго владѣльца, — милости, обусловленной принятіемъ ими евреевъ подъ ихъ *mundium* или *Munt*. Но отсюда выработалось въ позднѣйшую пору Среднихъ вѣковъ, когда положеніе иностранцевъ перестало вообще быть безправнымъ, особое еврейское право, которое, не будучи частію германскаго права, получило характеръ именно особаго права. Признаніе этого права покоилось совсѣмъ на иныхъ мотивахъ, чѣмъ, напримѣръ, признаніе римскаго права, предоставленнаго поселеннымъ среди германцевъ римлянамъ и правъ другихъ германскихъ племенъ, дѣйствовавшихъ по отношенію къ нимъ въ то время, когда господствующее племя руководилось своимъ собственнымъ правомъ. Поселенный во Франкской землѣ Римлянинъ, Аллеманъ, Саксонецъ былъ полноправнымъ членомъ территоріальнаго союза, могъ сдѣлаться сановникомъ, судьей, шеффеномъ, при-

сяжнымъ судьей, тогда какъ еврей не былъ и не могъ сдѣлаться ничѣмъ. Поэтому и право, которымъ онъ руководствовался, не было и чисто еврейскимъ правомъ. Оно было правомъ, состоявшимъ лишь въ случайныхъ и разровненныхъ привилегіяхъ и ограниченіяхъ. Конечно, отдѣльныя частности этого права имѣли корни и въ Іудейскихъ законахъ, какъ напримѣръ признаніе за евреемъ права не выдавать купленной вещи, если она была даже краденная, иначе, какъ по полученіи имъ заплаченныхъ при покупкѣ этой вещи денегъ. Но какъ это, такъ и нѣкоторыя другія положенія были допущены не въ силу признанія за іудейскими законами одинаковаго значенія съ германскимъ народнымъ правомъ, какъ это имѣло, напримѣръ, мѣсто по отношенію къ римскому праву для римлянъ, Саксонскому для саксонцевъ и и т.д., а только въ виду дарованныхъ евреямъ привилегій. Другими словами, основаніемъ признанія указанныхъ выше положеній была не санкція его въ законѣ, а привилегія. Въ результатѣ мы видимъ, что de jure евреи были въ Средніе вѣка безправны; такъ называемое еврейское право состояло изъ привилегій, которыя въ свою очередь вытекали изъ mundium'а и обусловленныя усмотрѣніемъ обладателя этого послѣдняго, могли быть по такому же усмотрѣнію имъ отмѣнены. Основной корень этихъ привилегій лежалъ въ собственныхъ интересахъ обладателя mundium'а, который давалъ возможность евреямъ высасывать чужую

кровь для того, чтобы впослѣдствіи воспользоваться результатами этого высасыванія. Въ позднѣйшемъ правѣ это особое еврейское право, основанное на привилегіи и особыя формы суда въ дѣлахъ евреевъ между собою продолжали существовать во Франціи до великой революціи, въ Германіи до закона 1869 г. и преимущественно въ отношеніяхъ семейнаго и наслѣдственнаго права. По другимъ вопросамъ евреи подчинялись общему праву, но терпѣли значительныя ограниченія въ правоспособности. Имъ было запрещено, напримѣръ, пріобрѣтеніе недвижимой собственности, право передачи |цессія| обязательствъ христіанамъ, пользованіе долтальными привилегіями, право свидѣтельства противъ христіанъ и т. д. Всѣ эти одіозныя ограниченія отмѣнялись постепенно различными законодательными актами, завершившимися, наконецъ, въ Германіи закономъ 1869 года, осуществившимъ, такъ называемую эманципацію евреевъ, т.е. полное уравненіе ихъ какъ въ политическомъ, такъ и въ гражданскомъ отношеніи со всѣми другими вѣроисповѣданіями.

Наше дѣйствующее законодательство относительно евреевъ стоитъ еще на средневѣковой почвѣ, т.е. исполнено различныхъ исключительныхъ постановленій, но разсматривается и самимъ законодателемъ какъ временное и переходное. Исторію, анализъ и характеристику этого законодательства вы найдете при желаніи въ курсѣ лекцій по гражданскому праву Дювернуа, изъ котораго я вовьму указаніе лишь на слѣдующія руководя-

щія начала:

Во I| стремленіе не нарушать насильственно главныхъ основъ обособленнаго еврейскаго быта. Законъ признаетъ общественно-правовую организацію евреевъ, допускаетъ внутри ихъ обязательные денежные сборы |напримѣръ, коробочный|, предназначенные для общественныхъ потребностей евреевъ; съ этой же общественной организаціей связанъ чисто исповѣдный характеръ еврейскихъ институтовъ брачнаго права, особое веденіе метрикъ, семейный и родственный строй, особенности правъ наслѣдованія |т.т. IX и XI уст. иностран. испов. съ изм. и прод. 1890, прилож. къ ст. 980|. За спеціально предусмотрѣнными исключеніями евреи подлежатъ дѣйствію общаго права |IX, 925| со слѣдующимъ одинаково важнымъ ограниченіемъ: право избирать себѣ мѣстожительство ограничено для евреевъ, такъ называемой, чертою осѣдлости |губерніи Царства Польскаго, Бессарабія, Курляндія; юго-западный край съ изъятіями нѣкоторыхъ городовъ |Кіевъ| - особыя правила для Севастополя, Николаева и областей Войска Донского|. Все это создаетъ для массы еврейскаго населенія прежде всего замкнутую и обособленную отъ всего остального населенія жизнь, а потомъ дѣлаетъправоспособность евреевъ весьма приниженной. Отъ этого приниженнаго состоянія правоспособности русскій еврей не можетъ освободиться иначе, какъ разорвавъ навсегда связь съ союзомъ, къ которому онъ принадлежитъ, достигая этого переходомъ въ одно изъ христіанскихъ исповѣ-

данiй.

Во 2| въ нашемъ же законодательствѣ объ евреяхъ можно отмѣтить и другую опредѣленно обозначающуюся тенденцiю - выводить отдѣльныя лица и общественныя группы изъ устарѣвшей исповѣдно-племенной организацiи и ставить ихъ въ непосредственную связь съ государствомъ.

Евреямъ подданнымъ дозволено селиться внѣ черты осѣдлости,-если они принадлежатъ въ теченiе указаннаго срока къ купцамъ первой гильдiи; то же самое,если они оканчиваютъ курсъ высшихъ учебныхъ заведенiй или являются - фельдшерами, повивальными бабками,учащимися фармацевтами и т.п.

Евреямъ иностранцамъ,не допускаемымъ вообще ко вступленiю въ русское подданство,предоставляется право пребыванiя на болѣе или менѣе льготныхъ условiяхъ въ Россiи каждый разъ по особому усмотрѣнiю подлежащаго начальства.Запрещенiе браковъ между евреями и христiанами составляетъ собственно не умаленiе правоспособности первыхъ,а послѣдствiе религiознаго характера брака,какъ въ нашемъ,такъ и въ еврейскомъ правѣ.Но если уже образовавшаяся семья подвергнется измѣненiямъ исповѣданiй,-такъ это можетъ быть,напримѣръ, въ томъ случаѣ,если одинъ изъ супруговъ евреевъ принимаетъ православiе,то бракъ расторгается лишь при томъ условiи, если этого потребуетъ другой супругъ |ст. 81 т. X ч. I|.

При переходѣ въ христiанство обоихъ супруговъ кре-

ститься должны-ли всѣ дѣти моложе 7 лѣтъ; если же крестится одинъ отецъ или мать, то въ первомъ случаѣ подвергнутся крещенію одни сыновья, во второмъ - дочери |IX, 965|.

Наконецъ 3| имѣется въ виду противодѣйствовать всѣмъ попыткамъ евреевъ къ выходу въ обходъ закона изъ тѣхъ стѣснительныхъ условій правоспособности, въ которыя они поставлены. Съ этою цѣлью, напримѣръ, на новокрещеннаго супруга, пока его бракъ съ лицомъ еврейскаго исповѣданія не расторгнутъ, распространяются всѣ законы о чертѣ осѣдлости |X т. ч. I ст.81 конецъ|; усыновленіе для евреевъ возможно только между единовѣрцами, при чемъ усыновленіе евреями, пользующимися свободой мѣстожительства, дѣйствительно по отношенію къ тѣмъ только единовѣрцамъ, которые сами имѣютъ право проживать по всей имперіи |т. IX, ст. 954, пр. 2|.

Ограниченія евреевъ въ правѣ держать у себя въ услуженіи прислугу изъ лицъ, исповѣдующихъ христіанскую вѣру и особенно женщинъ - имѣютъ чисто вѣроисповѣдный характеръ, доказываемый между прочимъ и сенатскими разъясненіями, придающими этимъ ограниченіямъ самое тѣсное значеніе. Именно въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ наемъ совершается евреемъ не для личныхъ домашнихъ услугъ, а напримѣръ, для работъ земледѣльческихъ или упражненія какого-нибудь ремесла, мастерства или работъ на фабрикахъ и заводахъ, а также для всѣхъ вообще занятій, приносящихъ

выгоды христіанскому населенію, - во всѣхъ этихъ случаяхъ и евреямъ дозволяется руководствоваться общими положеніями о договорахъ личнаго найма. Указанное ограниченіе дѣйствуетъ и по отношенію къ сектѣ молоканъ и разсчитано какъ относительно молоканъ, такъ и относительно евреевъ только на то, чтобы гарантировать лицъ православнаго вѣроисповѣданія отъ всякой попытки совращенія ихъ въ іудейство или въ молоканство.

III. С О С Л О В Н О С Т Ь.

Съ понятіемъ сословія соединяется два смысла: въ одномъ - сословіе обозначаетъ положеніе лица въ гражданскомъ обществѣ, въ другомъ - совокупность лицъ, занимающихъ въ немъ одно и то-же положеніе. Въ первомъ выражается субъективное отношеніе одного лица къ какому нибудь цѣлому, во второмъ - объективно фактъ существованія этого цѣлаго въ гражданской жизни народа. Тамъ - личное качество, conditio, здѣсь - институтъ - ordo. Если при этомъ положеніе каждаго лица въ сословіи опредѣляется рожденіемъ его въ этомъ сословіи и переходитъ наслѣдственно отъ отца къ дѣтямъ - мы имѣемъ сословіе въ тѣсномъ смыслѣ этого слова (Geburts-stand); если же это положеніе обусловливается только общностью интересовъ или занятій, то полу-

чается профессія или званіе | Berufsstand |.

Во всѣхъ случаяхъ юридическое понятіе сословія можетъ отсутствовать, такъ какъ въ обыденной рѣчи говорятъ часто о высшемъ и низшемъ сословіи, о военномъ, чиновничьемъ, духовномъ и другихъ классахъ, когда ни одинъ изъ нихъ не имѣетъ никакихъ особыхъ юридическихъ качествъ, не пользуется ни ранговыми преимуществами, ни корпоративными правами и стоитъ въ совершенно равныхъ юридическихъ условіяхъ съ другими. Юридическимъ понятіемъ сословіе дѣлается только тогда, когда изъ того или другого положенія лица въ гражданскомъ обществѣ вытекаетъ для него въ томъ или другомъ направленіи какое нибудь право, или ограниченіе въ какомъ нибудь правѣ, - точно такъ же, какъ сословіе, въ качествѣ ordo- учрежденія дѣлается носителемъ какой нибудь правовой идеи лишь въ томъ случаѣ, если оно пріобрѣтаетъ и отправляетъ какимъ нибудь образомъ тѣ или другія права. Сословія, какъ таковыя, какъ ordines стоятъ внѣ нашего разсмотрѣнія, такъ какъ они представляютъ собою институтъ не гражданскаго, а публичнаго права: они создались не въ виду цѣлей гражданскаго оборота и имѣютъ корни въ политико-соціальной жизни народа или въ потребностяхъ государства. Поэтому они и служатъ по существу публично-правовымъ цѣлямъ, чѣмъ не исключается, однако, возможность преслѣдованія ими и интересовъ гражданскаго права, вступленія ихъ въ гражданскій оборотъ, въ качествѣ юридическихъ лицъ; но это

не будетъ уже характеризовать сословія, какъ такового, за которымъ не всегда признается качество юридическаго лица. Слѣдовательно, сословныя отношенія, какъ таковыя, могутъ принадлежать гражданскому праву лишь настолько, насколько принадлежностью лица къ тому или другому сословію обусловливается личная правоспособность или насколько сословность |conditio въ судебномъ смыслѣ| опредѣляетъ рѣшающимъ образомъ гражданскія права даннаго лица. Съ этой стороны, условленности правоспособности лица принадлежностью его къ тому или другому сословію,-сословія и подлежатъ нашему разсмотрѣнію. Родъ и способъ этого вліянія различны:напримѣръ,извѣстны преимущества, не предоставленныя другимъ - право на особый титулъ, гербъ, должность, установленіе фидеикоммиссовъ и т.д.

Это сословныя привилегіи, исключительныя права, созданныя только для даннаго сословія и иначе не существующія; это - абсолютныя сословныя права. Но бываютъ и такія сословныя различія,когда извѣстныя права,принадлежа всѣмъ сословіямъ и не заключая въ себѣ поэтому никакой привилегіи, подчиняются,однако,при отправленіи ихъ тѣмъ или другимъ сословіемъ извѣстнымъ правиламъ и ограниченіямъ;такъ, напримѣръ, наслѣдственное право, не составляющее ничьей привилегіи,не признается иногда за однимъ сословіемъ относительно другого и т.д. Здѣсь гово-

рятъ обыкновенно объ относительныхъ сословныхъ правахъ. Въ Средніе вѣка, какъ извѣстно, все развитіе права шло черезъ сословія. Права, одинаковаго для всѣхъ, отрѣшеннаго отъ государственнаго и соціальнаго положенія лица, не существовало, а существовало особое земское и ленное право для дворянъ, |высшее дворянство опредѣляло при этомъ свое право особыми семейными договорами и домовыми законами|, особое городское право |Weichbildrecht| для городовъ, особое поиѣщичье право |Hofrecht| для крестьянъ и крѣпостныхъ. Это различіе права по сословіямъ обнаруживалось, напримѣръ, на поземельномъ владѣніи, которое регулировалось различными нормами, смотря по тому, кому оно принадлежало и на иножествѣ другихъ институтовъ, которые устанавливались спеціально въ виду того или другого сословія и не допускали участія въ нихъ другихъ сословій. Въ настоящее время Европа не знаетъ уже сословныхъ различій въ правѣ. Сигналомъ къ уничтоженію ихъ послужили знаменитыя постановленія Французскаго Учредительнаго Собранія въ ночь 4-го августа 1789 года, и нѣсколько привилегированное положеніе въ гражданскомъ правѣ сохранило теперь только, такъ называемое, высшее дворянство |der hohe Adel| въ Германіи. Все остальное дворянство потеряло и здѣсь послѣ движенія 1848 года свои прежнія привилегіи, и лишь немногія партикулярныя законодательства считаютъ до сихъ поръ институтъ фидеикоииис-

совъ, - которымъ соотвѣтствуютъ наши заповѣдныя имѣнія, учреждаемыя только для дворянъ, существующимъ исключительно въ интересахъ этого сословія. Но въ общемъ сословія и профессія перестали служить юридическими подраздѣленіями народа, и всѣ ограниченія въ занятіяхъ тѣми родами дѣятельности, которые почитались прежде исключительной принадлежностью того или другого сословія и въ переходѣ изъ одного сословія въ другое, въ принципѣ теперь отмѣнены, - такъ что, если въ Средніе вѣка профессіи переходили часто въ настоящія сословія, дѣлаясь наслѣдственными, то въ настоящее время наслѣдственныя сословія дѣлаются, наоборотъ, профессіями. Поэтому крестьяне опредѣляются, напримѣръ, въ Прусскомъ Landrechte |II 7 параграфъ I| не какъ потомки прежнихъ крестьянъ, а какъ люди, занимающіеся непосредственно земледѣліемъ и сельскимъ хозяйствомъ.

Если же до сихъ поръ встрѣчаемся въ нѣкоторыхъ партикулярныхъ законодательствахъ съ институтами, принадлежащими преимущественно наслѣдственному праву и разсчитанными спеціально на крестьянское землевладѣніе, то руководящимъ мотивомъ этихъ институтовъ являются теперь не сословныя различія, а потребности крестьянскаго хозяйства, - не сословныя, а утилитарныя точки зрѣнія. Поэтому и рѣчь объ этихъ институтахъ должна вестись не въ ученіи о правоспособности, а въ вещномъ правѣ. Точно такъ и торговое право не составляетъ теперь, какъ въ

Средніе вѣка, субъективно привилегіи торговаго класса, а служитъ прежде всего и объективно - потребностямъ и юридическимъ отношеніямъ торговаго оборота. Доступъ во всѣ сословія теперь въ принципѣ свободенъ, открытъ для всѣхъ, и если въ этомъ отношеніи дѣйствуютъ еще нѣкоторыя ограниченія, то эти послѣднія имѣютъ чисто политическій и административный характеръ, не переходя въ область гражданскаго права. Таково, напримѣръ, запрещеніе заниматься торговлей и промыслами, касающееся у насъ духовенства, а въ Германіи - лицъ, состоящихъ на службѣ государства, иначе какъ съ согласія подлежащаго начальства или запрещеніе вступать въ бракъ безъ согласія этого же начальства, относящееся какъ въ Германіи, во Франціи, такъ и у насъ или къ чинамъ военнаго вѣдомства или ко всѣмъ вообще состоящимъ на государственной службѣ лицамъ. Но на эти запрещенія нельзя ссылаться противъ гражданскихъ послѣдствій сдѣлокъ, совершенныхъ при ихъ нарушеніи, такъ что чиновнику и священнику придется всегда заплатить долгъ, совершенный ими по запрещенной имъ торговлѣ, а офицеру, не спросившемуразрѣшенія начальства на вступленіе въ бракъ, придется остаться въ этомъ бракѣ, не смотря на все желаніе выйти изъ него. Значеніе и исторія

образованія сословій у насъ значительно разнятся отъ того, что представляетъ въ этомъ отношеніи Западная Европа. Если тамъ сословная организація была часто сильнѣе государственной и проникала сословнымъ элементомъ весь государственный строй, то у насъ, наоборотъ, само государство стремилось для своихъ цѣлей организовать сословія и снабдить ихъ извѣстной суммой правъ и обязанностей, дѣйствіемъ которыхъ оно привлекало ихъ на свою службу. Подробности по этому предмету излагаются въ исторіи русскаго права. До послѣдняго времени, т.е. до коренныхъ преобразованій предпрошлаго царствованія типъ сословной нормы, окончательно опредѣлившійся при Екатеринѣ II, былъ у насъ господствующимъ и налагалъ свою печать на всю систему нашего гражданскаго права.

Поэтому то и нашъ Сводъ Законовъ, резюмировавшій предшествовавшее право, въ которомъ не было ничего, кромѣ законовъ, сильно и почти исключительно окрашенныхъ однимъ государственнымъ элементомъ, не далъ въ своей системѣ гражданскаго права, занимающей, какъ вамъ извѣстно, I ч. X т., мѣста никакимъ постановленіямъ о субъектѣ гражданскаго права. Все, что мы знаемъ изъ Свода о лицѣ, какъ субъектѣ гражданскаго права, исходитъ не изъ нашего цивильнаго кодекса, а изъ законовъ о состояніяхъ или сословіяхъ въ широкомъ смыслѣ, помѣщенныхъ въ IX томѣ Свода. Но не смотря на всѣ слѣды прежняго смѣше-

нія публичнаго и гражданскаго права, сословныя нормы далеко не имѣютъ у насъ теперь того значенія, какое онѣ имѣли прежде. Въ Сводѣ удерживаются и перепечатываются въ новыхъ изданіяхъ положенія, опредѣлявшія прежде права сословій и утратившія теперь вслѣдствіе распространенія этихъ правъ на всѣхъ свой сословный характеръ, уступившій мѣсто свойствамъ общихъ нормъ".

Примѣръ такой сословной нормы мы имѣемъ въ положеніи, устанавливающемъ, что "дворянинъ не можетъ быть безъ суда лишенъ жизни, правъ состоянія, имѣнія" |IX, ст. 313, 326|. Но теперь это уже не изъятіе изъ общаго правила, не исключительная, а общая норма, такъ какъ безъ суда никто не лишается ни жизни, ни правъ состоянія, ни имущества. Или: "Потомственный дворянинъ можетъ пріобрѣтать законнымъ способомъ всѣ безъ изъятія роды имуществъ движимыхъ и недвижимыхъ", - входить во всѣ вообще договоры и обязательства, а также распоряжаться недвижимымъ имуществомъ по правиламъ въ законахъ гражданскихъ установленнымъ |ст. 327|. Эта привилегія, и именно привилегія владѣнія населенными имѣніями сохраняла свое значеніе нѣкоторое время и послѣ отмѣны крѣпостного права, до его окончательной ликвидаціи, и исчезла вполнѣ изъ нашего законодательства лишь I-го января 1883 года, когда бывшіе помѣщичьи крестьяне, состоявшіе еще въ обязательственныхъ отно-

шеніяхъ къ своимъ бывшимъ помѣщикамъ, были переведены съ оброчной и издѣльной повинности на выкупные платежи и причислены къ разряду крестьянъ-собственниковъ |продолж. 1883 года ч. 2, т. IX ст. 731|. Поэтому въ настоящее время, когда каждый сельскій обыватель можетъ пріобрѣтать въ собственность недвижимое и движимое имущество, отчуждать, отдавать въ залогъ" и т. д. |см. 715 и 766|, и когда "крестьяне и башкиры, какъ отдѣльно, такъ и цѣлыми обществами могутъ входить , на основаніи общихъ постановленій, во всякіе закономъ дозволенные договоры, обязательства и подряды" |т. IX особ. прим. I ст. 22|,- весь историческій матеріалъ этихъ и многихъ другихъ различныхъ по своему историческому происхожденію статей можно было бы ввести въ составъ общихъ нормъ правоспособности, обозначая при нихъ лишь немногія отступленія, не утратившія пока своего практическаго значенія. Эти ограниченія по сословіямъ теперь очень немногочисленны и заключаютъ въ себѣ не столько привилегіи, сколько особо приноровленныя къ той или другой сферѣ имущественнаго обладанія институты полуцивильнаго характера. Сюда относятся главнымъ образомъ, дворянскія заповѣдныя имѣнія и крестьянскія земли, ограниченныя въ предѣлахъ своей дѣлимости; рѣчь о нихъ будетъ въ вещномъ правѣ.

Изъ существующихъ же въ нашемъ правѣ дѣйствительныхъ сословныхъ ограниченій необходимо отмѣтить

слѣдующія:

а| ограниченіе потомственныхъ дворянъ въ правѣ усыновленія представляетъ собою несомнѣнное умаленіе гражданской правоспособности лицъ этого класса сравнительно съ другими. Потомственные дворяне могутъ усыновить только при отсутствіи потомковъ и сродниковъ мужского пола той же фамиліи при условіи, что усыновленный принадлежитъ къ кругу законнорожденныхъ родственниковъ усыновителя, и при томъ не иначе, какъ съ Высочайшаго разрѣшенія безъ всякихъ предпочтеній для усыновленнаго въ правѣ наслѣдованія |X. I45, I47|, кромѣ одного случая, когда усыновитель передаетъ съ Высочайшаго разрѣшенія свою фамилію мужу одной изъ своихъ родственницъ; тогда по смерти ея безъ потомства, къ наслѣдству во всемъ ея недвижимомъ имуществѣ призывается усыновленный |X т. ст. I48, II60|. Это ограниченіе, стоящее въ связи съ чертами стараго и давно исчезнувшаго быта дворянъ, не компенсируется въ настоящее время съ прежними преимуществами потомственныхъ дворянъ |владѣніе населенными имѣніями| и кромѣ того идетъ въ разрѣзъ съ общими законами объ усыновленіи| личные дворяне и почетные граждане при свободѣ усыновленія не сообщаютъ усыновленнымъ только правъ состоянія, передавая имъ общую гражданскую правоспособность и всѣ права, какія установлены закономъ для родныхъ дѣтей усыновителя|.

б| Ограниченія правоспособности лицъ, принад-

ложащихъ къ духовному званію, основаны не на государственныхъ или цивильныхъ соображеніяхъ, а на соображеніяхъ *juris divini* и особаго призванія служителей алтаря. Это видно изъ того, что всѣ установленныя по отношенію къ правоспособности духовенства ограниченія имѣютъ силу лишь до тѣхъ поръ, пока тотъ или другой членъ этого сословія удерживаетъ за собою положеніе служителя алтаря: съ потерей этого положенія исчеваетъ *eo ipso* и ограниченіе. Ограниченія правоспособности бѣлаго духовенства состоятъ у насъ въ томъ, что ему не дозволяется вести торговыя операціи, входить въ подряды, участвовать въ вексельныхъ обязательствахъ, быть поручителями по подобнымъ дѣламъ, заниматься нѣкоторыми отраслями промышленности |винокуреніе, виноторговля|; но эти промыслы могутъ быть управляемы черезъ арендатора, если духовное лицо владѣетъ недвижимостью по праву дворянства; духовное званіе не вполнѣ поглощаетъ принадлежность лица къ тому или другому сословію. Законъ воспрещаетъ еще лицамъ бѣлаго духовенства хожденіе по дѣламъ, кромѣ дѣлъ церкви, ихъ женъ, дѣтей и питомцевъ, состоящихъ на ихъ попеченіи. За этими исключеніями они пользуются полной гражданской правоспособностью, но большинство указанныхъ ограниченій распространено и на духовенство иностранныхъ исповѣданій. Кромѣ того для православныхъ посвященіе въ дьяконскій или священническій санъ является абсолютнымъ препятствіемъ ко вступле-

нію въ бракъ |на практикѣ бракъ предшествуетъ посвященію|.

в| Ограниченія правоспособности чернаго духовенства - монаховъ носятъ совершенно другой характеръ, напоминающій во многихъ отношеніяхъ полное прекращеніе гражданской правоспособности, которое вызывается самою природою монашескихъ обѣтовъ, требующихъ отреченія отъ всей почти сферы цивильныхъ отношеній. Поэтому монашествующій почитается за лицо, "отрекшееся отъ имущества своего единожды навсегда, и не получаетъ его обратно даже чрезъ сложеніе сего званія впослѣдствіи" |IX, 356, 480|. Монашествующіе не имѣютъ ни jus connubii, ни jus commercii, кромѣ незначительныхъ сдѣлокъ обыденной жизни и распоряженій mortis causa для монашествующихъ властей |см. ст. 357, 358, 361, 362 тома IX; относительно католическихъ монаховъ - 442, 443, 478|. Болѣе подробныя свѣдѣнія сообщаются въ курсѣ церковнаго права.

г| Ограниченія правоспособности городского сословія отошли теперь въ область исторіи и правоспособность этого сословія представляетъ собою въ настоящее время скорѣе типъ общей правоспособности, чѣмъ отступленіе отъ нея. Сохранившіяся ограниченія суть болѣе способы обложенія промысловъ и торговли, чѣмъ ограниченія правоспособности.

д| Наконецъ, относительно крестьянскаго сосло-

вія мы можемъ говорить опять не столько объ ограниченіи правоспособности, сколько объ особой сферѣ правъ и отношеній лицъ, принадлежащихъ къ этому сословію. Принадлежность къ нему не закрываетъ путей къ общей гражданской правоспособности, но ставитъ крестьянъ въ нѣкоторыя особыя отношенія къ ихъ обществамъ и подчиняетъ ихъ отдѣльной юрисдикціи судебныхъ и административныхъ по крестьянскимъ дѣламъ учрежденій. Съ нѣкоторыми институтами, имѣющими силу только для крестьянъ, мы ознакомимся впослѣдствіи.

IУ. З В А Н І Е.

Званіе |служебное положеніе лица|, постоянное занятіе въ видѣ промысла, какъ условіе, вліяющее такъ или иначе на право и дѣеспособность, утрачиваетъ постепенно свое прежнее значеніе. Что касается службы, то нужно обратить прежде всего вниманіе на наши законы о несовмѣстимости должностей |Прод. Свод. Зак. 1890 года ст. 528 и сл.|. Но считать несовмѣстимость должностей за ограниченіе правоспособности лицъ, состоящихъ на службѣ, очень трудно. Выше всего она должна разсматриваться какъ гарантія правильнаго отправленія служебныхъ обязанностей. Такъ, напримѣръ, чиновникамъ и должностнымъ лицамъ воспрещается вступать въ торги и обязательства по подрядамъ и поставкамъ съ казной подъ страхомъ наказанія по 485 ст. Улож. о Нак.; имъ запрещено так-

же быть залогодателями по подрядамъ и поставкамъ подъ страхомъ конфискаціи залоговъ и исключенія изъ службы. Равнымъ образомъ, чиновникамъ не дозволяется заключать съ подрядчиками или поставщиками какія бы то ни было денежныя сдѣлки, во время составленія условій съ казной или во время исполненія договора съ нею, подъ страхомъ взысканія суммы, равной цѣнѣ сдѣлки и исключенія изъ службы; такая же сумма взыскивается и въ томъ случаѣ, если чиновникъ, имѣвшій ранѣе составленія условій съ казной денежную сдѣлку съ лицомъ, ищущимъ полученія подряда или поставки, не объявлялъ о семъ начальству до заключенія договора |см. прим. къ ст. 1737|. Точно также существуютъ ограниченія въ правѣ казначеевъ отчуждать принадлежащее имъ недвижимое имущество безъ разрѣшенія начальства и безъ соблюденія установленныхъ на сей конецъ правилъ |718| и проч. Но особенное вниманіе слѣдуетъ обратить на обособленное положеніе лицъ военнаго званія, которымъ, пока они состоятъ на дѣйствительной службѣ, воспрещается самимъ завѣдывать торговыми и промышленными предпріятіями, а нижнимъ чинамъ воспрещено еще и вступленіе въ бракъ.

Это послѣднее запрещеніе не касается офицеровъ, которыхъ священники тоже не могутъ вѣнчать безъ разрѣшенія подлежащаго начальства. Брачное совершеннолѣтіе офицеровъ арміи принято при этомъ въ

23 года, флота - въ 25 лѣтъ, но бракъ разрѣшается не иначе, какъ по представленіи реверса, или имущественнаго обезпеченія не ниже 250 рублей годового дохода, причемъ командиръ, дающій разрѣшеніе на бракъ, обязанъ убѣдиться въ "пристойности" брака для офицера |Собр. Узакон. 1887 г. № 112|.

Эти виды ограниченій права вступленія въ бракъ военно-служащихъ представляютъ собою, однако, только *Leges minus, quam perfectae* такъ какъ они не влекутъ за собою ничтожности совершеннаго брака, если нѣтъ другихъ условій, опорочивающихъ его дѣйствительность, и всѣ послѣдствія ихъ нарушенія ограничиваются служебнымъ взысканіемъ и устраненіемъ проистекающихъ отсюда для военной службы неудобствъ.

Нѣкоторые изъ нашихъ систематиковъ вслѣдъ за Мейеромъ считаютъ еще за ограниченія правоспособности въ зависимости отъ особаго положенія или званія лица такіе случаи ограниченія личной дѣятельности, которые являются въ дѣйствительности вовсе не ограниченіями правоспособности, а лишь естественными послѣдствіями исполненія договорныхъ или другихъ обязательствъ.

Такъ, напримѣръ, участвующій въ договорѣ товарищества для извлеченія выгодъ изъ какого либо предпріятія не въ правѣ эксплоатировать одновременно и это предпріятіе, въ ущербъ товариществу для своихъ

личныхъ цѣлей. Повѣренный не можетъ взять на себя завѣдываніе противоположными интересами двухъ противныхъ сторонъ, или обязавшись принимать мѣры къ повышенію цѣны извѣстнаго товара, онъ не въ правѣ обязываться предъ другими лицами въ смыслѣ противоположномъ, т.е. въ смыслѣ пониженія цѣнъ. Точно также таможенные чиновники, нотаріусы, браковщики, аукціонеры не могутъ участвовать въ операціяхъ, надзоръ за коими составляетъ ихъ обязанность. Все это - не ограниченія правоспособности, а консеквенціи договорныхъ или общихъ обязанностей, независимыхъ отъ частныхъ соглашеній, и потому наше законодательство поступаетъ правильно, помѣщая многія ограниченія подобнаго рода въ спеціальные уставы о службѣ гражданской, въ уставы торговый, таможенный, врачебный и т.п. Къ этой же категоріи должны быть отнесены и нѣкоторыя помѣщенныя въ нашемъ общемъ гражданскомъ законодательствѣ статьи, напримѣръ:

а| относительно разрѣшенія начальства на бракъ дипломата съ иностранкой подъ условіемъ, чтобы она продала свои имѣнія въ чужихъ краяхъ |X т. ч. I,ст. 66|;

б| Относительно запрещенія карантиннымъ чиновникамъ быть душеприкащиками и легатаріями по завѣщаніямъ лицъ, пребывающихъ въ карантинѣ;

в| относительно уже указанныхъ нами ограниченій чиновниковъ въ правѣ вступить въ казенные подряды и тому подобное.

ГРАЖДАНСКАЯ ЧЕСТЬ.

Честь есть признаніе личнаго достоинства человѣка со стороны общества. Это признаніе обнаруживается прежде всего не въ области права, а въ области общественныхъ нравовъ. Поэтому честь есть понятіе соціальной жизни, что и объясняетъ постоянныя колебанія во взглядахъ на то, что согласно съ понятіемъ чести и что нѣтъ, колебанія, обусловленныя различіемъ общественныхъ состояній и жизненныхъ теченій. Понятіе чести мѣняется не только отъ мѣста къ мѣсту, но и отъ сословія къ сословію, и то, что считается честью для одной общественной группы, часто безразлично для другой. Регуляторомъ явленій, связанныхъ съ понятіемъ о чести, служитъ общественное мнѣніе, которое, если оно только достаточно сильно, заставляетъ сообразоваться съ собой и право. Съ этого момента честь переходитъ въ область права и дѣлается юридическимъ понятіемъ. Какъ соціальное безчестіе лишаетъ затронутое имъ лицо общественнаго уваженія и участія въ тѣхъ общественныхъ отношеніяхъ, которыя требуютъ отъ своихъ участниковъ незапятнанной чести, такъ и гражданское безчестіе лишаетъ тѣхъ правъ, которыя основаны на признаніи личнаго достоинства и чисто личныхъ отношеній людей другъ къ другу. Поэтому послѣдствія лишенія чести или безчестія относятся, главнымъ образомъ, къ тѣмъ правамъ, въ которыхъ на первомъ

планѣ стоитъ личное достоинство; поэтому же гражданскія послѣдствія безчестія связаны гораздо болѣе съ правами личныхъ, нежели имущественныхъ отношеній. Такъ, можно владѣть собственностью, вступать въ разнаго рода договоры, но нельзя занимать должности, быть свидѣтелемъ и совершать извѣстныя, не носящія имущественнаго характера сдѣлки, не обладая совершенно незапятнанной честью.

Послѣдствія, связанныя съ понятіемъ о безчестіи, принадлежатъ гораздо болѣе къ публичному, нежели къ гражданскому праву. Но условія и отдѣльныя послѣдствія безчестія не всегда нормируются закономъ, и при обсужденіи ихъ судьи руководствуются часто общенародными воззрѣніями, еще не нашедшими полнаго выраженія въ законодательствѣ. Вслѣдствіе зависимости понятія чести отъ національнаго характера и общественной организаціи, римскія положенія объ *infamia* далеко не вполнѣ были рецепированы европейскими законодательствами. Современныя понятія о безчестіи и римскія *infamia* имѣютъ въ сущности одно и то-же основаніе въ признаніи человѣческаго достоинства за личностью со стороны общества; но содержаніе этихъ понятій въ Римѣ и у насъ совершенно различно. Тѣ права, которыхъ лишался римскій гражданинъ вслѣдствіе *infamia* потеряли у европейскихъ народовъ то значеніе, какое они имѣли у римлянъ, такъ что понятіе личнаго достоин-

ства связано теперь не съ тѣми же, а съ другими правами. Въ Римѣ мѣриломъ высшаго достоинства было участіе въ народномъ собраніи, избраніе на общественныя должности - *jus suffragii* и *honorum*. У европейскихъ народовъ, скоро утратившихъ свою политическую самостоятельность, понятіе о чести связывается съ чисто сословными преимуществами: безчестіе состояло въ Средніе вѣка въ лишеніи этихъ сословныхъ правъ. Въ различныхъ степеняхъ вліянія безчестія на право - и - дѣеспособность лица, можно прослѣдить отъ Среднихъ Вѣковъ до настоящаго времени - три градаціи.

I. Лица, теряющія честь по приговорамъ судовъ за тяжкія преступленія, влекущія за собою, кромѣ установленнаго наказанія, еще и лишеніе различныхъ правъ какъ публичныхъ, такъ и гражданскихъ. Послѣдствіями такого рода судебныхъ приговоровъ являются потеря имущественныхъ правъ посредствомъ конфискаціи, неспособность къ занятію должностей, лишеніе жалованія, пенсіи и т. д. Въ Средніе вѣка, лишавшіеся права свидѣтельствовать на судѣ, теряли еще право на очистительную присягу и обязаны были во всѣхъ случаяхъ суда надъ собою очищаться посредствомъ единоборства и Суда Божія. - Эта первая категорія лицъ, лишавшихся извѣстныхъ правъ по безчестію, цѣликомъ принадлежитъ къ области публичнаго права и не имѣетъ близкаго отношенія къ понятію чести; умаленіе послѣдней вѣдь не самостоятельно,

а стоитъ въ зависимости отъ преступленія. Гораздо ближе и непосредственнѣе къ понятію чести стоитъ другая категорія безчестія.

2. Это - безчестіе, связываемое съ извѣстными занятіями. Въ Средніе вѣка была масса подобнаго рода занятій, влекущихъ за собою *infamia*, какъ то: борцы, вступавшіе за деньги въ судебные поединки, комедіанты, артисты, музыканты, публичныя женщины, содержатели публичныхъ домовъ и множество другихъ профессій. За убійство лицъ этихъ профессій не платилось виры, которой въ то время измѣрялась отвѣтственность за всякаго рода правонарушенія. Затѣмъ, они не пользовались правами достовѣрнаго свидѣтельства, не допускались къ присягѣ на судѣ, и оскорбленія противъ нихъ, хотя и карались, но въ ничтожной степени и безъ права полученія ими какой бы то ни было виры.

3. Послѣднюю категорію лицъ, терпящихъ умаленіе чести, представляютъ незаконнорожденные. Если въ началѣ Среднихъ вѣковъ рожденіе внѣ брака не считалось безчестіемъ, и въ норвежскомъ правѣ признавалось за незаконнорожденными даже право на престолонаслѣдіе, то наоборотъ - съ распространеніемъ христіанства и въ особенности съ установленіемъ взгляда на бракъ, какъ на таинство, положеніе незаконнорожденныхъ дѣтей сильно ухудшилось, и въ результатѣ они были низведены до положенія лицъ со-

вершенно безправныхъ. По нѣкоторымъ крестьянскимъ правамъ Среднихъ вѣковъ | Verstrümer | незаконнорожденные подчинялись установленнымъ для крестьянъ повинностямъ, а въ Саксонскомъ и Швабскомъ зерцалахъ они объявлялись прямо безправными: не получая виры, они были лишены политическихъ правъ, не пріобрѣтали права гражданства и не занимали должностей; не могли имѣть на судѣ опекуновъ, ограничивались въ свидѣтельствѣ, не принимались въ цехи; церковь не допускала ихъ къ ординаціи и лишала церковнаго погребенія.

Въ новое время это положеніе незаконнорожденныхъ значительно измѣнилось: во первыхъ, за ними признаны политическія права, во вторыхъ, признаны во всей полнотѣ права гражданскія за единственнымъ ограниченіемъ въ наслѣдственномъ правѣ, которое не идетъ,однако, какъ это мы видимъ у насъ, до отрицанія этого права въ имуществѣ не только матери, но и отца. Въ Россіи положеніе незаконнорожденныхъ гораздо хуже сравнительно съ положеніемъ ихъ на Западѣ. Чтобы составить себѣ понятіе о томъ состояніи безправія, которое соединяло старое русское право съ внѣбрачнымъ рожденіемъ, достаточно указать на 280 ст. главы X Уложенія Алексѣя Михайловича, обрушивающагося на незаконнорожденныхъ со всей энергіей, достойной,конечно, лучшаго дѣла. "А буде кто съ кѣмъ побранится, назоветъ кого выблядкомъ, и тотъ кого онъ назоветъ выблядкомъ, учнетъ на него госу-

дарю бити челомъ безчестье, и съ суд.. сыщется и) того челобитчика допрямо, что онъ не выблядокъ, а ему на томъ, кто его назоветъ выблядкомъ, велѣть по сыску допровить безчестье вдвое безо всякія пощады. А будетъ про того челобитника въ сыску скажутъ, что онъ прямой выблядокъ, прижитъ отъ наложницы до жены, или и при законной женѣ, и такимъ выблядкомъ въ безчестьяхъ отказывать, и къ законнымъ дѣтямъ...не причитать и помѣстій и вотчинъ...не давать. А будетъ тотъ, кто того выблядка у наложницы прижилъ, на той наложницѣ и женится, и ему того выблядка въ законныя дѣти не причитать же, и помѣстій и вотчинъ тому его выблядку не давать, потому что онъ того выблядка прижилъ у наложницы своей безза-конно до женитьбы".

Въ дѣйствующемъ правѣ большія стѣсненія незаконнорожденныхъ относятся къ области семейнаго и наслѣдственнаго права. По отношенію къ уравненію незаконнорожденныхъ наше положительное законодательство стоитъ и теперь еще на точкѣ зрѣнія Уложенія, не зная иныхъ формъ легитимаціи, кромѣ сопричтенія къ законнымъ дѣтямъ силой особыхъ Высочайшихъ указовъ. За исключеніемъ этихъ случаевъ права незаконнорожденныхъ, разъ не послѣдуетъ усыновленія или узаконенія |зак. 21 марта 1891 года|, совершенно

ничтожны въ союзѣ семейственномъ и родственномъ, хотя они и пользуются общей цивильной правоспособностью. Опасаясь, очевидно, обхода закона, столь строгаго въ дѣлѣ узаконенія, нашъ законъ постоянно оговариваетъ недопустимость усыновленія своихъ незаконнорожденныхъ дѣтей. Не говоря уже о потомственныхъ дворянахъ, которые могутъ усыновлять только своихъ родственниковъ, такая же оговорка о запрещеніи усыновлять своихъ незаконныхъ дѣтей сдѣлана и для личныхъ дворянъ. Что касается до усыновленія со стороны купцовъ, то требуется удостовѣреніе въ каждомъ случаѣ, что усыновляемый есть именно чужой, подкидышъ, а не свой незаконнорожденный. Сравнительно свободное усыновленіе, не сопровождающееся особымъ изслѣдованіемъ кровной связи между усыновителемъ и усыновленнымъ, допускается только мѣщанамъ и сельскимъ обывателямъ. Но всѣ эти запрещенія не достигаютъ своей цѣли и при желаніи установить семейную связь между родителями и дѣтьми всегда могутъ быть обойдены, такъ что не говоря уже о ссвершенной устарѣлости всѣхъ этихъ запрещеній, они вовсе не приводятъ и къ преслѣдуемой ими цѣли. И на Западѣ во французскомъ кодексѣ до сихъ поръ запрещается узаконеніе дѣтей, рожденныхъ отъ прелюбодѣянія и кровосмѣшенія.

Постановленія нашего законодательства относительно гражданскихъ послѣдствій безчестія довольно

скудны, но по отношенію къ безчестію, вызываемому общественными возврѣніями, особенностями жизни того или другого сословія и т.д., наше законодательство не даетъ вовсе никакихъ нормъ. Это можно объяснить происхожденіемъ источниковъ нашего законодательства отъ той эпохи, когда государство не допускало автономіи разныхъ союзовъ, столь крѣпкихъ въ Западной Европѣ. Но хотя и въ крайне ограниченныхъ предѣлахъ, наше законодательство все таки допускаетъ нѣкоторыя видоизмѣненія правоспособности вслѣдствіе явныхъ и гласныхъ пороковъ, суровыхъ поступковъ, расточительности, независимо отъ особаго признанія расточителемъ въ указанномъ выше порядкѣ, несостоятельности и т.п., тоже независимо отъ признанія банкротства и т. д.

Когда эти пороки не удостовѣрены еще судомъ, но ясно сознаются въ обществѣ и отъ него переходятъ въ сознаніе суда, какъ свойства даннаго лица, то и это производитъ извѣстныя гражданскія послѣдствія, которыя у насъ ограничены, впрочемъ, однимъ лишь лишеніемъ права быть опекуномъ |X ст. 256|. Но въ нѣкоторыхъ случаяхъ и нашъ законъ даетъ легко распознаваемый и формальный критерій для умаленія гражданской правоспособности. - Въ 246 ст. Гражд. Суд. въ числѣ лицъ, неспособныхъ быть повѣренными, названы въ пунктѣ I2 лица, исключенныя изъ службы за пороки по приговору тѣхъ сословій, къ которымъ они принадлежали. Запрещеніе быть повѣренными относится и къ не-

состоятельныхъ, которые признаны таковыми, хотя бы свойство ихъ несостоятельности и не было опредѣлено.

Двоеженецъ осуждается на всегдашнее безбрачіе, и законъ мститъ ему тѣмъ, въ чемъ онъ больше всего грѣшилъ. Къ тому же умаленію правоспособности по безчестію относится расторженіе брака для признаннаго прелюбодѣя. Затѣмъ, отлученные отъ церкви не могутъ быть повѣренными и свидѣтелями. Вообще всѣ эти положенія о безчестіи составляютъ то, что въ римскомъ правѣ было *infamia facti* или *immediata*, связанная съ промысломъ или личнымъ порокомъ, тогда какъ безчестія по судебному приговору принадлежатъ къ *infamia mediata* сохраняющей въ современномъ правѣ одинаковое значеніе съ тѣмъ, какое она имѣла въ Римѣ. Но послѣдствія и даже самые случаи, такъ называемой *infamia immediata* радикально измѣнились, а нѣкоторые изъ нихъ, какъ, напримѣръ, вытекавшія изъ гражданскихъ правонарушеній - деликтовъ и изъ договоровъ *societas, mandatum, depositum*, опеки, - въ современномъ правѣ совсѣмъ не встрѣчается, что и показываетъ всячію совершенно условный и чисто историческій характеръ понятія чести и безчестія.

Укажемъ въ заключеніи на связь *infamia mediata*, т.е. безчестія на основаніи судебныхъ приговоровъ, съ дѣйствующей у насъ системой наказаній.

1| Понятіе лишенія всѣхъ правъ состоянія - не требуетъ разъясненій |Уложеніе о наказ. 22|. Необходимо только замѣтить, что наказаніе постигаетъ лишь самого осужденнаго. Старыя семейныя отношенія для жены и дѣтей прекращаются эвентуально |если они не захотятъ, напримѣръ, послѣдовать за осужденнымъ въ Сибирь|, - а родственныя, - какъ основанія для наслѣдованія - безусловно. Ссыльно-поселенцы могутъ однако и до перечисленія ихъ въ государственные крестьяне пріобрѣтать недвижимость въ той волости, гдѣ они приписаны, если они вели себя безупречно въ теченіе трехъ лѣтъ. Послѣ объявленія приговора всякія завѣщательныя распоряженія недѣйствительны |ст. 1019 т. X ч. I|.

2| Лишенные всѣхъ особенныхъ правъ и преимуществъ не имѣютъ права записываться въ гильдіи, брать торговыя свидѣтельства, быть свидѣтелями при совершеніи актовъ, опекунами, повѣренными |Уложеніе о наказаніяхъ ст. 43|.

3| Низшія степени умаленія правоспособности влекутъ за собою ограниченій въ области правъ семейственныхъ и имущественныхъ, если только эти послѣдствія не составляютъ сословныхъ привилегій.

46. УЧЕНІЕ ОБЪ ОБЪЕКТѢ ПРАВА И РАЗЛИЧНЫХЪ ВИДАХЪ ИМУЩЕСТВЪ ПО РУССКОМУ ПРАВУ.

Понятіе области имѣнія имѣетъ мѣсто

ній. Оно берется иногда въ смыслѣ объекта юридическихъ нормъ, предполагаемаго ими состава фактовъ и основываемаго по этимъ послѣднимъ юридическаго понятія. Но чаще подъ объектомъ права понимается только объектъ субъективныхъ правъ: или вещь, подчиненная управомоченному субъекту, или то, на что направлено данное субъективное право. Такъ,напримѣръ, въ примѣненіи къ обязательствамъ, объектомъ права называютъ или ихъ тѣлесный предметъ или дѣйствіе, исполненіемъ котораго достигается цѣль, обязательство. Но то, на что направлено право, что составляетъ его цѣль, лучше называть содержаніемъ права, а подъ объектомъ - понимать только предметъ господства, предметъ, непосредственно охватываемый даннымъ субъективнымъ правомъ. Въ этомъ смыслѣ объектомъ права можетъ быть какъ тѣлесная вещь, такъ и человѣческая личность,но съ различнымъ значеніемъ и въ различныхъ формахъ. Вещи имѣютъ въ правѣ только одно значеніе - объектовъ или предметовъ господства. Личность же есть прежде всего субъектъ права, и юридическое господство надъ ней можетъ быть поэтому только ограниченное, не захватывающее всего ея существа. Вотъ почему объектъ права въ техническомъ смыслѣ есть только безличный объектъ права, который и называется вещью въ широкомъ значеніи этого слова. Это понятіе вещи есть такое же юридическое понятіе, какъ и понятіе юридической личности, и какъ это послѣднее не совпадаетъ съ конкретной личностью

а основано на абстракціи, такъ и юридическое понятіе вещи не покрывается ни одной изъ дѣйствительно существующихъ вещей. Въ природѣ находится много вещей, которыя не могутъ быть никогда вещами въ юридическомъ смыслѣ, какъ напримѣръ звѣзды, облака, открытыя моря и т.д. Но независимо отъ этихъ вещей, недоступныхъ вообще для права и всѣ остальныя существующія въ природѣ вещи служатъ вещами въ юридическомъ смыслѣ не въ томъ видѣ, въ какомъ онѣ существуютъ въ природѣ, не въ своихъ измѣняющихся постоянно физическихъ и химическихъ свойствахъ, а лишь съ той стороны, съ которой онѣ оказываются доступными и интересными для юридическаго господства. Вещи въ этомъ смыслѣ раздѣляются обыкновенно на тѣлесныя и безтѣлесныя | res corporales u res incorporales |: послѣднія называются также "нематеріальными благами" | immaterialle Güter |. Первыя суть вещи въ тѣсномъ смыслѣ; это - ограниченныя въ пространствѣ части внѣшней природы въ совокупности тѣхъ отношеній къ нимъ человѣка, которыя допускаютъ юридическое господство. "Нематеріальныя блага" представляютъ собою идеальное распространеніе понятія тѣлесной вещи на тѣ права, которыя также способны служить предметомъ юридическаго господства, къ разряду которыхъ принадлежатъ авторское право, патенты на различнаго рода изобрѣтенія, торговыя фирмы и т. д. Названіе

"нематеріальныя блага", примѣняемое къ правамъ этого рода носитъ болѣе экономическую, чѣмъ юридическую окраску и замѣняется поэтому лучше терминомъ "безтѣлесныя вещи", которымъ оттѣняется присущій этимъ правамъ характеръ абсолютной защиты. Этимъ характеромъ защиты они сближаются съ настоящими вещными правами, имѣющими дѣла съ физическими вещами, хотя въ данномъ примѣненіе понятія безтѣлесной вещи является только частнымъ случаемъ или видомъ несравненно болѣе общаго въ римскомъ правѣ понятія *res incorporales*, которымъ обнимались, какъ извѣстно, всѣ права, какъ вещныя, такъ и личныя, не имѣющія только физическаго бытія, *quae tangi non possunt*, въ противоположность тѣлеснымъ вещамъ, *quae tangi possunt*. Новымъ законодательствамъ не чуждо и это чисто римское понятіе *res incorporales*, подъ которое подходятъ не только вещныя права и права на такъ называемыя нематеріальныя блага, но также обязательственныя и всѣ прочія права, имѣющія имущественную цѣнность, - и доказательствомъ того, что имъ не чуждо это понятіе, служитъ то, что мы постоянно встрѣчаемся въ этихъ законодательствахъ съ опредѣленіями, относящими различныя гражданскія права къ категоріямъ или движимыхъ или недвижимыхъ вещей. Во всѣхъ этихъ попыткахъ распространить понятіе объекта гражданскаго права далеко за предѣлы физическихъ вещей - не слѣдуетъ, однако, видѣть ничего иного кромѣ признанія той простой истины, что эти

понятія не всегда покрываютъ другъ друга и часто расходятся. Но создавать изъ нематеріальныхъ благъ и различныхъ правъ самостоятельныя категоріи объектовъ гражданскаго права - значитъ затемнять собственно понятіе объекта права и лишать его той ясности и опредѣленности, какой это понятіе обладаетъ только въ вещномъ правѣ, въ примѣненіи къ однимъ физическимъ вещамъ, различнымъ свойствами которыхъ здѣсь прямо обусловливается различный характеръ и различное содержаніе права. Въ другихъ областяхъ гражданскаго права понятіе объекта вовсе не имѣетъ такого рѣшающаго значенія для содержанія права, которое опредѣляется совсѣмъ другими моментами, - и распространеніе на эти области юридической категоріи объекта права въ томъ смыслѣ, въ какомъ эта категорія принѣняется и вполнѣ оправдывается въ вещномъ правѣ, есть ничто иное, какъ слѣдствіе стремленія - подыскать во что бы то ни стало объектъ для каждаго права, - стремленія крайней консеквенціей котораго была оригинальная теорія Пухты, создавшая, кромѣ извѣстныхъ и всѣми признаваемыхъ категорій гражданскихъ правъ, еще такъ называемыя права на собственную личность | Rechte an der eigenen Person |. Вслѣдствіе изложенныхъ соображеній, мы предпочли бы изученіе теоріи объекта гражданскаго права въ отдѣлѣ вещнаго права; но такъ какъ общепринятый взглядъ и наша программа помѣщаютъ эту теорію въ общей части, то мы и предпри-

мемъ сейчасъ краткое обозрѣніе принятыхъ въ нашемъ законодательствѣ видовъ вещей или "имуществъ", какъ называетъ ихъ нашъ законъ, избѣгающій употребленія термина "вещь".

50. ВИДЫ ИМУЩЕСТВЪ ПО РУССКОМУ ПРАВУ.

Наше законодательство различаетъ:

I. И м у щ е с т в а н а л и ч н ы я и д о г о в ы я |ст. 416 - 419 X т. I ч. Свод. Зак.Гражд.| Н а л и ч н ы м ъ имуществомъ называется все то, что укрѣплено за лицомъ, состоитъ за нимъ, ему передано или имъ самимъ произведено; д о л г о в ы м что принадлежитъ ему по векселямъ, заемнымъ письмам и другимъ обязательствамъ. Это дѣленіе въ общихъ чер тахъ напоминаетъ римскія категоріи res corporalis и res incorporalis и находится въ связи съ дѣленіемъ правоотношеній на вещныя и обязательствен ныя; поэтому,напримѣръ, нашъ сводъ относитъ тяжбы | tiones in rem| къ наличнымъ имуществамъ, а иск по правамъ требованія | actiones in personam къ долговымъ. Практическаго интереса это дѣленіе не имѣетъ |Мейеръ 105|.

2| И м у щ е с т в а д в и ж и м ы я и н е д в и ж и м ы я |Свод. Зак. Гражд. ст. 383, 384, 401 - 405|. Естественное дѣленіе вещей на res mobiles и res immobiles | съ разновидностя ми въ первой категоріи res motae и se moventia

извѣстно изъ римскаго права и не требуетъ разъясненій. Юридическое дѣленіе, однако, не всегда совпадаетъ съ естественнымъ: положительнымъ законодательствомъ обѣ категоріи вещей могутъ быть расширены или сужены. Нашъ сводъ не даетъ общихъ опредѣленій, а перечисляетъ примѣрно: недвижимости - земля, всякія угодья, дома; движимости - мореходныя и рѣчныя суда, скотъ и т. д.

Изъ статьи 401 *in fine* можно, однако, вывести и общій признакъ - связь съ землею для недвижимости и отсутствіе этой связи или потеря ея, напримѣръ, хлѣбъ сжатый или въ зернѣ, лѣсъ рубленный, дрова и т. п. - для движимости. Законъ относитъ къ движимымъ имуществамъ наличные капиталы и обязательства всякаго рода, хотя бы предметомъ ихъ была недвижимость |билеты кредитныхъ установленій|, а также иски и судебные споры. - Дѣленіе вещей на движимыя и недвижимыя представляетъ большой интересъ въ отношеніи культурно-историческомъ, административно-политическомъ |земля - часть государственной территоріи| и фискальномъ |недвиж. источн. неудобоскр. фундир. доходъ|; въ гражданскомъ правѣ этотъ интересъ сказывается во I|, въ способахъ пріобрѣтенія; недвижимости пріобрѣтаются крѣпостными актами, засвидѣтельствованными нотаріальнымъ порядкомъ; движимости - простою передачей или безформенной сдѣлкой объ этой передачѣ |ст. 806 Уст. Торгов. - представляетъ единственное исключеніе: мореходныя суда въ

первый разъ переходятъ по купчей крѣпости, а затѣмъ, по особымъ на ней надписямъ|; во 2|, въ порядкѣ наслѣдованія - напримѣръ, въ вопросѣ о совмѣстномъ наслѣдованіи мужчинъ и женщинъ: жена получаетъ 1/4 движимости и 1/7 недвижимости, дочь при братѣ - 1/8 движимости и 1/14 недвижимаго имущества. 3| Земельная собственность въ своемъ содержаніи подвергается въ интересахъ порядка общежитія многимъ ограниченіямъ |подробности въ вещномъ правѣ|, которыхъ не постановляется относительно движимостей, терпящихъ другія ограниченія въ установленныхъ для нихъ способахъ защиты |Подробности будутъ изложены опять въ вещномъ правѣ|.

Вообще нужно замѣтить, что противоположность между движимыми и недвижимыми вещами въ современномъ и особенно въ средневѣковомъ правѣ - гораздо рѣзче и глубже, чѣмъ какой она была въ римскомъ правѣ. Въ послѣднемъ эта противоположность опредѣлялась не только физическимъ свойствомъ переносимости или непереносимости тѣхъ или другихъ вещей и сопровождалась лишь несущественными юридическими различіями, которыя относились къ частностямъ и не имѣли общаго значенія. Напротивъ, въ средневѣковомъ и современномъ правѣ противоположность между движимыми и недвижимыми вещами - принципіальна, нестраничена частностями и распространена отъ физическихъ вещей на всѣ имущественные объекты, опредѣляясь уже не

естественнымъ свойствомъ переносимости или непереносимости, а чисто юридическимъ различіемъ, установляемымъ положительнымъ закономъ и распространяемымъ отъ физическихъ вещей на права, не имѣющія физическаго бытія. Различіе между римскимъ и новымъ правомъ по отношенію къ настоящему вопросу находитъ свое объясненіе въ томъ, что *какими* моментами, отъ которыхъ отправлялись Средніе вѣка, были - земледѣліе и натуральное хозяйство. Земля и все, что было въ связи съ нею, составляли базисъ, на которомъ покоилась семья, община, феодальная организація и весь вообще строй Среднихъ Вѣковъ. Поэтому земля и получила характеръ связанности, т.е. неподвижности, или "недвижимости", въ этомъ смыслѣ съ вытекающими отсюда послѣдствіями недѣлимости, неотчуждаемости и т.д. Движимости стали, напротивъ, подъ дѣйствіе господствовавшаго и въ римскомъ правѣ принципа свободы отчужденія и заняли въ общемъ положеніе, аналогичное съ тѣмъ, которое принадлежало имъ и въ этомъ послѣднемъ. Новое время съ своей тенденціей къ мобилизаціи поземельной собственности стремится правда устранить в у[illegible] средневѣковаго земледѣлія, удерживая ее только въ нѣкоторыхъ, исключительныхъ случаяхъ; но и при этой мобилизующей тенденціи современнаго капиталистическаго строя, земля все-таки сохраняетъ свое привилегированное положеніе между другими объектами фивическаго обладанія,

верженія въ землевладѣніи, и вслѣдствіе этого средневѣковое противоположеніе между движимостью и недвижимостью продолжается, хотя и въ смягченной формѣ до настоящаго времени. Послѣ того, какъ это противоположеніе установилось юридически и сдѣлалось до такой степени фундаментальнымъ, что все вещное право въ Германіи разбивается до сихъ поръ на право движимостей и право недвижимостей, - развитіе торговли, промышленности и всякаго рода капитала сдѣлало необходимымъ подведеніе всѣхъ вновь зарождающихся и появляющихся благъ подъ то же самое дѣленіе всѣхъ вещей на движимости и недвижимости.

Руководящимъ критеріемъ служили при этомъ не физическія свойства этихъ благъ, такъ какъ при разрѣшеніи, напримѣръ, такого вопроса: чѣмъ считать ренту - движимостью или недвижимостью? - нельзя было руководствоваться соображеніемъ о ея переносимости или непереносимости. Руководящимъ критеріемъ при разрѣшеніи подобныхъ вопросовъ служило назначеніе и функція тѣхъ благъ, принадлежность которыхъ къ той или другой категоріи вещей требовала опредѣленія. Разъ было признано, что земля должна имѣть особое юридическое положеніе, характеризуемое какъ право недвижимости вслѣдствіе того, что она служила постояннымъ основаніемъ для существованія семьи, общины и т. д., то отсюда слѣдовала сама собою квалификація юридической недвижимости для всѣхъ тѣхъ благъ, которыя способны были служить той же обще-

ственной цѣли, исполнять ту же соціальную функцію, какъ и земля. Недвижимостью стало въ общемъ все, что называется въ политической экономіи постояннымъ, или стоячимъ капиталомъ, а движимостью - оборотный капиталъ. Правда, что этотъ критерій выступалъ не всегда сознательно и часто перекрещивался съ римскимъ критеріемъ, который въ новыхъ законодательствахъ сталъ даже преобладающимъ. Но германское вещное и даже семейное и наслѣдственное право управляются, какъ это было уже замѣчено, до сихъ поръ средневѣковымъ противоположеніемъ между движимыми и недвижимыми вещами. Принадлежность къ тѣмъ или другимъ различныхъ правъ и исковъ опредѣляется въ современныхъ законодательствахъ различно и подъ различными углами врѣнія: частью по предмету и цѣли, если предметомъ права служитъ земля |узуфруктъ на землю, реальный сервитутъ|, а цѣлью владѣніе или собственность на землю, то право и искъ считаются недвижимостью, въ противномъ случаѣ - движимостью |Code civil Art, 526|; частью по отношенію принадлежности - недвижимостью считается всякое право и обязательство, связанное съ владѣніемъ землею |Realrechte и Reallaste|, предназначенное служить землѣ| Oest. Gb. 218|; частью - по связи капитала съ землею |поземельныя ренты|, залога съ вещью и т.д.

Наше законодательство не даетъ никакихъ постановленій этого рода, но что и оно не ограничиваетъ

раздѣленія вещей на движимыя и недвижимыя однѣми физическими вещами, а распространяетъ это раздѣленіе на весь составъ имуществъ, доказательствомъ этого могутъ служить цитированныя выше статьи |416, 418, 419| I ч. X т., говорящія объ имуществахъ наличныхъ и долговыхъ и разумѣющія подъ ними одинаково какъ имущества движимыя, такъ и недвижимыя. Соображая далѣе, что распредѣляя въ 419 ст. тяжбы и иски по двумъ группамъ разсматриваемыхъ въ этой статьѣ имуществъ, - нашъ законодатель выражаетъ явную тенденцію сопричислять къ составу имущества все, что такъ или иначе къ нему относится, - мы можемъ заключить, что если бы дѣло касалось раздѣленія имуществъ не на наличныя и долговыя, а на движимыя и недвижимыя, то и нашъ законодатель включилъ бы точно также въ составъ движимаго имущества все то, что относится, какъ притяваніе къ движимости, а въ составъ недвижимаго имущества - все относящееся, какъ притяваніе къ недвижимости.

Наконецъ, слѣдуя при опредѣленіи движимыхъ и недвижимыхъ имуществъ методу перечисленія такъ и другихъ и сознавая, очевидно, недостаточность этого метода, нашъ законодатель дополняетъ самъ въ цѣломъ рядѣ статей, которыя будутъ приведены ниже, неточности своего перечисленія, говоря о различныхъ принадлежностяхъ движимыхъ и недвижимыхъ имуществъ. Одна изъ этихъ статей |390|, трактующая о принадле-

ностяхъ недвижимыхъ имуществъ, называетъ въ ихъ числѣ крѣпостные акты и межевые планы, юридическое значенiе которыхъ заключается не въ нихъ самихъ, какъ въ тѣлесныхъ вещахъ, а въ свидѣтельствуемыхъ ими правахъ.

3| И м у щ е с т в а г л а в н ы я и п р и н а д л е ж н о с т и. Отношенiе этихъ имуществъ другъ къ другу носитъ на себѣ, какъ бы слѣды наклонности человѣка переносить нѣкоторыя черты своей жизни на отношенiя вещей между собою. Сознавая себя то самостоятельными, то связанными другъ съ другомъ, мы находимъ, что и вещи существуютъ или самостоятельно или въ связи съ другими вещами, одна въ зависимости отъ другой. Та вещь, которая существуетъ сама по себѣ и непосредственно составляетъ предметъ юридическихъ отношенiй, называется главной; другая вещь, которая подлежитъ тому же юридическому отношенiю только посредственно, на основанiи своей связи съ главной вещью, носитъ названiе принадлежности. Это названiе новаго происхожденiя и есть переводъ нѣмецкаго слова Pertinenz, которое образовалось въ свою очередь отъ римскаго обозначенiя настоящаго отношенiя словами: "pertinent ad ".... Но современныя представленiя о принадлежности шире и значительно рознятся отъ римскихъ, что объясняется, глав-

---

нымъ образомъ, римскимъ совершанiемъ въ понятiи вещи признаковъ простой аналитической вещи, тогда какъ у насъ вещь является весьма часто сложной, комплексомъ цѣлаго ряда вещей, разсматриваемыхъ какъ одно цѣлое. Отсюда понятна и разница между римскимъ и нашимъ понятiемъ принадлежности. Главная трудность вопроса заключается теперь въ различiи принадлежности отъ состава вещи, или ея составныхъ частей, различiи, которое мы выяснимъ ближайшимъ анализомъ понятiя принадлежности. Это понятiе характеризуется, съ одной стороны, положительнымъ моментомъ: вещь, чтобы быть принадлежностью другой вещи, должна составлять вмѣстѣ съ нею въ обыденномъ смыслѣ одну вещь. Съ другой стороны, въ понятiи принадлежности есть и отрицательный моментъ, которымъ она отличается отъ понятiя составной части главной вещи: принадлежность должна быть такъ связана съ другой вещью, чтобы эта другая вещь и безъ нея заключала въ себѣ всѣ существенно-необходимые признаки самостоятельной вещи. Иллюстрируя сказанное примѣромъ, мы можемъ взять отношенiе между домомъ и садомъ; садъ украшаетъ домъ, стоитъ къ нему въ служебномъ отношенiи и составляетъ съ нимъ, какъ бы одно цѣлое; но домъ можетъ быть и безъ сада, а потому садъ есть лишь принадлежность дома, и понятiе сада не входитъ въ понятiе дома. Данное нами опредѣленiе понятiя принадлежности, конечно, абстрактно и какъ таковое не можетъ предусмотрѣть всего разнообразiя фактическихъ сочетанiй, ко-

торыя могутъ быть таковы, что въ одномъ случаѣ вещь въ качествѣ принадлежности будетъ имѣть существенное значеніе, въ другомъ - нѣтъ. Понятіе принадлежности есть поэтому во многихъ случаяхъ *quaestio facti*, и для опредѣленія въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ того, что слѣдуетъ и чего не слѣдуетъ считать принадлежностью данной вещи, необходимо изслѣдовать связь этой вещи съ тою вещью, о свойствахъ которой ставится вопросъ и исходя изъ общихъ свойствъ главной вещи опредѣлить и свойства другой вещи, какъ принадлежности. Положительные признаки, которые даются закономъ съ цѣлью облегченія судьѣ этой задачи, не исключаютъ также *quaestiofacti*. Римское право ставило, какъ извѣстно, требованіе постоянной и фактически существующей связи между данными вещами. Германское право считало принадлежностью все, что укрѣплено съ землей, со строеніемъ, все, что имѣетъ скрѣпу и придѣлано известью и гвоздемъ. Наше законодательство слѣдуетъ въ этомъ вопросѣ тому же методу перечисленія, который оно употребляетъ и по отношенію къ дѣленію вещей на движимости и недвижимости, но дѣлаемое имъ перечисленіе не можетъ считаться, конечно, исчерпывающимъ ни здѣсь, ни тамъ: оно дано лишь для того, чтобы экземплифицировать данное отношеніе и прилагать его путемъ аналогіи къ другимъ вещамъ, стоящимъ въ подобномъ же отношеніи. Но какъ иностранныя, такъ и наше законодательство не ограничиваютъ противоположенія между главны-

ми вещами и принадлежностями одними тѣлесными вещами и распространяютъ его, на подобіе противоположенія между движимостями и недвижимостями, и на *res incorporales*. Такъ, напримѣръ, предіальные сервитуты, существующіе только ради даннаго *praedium dominans*, считаются принадлежностью этого послѣдняго; также - право патроната и т.д. Прусскій *Landrecht* знаетъ даже тѣлесныя принадлежности къ безтѣлеснымъ вещамъ: сѣти и капканы, служащіе для охоты въ данной мѣстности, считаются принадлежностью существующаго въ этой мѣстности права охоты. Наша 390 статья X т. I ч. говоритъ также, что "въ числѣ принадлежностей недвижимыхъ имѣній полагаются и укрѣпленія на владѣніе ими, какъ то: владѣльные указы, грамоты, крѣпости, межевые планы и прочіе документы". Вообще же, какъ было сказано, - нашъ Сводъ |ст. ст. 386, 387 X т. ч. I| не даетъ общихъ опредѣленій, а перечисляетъ принадлежности однихъ только земельныхъ имуществъ: 1| рѣки, озера, пруды, источники; 2| всѣ произведенія земли, на поверхности обрѣтающіяся и сокровенные въ ея нѣдрахъ металлы и прочія ископаемыя; 3| къ числу принадлежностей земельныхъ имуществъ должны быть отнесены и мосты, плотины, перевозы, гати и т.п., о чемъ нашъ Сводъ говоритъ, какъ о принадлежностяхъ "населенныхъ" имѣній.

ПРИНАДЛЕЖНОСТИ ДОМОВЪ |ст. 389| - части оныхъ, коихъ невозможно отдѣлить отъ зданія безъ поврежденія его |полы, камины, зеркала въ стѣнахъ|.

ПРИНАДЛЕЖНОСТИ ВСѢХЪ ВООБЩЕ НЕДВИЖИМОСТЕЙ И УКРѢПЛЕНІЕ НА ВЛАДѢНІЕ ИМИ |ст. 390|: - земледѣльческія орудія, зерновые запасы и все, что входитъ въ состав: экономической |и продажной - если не оговорено спеціально| цѣнности имѣній, въ качествѣ составного элемента его хозяйственныхъ оборотовъ; - крѣпостные акты, планы межеванія и т.п.

Относительно ПРИНАДЛЕЖНОСТЕЙ ДВИЖИМЫХЪ ИМУЩЕСТВЪ нашъ Сводъ не говоритъ ничего: только ст. 431 упоминаетъ объ естественномъ приплодѣ животныхъ, но это опредѣленіе относится скорѣе къ понятію плода, чѣмъ принадлежности.

Юридическое значеніе дѣленія вещей на главныя и принадлежности выражено въ извѣстномъ римскомъ афоризмѣ: - *res accessoria sequitur suam principalem.* Во многихъ сдѣлкахъ важно опредѣлить содержаніе принадлежности въ смыслѣ объема пріобрѣтаемыхъ по сдѣлкѣ правъ на данную вещь, такъ какъ вмѣстѣ съ этой вещью пріобрѣтаются и всѣ тѣ вещи, которыя связаны съ нею какъ принадлежности. То же при раздѣлѣ имущества.

4. ИМУЩЕСТВА РАЗДѢЛЬНЫЯ И НЕРАЗДѢЛЬНЫЯ. Дѣлимость въ юридическомъ смыслѣ не совпадаетъ съ физической дробимостью. Способность вещи быть дѣлимой опредѣляется не по физическимъ свойствамъ вещи, а по способности частей фигурировать въ гражданскомъ оборотѣ, въ качествѣ годныхъ объектовъ, сохраняя

свойства цѣлой вещи. Поэтому дѣлимыми признаются тѣ физическія вещи, которыя могутъ быть разложены на части безъ потери этими частями ихъ пропорціональной цѣнности. Поэтому, недѣлимо большинство движимыхъ вещей, какъ, напримѣръ, корабль, конь, драгоцѣнные камни, но не доски, не масса металла, не матеріалы, служащіе для постройки дома и т.д. Дѣлимы, по общему правилу, земельные участки, если отдѣльныя части ихъ могутъ составить каждая особое владѣніе и наоборотъ |ст. 393|. Этимъ же положеніемъ опредѣляется дѣлимость и нематеріальныхъ благъ, какъ напримѣръ, дѣйствій: дѣлимо обязательство выплатить сумму денегъ или посадить сотню фруктовыхъ деревьевъ; но не дѣлимы обязательства, возникающія изъ договоровъ порученія, личнаго найма и т.д. Вещи, дѣлить которыя запрещено закономъ, будутъ въ юридическомъ смыслѣ недѣлимыми. Таковыми по нашему закону признаются:

I| Фабрика, заводъ, лавка; 2| участки государственныхъ крестьянъ, водворенныхъ на собственныхъ земляхъ |не болѣе 3-хъ десятинъ|; 3| надѣлы крестьянъ, неуплатившихъ еще всей платы за надѣлъ;4|дворы и дворовыя мѣста |нѣкоторыя исключенія см. примѣч. къ ст. 394|; 5|maіoратныя имѣнія въ западныхъ губерніяхъ; 6| миноraты колонистовъ и заповѣдныя имѣнія.

Вопросъ о примѣнимости такого дѣленія къ движимымъ имуществамъ долженъ быть рѣшенъ утвердитель-

но |Мейеръ ст. 109 прим. I, Побѣдоносцевъ изд. 4. I. 46, Анненковъ I стр. 272 и слѣд.|, хотя за отсутствіемъ въ нашемъ Сводѣ прямыхъ указаній, - приходится ограничиваться одними приведенными выше общими замѣчаніями о юридической дѣлимости. Значеніе указаннаго дѣленія имуществъ въ гражданскомъ правѣ сводится къ тому, что имущества недѣлимыя могутъ быть объектомъ цивильныхъ правоотношеній не иначе, какъ въ своей цѣльности, а дѣлимыя - и по частямъ.

5. ИМУЩЕСТВА ЗАМѢНИМЫЯ И НЕЗАМѢНИМЫЯ; ПОТРЕБЛЯЕМЫЯ И НЕПОТРЕБЛЯЕМЫЯ ; ТЛѢННЫЯ И НЕТЛѢННЫЯ. Нѣкоторыя вещи оцѣниваются гражданскимъ оборотомъ съ точки зрѣнія не видовыхъ, а родовыхъ свойствъ; первыя называются незамѣнимыми или индивидуально-опредѣленными, вторыя - замѣнимыми, генерическими или res fungibiles. Это свойство замѣнимости вещей основано тоже не на физическихъ особенностяхъ тѣхъ или другихъ вещей, а на существованіи ихъ въ массѣ, гдѣ онѣ не отличаются другъ отъ друга тѣми качествами, со стороны которыхъ онѣ только и имѣютъ значеніе въ гражданскомъ оборотѣ. Многія изъ этихъ вещей предназначены на потребленіе, съ которымъ онѣ и подвергаются уничтоженію: таковы, напримѣръ, вино, масло, дрова, табакъ и т.д. Эти вещи называются поэтому потребимыми или потребляемыми и составляютъ только видъ замѣнимыхъ вещей, не исчерпывающій всего понятія послѣднихъ, такъ какъ существуютъ такія вещи, которыя не отличаются другъ отъ друга индивидуаль-

ными свойствами, принимаемыми въ соображеніе гражданскимъ оборотомъ, но не подвергаются въ то же время ни потребленію, ни уничтоженію |металлическіе товары, типографскіе шрифты и т.д.|. Поэтому теорія, господствовавшая въ прошломъ столѣтіи и принятая также прусскимъ законодательствомъ, теорія, которая называла заменимыми только тѣ вещи, которыя подвергались потребленію - смѣшивая такимъ образомъ заменимыя вещи съ потребляемыми, родъ съ видомъ - была неправильна. Поэтому у насъ, какъ и въ римскомъ правѣ, не смотря на отсутствіе прямыхъ законодательныхъ указаній, заменимыми или фунгибельными должны считаться всѣ тѣ вещи, которыхъ гражданскій оборотъ не различаетъ по ихъ цѣнности, разсматривая ихъ какъ равноцѣнныя. Такимъ образомъ, заменимость вещей есть качество, устанавливаемое возврѣніемъ гражданскаго оборота, которымъ не исключается, однако, противоположная квалификація вещи со стороны участниковъ сдѣлки. Напримѣръ, предметомъ сдѣлки можетъ быть опредѣленная монета, сумма, запечатанная въ кошелькѣ и т. д.

Наше законодательство, вопреки римскому и европейскимъ законодательствамъ, различаетъ еще имущества тлѣнныя и нетлѣнныя, относя къ первымъ вещи, подверженныя по своимъ свойствамъ скорой и легкой порчѣ отъ дѣйствія времени; сюда подойдутъ, напримѣръ, жемчугъ, мѣховыя и другія платья, съѣстные припасы и т. д. Понятіе тлѣннаго имущества выводится изъ ука-

заннаго признака *ex contrario* и ничѣмъ не отличается отъ имущества непотребляемаго, такъ же какъ и тлѣнное имущество едва ли можетъ быть отличено отъ потребляемаго. Но нашъ законъ прямо выдвигаетъ дѣленіе имуществъ на тлѣнныя и нетлѣнныя въ случаяхъ опеки и конкурса, когда тлѣнныя имущества должны быть немедленно продаваемы |ст. 217 пр. I ст. 109 Уст. Торг.|.

Юридическое значеніе дѣленія вещей на потребляемыя и непотребляемыя заключается вообще въ томъ, что нѣкоторыя сдѣлки, какъ напримѣръ, ссуда, наемъ и др. могутъ имѣть предметомъ только непотребляемыя вещи, предполагая одно пользованіе *salva rei substantia* возвращеніе собственнику той же вещи, которая служитъ предметомъ этихъ сдѣлокъ. Приблизительно то же юридическое значеніе имѣетъ и дѣленіе вещей на замѣнимыя и индивидуально опредѣленныя. Оно сказывается особенно въ сферѣ вещныхъ и обязательственныхъ правъ. Предметомъ собственности можетъ быть, напримѣръ, только вещь индивидуально-опредѣленная. Предметомъ обязательства служитъ обыкновенно вещь замѣнимая, но мы встрѣчаемъ, несомнѣнно, обязательства, направленныя и на незамѣнимыя вещи. Въ нѣкоторыхъ договорахъ принадлежность ихъ объекта къ той или другой категоріи зависитъ отъ самой природы сдѣлки; предметъ поклажи - вещь незамѣнимая, займа - замѣнимая.

6. ИМУЩЕСТВА РОДОВЫЯ И ВЛАГОПРІОБРѢТЕННЫЯ |Св.

Зак. Гр. ст. 396- 399|. Родовыми имуществами называются такія, основаніемъ перехода которыхъ отъ одного владѣльца къ данному собственнику является законное наслѣдственное преемство. Казуистическое развитіе этого опредѣленія, которое не ставится, однако, нашимъ законодательствомъ, приводитъ его къ перечисленію слѣдующихъ видовъ родового имущества.

I. Всѣ имущества, дошедшія отъ перваго ихъ пріобрѣтателя, хотя и по духовному завѣщанію, но къ такому родственнику, который и независимо отъ завѣщанія имѣлъ бы по закону правр наслѣдованія |поэтому не будетъ родовымъ имущество завѣщанное брату при живни сына|.

2. Имущества, доставшіяся даже по купчей крѣпости, но отъ родственниковъ, къ которымъ они въ свою очередь дошли по наслѣдству изъ того же рода.

3| Всякаго рода зданія и постройки, воздвигнутыя на землѣ, дошедшей по наслѣдству, такъ какъ строенія суть *pertinentia soli*. Кромѣ того родовыми имуществами считаются:

4| а| приданое } тоже наслѣдственное преем-
б| выдѣлъ } ство, только предваренное.

Даренiе между родственниками не носитъ характера законнаго наслѣдственнаго преемства, почему и не создаетъ родовыхъ имуществъ.

БЛАГОПРІОБРѢТЕННЫМИ ИМУЩЕСТВАМИ, очевидно, должны почитаться всѣ остальныя, т.е. всѣ не родовыя.

Нашъ Сводъ |ст. 397|, вмѣсто общаго опредѣленія, перечисляетъ по своему обыкновенію и виды благопріобрѣтенныхъ имуществъ. Перечисленіе это носитъ казуистическій характеръ и мы отмѣтимъ лишь его послѣдній шестой пунктъ, который можетъ служить и общимъ критеріемъ: благопріобрѣтенными имуществами почитаются всѣ тѣ, кои "нажиты собственнымъ трудомъ и промысломъ".

ВСѢ ДВИЖИМЫЯ ИМУЩЕСТВА по ст. 398 относятся къ благопріобрѣтеннымъ - |напримѣръ, даже приданое дочери въ видѣ капитала|.

Юридическое значеніе этого дѣленія, которое сложилось исторически и составляетъ одну изъ особенностей средневѣковаго въ Европѣ и современнаго у насъ права, заключается въ разныхъ ограниченіяхъ права распоряженія родовыми имуществами. Изъ этихъ ограниченій остались въ силѣ:

а| ст. 967: родовыя имущества нельзя дарить чужеродцамъ или дальнимъ родственникамъ помимо ближайшихъ.

б| Родовыя имущества не подлежатъ завѣщанію кромѣ того случая, когда нѣтъ ни дѣтей, ни нисходящихъ ко прямой линіи законныхъ наслѣдниковъ | ст. 1068|.

в| Выдѣлъ и приданое изъ родового имущества не можетъ превышать указанную долю, которую получило бы данное лицо при наслѣдованіи по закону | дочери не больше $\frac{1}{14}$|.

г| Родичи могутъ въ теченіе трехъ лѣтъ выкупить родовое имущество, проданное въ чужой родъ; выкупленное позднѣе этого срока, оно становится благопріобрѣтеннымъ |ст. 1346 и 1363|.

Весь институтъ родовыхъ имуществъ въ значительной степени устарѣлъ и находится, вѣроятно, наканунѣ отмѣны.

ПВ 136

О Т Д Ѣ Л Ъ У.[x]

ЮРИДИЧЕСКІЯ ОТНОШЕНІЯ, ИХЪ ВОЗНИКНОВЕНІЕ, СУЩЕСТВОВАНІЕ, ПРЕКРАЩЕНІЕ И ЗАЩИТА.

Мы говоримъ объ юридическихъ отношеніяхъ въ двухъ смыслахъ: то въ конкретномъ *in concreto* въ смыслѣ даннаго отношенія между опредѣленными лицами, - то въ абстрактномъ *in abstracto*, - въ смыслѣ юридическаго отношенія вообще, которое мыслится внѣ связи его съ данными опредѣленными лицами, наприм., договоръ, бракъ и т. д. Въ первомъ смыслѣ, т.е. *in concreto* юридическое отношеніе составляетъ предметъ судебной практики и выступаетъ здѣсь подъ названіемъ юридическаго казуса или случая |*Rechtsfall*|. Во второмъ смыслѣ, т.е. *in abstracto* юридическія отношенія изучаются догмой права, и совокупность правилъ или поло-

---

x| Отдѣлъ этотъ изданъ по студенческимъ запискамъ, просмотрѣннымъ профессоромъ.

женій, регулирующихъ то или другое абстрактное юридическое отношеніе, составляетъ институтъ права. Но въ томъ и другомъ смыслѣ юридическое отношеніе характеризуется всегда защитой права, которая отличаетъ его отъ всѣхъ другихъ отношеній, напр., нравственныхъ, дружескихъ и т. д., и такъ какъ защита права берется здѣсь съ той стороны, съ которой ею пользуются данныя лица, то огромное большинство юридическихъ отношеній заключаютъ въ себѣ права въ субъективномъ смыслѣ, и ученіе объ юридическихъ отношеніяхъ есть поэтому въ то-же время и ученіе о субъективныхъ правахъ. Въ жизни всѣ права возникаютъ, существуютъ и прекращаются, говоря короче, находятся въ движеніи, что римскіе юристы выражали афоризмомъ.

Такимъ образомъ, движеніе права заключаетъ въ себѣ слѣдующіе основные моменты: возникновеніе, измѣненіе и прекращеніе.

I| ВОЗНИКНОВЕНІЕ права называется также его пріобрѣтеніемъ, подъ которымъ слѣдуетъ разумѣть такія дѣйствія или событія, съ которыми объективный правопорядокъ связываетъ возникновеніе права въ лицѣ даннаго его субъекта. Такъ, напримѣръ, съ пріобрѣтеніемъ мы имѣемъ дѣло и тогда, когда объектъ права давно уже существуетъ и переходитъ отъ одного субъекта къ другому: это такъ называемое acquisitio derivativa, или пріобрѣтеніе по преемству, называемое также про-

во впервые возникающее, впервые являющееся въ гражданскомъ оборотѣ, называется acquisitio originalis или первообразнымъ пріобрѣтеніемъ. Напримѣръ, право собственности на приплодъ, или право требованія по только что возникшему обязательству, права личности, пріобрѣтаемыя въ моментъ рожденія и т. д. Относительно производнаго пріобрѣтенія соблюдается правило, въ силу котораго преемникъ не можетъ получить больше правъ, чѣмъ сколько имѣлъ ихъ первоначальный субъектъ: nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet. Слѣдуетъ еще замѣтить, что юридическое преемство допускается не безусловно: оно имѣетъ мѣсто исключительно въ области имущественныхъ правоотношеній, гдѣ личность играетъ второстепенную роль. Въ тѣхъ же правоотношеніяхъ, которыя запечатлѣны индивидуальнымъ характеромъ, оно не допускается. Если къ пріобрѣтателю переходитъ вся совокупность правоотношеній прежняго субъекта, преемство называется универсальнымъ, какъ напримѣръ, при наслѣдованіи; въ случаѣ пріобрѣтенія какого-нибудь единичнаго права — сингулярнымъ. Практическое значеніе этого дѣленія сказывается въ томъ, что при преемствѣ универсальномъ не требуется спеціальнаго акта перехода для каждаго отдѣльнаго права, какъ это имѣетъ мѣсто въ преемствѣ сингулярномъ. Производное пріобрѣтеніе можетъ совершаться посредствомъ отчужденія и безъ отчужденія; первый способъ наиболѣе обычный, второй встрѣчается рѣже, напримѣръ, при пріобрѣтеніи собственности посредст-

вомъ давностнаго владѣнія. Отчужденіе можетъ быть возмезднымъ и безвозмезднымъ, какъ, напримѣръ, дареніе. Въ отчуждаемости заключается весьма важное отличіе гражданскихъ правъ отъ публичныхъ: эти послѣднія не подлежатъ отчужденію, какъ права строго личныя. Впрочемъ, въ видѣ исключенія и гражданскія права могутъ быть неотчуждаемы, такъ напримѣръ, право собственности по маіорату.

Обращаясь къ нашему праву, мы не встрѣчаемъ въ немъ общихъ началъ о пріобрѣтеніи правъ. Но тѣмъ не менѣе, руководствуясь смысломъ частныхъ постановленій о пріобрѣтеніи отдѣльныхъ видовъ правъ, можно заключить, что и нашъ законъ признаетъ изложенныя начала пріобрѣтенія. Такъ, напримѣръ, въ 420 ст. X т. указывается, что пріобрѣтеніе права собственности имѣетъ мѣсто, когда кто-либо получилъ власть владѣть, пользоваться и распоряжаться извѣстнымъ имуществомъ исключительно и независимо отъ лица посторонняго или, другими словами, когда это право соединилось съ извѣстнымъ лицомъ, какъ его субъектомъ.

Въ той же статьѣ 420 содержится также довольно ясно выраженное различіе пріобрѣтенія первообразнаго и производнаго. Въ начальныхъ словахъ этой статьи "кто былъ первымъ пріобрѣтателемъ имущества въ частную его принадлежность" заключается указаніе на первоначальное пріобрѣтеніе имущества, а въ послѣдующихъ словахъ статьи "или кому власть сія отъ перваго его пріобрѣтателя перешла непосредственно, или

черезъ послѣдующія передачи и укрѣпленія", можно усмотрѣть указаніе на производное пріобрѣтеніе. Несомнѣнно также, что законъ нашъ отличаетъ универсальное преемство отъ сингулярнаго. Такъ, наслѣдство по ст. 1104 опредѣляется, какъ совокупность имуществъ, правъ и обязательствъ, которыя на основаніи ст. 1258 и 1259 т. X переходятъ къ наслѣдникамъ во всей своей совокупности, т.е. какъ въ правахъ, такъ и въ обязанностяхъ. Что касается правила nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habeat, то Сенатъ видитъ его выраженнымъ въ ст. 521 т. X, которая дозволяетъ собственнику имущества, находящагося во временномъ владѣніи другого лица, передавать право собственности на него, не стѣсняя, однако же, этимъ правъ отдѣльнаго владѣнія.

Въ нашемъ законѣ прим. къ ст. 699 т. X указаны слѣдующіе способы пріобрѣтенія: а| способы дарственные и безмездные, а именно пожалованіе, выдѣлъ имущества дѣтямъ отъ родителей, даръ, духовное завѣщаніе, б| наслѣдство, в| способы обоюдные, каковы суть мѣна и купля; г| договоры и обязательства.

2| Но оставаясь даже въ обладаніи одного и того-же субъекта, права могутъ претерпѣвать различныя измѣненія въ своемъ содержаніи и объемѣ. ИЗМѢНЕНІЕ, составляющее второй моментъ въ движеніи права, можетъ быть либо количественнаго, либо качественнаго характера. При количественномъ измѣненіи объектъ права становится больше или меньше, напримѣръ, вещь

собственника увеличивается вслѣдствіе наема, кредиторъ получаетъ часть удовлетворенія и сохраняетъ право требованія уже меньшаго размѣра, чѣмъ прежде. При качественномъ измѣненіи - право доставляетъ другой родъ юридическаго удовлетворенія, чѣмъ прежде, какъ, напримѣръ, право собственности послѣ его нарушенія обращается въ право требовать его возстановленія, или право по данному обязательству превращается въ право требованія денежнаго вознагражденія отъ должника. Измѣненія правъ вообще весьма различны, такъ же, какъ различны самые факты, порождающіе эти измѣненія.

3| Послѣдній моментъ, завершающій движеніе всякаго права, есть его ПОТЕРЯ, подъ которой надо разумѣть отдѣленіе права отъ субъекта, съ которымъ оно до того было связано. Обыкновенно потеря права имѣетъ мѣсто тогда, когда наступаютъ событія, которымъ правопорядокъ сообщаетъ силу уничтожать, прекращать то или другое право. И здѣсь, какъ при пріобрѣтеніи, возможны два случая: или данное право прекращается безслѣдно, или же оно теряется лишь для даннаго лица, не переставая существовать для другого. На этомъ основаніи различаютъ потерю права объективную и субъективную. Нашъ законъ знаетъ слѣдующіе виды прекращенія правъ: а| смерть субъекта, съ которой прекра-

---

щаются, однако, только личныя права, — права съ имущественнымъ характеромъ переходятъ къ наслѣдникамъ;б| отреченіе, заключающееся или въ заявленіи лица о своемъ нежеланіи обладать даннымъ правомъ или въ извѣстномъ дѣйствіи, напримѣръ, дереликція, или предоставленіе вещи на произволъ судьбы, неявка наслѣдника къ наслѣдству принимаются за отреченіе |ст. 1265|. По ст. 406 т. X оставленныя недвижимости дѣлаются собственностью государства. Отреченіе отъ правъ на чужую вещь идетъ въ пользу собственника |ст. 455 и 459|. Отреченіе отъ обязательственнаго права считается дѣйствительнымъ только тогда, когда оно принято лицомъ обязаннымъ |1547 ст.|. Разъ лицо отреклось отъ права, отреченіе безвозвратно;| renuntianti non datur regressus ; в| отчужденіе-это добровольная передача права отъ одного лица другому, противоположная принудительному прекращенію права, которое совершается помимо воли его обладателя, какъ напр., въ случаяхъ экспропріаціи и конфискаціи. К общимъ же способамъ прекращенія правъ надо отнести также давность, которой прекращаются самыя различныя права: вещныя, права требованія и проч.

ЮРИДИЧЕСКІЕ ФАКТЫ.

Юридическіе факты суть тѣ обстоятельства, наступленіе которыхъ влечетъ за собою возникновеніе,

измѣненіе и прекращеніе правъ. Такого рода факты, вызывающіе юридическія послѣдствія, могутъ быть какъ положительные, такъ и отрицательные, т.е. состоять какъ въ положительныхъ событіяхъ, такъ и въ состояніяхъ, противоположныхъ этимъ событіямъ, какъ въ дѣйствіяхъ даннаго лица, такъ и въ его упущеніяхъ или бездѣйствіи. Но важнѣйшее для насъ подраздѣленіе юридическихъ фактовъ есть то, которое различаетъ акты человѣческой воли |напримѣръ, договоръ, преступленіе| и независимыя отъ воли человѣка событія |напр., смерть, истеченіе срока|. Въ первомъ случаѣ мы имѣемъ юридическія дѣйствія, во второмъ - юридическія событія. Юридическія дѣйствія, какъ акты воли, направленные на извѣстныя юридическія послѣдствія, распадаются, въ свою очередь, на дозволенныя и недозволенныя, изъ которыхъ первыя называются также юридическими сдѣлками, а вторыя - правонарушеніями. Такимъ образомъ, ученіе о юридическихъ фактахъ разбивается на слѣдующія три рубрики: I| юридическія событія, 2| юридическія сдѣлки, 3| недозволенныя дѣйствія или правонарушенія. А| ЮРИДИЧЕСКІЯ СОБЫТІЯ. События, съ которыми правопорядокъ связываетъ тѣ или другія юридическія послѣдствія, такъ многочисленны, что перечисленіе ихъ невозможно. Прежде всего сюда принадлежитъ смерть лица, влекущая за собою цѣлый рядъ послѣдствій: права, запечатлѣнныя строго-личнымъ индивидуальнымъ характеромъ |личные договоры, права личности| прекращаются

безслѣдно; наоборотъ, вся совокупность имущественны
правъ переходитъ къ наслѣдникамъ. Къ юридическимъ
бытіямъ относятся: рожденіе, несовершеннолѣтіе, гра
ская смерть. Такое же значеніе для пріобрѣтенія и пр
ращенія правъ могутъ имѣть и событія внѣшняго міра,
напримѣръ, измѣненіе русла рѣки, образованіе новаго
рова, береговое приращеніе, достающееся въ собствен
прибрежнаго владѣльца |428 и 429 ст. ст. X т.| и т.
Но особенно видную роль въ ряду юридическихъ событі
играетъ время. Являясь необходимымъ спутникомъ всѣх
безъ различія юридическихъ фактовъ, оно вліяетъ на
правоотношеніе не само по себѣ, а въ связи съ тѣми
юридическими фактами, которыхъ условіе оно состав
Поэтому юридическое его значеніе, а вмѣстѣ и способы
численія - весьма различны. Значеніе его, далѣе, оп
редѣляется или непосредственно закономъ, или
въ предѣлахъ предписаній объективнаго права, - и ча
нымъ соглашеніемъ. Такъ какъ время находится въ пос
номъ теченіи, коимъ опредѣляется продолжительность
го или другого событія, то измѣреніе времени получа
въ правѣ особую важность. Вообще, юридическое вліян
времени выражается въ слѣдующихъ направленіяхъ: во
отъ него беретъ начало и имъ оканчивается всякое пра
отношеніе; кромѣ того имъ обусловливается часто пріо
теніе и потеря права, причемъ время опредѣляется, -
сказано, или закономъ |напримѣръ, пріобрѣтеніе собст
кости на основаніи давностнаго владѣнія, потеря пра

по исковой давности| или частнымъ соглашеніемъ |договоръ и проч.| Во 2-хъ, временемъ опредѣляется возможность осуществленія права: неосуществляемое въ теченіе установленнаго закономъ времени оно прекращается. Таковы,напримѣръ, сроки для подачи апелляціи и кассаціонныхъ прошеній или трехлѣтній срокъ для выкупа родовыхъ имуществъ и т.п. Эти сроки называются преклюзивными или пресѣкательными.

Что касается измѣренія времени, то объ этомъ нужно сказать слѣдующее: I| время можетъ быть измѣряемо или naturaliter т.е. естественнымъ его теченіемъ, или civiliter юридически, т.е. по календарю. Первое исчисляется ab momento ad momentum, напримѣръ,совершеннолѣтіе наступаетъ по этому исчисленію по истеченіи установленнаго числа лѣтъ, въ моментъ, соотвѣтствующій дѣйствительному моменту рожденія. Въ области права это исчисленіе не признается, такъ какъ оно не поддается точному опредѣленію.

Наименьшей единицей времени въ юридическихъ исчисленіяхъ принимаетея день,въ рѣдкихъ случаяхъ,напримѣръ, биржевыхъ сдѣлкахъ части дня, при томъ не подвижной день отъ момента до момента, - а день календарный въ 24 часа |отъ полуночи до полуночи|. Но въ нѣкоторыхъ случаяхъ день въ смыслѣ юридическомъ короче дня календарнаго. Напримѣръ, въ присутственныхъ мѣстахъ день равенъ продолжительности присутствія, что имѣетъ значеніе для подачи жалобъ и проч. Юридическія дѣйствія могутъ быть совершены въ каждый моментъ календарнаго дня. 2| Для опредѣленія каждаго періода времени необходимо установить его начало и конецъ.Начальнымъ моментомъ срока считается обыкновенно день совершенія событія, отъ котораго

идетъ теченіе срока. Въ процессуальномъ правѣ, впрочемъ, не этотъ, а слѣдующій за совершеніемъ событія день считается первымъ |ст. 824 Уст. Гр. Суд.|. Конецъ срока определяется его послѣднимъ днемъ. Если срокъ исчисляется по мѣсяцамъ, то заключеніемъ трехмѣсячнаго, напримѣръ, срока, будетъ соотвѣтствующее число третьяго мѣсяца |1 сентября - 18 декабря, 31 января - 31 апрѣля и т.д.|, при что число дней мѣсяца въ разсчетъ не берется |на одинъ мѣсяцъ 31 янв. - 28 или 29 февр.|. Конецъ срока, выраженнаго въ недѣляхъ, опредѣляется соотвѣтственнымъ днемъ послѣдней недѣли |съ четверга по четвергъ и под.|. При этомъ за конецъ срока правильнѣе признавать конечный, а не начальный моментъ послѣдняго дня. Большинство писателей поддерживаетъ въ этомъ отношеніи правило, выставленное Савиньи, именно, если дѣло идетъ о пріобрѣтеніи права, то конецъ срока опредѣляется началомъ послѣдняго дня; если о потерѣ права - то срокъ истекаетъ въ конечный моментъ дня |12 часовъ ночи|. 3| Теченіе времени можетъ быть непрерывно |tempus continuum|, если принимаются въ разсчетъ всѣ дни безъ исключенія, - или оно можетъ быть, выражаясь техническимъ, полезнымъ |utile|, если въ счетъ берутся только нѣкоторые дни. У насъ послѣдній способъ исчисленія времени примѣняется только въ процессуальномъ правѣ |исключаются дни неприсутственные, если на нихъ падаетъ конецъ срока|. Нашему праву вѣстенъ еще случай t. utile, это - случай пріостановленія давности для несовершеннолѣтнихъ: въ періодъ несовершеннолѣтія давность не течетъ и возобновляетъ свое те-

ніе только съ момента совершеннолѣтія.

Б| ЮРИДИЧЕСКІЯ СДѢЛКИ. Подъ юридической сдѣлкой надо разумѣть дозволенное дѣйствіе, направленное непосредственно на извѣстное юридическое послѣдствіе, т.е. на возникновеніе, измѣненіе, перенесеніе или прекращеніе правоотношенія. Изъ этого опредѣленія вытекаютъ слѣдующіе необходимые признаки сдѣлки: во 1-хъ, дѣйствіе должно быть дозволенное, въ противномъ случаѣ мы имѣли бы дѣло съ правонарушеніемъ, а не со сдѣлкой; во 2-хъ, необходимо, чтобы дѣйствіе было направлено на извѣстное юридическое послѣдствіе, было предпринято именно съ этой цѣлью, - иначе оно не подойдетъ подъ понятіе юридической сдѣлки, что и слѣдуетъ сказать опять о правонарушеніи, которое производитъ тоже измѣненіе въ правѣ, но не составляетъ юридической сдѣлки. Все безконечное разнообразіе сдѣлокъ можно свести къ нѣсколькимъ подраздѣленіямъ. Можно различать сдѣлки односторонніе и многосторонніе: подъ первыми разумѣются дѣйствія одного лица, подъ вторыми - дѣйствія, составляющія результатъ согласованія двухъ или нѣсколькихъ лицъ. Собственно говоря, названіе сдѣлки подходитъ только ко второй категоріи юридическихъ дѣйствій, носящихъ спеціальное названіе договоровъ. Къ одностороннимъ дѣйствіямъ, какова духовное завѣщаніе, принятіе наслѣдства, отреченіе отъ него, названіе "сдѣлки", указывающее на совмѣстную дѣятельность нѣсколькихъ лицъ, неудобопримѣнимо, хотя за неимѣніемъ лучшаго приходится довольствоваться и имъ. Другое дѣленіе сдѣлокъ - это дѣленіе ихъ на возмездныя и безмездныя. Въ

мездныя - это такія сдѣлки, въ которыхъ одна сторона, совершающая въ пользу другой извѣстное дѣйствіе, получаетъ за него соотвѣтственную выгоду, служащую обыкновенно эквивалентомъ совершеннаго дѣйствія; таковы, напримѣръ, купля-продажа, наемъ и проч. Безмездныя-же сдѣлки - это такія, въ которыхъ лицо, совершающее какое-нибудь дѣйствіе, не получаетъ за него никакого эквивалента; сюда относятся завѣщаніе, отказъ, дареніе и проч. Кромѣ того, сдѣлки подраздѣляются еще на сдѣлки между живыми и на случай смерти: послѣдними |mortis causa| называются предсмертныя распоряженія относительно имущества; всѣ остальныя сдѣлки будутъ "между живыми" |inter vivos|. Въ нашемъ законѣ, хотя и не употребляется терминъ "юридическая сдѣлка", но тѣмъ не менѣе не слѣдуетъ думать, чтобы понятіе сдѣлки, какъ оно выше установлено, было чуждо нашему закону. Понятіе это нѣсколько затемнено только тѣмъ, что законъ нашъ, перечисляя различные способы пріобрѣтенія правъ на имущество, въ 699 ст. X т. называетъ только извѣстныя сдѣлки, какъ напримѣръ, договоры, обязательства, духовныя завѣщанія, - откуда можно было бы заключить, что онъ сводитъ понятіе сдѣлки къ однимъ способамъ пріобрѣтенія правъ на имущество. Но подобное заключеніе было бы ошибочно, такъ какъ изъ другихъ постановленій нашего права видно, что оно соединяетъ юридическія послѣдствія не только съ дѣйствіями, идущими на пріобрѣтеніе, но и съ такими, которыя имѣютъ цѣлью измѣненіе, перенесеніе и прекращеніе правъ. Это значитъ, что законъ нашъ

признаетъ понятіе сдѣлки въ томъ же смыслѣ, какой она имѣла еще въ римскомъ правѣ.Въ подтвержденіе этого,стоитъ сослаться на статью 1545 X т., которая предоставляетъ сторонамъ уничтоженіе договора по взаимному согласію. Изъ этого постановленія вытекаетъ,что стороны, имѣя право прекращать договоръ, уже поэтому имѣютъ право и измѣнять и дополнять его, такъ какъ изъ права на большее слѣдуетъ само собою и право на меньшее. Слѣдовательно, договоръ, какъ двусторонняя сдѣлка, можетъ служить и у насъ основаніемъ какъ пріобрѣтенія, такъ и измѣненія и прекращенія правоотношеній. Ст. 2058, предоставляя заимодавцу право передачи заемныхъ писемъ въ другія руки, указываетъ на допущеніе у насъ и такихъ сдѣлокъ,которыя направлены на перенесеніе правъ отъ одного лица на другое. Затѣмъ, нашъ законъ требуетъ, чтобы пріобрѣтеніе правъ на имущества совершалось способами, въ законѣ опредѣленными |ст. 699 X т.|, чѣмъ подтверждаетъ и указанный выше основной признакъ сдѣлки, который требуетъ добровольности дѣйствія. Несомнѣнно также, что закону нашему не чуждо и изложенное выше дѣленіе сдѣлокъ на классы,такъ какъ онъ говоритъ въ 699 ст. о способахъ дарственныхъ и безвозмездныхъ, противополагая имъ способы обоюдные или, что то-же, возмездные; затѣмъ онъ указываетъ и на сдѣлки односторонніе и двусторонніе или договоры.

I| НЕОБХОДИМЫЯ ПРИНАДЛЕЖНОСТИ СДѢЛКИ. Изъ опредѣленія юридической сдѣлки вытекаютъ сами собою существенныя или такъ называемыя необходимыя принадлежности сдѣлки,

безъ которыхъ она не можетъ быть признана дѣйствительн
Къ такимъ необходимымъ принадлежностямъ сдѣлки относятс
во I-хъ, субъективныя условія, касающіяся субъектовъ сд
ки. Требуется прежде всего, чтобы субъекты сдѣлки был
лица дѣеспособныя, т.е. способныя къ совершенію юридич
скихъ актовъ, затѣмъ сдѣлка должна выражать дѣйствите
ную волю субъектовъ и, наконецъ, воля субъектовъ долж
быть выражена надлежащимъ образомъ. Во 2-хъ, объективн
условія, касающіяся предмета сдѣлки, состоятъ въ требо
ваніи того, чтобы этотъ предметъ былъ достаточно опред
ленъ, юридически возможенъ и дозволенъ закономъ.

а| СУБЪЕКТИВНЫЯ УСЛОВІЯ СДѢЛКИ. I| О первомъ изъ субъективныхъ условій сдѣлки, состоящемъ въ дѣеспособности ея субъектовъ, у насъ была уже рѣчь въ главѣ о субъектѣ права, и здѣсь мы должны сказать лишь то, что общей дѣеспособности для дѣйствительности сдѣлки недостаточно, а необходимо, чтобы субъекты сдѣлки были способны еще къ пріобрѣтенію или отчужденію того права, которое служитъ предметомъ сдѣлки, другими словами, кромѣ общей дѣеспособности требуется еще способность субъекта по отношенію къ предмету сдѣлки. Такъ, напримѣръ, не дѣйствительна сдѣлка объ отчужденіи имущества со стороны лица, состоящаго подъ опекой за расточительность. Недѣйствительно также обязательство, если обязывающееся лицо неспособно къ принятію на себя этого обязательства, какъ напримѣръ, извѣстныя обязательства несовершеннолѣтнихъ, инородцевъ, евреевъ, иностранцевъ и т.д.

2| Вторая существенная изъ числа субъективныхъ принадлежностей сдѣлки заключается въ томъ, чтобы юридическое дѣйствіе было выраженіемъ дѣйствительной воли лица, другими словами, - необходима дѣйствительность изъявленія воли, иначе лицо будетъ дѣйствовать несвободно, совершая такую сдѣлку, которой оно не желаетъ. Это требование выражено въ нашемъ законѣ прямо, а именно въ ст.700: "Всѣ способы пріобрѣтенія правъ, закономъ опредѣленные, только тогда признаются дѣйствительными, когда они утверждаются на непринужденномъ произволѣ и согласіи". Далѣе, въ ст. 701 говорится, что произволъ и согласіе должны быть свободными. Свобода же произвола и согласія нарушается принужденіемъ и подлогомъ. Опредѣленіе принужденія мы имѣемъ въ статьѣ 702: "Принужденіе бываетъ, когда кто-либо, бывъ захваченъ во власть другого, принуждается къ отчужденію имущества или ко вступленію въ обязательство, насильственно страхомъ настоящаго или будущаго зла, могущаго постигнуть его лицо или имущество". Эта статья вызвала въ нашей литературѣ споръ о томъ, какой родъ принужденія имѣетъ въ виду нашъ законодатель и какое вообще принужденіе нарушаетъ свободу согласія: физическое или психическое. Побѣдоносцевъ и Сенатъ держатся того мнѣнія, что оспариванію подлежатъ только тѣ сдѣлки, которыя совершены подъ вліяніемъ физическаго принужденія; принужденіе психическое и нравственное, страхъ, возбуждаемый угрозами, не должны вести къ недѣйствительности сдѣлки. Однако, большинство нашихъ цивилистовъ съ Мейеромъ во главѣ высказываются въ томъ смыслѣ, что при-

нужденіе, о которомъ говоритъ ст. 702, надо понимать не только въ смыслѣ прямого физическаго насилія, но и принужденія нравственнаго или угрозы, возбуждающихъ основательный страхъ за дорогія человѣку блага:жизнь,здоровье, честь и имущество, какъ самого подвергающагося такому принужденію лица, такъ и лицъ ему близкихъ. Составляетъ ли при этомъ принужденіе уголовно-наказуемое дѣйствіе или нѣтъ, - это несущественно. Требуется только наличность такихъ угрозъ, которыя могли бы возбудить основательный страхъ за дорогія блага и тѣмъ самымъ уничтожить свободу согласія лица на совершеніе вынужденной у него сдѣлки. Достаточно, слѣдовательно, чтобы принужденіе выразилось въ такихъ дѣйствіяхъ, которыя исключаютъ свободу произвола и согласія. Поэтому, мы можемъ допустить, что для признанія принужденія требуется наличность слѣдующихъ условій. Во I-хъ, принужденіе должно состоять въ насильственныхъ дѣйствіяхъ или угрозахъ какимъ-либо зломъ. Во 2-хъ, зло должно состоять въ нарушеніи существеннаго интереса лица и угрожать его жизни, чести, здоровью и имуществу. Въ 3-хъ, дѣйствіе принуждаемаго должно быть вызвано именно принужденіемъ. Если, напримѣръ, сдѣлка совершена не съ тѣмъ, кто чинилъ принужденіе, а съ третьимъ лицомъ, то она сюда не подойдетъ, - такъ что, если третье лицо заключитъ сдѣлку съ цѣлью избавить своего пріятеля отъ непосредственнаго принужденія,то оно не можетъ спорить противъ сдѣлки, ссылаясь на принужденіе, котораго по отношенію къ немуне было.Въ 4хъ, принужденіе долж-

но идти отъ такого лица, которое не имѣетъ на него права. Законныя угрозы должностного лица или кредитора не имѣютъ характера психическаго принужденія, такъ какъ должностное лицо и кредиторъ имѣютъ на никъ право. По ст.703 "въ случаѣ принужденія надлежитъ заявить о томъ окольнымъ людямъ или мѣстной полиціи того же дня, какъ оное произошло, и затѣмъ не далѣе третьяго или четвертаго дня и отнюдь не позже недѣли послѣ того, просить о произведеніи изслѣдованія". Постановленіе это крайне неопредѣленно и противорѣчитъ предыдущему. Разъ принужденіе признано обстоятельствомъ, способнымъ опорочить сдѣлку, то какое можетъ имѣть значеніе то, сдѣлано или нѣтъ о немъ заявленіе въ столь короткій срокъ, какъ I, 3 и 7 дней? Это постановленіе о срокѣ имѣетъ тѣмъ меньше значенія, что въ законѣ не указано ни санкціи его соблюденія, ни послѣдствій его несоблюденія. Другимъ обстоятельствомъ, нарушающимъ свободу произвола и согласія, по нашему закону является подлогъ, но это совершенно неосновательно и такого значенія не придаютъ подлогу ни римское, ни современныя законодательства. По справедливому замѣчанію Анненкова, посредствомъ подлога создается или сдѣлка, никогда не существовавшая, или же фальсифицируется сдѣлка, дѣйствительно совершенная, но, однако же, безъ всякаго участія въ этомъ воли совершителя сдѣлки, почему о нарушеніи свободы согласія здѣсь не можетъ быть и рѣчи. Подлогъ есть преступленіе, направленное къ имущественному ущер-

бу другого лица, но безъ его вѣдома и согласія. Поэтому говорить о подлогѣ въ смыслѣ обстоятельства, опорачивающаго сдѣлку за недостаткомъ въ ней непринужденнаго согласія, какъ дѣлаетъ это нашъ законъ, нѣтъ никакихъ основаній. Въ нашемъ законодательствѣ нѣтъ другихъ постановленій объ условіяхъ дѣйствительнаго выраженія воли. Между тѣмъ существуетъ еще много обстоятельствъ, исключающихъ свободу произвола и согласія. Къ числу такихъ обстоятельствъ, прежде всего, принадлежитъ заблужденіе, которымъ называется или отсутствіе представленія о предметѣ или ошибочное представленіе о немъ. Заблужденіе касается при этомъ или природы сдѣлки |error in negotio| или лица |error in persona| или предмета сдѣлки |error in corpore| или свойствъ этого предмета |error in substantia|. Несомнѣнно, что если бы я не находился въ заблужденіи, то сдѣлка или вовсе не была бы совершена или была бы совершена иначе, чѣмъ какъ это случилось при заблужденіи. Ясно, слѣдовательно, что заблужденіе исключаетъ свободу произвола и согласія, а потому, если въ нашемъ законѣ и нѣтъ спеціальнаго объ этомъ постановленія, то оно все-таки должно быть признано какъ необходимое логическое послѣдствіе приведенной выше ст. 701. Это подтверждается и особыми постановленіями нашего закона, напримѣръ, статьею 1206, опредѣляющей, что духовныя завѣщанія, учиненныя съ очевидною ошибкою въ лицѣ или въ самомъ завѣщаніи имуществѣ, недѣйствительны. Въ такомъ же смыслѣ рѣшаетъ вопросъ о значеніи заблужденія и Сенатъ, по

мнѣнію котораго произволъ и согласіе на заключеніе сдѣлки вообще должны быть свободны, какъ этого требуетъ частное правило ст. 1206 и общія правила 700 и 701 ст. Поэтому, заключаетъ Сенатъ, свобода согласія не можетъ быть не нарушена ошибкою или заблужденіемъ, напримѣръ, въ предметѣ сдѣлки или существенныхъ качествахъ его. Не нужно только упускать изъ виду, что не всякое, а лишь существенное заблужденіе можетъ быть признано обстоятельствомъ, опорочивающимъ сдѣлку, причемъ опредѣленіе степени существенности заблужденія въ каждомъ конкретномъ случаѣ должно быть предоставлено усмотрѣнію суда. Еще обстоятельствомъ, устраняющимъ наличность свободнаго согласія, является обманъ, посредствомъ котораго одна изъ сторонъ сдѣлки вводится въ заблужденіе. Здѣсь мы имѣемъ, очевидно, дѣло съ тѣмъ же заблужденіемъ, но съ такимъ, которое вызвано какими-нибудь дѣйствіями и ухищреніями, предпринятыми другою стороною или третьими лицами. Въ нашихъ гражданскихъ законахъ нѣтъ никакихъ постановленій о вліяніи обмана на дѣйствительность сдѣлки. Въ уголовныхъ же законахъ |ст. 1688 Улож. о наказ.| обманъ опредѣляется слѣдующимъ образомъ: "кто изъ корыстныхъ видовъ, черезъ сообщеніе кому-либо съ умысломъ ложныхъ завѣдомо свѣдѣній о какихъ-либо происшествіяхъ или обстоятельствахъ или также черезъ завѣдомо ложныя свѣдѣнія и увѣренія побудитъ его къ невыгодной по имуществу сдѣлкѣ и повлечетъ его въ убыточное предпріятіе и вообще готъ....."

Изъ этой уже статьи видно, что обманъ долженъ быть у насъ обсуждаемъ по тѣмъ же основаніямъ, какъ и заблужденіе. Ложное представленіе о сдѣлкѣ, являющееся подъ вліяніемъ обмана, естественно должно устранять свободу произвола и согласія,—это необходимое условіе дѣйствительности сдѣлки,—и потому уже опорочивать сдѣлку, предпринятую подъ вліяніемъ обмана. Наши цивилисты принимаютъ въ общемъ этотъ взглядъ, но спорятъ о томъ, всякій ли обманъ, какъ таковой, опорочиваетъ сдѣлку, или такое послѣдствіе должно быть приписано только уголовно-наказуемому обману. Мейеръ, напримѣръ, склоняется въ пользу послѣдней альтернативы, но Сенатъ разрѣшаетъ это разногласіе, прямо высказывая то положеніе, что сдѣлка, на заключеніе которой одна сторона была вовлечена такими обманными дѣйствіями другой, которыми нарушалась свобода согласія первой, недѣйствительна, хотя бы дѣйствія эти и не составляли уголовно-наказуемаго обмана, - на томъ основаніи, что и дѣйствіями этого рода устраняется наличность требуемаго статьею 700 и 1228 X т. свободнаго согласія на заключеніе сдѣлки или договора. Этотъ выводъ, признающій за всякими обманными дѣйствіями силу опорочивать сдѣлку, если только ими нарушается свобода согласія, подтверждаютъ и нѣкоторыя другія постановленія нашего закона. Такъ, въ силу ст. 1518 X т. I ч. въ случаѣ передачи по договору купли-продажи движимаго имущества, несоотвѣтствующаго по доброт условіямъ договора, таковое отдается по просьбѣ покупщика обратно продавцу и проч.

Какъ на обстоятельство, нарушающее дѣйствительность выраженія воли, слѣдуетъ указать еще на притворство или симуляцію. Симулятивныя сдѣлки часто встрѣчаются въ нашей жизни, но тѣмъ не менѣе не только законъ обходитъ ихъ молчаніемъ, но даже литература и практика даютъ весьма скудныя указанія по этому вопросу; есть только одно рѣшеніе Сената |1891 г. № 62|, въ которомъ настоящій вопросъ разсматривается съ нѣкоторой полнотой и обстоятельностью. Отличительный признакъ симулятивныхъ сдѣлокъ заключается, по мнѣнію Сената, въ томъ, что содержаніе ихъ не соотвѣтствуетъ дѣйствительному соглашенію сторонъ, прикрывая собою или ни въ чемъ не измѣнившіяся имущественныя отношенія контрагентовъ, или другую сдѣлку, хотя бы и состоявшуюся, но существенно отличную отъ той, которая выразилась въ заключенномъ ими договорѣ. Какъ примѣръ, Сенатъ беретъ сдѣлки, указанныя въ ст. 991 и 2114 X т.: въ первой изъ этихъ статей говорится о томъ, что духовныя завѣщанія при извѣстныхъ условіяхъ должны быть признаваемы дарственными записями и наоборотъ, а во второй - о тѣхъ случаяхъ, когда подъ видомъ договора поклажи совершается договоръ займа. Въ этихъ сдѣлкахъ Сенатъ усматриваетъ отсутствіе дѣйствительнаго соглашенія сторонъ на ихъ заключеніе, а потому допускаетъ возможность ихъ оспариванія. Само собою разумѣется, что та сдѣлка, которая прикрывается симулированной, остается въ силѣ, напримѣръ,

отвергается завѣщаніе, но признается вмѣсто него дарственная запись. Сенатъ указываетъ также на отличіе этихъ сдѣлокъ отъ сдѣлокъ, имѣющихъ цѣлью подложный переукрѣпленія имущества во избѣжаніе платежа долговъ: эти сдѣлки выражаютъ хотя и злонамѣренную, но все-таки дѣйствительную волю стороны. Возможны симулятивныя сдѣлки и другого рода, въ которыхъ лицо изъявляетъ волю въ видѣ шутки, притворно, вовсе не желая произвести какія бы то ни было юридическія послѣдствія. Такія сдѣлки Сенатъ признаетъ мнимыми, основываясь на 1528 ст. X т., требующей, какъ необходимаго условія дѣйствительности договора, наличности истиннаго и серьезнаго намѣренія сторонъ на его заключеніе.

3| Надлежащая форма выраженія воли - есть третье изъ необходимыхъ субъективныхъ условій дѣйствительности юридической сдѣлки; - воля представляетъ собою фактъ психическій, внутренній, о которомъ мы можемъ судить лишь по его внѣшнему проявленію. О желаніи, согласіи или несогласіи лица на совершеніе того или другого дѣйствія и въ частности юридической сдѣлки мы можемъ судить лишь тогда, когда это лицо выразитъ свою волю во внѣ какимъ-нибудь опредѣленнымъ образомъ. Существуютъ различные способы распознанія воли, которыми мы постоянно пользуемся въ обыденной жизни. Способы эти имѣютъ примѣненіе и къ распознанію воли лица на совершеніе тѣхъ или другихъ юридическихъ дѣйствій или сдѣлокъ. Ихъ можно раздѣлить на два наиболѣе типичныхъ: прямые и косвенные. Прямыми будутъ всякаго рода внѣшніе знаки, не-

посредственно направленные на изъявленіе воли. Кромѣ словъ и письма, можно прямо выразить волю и посредствомъ символическихъ и мимическихъ дѣйствій, напримѣръ, для выраженія согласія можно кивнуть головой,"ударить по рукамъ", для выраженія отрицанія - мотнуть головой. Косвенными способами выраженія воли называютъ такіе,которые хотя и не направлены непосредственно на изъявленіе воли, но даютъ основаніе заключать, что такое изъявленіе сдѣлано *factaconcludentia*. Такъ,напримѣръ,если кто-нибудь вступаетъ въ управленіе и пользованіе наслѣдственнымъ имуществомъ на правахъ наслѣдника, то въ силу статьи 1261,такое поведеніе принимается за согласіе на принятіе наслѣдства. Или, напримѣръ, кредиторъ возвращаетъ должнику долговой документъ; по этому дѣйствію мы заключаемъ о произведенной уже уплатѣ или прощеніи долга.

Среди косвенныхъ способовъ выраженія воли особенное значеніе имѣетъ молчаніе,которое считается обыкновенно за выраженіе согласія. Однако, молчаніе имѣетъ такое значеніе далеко не всегда: въ нѣкоторыхъ случаяхъ лицо молчитъ, не будучи обязано открыто заявлять свою волю; здѣсь молчаніе никакъ не должно быть принимаемо за изъявленіе воли. Наоборотъ, если согласіе даннаго лица непремѣнно требуется, а оно молчитъ и не заявляетъ протеста, такое молчаніе свидѣтельствуетъ о согласіи: напримѣръ,требуется согласіе родителей на бракъ дѣтей или мужа на вступленіе въ договоръ найма его жены.Если отецъ и мужъ,присутствуя при совершеніи уже-

занныхъ сдѣлокъ, молчатъ и не заявляютъ протеста, то молчаніе ихъ принимается за согласіе. Поэтому, молчаніе только тогда должно быть признаваемо согласіемъ, когда тотъ, кто молчитъ, могъ и долженъ былъ говорить *qui tacet, cum loqui potuit ac debuit, consentiri videtur.* Во всякомъ случаѣ это вопросъ факта, подлежащій разрѣшенію сообразно съ особенностями каждаго отдѣльнаго случая. Нашъ законъ не говоритъ ничего о способахъ изъявленія воли, и кассаціонная практика не признавала сначала иныхъ способовъ, кромѣ явныхъ; но теперь и она усвоила себѣ общепринятую и изложенную выше точку зрѣнія. По общему правилу, какъ прямые, такъ и косвенные способы выраженія воли могутъ быть облекаемы въ любую форму: устную, письменную и т. д. Но въ нѣкоторыхъ случаяхъ самъ законъ устанавливаетъ извѣстную опредѣленную форму для волеизъявленій. Форма можетъ стоять вообще въ двоякомъ отношеніи къ сдѣлкѣ. Въ однихъ случаяхъ она составляетъ, какъ говорятъ, корпусъ сдѣлки, ея необходимую принадлежность; воля, выраженная безъ соблюденія предписанной формы, влечетъ недѣйствительность сдѣлки. Въ другихъ случаяхъ та же или иная форма предоставлена усмотрѣнію лицъ, совершающихъ сдѣлку: форма является здѣсь лишь доказательствомъ совершенія сдѣлки, которая можетъ быть дѣйствительна и сама по себѣ, независимо отъ того, облечена ли она въ установленную закономъ форму, или нѣтъ. На этомъ основано раздѣленіе сдѣлокъ съ точки зрѣнія формы на формальныя и неформальныя, изъ коихъ послѣднія могутъ быть совершаемы

любымъ способомъ, а первыя непремѣнно въ опредѣленной закономъ формѣ, которая у насъ бываетъ или просто письменная, или, въ то же время, и крѣпостная, т.е. подлежащая утвержденію старшимъ нотаріусомъ. Отсюда раздѣленіе формальныхъ сдѣлокъ нашего права на письменныя, требующія непремѣнно совершенія на бумагѣ, и крѣпостныя, предполагающія участіе въ ихъ совершеніи общественной власти. Письменность составляетъ наиболѣе обыкновенную и удобную форму, въ которую облекаются сдѣлки. Но въ однихъ случаяхъ письменная форма необходима для дѣйствительности, въ другихъ - нѣтъ. Въ случаяхъ перваго рода письменныя сдѣлки будутъ формальными, въ случаяхъ второго рода-неформальными. Письменная форма съ засвидѣтельствованіемъ у нотаріуса, или безъ него необходима для духовныхъ завѣщаній |Х.923|, договоровъ запродажи недвижимости |Х.1680|, займа |Х.2031|, подряда и поставки |Х.1742| и друг. Крѣпостная форма обязательна для сдѣлокъ, имѣющихъ предметомъ права на недвижимыя имущества. Напротивъ, почти всѣ сдѣлки о движимостяхъ, о наймѣ слугъ и рабочихъ, товариществахъ и т.д. относятся къ разряду неформальныхъ. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ требуется еще участіе свидѣтелей, какъ необходимое условіе дѣйствительности письменной сдѣлки. Напримѣръ, духовное завѣщаніе составляется при трехъ свидѣтеляхъ |Х.1048|, которые должны быть правоспособны и дѣеспособны. Такое же значеніе имѣетъ подпись свидѣтелей и при совершеніи крѣпостного акта. Въ другихъ актахъ, напротивъ, участіе свидѣтелей является полез-

нимъ, но не существеннымъ для дѣйствительности этихъ актовъ, напримѣръ, въ роспискахъ, счетахъ. То-же самое и участіе общественной власти въ совершеніи юридическихъ сдѣлокъ можетъ выражаться въ двоякой формѣ: или уже совершенный актъ представляется для засвидѣтельствованія къ нотаріусу, или актъ совершается самимъ нотаріусомъ. Въ первомъ случаѣ акты называются явочными, во второмъ крѣпостными или нотаріальными.

б/ ОБЪЕКТИВНЫЯ УСЛОВІЯ. Эти условія дѣйствительности сдѣлки заключаются, какъ было уже замѣчено, въ томъ, чтобы содержаніе сдѣлки было достаточно опредѣленно и не заключалось въ чемъ-либо такомъ, что физически или юридически невозможно; невозможность послѣдняго рода составляетъ то, что недозволено закономъ. Въ нашемъ X томѣ нѣтъ общаго указанія на эти объективныя принадлежности сдѣлки, но равносильное указаніе можно почерпнуть изъ статьи 90 Пол. о нотар., гдѣ говорится: "акты, совершеніе коихъ воспрещено закономъ, а также въ содержаніи коихъ заключается что-либо противное законамъ, ограждающимъ порядокъ управленія, общественную нравственность, или честь частныхъ лицъ не могутъ быть принимаемы нотаріусомъ къ совершенію". Кромѣ того указывается, что подобнаго рода акты не должны быть принимаемы не только къ совершенію, но и къ засвидѣтельствованію. Отсюда слѣдуетъ заключить, что недѣйствительны не только тѣ акты, которые должны совершаться нотаріальнымъ порядкомъ, но и всякія другія акты, содержаніе которыхъ страдаетъ порокомъ, ука-

заннымъ въ выше приведенномъ постановленіи. Требованія опредѣленности и дозволенности содержанія, какъ необходимыхъ принадлежностей сдѣлки, могутъ быть констатированы еще на цѣломъ рядѣ отдѣльныхъ постановленій нашего закона. Такъ, напримѣръ, воспрещаются извѣстныя сдѣлки, предметомъ коихъ является родовое имущество, чужое имущество, залога имущества, состоящаго подъ запрещеніемъ и т.д.

II| СЛУЧАЙНЫЯ ПРИНАДЛЕЖНОСТИ СДѢЛКИ. Помимо существенныхъ принадлежностей сдѣлки, не подлежащихъ измѣненію по волѣ сторонъ, въ ней могутъ быть еще другія принадлежности, наличностью которыхъ не обусловливается ея дѣйствительность. Среди этихъ принадлежностей слѣдуетъ различать обычныя или естественныя |naturalia negotii|, и случайныя |accidentalia negotii|.

Обычныя принадлежности - это такія, которыя сопровождаютъ обыкновенно данную сдѣлку, подразумѣваются ею, но могутъ быть, однако, какъ измѣнены, такъ и совсѣмъ устранены волею участвующихъ въ сдѣлкѣ лицъ; въ томъ случаѣ, если въ сдѣлкѣ о нихъ не упомянуто, онѣ предполагаются сами собою. Напримѣръ, при куплѣ-продажѣ цѣна платится обыкновенно при полученіи вещи, но это не необходимо, и потому, если участники купли-продажи желаютъ назначить другой срокъ платежа, то имъ нужно сдѣлать объ этомъ спеціальное постановленіе въ сдѣлкѣ; въ противномъ случаѣ покупщикъ обязанъ произвести платежъ въ то время, когда вещь передается ему продавцомъ, т.е. какъ это происходитъ обычно. Случай

ния принадлежности сдѣлки - это такія побочныя опредѣленія, которыя вносятся въ сдѣлки по усмотрѣнію сторонъ; таковы опредѣленія объ условіи, срокѣ, возложеніи обязанности |modus|. Въ виду отсутствія въ нашемъ законѣ общихъ постановленій о сдѣлкахъ было бы удивительно, если бы мы встрѣтили въ немъ таковыя о случайныхъ принадлежностяхъ сдѣлки. И дѣйствительно указанія нашего закона на условія, срокъ и modus очень скудны; тѣмъ не менѣе, все-таки, возможно заключеніе, что наше законодательство представляетъ себѣ добавочныя опредѣленія воли въ томъ же ихъ содержаніи, какое онѣ имѣли еще въ римскомъ правѣ. Основываясь на этомъ, Мейеръ и другіе наши цивилисты опредѣляютъ условіе, согласно съ римскимъ правомъ, какъ такое побочное будущее и неизвѣстное обстоятельство, отъ наступленія и ненаступленія котораго зависитъ существованіе сдѣлки. Изъ этого опредѣленія вытекаютъ слѣдующіе существенные признаки условія. I| Оно должно быть, прежде всего, обстоятельствомъ, могущимъ возникнуть только въ будущемъ. Мейеръ, вопреки данному имъ опредѣленію условія, утверждаетъ, что по нашему закону содержаніемъ условія можетъ быть также обстоятельство прошедшее, не подкрѣпляя, однако, этого утвержденія никакими доказательствами. Оно противорѣчитъ и отдѣльнымъ постановленіямъ нашего законодательства, напримѣръ, ст. 976 т. X, - о возвратѣ дара въ случаѣ неисполненія условія, откуда видно, что, по крайней мѣрѣ, въ данномъ случаѣ и нашъ законъ смотритъ на усло-

віе, какъ на обстоятельство будущее. Такой же взглядъ на условіе вообще высказываетъ и нашъ Сенатъ, выясняя общее значеніе условій |1874 г. № 179|. 2| Далѣе условіе должно быть непремѣнно обстоятельствомъ побочнымъ для сдѣлки, а не ея необходимою принадлежностью. Слѣдовательно, обстоятельства, отъ которыхъ зависитъ самое существованіе сдѣлки, не будутъ ея условіемъ. Такъ, напр., если дѣеспособность, какъ условіе дѣйствительности договора, смерть наслѣдодателя, какъ условіе исполненія завѣщанія, будутъ внесены въ сдѣлку, то это не будутъ условія въ смыслѣ добавочныхъ опредѣленій воли, и такая сдѣлка остается простой, а не станетъ условной. 3| Наконецъ, послѣдній и важнѣйшій признакъ условія составляетъ его неизвѣстность, т.е. содержаніемъ условія должно быть такое обстоятельство, о которомъ нельзя сказать впередъ - наступитъ оно или нѣтъ. Обстоятельство, которое наступитъ навѣрно, можетъ быть также включено въ сдѣлку, но будетъ уже не условіемъ, а скорѣе срокомъ. Наши цивилисты: Мейеръ, Побѣдоносцевъ, Анненковъ и другіе говорятъ также о различныхъ видахъ условій, совпадающихъ съ римскими подраздѣленіями. Смотря по тому, отъ чего зависитъ наступленіе или ненаступленіе факта, составляющаго содержаніе условія, условія раздѣляются на потестативныя, случайныя и смѣшанныя. Потестативныя - это такія, исполненіе которыхъ зависитъ отъ воли участника сдѣлки, напримѣръ, А дѣлаетъ подарокъ В подъ условіемъ, что онъ посѣтитъ больного. Случайнымъ называется такое условіе, которое зависитъ не

отъ воли участника сдѣлки, а или отъ силъ и явленій природы, напр., смерть, дождливая погода; или отъ воли постороннаго лица, напр., А дарить В подъ условіемъ, если на это согласится С. Средину между тѣми и другими занимаютъ условія смѣшанныя, исполненіе которыхъ зависитъ отчасти отъ воли участника сдѣлки, отчасти отъ случая, напримѣръ, А дарить В, если онъ женится на С. Важнѣе дѣленіе условій на суспенсивныя или отвлагательныя и резолютивныя или отмѣнительныя; первыя относятся къ началу сдѣлки, отъ нихъ зависитъ вступленіе ея въ силу; вторыя - къ концу, отъ нихъ ставится въ зависимость прекращеніе сдѣлки. Сенатъ признаетъ это дѣленіе условій вполнѣ примѣнимымъ къ нашему праву и въ доказательство знакомства его съ условіемъ резолютивнымъ, онъ ссылается на правила ст. 976 X т., - по которому даръ, учиненный подъ условіемъ, въ случаѣ неисполненія условія лицомъ одареннымъ, возвращается обратно дарителю; а въ доказательство признанія условія суспенсивнаго онъ ссылается на правило ст. 938 X т., - по которому земли, розданныя правительствомъ на условіяхъ ихъ заселенія или устройства въ нихъ хозяйственныхъ заведеній, обращаются въ полную собственность лицъ, которымъ онѣ были отведены, не прежде, какъ при исполненіи ими этихъ условій |1881 г. № 33|. Вообще въ сдѣлки могутъ быть включаемы всевозможныя условія, лишь бы они удовлетворяли общему правилу ст. 1530 X т., которое говоритъ о допустимости условій, законамъ не противныхъ. Сенатъ въ поясненіе ст. 1530, считаетъ условія допустимыми,

когда они не представляются въ своемъ наступленіи не только физически, но и юридически невозможными, когда содержаніе ихъ не противно закону или нравственности. Послѣдствія же включенія физически и юридически невозможныхъ условій въ сдѣлки опредѣляются нашимъ закономъ различно для договоровъ и завѣщаній. Договоры, въ случаѣ включенія въ нихъ физически и юридически невозможныхъ условій въ силу ст. 1530, недѣйствительны. Что касается завѣщаній, то для нихъ невозможныя условія, въ силу ст. 1029, должны считаться какъ бы неуказанными и не производящими никакого вліянія на дѣйствительность завѣщанія. Но по справедливому замѣчанію Анненкова, рѣшеніе настоящаго вопроса въ такой общей формѣ нельзя признать правильнымъ: надо дѣлать различіе между невозможными суспенсивными и невозможными резолютивными условіями. При условіяхъ перваго рода сдѣлка должна считаться не имѣющей силы; наоборотъ, сдѣлка, обусловленная невозможнымъ резолютивнымъ условіемъ, должна быть при завѣщательныхъ распоряженіяхъ признана безусловной.

О томъ, какія сдѣлки допускаютъ включеніе въ нихъ условій и какія нѣтъ, нашъ законъ не даетъ опредѣленнаго отвѣта. Мы имѣемъ приведенныя выше ст. 938 и 976, изъ которыхъ въ первой говорится о пожалованіи земли подъ суспенсивнымъ условіемъ, а во второй о дареніи подъ резолютивнымъ условіемъ. Ст. 1530 разрѣшаетъ включеніе въ договоры условій, не противныхъ законамъ. Этимъ и ограничиваются прямыя указанія закона. Но изъ этого обстоятельства въ виду казуистичности нашего Свода, вов-

се не слѣдуетъ заключать о недопустимости условій во всѣхъ другихъ сдѣлкахъ. Конечно, есть сдѣлки, которыя по самой природѣ своей не допускаютъ включенія въ нихъ условій, напр., у насъ, какъ и въ римскомъ правѣ, не допускается условное усыновленіе, условное принятіе или отреченіе отъ наслѣдства. Что касается другихъ сдѣлокъ, то отрицать и по отношенію къ нимъ допустимость условій нѣтъ никакихъ основаній. Такъ, напримѣръ, Сенатъ высказывается за возможность включенія условій въ духовныя завѣщанія, основываясь на аналогіи завѣщанія съ дареніемъ, какъ безмездныхъ способовъ пріобрѣтенія правъ на имущества; при этомъ, по мнѣнію Сената, въ завѣщанія такъ же, какъ и въ сдѣлки о даренія, могутъ быть включаемы и суспенсивныя и резолютивныя условія. Вообще наши юристы и Сенатъ склонны истолковывать молчаніе закона по настоящему вопросу въ смыслѣ, благопріятномъ для допустимости условій. Нужно отмѣтить еще различныя вліянія суспенсивныхъ и резолютивныхъ условій на судьбу обусловливаемыхъ ими сдѣлокъ. При суспенсивномъ условіи сдѣлка хотя и считается совершенной, но правоотношенія, устанавливаемыя ею, находятся in suspenso, въ нерѣшительномъ состояніи; напримѣръ, въ случаѣ передачи права собственности на вещь, получатель не можетъ сдѣлаться собственникомъ до наступленія условія; въ случаѣ обязательства, кредиторъ не вправѣ требовать удовлетворенія до наступленія условія. Такимъ образомъ, условно управомоченный получаетъ только надежду на полученіе извѣстной выгоды по сдѣлкѣ, надежду, осущест-

вленіе которой зависитъ отъ наступленія суспенсивнаго условія. Совершенно иное вліяніе на судьбу сдѣлки имѣетъ резолютивное условіе, которое обусловливаетъ не самое правоотношеніе, устанавливаемое сдѣлкой, а продолженіе его существованія. До наступленія условія сдѣлка въ полной силѣ, какъ безусловная, и лишь въ случаѣ наступленія условія она теряетъ силу. Когда условіе должно считаться наступившимъ? Очевидно, тогда, когда совершаются тѣ событія, которыя составляютъ его содержаніе. Однако, общаго отвѣта на этотъ вопросъ недостаточно; надо имѣть еще въ виду различіе между фактами, составляющими содержаніе условія, - положительные ли они или отрицательные. Нѣкоторую трудность предоставляетъ только опредѣленіе наступленія отрицательныхъ условій. Оно должно быть принимаемо тогда, когда станетъ почему либо достовѣрнымъ, что фактъ, составляющій содержаніе такого условія, никоимъ образомъ не можетъ наступить; напр., А даритъ Б подъ условіемъ, что онъ женится на С. Когда слѣдуетъ считать это условіе наступившимъ? Очевидно, тогда, когда женитьба Б на С станетъ невозможной или вслѣдствіе того, что онъ женится на Д, или вслѣдствіе того, что вступитъ въ монашество. Другой случайной принадлежностью сдѣлки, опредѣляющей или начало, или конецъ ея является срокъ. Ст. 1530 разрѣшаетъ включать въ договоры по обоюдному согласію сторонъ и условіе срока. Другихъ постановленій о срокѣ въ смыслѣ его вліянія на судьбу сдѣлки въ нашемъ законѣ не имѣется; въ виду этого Мейеръ справедливо замѣчаетъ, что самое понятіе сро-

ка у насъ крайне неопредѣленно: срокомъ называется и предѣлъ времени, къ которому должно совершиться или окончиться извѣстное дѣйствіе, - и весь періодъ времени, въ теченіе котораго должно совершиться дѣйствіе, наконецъ, - и наступленіе опредѣленнаго времени. Но все-таки и у насъ срокъ не долженъ быть смѣшиваемъ съ условіемъ. Наши юристы опредѣляютъ срокъ, какъ такое извѣстное обстоятельство, наступленіемъ котораго опредѣляется начало или конецъ сдѣлки. Поэтому срокъ, въ отличіе отъ условія, есть обстоятельство, которое непремѣнно должно наступить, причемъ моментъ его наступленія можетъ быть вполнѣ и точно опредѣленъ, можетъ быть опредѣленъ и не точно, а въ связи съ какимъ-нибудь другимъ событіемъ. Срокъ будетъ опредѣленнымъ, когда онъ устанавливается на основаніи обычнаго гражданскаго времясчисленія, напр., кто-нибудь обязуется произвести платежъ къ I янв. 1895 года или черезъ столько то мѣсяцевъ и дней. Неопредѣленный срокъ указывается какимъ-либо событіемъ, напр., я обязуюсь заплатить въ такую-то ярмарку или когда установится санная дорога. Но во всякомъ случаѣ событіе, назначаемое срокомъ, должно непремѣнно наступить, въ противномъ случаѣ мы будемъ имѣть дѣло не со срокомъ, а съ условіемъ. Далѣе и у насъ, какъ и въ римскомъ правѣ, сроки могутъ быть подраздѣлены на: а) начальный или отлагательный (dies ex quo) - это такой срокъ, съ наступленіемъ котораго должно вступить въ силу устанавливаемое сдѣлкою правоотношеніе, и б) конечный или отмѣнительный (dies ad quem) - такой срокъ, по

ступленіи котораго правоотношеніе должно прекратиться. Можно привести примѣры того и другого срока и изъ нашего законодательства. Такъ, напр. о срокѣ начальномъ мы имѣемъ указанія въ ст. 2154, которою компаніи дозволяется ея уставомъ назначать срокъ, въ который должны быть разобраны ея акціи и затѣмъ открыты ея дѣйствія. О срокѣ конечномъ въ ст. 2155, которой дозволяется въ уставахъ компаній назначать конечный срокъ ихъ дѣйствій, и въ ст. 2330, дозволяющей и въ довѣренностяхъ обозначать конечный срокъ ихъ дѣйствія. Продолжительность дѣйствія договоровъ личнаго и имущественнаго найма должна быть опредѣляема, какъ начальнымъ, такъ и конечнымъ срокомъ (ст. 1691 и 2204). Сдѣлка, въ которую включено опредѣленіе о срокѣ отлагательномъ, считается существующей съ момента ея заключенія, но осуществленіе правъ, изъ нея вытекающихъ, возможно только съ момента наступленія срока. Напр., кредиторъ хотя и имѣетъ право требованія, но не можетъ осуществлять его ранѣе срока. Такимъ образомъ, срокъ касается не существованія сдѣлки, а только времени осуществленія правъ, изъ нея вытекающихъ, чѣмъ онъ и отличается отъ условія. Наоборотъ, сдѣлка съ конечнымъ срокомъ считается въ силѣ съ самаго момента ея заключенія; права, вытекающія изъ нея, осуществляются немедленно; но съ наступленіемъ срока она теряетъ силу и называется сдѣлкой окончившейся. Наступленіе отлагательнаго срока не оказываетъ обратнаго дѣйствія на измѣненія юридическихъ отношеній по данной сдѣлкѣ, такъ какъ назначеніе этого срока въ томъ и

но и заключается, что до его наступленія отлагается дѣйствіе установленнаго сдѣлкою правоотношенія. Напротивъ, наступленіе срока отмѣнительнаго разрушаетъ сдѣлку и прекращаетъ не только установленное ею правоотношеніе, но и другія права, основанныя на немъ. Сенатъ высказался за допустимость обратнаго дѣйствія отмѣнительнаго срока: по его разъясненію, договоръ подъ-найма имущества [sublocatio], долженъ подлежать прекращенію когда истекаетъ срокъ главнаго договора [76 г. № 190]. По вопросу о допустимости срочныхъ опредѣленій въ тѣхъ или другихъ сдѣлкахъ мы не имѣемъ въ нашемъ законодательствѣ другихъ постановленій, кромѣ извѣстной уже намъ ст. 1530. За правило можно принять, что включеніе сроковъ возможно во всѣхъ сдѣлкахъ, существу которыхъ это не противорѣчитъ, такъ что допустимость срока совпадаетъ съ допустимостью условій. Само собою разумѣется, что невозможно, напримѣръ, срочное усыновленіе, срочное принятіе или отреченіе отъ наслѣдства. По объясненію Сената, сроки не должны быть включаемы въ завѣщанія въ виду того, что открывшееся наслѣдство должно немедленно перейти къ наслѣдникамъ [71 г. № 1150].

Modus. Это такое побочное опредѣленіе сдѣлки, которое возлагаетъ извѣстную обязанность на лицо, пріобрѣтающее право по сдѣлкѣ. Эта обязанность является, такимъ образомъ, нѣкоторымъ эквивалентомъ за ту выгоду, которую обязанное modus'омъ лицо получаетъ изъ сдѣлки. Право требовать исполненія возложенной обязан-

ности принадлежитъ лицу, возложившему ее на другое съ согласія этого послѣдняго или наслѣдникамъ и душеприкащикамъ перваго. Иногда такая обязанность возлагается въ пользу третьяго лица, напр., я дарю N N домъ, съ тѣмъ, чтобы онъ далъ въ немъ квартиру третьему лицу А. Указанія на возложеніе такого рода обязанности мы встрѣчаемъ во многихъ отдѣльныхъ постановленіяхъ нашего закона. Напр., въ силу 976 ст., дареніе можетъ быть совершаемо съ возложеніемъ нѣкоторыхъ обязанностей на одареннаго въ пользу дарителя; въ силу 1086 ст., завѣщатель можетъ возложить на наслѣдника обязанность сдѣлать выдачи въ пользу другихъ лицъ. Въ числѣ условій, о которыхъ говорится въ ст. 1530, надо разумѣть и возложеніе обязанностей, причемъ, разумѣется само собою, что эти обязанности не должны быть противны закону, доброй нравственности и общественному порядку. Существенное отличіе modus'а отъ условія состоитъ въ томъ, что послѣднимъ обусловлено самое существованіе сдѣлки, тогда какъ неисполненіе modus'а даетъ заинтересованному одно лишь право требовать уничтоженія сдѣлки. Даритель въ силу ст. 976, въ случаѣ неисполненія одареннымъ возложенной на него обязанности, можетъ потребовать возвращенія дара. Наслѣдникъ по закону можетъ требовать признанія завѣщанія недѣйствительнымъ, если наслѣдникъ по завѣщанію не выполнитъ обязанности, возложенной

на него завѣщателемъ.

III| НЕДѢЙСТВИТЕЛЬНОСТЬ СДѢЛОКЪ. Если сдѣлка, какъ въ своихъ существенныхъ принадлежностяхъ, такъ и въ побочныхъ опредѣленіяхъ удовлетворяетъ требованіямъ закона, то она признается дѣйствительною, т.е. производитъ тѣ юридическія послѣдствія, на которыя она была разсчитана. Если, напротивъ, сдѣлка не удовлетворяетъ поставленнымъ въ законѣ требованіямъ, то она недѣйствительна и никакихъ юридическихъ послѣдствій не производитъ. Не слѣдуетъ смѣшивать съ недѣйствительностью сдѣлокъ тѣ случаи, въ которыхъ сдѣлка не приводитъ къ совершенію или рушится за отсутствіемъ однихъ только фактическихъ предположеній своего существованія, - хотя въ нашемъ законѣ и эти случаи квалифицируются такимъ названіемъ недѣйствительности. Приведемъ нѣсколько примѣровъ: I| постановленіе ст. 1424, по которому продавецъ недвижимаго имущества, не получая за него денегъ, не смотря на совершенный уже крѣпостной актъ, - можетъ въ теченіе 7 дней просить о признаніи этого акта недѣйствительнымъ; 2| прекращеніе договора по обоюдному согласію сторонъ; 3| недѣйствительность перваго завѣщанія, если послѣ него составлено второе и мн. др.

Недѣйствительность сдѣлки можетъ быть двоякаго рода: I| ничтожность, которую мы имѣемъ тогда, когда недѣйствительность сдѣлки совпадаетъ съ ея возникновеніемъ; въ этомъ случаѣ сдѣлка, по выраженію Мейера, рождается мертвой. Она не производитъ никакихъ юридическихъ послѣдствій и считается несуществующею. Такова всѣ сдѣлки,

погрѣшающія противъ необходимыхъ принадлежностей, установленныхъ закономъ. 2| Другой видъ недѣйствительности сдѣлокъ представляетъ ихъ опровержимость или оспоримость. Подъ это понятіе подходятъ сдѣлки, которыя остаются дѣйствительными, если заинтересованное лицо не заявляетъ требованія предъ судомъ о признаніи ихъ недѣйствительными. Разъ такія сдѣлки не оспариваются, онѣ считаются дѣйствительными. Такимъ образомъ, различіе между обоими видами недѣйствительности заключается въ томъ, что въ первомъ случаѣ сдѣлка ничтожна *ipso jure*, она считается юридически незаключенной; во второмъ - сдѣлка заключена и имѣетъ силу, пока не признана недѣйствительной, для чего требуется непремѣнно реакція со стороны лица заинтересованнаго. Сюда принадлежатъ сдѣлки, совершенныя подъ вліяніемъ принужденія, обмана, заблужденія; онѣ дѣйствительны до тѣхъ поръ, пока потерпѣвшее лицо не заявило о томъ, что оно заключило сдѣлку подъ вліяніемъ принужденія или обмана. Юридическія послѣдствія, произведенныя такою сдѣлкою до момента ея опороченія, остаются, за рѣдкими исключеніями въ силѣ. Напр., послѣдствія договора найма не теряютъ своей силы, хотя бы самый договоръ былъ уничтоженъ: деньги за квартиру за прожитое время не могутъ быть востребованы обратно. Возможны также случаи, когда сдѣлка, дѣйствительная въ началѣ, теряетъ свою силу впослѣдствіи, если явится обстоятельство, дѣлающее невозможнымъ ея дальнѣйшее существованіе; напр., бездѣтный собственникъ родового имущества завѣщаетъ его дальнему родственнику, но затѣмъ у него появляется сынъ

имѣющій одинъ право на наслѣдованіе въ этомъ имуществѣ, завѣщаніе становится недѣйствительнымъ.

Хотя въ нашемъ законѣ нигдѣ не выражено прямо различіе между ничтожностью и оспоримостью сдѣлокъ, но тѣмъ не менѣе изъ разсмотрѣнія частныхъ случаевъ недѣйствительности можно сдѣлать выводъ, что и наше право знаетъ оба вида недѣйствительности сдѣлокъ. Но изъ этихъ постановленій нельзя извлечь руководящаго начала, на основаніи котораго можно было бы опредѣлить: какія нарушенія закона ведутъ къ ничтожности, и какія - къ оспоримости сдѣлки. Другими словами, въ нашемъ законѣ нѣтъ критерія, разграничивающаго область примѣненія того и другого вида недѣйствительности сдѣлокъ. По мнѣнію большинства нашихъ цивилистовъ, въ этомъ случаѣ слѣдуетъ принять за критерій начало, выставляемое Сенатомъ относительно недѣйствительности договоровъ. Сенатъ говоритъ, что основанія недѣйствительности договоровъ по нашему праву могутъ быть двоякаго рода: или договоръ признается недѣйствительнымъ въ частномъ интересѣ участвующихъ въ немъ лицъ, или же въ интересѣ публичномъ. Какъ на примѣры недѣйствительности послѣдняго рода, Сенатъ указываетъ случаи недѣйствительности договоровъ, перечисленные въ ст. 1529 X т., напримѣръ, когда побудительная причина заключенія договора есть достиженіе цѣли, закономъ запрещенной, или когда онъ по содержанію своему представляется противнымъ нравственности и общественному порядку. Въ такихъ случаяхъ договоръ долженъ подлежать уничтоженію въ ви-

тересахъ благочинія и общественнаго порядка и при томъ онъ долженъ былъ уничтожаемъ судомъ ex officio безъ всякаго указанія на его недѣйствительность со стороны тяжущихся. Такимъ образомъ, недѣйствительность здѣсь безусловная, исключающая возможность возникновенія изъ подобныхъ сдѣлокъ какихъ бы то ни было правъ или обязанностей. Напротивъ, недѣйствительность сдѣлокъ, нарушающихъ постановленія перваго рода, т.е. постановленія, имѣющія въ виду частные интересы участвующихъ въ немъ лицъ, - будетъ условной, относительной, и она можетъ быть признана только по требованію или иску заинтересованной стороны. Возьмемъ для примѣра нѣсколько случаевъ недѣйствительности сдѣлокъ того и другого рода, и вооружившись вышеуказаннымъ критеріемъ, постараемся опредѣлить, какой родъ недѣйствительности слѣдуетъ примѣнить въ томъ и другомъ случаѣ. Прежде всего слѣдуетъ коснуться тѣхъ случаевъ, когда сдѣлками нарушаются нормы закона объ ограниченіи правоспособности. Тѣ ограниченія правоспособности, которыя обусловлены иностраннымъ подданствомъ, вѣроисповѣданіемъ, образованіемъ, лишеніемъ правъ состоянія и т.д. установлены, очевидно, въ интересѣ государственномъ, а потому нарушеніе ихъ должно вести къ ничтожности сдѣлки. Сюда же нужно отнести и ограниченія правоспособности, условленныя служебнымъ положеніемъ лица, занятіями, а также, поломъ, бракомъ, родствомъ, свойствомъ и усыновленіемъ. Впрочемъ, въ ограниченіяхъ послѣдняго рода возможно въ нѣкоторыхъ случаяхъ видѣть участіе и интереса частнаго, почему духовныя завѣщанія, напр., нарушающія

ограниченія, основанныя на родствѣ, принадлежности къ тому или другому полу и друг. подлежатъ только оспариванію. Что же касается ограниченій дѣеспособности малолѣтнихъ, безумныхъ, расточительныхъ и друг., то несомнѣнно, что эти ограниченія установлены въ частномъ интересѣ самихъ же ограниченныхъ въ ихъ дѣеспособности лицъ, и потому нарушеніе относящихся сюда постановленій влечетъ за собою не ничтожность, а оспоримость сдѣлки.

Относительно нормъ, требующихъ дѣйствительнаго выраженія воли на совершеніе сдѣлки, мы уже говорили, что нарушеніе этихъ нормъ, установленныхъ въ интересахъ лица ставшихъ жертвою принужденія, обмана, заблужденія, дѣлаетъ сдѣлку только оспоримой со стороны заинтересованныхъ лицъ. Тѣми же самыми соображеніями слѣдуетъ руководствоваться и при обсужденіи недѣйствительности сдѣлокъ, погрѣшающихъ противъ формы и противъ объективныхъ условій ихъ дѣйствительности. Сдѣлка можетъ оказаться недѣйствительной и въ какой-нибудь части, и если эта часть несущественна и не связана тѣсно съ остальными частями сдѣлки, то эти послѣднія остаются въ силѣ. Поэтому часть сдѣлки, нарушающая требованія закона, не должна служить основаніемъ для всей сдѣлки и имѣть въ ней другое значеніе, кромѣ второстепеннаго; иначе сдѣлка поражается недѣйствительностью въ цѣломъ ея составѣ. Такъ, напр., если завѣщаніе сдѣлано въ родовомъ и благопріобрѣтенномъ имуществѣ, и нарушаютъ законъ только тѣ части завѣщанія, которыя содержатъ въ себѣ распоряженія о родовомъ имуществѣ, то эти части и признаются недѣйствительными; части

же, въ которыхъ идетъ дѣло объ имуществѣ благопріобрѣтенномъ, остаются въ силѣ. Въ ст. 1029 сказано. "Если въ завѣщаніи допущены распоряженія, законамъ противныя, то сіи распоряженія суть недѣйствительны; но при семъ всѣ другія распоряженія, законамъ не противныя, остаются въ своей силѣ". Такая частичная недѣйствительность сдѣлки можетъ быть, въ свою очередь, на основаніи указаннаго выше критерія двоякаго рода: она будетъ или ничтожностью, или оспоримостью. Дѣйствительность сдѣлки должна обсуждаться по моменту ея совершенія и потому недѣйствительной она можетъ быть признана на основаніи обстоятельствъ, имѣвшихъ мѣсто именно въ этотъ моментъ. Что касается обстоятельствъ, привходящихъ впослѣдствіи, то они не могутъ опорочить сдѣлку, удовлетворявшую въ моментъ ея совершенія всѣмъ законнымъ требованіямъ. Это положеніе подтверждается частными постановленіями нашего закона. Завѣщаніе, совершенное здоровымъ человѣкомъ, впавшимъ впослѣдствіи въ умопомѣшательство, остается въ силѣ. На основаніи ст. 222 несовершеннолѣтній, выдавшій обязательство безъ согласія попечителя, не подвергается [illegible] ни во время несовершеннолѣтія, ни по достиженіи совершеннолѣтія. Что же касается обстоятельствъ, которыхъ Мейеръ и нѣкоторые другіе цивилисты ошибочно придаютъ силу разрушать сдѣлку, каковы, напр., изъятіе вещи изъ гражданскаго оборота, или ея экспропріація, или изданное послѣ заключенія сдѣлки запрещеніе закона опредѣленныхъ въ ней дѣйствій и др., то эти обстоятельства не имѣютъ никакого отношенія къ [illegible]

не опорочиваютъ сдѣлки, а служатъ лишь основаніями для ея прекращенія, подобно другимъ обстоятельствамъ такого же рода, напр., гибели предмета сдѣлки, невозможности ея исполненія и проч. Не лишенъ практическаго интереса и слѣдующій вопросъ: можетъ ли сдѣлка, недѣйствительная въ началѣ, стать впослѣдствіи дѣйствительной по отпаденіи того обстоятельства, которымъ обусловливалась ея недѣйствительность. Вопросъ этотъ надо рѣшать двояко, смотря по тому, что получалось при дѣйствіи даннаго обстоятельства — ничтожность сдѣлки или только ея оспоримость. Если данное обстоятельство влекло за собою ничтожность сдѣлки, то и отпаденіе этого обстоятельства не въ состояніи возстановить ея дѣйствительности | *quod initio vitiosum est, tractu temporis convalescere non potest.* Наоборотъ, если недѣйствительность сдѣлки сводилась къ возможности ея оспариванія, то сдѣлка можетъ стать дѣйствительной по одобренію или признанію ея или по истеченіи давности для предъявленія иска. Мейеръ ошибочно даетъ одно общее рѣшеніе для всѣхъ случаевъ, говоря, что отпаденіе опорочивающаго обстоятельства не можетъ никогда произвести недѣйствительной сдѣлки дѣйствительной. Такъ, по его мнѣнію, сдѣлка, совершенная несовершеннолѣтнимъ и впослѣдствіи, по достиженіи совершеннолѣтія имъ признанная не можетъ считаться дѣйствительной. Сенатъ наоборотъ, въ цѣломъ ряду рѣшеній высказалъ, что такое признаніе сдѣлки придаетъ ей дѣйствительность и силу.

В| ПРАВОНАРУШЕНІЕ ВЪ ГРАЖДАНСКОМЪ ПРАВѢ. ГРАЖДАНСКАЯ ОТВѢТСТВЕННОСТЬ ЗА НЕЗАКОННЫЯ ДѢЙСТВІЯ. Понятіе правона-

рушенія ближе опредѣляется въ уголовномъ правѣ;съ точки же зрѣнія гражданскаго права оно представляетъ интересъ, только какъ недозволенное объективнымъ правопорядкомъ |т.е. закономъ и обычаемъ,-потому понятіе правонарушенія шире понятія противозаконнаго дѣйствія| дѣйствіе, учиненное однимъ лицемъ въ сферѣ цивильныхъ правъ другого. Непосредственнымъ объектомъ недозволеннаго дѣйствія является, собственно говоря, въ большинствѣ случаевъ не самое право, а лишь его осуществленіе или интересъ, связанный съ извѣстнымъ правомъ: напр., мое право на уплату долга не терпитъ ущерба отъ отказа должника удовлетворить моему требованію, но реальное пользованіе этимъ правомъ, возможность его осуществленія - дѣйствительно нарушается. Гражданскія правонарушенія производятъ различныя измѣненія въ сферѣ конкретныхъ правоотношеній и влекутъ за собою извѣстныя юридическія послѣдствія,-но ихъ нельзя, какъ это дѣлаетъ, между прочимъ Мейеръ, - считать поэтому уже юридическими актами. Въ юридическихъ актахъ воля сторонъ непосредственно направлена на извѣстный юридическій эффектъ, между тѣмъ какъ вытекающія изъ недозволеннаго дѣйствія измѣненія въ юридической сферѣ потерпѣвшаго - совершаются противъ его воли, а равнымъ образомъ, помимо воли правонарушителя возникаютъ для него неизбѣжныя юридическія послѣдствія. Недозволенныя измѣненія въ сферѣ гражданскихъ правоотношеній одного лица могутъ быть вызваны какъ активнымъ вовдѣйствіемъ другого лица, такъ и пассивнымъ поведеніемъ, т. е. воздержаніемъ отъ дѣйствія, совершеніе котораго обязательно;

этотъ послѣдній видъ правонарушенія называется "упущеніемъ" |напр., неисполненіе обязательства|. Всѣ недозволенныя дѣйствія можно раздѣлить на:

1| правонарушенія абсолютныя, это - такія дѣйствія, которыя не дозволены объективно и преслѣдуются общественной властью *ex officio*, это, такъ называемыя уголовныя преступленія, они могутъ иногда заключать въ себѣ и гражданское правонарушеніе, - если нарушены цивильные интересы даннаго лица.

2| Правонарушенія относительныя - дѣйствія недозволенныя субъективно, т.е. - относительно даннаго управомоченнаго лица |напр., неуплата долга, нарушеніе владѣнія|. Преслѣдованіе такихъ относительныхъ правонарушеній зависитъ отъ частной инициативы потерпѣвшаго: въ гражданскомъ правѣ имѣетъ значеніе преимущественно этотъ послѣдній видъ правонарушенія, дѣйствіе субъективно недозволенное.

Изъ общихъ условій всякаго правонарушенія въ гражданскомъ правѣ имѣетъ особое значеніе - объективная сторона дѣла, т. е. самый фактъ нарушеннаго цивильнаго интереса. Этимъ объясняется существованіе извѣстныхъ уже изъ римскаго права такъ-называемыхъ *quasi-delicta* а также встрѣчающаяся чисто гражданская отвѣтственность не самого виновнаго въ преступленіи, а другого лица |напр. случаи представительства, гражданскія послѣдствія крушенія поѣзда, гибели парохода, падающія не только на непосредственныхъ виновниковъ несчастія, но и на желѣзнодорожную компанію, на пароходство обязанное [illegible]

разомъ, банкирскій домъ удовлетворяетъ гражданскіе иски потерпѣвшихъ отъ мошенническихъ продѣлокъ своихъ агентовъ ст. 72|. Однако, одного объективнаго состава правонарушенія не всегда достаточно для гражданской отвѣтственности. Въ ст. 647 говорится: "не подлежатъ вознагражденію вредъ и убытки, происшедшіе отъ дѣянія случайнаго, учиненные не только безъ намѣренія, но и безъ всякой со стороны виновнаго неосторожности."

Такимъ образомъ, наше законодательство указываетъ еще на субъективныя условія гражданскаго правонарушенія и различаетъ между ними: а| намѣреніе или умыселъ |dolus| - т.е. прямое направленіе воли на недозволенное дѣйствіе |X ст. 644,5|. б| Неосторожность |culpa|. Нашъ Сводъ не дѣлаетъ прямого различія между: culpa lata| - неосторожность| и culpa levis |неосторожность легкая, малая вина|, но это различіе вытекаетъ изъ самаго существа дѣла - изъ юридической природы отдѣльныхъ правоотношеній. Напримѣръ, при договорѣ имущественнаго найма несомнѣнно требуется большая рачительность и попеченіе о чужомъ имуществѣ |ст. 1707 и 1708|, чѣмъ при договорѣ поклажи, гдѣ достаточно |ст. 2105 – 2106| diligentia, quam in suis rebus, diligens paterfamilias solet praestare. |Анненковъ 521, Мейеръ 173|.

ПОСЛѢДСТВІЯ ПРАВОНАРУШЕНІЯ. Послѣдствія гражданскихъ правонарушеній выражаются:

I. Для потерпѣвшаго въ извѣстномъ измѣненіи сферы его гражданскихъ интересовъ, которое можетъ состоять: | въ причиненіи имущественнаго ущерба или убытка |см.ст.644,5

убытки, потери|. б| Въ цѣломъ рядѣ послѣдствій, вредныхъ для здоровья, чести и т.п. |ст. 660 - 670|. Конечно, эти послѣдствія могутъ въ извѣстныхъ случаяхъ обусловить наличность состава уголовнаго преступленія |ст. 657 - лишеніе жизни; ст. 663 объ изнасилованіи; ст. 668 о безчестіи ст. 669 о личной обидѣ|;но въ гражданскомъ правѣ они разсматриваются лишь какъ нарушеніе общихъ условій общежитія|работоспособность,кредитъ| и цивильной дѣе-и-правоспособности |см. выше ученіе о субъектѣ гр. пр.|.

II. Для правонарушителя возникаетъ гражданская отвѣтственность за незаконныя дѣянія.

Гражданская отвѣтственность заключается:

Въ обязанности вознаградить потерпѣвшаго за "вредъ, убытки и потери",-причиненные недозволеннымъ дѣйствіемъ. Цѣль этого вознагражденія "возстановить субъекта нарушеннаго права въ томъ состояніи, въ которомъ онъ находился до нарушенія права" |Мейеръ стр. 157|. Такое возстановленіе во всей полнотѣ возможно далеко не всегда,-напр., похищена и уничтожена вещь незамѣнимая; поэтому приходится ограничиваться общимъ требованіемъ такого рода, чтобы было возстановлено матеріальное значеніе нарушеннаго права. "По изслѣдованіи происшествія и обстоятельствъ дѣла", - говорится въ ст. 675 - "судъ опредѣляетъ количество вознагражденія". Это общее положеніе ставитъ вопросъ о размѣрѣ вознагражденія, какъ *quaestio facti*, на рѣшеніе суда. На основаніи общихъ соображеній справедливости и нѣкоторыхъ частныхъ указаній нашего свода можно, однако, установить слѣдующія правила:

I. Вознагражденіе должно быть соразмѣрно, прежде всего, объективной цѣнности нарушеннаго права; такъ наз. субъективный "нравственный интересъ" можетъ только сопутствовать гражданскому праву и не подлежитъ, по мнѣнію большинства нашихъ цивилистовъ, вознагражденію |Мейеръ стр. 176|; но это мнѣніе спорно и едва ли правильно.

2. Вознагражденіе должно обнимать собою не только цѣнность нарушеннаго права, но и интересъ его, т.е. возмѣщенію подлежатъ всѣ выгоды, которыхъ лицо лишилось вслѣдствіе недозволеннаго вмѣшательства въ сферу его гражданскихъ правоотношеній |статья 671|: "возвратить также всѣ полученные отъ похищенія или захвата имущества доходы и выгоды, или же вознаградить хозяина за всѣ понесенные имъ отъ лишенія сего имущества потери и убытки" |также ст. 663|. в|Иногда, независимо отъ вознагражденія потерпѣвшаго, правонарушитель подвергается еще гражданскому наказанію - штрафу |пеня, *poena privata*. Гражданская пеня взыскивается въ пользу того, чье право нарушено |этимъ она отличается отъ уголовнаго наказанія|; затѣмъ, она не соразмѣряется съ матеріальнымъ вредомъ, причиненнымъ недозволеннымъ дѣйствіемъ |въ этомъ заключается отличіе ея отъ вознагражденія|, - такъ что, напр., каждый изъ соучастниковъ можетъ быть приговоренъ къ полному гражданскому наказанію, между тѣмъ, какъ относительно вознагражденія соучастники отвѣчаютъ *in solidum*. |ст. 648; Мейеръ стр. 176 и слѣд.|.

Гражданское наказаніе основывается или на непосредственномъ предписаніи закона |*poena legali*- при зай-

мѣ, подрядѣ, поставкѣ - такъ называемая неустойка, опредѣляемая закономъ |ст. 1574- 1582| и по желанію сторонъ, - участвующихъ въ сдѣлкѣ |poena conventionalis| какъ особое обезпеченіе гражданскихъ правоотношеній,- такъ наз. "неустойка по добровольному условію ст.1583-1586|.

Гражданское наказаніе основано на примѣненіи карательной функціи денегъ, что между прочимъ дѣлаетъ возможнымъ защитить гражданскимъ судомъ цѣлый рядъ неимущественныхъ интересовъ, - возникающихъ изъ отношеній частныхъ лицъ къ дѣятельности публичныхъ предпріятій, изъ особыхъ договорныхъ обязательствъ и т.п. |Объ этомъ подродно см. стр. 154 - 172|.

5. ЗАЩИТА ЮРИДИЧЕСКИХЪ ОТНОШЕНІЙ; ИСКОВАЯ СИЛА ГРАЖДАНСКИХЪ ПРАВЪ.

Подъ юридической защитой разумѣютъ возстановленіе нарушеннаго права или предупрежденіе будущаго нарушенія его. На первыхъ ступеняхъ культуры защита правъ выражалась въ самооборонѣ и въ самоуправствѣ, т.е. она осуществлялась въ отраженіи чужого нападенія |vim vi repellere licet| или посредствомъ нападенія на личность или на вещи другого |напримѣръ, насильственное удовлетвореніе по долгов. обязат.|. Но по мѣрѣ усиленія государственной власти и упроченія цивильнаго правопорядка эта защита должна была перейти въ руки общественной вла

сти - стать дѣломъ спеціальныхъ судебныхъ органовъ. Въ нашемъ сводѣ самоуправство, какъ внѣсудебное средство защиты правъ, не только "строго воспрещается" |X ст. 690|, но даже прямо относится къ числу проступковъ подлежащихъ уголовной отвѣтственности |ст. 142 устава о накав. налаг. мировыми судьями|.

Изъ этого общаго правила существуютъ, однако, слѣдующія весьма понятныя исключенія, - составляющія случаи дозволенной внѣсудебной защиты:

I| Примѣчаніе къ ст. 690 говоритъ о законной оборонѣ: "Законная оборона отъ насилія не считается самоуправствомъ, когда не выходитъ изъ предѣловъ, закономъ опредѣленныхъ. Объ этихъ предѣлахъ см. курсъ уголовнаго права-ученіе о необходимой оборонѣ, мы же отмѣтимъ здѣсь нѣсколько частныхъ случаевъ, имѣющихъ практическій интересъ и значеніе:

а| должно считаться дозволеннымъ употребленіе насилія для удаленія хозяиномъ изъ его жилища постороннихъ лицъ, не удаляющихся оттуда вопреки требованіямъ хозяина|кассац. р. угол. деп. 71 г. № 767, и ст. 10 уст. о наказ. налаг. мировыми судьями|.

б| Должно считаться дозволеннымъ употребленіе насилія для удаленія хозяиномъ |арендаторомъ, пожизненнымъ владѣльцемъ и т.п.| постороннихъ лицъ съ его поля, луга и т.п. - разъ нарушается его владѣніе |запахиваніе| или наносится какой-либо иной ущербъ-собираніе плодовъ, потравы |ст. 101 улож. о наказ. и X ст. 531|;

д| должно считаться дозволеннымъ удалить, а въ

случаѣ крайности и убивать,-чужихъ животныхъ для защит личности и имущества обороняющагося|ст.IO уст.о наказ. налаг. мировыми суд. и частное опредѣленіе XIУ ст. 224 "если кто, обороняясь отъ напавшей на него чужой собаки, убьетъ, то не обязанъ за сіе никакимъ вознагражденіемъ ея хозяину" и т.п.|.

2. Затѣмъ нашъ сводъ въ извѣстныхъ случаяхъ призн етъ такъ называемое право задержанія |jus retentionis|,т.е.дозволяетъ кредитору удержать у себя вещи,принадлежащія должнику,пока этотъ послѣдній не уд влетворитъ законныхъ требованій кредитора. Такъ, напр мѣръ, существуетъ правило |издан. въ 62 г.| о задержан чужого скота за потраву полей и луговъ. Иностранныя за нодательства идутъ дальше и предоставляютъ это право х йну дома на вещи жильца, если этотъ послѣдній оказыва неисправнымъ плательщикомъ; собственнику относительно инвентаря неисправнаго арендатора и т.п.

Какъ переходную ступень отъ внѣ судебной защиты в воотношеній къ средствамъ гражданскаго процесса можно зать на третейскій судъ, который, напримѣръ, по прежн порядку судопроизводства былъ даже обязателенъ для сто ронъ при рѣшеніи споровъ, возникавшихъ изъ договоровъ товарищества и т.п.

Самая обыкновенная и нормальная при развитомъ об щественномъ строѣ форма защиты юридическихъ отношеній защита судебная. Эта защита выражается въ 2-хъ направ ніяхъ:

1. фактически возстановляется нарушенное правоот

шеніе, причемъ судебные органы выполняютъ функціи до извѣстной степени не чисто-судебныя, а полицейскія;

2. рѣшается судебнымъ порядкомъ вопросъ о самомъ правѣ, если оно оспаривается.

Система дѣйствій гражданскихъ судовъ составляетъ предметъ самостоятельнаго курса гражданскаго процесса, въ общей же части всякой цивильной системы должны быть указаны лишь тѣ матеріальныя послѣдствія, которыя судебная защита можетъ имѣть для субъекта гражданскихъ правъ, т.е. выражаясь словами программы, должна быть разсмотрѣна: ИСКОВАЯ СИЛА ГРАЖДАНСКИХЪ ПРАВЪ.

Всякое гражданское право можетъ быть защищено судебнымъ порядкомъ [см. уст. гражд. судопр. ст. I] нераздѣльно съ самимъ гражданскимъ правомъ возможность обратиться въ судъ для его защиты называется правомъ иска.

Подъ искомъ съ матеріальной точки зрѣнія надо понимать именно законное требованіе потерпѣвшаго, чтобы нарушенное право было возстановлено судебнымъ порядкомъ; это понятіе не слѣдуетъ смѣшивать съ формальнымъ предложеніемъ объ искѣ, какъ о совокупности внѣшнихъ процессуальныхъ дѣйствій истца.

Объ эти стороны - матеріальная и формальная дополняютъ другъ друга и даютъ возможность указать слѣдующія общія условія, которыя необходимы для того, чтобы на-

---

быть доказываемо въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ|.

в|*praesumptio juris et de jure*, кот. закономъ исключается возраженія противной стороны|если мужъ расписался в метрическихъ книгахъ, то не можетъ быть возбужденъ вопросъ о незаконности ребенка|. Ср. общ. ст. о доказательствахъ въ гражданскомъ процессѣ 81 - 124.

Четвертое условіе исковой силы гражданскихъ правъ: искъ долженъ быть предъявленъ|"учиненъ"| втеченіе указаннаго закономъ срока.

М. X ч. I ст. 694, устанавливаетъ общее правило:"иски такъ же, какъ и тяжбы, ограничиваются общей земской десятилѣтней давностью. Кто втеченіе оной иска не предъявилъ, или, предъявивъ, хожденіе по оному въ присутственныхъ мѣстахъ не имѣлъ, тотъ теряетъ свое право" |см. также ст. 692|.

Указанныя статьи нашего Свода говорятъ спеціально о правѣ судебной защиты "по имуществамъ", но едва ли изъ такой, можетъ быть, нѣсколько неточной редакціи можно вывести заключеніе,какое дѣлаетъ Анненковъ|стр. 586|, что у насъ исковая давность не можетъ быть признана за общее основаніе прекращенія всѣхъ исковыхъ правъ. Положеніе, выраженное ст. 692, 94, является общимъ правиломъ, изъ котораго по нашему закону существуютъ слѣдующія исключенія:

I. X., I, ст. 1152 говоритъ, что искъ жены о выдѣлѣ ей указной части не подлежитъ погашенію теченіемъ давности.

нію давности сохраненія росписки изъ договора поклажи.

3. Уст. Гражд. Суд. ст. 1347 - указываетъ, что не погашается никакою давностью искъ о законности рожденія |Анненковъ стр. 506|.

Теченіе исковой погасительной давности начинается момента правонарушенія, т.е. съ того момента, когда возникаетъ возможность воспользоваться присущимъ всякому праву - правомъ иска. Такимъ образомъ, начало теченія давности для каждаго искового права опредѣляется условіями конкретнаго случая и зависитъ отъ существа самого нарушаемаго права |напримѣръ, право собственности можетъ быть нарушено завладѣніемъ вещью или совершеніемъ относительно ея какого-либо незаконнаго дѣйствія|.

Законъ нашъ опредѣляетъ также, что право иска утрачивается по давности "нехожденіемъ по дѣлу" въ теченіе 10 лѣтъ. Подъ понятіемъ "нехожденія по дѣлу", какъ справедливо замѣчаетъ Мейеръ|ст. 231|, надо разумѣть не простое "наѣдываніе" въ присутственныхъ мѣстахъ, которое вовсе не обязательно для истца и зависитъ отъ его личнаго усмотрѣнія, а процессуальную его дѣятельность, т. е. необходимое по существу дѣла дѣйствіе для доказательства его притязаній, для возраженій противъ доводовъ отвѣтчика, изъявленія удовольствія или неудовольствія на рѣшеніе суда и т. п.

Срокъ продолжительности давности, истеченіемъ котораго право на искъ подлежитъ прекращенію, установленъ десятилѣтній, но существуютъ отъ этой общей нормы нѣкоторыя отступленія, напримѣръ:

I. X ч. I, ст. I524, двухгодичный срокъ на предъявленіе споровъ противъ купчихъ крѣпостей.

2. Ст. I687, годичный для требованія по росписке о задаткѣ |см. также ст. I688,89| и т.п.

Наступательному дѣйствію истца - его исковому требованію - отвѣтчикъ можетъ противопоставить и съ своей стороны судебныя средства гражданской защиты - такъ назыв. exceptiones - возраженія.

Цѣль этихъ возраженій: лишить силы или, по крайней мѣрѣ, ослабить притязанія истца, причемъ по отношенію къ защитѣ отвѣтчика примѣнимы тѣ же условія, какъ и къ исковому требованію |конечно, кромѣ перваго|, т.е. должно быть нарушено его спокойное состояніе предъявленіемъ иска, онъ долженъ доказать свои возраженія и т. п. Отвѣтчикъ можетъ пользоваться какъ прямыми средствами защиты |ст. 324, 333 Устав. Гражд. Суд.|: доказывать непосредственно отсутствіе права со стороны истца|, такъ и косвенными - напримѣръ, предъявить встрѣчный искъ |ст. 340 - 342|, возражать противъ фактическихъ основаній иска или процессуальныхъ |отводъ, возраженіе о неподсудности |ст. 229 - 244|, о исковой давности|. Наконецъ, отвѣтчикъ въ своемъ возраженіи можетъ доказывать лишь преждевременность предъявленнаго ему требованія |exceptio dilatoria| не касаясь вовсе вопроса объ юридической основательности иска, т.е. не оспаривая права истца|.Подробности относятся къ процессуальному праву|. Затѣмъ въ ученіи объ исковой силѣ гражданскихъ правъ необходимо остановиться на слѣдующихъ вопросахъ:

I. Существуетъ ли по нашимъ законамъ преемство въ исковомъ правѣ и въ отвѣтственности по гражданскимъ искамъ?

Отвѣтъ долженъ быть данъ утвердительный на основаніи:

а| X, ст. 1259: "Вмѣстѣ съ имуществомъ и правами къ принявшему наслѣдство переходятъ и обязанности: 1|...2|..: вносить судебныя пошлины и штрафы, которые при жизни внесены не были. 4| вообще отвѣтствовать въ искахъ по имущественнымъ.

Сопоставленіе X ст. 1258, въ которой говорится, что "принявшему наслѣдство принадлежитъ не только наличное имущество, но и слѣдующіе къ полученію долги....." статей X, 417 и 419, гдѣ къ составу наличныхъ и долговыхъ имуществъ причисляются и тяжбы, и иски "по онымъ въ судебныхъ мѣстахъ производимыя".

II. Какое вліяніе оказываетъ процессъ на гражданскія права?

а| Начало процесса - предъявленіе иска ведетъ къ тому, что:

1. Всякія права, относительно которыхъ возбужденъ судебный споръ, становятся наслѣдственными |напримѣръ, права личныя, которыя по своему понятію не наслѣдственны |см. Нерсесовъ, стр. 90|.[x]

---

x| Иначе, но едва ли правильно, Анисимовъ, стр. 584.

2. Вчатіе иска прерываетъ теченіе давности |X, ст. 558, 559|.

3. Иногда усиливается и увеличивается въ своемъ объемѣ то матеріальное право, которое лежитъ въ основаніи иска. По начатіи процесса, исковое притязаніе простирается и на всѣ плоды |отвѣтчикъ съ момента начатія процесса уже не можетъ считаться bonae fidei possessor|; затѣмъ истецъ пріобрѣтаетъ право требовать съ отвѣтчика вознагражденія за порчу или за гибель спорной вещи, а въ нѣкоторыхъ случаяхъ для истца возникаетъ еще важное право искать съ отвѣтчика въ свою пользу гражданскій штрафъ |см. выше предыд. отдѣлъ о послѣдствіяхъ правонарушеній и указанныя тамъ статьи законовъ|.

б| Конецъ процесса — вступившее въ законную силу судебное рѣшеніе — составляетъ окончательное, безспорное основаніе для конкретнаго правоотношенія между истцомъ и отвѣтчикомъ. Будучи признаніемъ искового требованія, судебное рѣшеніе даетъ истцу полный, самостоятельный titulus для удовлетворенія его притязанія; — будучи отказомъ въ искѣ, оно признаетъ за отвѣтчикомъ спорное право и создаетъ для него также новое формальное юридическое основаніе, которое уже не можетъ быть обезсилено возраженіями заинтересованныхъ лицъ |Res iudicata pro veritate habetur|.

Вообще съ момента, когда судебное рѣшеніе вступаетъ въ законную силу, прежнія матеріальныя основанія притязаній сторонъ замѣняются его формальной силой

такъ что судебное рѣшеніе производитъ своего рода *novatio*, замѣну одного юридическаго отношенія другимъ.

Сила судебнаго рѣшенія, конечно, не выходитъ за предѣлы конкретнаго цивильнаго спора, такъ или иначе разрѣшеннаго компетентнымъ судомъ |Уставъ о Гражданскомъ Судопроизводствѣ|: "Судъ не имѣетъ права ни постановлять рѣшенія о такихъ предметахъ, о коихъ не предъявлено требованія, ни присуждать болѣе того, что требовалось тяжущимися, ни возбуждать вопроса о давности, если тяжущіяся стороны на нее не ссылались" |ст. 706|.

Судебное рѣшеніе, вступившее въ законную силу, обязательно не только для тяжущихся, но и для суда, постановившаго оное, а также для всѣхъ прочихъ судебныхъ и присутственныхъ мѣстъ и должностныхъ лицъ Имперіи |Ст. 893|.

" Рѣшеніе вступаетъ въ законную силу только въ отношеніи спорнаго предмета, отыскиваемаго и оспариваемаго тѣми же тяжущимися сторонами и на томъ же основаніи |ст. 895|.

К о н е ц ъ.

---oOo---

ПЛОХО ВЫШЕДШІЯ ЦИТАТЫ И ОПЕЧАТКИ:

Л. I, стран. 13, стр. 6 — nominum causa...

Листъ VI стр. 86. Напечатано: клiентовъ. Извѣстно, что юристы среднихъ вѣковъ и новаго времени вплоть до XIX вѣка служили . Читать: клiентовъ. Они служили свѣтской Стр. 92: Напечатано: права государства. Надо: права, государства. Страница 14 . Напечатано: многочисленность остатковъ равлич. Читать: многочисленность и разнообразіе. Стр. 93 6 ст. с. Напечатано: постепенно, читать: постоянно. . 6 строка снизу: напечатано давалъ, читать- давилъ. 94 страница: напечатано - этимъ состояніемъ, читать - этими состояніями. 96. 3 н. - событіе, чит. - свойст

Л. X actiones injuriam
arbitrariae
populares
arbitrer. } стр. 167

Лист XII. 181 послед. слова — судебныхъ инстанцій

Л. XV. 232. 7 sententiae receptae...
13 actio spolii

Л. XVI 244. 7 снизу. Allgemeines Landrecht.
248. 4 quod principi placuit,
legis habet vigorem.
249. 9, 10 Jellinek... Gesetz und Verordnung

Стр.250 12 подписи монарха под.. 15: отвѣтственность это-
го министра.. 17. или обнародованія закона, ...
Л. XVII 257. пол.с.—безусловно, но лишь насколько..
Страница 272 1-цѣликомъ...

250. 5 снизу. lex non obligat, nisi rite promulgata....

XVI Ст.251 17.: для ознакомленія съ ними публики въ церк-
вах, ...
— полнуз. — теперь Reichsgesetzblatt в Германіи, Bulletins de lois в Ф....
253 ст. 2 Vocatio legis....
13, 14. vocatio legis, ... vocatio legis...
3 снизу. lex imperfectissima...
254 цитат. vocatio legis....
Л XIX Стр. 303 с.сн. Б.-Laurent / Le droit international prive, introd. p. 9. et suiv /.
Л XXI 302. 6 снизу. territorium
Л XX 309. 6 сниз. L'histoire du monde est le tribunal du monde...
310 пол. строка .... лючены
316. 7 statuta personalia
16 ratio scripta
317 primogenitus succedat... 318. 3 in primogentium... 1 снизу peculium adventitium....

L. XXII 338 - expressa ... 340 - 4 cas. naturel - omissum - nuncupativum - 340.10 - lex posterior derogat priori ... 14. jura quaesita 341. 7 facta praeterita. 344. 4 u 3 cn. - rechtliche Zustände ... /spes/. 352. cn. 1 - conventionale

L. XXIII 358. 8-9. - Non enim lex est, quod scriptum est, sed quod legis lator voluit ... 13. 14. - Thöl Einleitung in das deut. Privatrecht u Ihering ... Geist des römischen Rechts. Cmpr. cn. 4-6 - Ueber die interpretation von Gesetzen - Zeitschrift für das öffentliche und Privatrecht der gegenwart ... 361. 15 - qui tacet, consentiri videtur ...

XXIV. 375. usum - idem porrigendum ad curatores, procuratores et qui aliena negotia gerunt 376 cn. 1 - dolus praeteritus no ucucy hereditatis petitio cmpr 3 - generalis in rem actio c. 4 - rei vindicatio. 45 - specialis in rem actio. c 9 - "quasi ... quasi possessio, quasi substitutio. c 10 - actiones utiles Cm. 379 c. 7 cn - specificatio, accessio, confusio 6 cn - l. Aquilia 380. 2 - in thesi. 3. - in prato 15 - duplex interpretatio, interpretatio in fraudem legis. 381. 8 cn. - horror vacui. 3-6 cn - Code civil: „Le juge, qui refusera de juger sous prétexte du silence de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice -

л XXV с. 391 – res corporalis

л. XXVI с. 406. 4сн. – civiliter exercere 410. 2 – realiter 18 – qui suresuo utitur, nemini facit injuriam.. 411. 1 – actio de tingo iuncto... 10сн. – jus tollendi. 6сн. – moratorium 4. – quod mihi prodest et tibi non nocet, ad id poteris compellere

л. XXVIII с. 440. 10 – " ответчика"

с. 442. 8сн. – " власти; это"

Листъ XXIX. страница 459 2 с.снизу: "способности человѣка быть юридической"...

Стр. 458 стр. I3 "права", I5 "продолжали", I8, одного или.....

Стр. 490 с.I, 2 снизу "но этотъ признакъ не исчерпываетъ понятiя иностранца, такъ какъ въ правѣ сохраня..."

Листъ XXXI. Стр. 482 послѣд. слово "заимствовалъ"

Листъ XXXVI. Стр. 565 послѣд. стр. – имѣетъ нѣсколько значенiй..

Листъ XXXVIII послѣд. стр.: "день совершенiя событiя, отъ котораго....."598 послѣд. с.:"давность не течетъ и возобновляет." 599 п. с. – "дѣленiе ихъ на возмездныя и безмездныя". 606 2 сн. "завѣщанномъ имуществѣ".

Листъ XXXIX Стр. 623 ст. 2 "к другого". С.3 "напр: о срокѣ", 7 "которой дозволяется", 8"конечный срокъ", 9"довѣренностяхъ". I0 "продолжительность", 20 "правъ", 2I"отъ условiя". Наоборотъ...6I8, I"отъ силъ и законовъ". 6I5 по. стр."т. е. какъ это происходитъ обычно. Случай –"

Листъ 40 Стр. 631 ст. послѣд. не отпеч. сл. словъ "не дѣйствительности сдѣлки; они вовсе" -

Г. Кривенко.
1928/XI 04

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО

ЧАСТЬ ОСОБЕННАЯ

ВЕЩНОЕ ПРАВО

ОРД. ПРОФЕСС. Ю. С. ГАМБАРОВА.

1896 - 97 г.г.

---ооо---

В Е Щ Н О Е П Р А В О.

ОБЩЕЕ ПОНЯТІЕ, ОТЛИЧИТЕЛЬНЫЕ ПРИЗНАКИ, КЛАССИФИКАЦІЯ.

Вещное право представляетъ собою совокупность юридическихъ нормъ, регулирующихъ взаимныя отношенія людей, по поводу обладанія ихъ предметами физическаго міра или вещами. Это опредѣленіе отличается существенно отъ господствующаго опредѣленія, которое называетъ вещнымъ правомъ то непосредственное господство человѣка надъ вещью |Унгеръ|, то право, которое имѣетъ своимъ непосредственнымъ предметомъ вещь, какъ частицу внѣшняго міра, подчиненную вполнѣ или отчасти волѣ управомоченнаго субъекта |Виндшейдъ|.

Неправильность этихъ опредѣленій состоитъ въ

слѣдующемъ: I| вещнымъ правомъ называется въ нихъ отношеніе человѣка къ вещи, что несовмѣстимо съ самымъ понятіемъ права. Вещное право, какъ и всякое другое, можетъ быть правомъ только при отношеніи лица къ лицу, такъ какъ весь правовой порядокъ имѣетъ своимъ первымъ и необходимымъ предположеніемъ - сосуществованіе многихъ лицъ и ихъ взаимныя отношенія между собою. Юридическія же отношенія между нами и вещами немыслимы уже потому, что послѣднія не могутъ имѣть относительно насъ никакихъ обязанностей. Признавъ такія отношенія возможными, пришлось бы допустить, что человѣкъ, если бы онъ былъ совершенно изолированъ отъ общества и занималъ одинъ весь земной шаръ, - что онъ и въ этихъ условіяхъ имѣлъ бы все таки вещныя права. Допустить такое предположеніе невозможно, и самое поверхностное размышленіе должно показать каждому, что отношеніе человѣка къ вещи можетъ быть только фактическимъ, но не юридическимъ отношеніемъ. Если человѣкъ и можетъ всегда имѣть интересъ къ вещи, изъ которой онъ извлекаетъ ту или другую пользу, то эта польза дѣлаетъ вещь только благомъ, понятіе котораго, какъ экономическое понятіе, основано дѣйствительно на отношеніи лица къ вещи; поэтому, вещь въ состояніи быть благомъ и для изолированнаго на всемъ земномъ шарѣ человѣка. Но это благо становится правомъ лишь

при условіи защиты его общественной властью, защиты, которая предполагаетъ существованіе общества и возможность нарушенія интересовъ однихъ лицъ дѣйствіями или бездѣйствіемъ другихъ. Слѣдовательно, отношеніе лица къ лицу составляетъ существенный признакъ понятія права и не можетъ, вопреки господствующему мнѣнію, отсутствовать или стоять на второмъ планѣ, какъ это думаетъ Виндшейдъ, и въ вещномъ правѣ. Такой взглядъ на вещное право, какъ на непосредственное отношеніе человѣка къ вещи, стоитъ въ видимой связи съ общераспространеннымъ среди юристовъ мнѣніемъ, по которому содержаніе права заключается въ пользованіи различнаго рода благами, а не въ защитѣ этого пользованія общественной властью. Ошибочность этого убѣжденія должна быть для васъ ясна уже изъ того, что говорилось выше о понятіи права. [Подробныя же разъясненія по настоящему вопросу вы найдете, если пожелаете, въ моей книгѣ: "Общественный интересъ въ гражданскомъ правѣ" вып. I, стр. 49 - 59].

2. Другой недостатокъ разбираемыхъ нами опредѣленій вещнаго права заключается въ ихъ чисто-субъективномъ и индивидуалистическомъ характерѣ. Утверждая, что вещное право характеризуется непосредственнымъ подчиненіемъ вещи волѣ управомоченнаго субъекта, господствующая доктрина дѣлаетъ волю послѣдняго опредѣляющимъ и рѣшающимъ моментомъ относительно всего содержанія права. Этимъ самымъ она стано-

вится на точку зрѣнія исключительно субъективнаго права, упуская изъ виду, что послѣднее не имѣетъ вовсе самостоятельнаго значенія и само подчинено опредѣленіямъ объективнаго правопорядка, служащаго выразителемъ не субъективныхъ, а объективныхъ, общественныхъ интересовъ. |Развитіе этой мысли, которая представляется ясной, кажется, сама по себѣ, вы также найдете въ моей книгѣ, посвященной доказательству ея на различныхъ отношеніяхъ вещнаго и обязательственнаго права|.

3. Наконецъ, третій недостатокъ господствующихъ опредѣленій вещнаго права состоитъ въ томъ, что имъ не обнимаются всѣ его виды. Эти опредѣленія основаны на наблюденіи двухъ только родовъ вещнаго права: собственности и, такъ называемыхъ правъ на чужую вещь, и, говоря о непосредственномъ подчиненіи вещи волѣ человѣка, господствующая теорія упускаетъ изъ виду другія формы пользованія вещью, которыя совсѣмъ лишены признака непосредственности. Объ этихъ формахъ мы будемъ говорить ниже.

Наше опредѣленіе вещнаго права свободно отъ указанныхъ недостатковъ общепринятаго опредѣленія. Предметомъ вещнаго права признаются въ немъ отношенія между лицами, а не между лицомъ и вещью. Содержаніемъ права является защита отношенія, а не матеріальное пользованіе вещью. Наконецъ, указаніе на отношенія, возникающія просто по поводу обладанія

вещью, а не изъ непосредственнаго, во что бы то ни стало, отношенія къ ней, позволяетъ намъ, какъ это будетъ видно впослѣдствіи, отнести къ вещному праву многія отношенія, забытыя господствующимъ ученіемъ, но заключающія въ себя несомнѣнныя черты вещныхъ правъ, кромѣ ихъ мнимой непосредственности.

Переходя теперь отъ опредѣленія къ характеристикѣ вещнаго права, мы наблюдаемъ въ немъ слѣдующіе признаки. Во I-хъ, защита вещныхъ отношеній, какъ было уже замѣчено въ общей части, носитъ всеобщій характеръ, т.е. вещному праву соотвѣтствуетъ искъ, направленный противъ всѣхъ, кто становится въ противорѣчіе съ даннымъ вещнымъ правомъ. Этотъ всеобщій характеръ направленія иска противъ всѣхъ и каждаго, который былъ уже объясненъ нами природой запретительныхъ нормъ, охраняющихъ вещныя права, отличаетъ ихъ въ достаточной степени отъ правъ по обязательствамъ, охраняемыхъ, какъ извѣстно, личными исками, имѣющими силу не противъ всѣхъ третьихъ лицъ, а лишь противъ даннаго опредѣленнаго лица. Но это абсолютное дѣйствіе вещныхъ исковъ не характеризуетъ вовсе вещнаго права относительно другихъ правъ, какъ, напримѣръ, правъ личности, нѣкоторыхъ правъ семейнаго союза и другихъ правъ, которымъ свойственна такая же абсолютная защита, какъ и вещнымъ правамъ. Съ другой стороны, абсолютное дѣйствіе иска по отношенію къ вещнымъ правамъ составляетъ толь-

ко общее правило, терпящее многочисленныя исключенія, въ которыхъ управомоченное лицо, не смотря на свое вещное право, не имѣетъ защиты противъ третьихъ лицъ. Слѣдовательно, абсолютное дѣйствіе иска не даетъ критерія для отличія вещныхъ правъ отъ другихъ, который, т.е. этотъ критерій, и долженъ быть поэтому добытъ не изъ послѣдствій защиты, а изъ отношенія управомоченнаго вещнымъ правомъ къ вещи. Такой критерій мы дѣйствительно находимъ въ особомъ признакѣ вещнаго права, которымъ оно въ самомъ дѣлѣ отличается отъ всѣхъ другихъ видовъ права, и который долженъ быть внесенъ поэтому въ его опредѣленіе.

2. Этотъ другой и существенный признакъ вещнаго права состоитъ въ томъ, что вещныя отношенія возбуждаются только по поводу обладанія вещами. Другія права, какъ напримѣръ, права личныя, семейныя, обязательственныя, не представляютъ никогда прямого обладанія вещью. Они возникаютъ по поводу личныхъ благъ, семейныхъ отношеній, интересовъ, удовлетворяемыхъ дѣйствіями другихъ лицъ, - причемъ, даже въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ мы имѣемъ дѣло съ имущественными отношеніями, управомоченное лицо не стоитъ въ прямой связи съ имуществомъ: между ними находится другое лицо, доставляющее первому имущество, на которое оно имѣло до того одно лишь право требованія, а не то наличное и непосредственное обладаніе, съ какимъ мы встрѣчаемся въ вещныхъ отношеніи-

яхъ. Только наслѣдственное право обнимаетъ, рядомъ съ другими, и вещныя отношенія, но основныя положенія этого права обусловлены особымъ представленіемъ о преемствѣ и совокупности правъ.Встрѣчавшееся прежде причисленіе наслѣдственнаго права къ вещному было послѣдствіемъ смѣшенія понятій вещнаго и абсолютнаго правъ.Наслѣдственный искъ,идущій на признаніе качества наслѣдника, абсолютенъ, но не вещенъ; въ направленіи же на отдѣльныя части наслѣдственнаго имущества, онъ можетъ быть по различію предмета этого имущества или вещнымъ или личнымъ. Кромѣ того, наслѣдственное право составляется не изъ однихъ вещныхъ отношеній, почему оно и выдѣляется, не смѣшиваясь съ послѣдними, въ особый институтъ. Одни вещныя отношенія характеризуются, въ отличіе отъ всѣхъ другихъ, тѣснѣйшей связью права съ вещью, и, при томъ, опредѣленной вещью, находящейся уже въ обладаніи субъекта права. Этой связью права съ вещью объясняются слѣдующія особенности вещнаго права. а| Отношеніе человѣка къ вещи, какъ къ неодушевленному предмету, относительно котораго онъ не можетъ имѣть никакихъ обязанностей, - будучи само по себѣ не юридическимъ, а фактическимъ отношеніемъ, - отличается вообще свободой распоряженія, доходящей иногда до уничтоженія обладаемой вещи, если только ея свойства или потребности общежитія не ограничиваютъ и въ этомъ отношеніи свободы субъекта. Отсутствіе такой связи

съ вещью въ другихъ правахъ, обусловливаемыхъ личными, нравственными и вообще прямыми отношеніями лицъ между собою, производитъ, напротивъ, само собою - ограниченность и полную зависимость этихъ правъ отъ обусловливающихъ ихъ отношеній. Замѣтимъ, однако, здѣсь же, для устраненія возможнаго недоразумѣнія, что относительная неограниченность вещнаго права касается только фактическаго отношенія человѣка къ вещи, но не юридическаго отношенія его къ окружающему міру по поводу обладанія вещью; это послѣднее отношеніе подлежитъ, наравнѣ съ другими правами, всѣмъ ограниченіямъ, требуемымъ общественнымъ интересомъ.

в| Далѣе, связью права съ вещью объясняется и безусловная зависимость вещнаго права отъ судьбы вещи. Оно предполагаетъ послѣднюю существующей въ дѣйствительности и не можетъ возникнуть ранѣе ея; на будущія вещи можно имѣть только обязательственное, но не вещное право. Съ другой стороны, уничтоженіе вещи сопровождаетъ также потерю вещнаго права, чего мы не видимъ, опять въ обязательственныхъ отношеніяхъ, объектомъ которыхъ служатъ не вещи, а интересы. Здѣсь вполнѣ возможно обязаться къ поставкѣ или продажѣ вещей прежде ихъ возникновенія, продать будущую жатву или обязаться къ поставкѣ фабричныхъ издѣлій будущаго года и т. п.

с| Наконецъ, связью же права съ вещью объясняется и то, что нигдѣ качества объекта не оказываютъ такого огромнаго вліянія на содержаніе права, какъ въ вещныхъ отношеніяхъ. Каждый изъ родовъ вещей, по поводу которыхъ устанавливаются вещныя права, имѣетъ свое особенное назначеніе въ экономической и общественной жизни человѣка, - почему каждому изъ нихъ соотвѣтствуетъ особое, согласное съ его природой, содержаніе права. Напротивъ, понятіе объекта въ обязательственныхъ правахъ такъ обще и растяжимо, что къ нему можетъ подойти, съ небольшими ограниченіями, все что угодно. Это происходитъ оттого, что цѣль обязательствъ заключается въ интересахъ, которые могутъ быть удовлетворены всевозможными объектами, тогда какъ объектомъ вещнаго права является индивидуально-опредѣленная вещь, служащая всегда одной и той же опредѣленной цѣли. Вслѣдствіе этого-то мы и замѣчаемъ въ вещныхъ отношеніяхъ полную соотносительность понятій объекта права и его цѣли и не видимъ такой же соотносительности въ обязательственныхъ правахъ. Слѣдовательно, связь права съ вещью объясняетъ многія особенности вещнаго права, составляетъ источникъ этихъ особенностей и дѣйствительный отличительный признакъ всѣхъ вещныхъ правъ.

Здѣсь нужно упомянуть еще объ одной категоріи правъ, выработанныхъ средне-вѣковой доктриной подъ именемъ *jura ad rem* и представляющихъ собою

нѣчто среднее между вещными и обязательственными правами. Это не просто обязательственныя права, такъ какъ имъ присваивается дѣйствіе противъ нѣкоторыхъ третьихъ лицъ, и это не чисто вещныя права, такъ какъ они содержатъ въ себѣ не наличное обладаніе вещью, а лишь право требованія на такое обладаніе, и они защищаются, при этомъ, не вполнѣ абсолютными исками, которые дѣйствуютъ не противъ всѣхъ, а только противъ извѣстнаго круга лицъ. Римское право не знало такихъ отношеній, такъ какъ обязательство о передачѣ вещи связывало тамъ только того, кто обязывался къ такой передачѣ, не касаясь вовсе третьихъ лицъ, не состоящихъ въ договорномъ отношеніи съ кредиторомъ. Европейская юриспруденція признала, напротивъ, особенную категорію *jus ad rem* [Dorb Recht zur Sache] во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ кредиторъ вправѣ, на основаніи какой-либо сдѣлки, требовать отъ должника владѣнія опредѣленной вещью, - или, иначе, *jus ad rem* было признано во всѣхъ случаяхъ обязательствъ, которыя, говоря языкомъ римскихъ юристовъ, идутъ на *dare* или *tradere* опредѣленныхъ вещей. Особенность этого *jus ad rem* заключается въ томъ, что кредиторъ, управомоченный по какой-нибудь сдѣлкѣ, напримѣръ, по куплѣ-продажѣ или даренію, на пріобрѣтеніе той или другой вещи, можетъ предъявить искъ

о выдачѣ этой вещи не только къ должнику, обязавшемуся къ ея передачѣ, но и ко всѣмъ третьимъ пріобрѣтателямъ этой вещи, если только они сдѣлали свое пріобрѣтеніе, зная о предшествующемъ обязательствѣ должника.

Такимъ образомъ, основаніемъ иска противъ третьихъ лицъ служитъ здѣсь не вещное право истца, котораго пока не существуетъ, такъ какъ истецъ еще вовсе не обладалъ спорною вещью, а такое пріобрѣтеніе этой вещи третьимъ лицомъ, которое сопровождается знаніемъ его о предшествующемъ правѣ другого лица, - и въ этомъ отношеніи искъ, основанный на *jus ad rem*, примыкаетъ къ такъ называемому *actio Pauliana*, которая имѣетъ цѣлью, какъ извѣстно, защитить кредитора отъ недобросовѣстнаго должника, переводящаго свое имущество *in fraudem creditoris* въ третьи руки. Существенное различіе этого иска отъ *jus ad rem* состоитъ, однако, въ томъ, что *actio Pauliana* предъявляется только тогда, когда должникъ путемъ недобросовѣстныхъ отчужденій вызываетъ самъ свою несостоятельность или, по крайней мѣрѣ, уменьшаетъ свою платежную способность, - тогда какъ *jus ad rem* вступаетъ въ силу уже въ томъ случаѣ, когда должникъ своимъ отчужденіемъ дѣлаетъ для кредитора невозможнымъ полученіе отъ него именно отчужденной вещи, а не какой-нибудь другой, и, при томъ, безъ всякаго отношенія къ вопросу о состоятельности или къ тому, можетъ должникъ или

нѣтъ вознаградить кредитора за понесенные имъ убытки и доставить ему, вмѣсто отчужденной вещи, какой-либо эквивалентъ ея. Отсюда уже слѣдуетъ заключить, что actio Pauliana и jus ad rem стоятъ другъ къ другу въ отношеніи лишь нѣкотораго родства, а вовсе не равенства или общности происхожденія, тѣмъ болѣе, что сопоставленіе этихъ институтовъ начинается только съ XVI вѣка, тогда какъ съ понятіемъ jus ad rem мы встрѣчаемся еще въ литературѣ канонического и феодальнаго права XIII вѣка. Въ каноническомъ правѣ мы находимъ слѣдующее: по общему правилу, всякій, избираемый въ какую-нибудь должность или возводимый въ какое либо достоинство, приступаетъ къ отправленію функцій своей должности не прежде, чѣмъ онъ формально вводится въ нее. Король не совершаетъ никакихъ правительственныхъ актовъ, не издаетъ законовъ, не жалуетъ привиллегій, прежде чѣмъ онъ не коронуется; то-же самое - папа. Епископъ получаетъ право отправлять свою должность и связанныя съ нею прерогативы не въ силу своего избранія, а въ силу конфирмаціи или утвержденія со стороны папы, точно такъ же, какъ всѣ духовныя должности и бенефиціи достаются ихъ новымъ обладателямъ не послѣ избранія, а послѣ утвержденія или введенія ихъ въ новую должность |коллація|. Желая выразить это положеніе дѣла, канонисты и говорили, что избранный на должность получаетъ чрезъ свое избраніе jus ad rem, право

на должность, а чрезъ конфирмацію - jus in rem т.е. самую должность |вещное право|. Юридическое дѣйствіе jus ad rem состояло тутъ въ связанности избирателей относительно избраннаго, который получалъ право на пріобрѣтеніе должности, а избиратели уже не могли сдѣлать другого выбора. Такимъ образомъ, канонисты перевели отношенія публичнаго права на точку зрѣнія гражданско-правовыхъ институтовъ и разсматривали коронацію, конфирмацію и коллацію, какъ совершенныя аналогіи римской традиціи или германской инвеституры, а избраніе - какъ аналогію обязательственной сдѣлки или германской solda. Въ средневѣковомъ германскомъ правѣ инвеститура и solda, какъ это мы увидимъ впослѣдствіи, были внутренне связаны между собою, составляя два элемента одного и того же акта пріобрѣтенія права, такъ что solda заключала въ себѣ и инвеституру. Канонисты же, воспитавшіеся на римскомъ правѣ и имѣя передъ собою такой случай, гдѣ одновременное совершеніе избранія и конфирмаціи было невозможно, примѣнили сюда римскія положенія о традиціи, связавъ пріобрѣтеніе вещнаго права съ моментомъ конфирмаціи, и создавъ для права, устанавливаемаго избраніемъ, особое выраженіе - jus ad rem. Другой, болѣе важный случай примѣненія jus ad rem, имѣвшій уже прямое вліяніе на дальнѣйшую судьбу этого института въ гражданскомъ правѣ, принадлежитъ къ феодальнымъ отношеніямъ.

Іаковъ де Ravenis, умершій въ 1296 году, характеризуетъ, кажется, въ первый разъ право, пріобрѣтаемое вассаломъ на основаніи ленной инвеституры, какъ jus ad rem, утверждая въ то-же время, что jus in re, т.е. вещное право на ленъ, можетъ быть пріобрѣтено только на основаніи традиціи, а не инвеституры. Между тѣмъ, средневѣковые сборники германскаго права |Саксонское и Швабское зерцало и сборники феодальнаго права | libri feodorum | видѣли уже въ ленной инвеституре пріобрѣтеніе вещнаго права со стороны вассала, уполномачивая его даже вступать, въ случаѣ надобности, во владѣніе леномъ собственною властью и защищать свое вещное право противъ всѣхъ третьихъ лицъ. Это положеніе германскаго права не нравилось итальянскимъ федистамъ, которые воспитались на римскомъ правѣ и подъ его вліяніемъ стали разсматривать ленную инвеституру, какъ обязательственное отношеніе, хотя феодальные источники видѣли въ ней чисто вещное право. Противорѣчіе съ обычаями и феодальнымъ законодательствомъ старались, при этомъ, устранить установленіемъ новой категоріи права - jus ad rem которое и было признано во всѣхъ случаяхъ, такъ наз. investitura abusiva, т.е. такой инвеституры, которая не сопровождалась передачей владѣнія, - тогда какъ вещное право считалось пріобрѣтеннымъ только въ случаяхъ investitura propria, сопровождаемой

передачей владѣнія. Главное значеніе *jus ad rem*, признаннаго при *investitura abusiva*, усматривалось въ томъ, что, опираясь на него, вассалъ могъ съ одной стороны принудить своего сюзерена къ уступкѣ владѣнія, а съ другой онъ былъ защищенъ и противъ третьихъ лицъ, но только въ слѣдующихъ случаяхъ: 1|, если третье лицо получило такую же *investitura abusiva* отъ того же сюзерена, не будучи имъ введено во владѣніе, или вступило въ это владѣніе самовольно, и 2|, если третье лицо было введено сюзереномъ во владѣніе, но совершило свое пріобрѣтеніе *mala fide* т.е. знало о предшествующей инвеституръ истца. Средневѣковые юристы не хотѣли понять, что эти послѣдствія *jus ad rem*, равно какъ и непосредственное дѣйствіе его противъ сюзерена, были прямымъ результатомъ германской инвеституры, которая уже сама собою устанавливала вещное право. Поэтому средневѣковое *jus ad rem* было ничѣмъ инымъ, какъ настоящимъ *jus in re*, и вся искусственная конструкція его представляется намъ теперь безполезной игрой, вызванной не особенностями германскаго права, а непониманіемъ или игнорированіемъ этого послѣдняго со стороны феодаль-

---

ныхъ юристовъ. Это обстоятельство не помѣшало, однако, юристамъ XVI вѣка и слѣдующихъ столѣтій распространить конструкцію *jus ad rem* отъ феодальныхъ и на чисто обязательственныя отношенія гражданскаго права, идущія на *dare* и *tradere* опредѣленныхъ имуществъ.)

Что касается нашего законодательства, то составители его послѣдовали примѣру прусскаго *Landrecht*'а и французскаго *Code civile*, котораго статья 7II-ая помѣщаетъ наслѣдованіе по закону, дареніе, завѣщаніе и обязательства подъ одну общую рубрику, озаглавленную "*Des différentes manières, dont on acquiert la propriété*". Подъ вліяніемъ этихъ кодексовъ, наши законодатели тоже выдѣлили въ I ч. X т. нѣкоторыя обязательства изъ другихъ обязательствъ, составивъ изъ нихъ особый отдѣлъ "способовъ пріобрѣтенія правъ по имуществу". Но эти "способы пріобрѣтенія" должны быть отнесены къ обязательствамъ, а не къ вещнымъ правамъ, такъ какъ, если цѣль ихъ и клонится къ пріобрѣтенію вещи, то непосредственнымъ предметомъ отношенія остается въ нихъ все-таки дѣйствіе должника, а не вещь, которую кредиторъ не имѣлъ еще въ рукахъ и не могъ пріобрѣсти независимо отъ дѣйствія другого лица, которое стоитъ здѣсь, такимъ образомъ, между кредиторомъ и вещью.

3| Это различіе приводитъ насъ къ третьему отличительному признаку вещныхъ правъ, на который мы тоже указывали въ общей части курса и который состоитъ въ томъ, что центръ тяжести вещныхъ отношеній лежитъ въ дѣйствіяхъ управомоченнаго лица, а центръ тяжести обязательственныхъ отношеній - въ дѣйствіяхъ обязаннаго лица. Это коренное различіе выражается особенно рѣзко на первыхъ ступеняхъ развитія гражданскаго права, когда всѣ права выступаютъ въ гражданской жизни въ своей конкретной оболочкѣ и въ строго типическихъ формахъ. Такова была противоположность вещныхъ и личныхъ исковъ въ древне-римскомъ правѣ, выражавшаяся словами исковыхъ формулъ: *esse* и *oportere*, которыхъ противоположность не допускала никакого смѣшенія вещныхъ и личныхъ элементовъ даже въ одномъ и томъ же отношеніи. Древне-римскій искъ о собственности и другихъ вещныхъ правахъ, выражавшійся словами " *rem petitoris esse* ", - имѣлъ исключительною цѣлью возвращеніе вещи или возстановленіе нарушеннаго права. Для того же, чтобы взыскать убытки, издержки, плоды и проч. нужно было вчинать особые обязательственные иски. Такая типическая форма исковъ съ развитіемъ гражданскаго права дѣлается невозможной, такъ какъ каждое отдѣльное отношеніе составляется изъ комбинацій весьма различныхъ правъ. Поэтому, въ позднѣйшемъ римскомъ и во

всѣхъ современныхъ правахъ иски о собственности и другихъ вещныхъ правахъ утратили свой исключительно вещный характеръ и стали заключать въ себѣ требованіе не только вещи, но и убытковъ, предоставляя въ томъ же процессѣ отвѣтчику - искать и вознагражденія за свои издержки. Такимъ образомъ, вещные иски содержатъ въ себѣ теперь, вмѣстѣ съ вещными, и обязательственные элементы, въ чемъ слѣдуетъ видѣть несомнѣнное ослабленіе непримиримаго сначала противоположенія между вещными и обязательственными правами. Другой примѣръ ослабленія этого же противоположенія представляютъ, такъ называемыя actiones in rem scriptae, которыя возникаютъ изъ обязательственныхъ отношеній, но предъявляются противъ всякаго третьяго лица, вступающаго въ спорное отношеніе. Сюда принадлежитъ, напримѣръ, actio quod metus causa и много другихъ исковъ, предметъ которыхъ указывается владѣніемъ спорной вещью независимо какъ отъ лица владѣльца, такъ и отъ обязательственнаго основанія иска. Наше законодательство содержитъ въ себѣ относящееся сюда же постановленіе, въ силу котораго всякій, имѣющій надобность въ какомъ-либо документѣ получаетъ съ разрѣшенія суда искъ противъ каждаго обладателя этого документа, - искъ, имѣющій цѣлью его представленіе. Всѣ эти иски вынуждаютъ отвѣтчика къ положительнымъ дѣйствіямъ, что мы видимъ

только при обязательственныхъ искахъ, а не къ одному лишь отрицательному соблюденію права истца, какъ это бываетъ при вещныхъ искахъ. Они возникаютъ изъ обязательственныхъ отношеній и, несомнѣнно, принадлежатъ къ нимъ, хотя и дѣйствуютъ противъ всѣхъ третьихъ лицъ, вступающихъ во владѣніе вещью, какъ чисто вещные иски. Такой же абсолютный характеръ имѣютъ въ современномъ правѣ и обязательства, внесенныя въ гипотечныя книги. Они прикрѣпляются, связываются неразрывно съ имуществомъ, котораго касаются, составляя своего рода тягость, сервитутъ на этомъ имуществѣ, и получаютъ вещный характеръ въ томъ смыслѣ, что имѣютъ юридическую силу не только для непосредственныхъ участниковъ даннаго отношенія, но и для всякаго новаго вступщика въ него, для всякаго пріобрѣтателя даннаго имущества.

Описанныя свойства actiones in rem scriptae и гипотечныхъ долговъ, обусловливаемыя требованіями развитого гражданскаго оборота, дѣлаютъ изъ нихъ среднюю промежуточную форму между вещными и обязательственными отношеніями, - форму, соединяющую въ себѣ элементы тѣхъ и другихъ, но ни мало не препятствующую разграниченію вещныхъ правъ отъ обязательственныхъ по признаку абсолютнаго и релятивнаго дѣйствія, такъ какъ абсолютный характеръ поименованныхъ обязательствъ составляетъ не общее свойство обязательственныхъ отношеній, а лишь особенность одной

промежуточной группы.

Наконецъ, еще важный случай ослабленія противоположности вещныхъ и обязательственныхъ отношеній представляютъ нѣкоторыя ограниченія въ абсолютномъ дѣйствіи самихъ вещныхъ правъ. Уже римляне исключали въ нѣкоторыхъ случаяхъ виндикацію денежныхъ знаковъ и строевыхъ матеріаловъ, а новые народы пошли въ этомъ отношеніи гораздо далѣе, не допуская дѣйствія вещныхъ исковъ противъ третьихъ лицъ во множествѣ отношеній, съ которыми мы познакомимся въ ученіи о защитѣ права собственности.

Такія ограниченія абсолютности иска сближаютъ вещныя права съ обязательственными, но они не составляютъ общаго свойства послѣднихъ и вызываются лишь въ исключительныхъ случаяхъ требованіями современной жизни. Абсолютное свойство иска остается тѣмъ не менѣе за огромнымъ большинствомъ вещныхъ правъ и въ большинствѣ случаевъ ихъ дѣйствія. Поэтому, абсолютный характеръ иска и активная дѣятельность управомоченнаго лица при пассивномъ положеніи всѣхъ третьихъ лицъ должны быть признаны основными свойствами вещныхъ правъ, не смотря на то, что эти свойства отсутствуютъ въ нѣкоторыхъ вещныхъ правахъ и являются на лицо въ отношеніяхъ, не принадлежащихъ вещному праву. Рѣзкое разграниченіе явленій, какъ физическаго, такъ и въ особенности, соціальнаго міра - немыслимо. Вездѣ встрѣчаются явленія переходныя, стоящія

на рубежѣ различныхъ областей, что не должно, однако, мѣшать намъ разграничивать эти явленія по признакамъ сходства и различія, замѣчаемымъ, если не у всѣхъ, то у большинства выдѣляемыхъ въ группы явленій.

Въ заключеніе общей характеристики вещныхъ правъ слѣдуетъ упомянуть еще объ одномъ очень распространенномъ въ юридической литературѣ мнѣніи |см. Stobbe Handbuch I, стр. 553; Laband, Vermögensrechtliche Klagen стр. 276 и слѣд.|, по которому различіе между вещными и обязательственными правами приписывается только римскому и основаннымъ на немъ современнымъ законодательствомъ, тогда какъ германское право считается, какъ бы, незнающимъ ни этого различія, ни какой бы то ни было иной строго проведенной классификаціи гражданскихъ правъ. Это мнѣніе можно теперь признать опровергнутымъ приведенными Heusler'омъ въ его послѣднемъ сочиненіи „Institutionen des deutschen Privatrechts" |т. I стр. 376 - 396| доказательствами въ пользу того, что раздѣленіе правъ на вещныя и обязательственныя не только не было чуждо древне-германскому праву, но служило, напротивъ, основой всей его системы имущественныхъ отношеній. Heusler идетъ еще далѣе и утверждаетъ, что различіе между вещными и обязательственными отношеніями не составляетъ особенности ни одной спеціальной системы права, а ле-

житъ въ самой природѣ юридическихъ отношенiй; поэтому оно вѣчно и необходимо. Но это утвержденiе слишкомъ апрiорно, такъ какъ оно не провѣрено на фактахъ всеобщей исторiи права и можетъ быть признано болѣе или менѣе доказаннымъ только по отношенiю къ римскому и германскому праву. "Всѣ отдѣльныя права, говоритъ Иеринг, казались древнимъ германцамъ отраженiемъ фактическаго господства, юридической абстракцiей власти, такъ что эти права представляли собою сумму требуемыхъ объективнымъ правопорядкомъ условiй, которыя превращали, съ одной стороны, фактъ въ право, и носили въ себѣ, съ другой стороны, способность реализироваться въ фактическомъ господствѣ". Однако, это господство выражается совершенно различно, смотря по тому, что служитъ его предметомъ: вещь или чужое дѣйствiе. Вещь можетъ находиться подъ продолжающимся и длящимся воздѣйствiемъ своего обладателя, который употребляетъ ее, пользуется и распоряжается ею по собственному произволу и совершаетъ вообще по отношенiю къ ней такiя дѣйствiя, которыя онъ можетъ повторять, затѣмъ, до безконечности, пока продолжается его власть. Чужое дѣйствiе не допускаетъ, напротивъ, подобнаго длящагося господства: оно стоитъ во власти управомоченнаго лица только одинъ моментъ, когда это послѣднее получаетъ его. Точно также упражненiе власти надъ чужимъ дѣйствiемъ зависитъ не отъ свобод-

ной воли того, кто претендуетъ на эту власть, а отъ способности къ дѣйствію обяваннаго лица. Это положеніе имѣетъ силу и относительно права на бездѣйствіе другого лица; оно также основано не на собственной дѣятельности, какъ права, выражающія господство надъ вещью, а на бездѣятельности обяваннаго лица. Вотъ коренная противоположность между властью надъ вещью и властью надъ дѣйствіемъ или бездѣйствіемъ другого лица, - противоположность, которую право извлекаетъ прямо изъ жизни и выражаетъ въ различіи между правомъ на вещь и правомъ на чужое дѣйствіе или бездѣйствіе, составляющее содержаніе обязательственныхъ отношеній. Тамъ право мыслится, какъ такое господство, которое осуществляется свободною дѣятельностью управомоченнаго лица; здѣсь - оно осуществляется дѣятельностью или бездѣятельностью другого лица. Эта естественная противоположность между двумя столь различными формами юридическаго господства проводится въ германскомъ правѣ нѣсколько иначе, чѣмъ въ римскомъ, т.е. не всѣ тѣ формы господства, въ которыхъ римляне видѣли обязательственныя права, были признаны таковыми же германцами. Эти послѣдніе признавали вещныя права не въ смыслѣ замкнутой и строго опредѣленной системы правъ, какъ это было въ Римѣ, а въ смыслѣ всѣхъ тѣхъ отношеній, въ

которыхъ вещь вообще подчинена дѣятельному господству управомоченнаго лица. Поэтому они принимали вещное право не только въ случаяхъ собственности, сервитутовъ и другихъ вещныхъ отношенiй, признававшихся таковыми же и въ римскомъ правѣ, но также въ случаяхъ аренды и вообще всѣхъ отношенiй, возникавшихъ изъ найма, ссуды, отдачи въ залогъ, на сохраненiе какъ недвижимыхъ, такъ и движимыхъ вещей. Обязательственный договоръ найма, въ смыслѣ римской locatio-conductio былъ неизвѣстенъ древне-германскому праву, которое разсматривало всякаго нанимателя какъ обладателя вещнаго права, и относительно способа защиты вполнѣ приравнивало, какъ наемъ, такъ и ссуду | commodatum | и поклажу | depositum | - къ залогу и другимъ вещнымъ правамъ, носившимъ этотъ характеръ и въ римскомъ правѣ. Лицо, принимающее вещь, получало во всѣхъ приведенныхъ выше случаяхъ фактическую власть надъ нею, которая называлась Gewere и защищалась вещнымъ искомъ. Gewere же признавалось за всякимъ, кто владѣлъ вещью для своей пользы и могъ въ силу этого владѣнiя упражнять надъ нею власть своими дѣйствiями, независимо отъ воли другого лица. Другими словами, всѣ права, содержанiе которыхъ выражалось въ древней Германiи понятiемъ Gewere, были правами, состоявшими въ фактическомъ господствѣ надъ вещью. Они

принадлежали къ одной и той же, и именно, той категоріи правъ, которыя мы называемъ теперь вещными. Другую категорію составляли права, содержаніе которыхъ исчерпывалось дѣйствіемъ или бездѣйствіемъ другого лица, - гдѣ не было, слѣдовательно, объекта, способнаго подчиниться продолжительному господству, стать въ отношеніе Jemen . Это были обязательственныя права, противоположность которыхъ вещнымъ отношеніямъ должна была, поэтому, сознаваться древне-германскимъ правомъ не менѣе, чѣмъ римскимъ, хотя мы и видѣли, что первое изъ нихъ распространило понятіе вещнаго права на нѣкоторыя отношенія, признававшіяся въ Римѣ обязательственными. Указанное различіе есть, однако, различіе не въ принципѣ, а въ способѣ его осуществленія, что объясняется тѣмъ матеріалистическимъ представленіемъ о правѣ, которое свойственно вообще древнимъ системамъ. Но что эта-самая противоположность между вещными и обязательственными отношеніями сознавалась древне-германскимъ правомъ и сопровождалась въ немъ важными практическими послѣдствіями, - это доказано Heusler'омъ не только приведенными выше соображеніями, носящими апріорный характеръ, но и анализомъ древне-германской системы исковъ, которая имѣла своимъ необходимымъ предположеніемъ различіе между вещными и обязательственными отношеніями. Вещныя и обязательственныя права про-

изводятъ необходимо вещные и обязательственные иски: одно условливаетъ другой, такъ что, если мы встрѣтимъ гдѣ нибудь систему права, основанную на противоположеніи вещныхъ и обязательственныхъ отношеній, то и система исковъ должна быть также раздѣлена на вещные и обязательственные, - такъ же, какъ, если мы, наоборотъ, встрѣтимся гдѣ-нибудь съ системой исковъ, основанной на этомъ же противоположеніи, то мы должны необходимо заключить и о существованіи различія между вещными и обязательственными правами, которое есть условіе такого же различія между исками. Поэтому доказать въ германскомъ правѣ различіе между вещными и обязательственными исками значитъ доказать, въ то-же время, существованіе въ немъ различія между вещными и обязательственными правами. Большинство изслѣдователей древне-германскаго права сводятъ теперь всѣ встрѣчающіеся въ немъ иски къ двумъ главнымъ категоріямъ: къ искамъ о вещи (Klage auf Gut) и къ искамъ о долгѣ (Klage um Schuld); иски о вещи покрываются вполнѣ вещными исками, а иски о долгѣ - обязательственными. Для доказательства этого положенія Heusler производитъ изслѣдованіе исковыхъ формулъ франкской эпохи и различаетъ въ нихъ два типа, въ которыхъ легко узнать позднѣйшіе иски о вещи и иски о долгѣ. Типъ перваго иска: malo ordine possides;

типъ второго *dare mihi debes* . Въ первомъ случаѣ основаніемъ иска является неправомѣрное владѣніе, во второмъ имъ служитъ личное обязательство къ какому-нибудь дѣйствію. Исковая формула *malo ordine possides* примѣнялась, поэтому, какъ въ тѣхъ случаяхъ, когда истецъ утверждалъ, что онъ лишился своей вещи недобровольно, какъ, напримѣръ, при ея покражѣ, такъ и въ тѣхъ случаяхъ, когда онъ искалъ возвращенія вещи, отданной имъ самимъ въ ссуду, подъ залогъ и т. д. Это положеніе дѣйствовало какъ относительно движимостей, такъ и недвижимостей, съ тою лишь разницей, что во второмъ случаѣ искъ шелъ противъ всякаго третьяго лица, какимъ бы способомъ оно ни вступило во владѣніе данной вещью, тогда какъ относительно движимостей, отданныхъ подъ залогъ, въ ссуду и т. д., искъ направлялся только противъ лица, получившаго залогъ, ссуду, но не противъ третьихъ пріобрѣтателей этой вещи. Причины такой ограниченности защиты движимостей мы разберемъ впослѣдствіи. Теперь же для насъ важно только то, что не только иски противъ вора и другихъ незаконныхъ владѣльцевъ данной вещи, но и иски о возвращеніи этой вещи, предъявляемые къ нанимателю, залогопринимателю и прочимъ договаривающимся съ данныхъ собственникомъ лицомъ, должны быть признаны одинаково вещными исками, такъ какъ они равнымъ образомъ сопровождались формулой

malo ordine possides, - которая не примѣнялась и замѣнялась другой - dare mihi debes лишь въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ требовался платежъ какого-нибудь денежнаго долга или вознагражденіе за причиненные какимъ либо преступленіемъ убытки. Коренное различіе между исками malo ordine possides и исками dare debes выражалось также въ очень важномъ процессуальномъ различіи относительно защиты отвѣтчика, который въ первомъ случаѣ долженъ былъ доказывать свое собственное право на вещь и его правомѣрное пріобрѣтеніе, а во второмъ могъ ограничиваться простымъ отрицаніемъ требованія истца и разрѣшеніемъ спора посредствомъ принимаемой имъ самимъ присяги. Это различіе объясняется тѣмъ, что отъ отвѣтчика по вещному иску можно всегда требовать того, чтобы онъ объяснилъ, по крайней мѣрѣ, откуда и на какомъ титулѣ онъ владѣетъ спорной вещью, тогда какъ отъ отвѣтчика по обязательственному иску нельзя ожидать того, чтобы онъ всегда имѣлъ возможность опровергнуть притязанія истца, которыя могутъ быть и неосновательны. Отсюда древне-германское право извлекало слѣдующее послѣдствіе: отъ отвѣтственности по иску о долгѣ отвѣтчикъ могъ освободиться посредствомъ присяги въ томъ, что онъ не состоитъ должникомъ истца въ требуемой суммѣ, тогда какъ простое отрицаніе отвѣтчикомъ правомѣрности

притязанія истца безъ доказательства правомѣрности его собственнаго владѣнія при искѣ о вещи давало право на присягу только истцу, добивавшемуся этимъ путемъ своей вещи. Изъ предшествующаго слѣдуетъ само собою, что противоположеніе исковъ о вещи и исковъ о долгѣ есть противоположеніе вещныхъ и обязательственныхъ отношеній. Это противоположеніе выступаетъ, съ одной стороны, ясно въ словахъ исковыхъ формулъ: *malo ordine possides* и *Dare debes*; съ другой - оно выражается въ различіи процессуальнаго осуществленія иска: тамъ мы видимъ защиту своего права на вещь, здѣсь - отрицаніе чужого права; тамъ - присягу истца, здѣсь - присягу отвѣтчика. Такимъ образомъ, различіе между вещными и обязательственными исками, - а съ этимъ и различіе между вещными и обязательственными правами - мы можемъ считать доказанными не только для римскаго и современнаго, но и для древне-германскаго права, что въ значительной мѣрѣ подкрѣпляетъ, но еще не доказываетъ и сдѣланное выше предположеніе о разумности и даже необходимости этого различія не только въ системѣ какого нибудь отдѣльнаго законодательства, но и въ системѣ права вообще.

Послѣ опредѣленія и характеристики намъ остается въ общемъ обзорѣ вещнаго права сказать только объ его видахъ. Большинство юристовъ раздѣляетъ вещное право на два института: I - право собственности

и 2 - право на чужую вещь. Подъ первымъ разумѣется господство человѣка надъ цѣлой вещью во всей ея совокупности, а подъ вторымъ - господство его надъ отдѣльными сторонами вещи, которыя выдѣляются изъ цѣлаго ея состава, дѣлаются предметами особыхъ правъ на чужую вещь и защищаются такими же вещными исками, какъ и право собственности. Къ этимъ двумъ институтамъ вещнаго права господствующая классификація присоединяетъ еще третій институтъ владѣнія, называя его, однако, не правомъ, а фактическимъ осуществленіемъ воли человѣка по отношенію къ вещи или, иначе, фактомъ, сопровождаемымъ юридическими послѣдствіями.

Наконецъ, четвертымъ и послѣднимъ институтомъ вещнаго права многіе юристы считаютъ еще и, такъ называемое 4 - авторское право, мотивируя это мнѣніе тѣмъ, что авторское право можетъ быть нарушено всякимъ стороннимъ лицомъ и должно, слѣдовательно, защищаться такими же абсолютными исками, какъ и другія вещныя права. Приведенную классификацію мы находимъ неправильной во многихъ отношеніяхъ и предполагаемъ измѣнить слѣдующимъ образомъ.

Во I-хъ, если отличительнымъ признакомъ вещнаго права слѣдуетъ считать такое защищаемое юридическим отношеніе, которое возникаетъ по поводу обладанія вещью, - если эта связь права съ вещью объясня-

етъ и служитъ источникомъ всѣхъ особенностей содержанія вещнаго права, - то, понятно, этотъ признакъ, а не какой-нибудь другой, долженъ быть положенъ и въ основаніе его классификаціи, и выдержанъ со всевозможной послѣдовательностью. Принимая же этотъ признакъ за основу системы вещныхъ правъ, мы должны признать, рядомъ съ собственностью, владѣніемъ и правами на чужую вещь, и всѣ другія формы вещнаго обладанія, насколько онѣ пользуются юридической защитой. И дѣйствительно, мы уже видѣли въ общей части нашего курса, что какъ исторія права, такъ и современныя законодательства представляютъ намъ, кромѣ названныхъ выше отношеній вещнаго права, какъ формъ индивидуальнаго обладанія благами внѣшняго міра, еще другія, совершенно различныя отъ первыхъ, формы общаго или, лучше сказать, общественнаго обладанія, отличительныя черты котораго, какъ мы знаемъ, состоятъ, во I-хъ, въ назначеніи предметовъ его на пользованіе со стороны всего общества или нѣкоторыхъ его группъ, и во 2-хъ, въ непримѣнимости къ нимъ положеній, имѣющихъ силу относительно всѣхъ такихъ чисто индивидуальныхъ правъ, какъ - право частной собственности, владѣнія, права по обязательствамъ и т.п. Вотъ это-то важное различіе общественнаго об-

---

ладанія отъ индивидуальныхъ правъ и заставляетъ насъ выдѣлить его въ особый институтъ вещнаго права, къ которому оно принадлежитъ уже потому, что возникаетъ по поводу обладанія предметами физическаго міра и представляетъ собою активное положеніе субъекта права, защищаемое такими же абсолютными исками, какъ и всѣ прочія вещныя права.

2. Далѣе, мы находимъ въ господствующей системѣ вещныхъ правъ неправильнымъ какъ опредѣленіе, такъ и мѣсто, указанное въ ней институту владѣнія. Владѣніе есть не фактъ, какъ это утверждаетъ господствующая доктрина, а чистѣйшее вещное право, такъ какъ оно устанавливается по поводу обладанія вещью и защищается, какъ юридическое отношеніе, искомъ. Мы же знаемъ, что всякое отношеніе, защищаемое юридически, представляетъ собою не что иное, какъ правоотношеніе, и потому не видимъ рѣшительно никакихъ основаній считать владѣніе не правомъ, а какимъ-то особеннымъ фактическимъ осуществленіемъ воли, сопровождаемымъ только юридическими послѣдствіями. Такой фактъ при юридическихъ послѣдствіяхъ былъ бы настоящей *contradictio in adiecto*, потому что юридическія послѣдствія возводятъ всякій фактъ на степень права и указываютъ прямо на наличность права. Что касается мѣста владѣнія въ системѣ права, то нѣкоторые юристы, какъ, напримѣръ, Пухта, помѣщаютъ его безъ достаточныхъ основаній въ общей части гражданскаго

права, а большинство ставитъ владѣніе во главѣ вещныхъ правъ и начинаетъ съ него ихъ изложеніе. Этотъ послѣдній порядокъ изложенія также нельзя назвать правильнымъ, такъ какъ, благодаря одной изъ замѣчательнѣйшихъ монографій Іеринга, посвященной вопросу о защитѣ владѣнія, мы знаемъ теперь, что владѣніе есть не самостоятельный, а вспомогательный институтъ вещнаго права, предназначенный служить для облегченія доказательства собственности и другихъ вещныхъ правъ. Этой цѣли владѣніе достигаетъ тѣмъ, что требуетъ доказательства не самого права, а только видимости этого права, фактическаго обладанія его предметомъ, почему оно и принадлежитъ къ вспомогательнымъ институтамъ, сущность которыхъ состоитъ именно въ сокращеніи сложнаго процесса доказыванія права. Къ разряду такихъ вспомогательныхъ институтовъ вещнаго права долженъ быть отнесенъ, кромѣ владѣнія, еще институтъ и, такъ называемаго квалифицированнаго или добросовѣстнаго владѣнія [bonae fidei possessio], назначенный также въ помощь защиты права собственности. Облегченіе защиты собственности состоитъ здѣсь въ томъ, что доказательство ея ограничивается установленіемъ одного внѣшняго событія, которое считается необходимымъ для пріобрѣтенія собственности, какъ напримѣръ, факта покупки, завѣщанія и проч., при чемъ отъ истца не требуется вовсе доказательствъ внутреннихъ условій пріобрѣтенія соб-

ственности, какъ то: доказательства ея въ лицѣ предшественника, доказательства совершившагося перехода права, произведеннаго платежа и проч. Это важное облегченіе въ доказательствѣ собственности даетъ намъ право считать квалифицированное владѣніе такимъ же вспомогательнымъ институтомъ, какъ и чистое владѣніе, отъ котораго оно отличается только условіями защиты и производимаго юридическаго эффекта. Поэтому мы и помѣстимъ изложеніе обоихъ институтовъ владѣнія послѣ ученія о тѣхъ вещныхъ правахъ, въ помощь которымъ они служатъ.

Наконецъ, третье и послѣднее замѣчаніе наше относительно системы вещнаго права коснется авторскаго права. Господствующее ученіе относитъ его къ системѣ вещныхъ правъ. Мы держались прежде этого же взгляда, руководствуясь признакомъ абсолютной защиты, свойственной авторскому праву, наравнѣ съ вещными правами. Но теперь мы измѣнили этотъ взглядъ, убѣдившись, что абсолютность защиты, направленіе противъ третьихъ лицъ, не составляетъ исключительной принадлежности вещныхъ отношеній и встрѣчается, равнымъ образомъ, и въ другихъ группахъ гражданскихъ отношеній. Отсюда ясно, что считать авторское право вещнымъ на основаніи признака, по которому оно можетъ быть причислено и къ семейному, и къ наслѣдственному праву, - нѣтъ достаточныхъ основаній. Съ другой стороны, мы признали отличительнымъ признакомъ вещныхъ

правъ отношеніе по поводу обладанія физическою вещью, - отношеніе, которое совершенно отсутствуетъ въ авторскомъ правѣ. Поэтому, мы и должны исключить его изъ системы вещныхъ правъ, указавъ ему мѣсто въ системѣ правъ личности, защищаемыхъ также абсолютными исками и вполнѣ обнимающихъ собою и авторское право, какъ право личности на произведенія ея умственной и другихъ видовъ духовной дѣятельности. Такимъ образомъ, результатомъ нашихъ замѣчаній о господствующей классификаціи вещныхъ правъ является присоединеніе къ ней института общественнаго обладанія, перестановка простого и квалифицированнаго владѣнія, въ качествѣ вспомогательныхъ институтовъ вещнаго права, на послѣднее мѣсто его системы и, наконецъ, исключеніе изъ нея авторскаго права.

Поэтому, порядокъ, которому мы послѣдуемъ въ нашемъ изложеніи вещныхъ правъ, будетъ такой: I| общественное обладаніе, II| право собственности, III| права на чужую вещь или сервитуты, IУ| вспомогательные институты вещнаго права: I - владѣніе |чистое|, 2 - квалифицированное владѣніе.

I. ОБЩЕСТВЕННОЕ ОБЛАДАНІЕ.

Объ общихъ признакахъ и значеніи общественнаго обладанія вообще мы говорили уже въ общей части кур-

са. Теперь мы остановимся на отдѣльныхъ формахъ этого обладанiя, которыя яснѣе раскроютъ намъ его сущность и важность. По различiю предметовъ, служащихъ общественному обладанiю и различной группировкѣ лицъ, пользующихся этими предметами, слѣдуетъ различать двѣ главныя формы общественнаго обладанiя: I - обладанiе всѣхъ и каждаго вещами, назначенными только для общественнаго пользованiя, и 2 - обладанiе отдѣльныхъ общественныхъ группъ вещами, способными находиться и въ индивидуальномъ обладанiи, но изъятыми изъ него пользованiемъ юридическаго лица, представляющаго ту или другую общественную группу. Первая изъ указанныхъ формъ - болѣе рѣзка, отличается большими особенностями сравнительно съ индивидуальнымъ обладанiемъ и имѣетъ болѣе общее значенiе, чѣмъ вторая форма, изложенiе которой относится, вдобавокъ, не столько къ обще-гражданскому праву, сколько къ особенной его части, а именно - къ корпоративному праву, - почему начнемъ наше изложенiе и займемся съ большимъ вниманiемъ первой изъ указанныхъ формъ общественнаго обладанiя.

А| ОБЩЕСТВЕННОЕ ПОЛЬЗОВАНIЕ.

Мы должны разсмотрѣть здѣсь юридическiя отношенiя, возбуждаемыя обладанiемъ вещами, находящими-

ся въ общемъ и нераздѣльномъ пользованiи всѣхъ граждан-
ъ, - къ какovымъ вещамъ принадлежатъ, напримѣръ, публичныя дороги, площади, мосты, озера, общественныя зданiя, рѣки, ихъ берега, музеи, библiотеки и т.п. Теорiю общественнаго пользованiя этими вещами намъ придется строить, главнымъ образомъ, на основанiи источниковъ римскаго права, такъ какъ это послѣднее сознавало вполнѣ ихъ важность въ общественной жизни, ихъ коренное различiе отъ предметовъ индивидуальнаго обладанiя и, въ сознанiи этого различiя, указывало имъ особое юридическое положенiе, не оставляющее сомнѣнiя въ полной самостоятельности институтовъ общественнаго обладанiя сравнительно съ другими институтами гражданскаго права. Новая юриспруденцiя не послѣдовала въ этомъ отношенiи за римской и, считая гражданское право исключительно областью личной автономiи, въ которой нѣтъ мѣста другимъ отношенiямъ, кромѣ чисто индивидуальныхъ, проглядѣла значенiе общественнаго обладанiя въ своей собственной области, и, упоминая о немъ только вскользь въ общей части своей теорiи, въ ученiи о такъ называемыхъ экстра-комерцiальныхъ вещахъ, т.е. вещахъ, стоящихъ внѣ гражданскаго оборота, - не нашла нужнымъ признать за нимъ какую бы то ни было важность или самостоятельность. Но жизнь шла здѣсь, какъ и всюду, впереди теорiи, истина мстила за себя доктринальной юриспруденцiи, находя для себя защиту

въ судахъ и законодательныхъ кодексахъ, которые санкціонировали, какъ мы увидимъ это ниже, гражданскій характеръ и полную самостоятельность общественнаго обладанія, вопреки господствующей теоріи. Различіе между современной теоріей и римскимъ взглядомъ сказывается уже въ терминологіи, образовавшейся по настоящему институту. Римляне причисляли предметы общественнаго пользованія къ, такъ называемымъ, res extra patrimonium, т.е. къ вещамъ, стоящимъ внѣ имущества, въ противоположность res in patrimonio какъ вещамъ, входящимъ въ понятіе и составъ имущества. Новая юриспруденція называетъ поименованныя выше вещи res extra commercium, т.е. вещами, стоящими не только внѣ имущества, но и внѣ всякаго гражданскаго оборота вообще, противополагая имъ res in commercio, составляющія предметъ этого оборота.

Такимъ образомъ, основаніемъ римскаго дѣленія вещей было нахожденіе или ненахожденіе ихъ въ составѣ имущества, тогда какъ новое ученіе принимаетъ такимъ основаніемъ нахожденіе или ненахожденіе ихъ въ гражданскомъ оборотѣ. Насколько такое перемѣщеніе центра тяжести отъ имущества къ гражданскому обороту и отождествленіе понятій того и другого неправильно, судить объ этомъ мы не можемъ уже потому, что намъ извѣстно изъ общей части курса о понятіи имущества въ юридическомъ смыслѣ этого слова. Мы говорили тамъ,

что юридическое понятіе имущества вмѣщаетъ въ себѣ только такія права и обязанности, которыя отличаются мѣновой цѣнностью. Поэтому римляне вполнѣ правильно исключали изъ этого понятія res extra patrimonium лишенныя свойства мѣновой цѣнности. Но насколько вѣрно исключеніе этихъ вещей изъ понятія имущества въ юридическомъ смыслѣ, настолько же невѣрно исключеніе ихъ изъ понятія гражданскаго оборота. Это исключеніе, практикуемое въ настоящее время, сколько намъ извѣстно, всѣми юристами, кромѣ Іеринга, основано на чистомъ недоразумѣніи относительно понятія гражданскаго оборота. Дѣло въ томъ, что это понятіе не ограничено вовсе обращеніемъ въ обществѣ однѣхъ мѣновыхъ цѣнностей, стоящихъ въ индивидуальномъ обладаніи, но выражаетъ собою постоянную связь и зависимость, существующія между людьми по поводу удовлетворенія самыхъ разнообразныхъ потребностей ихъ природы помощью разныхъ дѣйствій и услугъ, совершаемыхъ ими другъ для друга. Отсюда слѣдуетъ само собою опредѣленіе юридическаго понятія гражданскаго оборота, которое имѣетъ указанную зависимость людей другъ отъ друга своимъ субстратомъ, какъ совокупности учрежденій, формъ и правоположеній, посредствомъ которыхъ совершается и обезпечивается удовлетвореніе тѣхъ человѣческихъ потребностей, которыя вслѣдствіе раздѣленія труда и ограниченности индивидуальныхъ средствъ отдѣльнаго лица, требуютъ для

своего удовлетворенія содѣйствія другихъ лицъ. Развитіе и доказательства въ пользу этого опредѣленія гражданскаго оборота вы найдете въ моей книгѣ: "Добровольная и безвозмездная дѣятельность въ чужомъ интересѣ". Вып. 2 стр. 62 - 68.

Но и сказаннаго уже достаточно для убѣжденія въ томъ, что удовлетвореніе человѣческихъ потребностей происходитъ не исключительно въ формахъ индивидуальнаго обладанія, что неспособность нѣкоторыхъ вещей находиться въ такомъ обладаніи вовсе не противорѣчитъ служенію ихъ потребностямъ человѣка и, слѣдовательно, возможности установленія въ примѣненіи къ нимъ другихъ юридическихъ отношеній, различныхъ отъ индивидуальныхъ отношеній, но играющихъ въ гражданскомъ оборотѣ роль не менѣе важную, чѣмъ послѣднія. Какими вещами, напримѣръ, мы пользуемся болѣе, чѣмъ, такъ называемыми "res publicae in publico usu"? Какъ представить себѣ общественную жизнь безъ водяныхъ и сухопутныхъ путей сообщенія, безъ площадей и тысячи другихъ вещей, не стоящихъ ни въ чьемъ индивидуальномъ обладаніи, но вполнѣ необходимыхъ для гражданскаго оборота, который безъ нихъ былъ бы немыслимъ?

Очевидно, что выраженія extra patrimonium и extra commercium esse нужно понимать не въ смыслѣ неспособности вещи стоять въ гражданскомъ обладаніи вообще, а лишь въ смыслѣ исключенія ея

только изъ торговаго оборота, изъ отношенiй частной собственности и другихъ индивидуальныхъ правъ. Поэтому, слово commercium, должно быть равнозначительно со способностью не юридическаго вообще, а только торговаго отношенiя, со способностью вещи быть въ нашей собственности, быть проданной. Недостатокъ этой способности мы наблюдаемъ часто и на вещахъ, находящихся въ индивидуальномъ обладанiи; такъ, напримѣръ, предiальнымъ сервитутомъ и сервитутомъ usus, а можно пользоваться, какъ это извѣстно изъ римскаго права, только посредствомъ употребленiя, а не отчужденiя вещи. Какъ мало это ограниченiе въ пользованiи вещью лишаетъ сервитуты свойствъ юридическихъ и, притомъ, вещныхъ отношенiй, также мало и ограниченiя, налагаемыя на res extra commercium, исключаютъ возможность признанiя и по отношенiю къ нимъ другихъ юридическихъ отношенiй, кромѣ собственности. Вотъ почему недостаточно опредѣлять юридическое положенiе этихъ вещей однимъ отрицательнымъ признакомъ, говоря, что онѣ находятся внѣ нашей собственности; необходимо опредѣлить ихъ также положительными признаками и показать, въ какихъ другихъ отношенiяхъ, кромѣ собственности, онѣ стоятъ къ намъ.

Приступая къ такому опредѣленiю юридическаго положенiя res extra patrimonium мы должны ограничить наше изслѣдованiе только двумя разрядами

этихъ вещей, а именно: вещами, называвшимися въ римскомъ правѣ *res omnium communes*, которыя предназначены къ общественному пользованію уже въ силу своей природы и *res publicae*, которыя получаютъ такое же назначеніе въ силу опредѣленій права. Объ эти категоріи составляютъ въ сущности одну и ту же группу, такъ какъ всѣ входящія въ нее вещи характеризуются одинаково двумя основными признаками: однимъ отрицательнымъ - неспособностью ихъ быть предметомъ частнаго обладанія - и другимъ положительнымъ - служеніемъ всему обществу. Другая группа *res extra patrimonium*, состоящая изъ вещей, называвшихся въ римскомъ правѣ *res divini iuris*, не подлежитъ въ настоящую минуту нашему разсмотрѣнію, такъ какъ относительно этихъ вещей сначала отрицалась возможность какихъ бы то ни было человѣческихъ правомочій. Вслѣдствіе своего религіознаго характера онѣ считались вовсе недоступными для права. Потомъ римское право стало допускать для отдѣльныхъ видовъ этихъ вещей возможность нѣкоторыхъ юридическихъ отношеній, которыя нельзя, однако, относить къ общественному пользованію, такъ какъ однѣ изъ *res divini iuris* могли находиться также въ индивидуальномъ, хотя и чрезвычайно ограниченномъ, обладаніи, другія, а именно - большинство ихъ было признано въ обладаніи юридическихъ лицъ: церквей, учрежденій и проч., и только нѣкоторыя изъ, такъ называемыхъ

res sacrae и sanctae, какъ, напримѣръ, храмы, castra Martius, городскія стѣны и проч. считались въ пользованіи всего общества. Почти такъ же относятся къ этимъ вещамъ и современныя намъ законодательства, такъ что большинство res divini iuris сходится съ предметами общественнаго пользованія только въ отрицательномъ моментѣ, т.е. въ неспособности стоять въ имуществѣ, но рѣзко отличается отъ нихъ положительнымъ моментомъ, т.е. тѣмъ, что онѣ служатъ отдѣльнымъ физическимъ или юридическимъ лицамъ, а не всему обществу. На этомъ основаніи мы и исключаемъ res divini iuris, если не считать нѣкоторыхъ неважныхъ видовъ ихъ, и изъ области института общественнаго пользованія. Также должна быть исключена изъ него и слѣдующая группа вещей, причисленная римлянами къ res extra patrimonium а именно - res nullius, т.е. вещи вещи безхозяйныя, никому въ данный моментъ не принадлежащія. Эти res nullius не могутъ войти въ институтъ общественнаго пользованія уже потому, что онѣ отличаются отъ объектовъ послѣдняго обоими моментами, какъ положительнымъ, такъ и отрицательнымъ. Онѣ не служатъ, во I-хъ, общественному пользованію, потому что ими никто ровно не пользуется, а во 2-хъ, онѣ не могутъ быть названы и вещами, неспособными состоять въ имуществѣ, такъ какъ отсутствіе личнаго обладанія и мѣновой цѣнности относительно ихъ бываетъ часто

случайно и немедленно устраняется вмѣстѣ съ занятіемъ res nullius первымъ оккупантомъ, въ лицѣ котораго онѣ дѣлаются одинаково способными и къ индивидуальному обладанію, и къ мѣновой цѣнности. Между тѣмъ, другіе предметы, входящіе въ категорію res extra patrimonium, а именно - res omnium communes и res publicae прямо характеризуются своей неспособностью къ личному обладанію,-неспособностью, которая составляетъ т.об., существенный признакъ для этихъ вещей и совершенную случайность для такъ называемыхъ res nullius . Вотъ эта-то случайность римскаго дѣленія вещей и побудила новыхъ юристовъ отказаться отъ него и принять другое дѣленіе ихъ - на res in commercio и res extra commercium, дѣленіе, въ основаніе котораго было положено не фактическое обладаніе вещью, какъ это принимали римляне, а способность или неспособность ея быть предметомъ гражданскаго оборота. Въ этой перестановкѣ рѣшающаго момента отъ фактическаго состоянія къ способности вещи состоять или не состоять въ гражданскомъ оборотѣ, лежитъ несомнѣнное преимущество новой классификаціи передъ римской, которымъ не устраняется, однако, сдѣланный ей упрекъ въ смѣшеніи понятій имущества и гражданскаго оборота.

Наконецъ, послѣднюю категорію вещей, стоящихъ внѣ имущества, но не принадлежащихъ также къ общественному пользованію, составляютъ: запрещенныя книги,

яды, нѣкоторые снаряды и другіе предметы, обращеніе которыхъ въ обществѣ или совсѣмъ не допускается или значительно ограничивается по различнымъ соображеніямъ, противорѣчащимъ, въ то же время, и установленію на нихъ общественнаго пользованія.

Такимъ образомъ, изъ всѣхъ вещей, стоявшихъ въ римскомъ правѣ *extra patrimonium*, предметами общественнаго пользованія являются только: а| *res omnium communes*, в| *res publicae* и с| нѣкоторыя изъ *res divini iuris*, - а вслѣдствіе общественнаго пользованія, имѣвшаго мѣсто относительно всѣхъ этихъ вещей, римляне называди ихъ также общимъ именемъ *res publicae*, котораго, для краткости, будемъ держаться и мы въ дальнѣйшемъ изложеніи. Но римское право, а также новыя законодательства - и въ ихъ числѣ наше - разумѣютъ подъ *res publicae* два совершенно различныхъ рода вещей. Во I-хъ, сюда относятъ вещи, которыя состоятъ въ собственности государства, и которыя римляне называди *pecunia populi patrimonium fisci*, а новые народы - государственными доменами, государственными имуществами. Эти имущества находятся не въ общественномъ, а въ государственномъ обладаніи, и къ нимъ примѣняются, какъ мы увидимъ ниже, отчасти общія положенія гражданскаго права объ индивидуальныхъ правахъ съ нѣкоторыми измѣненіями и привиллегіями въ дѣйствіи давности, перехода права собственности и проч., а отча-

сти - положенія, имѣющія силу относительно юридическихъ лицъ. Во всякомъ случаѣ, означенныя имущества не подлежатъ общественному пользованію и должны быть строго отличаемы отъ 2| -res publicae въ тѣсномъ смыслѣ, принадлежащихъ не исключительно государству, а обществу въ лицѣ всѣхъ его членовъ, пользующихся ими сообща, нераздѣльно и безъ взаимнаго исключенія. Эти-то вещи, называемыя res publicae in publico usu и составляютъ настоящій предметъ общественнаго пользованія, отличаясь отъ res publicae перваго вида, т.е. отъ res fisci какъ съ субъективной, такъ и съ объективной стороны. Первое отличіе состоитъ, какъ мы это уже видѣли, въ томъ, что здѣсь, т.е. при res fisci, субъектомъ права является одно государство, а тамъ, т.е. при res publicae in publico usu, такимъ субъектомъ представляется все общество. Объективное различіе не менѣе важно и заключается въ томъ, что объ исключеніи res fisci, государственныхъ имуществъ, изъ гражданскаго оборота можно говорить только весьма относительно: они исключены лишь изъ оборота частныхъ лицъ и лишь до тѣхъ поръ, пока государство сохраняетъ за собою исключительное обладаніе ими; но, составляя настоящее имущество государства, идущее на покрытіе его расходовъ, res fisci вступаютъ немедленно въ гражданскій оборотъ, въ качествѣ имѣнныхъ цѣнностей, какъ только государство отчужда-

етъ или предоставляетъ ихъ въ то или другое пользованіе частныхъ лицъ. Слѣдовательно, главный характеристическій признакъ *res fisci* тотъ, что онѣ составляютъ имущество государства и, если не имѣютъ въ данный моментъ, то могутъ получить всегда мѣновую цѣнность, тогда какъ *res publicae in publico usu* въ какомъ бы отношеніи онѣ ни стояли къ государству, лишены всякой имущественной цѣнности, не подпадаютъ никогда подъ *computatio patrimonii* не дѣлаются вовсе предметомъ сдѣлокъ и служатъ исключительно пользованію всего общества. Такое юридическое положеніе *res publicae*, въ тѣсномъ и настоящемъ смыслѣ этого термина, создано не произволомъ римскаго права или какого-нибудь иного законодательства; оно представляетъ собою также не простой слѣдъ и переживаніе существовавшаго нѣкогда общенія по всѣмъ личнымъ и общественнымъ отношеніямъ первобытныхъ людей, а - необходимое состояніе этихъ вещей, вытекающее, съ одной стороны, изъ ихъ собственныхъ свойствъ, съ другой - изъ природы человѣческаго общества, постулирующаго исключеніе этихъ вещей изъ индивидуальнаго и установленіе на нихъ общественнаго обладанія.

Въ доказательство этой мысли, мы приведемъ нѣсколь-

ко историческихъ данныхъ по положенiю, занимаемому нѣкоторыми изъ важнѣйшихъ видовъ res publicae въ правѣ различныхъ народовъ.

Возьмемъ прежде всего море и его берега. Море рѣшительно недоступно для частнаго обладанiя уже вслѣдствiе его обширности и невозможности обозначить въ немъ какiе бы то ни было опредѣленные и ограниченные предѣлы господства, составляющiе предположенiе всѣхъ индивидуальныхъ правъ. Но невозможность индивидуальныхъ правъ не только не противорѣчитъ, но дѣлаетъ, напротивъ, необходимымъ признанiе права общаго пользованiя моремъ за всѣмъ человѣчествомъ, для котораго оно служитъ постоянно открытымъ и незамѣнимымъ средствомъ обмѣна продуктовъ, свѣдѣнiй и другихъ сношенiй. Такимъ образомъ, невозможность, вытекающая уже изъ природныхъ свойствъ моря, служить предметомъ для какихъ-бы то ни было индивидуальныхъ правъ, съ одной стороны, а съ другой - безпредѣльность моря, заключающаго въ себѣ никогда неисчерпаемый источникъ для удовлетворенiя потребности взаимныхъ сношенiй всѣхъ людей вообще - объясняютъ уже достаточно тотъ историческiй фактъ, что океаны и моря были всегда и остаются теперь въ общенiи и свободномъ пользованiи всѣхъ народовъ. Не смотря, однако, на безспорность и необходимость этого факта, нѣкоторые народы древности и новаго времени приписывали себѣ исключительно обладанiе морями. Такова

была доктрина аѳинянъ, карѳагенянъ и римлянъ, когда они послѣдовательно объявляли себя властителями надъ всѣмъ извѣстнымъ имъ міромъ. Въ новое время Венеція утверждала за собою также собственность на Адріатическое море, Данія - на Балтійское, а Испанія и Португалія провозглашали себя собственницами даже надъ океаномъ. Англія также претендовала на собственность надъ всѣми окружающими ее морями вплоть до чужихъ береговъ. |Извѣстный трактатъ Selden'a, Mare clausum, вызвавшій знаменитое опроверженіе Гуго Гроція, "de mare libero "|. Но въ настоящее время никто болѣе не сомнѣвается въ тщетности этихъ утвержденій, напоминающихъ собою тотъ особый видъ сумасшествія, который извѣстенъ подъ именемъ Idées fixes или маніи величія. Какъ говорить, въ самомъ дѣлѣ, о собственности на море, когда ее нельзя представить себѣ, даже независимо отъ общественнаго пользованія, уже вслѣдствіе однихъ природныхъ свойствъ моря? Вотъ почему римляне, не смотря на претензію владѣть на правѣ собственности всѣмъ міромъ и всѣми морями, тѣмъ не менѣе, признавали въ лицѣ своихъ практическихъ юристовъ, не поддававшихся національному Wahnsinn'у, безграничность общественнаго пользованія не только надъ моремъ, но и надъ его берегами, такъ какъ пользованіе послѣдними и исключеніе ихъ изъ области индивидуальныхъ правъ есть необходимое условіе общественнаго пользованія самимъ моремъ.

Такое признаніе общественнаго пользованія надъ морскими берегами было только въ средніе вѣка замедлено развитіемъ феодальныхъ отношеній; но со времени Кольберовскаго ордонанса 1681 года, установившаго исключеніе ихъ изъ отношеній частной собственности, это признаніе сдѣлалось и въ европейскихъ законодательствахъ всеобщимъ и встрѣчается теперь во всѣхъ гражданскихъ кодексахъ. О самомъ морѣ они не упоминаютъ даже при перечисленіи вещей, изъятыхъ изъ оборота или принадлежащихъ государству, такъ какъ всеобщее и выходящее за предѣлы даннаго государства пользованіе имъ предполагается теперь само собою.

Въ виду безопасности государства устанавливаются только нѣкоторыя ограниченія въ пользованіи ближайшими частями моря, прилегающими къ его берегамъ. Но эти ограниченія, какъ и все морское право, относятся скорѣе къ международному, чѣмъ къ гражданскому праву, а потому мы перейдемъ отъ нихъ къ внутреннимъ водамъ, представляющимъ важнѣйшій предметъ общественнаго пользованія. Изъ него исключаются только стоячія воды, способныя быть предметомъ собственности, но всѣ текущія или проточныя воды должны быть признаны въ общественномъ пользованіи по тѣмъ же основаніямъ, какія были приведены выше относительно общаго пользованія моремъ. Во I-хъ, -

постоянное движеніе, выражающееся въ теченіи воды, измѣняетъ каждую минуту ея положеніе, такъ что мы не можемъ сказать, что есть вода въ данномъ мѣстѣ и въ данный моментъ, безъ того, чтобы наши слова въ слѣдующій же моментъ не сдѣлались неправдой.

Право на воду въ томъ видѣ, въ какомъ оно является въ данный моментъ, будетъ въ другой моментъ уже лишено прежняго объекта, а собственность и другія индивидуальныя права предполагаютъ всегда господство надъ твердо обозначенными по формѣ, заключенными въ пространствѣ и равными самимъ себѣ тѣлами, - все такія свойства, которыя рѣшительно отсутствуютъ въ текущей водѣ и дѣлаютъ ее поэтому уже по своей природѣ неспособной къ собственности въ техническомъ смыслѣ. Во 2-хъ, къ природной неспособности текущей воды состоять въ индивидуальномъ обладаніи присоединяется еще необходимость ея для жизненныхъ интересовъ общества, съ которыми совершенно несовмѣстимо исключительное господство надъ ней отдѣльнаго лица.

Такая безусловная необходимость воды для всего общества выражается въ значеніи ея, какъ средства сообщенія, какъ двигательной силы, утилизируемой промышленностью, какъ средства орошенія полей, какъ силы, оказывающей огромное вліяніе на климатическія условія страны, и, наконецъ, какъ средства,

необходимаго для питанія самого человѣка. Все это, вмѣстѣ взятое, въ связи съ юридической невозможностью конструировать индивидуальное право на текущую воду, - объясняетъ замѣчательное совпаденіе взглядовъ различныхъ народовъ и различныхъ расъ на текущую воду, какъ на предметъ общественнаго пользованія. О первобытныхъ народахъ намъ нечего и говорить, потому что коммунизмомъ всѣхъ отношеній обусловливается у нихъ, естественно, и общее пользованіе всѣми водами. Но и по выходѣ изъ первобытнаго коммунизма отношенія по водѣ сохраняютъ свой первоначальный характеръ. Въ Китаѣ, напримѣръ, гдѣ господствуетъ до сихъ поръ патріархальный деспотизмъ, земля и вода считаются во власти императора, который даруетъ своимъ подданнымъ одно только пользованіе этими благами. Въ Индіи, по общему правилу, ни земля, ни вода не могутъ быть до настоящаго времени предметами частной собственности, и даже пользованіе ими основано часто на общественныхъ началахъ. Персія, Турція и другія магометанскія государства, бѣдныя вообще внутренними водами, особенно заинтересованы въ сохраненіи общественнаго пользованія ими, и потому неудивительно, что Коранъ и другія священныя, такъ называемыя, шаріатскія книги, составляющія единственный источникъ права этихъ народовъ, устанавливаютъ твердо принципъ общественнаго пользованія водой. Вотъ что сказано, напримѣръ, въ книгѣ И о и

Г а д ж а р ъ:"Всѣ воды, протекающія по степямъ,какъ рѣки Нилъ и Евфратъ, ихъ источники въ необитаемыхъ горахъ, потоки, образуемые отъ дождей, - должны, согласно преданію отъ пророка Магомета, находиться въ общемъ пользованіи всего человѣчества. Права всѣхъ людей на воду, траву и огонь - равны, а пользоваться ими никто, даже самъ имамъ, никому не въ правѣ воспрепятствовать". Въ римскомъ правѣ ученіе объ отношеніяхъ по водѣ справедливо считается особенно выработаннымъ, а исходную точку его составляетъ тоже признаніе всѣхъ текущихъ водъ, всякій aqua profluens безъ отношенія къ ея величинѣ и судоходству предметомъ общественнаго пользованія. Рѣки, потоки, ручьи называются здѣсь одинаково res publicae, quae in commercio non habentur и судьбу ихъ раздѣляютъ, съ нѣкоторыми ограниченіями, какъ русла, такъ и берега проточныхъ водъ.

О древне-германскомъ правѣ мы имѣемъ также свидѣтельства, что оно выработало общинное право на воду тѣмъ же путемъ, какъ и общинное землевладѣніе въ маркахъ и селеніяхъ. Текущая вода считалась принадлежностью общинной марки, и вотъ что содержится, напримѣръ, по водянымъ вопросамъ, разрѣшаемымъ на основаніи древнихъ обычаевъ, въ постановленіяхъ, такъ называемыхъ, Тандинговъ, этихъ народныхъ собраній сельскихъ и другихъ общинъ начала среднихъ вѣковъ. "Пользоваться водой и пастбищемъ въ деревнѣ, говорится въ нихъ, значитъ пользоваться правомъ гра-

данства; воспретить кому-либо пользоваться водой и пастбищемъ - значитъ, изгнать его изъ деревни".

Wo syn-ten no jo gy-d'i-t'a-gam-min, - гласитъ древняя поговорка. Даже простой источникъ воды сохраняетъ характеръ общественнаго достоянія, такъ какъ за владѣльцемъ земли признается право пользоваться имъ только въ мѣрѣ его потребностей. Съ паденіемъ марки и установленіемъ феодальныхъ отношеній на патримоніальномъ началѣ, владѣніе водой начало переходить постепенно въ частныя руки. Тамъ, гдѣ марка или деревня теряла свободу и становилась собственностью феодальнаго барона, къ послѣднему переходила также вода и распоряженіе ею: отсюда возникли налоги на различные виды пользованія водой и полицейская власть, простиравшаяся даже на частныя воды. Однѣ судоходныя рѣки были изъяты изъ частнаго владѣнія, но подчинены, въ то же время, государственной регаліи, дававшей главѣ государства право отчуждать или передавать то или другое пользованіе рѣкой частному лицу. Ордонансъ 1566 года нанесъ первый ударъ этому ненормальному порядку вещей, объявивъ неотчуждаемость королевскихъ имуществъ, а ордонансы Людовика XIV пояснили, что король владѣетъ ими по праву верховенства, а не какъ частный собственникъ.

Этимъ было ограничено право государственной регаліи, но путаница отношеній все-таки продолжалась, и до французской революціи всѣ проточныя воды, за исключеніемъ судоходныхъ рѣкъ, считались собст-

венностью феодальныхъ и территоріальныхъ владѣльцевъ. Революція разрушила феодальный порядокъ, но такъ какъ береговыя права не были, при этомъ, точно опредѣлены, то вопросъ о нихъ остается до сихъ поръ спорнымъ во французской юриспруденціи. Дѣло въ томъ, что ст. 538 Code civile, перечисляя различные виды общественнаго пользованія, упоминаетъ въ разрядѣ текущихъ водъ только о судоходныхъ и сплавныхъ рѣкахъ, что и даетъ поводъ нѣкоторымъ французскимъ юристамъ заключать посредствомъ argumentum a contrario, что всѣ другія воды, кромѣ судоходныхъ и сплавныхъ, находятся въ частной собственности. Это заключеніе неправильно, такъ какъ ст. 644 того же Кодекса устанавливаетъ въ пользу береговыхъ владѣльцевъ только нѣкоторые виды пользованія и возможность собственности, на могущіе образоваться въ рѣкѣ острова, но не на самую рѣку. Кромѣ того, одно рѣшеніе Парижскаго Кассаціоннаго Суда отъ 1846 года прямо объявляетъ, что несудоходныя рѣки составляютъ такое-же общественное достояніе, какъ и всѣ прочіе виды res publicae, перечисленные въ ст. 539 того-же Кодекса. Скажемъ, кстати, здѣсь же, что современное французское право называетъ предметы общественнаго пользованія domaine public и, исключая изъ него безусловно отношенія частной собственности, различаетъ три вида такого domaine public: національный, департамент-

скій и общинный. Къ первому оно причисляетъ, между прочимъ, слѣдующіе предметы: дороги, рѣки и ихъ притоки, желѣзныя дороги, если онѣ переданы даже частнымъ компаніямъ, берега моря, порты, гавани, рейды; также національныя библіотеки, музеи съ книгами, манускриптами, эстампами, картинами, статуями и другими, заключающимися въ нихъ, предметами; крѣпости, форты, арсеналы, зданія Сената, Національнаго Собранія и проч. Къ департаментскому domaine public принадлежатъ: департаментскія дороги, департаментскія зданія, каковы суды, тюрьмы, казармы, домъ для сумасшедшихъ и нѣкоторыя другія учрежденія. Наконецъ, къ области пользованія общины отнесены: проѣзжія дороги, улицы, бульвары, кладбища, общественные фонтаны, зданія, предназначенныя для службы общинъ, каковы городская ратуша, церкви, зданія народныхъ училищъ, общинные музеи, библіотеки и проч.

Подобныя же постановленія, устанавливающія общественное пользованіе на текущія воды и другіе предметы общественныхъ потребностей, содержатся и въ другихъ европейскихъ кодексахъ: въ Австрійскомъ, Прусскомъ, Баварскомъ, Саксонскомъ, Баденскомъ, Цюрихскомъ, Итальянскомъ, Бельгійскомъ и друг. Исключеніе между ними составляетъ англійское право, признающее до сихъ поръ возможность частной собственности, какъ на морскіе берега, такъ и на рѣки, но

подъ условіемъ свободнаго отправленія судоходства. Рѣки разсматриваются здѣсь, какъ морскіе рукава отъ ихъ устья до того мѣста, гдѣ замѣтны приливы и отливы; онѣ считаются собственностью государства, не исключающей, однако, пріобрѣтенія ея частными лицами. Дальнѣйшее теченіе рѣки признается уже совсѣмъ въ собственности береговыхъ владѣльцевъ, но съ такими ограниченіями въ пользу судоходства, которыя дѣлаютъ примѣненіе къ этимъ отношеніямъ понятія собственности въ техническомъ смыслѣ совершенно неподходящимъ и объяснимымъ лишь консерватизмомъ и привязанностью англійскаго законодательства къ старымъ традиціямъ. Особенное развитіе водяное право получило, вслѣдствіе особенныхъ историческихъ обстоятельствъ, въ Италіи и Испаніи, но съ состояніемъ его въ этихъ странахъ мы ознакомимся при изложеніи ученія о водяныхъ сервитутахъ; теперь же мы имѣемъ дѣло только съ институтомъ общественнаго пользованія и скажемъ еще нѣсколько словъ о другихъ его формахъ.

Къ нимъ принадлежатъ также сухопутныя сообщенія, публичныя дороги, къ которымъ можетъ быть примѣнено все то, что было говорено выше о водяныхъ сообщеніяхъ. Какъ и послѣднія, сухопутныя сообщенія, исполняютъ въ жизни человѣческаго общества двѣ функціи: съ одной стороны, они являются простымъ вспомогательнымъ средствомъ для производства и потребленія экономическихъ благъ, а съ другой - служатъ цѣ-

лямъ, выходящимъ за предѣлы имущественнаго оборота.

Первая функція путей сообщенія чрезвычайно важна, такъ какъ она служитъ основаніемъ обращенія цѣнностей въ обществѣ, условіемъ раздѣленія труда, а потому можно сказать, что возникновеніе и развитіе путей сообщенія въ этомъ смыслѣ совпадаетъ съ началомъ и развитіемъ самого народнаго хозяйства. Вторая функція ихъ не менѣе важна, такъ какъ общественныя связи между людьми составляютъ присущую имъ потребность, удовлетворяемую также посредствомъ путей сообщенія, но уже совершенно независимо отъ матеріальной пользы, приносимой ими имущественному обороту. Такимъ большимъ значеніемъ путей сообщенія для гражданскаго оборота, какъ въ имущественномъ, такъ и не въ имущественномъ отношеніи, объясняется то, что устройство и эксплоатація ихъ производятся обыкновенно въ формахъ не частнаго, а общественнаго и государственнаго хозяйства. Другими словами, удовлетвореніе потребности въ путяхъ сообщенія происходитъ не въ видѣ личныхъ и возмездныхъ дѣйствій, а въ видѣ безвозмездныхъ или полувозмездныхъ - общественныхъ и государственныхъ дѣйствій, которыя дѣлаютъ возможнымъ пользованіе ими со стороны какъ достаточныхъ, такъ и недостаточныхъ членовъ общества. Безъ публичнаго характера морей, рѣкъ, дорогъ - общественная жизнь была бы немыслима, и понятно, что

безвозмездность пользованія важнѣйшими видами путей сообщенія не уменьшаетъ, а увеличиваетъ ихъ значеніе для гражданскаго оборота. Объ остальныхъ видахъ предметовъ общественнаго пользованія: общественныхъ гуляніяхъ, библіотекахъ, музеяхъ и проч. нужно сказать, что значеніе ихъ прямо пропорціонально культурѣ того или другого народа, что на низшихъ ступеняхъ развитія они не играютъ большой роли, но съ прогрессомъ общественности значеніе ихъ постоянно возрастаетъ и дѣлается, наконецъ, такъ велико, что въ настоящее время мы не можемъ уже обходиться безъ учрежденій, удовлетворяющихъ самымъ существеннымъ потребностямъ нашей духовной и умственной природы въ формахъ именно общественности, а вовсе не индивидуальнаго пользованія.

Разсмотрѣвъ значеніе института общественнаго пользованія и констатировавъ на историческихъ примѣрахъ фактъ его повсемѣстнаго распространенія, мы перейдемъ теперь къ юридической характеристикѣ этого института. Въ ней нужно различать, какъ мы уже говорили объ этомъ, двѣ стороны: положительную и отрицательную. На первую мы уже указывали, но, повторимъ, что юридическая особенность обладанія предметами общественнаго пользованія съ отрицательной стороны, общая имъ почти со всѣми res extra commercium, заключается въ томъ, что всѣ имуще-

ственныя отношенія, вытекающія изъ обладанія индивидуальными правами, исключены изъ отношеній по предметамъ общественнаго пользованія. На нихъ нельзя установить ни права собственности, ни владѣнія, ни залога, ни огромнаго большинства сервитутовъ. Собственность тутъ немыслима, какъ мы видѣли, или вслѣдствіе природныхъ свойствъ res publicae или вслѣдствіе необходимости этихъ вещей для удовлетворенія существеннѣйшихъ потребностей общежитія въ формѣ именно общественнаго, а не личнаго обладанія, или вслѣдствіе этихъ двухъ основаній, взятыхъ вмѣстѣ. Также немыслимо владѣніе именно потому, что оно есть не что иное, какъ отраженіе, зеркало самого права собственности. Право залога заключаетъ въ себѣ право отчужденія заложенной вещи и предполагаетъ поэтому собственность, какъ при своемъ установленіи, такъ и при отправленіи; отсюда и непримѣнимость его къ институту общественнаго пользованія. Что касается сервитутовъ, то большинство ихъ не можетъ имѣть здѣсь мѣста потому, что отправленіе ихъ въ большинствѣ случаевъ стѣсняло бы общественное пользованіе или препятствовало ему. Стѣсненіе происходило бы уже оттого, что, представляя собою обыкновенно одно какое-либо исключительное правомочіе, сервитуты создаются только для этого правомочія и зависятъ въ своемъ существованіи отъ возможности

осуществлять его. Осуществленіе же этого правомочія явно противорѣчитъ назначенію res publicae, какъ это легко можно представить себѣ на примѣрахъ emphy-teusis, superficies, ususfructus и другихъ сервитутовъ, установленіе которыхъ не только препятствовало бы, но сдѣлало бы и прямо невозможнымъ продолженіе usus publicus на предметы, захваченные этими сервитутами. Но если сервитутъ не мѣшаетъ общественному пользованію, то нѣтъ никакихъ основаній отвергать его. Римское право даетъ намъ здѣсь такое указаніе. Извѣстно, что предіальные сервитуты должны идти непрерывно отъ служащаго участка къ господствующему, такъ что всякій перерывъ сервитута устраняетъ дальнѣйшее существованіе его. Если принадлежащій сюда servitus haustus - сервитутъ прохода - прерывается на пути какимъ нибудь locus publicus, напримѣръ, публичной дорогой, то этотъ перерывъ остается для сервитута безъ послѣдствій, потому что проходъ не препятствуетъ общественному пользованію, и всякій имѣетъ на него равное право. Напротивъ, servitus aquae ductus - сервитутъ водопровода - дѣлается при встрѣчѣ съ locus publicus невозможнымъ, такъ какъ постановка водопровода вредитъ общему пользованію дорогой, и право на водопроводъ никакъ уже нельзя считать содержащимся въ правѣ общественнаго пользованія доро-

гой. Но если я уже владѣю подземнымъ водопроводомъ въ землѣ, которая отходитъ впослѣдствіи подъ публичную дорогу, то я сохраню этотъ водопроводъ, потому что онъ подъ землей и опять не препятствуетъ пользованію дорогой. Во всякомъ случаѣ, рѣшеніе этихъ вопросовъ принадлежитъ государственной власти, имѣющей высшій надзоръ и попеченіе надъ всѣми предметами общественнаго пользованія. - Кромѣ исключенія означенныхъ выше институтовъ вещнаго права въ примѣненіи къ res publicae, нужно еще сказать, что эти вещи нельзя ни потерять, ни пріобрѣсти въ силу давности, нельзя ни продать, ни завѣщать, ни вступить по поводу нихъ въ какія бы то ни было обязательства, которыя будутъ объявлены ничтожными въ силу ихъ юридической невозможности. Все это вполнѣ понятно, такъ какъ поименованные институты предполагаютъ необходимо существованіе собственности и имѣютъ цѣлью или охраненіе или развитіе послѣдствій того же права. Но собственность отсутствуетъ въ отношеніяхъ по res publicae, и потому ясно, что изъ нихъ должны быть исключены, вмѣстѣ съ принципомъ, всѣ его предположенія и послѣдствія. Отсюда можно было бы заключить, что res publicae стоятъ дѣйствительно внѣ гражданскаго оборота, что на нихъ нельзя имѣть никакихъ правъ. Такъ, въ самомъ дѣлѣ, и думаетъ большинство юристовъ, - но мы уже

видѣли, какое важное значеніе имѣетъ общественное пользованіе этими вещами, а что оно является не только фактическимъ, но и чисто юридическимъ пользованіемъ, охраняемымъ государственной властью, въ этомъ мы сейчасъ убѣдимся. Юридическая защита отношеній по предметамъ общественнаго пользованія составляетъ положительную сторону ихъ юридическаго состоянія и въ ней нужно различать опять два момента: I| непосредственное назначеніе res publicae служить всему обществу; это - usus publicus, представляющій собою главный и первичный моментъ всѣхъ отношеній по общественному пользованію. Этотъ usus publicus защищается, прежде всего, государственной властью непосредственно, при чемъ эта послѣдняя постановляетъ правила о порядкѣ и способахъ пользованія res publicae и слѣдитъ, въ лицѣ своихъ полицейскихъ органовъ, за соблюденіемъ установленнаго порядка, возстановляя его въ случаяхъ нарушенія и наказывая его нарушителей. Отъ этой государственной защиты предметовъ общественнаго пользованія происходитъ и самое названіе res publicae для которыхъ означенная защита имѣетъ, кромѣ общаго

значенія защиты для всѣхъ подлежащихъ ей отношеній, еще особенное значеніе корректива, поправки къ неограниченности *usus communis*, какъ общаго пользованія. *Res communes* принадлежатъ вообще всѣмъ людямъ, и каждый въ правѣ дѣлать изъ нихъ неограниченное употребленіе. Не смотря, однако, на неисчерпаемость нѣкоторыхъ изъ видовъ *res communes* равномѣрное пользованіе ими всѣми часто можетъ быть значительно затруднено. Если, напримѣръ, въ странѣ, бѣдной водой, единственная текущая вода употребляется цѣликомъ нѣсколькими собственниками, участки которыхъ лежатъ по обѣимъ ея сторонамъ, то, хотя текущей воды, въ общей суммѣ ея, можетъ быть довольно для того, чтобы удовлетворять – при правильномъ ея распредѣленіи – потребностямъ всѣхъ, – тѣмъ не менѣе этотъ запасъ воды можетъ быть безполезенъ для тѣхъ, кто отъ него удаленъ: они могутъ не имѣть къ нему доступа, и тогда онъ все равно, что не существуетъ для нихъ. Между тѣмъ, бѣдствія, происходящія отъ недостатка воды, предотвращаются легко дѣятельностью государства, если оно принимаетъ на себя установленіе и охраненіе порядка въ ея пользованіи и распредѣленіи, устраняя такимъ образомъ произволъ однихъ, страданія другихъ и коллизіи всѣхъ нуждающихся въ водѣ. Эта важная функція государства отправляется имъ по отношенію ко всѣмъ видамъ *res communes* – *res publicae*, кромѣ воздуха, котораго, къ

счастью, такъ много, что никто никогда не можетъ быть лишенъ пользованія имъ.

Но сверхъ описанной публичной защиты, которой было бы недостаточно для признанія отношеній, возникающихъ изъ общественнаго пользованія, гражданскими, римское право, новыя законодательства, а также наше право, какъ мы увидимъ это ниже, предоставляютъ въ распоряженіе частныхъ лицъ и гражданскіе иски въ защиту ихъ пользованія публичными вещами. Такими исками въ римскомъ правѣ были: actiones iniuriarum. actiones populares, interdictum ne quid in loco publico fiat, interdictum ne quid in flumine publico fiat и т.д. Множество примѣровъ и перечисленіе исковъ, защищавшихъ всѣ вообще отношенія по res extra commercium, вы найдете въ 43-й книгѣ Дигестъ, въ титулахъ отъ 7 до 14-го. Особенное значеніе между всѣми римскими средствами защиты общественаго обладанія имѣли популярные иски и интердикты, о которыхъ мы и скажемъ нѣсколько словъ, руководствуясь прекрасной монографіей Брунса: " Die römischen Popularklagen помѣщенной въ I т. его " Kleinere Schriften

Основной вопросъ, которымъ должно опредѣляться самое существо этихъ исковъ и защищаемыхъ ими отношеній, состоитъ въ слѣдующемъ: кому достается отыскиваемое посредствомъ популярныхъ исковъ вознагражденіе - истцу или государству? Тѣмъ или другимъ

отвѣтомъ на этотъ вопросъ обусловливаются два противоположныхъ представленія о популярныхъ искахъ. Допустивъ пользованіе результатомъ этихъ исковъ со стороны государства, пришлось бы видѣть въ нихъ осуществленіе права, принадлежащаго самому государству, при чемъ частныя лица, подающія эти иски, оказались бы дѣйствующими не отъ своего имени и не въ силу принадлежащаго имъ права, а отъ имени государства - *procuratoris nomine* - и въ силу права, числящагося за этимъ послѣднимъ. Допустивъ же, наоборотъ, что выгода отъ предъявленія популярнаго иска обращается непосредственно въ пользу предъявившаго его истца, мы могли бы искать основаніе иска уже въ чемъ-нибудь другомъ, а не въ правѣ государства, и разсматривать, во всякомъ случаѣ, истца, выступающаго съ этимъ искомъ, какъ лицо, осуществляющее свое собственное, а не чужое право, и дѣйствующее отъ своего имени, *proprio* , а не *procuratoris nomine* . Старая теорія по этому вопросу стояла за истца, признавая, такимъ образомъ, въ его лицѣ самостоятельное субъективное право и самостоятельный индивидуальный интересъ въ осужденіи отвѣтчика. Но послѣ Савиньи большинство новыхъ юристовъ объявило себѣ, вмѣстѣ съ Моммзеномъ, за государство, исключивъ изъ области его самостоятельнаго права только случаи, такъ называемыхъ смѣшанныхъ популярныхъ исковъ,

въ которыхъ частный интересъ истца конкуррируетъ съ интересомъ государства. Савиньи первый въ своей - "Системѣ римскаго права" |т. II, стр. 131| поставилъ положеніе, что популярные иски служатъ защитѣ публичнаго права, и что суммы, взыскиваемыя при этомъ истцомъ, суть только вознагражденіе, предоставляемое ему государствомъ за потраченный имъ въ интересѣ государства трудъ. Момзенъ въ своемъ сочиненіи "Stadtrechte von Salpensa und Malaga" разобралъ эти иски болѣе обстоятельнымъ образомъ и пришелъ къ заключенію, что они должны быть отнесены къ области промежуточной между гражданскимъ и уголовнымъ правомъ, а именно - къ области административнаго процесса, гдѣ они служатъ средствомъ взысканія налоговъ и другихъ казенныхъ долговъ. Отсюда Момзенъ и господствующее теперь ученіе умозаключаютъ къ общности юридической природы популярныхъ исковъ съ исками, вытекающими изъ представительства, съ которыми популярные иски сходятся, будто бы, въ томъ, что они предъявляются на основаніи не самостоятельнаго права истца, а представительства чужого права, которымъ въ данномъ случаѣ является право государства. Брунсу принадлежитъ честь блистательнаго опроверженія этой теоріи путемъ тщательнаго и детальнаго изслѣдованія всѣхъ отдѣльныхъ случаевъ популярныхъ и другихъ близ-

ко соприкасающихся съ нимъ исковъ, упоминаемыхъ въ римскихъ источникахъ. Это изслѣдованіе дало Брунсу возможность совершенно выдѣлить изъ области популярных исковъ, такъ называемыхъ, *damnationes, multa poena* и др. взысканія, обращающіяся прямо въ пользу государства, равно какъ и нѣкоторыя другія позднѣйшія аналогіи популярныхъ исковъ, распространенныя на новыя отношенія, чуждыя ихъ первоначальной идеѣ. Популярные иски, которыми добывались эти *damnationes, multa* и другія взысканія, обращавшіяся въ пользу государства, основывались на спеціальныхъ законахъ, и потому Брунсъ называетъ ихъ легальными или "не настоящими популярными исками", строго отличая эти иски отъ "настоящихъ популярныхъ исковъ", возникшихъ, по преимуществу, изъ преторскаго эдикта и обратившихъ взысканіе прямо въ пользу предъявлявшихъ ихъ истцовъ. Тамъ истецъ представлялъ государство, дѣйствуя въ его интересѣ и по его предполагаемому порученію; здѣсь же онъ имѣлъ свой собственный интересъ и выступалъ съ самостоятельнымъ правомъ, относительно котораго было неумѣстно предположеніе о какомъ бы то ни было представительствѣ. Отыскивая принципъ и идею настоящаго популярнаго иска, Брунсъ возражаетъ Савиньи, который видѣлъ въ немъ, какъ было уже сказано, родъ полицейскаго преслѣдованія и считалъ, что "всякій гражданинъ представляетъ здѣсь, такъ сказать, прокурора, преслѣдующаго данное право-

нарушеніе во имя публичнаго интереса и взыскивающаго за него денежный штрафъ, который передается ему затѣмъ лишь въ видѣ вознагражденія за его публичную дѣятельность". Популярный искъ, съ этой точки зрѣнія, является только отдѣльнымъ случаемъ примѣненія общаго обвинительнаго начала въ уголовномъ процессѣ. Не понятно, замѣчаетъ Брунсъ, почему штрафъ поступаетъ здѣсь не въ пользу государства, какъ это дѣлается въ случаяхъ *multa* и другихъ взысканій, производимыхъ государствомъ, которое могло бы и въ данномъ случаѣ ограничиться выдачей истцу одной только доли со взысканнаго штрафа или премію за его трудъ. Почему же, въ отличіе отъ такого обще-установленнаго порядка, взысканныя посредствомъ популярнаго иска деньги идутъ цѣликомъ въ пользу истца, какъ его личное гражданское право? Это обстоятельство нельзя согласить со взглядомъ Савиньи, какъ нельзя согласить съ нимъ и популярныхъ интердиктовъ, которые охраняютъ отношенія по *res publicae* и ни въ какомъ уже случаѣ не допускаютъ объясненія подъ приведеннымъ выше угломъ зрѣнія. Отправляясь отъ этихъ интердиктовъ, гораздо проще остановиться на совсѣмъ другой точкѣ зрѣнія, которая была указана впервые Іерингомъ | *Geist*, I, стр. 187; *Streit gwichen Basel und Baselstadt* въ *Verm. Schriften* |, а потомъ принята и Брунсомъ въ цитированной выше монографіи |стр.368|. Они находятъ, что эти интердикты покоятся непосредственно на принадлежащемъ всѣмъ гражданамъ правѣ

| Bürgerrecht | общаго пользованія res publicae

Каждое отдѣльное лицо, предъявляя искъ, дѣйствуетъ здѣсь не въ силу представительства интересовъ государства, не въ качествѣ прокурора или адвоката этого послѣдняго, а непосредственно въ силу своего собственнаго субъективнаго права пользованія предметами общественнаго пользованія, права, которое принадлежитъ всѣмъ гражданамъ, какъ таковымъ, а, слѣдовательно, и данному истцу, какъ одному изъ этихъ гражданъ. Каждый осуществляетъ всегда и прежде всего свое субъективное право, а потомъ уже, рядомъ съ своимъ правомъ, и права своихъ согражданъ или право государства. Такое косвенное представительство чужого интереса лежитъ въ существѣ охраняемыхъ посредствомъ популярныхъ исковъ отношеній, не нарушая, однако, того принципа, что истецъ дѣйствуетъ здѣсь, прежде всего, въ своемъ собственномъ интересѣ и въ силу своего самостоятельнаго права. Каждый обладаетъ своимъ правомъ iure civitatis, т.е. на томъ же основаніи, на какомъ имъ обладаетъ и всякій другой. Поэтому-то въ искѣ отдѣльнаго лица здѣсь можно видѣть одновременно и косвенное представительство всѣхъ другихъ лицъ, пользующихся за одно съ истцомъ одними и тѣми же предметами общественнаго пользованія. Отсюда вытекаетъ само собою и понятіе популярнаго иска, который принадлежитъ всякому - cui libet ex populo -, и принадлежитъ, хотя и iure publico

но въ силу собственнаго права каждаго гражданина, и который предъявляется поэтому, хотя и *proprio*, а не *procuratoris nomine*, но съ неизбѣжнымъ при этомъ представительствомъ общаго интереса.

Вотъ настоящая *actio popularis, quae suum ius populo tuetur*, при чемъ *populus* имѣетъ значеніе не абстрактнаго государства, а конкретнаго общества, въ смыслѣ совокупности всѣхъ призванныхъ къ пользованію *res publicae* гражданъ. Каждый изъ нихъ осуществляетъ посредствомъ популярныхъ интердиктовъ свое независимое право, связанное только съ правомъ его согражданъ, откуда слѣдуетъ, что эти интердикты суть не тѣ полицейскія средства защиты, какими ихъ изображаетъ Савиньи, а такія средства защиты, которыми осуществляется общественно-гражданское право каждаго лица по отношенію къ предметамъ общественнаго пользованія. Такой характеръ популярныхъ исковъ соотвѣтствуетъ вполнѣ общественному назначенію *res publicae*, такъ какъ, оберегая пользованіе ими отъ всѣхъ нарушеній со стороны какъ частныхъ лицъ, такъ и самого государства, эти иски развиваютъ въ людяхъ сознаніе солидарности, соединяющей ихъ въ общемъ пользованіи однимъ и тѣмъ же правомъ, и силу энергіи въ его отстаиваніи. Такое воспитательное и чисто культурное значеніе популярныхъ исковъ побуждаетъ нѣкоторыхъ юристовъ,

какъ, напримѣръ, Іеринга, настаивать на ихъ возможно большемъ распространеніи и разсматривать эти иски, какъ особенно важное средство защиты всѣхъ отношеній по общественному обладанію, включая сюда и обладаніе въ формѣ юридическаго лица. Тутъ можетъ быть любопытна параллель англійскаго права, въ которомъ популярные иски играли издавна и независимо отъ вліянія римскаго права очень важную роль. Извѣстно, напримѣръ, что англійскій уголовный процессъ былъ основанъ съ самыхъ древнихъ временъ на принципѣ всеобщаго или популярнаго права обвиненія. Здѣсь не было до послѣдней реформы, имѣвшей мѣсто лишь въ 70-хъ годахъ нынѣшняго столѣтія, никакихъ прокуроровъ, въ французскомъ и нашемъ смыслѣ этого слова. Всѣ власти, завѣдующія обвиненіемъ, и даже *attorney general*, поддерживающій обвиненіе во имя короля при государственныхъ преступленіяхъ, разсматривались постоянно, какъ частные обвинители. Возможность этой системы объясняется только отчасти развитіемъ въ Англіи публичной жизни и чувства общественности; для успѣшнаго проведенія ея потребовалось еще два спеціальныхъ средства: 1), обязательность обвиненія не только для установленной власти, но въ извѣстныхъ случаяхъ и для частныхъ лицъ и 2), вознагражденіе обвинителя. Это вознагражденіе примѣняется до сихъ поръ въ самыхъ широкихъ размѣрахъ и состоитъ или въ освобожденіи отъ извѣстныхъ публич-

ныхъ тягостей, или въ опредѣленныхъ денежныхъ суммахъ, или при денежныхъ штрафахъ — въ правѣ на половину взысканной суммы. Такое раздѣленіе штрафа пополамъ, встрѣчавшееся тоже въ Римѣ, практикуется въ Англіи въ цѣлой массѣ случаевъ: одна половина идетъ обвинителю, другая — королю или государству, а въ нѣкоторыхъ случаяхъ — въ пользу бѣдныхъ и извѣстныхъ учрежденій. Принадлежащіе сюда иски называются *qui tam* — | это первыя слова древней исковой формулы |. При этомъ считается безразличнымъ, какъ ведется обвиненіе — путемъ уголовнаго или гражданскаго процесса; истецъ, обыкновенно имѣетъ выборъ между тѣмъ и другимъ. Для этихъ *Quitam* исковъ употребляется также выраженіе *popular action*, подъ которымъ разумѣются всѣ вообще гражданскіе и уголовные иски, даваемые *to the people in general*, — т.е. иски, могущіе быть предъявлены всѣми и предполагающіе всеобщее право иска, въ противоположность искамъ, возбуждаемымъ одними чиновниками или данными опредѣленными лицами. Въ этомъ смыслѣ англійское понятіе *popular action*, насколько оно касается гражданскихъ исковъ и достающейся истцу половины со взысканнаго штрафа, совпадаетъ вполнѣ съ римскимъ популярнымъ искомъ, — что видно особенно на строгости, съ которой проводится раздѣленіе штрафа пополамъ. Истецъ получаетъ здѣсь, какъ и въ римскомъ правѣ, предъявленіемъ иска такое твердое право на

свою половину, что онъ исключаетъ съ этого момента по отношенію къ этой половинѣ даже общее право помилованія, принадлежащее королю, который упражняетъ его лишь относительно своей половины, но не половины истца, обращающейся съ предъявленіемъ иска въ его пріобрѣтенное право. Поэтому, Блекстонъ и говоритъ, что искъ является въ данномъ случаѣ не только средствомъ вознагражденія, но и способомъ пріобрѣтенія собственности. Это раздѣленіе двухъ половинъ штрафа идетъ даже такъ далеко, что для нихъ установлено два различныхъ срока давности: годовой для истца и двухлѣтній для короля. Разъ предъявленный искъ не можетъ уже, какъ и въ римскомъ правѣ, быть повторенъ на основаніи правила: non bis in idem. Но популярные иски не составляютъ въ Англіи цѣльной системы и введены отдѣльными законами. Они установлены и, притомъ, въ различномъ размѣрѣ штрафа, доходящаго до 500 фунтовъ стерлинговъ, противъ запрещенныхъ игръ, ростовщичества, нарушенія присяги, клеветы, нарушенія почтоваго и гербоваго уставовъ и при всевозможныхъ полицейскихъ проступкахъ. Особенно важное значеніе имѣютъ они именно для послѣднихъ, составляя существенный элементъ своеобразной системы англійской полиціи, которая только благодаря своей связи съ популярными исками и отличается къ своей выгодѣ отъ континентальной полиціи, проникнутой вси-

ду бюрократическимъ характеромъ. Подробности по этому вопросу вы можете встрѣтить въ классическомъ сочиненiи Гнейста, посвященномъ англiйскому общественному строю | Geschichte der Communalverfassung in England.

Все сказанное нами о популярныхъ искахъ можетъ быть сведено по отношенiю юридической характеристики общественнаго пользованiя къ слѣдующему результату: съ одной стороны, популярными исками назывались въ римскихъ источникахъ иски, которыми осуществлялось право всего народа, - такъ какъ предъявить ихъ могъ всякiй гражданинъ, независимо отъ того, былъ онъ лично затронутъ нарушенiемъ общественнаго пользованiя или нѣтъ; съ этой стороны популярные иски исполняли, какъ бы, функцiю публичнаго преслѣдованiя, хотя и облекались въ формы гражданскаго права. Съ другой стороны, они выполняли функцiю и чисто гражданскихъ исковъ, такъ какъ лицо, потерпѣвшее непосредственно отъ порчи публичныхъ дорогъ, отъ засоренiя или застройки судоходныхъ рѣкъ и проч., отыскивало тѣми же самыми исками съ нарушителя его отношенiя по res publicae и вознагражденiе за понесенные имъ убытки. Первая функцiя популярныхъ исковъ переведена теперь, отчасти, на дѣятельность органовъ полицiи, но вторая ихъ функцiя не можетъ быть и въ настоящее время осуществлена помимо личной инициативы. Предположимъ, что мой сосѣдъ или

какое бы то ни было третье лицо такъ испортилъ публичную дорогу, что я не могу ни пройти по ней, ни провезти продукты изъ своего имѣнія, или допустимъ, что мой другой сосѣдъ по имѣнію, лежащему вдоль одной и той же рѣки, устроитъ у себя плотину и такъ подниметъ ею уровень рѣчной воды, что она затопитъ мои луга и поля. Понятно, что въ этихъ случаяхъ я потерплю отъ нарушенія моего общественнаго права на дорогу и на рѣчную воду большіе убытки, которые и буду взыскивать съ нарушителя моего права, предъявивъ къ нему искъ о возмѣщеніи убытковъ. Этотъ искъ, чисто гражданскій, признается большинствомъ новыхъ законодательствъ и представляетъ собою не что иное, какъ осуществленіе второй функціи римскаго интердикта - *ne quid in loco publico fiat*: охраняя, такимъ образомъ, наше пользованіе публичными вещами, этотъ искъ дѣлаетъ его, очевидно, нашимъ общественно-гражданскимъ правомъ, защищаемымъ не только въ публичномъ, но и въ гражданскомъ порядкѣ.

II| Другой моментъ въ юридическомъ положеніи *res publicae in publico usu* составляетъ право на нихъ государства, но не право собственности, какъ думаютъ многіе, а совершенно различное отъ послѣдняго право публичное, представляющее, такъ сказать, оборотную сторону юридическаго положенія разсматриваемыхъ нами вещей. Что это право не

право собственности, это видно изъ того, что собственникъ пользуется своей вещью обыкновенно самъ и для себя; государство же не пользуется для себя публичными вещами исключительно, даже въ качествѣ юридическаго лица, а предоставляетъ пользованіе ими всѣмъ своимъ гражданамъ. Если называть право государства на публичныя вещи собственностью, то это будетъ, какъ выражается Іерингъ, весьма странная собственность, лишенная самаго характернаго изъ своихъ признаковъ. Что право государства на публичныя вещи не можетъ называться собственностью, - это слѣдуетъ, далѣе, изъ того, что эти вещи относятся къ *res extra commercium*, къ которымъ ни одно законодательство не примѣняетъ понятія частной собственности. Наконецъ, противъ же собственности государства на *res publicae* говоритъ исключеніе по отношенію къ нимъ дѣйствія всѣхъ институтовъ, имѣющихъ мѣсто при индивидуальномъ обладаніи, - исключеніе давности, владѣнія, собственности, совладѣнія и пр. Если, тѣмъ не менѣе, римскіе источники говорятъ о *res publicae*, что онѣ *universitatis esse creduntur*, и если новыя законодательства также называютъ ихъ государственной собственностью, то эти выраженія нужно понимать только въ смыслѣ исключенія индивидуальнаго обладанія, а вовсе не въ смыслѣ настоящей собственности государства, къ которой предметы общественнаго пользованія оказываются, какъ мы

видѣли, рѣшительно неспособными. Указаніемъ на такое именно отношеніе къ нимъ римскаго права можетъ служить, между прочимъ, данная имъ римскими юристами характеристика — "nullius in bonis sunt." —, предшествующая непосредственно приведеннымъ выше словамъ: "ipsius enim universitatis esse creduntur". По мнѣнію же Іеринга, признавать на res publicae собственность государства, значитъ дѣлать или совсѣмъ праздное, или такое предположеніе, которое не имѣетъ вовсе значенія. Первымъ это предположеніе является въ томъ случаѣ, если подъ собственностью разумѣть здѣсь и безъ того принадлежащее государству право надзора за res publicae а вторымъ, т.е. не имѣющимъ значенія, это предположеніе дѣлается въ томъ случаѣ, если, рядомъ съ пользованіемъ всего общества, государству приписываютъ относительно res publicae нѣкоторыя мелкія пользованія, въ родѣ пользованія травой, растущей на дорогахъ, падающими въ лѣсу деревьями и т.п. Эти формы пользованія такъ ничтожны сравнительно съ общественнымъ пользованіемъ, исчерпывающимъ собственно все назначеніе res publicae, что создавать изъ за нихъ особое право собственности государства, и, притомъ, такое право собственности, которое отрѣшено съ самаго начала отъ права пользованія, - кажется Іерингу совершенно неправильнымъ. Далѣе, онъ сравниваетъ мѣтко право государства на пуб-

личныя вещи съ правомъ, какое мы имѣемъ на части нашего тѣла: онѣ принадлежатъ намъ, составляютъ часть нашей личности, но до тѣхъ поръ, пока онѣ не отдѣлены отъ нея, мы можемъ говорить о нашихъ волосахъ, зубахъ и проч., что они только принадлежатъ намъ, а никакъ не то, что они находятся въ нашей собственности. Такое же особенное значеніе принадлежности, а не собственности, замѣчается и въ правѣ государства на предметы общественнаго пользованія, - въ разъясненіе чего я передамъ вамъ одинъ интересный случай изъ европейской судебной практики, вызвавшій большой споръ между первыми авторитетами германской юриспруденціи о свойствѣ правъ государства на *res publicae*. Въ 1833 году Швейцарскій кантонъ Базель раздѣлился на два кантона: Базель городской и Базель сельскій. При этомъ раздѣленіи долженъ былъ произойти и соотвѣтствующій раздѣлъ всего общественнаго имущества, въ числѣ котораго находились крѣпостныя укрѣпленія, окружающія городъ Базель. Третейская комиссія, назначенная для раздѣла имущества, рѣшила, что крѣпостныя укрѣпленія не состояли въ частной собственности государства, что послѣднее имѣетъ на нихъ только верховное право, *Hoheitsrecht*, и что поэтому они не входятъ въ составъ раз-

---

дѣляемаго имущества, а должны всецѣло остаться за Вавелемъ - городомъ. Но, при этомъ, коммиссія сдѣлала оговорку, что если впослѣдствіи крѣпостныя укрѣпленія будутъ упразднены, и земля, находящаяся подъ ними, будетъ обращена въ обыкновенное государственное имущество, то сельскій Вавель получаетъ право на раздѣлъ этого имущества. Впослѣдствіи крѣпостныя укрѣпленія дѣйствительно были разрушены, а земля подъ ними была обращена на городскія площади и улицы. Сельскій Вавель предъявилъ свои права, возникъ споръ, по которому обѣ стороны обратились за мнѣніями къ германскимъ ученымъ, и между послѣдними началась полемика. Въ ней приняли дѣятельное участіе Дернбургъ, Келлеръ, Іерингъ, выдвинувъ общій вопросъ о правѣ государства на res publicae. Мнѣніе Іеринга, съ которымъ совпадало въ главнымъ частяхъ и мнѣніе Келлера, было таково: существо res publicae состоитъ въ ихъ extra коммерціальности и въ назначеніи для общественнаго пользованія, т.е. пользованія со стороны неопредѣленнаго множества дестинатеровъ, какъ Іерингъ называетъ вообще всѣхъ матеріальныхъ субъектовъ права. Что касается отношенія государства къ праву общественнаго пользованія, то это послѣднее и особыя права на него со стороны государства неразрѣльны и идутъ до такой степени рука объ руку, что наличность общественнаго пользованія заключаетъ въ себѣ необходимо и то отношеніе его къ государству,

которое называютъ государственною собственностью. Отсюда Іерингъ приходитъ вполнѣ послѣдовательно къ квалификаціи собственности двухъ государствъ на одно и тѣ же res publicae, безъ наличности одновременнаго usus publicus для членовъ обоихъ государствъ, "безсмыслицей и невозможной идеей". Дернбургъ возражалъ противъ этого мнѣнія Іеринга, защищая прежнюю точку зрѣнія собственности государства на res publicae, и утверждая, что для понятія собственности вполнѣ безразлично то, насколько ограничены или неограничены правомочія собственника. Поэтому и нельзя, заключаетъ онъ, приводить противъ собственности государства на res publicae тотъ аргументъ, что пользованіе государства этими вещами, въ силу дѣйствія общественнаго права, принадлежащаго всѣмъ гражданамъ, слишкомъ незначительно. Но это возраженіе Дернбурга кажется намъ слишкомъ формальнымъ и игнорирующимъ за формой реальность. Кромѣ того, вся теорія собственности государства на res publicae покоится на опровергнутомъ выше пониманіи римскихъ популярныхъ исковъ. И наконецъ, совершенно разбивается сдѣланными уже ей возраженіями. Поэтому, мы и можемъ выразить результатъ всего предшествующаго въ слѣдующемъ видѣ: государство не имѣетъ по отношенію къ res publicae права собственности; юридическія отношенія его къ вещамъ этого рода вовсе не похожи на тѣ отношенія,

въ которыхъ оно стоитъ къ вещамъ, принадлежащимъ ему на правѣ собственности. На эти послѣднія вещи государство имѣетъ всѣ полномочія собственника, частныя же лица не имѣютъ на нихъ никакихъ полномочій. Публичныя вещи, наоборотъ, существуютъ прежде всего для удовлетворенія потребности въ нихъ отдѣльныхъ лицъ, которыя и удовлетворяютъ этой потребности своимъ общественнымъ правомъ пользованія. Государству принадлежитъ по отношенію къ этимъ вещамъ, кромѣ отправляемаго имъ контроля, самыя ограниченныя права, такъ, оно имѣетъ право на траву и деревья, растущія по общественнымъ дорогамъ; ему принадлежитъ половина найденнаго тамъ клада; оно взимаетъ арендную плату съ тѣхъ, кто получаетъ позволеніе застраивать принадлежащія сюда мѣста и т.д. Всѣ эти права надо отличать отъ государственной собственности, и, хотя для совокупности ихъ не выработалось еще особеннаго понятія, но оно должно быть, во всякомъ случаѣ, конструировано независимо отъ понятія собственности, - такъ какъ, во 1-хъ, это послѣднее вообще немыслимо при res extracommerciales, во 2-хъ, реальная годность вещи здѣсь поглощается вполнѣ общественнымъ обладаніемъ, и въ 3-хъ, служеніе вещи иному лицу, чѣмъ ея собственникъ, окончательно противорѣчитъ понятію собственности. Послѣдняя попытка построить это новое понятіе сдѣлана нѣмецкимъ юристомъ Эйзеле. Онъ называетъ его - "публицистической

собственностью" и хочетъ этимъ сказать, что отношеніе къ общественному пользованію, назначеніе служить ему - присуще *res publicae*, дано вмѣстѣ съ его понятіемъ, а не привходитъ къ нему извнѣ.

Изъ всего сказаннаго слѣдуетъ вывести два совершенно доказанныхъ, по нашему мнѣнію, заключенія: 1), *usus publicus* - общественное пользованіе - составляетъ единственно характерную и первичную сторону юридическаго положенія *res publicae*; принадлежность ихъ государству есть только оборотная и вторичная сторона ихъ положенія; 2), *usus publicus*, какъ первичный моментъ отношеній, возникающихъ изъ обладанія публичными вещами, стоитъ подъ защитой гражданскаго права и даетъ начало общественно-гражданскому праву иска каждаго гражданина на защищаемое государственной властью пользованіе этими вещами въ порядкѣ, какъ административнаго, такъ и чисто гражданскаго процесса.

Обращаясь отъ теоріи общественнаго обладанія къ нашему законодательству, мы находимъ въ немъ слѣдующія постановленія. Прежде всего, наше вниманіе останавливаетъ ст. 406 X т. I ч., которая по своему значенію и мѣсту, занимаемому ею въ системѣ нашего Свода, должна быть руководящей для всего вопроса. Между тѣмъ, стоитъ только прочитать эту статью и сравнить ее съ другими положеніями нашего за-

кономательства, чтобы убѣдиться въ полной несостоятельности и внутреннихъ противорѣчіяхъ цитируемой статьи. Она открываетъ собою отдѣлъ X-го тома, трактующій о раздѣлѣ имуществъ по ихъ принадлежности, и редактирована слѣдующимъ образомъ: "всѣ имущества, не принадлежащія никому въ особенности, т.е. ни частнымъ лицамъ, ни сословіямъ лицъ, ни дворцовому вѣдомству, ни удѣламъ, ни установленіямъ, принадлежатъ къ составу имуществъ государственныхъ. Таковы суть: казенныя земли, населенныя и ненаселенныя, пустопорожнія и дикія поля, лѣса, оброчныя статьи, морскіе берега, озера, судоходныя рѣки и ихъ берега, большія дороги, зданія какъ публичныя, такъ и казенныя, заводы и тому подобныя, также и движимыя имущества, къ нимъ принадлежащія". Вы видите, что прочитанный законъ не заключаетъ въ себѣ никакого спеціальнаго предписанія, и подъ нимъ нѣтъ ссылки, которая указывала бы на то, что онъ извлеченъ изъ какого-нибудь указа или закона, помѣщеннаго въ "Полномъ Собраніи законовъ". Приведенная статья X т. даетъ только теоретическое опредѣленіе государственныхъ имуществъ, формулированное составителями нашего Свода, и можетъ имѣть силу лишь настолько, насколько сдѣланное ими опредѣленіе правильно само по себѣ и насколько оно соотвѣтствуетъ спеціальнымъ постановленіямъ нашего закона объ имуществахъ, названныхъ

въ настоящей статьѣ государственными. Разсматривая, такимъ образомъ, ст. 406 съ точки врѣнія правильности заключающагося въ ней опредѣленія государственныхъ имуществъ, мы видимъ, что она понимаетъ подъ послѣдними два совершенно различнаго рода имущества. Во I-хъ, она причисляетъ къ ихъ разряду казенныя земли, лѣса, оброчныя статьи, казенные заводы и движимыя имущества, къ нимъ принадлежащія, и, во 2-хъ, морскіе берега, озера, судоходныя рѣки и ихъ берега, большія дороги, публичныя зданія и т.п. Первая группа перечисленныхъ вещей составляетъ источникъ доходовъ для казны, состоитъ въ ея обладаніи, какъ юридическаго лица, обладаніи, до котораго частныя лица не имѣютъ никакихъ правъ; вторая же группа вещей находится въ пользованіи всѣхъ и каждаго, не служа казнѣ непремѣнно источникомъ дохода. Если бы мы смѣшали, вмѣстѣ съ 406 статьей, обѣ группы такъ несходныхъ между собою отношеній и стали бы примѣнять къ нимъ одни и тѣ же правила, то мы пришли бы къ такому абсурду, что признали бы и за современнымъ государствомъ право продать, заложить въ руки частныхъ лицъ какую-либо судоходную рѣку или дорогу, составляющія предметъ общественнаго пользованія, или сочли бы частныхъ лицъ способными путемъ давности пріобрѣтать исключительныя права на эти же предметы. Невозможность такого смѣшенія очевидна сама собою, и она подтверждается нашимъ же Сводомъ, который самъ опро-

вергаетъ неудачную редакцію статьи 406-ой и постановляетъ въ цѣломъ рядѣ другихъ статей особыя правила для общественнаго пользованія тѣми самыми предметами, которые статья 406 смѣшиваетъ неправильно съ казенными имуществами. Сюда относятся слѣдующія постановленія нашего законодательства:

I. О дорогахъ. Уставъ путей сообщенія /стт. 882 - 892/ объявляетъ, что дороги находятся въ общемъ пользованіи, что онѣ неприкосновенны, не должны быть ничѣмъ занимаемы, запахиваемы, застраиваемы и т.д.

Подобно дорогамъ, и лежащіе на нихъ постоянные мосты и гати, хотя бы были устроены владѣльцемъ дачи и обывателями, не составляютъ ничьей собственности: никакое частное лицо не можетъ установить ни съ нихъ, ни съ дорогъ, сборовъ въ свою пользу отъ проѣзжающихъ. Нѣкоторыя шоссейныя дороги, устроенныя частными лицами и обществами, также не составляютъ частной собственности, хотя и облагаются иногда въ пользу устроившихъ ихъ лицъ сборомъ по таксѣ, опредѣленной закономъ. Желѣзныя дороги могутъ быть предметомъ частной собственности, но подъ полнымъ контролемъ государства, не только по устройству, содержанію и управленію, но и по количеству сборовъ, опредѣляемыхъ таксой. Сверхъ того, нашъ законъ признаетъ вполнѣ общественное значеніе желѣзныхъ дорогъ, не при-

числяя обладаніе ими частными лицами и компаніями къ разряду вѣчной и потомственной собственности; правительство предоставляетъ себѣ право во всѣхъ случаяхъ обратить по истеченіи опредѣленнаго срока дорогу въ собственность государственную или даже выкупить ее до срока |Уст. Путей Сообщенія ст. 580 по продолженію 1863 года|.

2. Воды и водяные пути сообщенія. Уставъ Горный и Сельскаго Хозяйства въ ст. ст. 560 - 562 говоритъ, что и воды морскія даже при мѣстахъ заселенныхъ, равно всѣ озера, никому въ особенности не принадлежащія, частному владѣнію не подлежатъ, но должны оставаться въ общемъ и свободномъ для всѣхъ пользованіи. Изъ этого правила допускаются мѣстныя исключенія тамъ, гдѣ рыбный промыселъ составляетъ оброчную статью. Судоходныя рѣки и ихъ берега причисляются также къ имуществамъ государственнымъ, но въ томъ смыслѣ, что всякому свободенъ проѣздъ по нимъ |Уст. Пут. Сообщ. ст. ст. 82, 359|.

3. Право участія общаго. Такъ называетъ намъ X т. цѣлый рядъ отношеній, возникающихъ по поводу общественнаго обладанія предметами, изъ числа которыхъ нѣкоторые уже были упомянуты нами. Но помѣщеніе этихъ отношеній въ X т. и смыслъ относящихся къ нимъ законовъ имѣютъ для насъ особенно важное значеніе, указывая на гражданскую защиту путемъ гражданскихъ исковъ, тогда какъ регулированіе этихъ же отношеній

въ Уст. Пут. Сообщенiя и другихъ томахъ Свода предполагало охраненiе ихъ только морской, рѣчной, шоссейной и желѣзно-дорожной полицiей. Сюда принадлежатъ слѣдующiе законы X т. I ч.

а| Статья 434, которая говоритъ: "Право прохода и проѣзда по большимъ дорогамъ и по водянымъ сообщенiямъ составляетъ общее пользованiе всѣхъ безъ изъятiя. Владѣльцы земель, черезъ которыя большiя дороги пролегаютъ, не должны препятствовать никакимъ образомъ проходу и проѣзду по онымъ". Улицы принадлежатъ также, по разъясненiю Государственнаго Совѣта, къ путямъ сообщенiя, которые должны быть свободны для всѣхъ. Въ селенiяхъ онѣ не шли въ счетъ крестьянскаго надѣла и не облагались повинностями въ пользу помѣщиковъ. Одно кассацiонное рѣшенiе 1871 года постановляло, что право крестьянъ на пользованiе дорогами по землѣ, остающейся въ непосредственномъ распоряженiи помѣщика, предполагается въ силу приведенной выше ст. 434 само собою, и нѣтъ надобности искать установленiя сего права въ уставной грамотѣ.

в| Далѣе, ст. 435 считаетъ предметомъ общаго пользованiя "траву, растущую по дорогамъ, для подножнаго корма прогоняемаго скота; владѣльцамъ дачъ, прилегающихъ къ большой дорогѣ, запрещается скашивать и вытравлять траву, растущую на пространствѣ

мѣрной дороги, а дабы прогоняемый скотъ не могъ причинять порчи ихъ полямъ и потравы хлѣбу, то обязаны они свои дачи въ тѣхъ мѣстахъ отъ дороги огородить или обрыть канавами". Это общественное пользованіе травой, растущей по дорогамъ, простиралось до 1867 года еще далѣе: по смыслу ст. 436, проѣзжающіе и прогоняющіе скотъ по большимъ дорогамъ имѣли право пользоваться не только дорожной травой, но въ извѣстное время и лугами по обѣ стороны дороги. Для этой цѣли частные владѣльцы луговъ не должны были запирать ихъ ранѣе Троицына дня, отпирать же могли не позже 1-го сентября. Тоже, если луга уже скошены и хлѣбъ сжатъ съ пашни, - всѣ могли свободно пользоваться ими безъ платы для корма скоту. Но въ 1867 году статья 436 отмѣнена, такъ что общественное пользованіе травой заключено теперь у насъ въ предѣлы приведенной выше ст. 435.

Затѣмъ, ст. 437 устанавливаетъ общественное пользованіе надъ бечевникомъ, т.е. десятисаженной полосой земли по берегамъ сплавныхъ и судоходныхъ рѣкъ, а также озеръ и разливовъ, гдѣ есть судоходство или гонка лѣса и дровъ.

Главное содержаніе правилъ, касающихся пользованія бечевникомъ, таково: онъ состоитъ въ общемъ пользованіи проходящихъ и проѣзжающихъ, такъ что этому пользованію должно уступать пользованіе самого

владѣльца, и если бы отъ заведенiй послѣдняго бечевникъ испортился, то онъ обязанъ исправить его. Бечевникъ служитъ для постройки и починки судовъ, для склада дровъ, выгрузки лѣса, для бечевой тяги судовъ и плотовъ, для подножнаго корма лошадей, служащихъ для тяги, для причала, нагрузки, разгрузки судовъ, для склада товаровъ и снастей, словомъ, для всѣхъ надобностей судоходства, для пристанища рыболововъ и обсушки ихъ снастей. Судопромышленники имѣютъ право устраивать здѣсь временные балаганы для охраненiя клади, но застраивать бечевникъ вообще не дозволяется. Управленiе и надзоръ за бечевникомъ зависитъ отъ управленiя путей сообщенiя, но содержанiе его распредѣлено между казной и мѣстными владѣльцами.

Именно на казнѣ лежитъ обязанность содержать только искусственные бечевники, т.е. нарѣзанные и обдѣланные вдоль искусственныхъ каналовъ; въ населенныхъ мѣстностяхъ содержанiе ихъ лежитъ на попеченiи сихъ мѣстностей; затѣмъ, остальные бечевники содержатся на счетъ земской повинности. Въ городахъ, мѣстечкахъ и торговыхъ селенiяхъ, гдѣ окажется надобность, часть бечевника обращается подъ участки для устройства пристаней, которыя отдаются городскими или сельскими обществами, либо землевладѣльцами въ содержанiе пароходныхъ компанiй. Изъ всѣхъ изложенныхъ постановленiй о бечевникѣ видно ясно, что наше законодательство признаетъ общественное поль-

зованіе не только по отношенію къ праву проѣзда по сухопутнымъ и водянымъ сообщеніямъ |ст. 434 X т. I ч. ст. 82 Уст. Пут. Сообщ.|, но и по отношенію къ ихъ берегамъ на пространствѣ бечевника. Если же наше законодательство устанавливаетъ общественное пользованіе только на судоходныя и сплавныя рѣки, не распространяя его на другія проточныя воды, то въ этомъ слѣдуетъ видѣть большой недостатокъ, объясняемый тѣмъ, что при составленіи его вовсе не были приняты во вниманіе разнообразные интересы промышленности и сельскаго хозяйства, требующіе, какъ это мы увидимъ ниже, при изложеніи ученія о сервитутахъ, безусловнаго исключенія всѣхъ проточныхъ водъ изъ числа объектовъ частной собственности.

д| Далѣе, чрезвычайно интересныя и важныя для института общественнаго пользованія постановленія содержатъ въ себѣ статьи 438, 439 и 440 X т. I. ч. Онѣ налагаютъ на прибрежныхъ владѣльцевъ различныя обязанности, для того, чтобы гарантировать общественное пользованіе водяными путями для всѣхъ и каждаго. Эти обязанности таковы: I| прибрежные собственники не должны на судоходныхъ рѣкахъ строить мельницъ, плотинъ и другихъ перегородокъ, отъ коихъ рѣки засоряются и дѣлаются неудобными къ судовому ходу; 2| они должны допускать проходъ и проѣздъ людямъ, занимающимся подъемомъ рѣчныхъ судовъ; 3| имъ запреща-

ется устраивать черезъ малыя, но судоходныя рѣки мосты на козлахъ, жердяхъ и слабыхъ сваяхъ, но позволяется либо строить черезъ нихъ постоянные мосты, не препятствующіе сплаву бревенъ и дровъ, либо содержать разводные, живые мосты или перевозы; наконецъ, 4| на притокахъ Волги по Вышневолоцкой системѣ сообщенія владѣльцы мельницъ обязаны въ случаѣ мелководья спускать воду по требованію начальства путей сообщенія. Неисполненіе владѣльцами требованій означенныхъ статей законаа влечетъ отвѣтственность ихъ передъ всякимъ третьимъ лицомъ, потерпѣвшимъ убытки отъ неисполненія прибрежными владѣльцами тѣхъ требованій. Эта отвѣтственность передъ всякимъ третьимъ лицомъ вытекаетъ, во I-хъ, изъ общихъ началъ общественнаго пользованія, во 2-хъ, она подтверждается безусловно смысломъ одной изъ наиболѣе общихъ статей I-ой части X тома, а именно 684 статьи, гласящей, что "всякій обязанъ вознаградить за вредъ и убытки, причиненные кому-либо его дѣяніемъ или упущеніемъ, хотя бы сіе дѣяніе или упущеніе и не составляли ни преступленія, ни проступка, если только будетъ доказано, что онъ не былъ принужденъ къ тому требованіями закона или правительства, или необходимою личною обороною, или же стеченіемъ такихъ обстоятельствъ, которыхъ онъ не могъ предотвратить"; и, наконецъ, 3| отвѣтственность прибрежныхъ владѣльцевъ по неисполненію указанныхъ выше требованій закона усилена, сверх

вознагражденія потерпѣвшаго за всѣ понесенные имъ убытки, еще особыми гражданскими наказаніями, постановляемыми 674 и 685 ст. ст. X т. I ч. "Береговой или иной владѣлецъ, который черезъ умышленное истребленіе или поврежденіе мостовъ, или черезъ постановленіе въ рѣкѣ заколовъ или другимъ какимъ-либо способомъ задержитъ слѣдующихъ по сему пути сообщенія промышленниковъ съ товарами, обязанъ заплатить имъ за первые 7 дней задержанія одинъ процентъ съ цѣны провозимыхъ или сплавляемыхъ ими товаровъ, а за каждую слѣдующую затѣмъ недѣлю по полу-проценту съ той же суммы. Но симъ вознагражденіемъ промышленники не лишаются, однако-же, права предъявлять на упомянутаго владѣльца въ установленномъ порядкѣ особые иски объ убыткахъ, понесенныхъ ими отъ задержанія товаровъ" |ст. 674|. "Когда вредъ и убытки суть необходимыя послѣдствія какого-либо устроеннаго отвѣтчиковъ заведенія, мельницы, шлюза, плотины, заставы и т. д. и оное продолжаетъ причинять кому-либо вредъ или убытокъ, или угрожаетъ новыми убытками или вредомъ, - то отвѣтчикъ обязанъ уничтожить устроенное имъ, и буде не исполнитъ сего въ назначенный срокъ, то сіе исполняется полиціей на его счетъ" |ст. 685|.

е| Затѣмъ, нашъ X т. относитъ еще къ праву участія общаго и тотъ случай, когда въ какомъ-нибудь имѣніи находится озеро, въ которомъ рыбная ловля принадлежитъ кому-либо постороннему или оставлена

для вольнаго промысла; въ этомъ случаѣ, какъ и въ предшествующихъ, прибрежные владѣльцы должны оставить при берегахъ 10 саженей для пристанища ловцам и обсушки ихъ снастей" |ст. 441|.

7| Наконецъ, сюда же принадлежитъ и постановленіе ст. 465 X т. I ч., хотя оно помѣщено въ отдѣлѣ "О правѣ угодій въ чужихъ имуществахъ", подъ которымъ нашъ Сводъ разумѣетъ то, что другія законодательства и теорія гражданскаго права называютъ сервитутами. Но довольно прочитать приводимый законъ, чтобы увидѣть, что въ немъ идетъ рѣчь не объ индивидуальномъ правѣ, предполагаемомъ каждымъ сервитутомъ, а объ общественномъ и безвозмездномъ пользованіи продуктами лѣсовъ всѣми желающими. Въ казенныхъ лѣсахъ плоды и сѣмена деревьевъ и кустарниковъ, также трава и другія естественныя произведенія, произрастающія какъ въ самыхъ лѣсахъ, такъ и на ихъ поляхъ, если они не отданы въ оброкъ, или изъ общаго употребленія особеннымъ какимъ-либо запрещеніемъ не изъяты, состоятъ въ свободномъ пользованіи желающихъ токмо съ соблюденіемъ правилъ о неповрежденіи самаго лѣса, въ уставѣ лѣсномъ опредѣленныхъ" |ст. 465|.

Что касается морскихъ береговъ, состоящихъ въ частныхъ владѣльческихъ дачахъ, то наше законодательство не содержитъ въ себѣ прямого постановленія о подчиненіи ихъ общественному пользованію, а судеб-

ная практика, по свидѣтельству Побѣдоносцева, считаетъ права на нихъ береговыхъ владѣльцевъ полнымъ правомъ собственности, такъ какъ приведенныя выше статьи законовъ ограничиваютъ правомъ общаго участія только берега рѣкъ, озеръ, но не морей. Такого же чисто буквальнаго толкованія нашихъ законовъ держится и Побѣдоносцевъ, хотя онъ же приводитъ два спеціальныхъ постановленія нашего законодательства объ Азовскомъ и Каспійскомъ моряхъ. О первомъ изъ нихъ говорится, что "морскіе берега, хотя бы въ соединеніи были съ владѣльческими дачами, принадлежатъ всѣмъ вообще рыболовствомъ на открытомъ морѣ занимающимся, которые могутъ строить на тѣхъ берегахъ для сохраненія своей рыбы, временныя заведенія, и владѣльцы не должны имъ въ томъ препятствовать". Въ Уставѣ же 1865 года о Каспійскихъ рыбныхъ промыслахъ положено, что "на всемъ пространствѣ, предоставленномъ вольному промыслу, берега моря, хотя бы стояли въ частномъ владѣніи, должны оставаться свободными на одну версту для пристанища и заведеній". - Побѣдоносцевъ видитъ въ этихъ постановленіяхъ спеціальные и исключительные законы, не устанавливающіе вовсе общественнаго пользованія на морскіе берега вообще, - но намъ кажется, что означенныя постановленія должно

разсматривать какъ конкретныя проявленія общаго, но не формулированнаго еще закона, цѣлесообразность котораго такъ значительна, что онъ дѣйствуетъ въ жизни независимо отъ того, формулированъ онъ законодательной властью или нѣтъ. Берега моря требуютъ до такой степени повелительно-общественнаго пользованія, что законъ только санкціонируетъ совершившійся фактъ; поэтому-то признаніе этого факта относительно двухъ морей должно быть толкуемо въ смыслѣ не исключенія, а, напротивъ, указанія на общее правило.

Мы разсмотрѣли всѣ случаи, въ которыхъ нашъ законъ признаетъ "право участія общаго", которое нужно строго различать отъ "права участія частнаго" /сервитуты въ нашемъ законѣ/, составляющаго предметъ послѣдующихъ постановленій X т. I ч. /ст. ст. 442- 451/.

Первое есть право общее, безличное, установленное въ пользу всѣхъ безъ изъятія /см. ст. 433/; второе есть особенное индивидуальное право, принадлежащее извѣстному лицу вслѣдствіе извѣстнаго хозяйственнаго отношенія его по землѣ и водѣ, къ сосѣду или другому владѣльцу. Первое можетъ быть защищаемо и возстановляемо не только судебно-гражданскимъ искомъ, но и, кромѣ такого иска, еще административнымъ распоряженіемъ подлежащей власти, дѣйствующей для огражденія общественнаго пользованія. Второе защищается и возстановляется не иначе, какъ

по иску гражданскому, по началамъ частнаго права. Къ первому не могутъ примѣняться понятія о владѣніи и собственности съ ихъ послѣдствіями, такъ какъ предметами общественнаго обладанія пользуются всѣ непрерывно и безразлично, во всякое время и повсюду, - особливаго же владѣнія на нихъ никто не имѣетъ. Къ послѣднему, напротивъ, примѣняются вполнѣ понятія о собственности, владѣніи и всѣхъ ихъ институтовъ. Это различіе часто упускается у насъ изъ виду, и наши мировые судьи, вѣдающіе по закону лишь дѣла о правѣ участія частнаго, принимаютъ къ своему разбирательству безразлично и дѣла о правѣ участія общаго, примѣняя къ нимъ понятія о владѣніи, давности и т. п. Вотъ въ виду такого смѣшенія понятій, мы и настаиваемъ особенно на различіи общественнаго обладанія отъ индивидуальнаго (и скажемъ еще, что къ указаннымъ въ нашемъ X т. случаямъ общественнаго обладанія нужно присоединить необходимо и

4| Всѣ мѣста и зданія, открытыя для публики: храмы, присутственныя мѣста, публичные музеи, библіотеки, площади, улицы, публичные сады и т. п. Безвозмездность пользованія не составляетъ, при этомъ, необходимаго признака общественнаго обладанія, такъ какъ одни изъ его видовъ совершаются безвозмездно, а другіе оплачиваются, какъ напримѣръ, пользованіе нѣкоторыми музеями, мостами, желѣзными дорогами и

проч. Однако, нужно замѣтить, что общественнымъ обладаніемъ, если даже оно оплачивается, управляетъ не принципъ спеціальнаго возмездія за каждое отдѣльное дѣйствіе, какъ мы видимъ это при индивидуальномъ обладаніи, а принципъ общей возмездности, состоящей въ томъ, что оплата пользованія опредѣляется здѣсь не по началу спроса и предложенія, дѣйствующему во всѣхъ индивидуальныхъ экономическихъ отношеніяхъ, а по особенному масштабу, устанавливаемому всякій разъ сообразно съ природой даннаго пользованія и расходами, необходимыми для поддержанія этого пользованія безъ соображенія объ его доходности. Такимъ образомъ, общественное обладаніе даетъ намъ новый примѣръ защиты неимущественныхъ интересовъ въ гражданскомъ правѣ, а все сказанное о немъ, вмѣстѣ съ приведенными положеніями нашего законодательства, кажется, достаточно для обоснованія какъ теоретической, такъ и практической самостоятельности общественнаго пользованія въ ряду другихъ институтовъ вещнаго права.

Переходя теперь къ другой формѣ общественнаго обладанія, а именно - къ общественному обладанію въ формѣ юридическихъ лицъ, мы будемъ здѣсь по упомянутымъ выше мотивамъ, по возможности, кратки.

175/158

Б. ОБЩЕСТВЕННОЕ ОБЛАДАНІЕ ВЪ ФОРМѢ ЮРИДИЧЕСКИХЪ ЛИЦЪ.

Нашъ взглядъ на обладаніе въ формѣ юридическихъ

лицъ, какъ на особый видъ общественнаго обладанія, опирается на новую теорію юридическаго лица, предложенную Герингомъ и принятую нами, потому что она даетъ лучшую конструкцію отношеній, вытекающихъ изъ признанія субъектомъ права тѣхъ коллективныхъ формъ обладанія, которыя были до того времени загадкой для всего міра, не погруженнаго въ тайны юридической мистики. Дѣло состоитъ здѣсь въ слѣдующемъ: въ правѣ всѣхъ народовъ, достигшихъ извѣстной ступени развитія, мы встрѣчаемся на ряду съ физическимъ лицомъ, какъ общепризнаннымъ субъектомъ права, также съ болѣе сложными формами отношеній какъ отдѣльныхъ субъектовъ другъ къ другу, такъ и къ предмету ихъ обладанія. Эти сложныя отношенія представляютъ намъ совокупности лицъ или различныя союзныя формы, не имѣющія, какъ таковыя, физическаго бытія, принадлежащаго лишь отдѣльнымъ, входящимъ въ ихъ составъ - физическимъ лицамъ. Эти совокупности лицъ, если онѣ отвѣчаютъ извѣстнымъ, установленнымъ въ правѣ, требованіямъ, называютъ, обыкновенно, въ отличіе отъ физическаго лица, лицомъ юридическимъ или идеальнымъ, а также - мистическимъ или моральнымъ. Послѣднія названія принадлежатъ, впрочемъ, прошлому и въ современныхъ законодательствахъ встрѣчаются рѣдко |personne morale - во французскомъ кодексѣ|. Терминъ "юридическаго лица" можетъ въ настоящее вре-

мя равсматриваться, какъ общій для всѣхъ союзныхъ формъ, удовлетворяющихъ условіямъ, которыя мы разсмотримъ ниже, ограничиваясь пока замѣчаніемъ, что юридическая конструкція, созданная для этихъ формъ, сложилась подъ вліяніемъ римскаго права времени Юстиніановыхъ сборниковъ. Выработавшаяся къ этому времени теорія союзныхъ формъ была результатомъ продолжительнаго историческаго процесса, завершившагося, съ одной стороны, строемъ абсолютнѣйшаго государства, а съ другой — чисто индивидуалистической конструкціей гражданскихъ правъ. Публичные и гражданскіе элементы юридическихъ отношеній подверглись строгому разграниченію; между государствомъ, — воплощеннымъ сначала въ *populus romanus*, а потомъ — въ суверенномъ *princeps'*ѣ, — и отдѣльнымъ лицомъ не осталось ни одной промежуточной формы, которая сохранила бы самостоятельное значеніе. Союзныя формы, въ которыхъ совершалось отправленіе публичныхъ правъ и обязанностей, зависѣли всецѣло отъ государства, составляли части этого послѣдняго, и къ нимъ не примѣнялось понятіе лица. Но въ гражданскомъ правѣ, представляющемъ собою *jus singulorum*, только отдѣльный и суверенный индивидумъ былъ субъектомъ права. Так.обр. понятіе лица или субъекта права не примѣнялось къ политическимъ союзамъ и покрывалось вполнѣ понятіемъ отдѣльнаго лица только въ гражданскомъ правѣ. Поэтому, союзы лицъ могли быть возведены на сте-

пень субъектовъ гражданскихъ правъ не иначе, какъ искусственнымъ путемъ сравненія ихъ съ отдѣльнымъ физическимъ лицомъ. Это и было сдѣлано чрезъ посредство фикціи, въ силу которой союзы лицъ, не будучи лицомъ, разсматривались такъ, какъ бы они представляли собою отдѣльное физическое лицо. Такимъ образомъ, рядомъ съ дѣйствительнымъ лицомъ, какъ субъектомъ гражданскихъ правъ, были созданы фиксированныя или фиктивныя лица, надѣляемыя государствомъ правоспособностью въ имущественной области и различными привиллегіями. Вотъ фундаментъ, на которомъ римское право воздвигнуло понятіе юридическаго лица и на немъ покоится собственно и современная теорія, прошедшая, однако, въ своемъ развитіи чрезъ нѣсколько послѣдовательныхъ фазъ, изъ которыхъ мы должны указать коротко на самыя важныя. Прежде всего, римское ученіе объ юридическомъ лицѣ было рецепировано средневѣковой итальянской доктриной, воскресившей Юстиніаново право къ новой жизни. Принявъ фикцію юридическаго лица (persona ficta), итальянскіе юристы облекли въ ея форму цѣлый рядъ корпоративныхъ отношеній, отсутствовавшихъ въ римскомъ правѣ, но стоявшихъ въ средніе вѣка совершенно самостоятельно между государствомъ и отдѣльнымъ лицомъ. Въ результатѣ получилось обработанное до тонкости и составленное изъ римскихъ и германскихъ элементовъ ученіе о кор-

поративномъ правѣ, - съ подробностями котораго вы можете ознакомиться по превосходному очерку этого права въ курсѣ Дювернуа и по относящемуся къ этому же предмету классическому сочиненію Гирке - "Das Genossenschaftenrecht". - Затѣмъ, въ XVII и XVIII столѣтіяхъ, подъ вліяніемъ школы "естественнаго права" германскіе элементы этого ученія стали все болѣе и болѣе стираться, и государственный абсолютизмъ, съ одной стороны, стремленіе къ освобожденію индивидума, съ другой, - подготовили разрушеніе средневѣковаго корпоративнаго права, завершенное, главнымъ образомъ, французской революціей 1789 года. Тутъ же выработалась и другая "естественно-правовая"теорія юридическаго лица, которая опиралась на то же римское ученіе и оперировала той же фикціей физическаго лица, но учила, въ то же время, руководствуясь индивидуалистическимъ міросозерцаніемъ и импульсомъ борьбы со старыми и живучими формами корпоративнаго строя, - что юридическое лицо есть только совокупность отдѣльныхъ лицъ, вполнѣ подобная въ силу фикціи физическому лицу. Эта теорія не объясняла потребности, которой отвѣчало такое искусственное созданіе и, утверждая, притомъ, тожественность его съ физическимъ лицомъ, вступала въ область совершенной фантазіи. Кромѣ того, изъ отожествленія юридическаго лица съ физическимъ вытекали консеквенціи, стоящія въ прямомъ противорѣчіи

съ цѣлью, которой союзныя формы служатъ въ жизни. Отсюда слѣдовало, напримѣръ, прекращеніе юридическаго лица со смертью входящихъ въ него физическихъ лицъ, такъ какъ въ этомъ случаѣ не осталось бы субъекта, отсутствіе котораго должно вести необходимо къ прекращенію юридическаго лица, разъ оно приравнивается къ физическому. Между тѣмъ мы знаемъ множество юридическихъ лицъ, которыхъ цѣль выходитъ за предѣлы личности и интересовъ ихъ наличныхъ членовъ и можетъ быть достигнута независимо отъ нихъ лишь въ будущемъ времени, - такъ что временное отсутствіе физическихъ лицъ не прекращаетъ, какъ это мы увидимъ ниже, а только пріостанавливаетъ дѣятельность такихъ союзовъ, которые немедленно и снова вступаютъ въ жизнь, какъ скоро появляются новые члены. Другимъ практическимъ послѣдствіемъ той же теоріи отожествленія юридическаго лица съ физическимъ было отрицаніе какихъ бы то ни было правъ за отдѣльными членами юридическаго лица, которое создается, между тѣмъ, и существуетъ для своихъ же членовъ и въ ихъ интересахъ, противорѣча такимъ образомъ признанію ихъ положенія безправнымъ. Эти и подобныя этимъ послѣдствія, вытекавшія изъ крайне формалистическаго отношенія старой теоріи къ юридическому лицу, вызвали противъ нея въ теченіе нынѣшняго столѣтія реакцію,

переставившую центръ тяжести вопроса отъ аналогіи съ физическимъ лицомъ на цѣль, которой служитъ юридическое лицо въ жизни. Въ такой перестановкѣ вопроса заключалось несомнѣнное преимущество новаго взгляда, впавшаго, однако, въ другую крайность вслѣдствіе своего метафизическаго отношенія къ понятію цѣли, въ которомъ лежалъ, между тѣмъ, ключъ къ разрѣшенію всѣхъ затрудненій. Такъ, напримѣръ, исходящая отъ Савиньи, построенная на источникахъ римскаго права и господствующая до сихъ поръ теорія юридическаго лица видитъ въ немъ прямое олицетвореніе цѣли, которой оно предназначено служить, - какъ будто эта цѣль, сама по себѣ, можетъ дѣйствовать, пріобрѣтать имущества и считаться чѣмъ-либо инымъ, кромѣ мотива объединяющаго людей въ томъ или другомъ союзѣ или учрежденіи.

Кромѣ того, теорію Савиньи, равно какъ и большинство существующихъ теорій юридическаго лица, можно упрекнуть въ смѣшеніи понятія лица, - нераздѣльно связаннаго съ качествами физическаго лица, - съ неимѣющимъ ничего общаго съ этимъ понятіемъ противоположеніемъ между индивидуальными и коллективными формами обладанія, - а еще болѣе - въ излишнемъ довѣріи къ фикціямъ, которыми, какъ это было уже показано нами въ общей части курса, нельзя ничего ни объяснить, ни даже конструировать. Это послѣднее соображеніе, признанное теперь очень большимъ числомъ юристовъ,

заставляетъ ихъ или считать юридическія лица не фиктивными, а дѣйствительно существующими и обладающими реальнымъ бытіемъ субъектами права, вполнѣ отличными, въ то же время, отъ составляющихъ ихъ физическихъ лицъ, — или совсѣмъ отказываться отъ понятія юридическаго лица, объявляемаго, при этомъ, безполезнымъ и подлежащимъ замѣнѣ другими — болѣе соотвѣтствующими логикѣ и дѣйствительнымъ потребностямъ жизни-понятіями. Первое изъ этихъ направленій, представленное въ цивилистической литературѣ германистами, а въ ихъ главѣ — Безелеромъ и современнымъ намъ Гирке, едва-ли заслуживаетъ обсужденія, такъ какъ признаніе за коллективными соединеніями реальнаго бытія, реальной живни и реальной воли, отличныхъ отъ реальнаго бытія и воли, составляющихъ эти соединенія единицъ, есть чисто метафизическое представленіе, лишенное опоры какъ въ дѣйствительности, такъ и въ логическомъ мышленіи. Что касается другого направленія, совсѣмъ отвергающаго юридическое лицо, то мы оставимъ также безъ разсмотрѣнія и попытку воскресить старую "естественно-правовую" теорію |Sokolowsky, Roguin —, expression abrégée pour les combinaisons d'hommes| и попытку замѣнить понятіе юридическаго лица понятіями "роли лица" |Rönlan| или "безличнаго центра интересовъ" |Karlowa|, и остановимся нѣкоторое время на интересной теоріи недавно умершаго Бринца, имѣющаго заслуженную репутацію одного изъ крупнѣйшихъ и остроумнѣйшихъ романистовъ новаго времени. Отвер-

гая въ принципѣ юридическое лицо, Бринцъ ставитъ на его мѣсто безсубъектное "цѣлевое имущество" |Zweckvermögen|, характеризуя его принадлежностью не "кому-нибудь", а "для чего-нибудь" и утверждая признаніе этого имущества объективнымъ въ качествѣ иного вида имущества, существующаго рядомъ съ имуществомъ, принадлежащимъ лицу. Не допуская такимъ образомъ олицетворенія ни цѣли, ни отвлеченнаго единства многихъ лицъ, Бринцъ не избѣгаетъ, однако, олицетворенія самаго имущества, посвященнаго той или другой цѣли, называя именно поэтому юридическое лицо "цѣлевымъ имуществомъ" |Zweckvermögen|. Но съ этой точки врѣнія остается необъясненной связь субъекта права съ его имуществомъ. Если олицетвореніе относится только къ имуществу, то какъ понять, что кто-то, не будучи ни единичнымъ лицомъ, ни совокупностью единичныхъ лицъ, можетъ тѣмъ не менѣе распоряжаться даннымъ имуществомъ? Мы имѣли бы въ этомъ случаѣ имущество безъ управомоченнаго субъекта и субъекта безъ принадлежащаго ему имущества. Съ равнымъ правомъ можно было бы отдѣлить и физическое лицо отъ его имущества, возведя послѣднее въ особый субъектъ права, - такъ какъ и это имущество служитъ цѣлямъ своего субъекта. Но, кромѣ указанной логической ошибки, теорію Бринца можно упрекнуть еще въ двухъ другихъ существенныхъ недостаткахъ. Во I-хъ, она можетъ быть примѣнена съ нѣкоторыми натяжками лишь къ одному виду юридическихъ лицъ, а именно, къ тѣмъ на-

зываемымъ учрежденіямъ, въ которыхъ имущественный моментъ выступаетъ, дѣйствительно, на первомъ мѣстѣ, - но другая, несравненно болѣе значительная группа юридическихъ лицъ, а именно - корпораціи вовсе не подходятъ подъ Бринцевское "цѣлевое имущество". Мы увидимъ, что имущественный моментъ стоитъ въ корпораціи часто на второмъ мѣстѣ, не играя въ ней существенной роли и служа только средствомъ для достиженія совсѣмъ не имущественныхъ цѣлей. Во 2-хъ, теорія Бринца, равно какъ и теорія Савиньи, упускаютъ изъ виду то, что цѣль юридическаго лица въ ея конечномъ результатѣ заключается въ служеніи цѣлямъ отдѣльныхъ, составляющихъ его, физическихъ лицъ, безъ которыхъ нельзя мыслить ни понятія субъекта права, ни понятія юридическаго лица. Весь аппаратъ послѣдняго существуетъ не самъ для себя, не для того искусственнаго созданія, которое именуется юридическимъ лицомъ, а для отдѣльныхъ его членовъ и преслѣдуемыхъ ими при этомъ цѣлей. Вотъ гдѣ лежитъ существеннѣйшій моментъ понятія юридическаго лица, моментъ, указанный Іерингомъ, и никакъ не допускающій замѣны его ни моментомъ имущества, ни моментомъ олицетворенной, но безжизненной цѣли - въ томъ видѣ, какъ она выступаетъ въ теоріи Савиньи. Не смотря, однако, на указанные недостатки, теорія Бринца сдѣлала очень много для уясненія и правильной постановки вопроса объ юридическомъ лицѣ. Вліяніе ея было прежде всего

отрицательное, такъ какъ Бринцъ смѣялъ жестоко всѣ выставленныя до него теоріи юридическаго лица и произвелъ въ нѣмецкой литературѣ чистый скандалъ даннымъ имъ юридическому лицу эпитетомъ "птичьяго пугала" (Vogelscheuche), которое "могло бы быть, по его словамъ, съ такимъ же правомъ отнесено къ разряду птицъ, съ какимъ юридическое лицо относятъ къ разряду лицъ". Затѣмъ, устранивъ часто практикуемое смѣшеніе юридическихъ лицъ съ юридическими фикціями, Бринцъ указалъ и на источникъ этого смѣшенія въ склонности человѣка къ олицетвореніямъ какъ явленій внѣшняго міра, такъ и отвлеченныхъ понятій, — въ склонности, которая проявляется далеко за предѣлами и въ области миѳологіи, и въ животномъ эпосѣ, и въ религіи, и въ языкѣ, пользующемся часто метафорами, въ родѣ слѣдующихъ: общественное мнѣніе одержало побѣду, торговля пробила себѣ новые пути и т.д. Наконецъ, существеннѣйшая заслуга Бринца состоитъ въ выясненіи момента цѣли въ понятіи юридическаго лица и въ практическомъ направленіи, которое приняла вслѣдствіе этого послѣдующая работа юридической мысли, давшая намъ теорію Іеринга, къ изложенію которой мы теперь и приступимъ.

Іерингъ начинаетъ свое разсужденіе объ юридическомъ лицѣ опредѣленіемъ его положенія въ гражданскомъ обществѣ, среди интересовъ и цѣлей этого общества, — начинаетъ, слѣдовательно, опредѣленіемъ со-

ціальнаго значенія юридическаго лица. Основаніе и существо человѣческой жизни заключается, по Іерингу, въ совмѣстной жизни людей, въ жизни черезъ другихъ и для другихъ, и поэтому, въ то же время, и въ жизни для себя. Совершенная форма этой жизни есть гражданское общество, представляющее собою восполненіе одного существованія существованіемъ другихъ людей, споспѣшествованіе цѣлей одного существованія цѣлямъ существованія другихъ. Это взаимное споспѣшествованіе всѣхъ цѣлей человѣческаго существованія совершается въ двухъ главныхъ формахъ. I. Индивидуальныя дѣйствія-А получаетъ то, чего емунедостаетъ, отъ В или безвозмездно, т.е., не совершая съ своей стороны никакого взаимнаго дѣйствія, или возмездно, т.е. отдавая что-нибудь взамѣнъ полученнаго, или совершая какое-нибудь взаимное дѣйствіе въ пользу В. Къ первому ряду дѣйствій принадлежатъ: дареніе, безпроцентный заемъ, безвозмездное оказаніе услугъ |commodatum, depositum, mandatum, negot. gestio| и другія сдѣлки, не имѣющія въ гражданскомъ оборотѣ большого значенія и ограниченныя, по преимуществу, областью личныхъ и дружескихъ сношній. Гораздо важнѣе роль возмездныхъ или онерозныхъ сдѣлокъ, основанныхъ на обмѣнѣ вещей или дѣйствій, при чемъ каждый имѣетъ въ виду свой интересъ, свою цѣль, но, дѣйствуя для себя, каждый содѣйствуетъ

здѣсь, въ тоже время, достиженію цѣли другого. На этомъ совпаденіи интересовъ, проявляющемся въ каждомъ отдѣльномъ обмѣнѣ вещей и услугъ, на этомъ сосуществованіи равнородныхъ цѣлей - основанъ почти весь нашъ гражданскій оборотъ. 2. Другая основная форма споспѣшествованія чужимъ цѣлямъ при преслѣдованіи собственныхъ, или преслѣдованія собственной цѣли при способствованіи чужой, есть ассоціація, представляющая собою соединеніе многихъ лицъ для достиженія какой-либо общей имъ всѣмъ цѣли. Это соединеніе основывается, естественно, на болѣе легкомъ или болѣе обезпеченномъ достиженіи одной цѣли общими усиліями, когда достиженіе этой цѣли выходитъ за предѣлы силъ отдѣльнаго лица. На этой мысли основана жизнь людей въ общественномъ союзѣ и существованіе массы другихъ ассоціацій, начиная отъ всевозможныхъ товариществъ, артелей, обществъ и другихъ низшихъ формъ общенія, и кончая самыми высшими - церковью и государствомъ. Въ наше время эта ассоціаціонная форма получаетъ особенно важное значеніе, которое ростетъ съ каждымъ днемъ, такъ какъ ассоціаціи преслѣдуютъ теперь множество цѣлей, которыя достигались прежде государствомъ или считались вовсе недостижимыми. Въ юридическомъ же строеніи ассоціаціи необходимо отличать двѣ строго отличныя одна отъ другой формы: a| Societas , или товари-

щество, вмѣстѣ съ соотвѣтствующей ему при внѣ-договорныхъ отношеніяхъ формой communio и б| юридическое лицо, вмѣстѣ съ его подраздѣленіемъ на корпораціи и учрежденія.

Societas основана на принципѣ исключительности индивидуальныхъ правъ. Каждый Socius имѣетъ свое право для себя и исключаетъ по отношенію къ нему всѣхъ другихъ Socios. Сущность Societas, или товарищества, заключается, какъ это мы увидимъ въ теоріи обязательственнаго права, именно въ томъ, что каждый участникъ является не только внутри товарищества, но и во всѣхъ сношеніяхъ послѣдняго съ внѣшнимъ міромъ, съ третьими лицами - самостоятельнымъ субъектомъ права, участвующимъ лично или черезъ представительство во всѣхъ юридическихъ дѣйствіяхъ товарищества. Личная и имущественная связь, соединяющая между собою товарищей, такъ сильна, что ни одно распоряженіе, ни одна сдѣлка товарищества не считается обязательной для его членовъ, если только они впередъ не даютъ на нее своего согласія единогласно и не участвуютъ, такимъ образомъ, лично или черезъ представительство при самомъ совершеніи сдѣлки. Отсюда уже видна практическая непримѣнимость формы товарищества къ предпріятіямъ, требующимъ по своей

идеѣ соединенія большаго числа лицъ. Начала единогласія и самостоятельности товарищей по отношенію къ третьимъ лицамъ заранѣе парализовали бы успѣхъ этихъ предпріятій. Это несовершенство формы товарищества и вызываетъ необходимо созданіе юридическаго лица, вся техническая структура котораго разсчитана именно на то, чтобы исправить указанный выше недостатокъ товарищества, замѣняя множественность послѣдняго созданіемъ одного искусственнаго лица, выступающаго во внѣшнемъ мірѣ единственнымъ носителемъ правъ и обязанностей всѣхъ составляющихъ его физическихъ лицъ. Мы видимъ здѣсь только юридическій аппаратъ для практическаго упрощенія той же цѣли, которой служитъ и товарищество, т.е. объединеніе многихъ лицъ въ виду достиженія общей цѣли. Ближайшимъ средствомъ для осуществленія этой цѣли было бы назначеніе одного физическаго лица, вмѣсто массы членовъ societas, съ предоставленіемъ ему относительно третьихъ лицъ правъ и обязанностей всего товарищества. Это - римская фидуціарная форма съ исключительною цѣлью представительства, которая и въ настоящее время встрѣчается часто въ практикѣ товарищескихъ отношеній. Но пользованіе физическимъ лицомъ, какъ суррогатомъ юридическаго лица, имѣетъ большія неудобства, состоящія въ несбезпеченности, непрочности, неувѣренности третьихъ лицъ относитель-

но того, что они имѣютъ дѣло съ дѣйствительнымъ представителемъ товарищества, не выходящимъ за предѣлы своего полномочія. Наличность полномочія есть здѣсь условіе дѣйствительности всѣхъ дѣйствій представителя, а такъ какъ это полномочіе можетъ быть ежеминутно отмѣнено каждымъ изъ многихъ членовъ товарищества - безъ того, чтобы третьи лица извѣщались о такой отмѣнѣ, - то понятно, какому риску подвергаются эти послѣднія въ своихъ сношеніяхъ съ представителемъ товарищества, и какъ этотъ рискъ долженъ ограничивать примѣненіе настоящей формы въ гражданскомъ оборотѣ. Вотъ почему фидуціарное представительство не можетъ удовлетворять всѣмъ потребностямъ гражданскаго оборота, для котораго созданіе искусственнаго юридическаго лица, стоящаго независимо отъ представляемыхъ имъ физическихъ лицъ и концентрирующаго въ себѣ всю совокупность ихъ правъ и обязанностей, есть незамѣнимая форма удовлетворенія многихъ потребностей, которыя безъ этой формы остались бы совершенно неудовлетворенными. Въ теоріи юридическаго лица различаютъ обыкновенно двѣ формы его, изъ которыхъ одна называется universitas personarum, или корпораціей, а другая - universitas bonorum, или учрежденіемъ [pia causa]. Различіе этихъ формъ состоитъ въ подробностяхъ организаціи, съ которыми мы познакомимся ниже; но руководящій принципъ

и юридическая структура той и другой формы - одна и тѣ же. И такъ, и здѣсь юридическое лицо служитъ цѣлямъ своихъ настоящихъ и будущихъ членовъ, которыхъ Іерингъ называетъ "дестинатерами права", - такъ что юридическое лицо является только формальнымъ носителемъ права, а дестинатерами или настоящими матеріальными субъектами права, - пользующимися его практическими результатами, - выступаютъ въ обоихъ случаяхъ отдѣльныя физическія лица. Существенное, однако, различіе между корпораціей и учрежденіемъ заключается въ томъ, что субстратомъ или основаніемъ, на которомъ строится юридическое лицо, служатъ въ корпораціи физическія лица, которыя объединяются въ одномъ юридическомъ лицѣ, а въ учрежденіи этимъ субстратомъ является имущество, которое только персонифицируется для лучшаго удовлетворенія той цѣли, которой оно предназначено служить |Брин-цевское Zweckvermögen|. Разберемъ вкратцѣ существенныя черты и главные виды той и другой формы юридическаго лица.

КОРПОРАЦІИ суть соединенія лицъ для достиженія какой-либо продолжающейся цѣли имущественными средствами. Анализируя это опредѣленіе, мы видимъ прежде всего, что основаніемъ корпорацій служатъ лица, къ которымъ имущество привходитъ лишь въ видѣ вторичнаго момента, не имѣющаго для нихъ установительнаго характера, - такъ что корпорація, надѣленная при своемъ установленіи имущественной способностью, но не

обладающая еще никакимъ имуществомъ, есть тѣмъ не менѣе уже юридическое лицо, которымъ оно дѣлается не съ момента дѣйствительнаго пріобрѣтенія, а съ момента пріобрѣтенія способности вступать въ имущественныя отношенія. Такое преобладаніе въ корпораціи личнаго элемента надъ имущественнымъ объясняется тѣмъ, что мы имѣемъ здѣсь дѣло не только съ обладаніемъ имущественныхъ правъ, но и съ такой дѣятельностью, которая можетъ выходить и за предѣлы чисто-имущественныхъ отношеній. ~~Корпорація есть, прежде~~ имущественныхъ отношеній. Корпорація есть, прежде всего, союзъ и единство лицъ въ преслѣдуемой ими цѣли, а потомъ уже - имущественное отношеніе, имѣющее значеніе простого средства для достиженія цѣли корпораціи. Эта цѣль можетъ быть различна, и существенно лишь то, чтобы она была бы длящейся, продолжающейся, - такъ какъ при преходящихъ цѣляхъ, достигаемыхъ однимъ какимъ-либо дѣйствіемъ въ моментъ его совершенія, организація юридическаго лица не служила бы ни къ чему. Организація эта и характеризующія ее юридическія отношенія состоятъ въ слѣдующемъ: 1. Внутреннія отношенія членовъ корпораціи между собою регулируются закономъ или статутомъ корпораціи. Господствующій взглядъ, не признающій за членами корпораціи никакихъ правъ, стоитъ на исключительно-формальной точкѣ зрѣнія и сводитъ отношенія корпораціи къ внѣшнему міру, въ которыхъ она выступаетъ дѣйствительно независимо отъ своихъ членовъ, съ ихъ

внутренними отношеніями между собою, въ которыхъ отдѣльные члены корпораціи, какъ дестинатеры ея права, какъ лица, ради которыхъ корпорація только и функціонируетъ въ жизни, являются полноправными субъектами ея правъ и обязанностей. Но права членовъ корпораціи отличаются рѣзко отъ обыкновенныхъ индивидуальныхъ правъ той чертой, что они не исключительны, не эксклюзивны, какъ эти послѣднія, а принадлежатъ каждому члену корпораціи сообща съ другими и защищаются поэтому исками, основанными на аналогіи съ римской actio popularis. Допустимъ, напримѣръ, что члену клуба, признаннаго юридическимъ лицомъ, мѣшаютъ осуществлять его права, основанныя на уставѣ или статутѣ клуба, мѣшаютъ, напримѣръ, пользоваться клубной библіотекой. Онъ будетъ имѣть въ этомъ случаѣ искъ, построенный на аналогіи popularis actio, какъ будетъ имѣть въ другихъ случаяхъ и иньюріарные иски, когда нарушеніе его статутнаго права приметъ форму оскорбленія личности, injuria, и можетъ, поэтому, преслѣдоваться и иньюріарнымъ искомъ. Отъ этихъ исковъ, основанныхъ на статутномъ правѣ, нужно отличать, однако, тѣ притязанія членовъ корпораціи, которыя имѣютъ свой источникъ въ договорахъ и другихъ сдѣлкахъ, заключаемыхъ ими другъ съ другомъ или корпораціей, какъ съ единымъ цѣлымъ. Эти притязанія будутъ имѣть свое основаніе

стѣснена только общимъ правомъ или спеціальными законами, которые ограничиваютъ пріобрѣтеніе юридическихъ лицъ или завѣщанія въ пользу всѣхъ или нѣкоторыхъ изъ ихъ видовъ, какъ, напримѣръ, церкви, или требуютъ для этихъ пріобрѣтеній и завѣщаній особаго соизволенія государственной власти. Правда, что наслѣдованіе по закону юридическихъ лицъ признается въ весьма ограниченномъ объемѣ, а именно оно признается относительно лишь вымороченныхъ имуществъ его бывшихъ членовъ, но завѣщательное право здѣсь гораздо шире. Въ римскомъ правѣ всѣ юридическія лица пользовались неограниченнымъ правомъ пріобрѣтенія по отказамъ или легатамъ, но право быть назначеннымъ наслѣдникомъ чего-либо имущества принадлежало только нѣкоторымъ юридическимъ лицамъ, получившимъ особую привилегію на пользованіе этимъ правомъ. Однако, уже средневѣковое германское право подъ вліяніемъ церкви отмѣнило это ограниченіе, и всѣ новыя законодательства признаютъ теперь за юридическими лицами неограниченное право наслѣдованія по завѣщанію, за исключеніемъ лишь тѣхъ случаевъ, въ которыхъ спеціальные законы ограничиваютъ это право по отношенію къ тѣмъ или другимъ видамъ юридическаго лица. Эта имущественная правоспособность юридическаго лица дополняется его процессуальною правоспособностью, которая дѣйствуетъ какъ въ активномъ, такъ и въ пассивномъ направленіи, т.е. заключаетъ въ себѣ какъ

рѣ самостоятельнымъ субъектомъ права, слѣдуетъ выводъ, что для дѣятельности корпорацiи совершенно безразлично, кто въ данный моментъ состоитъ ея членами, и сколько вообще остается этихъ членовъ. Корпорацiя есть союзъ лицъ, составъ которыхъ не ограниченъ настоящимъ временемъ: она существуетъ часто въ интересахъ будущихъ поколѣнiй, и временное отсутствiе лицъ въ такихъ корпорацiяхъ не прекращаетъ, а только пріостанавливаетъ ихъ дѣятельность, возобновляющуюся со вступленiемъ въ нихъ новаго состава лицъ. Но какъ велика правоспособность юридическаго лица, на какiя права она распространяется? Семейное право, равно какъ и всѣ другiя отношенiя, которыя мыслятся не иначе, какъ при условiи чисто физическаго существованiя и исключительно индивидуальнаго обладанiя, поэтому уже исключаются изъ области правоспособности юридическаго лица. Сюда не подходитъ, однако, право личности, разъ оно признается, какъ самостоятельное право, въ которомъ нельзя отказать и корпорацiи, какъ въ формѣ права принимать въ свой составъ новыхъ членовъ для продолженiя своего существованiя, если это не запрещено корпорацiи ея спецiальнымъ статутомъ, такъ и въ формѣ права преслѣдовать наносимыя ей оскорбленiя. Здѣсь нужно, однако, отличать, съ одной стороны, оскорбленiя, наносимыя отдѣльнымъ членамъ корпорацiи, противъ кото-

рыхъ они имѣютъ свои обыкновенные личные иски, и оскорбленія, касающіяся самой корпораціи, противъ которыхъ она необходимо должна быть ограждена, такъ какъ эти оскорбленія могутъ затрогивать не только ея имущественные интересы, но также стѣснять и уничтожать возможность достиженія ея цѣли и согласной съ послѣдней дѣятельности. Съ другой стороны, нужно отличать отъ защиты юридическаго лица противъ оскорбленій - возможность нанесенія оскорбленій и совершенія другихъ преступленій и деликтовъ со стороны самого юридическаго лица. Этотъ вопросъ, можетъ ли юридическое лицо совершать деликты и преступленія, считается до сихъ поръ спорнымъ, хотя, по нашему мнѣнію, онъ долженъ быть безусловно разрѣшенъ въ отрицательномъ смыслѣ, такъ какъ совершеніе деликтовъ не только не лежитъ въ цѣли юридическаго лица, но и прямо противорѣчитъ его понятію. Преступленіе можетъ быть совершено нѣкоторыми или даже всѣми составляющими юридическое лицо членами, но не самимъ юридическимъ лицомъ, какъ таковымъ, созданнымъ для спеціальной цѣли облегченія оборота съ третьими лицами, цѣли, не имѣющей съ совершеніемъ преступленій ничего общаго и даже отрицающей въ своемъ понятіи возможность такихъ дѣйствій. Въ рѣшеніи римскаго юриста, приводимомъ въ пользу противнаго мнѣнія, populus берется въ значеніи не юридическаго лица, а массы или совокупности составляющихъ его физическихъ

лицъ. Напротивъ, равъ юридическое лицо обогатилось вслѣдствіе совершеннаго преступленія, получило незаконный приростъ къ своему имуществу, оно обязано выдать это обогащеніе потерпѣвшему лицу, которое можетъ, такимъ образомъ, предъявить въ данномъ случаѣ къ юридическому лицу condictio sine causa или actio in rem verso . Продолжая далѣе анализъ правоспособности юридическаго лица, мы видимъ, что настоящая область этой правоспособности, имѣющая для юридическаго лица наибольшее значеніе, есть имущественное право, которымъ многіе юристы даже и ограничиваютъ всю его правоспособность. Имущество есть средство для достиженія цѣли юридическаго лица, по отношенію къ которой признаніе однихъ правъ личности было бы весьма недостаточно. Поэтому, имущественная правоспособность есть условіе самого существованія юридическаго лица, которое и вызвано къ жизни въ области гражданскаго права, главнымъ образомъ, потребностью въ созданіи искусственнаго субъекта для тѣхъ имущественныхъ правъ, субъектомъ которыхъ по отношенію къ внѣшнему міру неудобно было признать отдѣльныхъ физическихъ лицъ. Вотъ почему имущественная правоспособность юридическаго лица считается неограниченной, особенно, въ области вещнаго и обязательственнаго права, а также - наслѣдственнаго, насколько эта правоспособность не

въ частныхъ, а не въ корпоративныхъ правахъ, и должны поэтому обсуждаться на основаніи общихъ положеній договорнаго, а не спеціальныхъ положеній статутнаго права. Переходя теперь къ 2 - внѣшнимъ отношеніямъ корпораціи, мы должны сказать, что съ этой стороны, т.е. со стороны отношеній къ третьимъ лицамъ, юридическое лицо является всегда, каковы бы ни были внутреннія отношенія его членовъ между собою, единственнымъ носителемъ всѣхъ ихъ правъ и обязанностей. Отдѣльные члены юридическаго лица по отношенію къ внѣшнему міру не имѣютъ ни правъ, ни обязанностей, въ чемъ слѣдуетъ видѣть существеннѣйшее отличіе юридическаго лица отъ *societas*. Но между корпораціей въ ея цѣломъ и ея отдѣльными членами возможны вполнѣ особенныя юридическія отношенія, какъ напримѣръ, установленіе сервитута, обязательствъ и т. д. Если члены корпораціи изъ своего участія въ ней извлекаютъ какія-нибудь имущественныя выгоды, и эти выгоды составляютъ вмѣстѣ съ тѣмъ единственное основаніе существованія корпораціи, то требованія такихъ выгодъ со стороны членовъ корпораціи будутъ вполнѣ законными. Но существуютъ другія корпораціи, члены которыхъ не имѣютъ въ нихъ вовсе имущественнаго интереса и не могутъ поэтому требовать отъ нихъ никакихъ имущественныхъ выгодъ въ свою пользу. Изъ того же, что юридическое лицо выступаетъ въ внѣшнемъ мі-

право иска, такъ и обязанность отвѣта. Подсудность опредѣляется, при этомъ, учредительнымъ актомъ или статутомъ юридическаго лица, а исполненіе по взысканіямъ возможно только реальное, т.е. имущественное, такъ какъ о личной экзекуціи по отношенію къ юридическому лицу не можетъ быть рѣчи. Взыскатель можетъ указать, при этомъ, на все или на часть имущества юридическаго лица и требовать съ него удовлетворенія, а отдѣльные члены отвѣчаютъ тутъ обыкновенно не лично, а своими вкладами или взносами, которые могутъ быть вытребованы и за прошедшее время, если они не внесены. Существу юридическаго лица не противорѣчитъ, однако, и то, если на основаніи устава корпораціи или закона, въ силу котораго она существуетъ, члены ея отвѣчаютъ in subsidium и своимъ имуществомъ за всю корпорацію, какъ это бываетъ при нѣкоторыхъ видахъ промышленныхъ ассоціацій. Во всякомъ случаѣ, изъ сказаннаго уже видно, что вмѣстѣ съ правоспособностью, за юридическимъ лицомъ должна быть необходимо признана и дѣеспособность, т.е. способность совершать юридическія дѣйствія, сопровождающіяся тѣми или другими признанными правомъ послѣдствіями, - такъ какъ иначе правоспособность юридическаго лица осталась бы безъ своего необходимаго коррелата, и всѣ корпораціи были бы прямо лишены возможности достигать своихъ цѣлей. Не говоря о дѣеспособности юридическаго лица, не нужно

забывать, что это послѣднее, какъ чисто искусственное созданіе, можетъ совершать тѣ или другія дѣйствія не само по себѣ, а лишь чрезъ посредство своихъ органовъ, одаренныхъ волею, какъ необходимымъ условіемъ всякаго человѣческаго дѣйствія. Воля этихъ органовъ принимается за волю самого юридическаго лица и составляется изъ рѣшеній тѣхъ лицъ, которымъ поручается веденіе дѣлъ той или другой корпораціи или того или другого учрежденія. Эти лица могутъ быть или совокупностью всѣхъ членовъ юридическаго лица, - это - самая несовершенная форма - universitas nordinata - или отдѣльными его членами и коммиссіей этихъ членовъ - universitas ordinata. Этихъ представителей юридическихъ лицъ не слѣдуетъ смѣшивать съ простыми исполнителями его воли, которые только передаютъ эту волю, какъ напримѣръ посыльные, и исполняютъ ту же функцію, какая отправляется письмомъ или акустической трубой, тогда какъ органы юридическаго лица суть не только исполнители, но и самостоятельные рѣшающіе дѣятели. Какія лица бываютъ такими органами и въ какомъ порядкѣ совершается ихъ дѣятельность, это зависитъ отъ установительнаго акта юридическаго лица, который основывается или на законѣ, или на волѣ учредителя, или на автономіи, предоставленной самой корпораціи |статуты|.

Но дѣятельность органовъ юридическихъ лицъ и ихъ свобода воли далеко не такъ неограниченны, какъ

область воли частнаго лица. Эта область относительно юридическаго лица не имѣетъ абсолютнаго бытія и существуетъ ради той только цѣли, которую преслѣдуетъ данная ассоціація. Вотъ почему все, что выходитъ за предѣлы цѣли юридическаго лица не считается юридически дѣйствіемъ этого послѣдняго. Это положеніе чрезвычайно важно не только въ юридическомъ, но и въ законодательномъ отношеніи, что обнаруживается, во 1-хъ, съ точки зрѣнія государственнаго интереса, которому можетъ соотвѣтствовать лишь данная цѣль юридическаго лица, тогда какъ дѣйствія, выходящія за предѣлы этой цѣли, могутъ быть прямо вредными; во 2-хъ, съ точки зрѣнія интересовъ членовъ юридическаго лица, которые отдали свое имущество для одной цѣли, а не для другой; въ 3-хъ, съ точки зрѣнія будущихъ поколѣній, которыя могутъ быть заинтересованы въ томъ, чтобы средства юридическаго лица были употреблены на опредѣленную цѣль; и въ 4-хъ, съ точки зрѣнія интересовъ кредиторовъ юридическаго лица, которые могутъ также пострадать отъ обращенія имущества юридическаго лица на постороннія его цѣли надобности. На соображеніи всѣхъ этихъ интересовъ и основывается указанное выше ограниченіе въ дѣятельности юридическаго лица, ограниченіе, отъ котораго свободно одно только изъ всѣхъ существующихъ юридическихъ лицъ, это - государство. Но внутри указан-

ныхъ границъ, юридическое лицо имѣетъ право устанавливать само правила для своей дѣятельности, оно обладаетъ правомъ автономіи, которое римское право признавало за нимъ безусловно. Въ наше время это право значительно ограничено, и измѣненія въ статутахъ юридическаго лица, раздѣленіе его имущества и нѣкоторыя другія рѣшенія поставлены теперь въ зависимость отъ соизволенія государственной власти.

Переходя отсюда къ вопросу о возникновеніи и прекращеніи юридическаго лица, мы должны сказать, что относительно корпорацій юриспруденція далеко еще не выработала единодушнаго возврѣнія на то, считать ли достаточнымъ для возникновенія ихъ согласное рѣшеніе составляющихъ корпорацію членовъ или требовать для этого еще признанія со стороны государства. Старая теорія отрицала совсѣмъ возникновеніе юридическаго лица съ корпоративными правами безъ спеціальнаго акта признанія его государственной властью, но новый и господствующій нынѣ въ теоріи взглядъ считаетъ независимо отъ государственнаго признанія юридическимъ лицомъ всякое собраніе лицъ, постановляющихъ рѣшеніе о томъ, что субъектомъ ихъ соединеннаго и имѣющаго быть впослѣдствіи пріобрѣтеннымъ имущества будутъ не они, а ихъ идеальное единство. Мѣста источниковъ, говорящія о государственномъ признаніи, этотъ взглядъ относятъ къ простому полицей-

скому контролю, который послѣдующая практика смѣшала, какъ будто, съ законодательнымъ признаніемъ, и приходитъ, такимъ образомъ, къ выводу, что корпораціи устанавливаются волей составляющихъ ихъ лицъ, волей, къ которой простое полицейское удостовѣреніе привходитъ только въ видѣ второстепеннаго и несущественнаго момента. Этотъ взглядъ впадаетъ, очевидно, въ противоположную по отношенію къ старой теоріи, крайность, такъ какъ, если послѣдняя грѣшила противъ исторической истины, свидѣтельствующей о самостоятельномъ возникновеніи многихъ корпорацій, какъ, напримѣръ, общины, церкви и т. д., и забывала также о корпораціяхъ, возникающихъ на основаніи какого-либо абстрактнаго положенія права, на основаніи общаго закона, а не спеціальнаго всякій разъ признанія со стороны государственной власти, - то и новый взглядъ противорѣчитъ, какъ это справедливо замѣчаетъ Іерингъ, обычному праву, выразившемуся въ судебной практикѣ и требовавшему всегда утвержденія корпораціи государственной властью, противорѣчитъ,-далѣе,-постановленіямъ почти всѣхъ новыхъ законодательствъ, выставляющихъ требованіе такого же утвержденія, и оказывается, наконецъ, неправильнымъ вообще, какъ съ законодательной, такъ и съ практической точки врѣнія. Если корпораціи способствуютъ, съ одной стороны, цѣлямъ общественной жизни, и мо-

гутъ быть очень полезны, то, съ другой, онѣ могутъ быть и очень вредны. Все зависитъ здѣсь отъ цѣли корпораціи, которая должна быть изслѣдована предварительно ея разрѣшенія, такъ какъ только при этомъ условіи общество воспользуется всѣми благими послѣдствіями института корпорацій и избѣгнетъ ея опасныхъ послѣдствій. Независимо отъ этой чисто законодательной точки зрѣнія, новая теорія стоитъ въ противорѣчіи съ потребностями гражданскаго оборота, нуждающагося въ твердомъ критеріи для того, чтобы распознать, когда простое собраніе лицъ или товарищество перестаетъ быть таковымъ и дѣлается юридическимъ лицомъ. Рѣшеніе отдѣльныхъ лицъ можетъ быть ими же отмѣнено, оно постановляется негласно и не даетъ вообще такого критерія; государственное же признаніе даетъ его, и потому прежній взглядъ, требовавшій этого признанія для возникновенія корпорацій, заслуживаетъ предпочтенія передъ новымъ взглядомъ, какъ съ законодательной, такъ и съ практической точки зрѣнія. Этотъ взглядъ требуетъ только исправленія въ смыслѣ признанія возможнымъ возникновенія корпорацій въ силу существующихъ уже аб-

---

страктныхъ положенiй права, и потому мы имѣемъ право сказать, опираясь на предшествующее изложенiе, что возникновенiе корпорацiй можетъ основываться или на абстрактномъ положенiи права |законѣ| или на индивидуальномъ признанiи государственной власти.

Какъ теперь прекращается юридическое лицо? Здѣсь возможны нѣсколько случаевъ: I| прекращенiе юридическаго лица волей государственной власти по политическимъ и другимъ соображенiямъ, не касающимся гражданскаго права. Такое прекращенiе, всегда возможное, заключаетъ въ себѣ нападенiе на существующее отношенiе, на прiобрѣтенное право; оно можетъ быть произвольно, но юристы не въ состоянiи сдѣлать здѣсь ничего. 2| Прекращенiе юридическаго лица волею его отдѣльныхъ членовъ признается одними юристами возможнымъ |старая теорiя| другими - нѣтъ |новый взглядъ|, но въ обоихъ случаяхъ - безъ достаточнаго основанiя, что происходитъ отъ того, что никто, кромѣ Iеринга, не дѣлаетъ въ этомъ вопросѣ различiя между различными видами юридическихъ лицъ, для которыхъ должно быть постановлено и отдѣльное рѣшенiе. Существуютъ юридическiя лица, служащiя исключительно частнымъ интересамъ своихъ членовъ. Понятно, что, если эти послѣднiе находятъ для себя выгоднымъ оставить предпрiятiе, возникшее въ виду чисто эгоистическихъ цѣлей, то право, принявшее подъ свою

защиту эти цѣли, не можетъ не признать дѣйствительнымъ рѣшенія членовъ такого юридическаго лица о его прекращеніи. Признаніе подобнаго рѣшенія недѣйствительнымъ въ примѣненіи къ этимъ ассоціаціямъ было бы совершенно безполезнымъ и безцѣльнымъ стѣсненіемъ личности; оно служило бы въ то же время важнымъ препятствіемъ къ образованію ассоціацій, въ развитіи которыхъ заинтересованы всѣ общества. Поэтому-то нельзя указать ни на одно законодательство, которое отказывало бы членамъ торговыхъ, акціонерныхъ и другихъ чисто хозяйственныхъ обществъ въ правѣ прекращать свою дѣятельность, когда они найдутъ это выгоднымъ для себя. Совсѣмъ другое мы видимъ въ ассоціаціяхъ, преслѣдующихъ альтруистическія цѣли. При установленіи ихъ имѣются въ виду не личные интересы ихъ установителей и не какія бы то ни было эгоистическія цѣли, а интересы общественной жизни, науки, искусства, счастія другихъ людей. Отдѣльныя лица, входящія въ составъ такихъ юридическихъ лицъ, и ихъ интересы, какъ таковые, не играютъ тутъ никакой роли, или, лучше сказать, они получаютъ значеніе лишь настолько, насколько въ нихъ выражается цѣль юридическаго лица, покрывающая собою всѣ интересы его членовъ. Альтруистическія ассоціаціи отличаются вообще безличнымъ характеромъ, и такъ какъ цѣли ихъ захватываютъ обыкновенно интересы грядущихъ по-

колѣній, распоряжаться которыми не въ правѣ настоящіе субъекты ассоціацій, то, очевидно, послѣдніе не могутъ даже силой единогласнаго рѣшенія прекратить существованіе юридическаго лица, преслѣдующаго альтруистическую цѣль. Это право можетъ быть признано только за государствомъ, какъ за высшей альтруистической ассоціаціей, заключающей въ себѣ всѣ остальныя и призванной судить о пользѣ и вредѣ, которые можетъ принесть ей та или другая ассоціація. 3| Прекращеніе юридическаго лица за выбытіемъ его членовъ принимается почти всѣми юристами, хотя оно прямо противорѣчитъ никѣмъ болѣе неоспариваемому построенію юридическаго лица на моментѣ цѣли и признанію его идеальнымъ субъектомъ права, стоящимъ независимо отъ своихъ членовъ. Отсюда слѣдовало бы само собою и признаніе юридическаго лица существующимъ, не смотря на временное отсутствіе его членовъ, такъ какъ, если цѣль юридическаго лица еще не достигнута, но можетъ быть достигнута въ будущемъ, то дѣятельность его въ этомъ случаѣ нужно бы считать только пріостановленной во времени, но не прекратившейся; здѣсь юридическое лицо можетъ служить еще своей цѣли, на подобіе *hereditas jacens*, и снова вступить въ жизнь, какъ скоро появятся новыя лица. Этого взгляда держится Іерингъ, и онъ вытекаетъ логически изъ признанія существеннаго значенія въ поня-

тіи юридическаго лица за моментомъ цѣли. Мы же скажемъ опять, что такой взглядъ можно считать правильнымъ лишь относительно юридическихъ лицъ альтруистическаго типа, такъ какъ цѣль этихъ только ассоціацій дѣйствительно возвышается надъ интересами ихъ настоящихъ членовъ, вполнѣ поглощая послѣдніе. Цѣль эгоистическихъ ассоціацій исчерпывается, напротивъ, интересами ихъ настоящихъ членовъ; отсутствіе физическихъ субъектовъ указываетъ здѣсь прямо на отсутствіе интереса и прекращеніе цѣли ассоціаціи. Понятно, поэтому, что выбытіе всѣхъ членовъ будетъ имѣть въ этомъ случаѣ другое значеніе, чѣмъ въ альтруистическихъ ассоціаціяхъ и должно быть равносильно уничтоженію юридическаго лица. 4| Прекращеніе юридическаго лица по устанавливаемому надъ нимъ конкурсу, о которомъ говорятъ до сихъ поръ нѣкоторые юристы, такъ же неправильно, какъ если бы мы стали говорить объ уничтоженіи юридической личности физическаго лица въ силу того же конкурса. Если съ потерей имущества въ этомъ послѣднемъ случаѣ не связывается вовсе потери личности, то и юридическое лицо прекращалось бы вмѣстѣ съ конкурсомъ въ томъ только случаѣ, если бы оно было исключительно имущественнымъ отношеніемъ, или Брінцевскимъ Zweckvermögen'омъ, если бы имущество было его единственнымъ субстратомъ. Но разъ мы знаемъ, что корпораціи суть прежде всего

союзы лицъ, объединенныхъ въ преслѣдуемыхъ ими цѣляхъ, и что они могутъ существовать временно и безъ имущества ради тѣхъ же цѣлей, то мы не можемъ естественно признать за конкурсомъ и силы событія, способнаго прекратить существованіе корпораціи. б| Прекращеніе юридическаго лица за исчезновеніемъ его цѣли есть уже безспорный и наиболѣе общій способъ прекращенія юридическихъ лицъ, такъ какъ преслѣдованіе опредѣленной цѣли составляетъ условіе существованія всѣхъ юридическихъ лицъ, и потому естественно, что съ отпаденіемъ цѣли продолженіе юридическаго лица дѣлается невозможнымъ. Здѣсь государству дается часто поводъ регулировать отношенія, оставшіяся послѣ прекратившагося юридическаго лица, и субституировать или замѣнять тамъ, гдѣ это возможно, прекратившееся юридическое лицо другимъ, преслѣдующимъ какую-либо другую цѣль, но непремѣнно родственную съ тою цѣлью, которая сдѣлалась невозможной. Въ этомъ пунктѣ мы затрогиваемъ вопросъ о судьбѣ имущества юридическаго лица послѣ его прекращенія, вопросъ, который тоже остается до сихъ поръ спорнымъ и разрѣшается вообще чрезвычайно неудовлетворительно. Одни юристы утверждаютъ, что имущество юридическаго лица обращается въ пользу его членовъ, если юридическое лицо прекращено актовъ государственной власти или рѣшеніемъ его членовъ. Дру-

гіе говорятъ, что имущество юридическаго лица, послѣ его прекращенія должно разсматриваться, какъ вымороченное, какъ bona vacantia и доставаться государству, которое удовлетворяетъ изъ него кредиторовъ юридическаго лица, если таковые оказываются. Члены юридическаго лица вступаютъ въ обладаніе его имуществомъ, по этой теоріи, лишь въ томъ случаѣ, если раздѣлъ имущества предшествуетъ прекращенію юридическаго лица, потому что, не будучи субъектами права до прекращенія юридическаго лица, члены его не могутъ сдѣлаться такими субъектами и пріобрѣсти какія бы то ни было права на имущество юридическаго лица и послѣ его прекращенія. Нѣкоторое исправленіе этой теоріи заключаетъ въ себѣ замѣчаніе Виндшейда, который требуетъ для дѣйствительности раздѣла имущества, производимаго членами юридическаго лица, соизволенія государственной власти, когда это имущество предназначено служить не однимъ частнымъ интересамъ членовъ юридическаго лица. Но какъ поправка Виндшейда, такъ и теоріи, къ которымъ она относится, страдаютъ одинаково ложной постановкой вопроса, такъ какъ рѣшеніе судьбы имущества юридическаго лица должно зависѣть не отъ способа его прекращенія и не отъ того, предшествовалъ или нѣтъ раздѣлъ имущества прекращенію юридическаго лица, равно какъ и не отъ соизволенія государственной власти, а исключительно

отъ цѣли, которой служитъ то или другое юридическое лицо. Если эта цѣль эгоистическая, то соображенія, которыя мы можемъ не повторять, заставляютъ насъ думать, что имущество юридическаго лица должно поступать въ пользу его бывшихъ членовъ, все равно, распорядились ли они впередъ о раздѣлѣ имущества или потребовали свои доли послѣ прекращенія юридическаго лица. Если же юридическое лицо преслѣдуетъ какую либо альтруистическую цѣль, то члены его не имѣютъ никакихъ правъ къ имуществу, служащему лишь средствомъ для достиженія вовсе неимущественныхъ цѣлей. Поэтому, имущество такого юридическаго лица, послѣ прекращенія послѣдняго, должно поступить государству, которое обращаетъ его на другія общеполезныя цѣли или предоставляетъ пользованіе имъ бывшимъ членамъ этого юридическаго лица, не имѣющимъ, однако, права требовать отъ государства такого пользованія, такъ какъ у нихъ не было никогда относительно этого имущества никакихъ личныхъ правъ.

Намъ остается теперь сказать нѣсколько словъ о важнѣйшихъ видахъ и историческомъ процессѣ развитія права корпорацій. Говорить подробно объ этихъ видахъ корпорацій мы не будемъ, такъ какъ подобное изложеніе, составляющее вдобавокъ предметъ особаго корпоративнаго права, завело бы насъ слишкомъ далеко. Мы ограничимся поэтому простымъ указаніемъ на важнѣйшія формы корпорацій и на существеннѣйшіе мо-

менты въ ихъ историческомъ развитіи. О важности этого различія корпорацій по ихъ видамъ мы могли судить уже по предшествующему изложенію, показавшему намъ то, какъ сильно видоизмѣняется рѣшеніе многихъ вопросовъ, касающихся теоріи юридическаго лица, какъ напримѣръ, вопроса объ его прекращеніи, о судьбѣ имущества и т. д., смотря по тому, будемъ-ли мы имѣть въ виду юридическія лица съ эгоистическимъ или съ альтруистическимъ характеромъ. Съ этимъ различіемъ юридическихъ лицъ, основаннымъ, главнымъ образомъ, на различіи мотивовъ ихъ возникновенія, связано, отчасти, хотя и не вполнѣ совпадаетъ съ нимъ, дѣленіе юридическихъ лицъ, по различію ихъ цѣли, на публичныя и частныя. Къ разряду первыхъ принадлежатъ: государство, церковь, различныя самостоятельныя части государственнаго и церковнаго управленія, какъ напримѣръ, министерства, приходы, затѣмъ, различныя политическія общины, такія научныя организаціи,какъ университеты и академіи, промышленныя организаціи, подобныя цехамъ, и другія учрежденія, имѣющія свой источникъ въ публичномъ правѣ, но входящія и въ область гражданскаго права, насколько они выступаютъ въ гражданскомъ оборотѣ въ своей имущественной оболочкѣ, въ своей имущественной правоспособности, а также въ формѣ и неимущественныхъ отношеній, охраняемыхъ только по началу личной иниціативы въ поряд-

кѣ гражданскаго, а не публичнаго процесса. Къ разряду частныхъ юридическихъ лицъ, принадлежащихъ уже цѣликомъ гражданскому праву, относятся: всякія собранія лицъ и учрежденія, преслѣдующія частныя цѣли ихъ установителей, какъ напримѣръ, всевозможныя торговыя и промышленныя общества, надѣленныя правами юридическаго лица, а также различныя ученыя, музыкальныя, увеселительныя и т. п. общественныя собранія, пользующіяся положеніемъ юридическаго лица, т.е. правомъ дѣйствовать во внѣшнемъ мірѣ въ качествѣ единства, отличнаго отъ отдѣльныхъ, составляющихъ его членовъ. - Въ порядкѣ исторической послѣдовательности, публичныя корпораціи предшествовали частнымъ и, хотя существо и юридическая конструкція ихъ выяснены только въ новое время, онѣ не составляютъ тѣмъ не менѣе его созданія и относятся по своему происхожденію къ сѣдой старинѣ, отличавшей уже, если и не безъ нѣкоторыхъ колебаній, политическія и религіозныя общины, въ смыслѣ единства, какъ отъ отдѣльныхъ ихъ членовъ, такъ и отъ органовъ, которыми онѣ управлялись.

По отношенію къ церкви и связаннымъ съ нею учрежденіямъ, возведеніе ихъ въ юридическое лицо посредствомъ олицетворенія облегчалось тѣмъ, что субъектомъ права и собственникомъ всѣхъ ихъ имуществъ провозглашалось имя Святого, которому былъ посвященъ

тотъ или другой монастырь, то или другое учрежденіе. Поэтому, понятіе юридическаго лица рѣшительно выступаетъ въ каноническомъ правѣ уже съ XI вѣка, когда церковь и церковныя учрежденія начинаютъ уже разсматриваться, какъ самостоятельныя лица, которымъ принадлежитъ все церковное имущество, что не мѣшаетъ, однако, неустановившемуся языку понятій этого времени называть часто здѣсь субъектами права и лицъ, входящихъ въ церковное управленіе, какъ напримѣръ, епископовъ, настоятелей, монаховъ и т. д. | Gierke, Das Genossenschaftsrecht; Stobbe, Handbuch, |

Что касается государства, то не смотря на патримоніальный отпечатокъ, который оно носило въ среднія вѣка, юристы этого времени все-таки понимали, что король или какое-нибудь другое владѣтельное лицо не есть государство, и что имущество государства должно быть отличено отъ имущества его главы. Конечно, правительственныя дѣйствія этого послѣдняго, вслѣдствіе условій общественнаго строя, разсматривались часто, какъ его частныя дѣйствія, не имѣвшія безусловно-обязательной силы для его преемниковъ, почему и установился обычай, по которому каждое владѣтельное лицо предъ вступленіемъ на престолъ утверждало особымъ актомъ всѣ прежнія привилегіи, пожалованія и другія правительственныя распоряженія своихъ предшественниковъ и признавало также особо принятыя

имъ на себя обязательства. Но, съ другой стороны, существовало убѣжденiе, что отвѣтственность за долги главы государства лежитъ на всѣхъ его подданныхъ, которые и отвѣчали за эти долги своимъ имуществомъ, если не могли привести въ свою пользу особыхъ привилегiй, освобождавшихъ ихъ отъ подобной отвѣтственности |Stobbe, zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts|. Въ этой совокупной отвѣтственности за государственные долги выражалась, хотя и не совсѣмъ опредѣленно, идея о государствѣ, какъ о высшемъ единствѣ всѣхъ составляющихъ его лицъ, и проявленiе этой же идеи, только въ низшихъ союзахъ и въ меньшихъ кругахъ лицъ, мы встрѣчаемъ и въ средневѣковыхъ общинахъ. Сознанiе различiя между городской и сельской общиной, съ одной стороны, и отдѣльными ихъ членами и органами управленiя, - съ другой, было всеобщимъ, но разрѣшенiе многихъ вопросовъ общинной жизни сопровождалось и здѣсь постоянными колебанiями. Такъ, напримѣръ, вопросъ о томъ, кто отвѣчаетъ за общинные долги, общинное-ли имущество или отдѣльные члены общины, разрѣшался обыкновенно въ смыслѣ первой альтернативы, хотя нѣкоторыя общины привлекали еще къ отдѣльной отвѣтственности членовъ общиннаго управленiя |ратмановъ|, участвовавшихъ въ заключенiи долга, и предоставляли имъ, при этомъ, обязывать, вмѣстѣ съ со-

бою, и отдѣльныхъ членовъ общины. Преступленія, совершенныя противъ общины, должны были возмѣщаться всей общинѣ, и въ актахъ общиннаго управленія свидѣтельствовался нерѣдко и взглядъ такого рода, что имущество общины принадлежитъ всѣмъ ея членамъ, которые и должны всѣ вмѣстѣ участвовать во всѣхъ ея распоряженіяхъ. Точнаго различія между множественностью лицъ и ихъ единствомъ средніе вѣка, конечно, не выработали, но что они вполнѣ сознавали единство церкви, государства и общины, это видно достаточно уже изъ предшествующаго изложенія, которое указываетъ и на то, что сознаніе этого единства должно было быть одновременнымъ съ образованіемъ соотвѣтствующихъ ему отношеній въ области государственной, церковной и общинной жизни, а вовсе не было навязано имъ новымъ временемъ, въ видѣ искусственнаго продукта юриспруденціи. Рядомъ съ указанными выше единствами, основанными на территоріальныхъ и церковныхъ интересахъ, въ средніе вѣка выступила еще масса другихъ союзовъ, всевозможныхъ гильдій, цеховъ и братствъ, преслѣдовавшихъ самыя разнообразныя соціальныя цѣли. Они имѣли часто обширную юрисдикцію надъ своими членами и сами давали себѣ статуты, которыми регулировали свою внутреннюю организацію, управленіе своимъ имуществомъ, вопросы о правѣ членства, о правахъ отдѣльныхъ лицъ и т. д. Такъ, напримѣръ, ремесленники и купцы слагались въ особенные цехи и гильдіи, промышленники устраивали ассоціацію капита-

ла, уменьшающую рискъ каждаго отдѣльнаго предпринимателя и представляющую собою зародышевую форму нынѣшнихъ акціонерныхъ обществъ |компаніи для разработки горныхъ, соляныхъ и другихъ промысловъ|; члены другихъ сословій - рыцарство, духовенство, городской патриціатъ соединялись въ другіе союзы и такимъ образомъ все средневѣковое общество распредѣлялось по союзамъ, которые охраняли энергично личность своихъ членовъ и достигали почти всѣхъ цѣлей ихъ существованія, предполагающихъ теперь во многихъ случаяхъ дѣятельность государственной власти. Всѣ эти союзы возникли помимо государства, которое часто относилось къ нимъ даже очень враждебно, запрещая, но безъ успѣха, ассоціаціи, образовавшіяся помимо его согласія, такъ что о согласіи государства по отношенію къ возникновенію средневѣковыхъ общественныхъ союзовъ можно говорить лишь въ смыслѣ извѣстной и, притомъ, вынужденной обстоятельствами терпимости, а вовсе не въ смыслѣ настоящаго согласія. Полицейское государство новаго времени установило надъ ассоціаціями болѣе строгій контроль, не допуская болѣе ихъ образованія, какія бы цѣли не имѣлись, при этомъ, въ виду, иначе какъ съ согласія государственной власти. Наконецъ, новѣйшее время стало опять благопріятнѣе ассоціаціямъ, дозволяя ихъ свободное возникновеніе въ предѣлахъ закономъ установленныхъ нормъ, такъ что теперь возникаетъ ежечастно въ силу закона и безъ

спеціальнаго каждый разъ разрѣшенія государственной власти безчисленное множество ассоціацій самой различной организаціи и съ самыми многообразными цѣлями. Отъ средневѣковыхъ обществъ эти ассоціаціи отличаются, главнымъ образомъ, той чертой, что тамъ играла большую роль индивидуальность члена того или другого общества, здѣсь же она не играетъ никакой роли и покрывается всецѣло преслѣдуемой ассоціаціей цѣлью. Средневѣковые общественные союзы составлялись изъ лицъ, жившихъ въ одномъ мѣстѣ или принадлежавшихъ къ одному и тому же сословію; поэтому, права членовъ этихъ союзовъ были строго личными, сословными и непереносимыми правами. Въ ассоціаціяхъ новаго времени, напротивъ, соціальная и индивидуальная личность ихъ членовъ не имѣетъ большаго значенія: члены ассоціацій принимаются въ разсчетъ лишь настолько, насколько они содѣйствуютъ своими имущественными вкладами и другими видами дѣятельности цѣли ассоціаціи, которая остается открытой для всѣхъ, такъ что право членства, въ противоположность среднимъ вѣкамъ, теперь совершенно свободно и во многихъ случаяхъ даже переносимо, если только особенности цѣли той или другой ассоціаціи не соединяютъ принадлежности къ ней съ обладаніемъ какими нибудь опредѣленными свойствами, напримѣръ, требованіемъ извѣстнаго умственнаго ценза для участія въ ученыхъ обществахъ. Другое от-

личіе новыхъ ассоціацій отъ прежнихъ носитъ формальный характеръ и состоитъ въ большей юридической опредѣленности первыхъ сравнительно съ послѣдними, такъ какъ среднимъ вѣкамъ, какъ мы уже говорили объ этомъ, было чуждо стремленіе къ научной точности, къ тонкостямъ юридическихъ конструкцій и къ проведенію строгаго различія между множественностью участвующихъ въ ассоціаціи лицъ и составленнымъ изъ нихъ единствомъ, въ смыслѣ самостоятельнаго субъекта права. Тогда довольствовались тѣмъ, что обсуждали юридическія отношенія ассоціаціи на основаніи нормъ, установленныхъ при ея возникновеніи, не ставя, при этомъ, никакихъ общихъ положеній и не задаваясь вовсе вопросами конструкціи. Новая юриспруденція обнаружила, напротивъ, большую склонность къ тому, чтобы обнять своими юридическими категоріями все разнообразіе формъ, представляемыхъ жизнью, и потому уже она чувствовала необходимость въ точномъ установленіи понятія юридическаго лица и въ разграниченіи, на основаніи признаковъ этого понятія, различныхъ видовъ ассоціацій, изъ которыхъ однѣ оказались принадлежащими къ области корпорацій и учрежденій, а другія - къ разряду - *societas* и *communio*. Этимъ мы окончимъ общее изложеніе ученія о корпораціяхъ и перейдемъ къ столь же общему очерку ученія объ учрежденіяхъ.)

У ч р е ж д е н і е м ъ /Stiftung/ называется въ широкомъ смыслѣ посвященіе имущества на какую-нибудь опредѣленную цѣль, - но въ тѣсномъ и настоящемъ смыслѣ этого слова подъ учрежденіемъ разумѣется лишь такое посвященіе имущества на какую-нибудь опредѣленную, длящуюся цѣль, которымъ создается, въ то же время, самостоятельное юридическое лицо, выступающее во внѣшнемъ мірѣ такъ же независимо отъ своихъ дестинаторовъ, какъ и корпорація. Отсюда слѣдуетъ отличіе настоящихъ учрежденій отъ имущественныхъ пожертвованій въ пользу существующихъ уже юридическихъ лицъ, какъ напримѣръ, въ пользу той или другой общины, церкви, университета. Пожертвованіе поступаетъ въ послѣднемъ случаѣ въ собственность даннаго юридическаго лица, подъ условіемъ употребленія его согласно сдѣланному назначенію и, увеличивая тогда имущество уже существующаго юридическаго лица, это пожертвованіе не создаетъ, во всякомъ случаѣ, новаго субъекта права, - тогда какъ говоря объ учрежденіяхъ въ техническомъ смыслѣ, мы имѣемъ всегда въ виду новое юридическое лицо, которое образуется вслѣдствіе обращенія имущества на ту или другую опредѣленную даннымъ учредительнымъ актомъ цѣль. Изъ сказаннаго вы-

текаетъ и различіе учрежденія отъ корпораціи: субстратъ корпораціи есть, какъ мы знаемъ, лицо, а субстратомъ учрежденія служитъ исключительно имущество, персонифицируемое для согласнаго съ его цѣлью употребленія и являющееся, такимъ образомъ, главнымъ и первичнымъ моментомъ понятія учрежденія, которое, въ противоположность тому, что мы видѣли при корпораціи, не можетъ быть мыслимо безъ имущества. Но не нужно забывать, что и здѣсь, какъ въ корпораціи, свойства юридическаго лица связываются съ учрежденіемъ только формальнымъ образомъ и только въ интересѣ крѣпости организаціи и облегченія оборота съ третьими лицами, тогда какъ матеріальнымъ субъектомъ или дестинатеромъ права является и по отношенію къ учрежденіямъ все общество или опредѣленныя категоріи лицъ этого общества, если установительный актъ учрежденія соединяетъ пользованіе его услугами съ какими-нибудь условіями, удовлетворить коимъ могутъ не всѣ, а лишь нѣкоторыя лица, какъ напримѣръ, вдовы, инвалиды, сироты, нуждающіеся литераторы и т. д. Различіе въ этомъ отношеніи между корпораціей и учрежденіемъ состоитъ не въ принципѣ, а въ частностяхъ положенія дестинатеровъ права, которое, т.е. это положеніе отличается въ корпораціи гораздо большей самостоятельностью, нежели въ учрежденіи. Тамъ, т.е.

въ корпораціи, положеніе активно и длящееся: члены корпораціи постановляютъ рѣшенія или поручаютъ постановленія ихъ другимъ лицамъ, выбираютъ сами себѣ представителей и т. д. Въ учрежденіяхъ, наоборотъ, отношенія къ нимъ членовъ совершенно пассивны и ограничены только временемъ, въ которое они пользуются этими учрежденіями: они не принимаютъ участія въ ихъ управленіи, не постановляютъ никакихъ рѣшеній и пользуются только выгодами отъ учрежденія, которое устанавливается, управляется независимо отъ нихъ и содержится на средства государства, общества или пожертвованій своихъ частныхъ установителей. Отъ даренія въ смыслѣ индивидуальнаго дѣйствія, учрежденіе отличается тѣмъ, что оно направляется не на опредѣленное лицо, имѣетъ цѣлью одарить, сдѣлать доброе дѣло не для одного какого-либо лица, а для неопредѣленной массы лицъ, заключенныхъ во всемъ обществѣ, или для нѣкоторыхъ категорій лицъ этого общества |Соотвѣтственныя индивидуальныя дѣйствія, обращенныя на неопредѣленное лицо, представляютъ римское *jactus missilium* милостыня, бросаемая въ толпу - въ ряду альтруистическихъ дѣйствій, - и сдѣлка, которую нѣмцы называютъ *Aus-Lobung* , - публичное обязательство, даваемое, напримѣръ, чрезъ газеты, въ томъ, что будетъ выплачена извѣстная сумма тому, кто выполнитъ условленное дѣйствіе, - въ группѣ

эгоистическихъ дѣйствій. Мы познакомимся съ этими институтами въ теоріи обязательственнаго права|.

Такой же характеръ служенія имущества неопредѣленному лицу носитъ и *hereditas jacens*, причисляемая часто, но безъ достаточнаго основанія къ группѣ *Universitas bonorum* |учрежденій|. Отличіе этого института отъ учрежденія состоитъ, во I-хъ, въ томъ, что служеніе имущества неопредѣленному лицу тамъ преходящее, прекращающееся съ появленіемъ наслѣдника, а не длящееся, какъ въ учрежденіи; во 2-хъ, имущество служитъ тамъ не обществу и не какой-либо общественной группѣ, а лишь возможному наслѣднику,- почему *hereditas jacens* и не относится вовсе ни къ юридическимъ лицамъ, ни къ тому альтруистическому ряду дѣйствій, къ которому принадлежатъ учрежденія. Точно также учрежденія отличаются и отъ другихъ дарственныхъ актовъ, состоящихъ въ преходящихъ дѣйствіяхъ, съ совершеніемъ которыхъ дареніе завершается |милостыня, *jactus missilium*|; оно отличается отъ этихъ актовъ своимъ длящимся характеромъ. Поэтому, всякое учрежденіе предполагаетъ непремѣнно постоянное имущество, съ доходовъ котораго поддерживается его цѣль. Величина этого имущества не ограничивается какой-нибудь опредѣленной нормой, но имущество должно быть, во всякомъ случаѣ, достаточныхъ размѣровъ для того, чтобы покрывать содержаніе всего

сложнаго аппарата учрежденія. Цѣль его не можетъ не быть длящейся и спеціально допустимой, такъ какъ, съ одной стороны, не было бы нужды создавать новое юридическое лицо для такой цѣли, которая была бы легко достижима въ какой-нибудь опредѣленный моментъ времени, а съ другой - право покровительствуетъ только цѣлямъ полезнымъ, а не всякимъ цѣлямъ безъ различія. Эта цѣль ограничивалась первоначально одной благотворительностью, откуда произошло и римское названіе учрежденій, сохранившееся до сихъ поръ во всѣхъ учебникахъ пандективнаго права: *pia causa, pium corpus*. Но римская юриспруденція классическаго періода знала только несамостоятельныя учрежденія, т.е. имущественныя пожертвованія, дѣлаемыя въ пользу уже существующихъ и признанныхъ юридическими лицъ; самостоятельныя учрежденія, въ смыслѣ особыхъ субъектовъ права, ей были неизвѣстны. Первое установленіе ихъ принадлежитъ императору Траяну и, далѣе, они распространяются благодаря, главнымъ образомъ, вліянію христіанства, которое, можно сказать, дебютировало въ области права институтомъ учрежденій и наложило на него сразу свою печать. Вотъ почему учрежденія были направлены сначала на однѣ благотворительныя и религіозныя цѣли, и вотъ почему также юриспруденція отрицала долго ихъ самостоятельность, полагая,

что, разъ учрежденія состоятъ подъ надзоромъ и управленіемъ церкви, они составляютъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, и часть церковной собственности. Такова была точка зрѣнія римскаго и каноническаго права, но со времени реформаціи попеченіе о бѣдныхъ и другія благотворительныя учрежденія были отдѣлены во многихъ странахъ отъ церкви, и тогда образовались многочисленныя независимыя отъ церкви, а слѣдовательно, и самостоятельныя благотворительныя учрежденія, получившія тѣ же привиллегіи, какими пользовались римскія *piae causae*. Кромѣ того, форма учрежденій стала употребляться впослѣдствіи не только для благотворительныхъ, но и для цѣлей образованія, науки, развитія эстетическихъ чувствъ, такъ что въ настоящее время мы видимъ всюду, рядомъ съ разнообразнѣйшими учрежденіями для бѣдныхъ, больныхъ, вдовъ, старцевъ, незаконнорожденныхъ и т. д., столь же многочисленныя установленія публичныхъ музеевъ, картинныхъ галлерей, безплатныхъ школъ, стипендій и т. п. Понятно, что эти учрежденія не совпадаютъ уже съ римской *pia causa*, и въ самостоятельности ихъ никто болѣе не сомнѣвается.)

Для возникновенія учрежденія, какъ юридическаго лица, воля его установителя признается вообще недостаточной и господствующее теперь мнѣніе требуетъ совершенно основательно еще согласія государ-

ства на возведеніе даннаго имущественнаго пожертвованія на степень самостоятельнаго субъекта правъ. Въ прежнее время это согласіе на открытіе церквей, монастырей и различныхъ благотворительныхъ учрежденій давалось церковью, какъ высшей ассоціаціей, стоявшей надъ всѣми этими учрежденіями, но съ выдѣленіемъ ихъ изъ подвѣдомственности церкви теперь одно государство призвано судить о томъ, можетъ ли быть довволено, съ точки зрѣнія общихъ интересовъ, то или другое учрежденіе, достаточно-ли посвящено средствъ для осуществленія его цѣли, соотвѣтствуетъ-ли проектируемая организація учрежденія достиженію его цѣли, или не слишкомъ-ли большая масса имуществъ обращается въ, такъ называемый, капиталъ мертвой руки и т. д. Для правильнаго разрѣшенія этихъ вопросовъ государству долженъ быть доставленъ весь необходимый матеріалъ, т.е. оно должно быть всякій разъ извѣщаемо о цѣли учрежденія, объ его предполагаемой организаціи и размѣрахъ предоставляемаго ему имущества. Многіе юристы, какъ напримѣръ, Пухта, Виндшейдъ, Безелеръ, Бринцъ и друг., отрицаютъ необходимость для учрежденій въ такомъ государственномъ утвержденіи; но сверхъ приведенныхъ политическихъ и хозяйственныхъ соображеній въ пользу такого утвержденія, - соображеній, которыми нельзя пренебрегать, если мы не хотимъ до-

пустить вредныхъ для государства учрежденій, - названные выше юристы упускаютъ изъ виду и чисто цивилистическія соображенія. Эти соображенія состоятъ, во 1-хъ, въ томъ, что однимъ частнымъ лицамъ не можетъ быть предоставлено созданіе новыхъ субъектовъ и, во 2-хъ, что утвержденіе государства въ дѣлѣ возникновенія учрежденій не только не вредитъ имъ, но прямо обезпечиваетъ ихъ существованіе, такъ какъ государство заставляетъ жертвователя заботиться объ имуществѣ, посвященномъ данной цѣли, и вообще не только не препятствуетъ, но и содѣйствуетъ достиженію той же цѣли. Поэтому-то всѣ новыя законодательства и требуютъ для каждаго учрежденія специальнаго всякій разъ государственнаго утвержденія.

Спорнымъ до послѣдняго времени былъ и слѣдующій вопросъ: можно ли оставить завѣщаніе въ пользу только что создаваемаго этимъ завѣщаніемъ учрежденія? Этотъ вопросъ возникъ со времени пожертвованія однимъ франкфуртскимъ купцомъ большого капитала на устройство музея во Франкфуртѣ. Музей до сихъ поръ не существовалъ и долженъ былъ возникнуть на специально пожертвованныя для того деньги. Формальная юриспруденція отвѣтила на поставленный вопросъ отрицательно, выходя изъ того извѣстнаго положенія римскаго права, по которому назначеніе наслѣдника можетъ относиться только къ существующему уже лицу, которое должно быть въ моментъ составленія завѣща-

нія или рождено, или, по крайней мѣрѣ, концепировано, зачато въ утробѣ матери. Но законодательный мотивъ этого положенія, состоящій въ томъ, что имущество должно принадлежать настоящему, а не будущему, переходитъ непосредственно отъ умершаго къ живому - не можетъ имѣть примѣненія къ учрежденіямъ, которыя служатъ цѣлямъ и интересамъ какъ настоящихъ, такъ и грядущихъ поколѣній. Вотъ почему аналогія приведеннаго выше постановленія римскаго наслѣдственнаго права съ установленіемъ по завѣщанію учрежденія есть чисто формальная аналогія и не выдерживаетъ критики, по замѣчанію одного нѣмецкаго юриста, даже съ формальной точки зрѣнія, такъ какъ положеніе учрежденія можетъ быть, во всякомъ случаѣ, сравнено съ положеніемъ *nasciturus'a*, и вотъ почему новая юриспруденція оставила эту точку зрѣнія и признала спорное завѣщаніе вполнѣ дѣйствительнымъ.

Что касается прекращенія учрежденій, то оно совершается или по волѣ государства, или по отсутствію имущества, безъ котораго оно дѣлается формой, лишенной содержанія и юридическаго значенія, или по отпаденію цѣли учрежденія, безъ которой оно такъ же немыслимо, какъ и всякое другое юридическое лицо. Но государству предоставлено здѣсь постано-

вленіями множества положительныхъ законодательствъ, и предоставлено въ силу безусловно альтруистическаго характера всѣхъ учрежденій, въ болѣе широкомъ объемѣ, чѣмъ при корпораціяхъ, право замѣнять цѣль учрежденія, оказывающуюся невозможной, другой, родственной съ послѣднею цѣлью, какъ это сдѣлало, напримѣръ, Австрійское правительство, обративъ капиталъ, пожертвованный еще въ прошломъ столѣтіи въ пользу раненыхъ въ войнахъ съ Турціей, на вспомоществованіе раненымъ въ другихъ войнахъ, которыя были, такимъ образомъ, уравнены помощью фикціи съ Турецкими войнами, давно потерявшими для Австріи свое прежнее значеніе.

Сдѣлаемъ въ заключеніе нашего очерка учрежденій краткую характеристику ихъ юридическихъ отношеній. Имущество учрежденія такъ же, какъ и имущество корпораціи, принадлежитъ со стороны его отношеній къ внѣшнему міру юридическому лицу, которое является субъектомъ всѣхъ правъ и обязанностей учрежденія. Для употребленія этого имущества согласно съ цѣлью учрежденія и для управленія имъ необходима какая-нибудь администрація, дѣйствія которой въ предѣлахъ соотвѣтствія ихъ съ цѣлью учрежденія принимаются за дѣйствія самого учрежденія. Юридическія дѣйствія администраціи связаны, во всякомъ случаѣ, цѣлями учрежденія, и всякое съ ея стороны

пользованіе имуществомъ учрежденія вопреки его цѣли, всякая вина Culpa, dolus въ лицѣ членовъ этой администраціи, дѣлаетъ ихъ совершенно такъ же отвѣтственными предъ потерпѣвшими лицами, какъ отвѣтственны, напримѣръ, опекуны за ввѣренное ихъ попеченію имущество. Высшій надзоръ за ихъ дѣятельностью принадлежитъ государству, которое оберегаетъ интересы слабыхъ, беззащитныхъ и интересы грядущихъ поколѣній. Устраненіе этого контроля распоряженіемъ жертвователя капитала учрежденія остается безъ силы, такъ какъ рѣшающее здѣсь значеніе имѣетъ не его воля, а цѣль учрежденія. Таково юридическое положеніе учрежденія съ внѣшней стороны. Что касается внутреннихъ отношеній дестинатеровъ учрежденія, то мы уже знаемъ, что учрежденіе существуетъ только для нихъ, что они являются его матеріальными субъектами, но что вмѣстѣ съ тѣмъ, они занимаютъ въ учрежденіи пассивное положеніе и, пользуясь только его выгодами, не дѣлаютъ болѣе ничего. Но имѣютъ ли они защищаемыя правомъ притязанія на эти выгоды, могутъ ли обратиться въ судъ за возстановленіемъ ихъ пользованія, если оно нарушено? Здѣсь нужно различать, по мнѣнію Іеринга, излагаемому имъ въ своихъ лекціяхъ, во I-хъ, такія учрежденія, пользованіе которыми поставлено въ зависимость отъ одного только усмотрѣнія пользующагося и предостав-

лено, такимъ образомъ, всѣмъ безъ исключенія и безъ всякихъ условій. Препятствованіе такому пользованію давало бы лицу, противъ котораго это препятствіе было бы направлено, искъ, построенный на аналогіи actio negatoria и совершенно подобный тѣмъ искамъ, какими защищается пользованіе res publicae in publico usu. Во 2-хъ, существуютъ учрежденія, пользованіе которыми предоставлено не всѣмъ и каждому, а лишь опредѣленнымъ группамъ лицъ, какъ, напримѣръ, больнымъ, вдовамъ, литераторамъ и т. д., причемъ выборъ дестинатеровъ можетъ быть оставленъ на произволъ администраціи учрежденія, или, наоборотъ, условія права дестинатеровъ могутъ быть опредѣлены такъ точно, что въ отдѣльныхъ случаяхъ не остается мѣста ни для выбора, ни для сомнѣнія. Въ послѣднемъ случаѣ право дестинатера будетъ его ius quaesitum - пріобрѣтенное право, которое онъ и можетъ отыскивать совершенно такъ же, какъ если бы онъ искалъ какого-нибудь права на основаніи договора или легата; въ первомъ же случаѣ, когда выборъ дестинатеровъ предоставленъ администраціи учрежденія или поставленъ въ зависимость отъ какихъ либо менѣе опредѣленныхъ критеріевъ, когда, напримѣръ, премія или стипендія назначается достойнѣйшему или написавшему лучшее сочиненіе и т. д., въ этихъ случаяхъ искъ возможенъ противъ неправильныхъ, противорѣчащихъ цѣли учрежденія дѣйствій чле-

новъ администрацiи этого учрежденiя, искъ, предъявляемый, при этомъ, въ порядкѣ административнаго процесса къ государственной власти, обязанной надзирать за дѣятельностью учрежденiй и исправлять допускаемыя ими неправильности |По послѣднему закону объ учрежденiяхъ въ Италiи лица, пользующiяся ими, имѣютъ въ своемъ распоряженiи настоящую actio popularis |.

Сводя теперь въ одно цѣлое все то, что было говорено объ юридическомъ лицѣ, мы можемъ сказать, въ формѣ результата предшествующаго изложенiя, что юридическое лицо есть только формальный, а не матерiальный субъектъ правъ и обязанностей, соединенныхъ съ его дѣятельностью, что юридическое лицо есть понятiе сравнительно поздняго происхожденiя, созданное для того, чтобы удобнѣе и ярче выразить отношенiя составляющихъ его членовъ къ внѣшнему мiру, и что этимъ понятiемъ вовсе не выражается сущности отношенiй членовъ юридическаго лица между собою. Сущность этихъ отношенiй заключается въ томъ, что эти самые члены и суть матерiальные субъекты |дестинатеры| всѣхъ правъ и обязанностей юридическаго лица, представляющаго собою лишь искусственно созданную форму для осуществленiя отношенiй, принадлежащихъ вовсе не юридическому лицу, какъ таковому, а дѣйствительнымъ физическимъ лицамъ, соединенiе

которыхъ оно составляетъ. Согласившись же, что назначеніе каждой корпораціи и учрежденія сводится, въ концѣ концовъ, къ интересамъ отдѣльныхъ, такъ или иначе примыкающихъ къ нимъ лицъ, согласившись, что понятіе юридическаго лица есть только условное понятіе, вовсе не выражающее собою юридической сущности корпорацій и учрежденій - согласившись со всѣмъ этимъ, мы должны необходимо признать въ корпораціяхъ и учрежденіяхъ особыя формы общественнаго обладанія. Мы видимъ здѣсь собраніе лицъ, изъ которыхъ каждое пользуется, не исключая, - какъ это бываетъ при индивидуальномъ обладаніи, - пользованія другого лица - предметами, находящимися въ общемъ обладаніи всѣхъ членовъ данной корпораціи или учрежденія. Но отличаясь указанной чертой отъ индивидуальныхъ правъ, общее обладаніе въ формѣ юридическаго лица отличается также существенно и отъ разсмотрѣннаго выше общественнаго обладанія вещами, стоящими въ общемъ пользованіи, или отъ общественнаго пользованія въ тѣсномъ смыслѣ. Это отличіе состоитъ въ слѣдующемъ: во I-хъ, общественное пользованіе принадлежитъ всѣмъ безъ изъятія, тогда какъ обладаніе въ формѣ юридическаго лица ограничивается въ большинствѣ случаевъ опредѣленнымъ кругомъ лицъ, входящихъ въ составъ той или другой корпораціи, того или другого учрежденія. Во II-хъ, предметъ

общественнаго пользованія служатъ, по самой своей природѣ, всѣмъ и каждому; такое служеніе составляетъ для нихъ общее правило, а индивидуальное обладаніе - аномалію. Напротивъ, предметы обладанія корпорацій и учрежденій вполнѣ способны стоять также въ индивидуальномъ обладаніи и изъемлются изъ него лишь спеціальнымъ актомъ установленія даннаго юридическаго лица. Въ 3-хъ, общественное пользованіе уже потому, что оно принадлежитъ всѣмъ и каждому, составляетъ общественное обладаніе со всѣхъ сторонъ: какъ со стороны внутреннихъ отношеній субъектовъ этого обладанія между собою, такъ и со стороны отношеній ихъ ко всему окружающему міру. Напротивъ, обладаніе въ формѣ юридическаго лица является общимъ со стороны лишь внутреннихъ отношеній членовъ этого лица между собою и къ объединяющему ихъ учрежденію; со стороны же внѣшнихъ отношеній юридическаго лица, къ стоящему внѣ его міру, обладаніе его не представляетъ такой общности, и каждое юридическое лицо выступаетъ во внѣшнемъ мірѣ, какъ отдѣльный субъектъ права, способный къ индивидуальному обладанію, которое подвергается только различнымъ ограниченіямъ и видоизмѣненіямъ, вытекающимъ изъ особенностей природы различныхъ корпорацій и учрежденій. Наконецъ, въ 4-хъ, общественное пользованіе имѣетъ характеръ, по преиму-

ществу, неимущественный, такъ какъ, если оно иногда и удовлетворяетъ нашимъ имущественнымъ интересамъ, то это такіе неисключительные интересы, которые мы раздѣляемъ совсѣмъ обществомъ, почему они и теряютъ свой чисто-имущественный характеръ: въ сильнѣйшей же степени и въ громадномъ большинствѣ случаевъ, общественное пользованіе служитъ, какъ мы видѣли, чисто-неимущественнымъ интересамъ. Напротивъ, обладаніе въ формѣ юридическаго лица можетъ носить одинаково, какъ имущественный, такъ и неимущественный характеръ, не составляющій, такимъ образомъ, преобладающей черты этой формы обладанія.

По различію имущественной и неимущественной цѣли, юридическія лица раздѣляются, какъ мы видѣли, на ассоціаціи эгоистическаго и альтруистическаго типа, изъ коихъ послѣднія болѣе всего подходятъ къ общественному пользованію, а первыя - сходны многими чертами съ индивидуальнымъ обладаніемъ, стоя, такимъ образомъ, на границѣ между тѣмъ и другимъ. Указываемое различіе сопровождается, какъ мы знаемъ, важными юридическими послѣдствіями, о которыхъ мы, однако, не имѣемъ времени распространяться. - Описанныя черты обладанія въ формѣ юридическаго лица достаточно характеризуютъ послѣднее и достаточно отличаютъ его отъ обладанія предметами общественнаго пользованія. Но, не смотря на всю важность этого

различія, мы не должны смѣшивать обладанія юридическаго лица съ индивидуальными правами, отъ которыхъ оно отличается гораздо болѣе рѣзкою гранью, чѣмъ отъ общественнаго пользованія. Эту грань образуютъ съ одной стороны, исключительность индивидуальныхъ правъ и, съ другой, общность правъ, осуществляемыхъ въ формѣ юридическаго лица; тамъ каждый пользуется своимъ правомъ одинъ и только для себя, исключая пользованіе всѣхъ другихъ людей; здѣсь, напротивъ, никто не пользуется своимъ правомъ одинъ и только для себя; никто не исключаетъ своимъ пользованіемъ пользованія другихъ членовъ ассоціаціи. Іерингъ, въ своемъ сочиненіи, "Цѣль въ правѣ", сводитъ это различіе къ противоположности юридическихъ понятій: *frui* и *uti*. Первое есть пользованіе плодами, доходами вещи и представляетъ дѣлимое право, которымъ можетъ и пользоваться нѣсколько человѣкъ. Но чѣмъ болѣе лицъ пользуется этимъ правомъ, тѣмъ менѣе они извлекаютъ изъ него пользы; отсюда - стремленіе къ исключительности въ пользованіи такого рода правами. Второе, - *uti*, употребленіе вещи, есть недѣлимое право: пользованіе имъ нельзя раздѣлить ни на физическія части, ни на идеальныя доли; сколько бы человѣкъ ни участвовало въ немъ, ник-

---

то не заинтересованъ въ исключенiи изъ своего пользованiя - пользованiя другихъ. Uti по своей природѣ требуетъ, напротивъ, возможно большаго числа участниковъ, которые увеличиваютъ только его значенiе: чѣмъ большее число лицъ заключаютъ въ себѣ академiи, университеты, ученыя и благотворительныя общества, тѣмъ лучше они удовлетворяютъ своему назначенiю, и то общество, говоритъ Iерингъ, которое вздумало бы запереться отъ внѣшняго мiра, ограничить число своихъ членовъ, подписало бы этимъ самымъ свой смертный приговоръ. Важность указаннаго различiя обнаруживается еще яснѣе изъ слѣдующихъ соображенiй. Соединенiе многихъ людей для какой-нибудь общей цѣли, достигаемой въ формѣ юридическаго лица, развиваетъ необходимо въ его членахъ духъ солидарности, заставляющiй каждаго изъ нихъ смотрѣть на свое право, какъ на право, принадлежащее, въ то же время, всѣмъ другимъ членамъ ассоцiацiи, къ которымъ каждый относится вслѣдствiе этого сочувственно и защищаетъ ихъ интересы, какъ свои собственные. Этотъ духъ солидарности, развивающiйся во всякой ассоцiацiи, составляетъ ихъ основную черту и полную противоположность съ духомъ личнаго интереса, господствующимъ при индивидуальномъ обладанiи. Этимъ же духомъ солидарности объясняется множество особенностей въ юридическомъ положенiи юридическихъ лицъ, рѣзко отличающихъ ихъ

отъ юридическихъ отношенiй по индивидуальному обладанiю.

Другая характеристическая черта обладанiя въ формѣ юридическаго лица, отличающая его также рѣзко отъ индивидуальнаго обладанiя, заключается въ самомъ способѣ этого обладанiя: ни одно пользованiе ни одного изъ членовъ юридическаго лица не исключаетъ пользованiя другихъ членовъ; всѣ обладаютъ одинаково одними и тѣми же объектами сообща, и поэтому никто не имѣетъ права распоряжаться ими по собственному произволу, безъ согласiя общественной группы, соединенной въ юридическое лицо. Это общее пользованiе одними и тѣми же благами и проистекающая изъ него общая ограниченность въ распоряженiи ими - составляетъ признакъ, общiй настоящей формѣ обладанiя съ формой общественнаго пользованiя, отъ которой она отличается въ этомъ отношенiи лишь количественнымъ составомъ субъектовъ пользованiя: тамъ онъ состоитъ изъ всего общества, здѣсь же - изъ одной какой-либо общественной группы. Но принципъ и способъ пользованiя тамъ и здѣсь одинаковы: та же самая рѣзкая противоположность съ индивидуальнымъ обладанiемъ и, поэтому, то же исключенiе изъ отношенiй членовъ юридическаго лица между собою и отношенiй ихъ къ цѣлой группѣ, представляемой юридическимъ лицомъ, всѣхъ институтовъ индивидуальнаго обладанiя, какъ-то, собственности,

владѣнія, давности и т. п. Вотъ въ силу такой противоположности съ индивидуальными правами и общности принципа обладанія въ формѣ юридическаго лица съ формой общественнаго пользованія, мы и считаемъ двѣ послѣднія формы видами одного и того же общаго понятія - общественнаго обладанія, которое и противополагаемъ со всевозможною рѣзкостью формамъ индивидуальнаго обладанія. Намъ нельзя теперь войти въ разсмотрѣніе отдѣльныхъ видовъ обладанія въ формѣ юридическаго лица, и мы скажемъ нѣсколько словъ лишь объ одной изъ самыхъ характерныхъ формъ этого обладанія, а именно, объ общинномъ землевладѣніи, которое наши юристы никакъ не могутъ помѣстить ни подъ одну изъ существующихъ рубрикъ вещнаго права.

Замѣтимъ прежде всего, что наше законодательство придаетъ вполнѣ самостоятельное значеніе ва обладаніемъ въ формѣ юридическаго лица, отличая имущества, принадлежащія разнымъ установленіямъ, и имущества общественныя - отъ имуществъ государственныхъ и частныхъ. Примѣчаніе къ ст. 698 X т. ч.I, перечисляющей различные виды имуществъ, говоритъ прямо: "пространство и свойство правъ, кои могутъ быть пріобрѣтаемы, подробно означены: 1| для частныхъ лицъ и обществъ въ законахъ о состояніяхъ, въ книгѣ сего Свода и въ сводѣ военныхъ постановленій; 2| для установленій - въ уставахъ ихъ и учрежденіи-

яхъ; 3| для казны - въ уставахъ казеннаго управленія и государственнаго благоустройства". Отсюда видно, что имущества, принадлежащія различнымъ обществамъ, учрежденіямъ, управляются особыми правилами, изложенными въ различныхъ законодательныхъ актахъ. Далѣе ст. 413 X т. ч. I, называетъ примѣрно слѣдующіе роды имуществъ, принадлежащихъ разнымъ установленіямъ: "имущества, принадлежащія разнымъ установленіямъ, суть:

I. Имущества церковныя, монастырскія и архіерейскихъ домовъ, земли, угодья и мельницы, къ церквамъ, монастырямъ и архіерейскимъ домамъ приписанныя и все движимое ихъ имущество.

2. Имущества, принадлежащія государственнымъ кредитнымъ установленіямъ.

3. Имущества, принадлежащія богоугоднымъ заведеніямъ.

4. Имущества, принадлежащія учебнымъ и ученымъ заведеніямъ.

5. Къ имуществамъ, принадлежащимъ къ разнымъ установленіямъ, принадлежатъ войсковые капиталы Донского и другихъ иррегулярныхъ войскъ".

Ст. 414 причисляетъ къ имуществамъ, которыя она называетъ общественными и которыя принадлежатъ отдѣльнымъ корпораціямъ, составляя, слѣдовательно, такое же имущество юридическихъ лицъ, какъ и имущества разныхъ установленій, поименованныхъ въ пре-

дыдущей статьѣ, - итакъ, ст. 414 причисляетъ совершенно правильно къ такимъ имуществамъ слѣдующіе виды: "Имущества общественныя суть:

I. Имущества, дворянскимъ обществамъ принадлежащія, каковы суть: дома дворянскихъ собраній и т.п.

2. Имущества, городскимъ обществамъ принадлежащія, каковы суть: городскія земли, лѣса, мельницы и другія угодія какъ внутри города, такъ и внѣ онаго отведенныя городамъ; выгоны и городскіе доходы.

3. Имущества, пріобрѣтенныя въ собственность сельскими обывателями.

4. Имущества, пріобрѣтенныя именемъ земства и земскими учрежденіями".

Наконецъ, ст. 415 опредѣляетъ имущества частныя, говоря: "Имущества частныя суть всѣ тѣ, кои принадлежатъ частнымъ лицамъ и сословіямъ, какъ то: компаніямъ, товариществамъ и конкурсамъ". Послѣдняя статья упускаетъ явно изъ виду, что сословія лицъ и компаніи могутъ слагаться въ такія же юридическія лица, какъ и названныя выше учрежденія и корпораціи, и что имущество такихъ сословій и компаній должно обсуждаться тогда съ точки зрѣнія уже не частнаго, а также общественнаго имущества. Правильность этого положенія вытекаетъ изъ всего предшествующаго изложенія, подтверждаясь и тѣмъ, что

мы скажемъ сейчасъ объ общинномъ землевладѣніи, которое отправляется также сословіемъ лицъ, но регулируется нормами, не имѣющими ничего общаго съ правилами, дѣйствующими относительно частныхъ имуществъ.

Общиннымъ или мірскимъ землевладѣніемъ называется особенный у крестьянскихъ обществъ способъ пользованія пашней, покосами и другими угодьями, причемъ пашня и угодья дѣлятся между крестьянами по числу душъ или работниковъ на равныя части, которыя не остаются, однако, въ постоянномъ пользованіи однихъ и тѣхъ же лицъ, но подвергаются періодическимъ - въ однихъ мѣстахъ ежегодно, въ другихъ черезъ нѣсколько лѣтъ - передѣламъ. Характеристическія черты общиннаго землевладѣнія, рѣзко отличающія его отъ общей собственности, къ которой прежде причисляли его совершенно ошибочно, состоятъ въ слѣдующемъ:

I| При общей собственности каждый соучастникъ имѣетъ право распоряженія надъ своей долей общей собственности, которую онъ можетъ продать, заложить и проч. При общинномъ землевладѣніи ни одинъ изъ его участниковъ не имѣетъ этого права, котораго можетъ не быть и у цѣлаго крестьянскаго общества, такъ какъ общинное устройство не стоитъ въ прямомъ отношеніи съ правомъ собственности на владѣемую землю. Эта земля можетъ быть и крестьянской, и ка-

венной, и помѣщичьей, а общинное землевладѣніе можетъ быть установлено во всѣхъ этихъ случаяхъ одинаково, такъ какъ оно представляетъ собою не что иное, какъ особый способъ пользованія землей, совмѣстимый съ чьимъ бы то ни было правомъ собственности на землю.

2| Всякое право собственности, какъ единоличное, такъ и общее, носитъ на себѣ непремѣнно характеръ исключительности; извѣстно изреченіе - *duo eandem rem in solidum possidere non possunt.* Каждый изъ соучастниковъ общей собственности является такимъ же исключительнымъ хозяиномъ принадлежащей ему *pro indiviso* доли, какимъ бываетъ и всякій единоличный собственникъ; такъ же, какъ и этотъ послѣдній, онъ можетъ свободно заложить, продать, завѣщать свою идеальную долю въ общей собственности. Совершенно не то видимъ мы при общинномъ землевладѣніи. Здѣсь ни одно физическое лицо не можетъ указать ни на одну количественную часть общаго имущества, которую оно имѣло бы въ своей исключительной власти, такъ какъ предметъ пользованія постоянно измѣняется на періодическихъ передѣлахъ. Кромѣ того, число членовъ общины представляетъ также постоянно колеблющуюся величину, обусловливаемую наростами извнутри и извнѣ, а также - возможной убылью членовъ, - вслѣдствіе чего пользованіе тѣмъ или другимъ количествомъ земли со стороны от-

дѣльныхъ членовъ общины вѣчно измѣняется и, во всякомъ случаѣ, не даетъ имъ права ни исключать изъ этого пользованія другихъ членовъ общины, ни располагать имъ по произволу, какъ это бываетъ при индивидуальной и общей собственности.

3| Наконецъ, третья и существеннѣйшая черта общиннаго землевладѣнія, рѣзко отличающая его отъ индивидуальнаго обладанія, заключается въ преимуществѣ поземельныхъ правъ всего крестьянскаго общества надъ правами отдѣльныхъ его членовъ. Послѣдніе пользуются, такъ сказать, одной поверхностью земли; настоящее же владѣніе и пользованіе землей принадлежитъ цѣлому крестьянскому обществу, которое внутри себя устраиваетъ его такъ или иначе, смотря по условіямъ мѣста и своимъ надобностямъ.

На этомъ основаніи, во I-хъ, общество въ полномъ составѣ владѣетъ и пользуется тою частью земли, которая не отведена во владѣніе его членовъ: выгоны, лѣса, покосы, рыбная ловля и другія угодья, не распредѣленныя между членами общества, а также усадьбы, пашни и угодья, бывшія въ отдѣльномъ пользованіи членовъ общества, но опроставшіяся за ихъ выходомъ или сдѣлавшіяся вымороченными по недостатку наслѣдниковъ, поступаютъ въ распоряженіе цѣлаго общества. Во 2-хъ, распоряженіе членовъ общины находящимися въ ихъ отдѣльномъ пользованіи землями

или угодьями зависитъ отъ согласія общества. Безъ его разрѣшенія они не могутъ: а| ни уступить свой надѣлъ другому крестьянину, в| ни открыть питейныя заведенія, харчевни и проч. |См. Особое прил. къ зак. о состояніяхъ, IУ, ст. ст. 98, 99, 100, 105, 106, 108, 109 и друг.|.

Я обрисовалъ въ общихъ чертахъ юридическое положеніе нашей поземельной общины, изъ котораго видно, что она отличается всѣми особенностями описаннаго выше общественнаго обладанія въ формѣ юридическаго лица, которое сливается здѣсь вполнѣ съ правами отдѣльныхъ, составляющихъ его физическихъ лицъ, потому что владѣніе и пользованіе общины выражается ни въ чемъ иномъ, какъ во владѣніи и пользованіи всѣхъ его членовъ.

Переходя теперь къ юридической конструкціи описанной сейчасъ формы землевладѣнія, мы наталкиваемся на серьезную трудность, лежащую въ самомъ существѣ дѣла. Господствующихъ понятій гражданскаго права оказывается недостаточно для формы, которая по своему историческому происхожденію принадлежитъ къ глубокой древности, не отличавшей еще гражданскихъ и публичныхъ элементовъ права. Вотъ почему подведеніе поземельной общины подъ понятіе общей собственности, отъ которой она отличается, какъ мы видѣли, весьма выпуклыми чертами, равно какъ и оп-

ред'ленiе ея въ смыслѣ права на чужую вещь, съ которымъ мы ближе познакомимся впослѣдствiи, не выдерживаютъ самой легкой критики. Наиболѣе удачная попытка юридической конструкцiи общины опредѣляетъ ее понятiемъ юридическаго лица, которое само, однако, какъ мы имѣли случай убѣдиться въ этомъ, не можетъ считаться еще вполнѣ установившимся въ нашей наукѣ, и которое, во всякомъ случаѣ, удобно лишь для характеристики внѣшнихъ отношенiй общины, отношенiй ея къ внѣшнему мiру, - но недостаточно для опредѣленiя внутреннихъ отношенiй ея членовъ между собою. Въ чемъ же выражаются свойства общины, какъ самостоятельнаго субъекта права? Сельское общество и мiръ могутъ, по нашему закону |Полож. ст. 24 прим.| I|избирать ходатаевъ для веденiя гражданскихъ дѣлъ, прiобрѣтать земли даже независимо отъ надѣла, предпринимать различныя работы, имѣть свои капиталы и т. д. Далѣе, сельское общество не только можетъ, но фактически и по необходимости стоитъ въ положенiи обязаннаго лица, такъ какъ на немъ лежитъ отвѣтственность за исправный платежъ податей и выкупной ссуды. Наконецъ, сельское общество имѣетъ и привилегiю наслѣдованiя въ вымороченномъ имуществѣ своихъ членовъ. Вотъ признаки, характеризующiе не только нашу, но и германскую поземельную общину, признаки, на основанiи которыхъ для внѣшней стороны общины вполнѣ возможно установле-

нiе конструкцiи юридическаго лица. Замѣтимъ при этомъ, что мы отмѣтили только тѣ стороны въ дѣятельности общины, которыя характеризуютъ ее, какъ юридическое лицо; и такъ какъ основанiемъ общины служитъ обычай, наше же законодательство не создало впервые этого понятiя, а воспользовалось для своихъ опредѣленiй уже готовымъ образованiемъ обычнаго права, - то понятно, что община можетъ съ теченiемъ времени расширить и вообще видоизмѣнить какъ свою правоспособность, такъ и свое внутреннее устройство. Обычное право уже по своему существу не представляетъ собою ничего разъ навсегда и повсюду однообразно опредѣленнаго, и наше законодательство, оставивъ нарочно неопредѣленность и разнообразiе общинныхъ формъ нетронутыми, чтобы не стѣснять жизни, поступило въ этомъ отношенiи, конечно, правильно.

Подходя теперь къ внутреннему устройству и къ внутреннимъ отношенiямъ членовъ общины какъ между собою, такъ и къ общинѣ въ ея цѣломъ, мы должны прежде всего сказать, что опредѣленiе этихъ отношенiй до сихъ поръ составляетъ очень спорный вопросъ. Въ нашей литературѣ трудно указать вообще на какую бы то ни было попытку такого опредѣленiя, но въ нѣмецкой литературѣ былъ сдѣланъ цѣлый рядъ подобныхъ попытокъ, изъ которыхъ самое видное мѣсто занимаетъ теорiя, такъ назыв." Gesammteigen-

thum" или совокупной собственности. Эта теорія была вызвана отношеніями, дѣйствительно существовавшими въ германской жизни и состоявшими въ слѣдующемъ.

Тогда какъ римское право ограничивало опредѣленно имущественную сферу каждаго отдѣльнаго лица, и даже въ тѣхъ случаяхъ, когда много человѣкъ являлось равно управомоченными по отношенію къ одной и той же вещи, указывало каждому изъ нихъ также твердо ограниченное право, исчисляемое только въ идеальныхъ доляхъ, - Германское право было знакомо, рядомъ съ такой общей собственностью, или такъ называемой собственностью на основаніи идеальныхъ долей | condominium |, еще со множествомъ другихъ общихъ отношеній, носившихъ родовое названіе "die gesamte Hand" |отношенія "общей руки"|. Наиболѣе выдающаяся черта этихъ отношеній, рѣзко отличавшая ихъ отъ римской собственности, заключалась въ томъ, что вещи или право принадлежало здѣсь многимъ лицамъ заразъ, безъ того, чтобы кому-либо изъ нихъ предоставлялась какая бы то ни было опредѣленная или ограниченная доля въ этомъ правѣ: всякъ принадлежащее право было ограничено только съ внѣшней стороны, а съ внутренней стороны, то есть, со стороны взаимныхъ отношеній членовъ такого сообщества между собою, не существо-

вало ни повода, ни потребности въ точномъ разграниченiи ихъ имущественныхъ сферъ однѣхъ отъ другихъ, - такъ что никто не могъ здѣсь ни присвоить въ свое исключительное пользованiе какую-либо часть общей вещи, ни потребовать выдѣла въ долѣ, которая вовсе и не признавалась. Подобныя отношенiя были чрезвычайно распространены въ среднiе вѣка, и не только аллоды, лены, крестьянскiя земли состояли во владѣнiи "общей руки", но и кредиторы съ должниками могли быть управомочены и обязаны съ "общей руки", точно такъ же, какъ и отдѣльныя лица соединяли часто все свое имущество въ то же отношенiе "Gesammte Hand", которое выходило первоначально даже за предѣлы своего имущественнаго объекта, распространяясь вообще на всю совокупность отношенiй состоявшихъ въ немъ лицъ. Поэтому о такихъ лицахъ и говорилось, что "они ведутъ совокупное хозяйство, имѣютъ одинъ хлѣбъ и кровъ", или что "они держатъ общую кухню, совокупны въ столѣ и платьѣ или въ пищѣ и столѣ" и т. д. Они являлись, при этомъ, не юридическимъ лицомъ, въ смыслѣ отвлеченнаго единства, котораго среднiе вѣка ясно еще не представляли себѣ, а, какъ бы, однимъ физическимъ лицомъ, въ которомъ были обезразличены отдѣльныя входящiя въ него индивидуальности, - и что таковъ былъ именно средневѣковой взглядъ, это доказывается юридической символикой и многими юридическими

обычаями средневѣковаго права. Такъ, напримѣръ, всѣ лица, состоявшія въ такомъ общемъ отношеніи, выступали при распоряженіяхъ, касавшихся ихъ общихъ правъ, всѣ вмѣстѣ, держа другъ друга за руки для того, чтобы представить собою одно физическое тѣло. Въ спорахъ и процессахъ по общему имъ имуществу не требовалось вовсе свидѣтельства всѣхъ участниковъ такого отношенія, а признавалось достаточнымъ свидѣтельство одного только изъ нихъ, равно какъ и при ленныхъ отношеніяхъ обязательная служба и ленныя повинности лежали не на всѣхъ, а на одномъ только изъ лицъ, участвующихъ въ данномъ отношеніи "общей руки" и т. д.

Не вдаваясь въ подробности и не прослѣживая хода постепеннаго ослабленія и перехода этихъ отношеній, подъ вліяніемъ идей римскаго права, въ институтъ римской собственности, мы могли видѣть уже изъ предшествующаго, что отношенія отдѣльныхъ лицъ между собою и къ общему имуществу здѣсь въ началѣ развитія различались рѣзко отъ отношеній, наблюдаемыхъ какъ въ римской собственности, такъ и въ римской *societas*. Это отличіе состояло, главнымъ образомъ, въ томъ, что отдѣльныя лица или не имѣли въ общемъ имуществѣ своихъ индивидуальныхъ, ни физическихъ, ни идеальныхъ долей, или не могли вовсе требовать раздѣла этого имущества, или были вообще крайне стѣснены въ своемъ распоряженіи имъ.

Поэтому традиціонныя римскія понятія сюда не подходили, и германская юриспруденція принуждена была выставить рядомъ съ римской сособственностью новое понятіе "совокупной собственности" | Gesammteigenthum |, которое она и примѣнила, какъ къ поземельной общинѣ, такъ и къ ремесленнымъ союзамъ, и къ имущественному общенію супруговъ въ бракѣ и ко многимъ другимъ отношеніямъ, не занимающимъ насъ въ настоящую минуту. Но признавъ въ общемъ это понятіе, казавшееся необходимымъ для конструкціи указанныхъ выше отношеній, чуждыхъ римскому праву, нѣмецкіе юристы разошлись, однако, между собою въ опредѣленіи содержанія и существенныхъ признаковъ этого понятія. Въ прошломъ столѣтіи, а отчасти и въ нынѣшнемъ | Köhler, Arnold, Zachariä | былъ весьма аккредитованъ такой взглядъ: Gesammteigenthum есть то, что римляне считали абсурдомъ, а именно - Condominium plurium in solidum, т.е. право собственности, принадлежащее каждому цѣликомъ и на всю вещь, и никому исключительно. Логическое противорѣчіе, заключенное въ этомъ взглядѣ - очевидно, и оно заставило многихъ германистовъ, какъ, напримѣръ, Эйхорна, Безелера, Вальтера, Гирке и другихъ принять другое опредѣленіе совокупной собственности, по которому она является одновременно и собственностью всѣхъ, и собственностью отдѣльныхъ лицъ. Говоря спеціально о позе-

мельной общинѣ. Gierke | Genossenschaftsrecht — II, стр. 170 и слѣд. | выражается слѣдующимъ образомъ: "совокупная собственность есть соединеніе и одновременное осуществленіе единства и множества; это - не право юридическаго лица, не собственность многихъ и не соединеніе того и другого, а просто совокупное право, которое, не будучи ни тѣмъ, ни другимъ, заключаетъ въ себѣ зародышъ и матеріалъ того и другого". Вотъ теорія, представляющая собою тоже невозможное совмѣщеніе общаго и частнаго, совмѣстнаго и исключительнаго, почему большинство современныхъ юристовъ и отвергаетъ ее, обходясь въ данномъ случаѣ или римской категоріей сособственности, видоизмѣняемой только мѣстными условіями, или признаніемъ собственности юридическаго лица. Но непримѣнимость римскаго понятія сособственности въ отношеніяхъ "общей руки" была уже достаточно обнаружена, а собственность юридическаго лица объясняетъ, какъ мы знаемъ, только внѣшнюю сторону этихъ отношеній, и то не во всѣхъ случаяхъ, такъ какъ при многихъ отношеніяхъ "общей руки" субъектами права не только въ матеріальномъ, но и въ формальномъ смы-

---

слѣ, являются отдѣльныя участвующія въ нихъ лица, а не отличное отъ нихъ юридическое лицо; и не теряютъ же, въ самомъ дѣлѣ, супруги со вступленіемъ въ бракъ свое имущество въ пользу какого-то неизвѣстнаго третьяго лица, а продолжаютъ, напротивъ, и далѣе быть его субъектами. Вотъ соображенія, по которымъ мы подвергаемъ какъ господствующій взглядъ на внутреннія отношенія общины, такъ и нѣмецкую конструкцію "совокупной собственности", представляющую собою не что иное, какъ логическое противорѣчіе. Внѣшнія отношенія общины допускаютъ вполнѣ, какъ мы видѣли, признаніе ея юридическимъ лицомъ, а внутреннія отношенія общины могутъ быть ближе всего опредѣлены понятіемъ общественнаго обладанія, которое уже достаточно было нами разъяснено.

Въ заключеніе нашего изслѣдованія юридическихъ формъ общественнаго обладанія мы можемъ сказать, что историческое и практическое значеніе этихъ формъ даетъ намъ право думать, что и при самомъ сильномъ развитіи принципа индивидуальности, этотъ принципъ не можетъ и не долженъ, къ нашему счастію, разсчитывать на исключительное господство. Со многими ограниченіями этого принципа, вытекающими изъ началъ института общественнаго обладанія, мы будемъ постоянно встрѣчаться и въ системѣ чисто индивидуальныхъ правъ, къ изложенію которыхъ мы сейчасъ и переходимъ.

II. ПРАВО СОБСТВЕННОСТИ.

А. ОБЩЕЕ ПОНЯТІЕ, ИСТОРИЧЕСКІЙ ОЧЕРКЪ И ОБЩІЯ ПОЛОЖЕНІЯ, ОПРЕДѢЛЯЮЩІЯ ПРАВО СОБСТВЕННОСТИ.

Право собственности есть важнѣйшій институтъ вещнаго и даже всего гражданскаго права въ его настоящемъ состояніи. Это значеніе института собственности объясняется тѣмъ, что объектомъ его служатъ предметы физическаго міра, вещи, удовлетворяющія самымъ необходимымъ изъ человѣческихъ потребностей, а отличительнымъ признакомъ института является законная принадлежность намъ вещи въ цѣломъ ея составѣ, слѣдовательно, право, въ силу котораго мы только и можемъ владѣть, пользоваться и распоряжаться вещью по своему произволу. Поэтому, правомъ собственности обусловливается свободный переходъ вещей изъ однѣхъ рукъ въ другія, быстрое обращеніе ихъ въ гражданскомъ оборотѣ и, наконецъ, то, что масса юридическихъ актовъ имѣетъ своимъ необходимымъ предположеніемъ право собственности. Безъ него нельзя обойтись въ современномъ гражданскомъ порядкѣ ни при установленіи правъ на чужую вещь, ни при наслѣдованіи чужому имуществу, ни при заклю-

ченiи договоровъ, имѣющихъ цѣлью покупку, продажу, мѣну, заемъ, поставку вещей, платежъ за услугу и т. д. Всѣ исчисленные акты предполагаютъ необходимо право распоряженiя надъ передаваемой въ чужiя руки вещью и, слѣдовательно, право собственности надъ нею. Въ виду такой важности института и кажущейся простоты его опредѣленiя, можно было бы ожидать, что понятiе права собственности вполнѣ и точно установилось въ современной юриспруденцiи. Но ни теорiя, ни тѣмъ менѣе положительныя законодательства, не оправдываютъ такого ожиданiя: всѣ существующiя опредѣленiя собственности, полагающiя ея сущность въ исключительномъ и неограниченномъ юридическомъ господствѣ человѣка надъ вещью, страдаютъ крайней односторонностью и ненаучностью. Если бы еще полнота юридическаго господства принималась въ нихъ только въ условномъ смыслѣ и съ тою лишь цѣлью, чтобы отличить явленiя собственности отъ другихъ сходныхъ съ ними въ области вещнаго права явленiй частичнаго господства лица надъ вещью, то приведенное выше опредѣленiе собственности имѣло бы свое оправданiе и противъ него можно было бы не возражать. Мы дѣйствительно знаемъ какъ о цѣлостномъ или тотальномъ, такъ и о частичномъ или парцiальномъ господствѣ лица надъ вещью, и знаемъ объ этомъ не только

изъ логическихъ формулъ, выведенныхъ отвлеченнымъ путемъ, но и изъ наблюденій надъ окружающей насъ жизнію, и изъ нашей обыденной рѣчи. Принадлежность намъ вещи на правѣ собственности мы обозначаемъ въ обыденномъ словоупотребленіи выраженіемъ "моя вещь", не примѣняя вовсе этого выраженія къ тѣмъ отношеніямъ, въ которыхъ мы находимся къ вещамъ, принадлежащимъ намъ на какомъ-нибудь другомъ правѣ, а не на правѣ собственности. Имѣя дѣло съ правомъ собственности, мы подмѣниваемъ постоянно названіе права названіемъ вещи, и, вмѣсто того, чтобы говорить о нашемъ правѣ на вещь, говоримъ прямо о нашей вещи, указывая этимъ на тѣсную связь, существующую между нами и вещью, и на такую цѣлостность права, въ которомъ оно совершенно покрывается своимъ объектомъ. Подобное словоупотребленіе замѣчается всюду: римляне не называли собственности *dominium*, а говорили обыкновенно: *hanc rem meam esse aio*; нѣмецкій терминъ для собственности - *Eigenthum* происходитъ отъ слова *eigen* - свой; тоже французское слово *propriété* - отъ слова *propre*, имѣющаго то-же значеніе.

Переводя эту обиходную рѣчь, пользующуюся наименованіемъ вещи вмѣсто права, на языкъ юридическихъ понятій, мы были бы въ правѣ называть разсматриваемое явленіе полнымъ господствомъ лица надъ вещью, если бы при помощи этого признака мы хотѣли

только отмѣтить и отличить право собственности отъ явленій частичнаго господства надъ вещью, съ которыми мы познакомимся ближе въ ученіи о сервитутахъ. Но говоря о полномъ господствѣ надъ вещью, общепринятое опредѣленіе собственности не ограничиваетъ, къ сожалѣнію, этого понятія указаннымъ выше значеніемъ его, а представляетъ себѣ право собственности, въ силу свойственной ему полноты, совершенно абсолютнымъ и всегда равнымъ себѣ правомъ, что и составляетъ, какъ мы увидимъ, большую ошибку, оказывающую, при этомъ, роковое вліяніе на примѣненіе института собственности въ жизни. Прежде всего, подъ вліяніемъ абсолютныхъ опредѣленій собственности, въ обществѣ складывается постепенно соотвѣтствующее этимъ опредѣленіямъ представленіе о собственности, какъ о неограниченномъ господствѣ человѣка надъ вещью. Образуется твердое убѣжденіе въ этой неограниченности, которое постепенно объективируется и, вслѣдствіе этого, связываетъ дѣятельность законодательной власти; ей неизбѣжно приходится считаться съ народнымъ убѣжденіемъ и жертвовать ему иногда самыми настоятельными потребностями общественной жизни. Какъ иначе, какъ не объективированіемъ взгляда, заимствованнаго публикой изъ законодательствъ и изъ изреченій юристовъ-теоретиковъ, объяснить тотъ замѣчательный фактъ, что всѣ

европейскіе народы сходятся въ одномъ и томъ же абсолютномъ взглядѣ на сущность права собственности и разсматриваютъ всякое ограниченіе, если оно не исходитъ отъ воли собственника, и всякое обязательство, налагаемое на собственника закономъ, какъ посягательство на принципъ права собственности, какъ противорѣчіе съ его основной идеей? Понятно, что при такомъ вліяніи абсолютныхъ опредѣленій собственности на общественное правосознаніе, значеніе ихъ перестаетъ быть исключительно формальнымъ: содѣйствуя образованію и укрѣпленію въ обществѣ извѣстнаго возврѣнія на право собственности, служа источникомъ для такого возврѣнія, эти опредѣленія дѣлаются, такимъ образомъ, однимъ изъ факторовъ правообразованія и получаютъ поэтому важное матеріальное значеніе. Но вліяніе абсолютныхъ теорій собственности не ограничивается дѣйствіемъ ихъ на общественное правосознаніе; оно проникаетъ насквозь весь процессъ мышленія юристовъ и обнаруживается съ полною ясностью при разрѣшеніи ими различныхъ практическихъ трудностей, вызываемыхъ примѣненіемъ абсолютнаго понятія собственности къ жизни. Основное положеніе, изъ котораго они исходятъ при разрѣшеніи этихъ трудностей, намъ уже извѣстно: право собственности по своей природѣ неограниченно и, если нѣтъ спеціальнаго ограниченія закона, оно должно

быть осуществлено необходимо, не взирая ни на какія соображенія цѣлесообразности. Такъ, напримѣръ, если я при постройкѣ дома на своей землѣ захватилъ по неосторожности вершокъ земли, принадлежащей моему сосѣду, то, по существующей нынѣ теоріи собственности, сосѣдъ, не заявившій, можетъ быть, умышленно во время постройки о своемъ правѣ, можетъ по окончаніи постройки предъявить ко мнѣ искъ о собственности |actio negatoria| и потребовать отъ меня не только возмѣщенія убытковъ, но и того, чтобы я возстановилъ первоначальное состояніе, то есть отодвинулъ стѣну или другими словами - разрушилъ весь домъ.

Въ этомъ случаѣ мы видимъ ясно, какъ принципъ индивидуальной собственности, по которому собственность существуетъ только для лица управомоченнаго и болѣе ни для кого, приносятся въ жертву интересы не только всѣхъ несобственниковъ, но и интересы общества, которое теряетъ въ домѣ, подлежащемъ разрушенію, наличный продуктъ труда; съ уничтоженіемъ дома, уменьшающимъ общую сумму производительности общества, разрушается, можетъ быть, экономическое благосостояніе лица, построившаго домъ, - такъ что дѣйствіемъ какого то абстрактнаго принципа общество принуждается къ согласію на метаморфозу лица, обладавшаго всей полнотой имущественной способности и имѣвшаго вслѣдствіе этого возможность участвовать во всѣхъ его тягостяхъ, въ нищаго, который ложит-

ся на него бременемъ. Таковы послѣдствія абсолютныхъ опредѣленій собственности, а соотвѣтствующій имъ современный порядокъ собственности порождаетъ столь рѣзкое расчлененіе общества на классы, что оно даетъ право думать, какъ будто прежнія запрещенія перехода изъ одного сословія въ другое замѣнились нынѣ фактической невозможностью выбраться изъ класса неимущихъ въ классъ собственниковъ. Не касаясь пока политическихъ соціальныхъ причинъ, вызвавшихъ подобное состояніе, мы вернемся опять къ господствующему взгляду на собственность, такъ какъ онъ оказываетъ не маловажное вліяніе на продолженіе этого состоянія.

I. Господствующій взглядъ на собственность не обращаетъ прежде всего достаточно вниманія на длинный рядъ ограниченій, которымъ должна необходимо подвергаться и дѣйствительно подвергается всякая собственность. Неизбѣжность этихъ ограниченій какъ для самого института собственности, такъ и для общества, санкціонирующаго его своею властью, можетъ быть доказана какъ дедуктивнымъ, такъ и индуктивнымъ путемъ. Чтобы сталось съ институтомъ собственности, если бы каждому собственнику была предоставлена возможность осуществлять всѣ послѣдствія своего неограниченнаго права, сталкивающагося съ такимъ же неограниченнымъ правомъ другого собственника? Ес-

ли бы А, владѣя на правѣ собственности опредѣленнымъ участкомъ земли, могъ внутри его совершать неограниченно всѣ дѣйствія, не выходящія въ отношеніи пространства за предѣлы его собственности, то онъ имѣлъ бы возможность прогнать всѣхъ своихъ сосѣдей, вынудивъ ихъ къ уступкѣ принадлежащихъ имъ земель за самую ничтожную сумму. Онъ могъ бы устроить у себя бойню, которая, отравляя воздухъ окрестностей, сдѣлала бы жизнь для его сосѣдей невозможной, или фабрику, которая распространяя кругомъ дымъ, зловоніе и нестерпимый жаръ, уничтожала бы по близости всякую растительность и дѣлала бы немыслимымъ постоянное пребываніе человѣка въ этой мѣстности или угрожала бы, вслѣдствіе своей опасности, цѣлости всѣхъ сосѣднихъ строеній; онъ могъ бы, наконецъ, у самой границы своего участка вырыть глубокую яму, угрожающую ближайшему дому разрушеніемъ. Предпринимая такія дѣйствія, А не выходитъ, въ строгомъ смыслѣ слова, за предѣлы своего неограниченнаго права собственности; онъ не совершаетъ прямого посягательства на юридическую сферу В, который страдаетъ только отъ послѣдствій его распоряженій. Если бы этого обстоятельства было достаточно для признанія А свободнымъ отъ отвѣтственности за означенныя дѣйствія, то В оставалось бы только уступить и удалиться прочь, если бы онъ съ своей стороны не могъ от-

вѣтить на нападеніе водой и отравленіе воздуха - защитой огнемъ и подкопами. Нечего говорить, что такое состояніе собственности было бы невозможно, такъ какъ постоянная война между сосѣдями должна была бы кончиться гибелью самого института собственности. Станемъ теперь на точку врѣнія неограниченнаго права собственности В. Еслибы ему позволить осуществлять всѣ послѣдствія его также неограниченнаго права собственности, то за нимъ слѣдовалс бы признать право не допускать, какъ посягательства на его собственность, такихъ послѣдствій дѣйствій А, которыя бы распространялись на его юридическую сферу. Тогда А не имѣлъ бы возможности ни топить своихъ печей, потому что дымъ отъ нихъ переходилъ бы на участокъ В, ни держать у себя птицъ и пчелъ, потому что и онѣ также могли бы перелетать на землю В, ни разводить у себя деревьевъ, ибо листья отъ нихъ могли бы падать на мѣсто чужой собственности. Понятно, что при такой замкнутости и заключеніи собственника въ тѣсный предѣлъ его юридической сферы, институтъ собственности точно также не могъ бы существовать, какъ и при чрезмѣрномъ расширеніи свободы дѣйствій собственника. - Что сталось бы, далѣе, съ человѣческимъ общежитіемъ, еслибы сопротивленіе одного лица могло помѣшать устройству желѣзной дороги, возведенію плотины, постройкѣ крѣ-

пости и другимъ общественнымъ предпріятіямъ, отъ которыхъ можетъ зависѣть благосостояніе милліоновъ людей и безопасность самого общества? Между тѣмъ такое сопротивленіе одного лица цѣлому обществу, угрожающее существованію послѣдняго, должно быть совершенно оправдано съ точки зрѣнія господствующей теоріи, такъ какъ она опираетъ существованіе собственности на индивидуальной волѣ собственника и провозглашаетъ при этомъ ея основнымъ принципомъ такъ наз. "неприкосновенность и святость права собственности".

Понятно, что эта неприкосновенность, ведущая къ послѣдствіямъ, не допустима въ общежитіи, не можетъ быть признана основнымъ принципомъ ни для какого права, такъ какъ всѣ права существуютъ для охраненія и развитія началъ, а не для стѣсненія ихъ.

Переходя отъ приведенныхъ общихъ соображеній къ положительному праву, мы видимъ, что и оно всюду и всегда признавало и признаетъ всевозможныя ограниченія собственности въ силу права сосѣдства, въ силу права экспропріаціи, принадлежащаго государству и вообще въ силу преимущества общественнаго интереса надъ частнымъ, преимущества, сознаніе котораго обусловливаетъ цѣлый рядъ случаевъ и такъ называемой гражданской экспропріаціи, когда собственникъ принуждается поступиться своимъ правомъ не

только передъ государствомъ, но также предъ частнымъ лицомъ, если только за послѣднимъ стоитъ общество, заинтересованное въ экспропріаціи перваго собственника. Обозрѣніе этихъ случаевъ гражданской экспропріаціи вы найдете въ моей цитированной выше книгѣ |вып. I стр. 91 - 100|, а объ ограниченіяхъ собственности по русскому праву мы будемъ говорить ниже. Но и приведенныхъ уже дедуктивныхъ основаній въ пользу этихъ ограниченій, кажется достаточно для убѣжденія, что неограниченная собственность не можетъ существовать и нигдѣ не существуетъ, что ограниченія ея основаны на соображеніяхъ общественнаго интереса и что содержаніе права собственности, вопреки господствующему взгляду, должно опредѣляться не индивидуальной волей собственника, а постановленіями закона, служащаго представителемъ общественнаго интереса.

2. Другой, никакъ не менѣе, если не болѣе важный недостатокъ господствующей теоріи собственности состоитъ въ томъ, что она разсматриваетъ ее, какъ единообразный институтъ, долженствующій примѣняться во всѣ времена, у всѣхъ народовъ и ко всѣмъ видамъ вещей, все въ одной и той же абсолютной формѣ квиритской собственности, въ какой онъ былъ заимствованъ европейской юриспруденціей у римской. Эта

тенденція подводитъ всѣ разнообразные виды собственности непремѣнно подъ одинъ и тотъ же типъ и разсматриваетъ послѣдній, какъ неизмѣнное основаніе экономическаго, общественнаго и даже нравственнаго порядка не только настоящей, но также прошедшей и даже будущей жизни всѣхъ народовъ, - эта тенденція господствующей юриспруденціи стоитъ въ видимой связи съ ея апріористическими пріемами изслѣдованія и слѣпымъ вѣрованіемъ въ различные абстрактные принципы, составляющіе, какъ бы, глубокое и философское основаніе института собственности. Я не имѣю времени входить въ разборъ этихъ произвольныхъ принциповъ, которые служатъ, между тѣмъ, исходными пунктами при конструкціи различныхъ теорій о происхожденіи и обоснованіи права собственности; обстоятельное изложеніе этихъ теорій, вмѣстѣ съ критической оцѣнкой, заканчивающейся ихъ полнымъ разрушеніемъ, вы найдете при желаніи въ курсѣ политической экономіи Вагнера, въ превосходномъ сочиненіи Лавеле "De la propriété et ses formes primitives" и, отчасти, въ моей первой книгѣ |ст. 100 - 112|. Для насъ важнѣе всего въ настоящую минуту показать, что институтъ собственности не имѣлъ никогда постояннаго характера, приписываемаго ему господствующей теоріей, а проходилъ, напротивъ, въ своемъ историческомъ развитіи черезъ множество формъ, различныхъ по степени ограниченій, налагаемыхъ на частныхъ лицъ, и по содержанію предо-

ставляемыхъ имъ правъ, содержанію, которое постоянно измѣняется вмѣстѣ съ различіемъ объектовъ собственности. Сверхъ же этихъ постоянныхъ перемѣнъ въ содержаніи собственности, мы замѣчаемъ столь же постоянныя измѣненія въ способахъ ея защиты, и это двойное разнообразіе формъ собственности, могущее одно только служить ключемъ къ правильному пониманію и преобразованію института собственности, доказывается съ полною очевидностью его исторіей, краткій очеркъ которой намъ будетъ полезнѣе, чѣмъ всѣ прочія разсужденія.

ИСТОРИЧЕСКІЙ ОЧЕРКЪ ИНСТИТУТА СОБСТВЕННОСТИ.

Благодаря изслѣдованіямъ такихъ историковъ права и культуры, какови: Найцъ, Мауеръ, Лавеле, Мэнъ, Лебокъ и другіе, мы знаемъ теперь достовѣрно, что самый важный видъ собственности, а именно-поземельная собственность - есть продуктъ продолжительнаго историческаго процесса развитія, что соціальная жизнь обходится долго безъ признанія этого института и приходитъ къ нему сравнительно въ позднее время. Пока человѣкъ живетъ охотой, рыболовствомъ, собираніемъ дикихъ плодовъ и травъ, онъ не можетъ думать объ освоеніи земли, потому что она ему не

нужна ни на что; онъ считаетъ своей не землю, а только вещь, которую онъ самъ захватитъ или создастъ собственными руками. Съ переходомъ человѣка къ пастушескому быту, земля получаетъ для него извѣстное значеніе, но лишь настолько, насколько она необходима для пастбищъ, которыми онъ, однако, не можетъ пользоваться одинъ вслѣдствіе постоянныхъ переселеній стада и ограниченности своихъ индивидуальныхъ средствъ, а пользуется вмѣстѣ съ цѣлыми обществами пастуховъ. Никому не приходитъ еще въ голову, чтобы отдѣльное лицо могло потребовать часть пастбищной земли исключительно для себя; условія пастушеской жизни дѣлаютъ такое требованіе въ большинствѣ случаевъ невозможнымъ. Съ установленіемъ земледѣльческаго быта, значеніе земли возрастаетъ, но она остается такъ же, какъ и прежде, въ неравдѣльномъ пользованіи всего общества; обработка пашенъ, эксплоатація лѣсовъ и угодій совершаются всею общиной сообща. Повднѣе земля, подлежащая обработкѣ, равдѣляется путемъ жребія между отдѣльными семействами, получающими на нее временное пользованіе, подчиненное вполнѣ праву на землю со стороны цѣлой общины, которая отбираетъ у владѣльцевъ время отъ времени розданные имъ участки для производства передѣловъ. Это - система общиннаго землевладѣнія, господствующая у насъ и понынѣ, система, оставившая

свои слѣды въ Индіи и въ Западной Европѣ, но пройденная германскими народами еще въ періодѣ Юлія Цезаря и Тацита, и наблюдаемая, наконецъ, до сихъ поръ у многихъ малайскихъ племенъ Остъ-Индскихъ и Австралійскихъ острововъ. Слѣдующая ступень въ историческомъ развитіи землевладѣнія составляетъ с е м е й н а я о б щ и н а, образующаяся при разложеніи сельской общины, вслѣдствіе большихъ промежутковъ времени, проходящихъ между передѣлами поземельныхъ участковъ, - такихъ промежутковъ, которые приводятъ въ результатѣ къ прекращенію этихъ передѣловъ и укрѣпленію общинныхъ первоначально участковъ въ постоянномъ владѣніи отдѣльныхъ семействъ. Владѣніе землею пріурочено здѣсь къ семьѣ, то есть, къ совокупности лицъ, происходящихъ отъ одного предка, живущихъ вмѣстѣ, обрабатывающихъ и пользующихся землею сообща, безъ исключенія другихъ членовъ семьи и безъ права распоряженія землею какъ и при сельской общинѣ. Отсюда уже, при разложеніи рода и другихъ одновременно дѣйствующихъ вліяніяхъ, возникаетъ и частная собственность на землю, представляющая собою не нѣчто данное само по себѣ, вложенное въ человѣческую природу, а ре-

---

вультатъ продолжительнаго историческаго процесса. Таковъ долженъ быть въ общихъ чертахъ всемірно-историческій ходъ развитія института собственности въ жизни человѣчества, а что онъ былъ дѣйствительно таковъ - это можно видѣть на цѣломъ рядѣ историческихъ свидѣтельствъ и наблюденій, за которыми я васъ отошлю къ сочиненіямъ Мэна, Мауера, Зибера, Ковалевскаго, Лавеле и друг. Собранныя въ этихъ сочиненіяхъ наблюденія не дѣлаютъ еще, правда, изъ намѣченной выше схемы развитія поземельныхъ отношеній - вполнѣ доказаннаго историческаго закона, но они подтверждаютъ ее съ различныхъ сторонъ и самымъ настойчивымъ образомъ, такъ что даютъ намъ право считать указанную схему если не закономъ, то, во всякомъ случаѣ, однимъ изъ наиболѣе общихъ изъ извѣстныхъ намъ соціальныхъ фактовъ. Означенныя наблюденія относятся частью къ состояніямъ, пройденнымъ уже нѣкоторыми народами, свидѣтельствуя, такимъ образомъ, въ ихъ исторіи о нѣсколькихъ послѣдовательныхъ фазахъ развитія, частью же, они относятся къ состояніямъ, проходимымъ еще въ настоящее время различными человѣческими расами, изъ которыхъ однѣ стоятъ на начальныхъ, другія - на послѣдующихъ ступеняхъ развитія. Такое обиліе и разнообразіе матеріала затрудняетъ только его выборъ, который я ограничу самыми выпуклыми свидѣтельствами.

Первоначальную стадію развитія, въ которой человѣкъ занимается только рыболовствомъ и охотой, проходятъ еще въ настоящее время многія народности, населяющія Америку, Австралію, Азію и острова Тихаго Океана. Вся туземная Америка была и отчасти находится и теперь въ состояніи настоящаго коммунизма. Въ Огненной землѣ нѣтъ до сихъ поръ недвижимой собственности: жители питаются, главнымъ образомъ, продуктами моря, и никто не владѣетъ для себя ничѣмъ, кромѣ лодки и принадлежностей рыбной ловли; всѣмъ остальнымъ - всѣ владѣютъ вмѣстѣ. У другихъ дикихъ племенъ Южной Америки, живущихъ, напримѣръ, по берегамъ Ориноко и въ Колумбіи, охота и рыбная ловля составляютъ также преимущественный родъ занятій, а земледѣліе является на второмъ планѣ и въ видѣ аксессуара. Поэтому мы видимъ и у нихъ общее владѣніе всего племени участками, назначенными для охоты и рыбной ловли, и полное отсутствіе идеи поземельной собственности. Совершенно то-же замѣчается и у краснокожихъ Сѣверной Америки, гдѣ обширныя пространства земли принадлежатъ нераздѣльно всѣмъ членамъ племени; всѣ пользуются одинаково охотой и рыбной ловлей, и всякій владѣетъ для себя только тою дичью и рыбой, которую онъ поймаетъ самъ. Занятія и обработка земли даетъ право только на ея продукты, и то въ видѣ пользованія, а не собственности, переходъ

который отъ одного лица къ другимъ индѣйцамъ вовсе неизвѣстенъ. Но особенно любопытны обычаи эскимосовъ, у которыхъ права общины такъ ярко выступаютъ, какъ нигдѣ: они распространяются у нихъ даже на предметы охоты и движимости, которые у другихъ народовъ стоятъ обыкновенно въ индивидуальномъ обладаніи. Эскимосы образуютъ между собою маленькія ассоціаціи, которыя живутъ часто въ общихъ жилищахъ и ограничиваютъ себѣ небольшіе участки, предназначаемые для общей эксплоатаціи. Правила, по которымъ производится эта эксплоатація, таковы: киты, моржи, медвѣди и всѣ большія животныя, овладѣть которыми одинъ человѣкъ бываетъ въ большинствѣ случаевъ неспособенъ, поступаютъ во владѣніе всей ассоціаціи и распредѣляются потомъ, равно какъ и части тюленя, служащаго топливомъ, между всѣми членами данной группы. Индивидуальное обладаніе ограничено только нѣсколькими необходимыми инструментами; излишекъ разсматривается неимѣющимъ собственника и поступаетъ къ другимъ; въ случаѣ потери или порчи чужихъ инструментовъ, эскимосъ не вознаграждаетъ заимодавца, потому что взаймы отдается только то, что не нужно. Но любители индивидуальной собственности могутъ и среди эскимосовъ выходить изъ участка, занятаго ассоціаціей, строить за ея границами себѣ особую хижину, которая будетъ уже всецѣло принадлежать

своему строителю, получающему, при этомъ, полную возможность охотиться и ловить рыбу лично для себя, на свой собственный страхъ. Вотъ, по истинѣ, остроумная ассоціація, обнаруживающая у мало развитыхъ эскимосовъ такое живое чувство солидарности, связанное съ такимъ уваженіемъ къ личности |нужно замѣтить что эскимосы вовсе не знаютъ войнъ и отличаются замѣчательнымъ добродушіемъ|, что Летурно, у котораго мы заимствуемъ настоящія свѣдѣнія, невольно замѣчаетъ, что большая часть европейцевъ, гордыхъ своими искусствами, наукой, цивилизаціей, стоятъ съ точки зрѣнія развитія общественнаго чувства, гораздо ниже эскимосовъ. Въ Австраліи, Полинезіи и другихъ мѣстахъ, обитаемыхъ представителями низшихъ человѣческихъ расъ, встрѣчается подобное же коммунистическое устройство, а въ новой Зеландіи и въ нѣкоторыхъ другихъ мѣстахъ оно соединяется еще съ коммунизмомъ женъ. Пріостанавливаясь въ перечисленіи этихъ мѣстъ и народностей, мы укажемъ только на одинъ замѣчательный фактъ: въ нѣкоторыхъ частяхъ Австраліи, въ Новой Каледоніи, Таити и другихъ Полинезійскихъ островахъ, рядомъ съ коммунистическимъ устройствомъ, существуетъ и частная собственность на землю, возникающая, по мнѣнію Летурно, вслѣдствіе отсутствія въ этихъ странахъ большихъ млекопитающихъ животныхъ. Но рядомъ съ этой причиной, тутъ

должны дѣйствовать и другія причины: разведеніе домашнихъ животныхъ, растительное питаніе, требующее обработки нѣкоторыхъ видовъ растеній и зерна. Все это, вмѣстѣ съ недостаткомъ большой охоты и другими неизвѣстными намъ причинами, вызвало институтъ частной собственности на землю среди самыхъ варварскихъ условій жизни, что и доказываетъ воочію несостоятельность того общераспространеннаго взгляда, который ставитъ всю человѣческую культуру въ зависимость отъ учрежденія частной собственности и утверждаетъ, что тамъ, гдѣ является одна, является и другая, а тамъ, гдѣ нѣтъ одной, нѣтъ и другой. Но мы сейчасъ видѣли частную собственность у дикарей, стоящихъ на самой низкой ступени развитія, а далѣе мы встрѣтимся съ народами, поднявшимися несравненно выше, но не выработавшими еще недвижимой собственности. Образцы, слѣдующіе за настоящей стадіей развитія, а именно - пастушескаго быта, - даютъ намъ также въ настоящее еще время многія монгольскія племена въ Азіи, нѣкоторые негры въ Африкѣ и пр. Пастбища у нихъ также недѣлимы, какъ недѣлимы лѣса у охотничьихъ племенъ; переселеніями стада обусловливается перемѣна пастбищъ, на которыя никто не устанавливаетъ частной собственности; стада остаются въ общемъ владѣніи всего племени. Отсюда масса коммунистическихъ привычекъ, наблюдаемыхъ у пас-

туховъ-монголовъ, у готтентотовъ, у нѣкоторыхъ арабовъ и т. д.—Переходя къ земледѣльческому быту, мы видимъ, какъ въ прошломъ, такъ и въ настоящемъ почти всѣхъ извѣстныхъ намъ народовъ, такое преобладаніе общинныхъ формъ землевладѣнія, что сравнительно съ ними порядокъ частной собственности является почти исключительнымъ явленіемъ. Беря прежде всего исчезнувшія цивилизаціи, мы находимъ, напримѣръ, въ Перу, этомъ царствѣ инковъ, достигшемъ, какъ извѣстно, значительнаго развитія господства патріархальнаго и автократическаго коммунизма. Вся земля была раздѣлена здѣсь на три части, изъ которыхъ одна принадлежала солнцу или кастѣ жрецовъ, другая—царю или инкѣ, и третья - народу. Послѣдній работалъ на всѣхъ и возделывалъ сначала земли жрецовъ, потомъ свои, начиная съ земель, предназначенныхъ для неспособныхъ: больныхъ, старыхъ, вдовъ и переходя отъ нихъ къ работѣ для себя; наконецъ, по окончаніи этихъ работъ, народъ приступалъ къ обработкѣ земли инковъ. Земля раздѣлялась ежегодно на жеребьевые участки, и при рожденіи ребенка каждый перуанецъ получалъ прибавку къ своему участку, который при уменьшеніи семьи подвергался соотвѣтствующему сокращенію. Словомъ, полнѣйшій коммунизмъ, не оставлявшій мѣсто частной собственности. Подобный же коммунизмъ существовалъ, вѣроятно, и въ Мексикѣ, указаніемъ

на что служатъ громадныя зданія въ 6 - 7 этажей, удивлявшія еще первыхъ завоевателей Мексики, и приспособленныя къ совокупной жизни нѣсколькихъ сотъ человѣкъ вмѣстѣ. Впрочемъ, здѣсь развились уже частныя владѣнія, подчиненныя, однако, верховной собственности ацтековъ, располагавшихъ ими на подобіе феодальныхъ сюзереновъ. Особенно поучительный примѣръ эволюціи землевладѣнія представляетъ Китайская имперія. Еще за 2200 лѣтъ до Рождества Христова Китай, бывшій уже земледѣльческимъ, раздѣлялся на общины, выбиравшія своихъ старшинъ и обработывавшія свои земли сообща. Остатокъ земли распредѣлялся между всѣми, готовыми обработать ее въ возрастѣ отъ 20 до 60 лѣтъ. Не смотря на различныя насилія, семьи земледѣльцевъ, еще въ 254 году до Рождества Христова, распредѣляли между собою пахатныя земли пропорціонально количеству рукъ. Но потомъ эти земли были скуплены или захвачены богатыми классами, начавшими передавать ихъ первымъ владѣльцамъ въ оброчное содержаніе и на аренду; однако, полной индивидуальной собственности въ Китаѣ не установилось и до сихъ поръ, такъ какъ настоящимъ господиномъ земли считается здѣсь императоръ, а за частными лицами признается только пользованіе. Такого же взгляда на землю |совладѣніе| держатся и всѣ магометанскіе народы, распространяющіе его и въ Африкѣ, гдѣ, впро-

чемъ они стоятъ болѣе всего на племенной собственности, дающей семьѣ пользованіе продуктами, но не право распоряженія землею. Этотъ порядокъ вообще чрезвычайно сроденъ семитскимъ народамъ и восходитъ у нихъ къ глубокой древности, т.к. еще греческій писатель Діодоръ свидѣтельствуетъ о его существованіи въ счастливой Аравіи, гдѣ сельскія общины вознаграждали каждаго изъ своихъ членовъ, соотвѣтственно съ его трудомъ. Извѣстно также, что и у древнихъ евреевъ земля была въ коллективномъ владѣніи отдѣльныхъ семействъ, которыя распоряжались ею только въ промежуткѣ между передѣлами земель, имѣвшими мѣсто черезъ каждыя 50 лѣтъ. Едва наступалъ день передѣла, какъ всѣ прежнія продажи земель уничтожались; приливъ коммунистической волны возвращалъ свободу тысячамъ рабовъ, и земля подвергалась новому дѣлежу на слѣдующія 50 лѣтъ. Далѣе, общее владѣніе землею встрѣчается и у нѣкоторыхъ негритянскихъ племенъ, вступившихъ въ землевладѣльческій бытъ. Такъ, напримѣръ, у кафровъ земля считается принадлежащей племени, но обрабатывается имъ не сообща. Глава племени раздѣляетъ ежегодно обрабатываемую землю между отдѣльными семействами, которыя, изолируясь другъ отъ друга, возделываютъ зерно для себя, растираютъ его между камнями и питаются имъ. На слѣдующій годъ происходитъ передѣлъ земли, и этотъ обычай путешес-

венники наблюдаютъ у многихъ африканскихъ племенъ. Подобное же общее владѣніе землею встрѣчается и въ Австраліи и на многихъ островахъ океана, но самые замѣчательные примѣры развитой поземельной общины представляютъ намъ до сихъ поръ, внѣ европейской полосы, общины въ Индіи и на нѣкоторыхъ изъ Малайскихъ острововъ, въ особенности на островѣ Ява. До появленія англичанъ, индійцы и не подозрѣвали того, что земля можетъ отвѣчать за долги ея владѣльца; отчужденіе, наемъ и наслѣдованіе по землѣ имъ были совершенно неизвѣстны вслѣдствіе того, что индійская деревня была и остается въ нѣкоторыхъ частяхъ и теперь |въ Пенджабѣ| сельскою общиною, члены которой обрабатываютъ землю сообща и дѣлятся между собою ея продуктами. Теперь это устройство перешло, большею частью, въ семейную общину; участки пахатной земли остались въ наслѣдственномъ владѣніи отдѣльныхъ семействъ, подчиненныхъ деспотическимъ патріархамъ. Впрочемъ, лѣса и необработанныя земли остаются еще во владѣніи сельской общины, имѣющей своего главу. Лучше, чѣмъ въ Индіи, удержалась поземельная община въ Афганистанѣ, гдѣ черезъ каждые пять или десять лѣтъ, смотря по мѣсту, земля передѣляется на равныя части между всѣми семействами даннаго племени, которымъ предоставляется обмѣнивать свои участки другъ съ другомъ,

но не съ посторонними племени семействами. Еще лучше удержалась поземельная собственность на островѣ Ява, гдѣ устройство ея представляетъ поразительныя аналогіи съ нашей мірской общиной |см. Лавеле|. Благопріятнымъ же вліяніемъ этого устройства объясняется замѣчательный ростъ народонаселенія на островѣ Ява, гдѣ сто лѣтъ тому назадъ было два милліона жителей, а теперь ихъ болѣе 17 милліоновъ. Наконецъ, еще и, можетъ быть, важнѣйшій примѣръ общиннаго устройства, указывающій уже прямо на то, что общинная форма землевладѣнія существуетъ вездѣ и всюду предшествуетъ порядку частной собственности, - представляетъ состояніе Европы передъ римскимъ завоеваніемъ. Общинное устройство существовало здѣсь болѣе или менѣе повсюду, такъ какъ Діодоръ Сицилійскій разсказываетъ о нѣкоторыхъ кельтахъ, какъ они раздѣляли ежегодно землю для обработки, обрабатывали ее сообща и дѣлились между собою ея продуктами, Страбонъ говоритъ о долматахъ, что дѣлежъ земель происходитъ у нихъ черезъ каждыя восемь лѣтъ; Юлій Цезарь реферируетъ подробно о семейныхъ общинахъ въ Аквитаніи и, наконецъ, Тацитъ свидѣтельствуетъ объ общинномъ устройствѣ древнихъ германцевъ. Кромѣ этихъ свидѣтельствъ, многіе памятники средневѣковаго быта и нѣкоторые слѣды его, сохранившіеся до нашихъ дней, не оставляютъ болѣе ни малѣйшаго сомнѣнія въ

томъ, что древніе германцы не знали частной собственности, а жили сначала родовыми, потомъ - сельскими и, наконецъ, семейными общинами. Земля дѣлилась на равные участки, которые распредѣлялись по жребію и подвергались затѣмъ періодическимъ передѣламъ. Въ частномъ обладаніи стояли только усадьбы и огороженныя мѣста, передававшіяся по наслѣдству; но завѣщанія и наслѣдованія по землѣ не существовало. Общинная земля называлась"маркой" и обнимала собою пахатныя земли, лѣса и воды; семейства имѣли въ нихъ только право пользованія. То же самое имѣло мѣсто въ Англіи, гдѣ земля, принадлежащая общинѣ, раздѣлялась на три, или лучше сказать, на четыре части. Первая, составлявшая собственно деревню, - township состояла изъ дворовъ или усадьбъ, которые считались собственностью отцовъ семействъ или членовъ общины, передававшихъ ихъ по наслѣдству изъ рода въ родъ. Вторую часть составляла пахатная земля, которая обрабатывалась по системѣ трехпольнаго хозяйства, распредѣлялась по участкамъ путемъ жребія между членами общины въ ихъ пожизненное пользованіе или на болѣе короткій срокъ пользованія, подвергаясь затѣмъ передѣлу. Община пользовалась при этомъ правомъ пастьбы и на распредѣленныхъ между ея членами участкахъ пахатной земли, послѣ снятія съ нихъ жатвы, и на участкахъ, оставляемыхъ подъ

паромъ. Третью часть общинной земли составляли луга, пользованіе которыми было подчинено тому же порядку какъ и пользованіе пахатью; они распредѣлялись и передѣлялись путемъ жребія между отдѣльными членами общины, но будучи скошены, подлежали общему пользованію со стороны всей общины. Наконецъ, четвертая и послѣдняя часть общинной земли состояла изъ земель необрабатываемыхъ и лѣсовъ, въ которыхъ вся община могла упражнять права пастбища, собиранія плодовъ и рѣвни лѣса и т. д. | Williams, Rights of common |. Слѣды такого общиннаго быта сохранились, какъ извѣстно, во многихъ частяхъ Европы еще въ наши дни. Такъ, напримѣръ, въ Ломбардіи можно встрѣтить и теперь сельскія ассоціаціи, которыя состоятъ изъ четырехъ или пяти хозяйствъ, занимаютъ общія помѣщенія и подчиняются избранному главѣ | viggito= re | и хозяйкѣ | massaia |. Въ Англіи также существуютъ сельскія ассоціаціи, члены которыхъ не могутъ продавать своихъ частей безъ согласія общины. Право общаго пастбища на пахатныхъ земляхъ послѣ снятія съ нихъ жатвы сохраняется еще теперь въ Норфолькѣ, въ Инкольнѣ, Іоркѣ и другихъ графствахъ подъ названіемъ common of shack; право же пастьбы на лугахъ въ продолженіе извѣстной части года составляетъ до сихъ поръ общее явленіе, а земли, которыя ему подчинены, называются Lam=

Lammas lands отъ имени праздника св. Петра, который зовется въ Англіи Lammas day |I|I3| Августа| и открываетъ собою періодъ общаго пастбища. Кромѣ того существованіе сельской общины въ ея цѣломъ съ раздѣленіемъ земель на участки и общинными способами обработки, удостовѣрено въ I868 году въ приходѣ Вамитона авторомъ вышецитированнаго лучшаго сочиненія объ общинныхъ правахъ въ Англіи |Вильямсъ|. Вполнѣ независимое право древней общины на землю было, конечно, потрясено въ Англіи, какъ и во всей остальной Западной Европѣ, установившимся въ ней феодальнымъ строемъ. Но сохраненіе внутренней организаціи древней общины до нашихъ дней свидѣтельствуютъ ясно о томъ, что предполагаемое ею общинное землевладѣніе существовало здѣсь несомнѣнно и предшествовало установленію новаго порядка поземельныхъ отношеній. Въ Ирландіи сельскія общины съ ежегоднымъ передѣломъ и общимъ трудомъ держались до царствованія Якова I, Нѣсколько маленькихъ острововъ около Великобританіи обрабатываются и теперь подъ управленіемъ священника и совѣта изъ I2 старшинъ. Германская марка также удержалась въпесчаной части Нидерландъ и въ нѣкоторыхъ изъ Швейцарскихъ кантоновъ, гдѣ она извѣстна подъ именемъ allmende и находится въ совершенно цвѣтущемъ состояніи |см. Лавеле|. Раздѣлъ общин-

ныхъ имуществъ во Франціи совершился только въ 1793 году, въ силу извѣстнаго декрета Національнаго Конвента. Въ средневѣковой же Франціи семейныя общины были чрезвычайно распространенны. "Это обычай, которому слѣдуетъ почти вся Франція", писалъ въ XII вѣкѣ Otton de Frisingen "отдавать старшему изъ дѣтей все отцовское наслѣдіе и ставить всѣхъ остальныхъ дѣтей въ положеніе вассаловъ относительно перваго". Beaumanoir, извѣстный юристъ и авторъ сборника "Coutumes de Beauvoisis" XIII вѣка описалъ первый устройство этихъ общинъ и засвидѣтельствовалъ существованіе ихъ въ провинціи Vermandois; онѣ засвидѣтельствованы также въ Нормандіи, Анжу, Менѣ, Туреннѣ, Пуату, Франшъ- Конте, въ Шампани, Эльзасѣ и т.д. Наконецъ, эти общины были перенесены даже въ государства, основанныя крестоносцами на востокѣ: до такой степени они были въ нравахъ времени, представляя, вмѣстѣ съ тѣмъ, и важныя преимущества въ сельскохозяйственномъ отношеніи. Ассоціація оживляла культуру, дѣлала ее болѣе активной; постоянство владѣнія въ однѣхъ рукахъ, неотчуждаемость его-имѣли послѣдствіемъ такое же постоянство культуры, и многіе французскіе писатели выражаютъ мнѣніе, что, не будь этихъ общинъ, возвышенность департамента Юры и многія другія мѣстности не были бы совсѣмъ обработаны. Этимъ объясняется поддержка,

которой пользовались постоянно такія общины, какъ со стороны феодальныхъ владѣльцевъ, такъ и центральной власти; въ концѣ XIII вѣка они были очень еще многочисленны и исчезли лишь съ великой революціей. Такія общины были не менѣе распространены и въ Германіи, гдѣ онѣ выступили съ характеромъ патріархальной семьи, глава которой управлялъ ея имуществомъ, выступалъ на судѣ отъ имени всѣхъ ея членовъ, представляя ее и во всѣхъ другихъ случаяхъ, платя ея долги, повинности и т. д. Онъ обязанъ былъ также предоставлять каждому жилище и пищу въ общемъ помѣщеніи и отсчитываться въ своемъ управленіи передъ семейнымъ совѣтомъ, облеченнымъ большой властью. Этотъ совѣтъ одобрялъ браки и отчужденіе имуществъ, назначалъ опекуновъ къ малолѣтнимъ дѣтямъ, заключалъ процессы мировыми сдѣлками; отправлялъ право мести и т.д. Общность имущества выражалась тутъ многочисленными признаками: согласіе родственниковъ было необходимо для всѣхъ отчужденій, кромѣ случаевъ отчужденія, совершаемаго по крайней нуждѣ; ближайшіе родственники имѣли право выкупа въ теченіе года и дня съ момента совершившагося отчужденія; женщины до XVI вѣка не участвовали въ наслѣдствѣ, и раздѣлъ имущества былъ затрудненъ вообще всевозможными средствами, а особенно - требованіемъ необходимаго для этого единогласія. Эти средневѣковые обычаи сохра-

нихись до новаго времени, и мы встрѣтимся еще съ ними при обозрѣніи нѣкоторыхъ особыхъ видовъ собственности у насъ и на Западѣ. Но кромѣ остатковъ семейной общины, мы узнаемъ еще изъ читаннаго недавно извѣстнымъ французскимъ экономистомъ Бодрильяромъ въ Академіи Наукъ доклада о земледѣльческомъ населеніи въ Бретани, что тамъ имѣется уголокъ, въ которомъ до сихъ поръ уцѣлѣло не только семейное, но и чисто общинное землевладѣніе. Этотъ уголокъ занимаетъ богатую торфомъ долину въ 8000 гектаровъ земли и состоитъ въ нераздѣльномъ владѣніи 17 коммунъ, жители которыхъ занимаются добываніемъ торфа. Завѣдываніе этой общинной землей находится въ рукахъ синдиката муниципальныхъ совѣтовъ всѣхъ 17 коммунъ, изъ которыхъ каждый посылаетъ въ него одного делегата. Добываніе торфа на общинной землѣ свободно для всѣхъ членовъ союзныхъ общинъ, но съ обязательствомъ вносить по 50 сантимовъ отъ каждаго вырытаго кубическаго метра въ общинную кассу. Попытка замѣнить этотъ коллективный режимъ частнымъ землевладѣніемъ была встрѣчена такимъ сопротивленіемъ, что отъ осуществленія ея пришлось рѣшительно отказаться.

Мы должны сказать, наконецъ, что, не взирая на крайне неблагопріятное отношеніе Code civil къ сельской и семейной общинѣ, послѣдняя сохраняется до сихъ поръ у французскихъ басковъ, согласившихся молчаливо обходить законъ и передавать все семейное имущество нераздѣльно изъ рода въ родъ. Наслѣдникомъ выступаетъ тутъ постоянно одинъ старшій въ родѣ, который только управляетъ имуществомъ, но не распоряжается имъ, а если старшимъ въ родѣ является дѣвочка, то наслѣдуетъ она, и, ни въ какомъ случаѣ, не оставляетъ дома: при замужествѣ она не только не мѣняетъ своей фамиліи, но передаетъ ее мужу, который не беретъ жену, а входитъ, напротивъ, самъ въ ея семью. Такой же обычай существуетъ въ настоящее время и въ Японіи, свидѣтельствуя и здѣсь о присутствіи семейной общины. Но вполнѣ классическими образцами семейной общины служатъ въ настоящее время: сербская задруга, управляемая своимъ господаремъ, какъ родоначальникомъ, также сохранившаяся до сихъ поръ родовыя общины въ Босніи, Герцеговинѣ, Болгаріи, Черногоріи и у другихъ южныхъ славянъ. Описаніе этихъ общинъ вы найдете во многихъ сочиненіяхъ и даже въ учебникѣ Побѣдоносцева, а потому я не буду распространяться о нихъ, порекомендовавъ вамъ особенно для этого вопроса послѣднюю книгу Мэна" Early Law and Customs" гдѣ ему посвяще-

на одна большая глава, освѣщающая данныя, которыя собраны по исторіи славянскихъ общинъ, бывшимъ профессоромъ Новороссійскаго университета Богишичемъ. Что касается сельской общины, то классическій образецъ ея представляетъ, какъ извѣстно, Россія, гдѣ нѣсколько десятковъ милліоновъ людей пользуются ею въ продолженіе многихъ столѣтій. Съ нею мы встрѣтимся еще послѣ, а теперь-нѣсколько словъ о древне-классическомъ мірѣ, о которомъ до сихъ поръ не упоминалось. Исторія Греціи и Рима также не представляетъ исключенія изъ общаго историческаго закона, по которому общинное и родовое землевладѣніе предшествуетъ всюду порядку частной собственности. Мэнъ, Жиро, Фюстель-де-Куланжъ, авторъ сочиненія, переведеннаго и на русскій языкъ подъ заглавіемъ "Древняя община" | la cité antique | и другіе утверждаютъ, что земля принадлежала первоначально какъ въ Римѣ, такъ и въ Греціи, родовымъ общинамъ и была неотчуждаема. Превосходная работа Viollet, . Caractère collectif des premières propriétés immobilières. | Bibliotheque de l'ecole des Chartes - XXIII; русскій переводъ въ юридическомъ вѣстникѣ за 1882 годъ | не оставила въ этомъ отношеніи болѣе никакихъ сомнѣній. Но есть сильныя основанія думать, что родовой общинѣ предшествовалъ какъ въ Греціи, такъ и

въ Римѣ еще болѣе широкій коммунизмъ. О немъ свидѣтельствуетъ Аристотель, а существованіе во многихъ городахъ и островахъ Греціи общественныхъ столовыхъ, содержавшихся на доходы съ большого фонда общинныхъ земель,-служитъ прямымъ указаніемъ на такой коммунизмъ. Религіозный оттѣнокъ этого обычая не-уменьшаетъ его доказательной силы, такъ какъ на первыхъ стадіяхъ развитія религія и право не отдѣляются, и общественныя столовыя были въ одно время религіознымъ обрядомъ и гражданскимъ институтомъ. Онѣ не только не исключали общности въ землевладѣніи, какъ это думаетъ Фюстель-де-Куланжъ, но необходимо предполагали ее, такъ какъ общность въ пользованіи плодами, результатомъ не можетъ быть объяснена иначе, какъ общностью права на производящій факторъ этихъ плодовъ, на землю. Этотъ фактъ, поразившій еще Неарха, генерала Александра Македонскаго, въ индійской деревнѣ, не ускользнулъ отъ вниманія Аристотеля, который и отмѣтилъ его въ своемъ трактатѣ о политикѣ въ слѣдующихъ словахъ: "Въ Спартѣ и Критѣ законодатель установилъ общественныя столовыя и общность имущества". Далѣе, онъ же свидѣтельствуетъ, что преданіе о раздѣлѣ земель, совершавшемся по жребію, сохранилось еще въ Спартѣ, въ Коринѳѣ, въ Левкидѣ, въ Ивикладахъ, въ Липаріи, на Малоазіатскихъ островахъ, въ Сардиніи, причемъ время

этого раздѣла относится вовсе не къ глубокой древности. Платонъ относитъ его ко времени покоренія Пелопонеса Дорійцами; Плутархъ, напротивъ, утверждаетъ, что имущественное неравенство и число должниковъ было очень значительно прежде, чѣмъ Ликургъ установилъ общее равенство, раздѣливъ Лакедемонъ на 30 тысячъ и территорію Спарты на 9,000 участковъ, дающихъ одинаковый доходъ и достаточныхъ для прокормленія въ каждомъ изъ нихъ одной семьи. Какъ ни противорѣчивы эти извѣстія, но умолчаніе о вмѣшательствѣ и безпорядкахъ, которые сопровождали бы подобные раздѣлы земель, свидѣтельствуютъ объ обычности такихъ раздѣловъ и о независимости ихъ отъ законодательнаго произвола. Когда же эти преданія, довольно уже ослабленныя къ концу героическаго періода Греціи, были потомъ почти забыты, семейная община все таки пережила ихъ. Платонъ въ своемъ сочиненіи "*Leges*" говоритъ: "Я, въ качествѣ законодателя провозглашаю, что ни ваша жизнь, ни ваше имущество не принадлежатъ вамъ; они принадлежатъ вашей семьѣ въ прошломъ и будущемъ". Въ Спартѣ дѣти обыкновенно продолжали жить въ домѣ отца и послѣ смерти послѣдняго. Отсутствіе завѣщанія и запрещеніе отчужденій, встрѣчающееся очень часто въ городахъ Греціи, имѣли цѣлію не только поддержать равенство въ имуществѣ, но и обезпеченіе его за семьей. Болѣе точныя свѣ

дѣнія мы имѣемъ о семейной общинѣ въ Аѳинахъ. "Собственность, говоритъ Dareste [Le droit grec], не имѣла тамъ современнаго характера индивидуальнаго обладанія; она принадлежала семьѣ сочетаніемъ естественнаго чувства и общаго интереса". Общее обладаніе между лицами одного происхожденія существовало въ Аѳинахъ въ трехъ степеняхъ: фратрія, родъ и семья. Фратрія была **большой общиной, члены которой** были связаны союзами религіознымъ и гражданскимъ: она владѣла нераздѣльно землями, которыя отдавали въ аренду иностранцамъ, имѣла особыхъ боговъ и особое мѣсто, посвященное для ихъ чествованія. Въ день этого чествованія всѣ члены фратріи садились за одинъ столъ и записывали въ особыя списки имена новорожденныхъ и усыновленныхъ въ послѣдній годъ дѣтей. Съ этого момента они принадлежали общинѣ и участвовали въ ея культѣ: если рожденіе ихъ оспаривалось, фратрія приносила имъ свое свидѣтельство; если они погибали насильственною смертію, фратрія приходила на помощь ихъ ближайшимъ родственникамъ въ дѣлѣ мести за ихъ смерть; въ случаѣ отсутствія ближайшихъ наслѣдниковъ, фратрія наслѣдовала также имуществу всѣхъ своихъ членовъ. Фратрія раздѣлялась на роды, которые римляне называли gentes и которые составляли вторую степень имущественнаго общенія въ Греціи. Члены этихъ родовъ обожали также

общихъ боговъ, имѣли общій алтарь, общую гробницу, общій домъ для собраній, предсѣдательствуемыхъ архонтами. При отсутствіи ближайшихъ родственниковъ, они пользовались взаимнымъ правомъ наслѣдованія и обязаны были взаимной помощью въ отправленіи кровной мести. Наконецъ, ближайшее родство связывало лицъ, живущихъ въ одномъ домѣ; они не только были ближайшими наслѣдниками умершаго и непосредственными мстителями за его смерть, но и связывались съ нимъ настоящимъ общеніемъ въ имуществѣ. Доказательствомъ этого служатъ затрудненія, которыми законодательство Солона связало свободное распоряженіе имуществомъ: отчужденіе земель было запрещено подъ угрозой строжайшихъ наказаній; завѣщаніе, до того совершенно запрещенное, было дозволено только лицамъ, не имѣющимъ сыновей,-отцовское наслѣдіе оставалось нераздѣльнымъ; дочь наслѣдовала только при отсутствіи сына и оставалась безвщитной противъ лишающаго ее наслѣдства завѣщанія; ближайшіе родственники за исключеніемъ братьевъ и восходящихъ могли требовать женитьбы на ней и пріобрѣтать такимъ образомъ ея наслѣдство, еслибы ей пришлось для этого и развестись съ настоящимъ мужемъ. Затѣмъ недвижимыя имущества были обложены прогрессивнымъ налогомъ и платили еще извѣстный процентъ со своей стоимости при всякомъ переходѣ изъ рукъ въ руки;

Кромѣ того, богатые собственники должны были занимать должности, отправленіе которыхъ стоило большихъ денегъ. При этомъ рядомъ съ собственностью здѣсь сохранились обычаи явно носящіе коммунистическій характеръ: такъ, напримѣръ, казна справляла приданое для бѣдныхъ невѣстъ; хлѣбъ продавался по низкой цѣнѣ и часто роздавался и даромъ; ежедневно давались театральныя представленія, на которыхъ могъ присутствовать всякій, не платя денегъ. Нельзя, наконецъ, не видѣть указаній на коммунистическое устройство и въ нѣкоторыхъ изъ извѣстныхъ привычекъ Лакедемонянъ, какъ напримѣръ, въ дозволеніи пользоваться лошадьми, собаками и инструментами сосѣдей, какъ собственными вещами, если только хозяева не употребляли ихъ сами и т. д. Только съ Пелопонесской войны появились въ Спартѣ завѣщанія, недвижимая собственность и скопленіе послѣдней въ немногихъ рукахъ, что значительно способствовало ея паденію. Изъ всего сказаннаго видно, что государство въ Греціи вовсе не было тѣмъ абстрактнымъ лицомъ, которое не вмѣшивалось ни въ чьи дѣла и что догма собственности и тутъ тоже не была такъ прочна и независима, какой она стала впослѣдствіи.

Что касается Италіи и Рима, то общинное и семейное землевладѣніе оставили и здѣсь многочисленные слѣды, какъ въ легендахъ, такъ и въ историческихъ свидѣтельствахъ. Обычай общественныхъ сто-

ловыхъ восходитъ въ Италіи, по Аристотелю, къ глубокой древности. "Italus, говоритъ онъ," убѣдилъ пастуховъ предаться сельскому хозяйству и установилъ среди нихъ, между другими законами, и обычай общественныхъ столовыхъ; многіе, происшедшіе отъ нихъ, народы удержали этотъ обычай и въ позднѣйшее время." Денисъ Галикарнасскій говоритъ о позднѣйшей эпохѣ слѣдующее:" Куріи совершали со своими жрецами публичныя жертвоприношенія, и члены куріи въ дни праздниковъ ѣли вмѣстѣ въ общемъ куріатскомъ домѣ; всякая курія имѣла садъ, предназначенный для общихъ трапезъ, и существовалъ даже, какъ въ Греціи, одинъ домъ, гдѣ устраивались трапезы, общій всѣмъ куріямъ." Далѣе, этрусское преданіе возводитъ къ Юпитеру раздѣленіе земли между первыми поселенцами Этруріи, и латинскіе поэты воспѣвали, какъ извѣстно, съ особымъ удовольствіемъ тотъ золотой вѣкъ, когда люди обрабатывали сообща землю и пользовались нераздѣльно какъ ею, такъ и всѣми ея продуктами. Такъ говорили объ этомъ времени Лактансъ, Горацій, Юстинъ, и этотъ послѣдній указывалъ еще на сатурналіи,- въ которыхъ рабы допускались къ столу ихъ господъ,- какъ на воспоминаніе о первоначальномъ равенствѣ. Болѣе тѣсное общеніе между членами gens и семьи возникло въ Италіи, вѣроятно, также до основанія Рима, и Моммзенъ указываетъ, что каждый городъ или округъ

долженъ былъ образоваться изъ извѣстнаго числа небольшихъ общинъ, населявшихъ одну и ту же мѣстность и принадлежавшихъ къ одной и той же семьѣ". |Römische Geschichte I| . Что касается самаго Рима, то распредѣленіе общихъ земель происходило здѣсь съ самаго древняго времени, и историческіе мины приписываютъ ихъ древнѣйшимъ царямъ. Въ республиканскій періодъ громадное количество земель составляло также, подъ именемъ ager publicus, общественную собственность, пока ею не завладѣли патриціи, которымъ содѣйствовали въ этомъ дѣлѣ преторы и другія должностныя лица, принадлежавшія долго къ ихъ же классу и облекавшія захваты своего сословія въ законныя формы. Но при первомъ распредѣленіи ager publicus обладаніе ихъ владѣльцевъ не имѣло характера индивидуальной собственности; оно, напротивъ, долго носило печать общаго права. Первый раздѣлъ былъ произведенъ не поголовно, а, вѣроятно, по числу gentes, при чемъ земля была раздѣлена на столько участковъ, сколько было gentes, и члены каждой gens владѣли доставшимся имъ участкомъ сообща. Это, конечно, только предположеніе, потому что ни права, ни самый характеръ gens до сихъ поръ еще не вполнѣ выяснены. Все, однако, и этимологія, и свидѣтельство римскихъ писателей, и удержавшіяся впослѣдствіи переживанія, заставляютъ предполагать, что gens была такъ же, какъ

въ Индіи и Греціи, союзомъ лицъ, исходившихъ отъ общихъ предковъ и составлявшихъ ассоціацію въ ея первоначальномъ единствѣ. Между членами gens все было общее: и имя, и фамилія, и гробницы, и домашняя юрисдикція, и имущественные интересы; отсюда и право наслѣдованія между gentiles, и опека ихъ надъ членами gens, объявленными безумными и расточительными, а также - надъ малолѣтними и женщинами. На общность права указываютъ еще слѣдующія обстоятельства: одинъ законъ, относимый къ царскому періоду, предписывалъ, чтобы каждый сынъ вносился въ списки ценза и участвовалъ въ военной повинности соразмѣрно съ имуществомъ отца; онъ назывался наслѣдникомъ suus, т. е. своимъ наслѣдникомъ, такъ какъ имѣя право на имущество и при жизни отца, по смерти послѣдняго, онъ наслѣдовалъ не ему, а какъ бы самому себѣ. Правда, онъ могъ быть лишенъ наслѣдства, такъ какъ отецъ имѣлъ надъ нимъ право жизни и смерти; но экгередація должна была быть формальной; наконецъ, названіе consortes, обозначавшее родственниковъ, выражало также идею общности въ имуществѣ. Всѣ приведенныя положенія не могутъ быть объяснены безъ предположенія о первоначальной общности въ имуществѣ, которая и есть, конечно, ихъ настоящій источникъ. Можетъ быть, даже эта общность имущества между gentiles-продолжа-

лась болѣе времени, чѣмъ это обыкновенно принимается. Она прекратилась по Моммвену при Сервіи Тулліи, а по мнѣнію другихъ [Niebuhr], — при Нумѣ Помпиліи. Но право наслѣдованія со стороны gentiles существовало еще въ концѣ республики и только во второмъ вѣкѣ христіанской эры мы встрѣчаемся съ утвержденіемъ Гая о совершенномъ уничтоженіи jus gentium. Что касается ager publicus, то немногіе изъ нихъ не переходили въ частную собственность вплоть до позднѣйшихъ императоровъ и, не смотря на все развитіе dominium ex jure Quiritium, въ римскомъ правѣ долго удержались еще воспоминанія о первоначальномъ общеніи въ землевладѣніи. Много уже разъ замѣчалось, что mancipatio, этотъ важнѣйшій актъ древне - римскаго права, примѣнялась первоначально только къ движимымъ вещамъ, а именно - къ рабочему скоту, и что лишь впослѣдствіи она была распространена и на недвижимую собственность. Но что можно вывести изъ этого наблюденія, какъ не то, что отчужденіе рабочаго скота было болѣе древнимъ правомъ, чѣмъ отчужденіе земли, существовавшимъ при томъ въ такое время, когда не могло быть и рѣчи о переходѣ поземельныхъ участковъ изъ рукъ въ руки, потому что отдѣльныя лица владѣли ими, какъ члены общины, а не какъ единовластные собственники. Можетъ быть, древнѣйшее римское право тѣмъ и реагировало противъ подобныхъ отчужденій, что создало въ формѣ манципаціи

единственный способъ передачи собственности, приложимый только къ движимостямъ, которыя могли быть схвачены рукою. Позднѣе, и для того, чтобы обойти эту неотчуждаемость недвижимой собственности, римскіе юристы, какъ говоритъ Іерингъ, и изобрѣли обрядъ in jure cessio, состоявшій въ томъ, что преторъ произносилъ рѣшеніе въ пользу покупщика на основаніи фиктивной rei vindicatio, предъявленной имъ къ продавцу, - а разрѣшеніе манципировать недвижимости было установлено лишь законодательствомъ XII таблицъ. Эта гипотеза находитъ блистательное подтвержденіе въ препятствіяхъ, которыми римское право до самаго послѣдняго періода своего развитія окружало отчужденіе недвижимыхъ имуществъ. Res mancipi, то есть недвижимости и движимости, наиболѣе необходимыя для сельскаго хозяйства, не могли быть отчуждаемы иначе, какъ посредствомъ формальнѣйшихъ актовъ - mancipatio и in jure cessio; срокъ давности по usucapio былъ болѣе продолжительный для недвижимостей, чѣмъ для движимостей; и женщина, находившаяся подъ постоянной опекой, не могла распорядиться своими res mancipi безъ auctoritas опекуна. Первыя два изъ приведенныхъ положеній были отмѣнены только при Юстиніанѣ, а третье продолжало дѣйствовать и послѣ него, вплоть до уничтоженія института постоянной опеки надъ жен-

щиной. Затѣмъ, переданная намъ юристомъ Павломъ формула интердикціи показываетъ, что цивильное право поражало имущественной неспособностью только того, кто расточалъ имущество предковъ; а когда эдиктъ претора распространилъ это запрещеніе на всякое имущество, какого бы происхожденія оно ни было, то древняя идея опять выразилась въ самой организаціи устанавливаемаго надъ расточителемъ попечительства: расточая имущество своихъ предковъ, онъ получалъ въ попечители своихъ агнатовъ, заинтересованныхъ въ сохраненіи этого имущества. Само общественное мнѣніе осуждало людей, не умѣвшихъ сохранять свое недвижимое имущество. Цицеронъ упрекаетъ въ этомъ Брута и Ситія, а Кай-Антоній, оспаривавшій у Цицерона консулатъ, былъ изгнанъ изъ сената за то только, что продалъ свои земли. Изъ того же принципа и, подтверждая ту же гипотеву, вытекали также ограниченія права завѣщанія и мѣры, принятыя противъ того, чтобы женщина не пріобрѣтала отцовскаго имущества и не выносила его при замужествѣ изъ своей семьи. Ничто не позволяетъ думать, чтобы право, предшествующее изданію XII таблицъ, разрѣшало завѣщанія въ пользу лицъ, постороннихъ завѣщателю; а законодательство XII таблицъ дозволяло завѣщанія лишь подъ условіемъ согласія на нихъ народа, собраннаго въ коммиціяхъ.

Въ 586 году отъ основанія города Рима lex Voconia запретилъ лицамъ, владѣющимъ состояніемъ свыше 100,000 ассовъ, назначать себѣ наслѣдницъ женщинъ, а если женщина была дочерью завѣщателя, то законъ не разрѣшалъ назначать ей болѣе извѣстной части его имущества. Практика, вдохновленная тѣми же идеями и поддержанная даже преторскимъ правомъ, исключала, далѣе, изъ наслѣдства агнатовъ мужского пола всѣхъ агнатовъ женскаго пола, кромѣ однѣхъ сестеръ, и это исключеніе практиковалось до самаго Юстиніана, хотя законъ Voconia пересталъ уже давно примѣняться. Наконецъ, въ классическій періодъ римской юриспруденціи установился еще родъ выкупа проданной земли или, по крайней мѣрѣ, преимущественной покупки въ пользу родственниковъ продавца. Малолѣтній, имущество котораго было продано съ публичнаго торга, имѣлъ право требовать его назадъ, если только онъ могъ доказать, что имѣлъ интересъ въ его пріобрѣтеніи, и что оно, напримѣръ, досталось ему отъ предковъ. Точно также, въ случаѣ продажи имущества несостоятельнаго должника, римское право признавало право преимущественной покупки сначала за кредиторомъ должника, а потомъ и за его когнатами. Всѣ эти положенія и все вообще вліяніе родового начала на юридическое и общественное положеніе римскихъ гражданъ, вліяніе, бывшее такъ значительно въ

первый періодъ республики, должно быть прямо приписано родовомуустройству древняго Рима. Если же, не смотря на первоначальный родовой бытъ, римское право развило изъ него самый чистый специменъ института частной собственности, который выродился потомъ въ латифундіи, содѣйствовавшія такъ могущественно паденію Римскаго государства [половина Римской Африки, по свидѣтельству Плинія, принадлежала всего 6 - 7-ми собственникамъ], то это явленіе не заключаетъ въ себѣ ничего поразительнаго, потому что то-же самое мы видимъ на всемъ западѣ Европы и, въ особенности, въ Англіи, гдѣ землевладѣніе объяснялось также общиннымъ,а теперь сосредоточивается въ рукахъ нѣсколькихъ сотъ собственниковъ. Брайтъ, извѣстный государственный человѣкъ и ораторъ Англіи, утверждалъ въ 1866 году въ рѣчи, произнесенной имъ въ Бирмингамѣ, что половина земель въ Шотландіи находится въ рукахъ 10 или 12 собственниковъ. Тѣмъ, еще въ 1786 году насчитывалось въ одной Англіи 250,000 собственниковъ. Причины такого удивительнаго развитія и концентраціи индивидуальной собственности слишкомъ сложны и не могутъ войти въ нашъ краткій историческій очеркъ. Богатый и тщательно обработанный матеріалъ о причинахъ разложенія общиннаго землевладѣнія и перехода его въ порядокъ частной собственности даютъ сочиненія Маурера и М. Ковалевскаго объ общинномъ землевладѣніи, изъ кото-

раго |Ковалевскаго| я позволю себѣ сдѣлать лишь маленькую выписку: "Господство общинныхъ формъ владѣнія, говоритъ Ковалевскій, являясь препятствіемъ къ переходу земли изъ рукъ въ руки, нарушаетъ тѣмъ самымъ интересы, какъ привилегированныхъ сословій и народныхъ вождей, такъ и ремесленно-торговаго населенія городовъ. Господство начала неотчуждаемости общинныхъ земель лишаетъ первыхъ фактической возможности неограниченнаго расширенія состоящихъ въ ихъ владѣніяхъ помѣстій. Неосуществимость выгодъ отъ общественнаго пользованія ими иначе, какъ подъ условіемъ постояннаго пребыванія въ мѣстѣ нахожденія общинныхъ земель, являясь препятствіемъ къ переселеніямъ въ города, затрогиваетъ тѣмъ самымъ весьма существенно интересы ремесленно-торговаго населенія. Неудивительно, поэтому, если привилегированныя сословія и ремесленно торговое населеніе сходятся, въ концѣ концовъ, другъ съ другомъ въ одномъ стремленіи поколебать общинное начало владѣнія землей, съ цѣлью сдѣлать тѣмъ самымъ возможной, съ одной стороны, дальнѣйшую деварпропріацію сельскаго населенія, а съ другой - свободу передвиженія послѣдняго въ промышленные и торговые центры". Къ этому нужно присоединить, что усиленію и концен-

---

Гражданское право Лит. В. Келлена Листъ 15

Лекціи профессора Гамбарова

трацiи поземельной собственности въ немногихъ рукахъ содѣйствовалъ, какъ въ Римской Имперiи, такъ и на западѣ Европы, еще одинъ и уже чисто-экономическiй факторъ. Это - замѣна сельскохозяйственной культуры разведенiемъ скота для полученiя изъ него кожи, шерсти и другихъ промышленныхъ продуктовъ. Вслѣдствiе этой замѣны, земли, занятыя прежде подъ сельскимъ хозяйствомъ и прокармливавшiя огромное населенiе въ римской Романьи, въ значительной части Испанiи, Англiи и другихъ странахъ были превращены волей промышленниковъ въ обширныя пастбища, на которыхъ пасся одинъ скотъ, вытѣснявшiй постепенно человѣческое населенiе. Оно вымирало или переселялось, а пастбища все расширялись и сосредоточивались въ рукахъ немногихъ сильныхъ людей, оказывавшихъ предпочтенiе скотоводству предъ земледѣлiемъ по очень простой причинѣ. Скотоводство даетъ менѣе валового дохода, чѣмъ земледѣлiе, и не можетъ содержать такую массу населенiя, какъ послѣднее; но за то оно даетъ несравненно болѣе чистаго дохода, чѣмъ земледѣлiе, такъ какъ не требуетъ другихъ издержекъ, кромѣ найма пастуховъ и другихъ небольшихъ расходовъ, не могущихъ идти въ сравненiе съ издержками, соединенными съ сельско-хозяйственной культурой. Вотъ почему собственники предпочитаютъ часто полямъ пастбища, обезлюдѣвающiя огромныя пространства земли, но доставляющiя имъ безъ труда бо-

дѣе чистаго дохода, чѣмъ кропотливое сельское хозяйство. Англія пошла въ этомъ отношеніи еще дальше: начавъ еще въ XVI вѣкѣ превращеніе полей въ пастбища, разбогатѣвшіе лендъ-лорды обратили потомъ эти пастбища въ парки для охоты, простирающіеся теперь на десятки и сотни верстъ въ окружности. Послѣдствіемъ такого превращенія было еще большее обезлюденіе Англіи, населеніе которой сгустилось исключительно въ городахъ; изъ деревни же его вытѣснилъ сначала скотъ, а потомъ - тоже и, еще съ большимъ успѣхомъ, - было произведено дичью (См. Leslie, Landsystem and industrial economy.)

Не смотря, однако, на важное значеніе указанной перемѣны въ хозяйствѣ для концентраціи собственности, первоначальнымъ и главнымъ фактомъ, вызвавшимъ разложеніе общиннаго устройства и возникновеніе поземельной собственности, было все тотъ же раздѣленіе общества на классы, раздѣленіе, происшедшее частью изъ завоеваній, частью изъ родового начала. Господствующіе же классы, владѣя законодательною властью, учреждали выгодный для себя порядокъ частной собственности, обосновывая его, при этомъ, какой-нибудь абстрактной идеей, прикрывающей только настоящее положеніе дѣла и ничего общаго съ нимъ неимѣющей. Такъ возникла, по всей вѣроятности, частная поземельная собственность, - хотя, прежде чѣмъ дойти до своей настоящей, почти абсо-

лютной формы, она прошла, въ средніе и новые вѣка, черезъ множество видовъ зависимаго и крайне ограниченнаго, какъ въ правѣ распоряженія, такъ и пользованія, владѣнія. Обремененность этихъ формъ частнаго землевладѣнія многочисленными тягостями заставляетъ насъ разсматривать ихъ какъ переходную ступень отъ общиннаго быта къ настоящей собственности, ступень, на которой мѣсто общиннаго управленія заняли государство и сюзерены, присвоившіе себѣ право верховной собственности на всѣ земли, бывшія прежде общинными. Во всякомъ случаѣ, эти формы не слѣдуетъ смѣшивать съ современной намъ поземельной собственностью, развившейся только послѣ французской революціи, подъ вліяніемъ новѣйшихъ теорій о свободѣ и свободной конкурренціи, теорій, которыя скавались со всею своею силою въ редакціи всѣхъ дѣйствующихъ въ современныхъ законодательствахъ постановленій о правѣ собственности и другихъ гражданскихъ правахъ. Эта собственность, освобожденная теперь отъ всѣхъ феодальныхъ узъ, является вполнѣ свободной и мобилизованной собственностью, не исполняющей никакой общественной функціи. Теперь нельзя опасаться ни конфискаціи, ни даже права завоеванія, этой послѣдней опасности, подъ вліяніемъ которой землевладѣніе дѣлалось по неволѣ патріотическимъ. Въ современной теоріи собственности каждый участокъ земли представляетъ маленькое царство, въ которомъ собственникъ является неограниченнымъ

сударемъ. Онъ распоряжается поверхностью земли, имѣетъ права на нее вверхъ и внизъ, переживаетъ свое право, передавая его по наслѣдству, словомъ, не зависитъ ни отъ кого, кромѣ себя. Такова послѣдняя стадія землевладѣнія, къ которой пришла современная намъ Европа. Но прежде чѣмъ произносить о ней какое-либо сужденіе, мы перейдемъ еще отъ сдѣланнаго нами очерка права собственности къ исторіи вообще - къ историческимъ судьбамъ этого института въ Россіи, въ особенности, гдѣ мы наблюдаемъ такъ же ясно, какъ и повсюду, дѣйствіе указаннаго выше историческаго закона. Въ древней Россіи не существовало поземельной собственности, что доказывается полнымъ умолчаніемъ о ней Русской Правды и отсутствіемъ въ послѣдней всякихъ постановленій о наслѣдованіи по землѣ. Это молчаніе нашего древнѣйшаго законодательнаго памятника относительно поземельной собственности, въ связи съ родовымъ бытіемъ древнихъ славянъ, исключающимъ всякое понятіе о земельной собственности, и обиліемъ земли, считавшейся общимъ достояніемъ, - все это вмѣстѣ достаточно доказываетъ и, вмѣстѣ съ тѣмъ, объясняетъ отсутствіе поземельной собственности въ древней Россіи. Дальнѣйшимъ подтвержденіемъ этого предположенія служитъ то, что у древнихъ славянъ не было вовсе представленія о границахъ поземельнаго владѣнія, границахъ, сознаніе которыхъ составляетъ, между тѣмъ, необходимое предположеніе института ча-

стной собственности, такъ какъ онъ не можетъ существовать безъ точнаго опредѣленія своего предмета, безъ указанія на то, гдѣ начинается, гдѣ кончается и гдѣ граничитъ мое право съ правомъ другого лица. Въ началѣ нашей исторіи предметы поземельнаго владѣнія указывались только осѣдлостью владѣльца или предѣлами его личнаго труда; всякій владѣлъ тѣмъ, что самъ воздѣлывалъ, и въ древнихъ актовыхъ записяхъ встрѣчается нерѣдко такое опредѣленіе границъ поземельнаго владѣнія "куда плугъ или соха "или "топоръ и коса ходитъ", то и принадлежитъ владѣльцу. Понятно, что при такой неопредѣленности владѣнія, о частной собственности на землю не могло быть и рѣчи. Если же еще въ удѣльный періодъ русской исторіи мы видимъ много, такъ называемыхъ, вотчинныхъ владѣній, состоявшихъ въ распоряженіи княжеской дружины, то эти вотчины составляли опять не частную собственность ихъ владѣльцевъ, а право, зависимое отъ государственной инвеституры и тѣсно связанное съ служебнымъ положеніемъ вотчинниковъ. Они переходили вольно на службу отъ одного князя къ другому, но, переходя не оставляли за собою вотчинъ въ земляхъ оставленнаго князя. Это - явный признакъ того, что право ихъ на землю было близко связано со службой и не имѣло вовсе того самостоятельнаго и свободнаго характера, которымъ отличается современная собственность. Зависимое и подчи-

нное значеніе вотчиннаго владѣнія еще болѣе усилилось съ развитіемъ Московскаго единодержавія. Право отъѣзда кончилось, удѣльные князья сошли въ одинъ разрядъ съ людьми служилыми, повсюду стало "одно его великаго государя государство". Развилась помѣстная система землевладѣнія, состоявшая въ томъ, что служилые люди получали отъ Московскихъ князей, сообразно съ своимъ окладомъ, то или другое количество земли на прокормленіе и на отправленіе государевой службы. Помѣстьями нельзя было распоряжаться, нельзя было отчуждать, закладывать, завѣщать, и владѣніе ими стояло въ прямой зависимости отъ службы, съ прекращеніемъ которой прекращалось и помѣстное владѣніе. Старыя вотчины, пріобрѣтенныя по наслѣдству, покупкѣ, захвату, продолжали отличаться отъ помѣстій свободой распоряженія, наслѣдованія и проч., но и въ ихъ основаніи лежало тоже начало служебной зависимости. И съ обладаніемъ вотчинами соединялась обязанность нести государеву службу: за неисполненіе ея вотчины отбирались на томъ же основаніи, какъ и помѣстья. При Петрѣ Великомъ совершилось слияніе вотчинъ и помѣстій подъ однимъ общимъ именемъ "недвижимыхъ имѣній", куда причислены были также дворы и лавки; но, не смотря на это слияніе, право владѣнія землей внѣ городовъ оставалось привиллегіей дворянскаго сословія, которое обязано было нести за это право личную службу.

Поэтому землевладѣніе, образовавшееся послѣ слія-
нія вотчинъ съ помѣстьями, было все еще не свобод-
но и обусловливалось государственной службой; страш-
ное слово "отписать вотчину на государя" - не утра-
тило и въ XVIII вѣкѣ того дѣйствительнаго значенія,
какое оно имѣло въ XVI и XVII вѣкѣ, и конфискація
частныхъ имуществъ была во все это время самымъ
обыкновеннымъ дѣломъ и совершалась подъ всякими
предлогами. Такимъ образомъ, право собственности,
въ его современномъ смыслѣ независимаго права на
землю, не существовало у насъ до самаго конца XVIII
столѣтія и возникло лишь съ отмѣной служебной по-
винности, лежавшей на дворянствѣ, отмѣной, произ-
веденной "Жалованной Грамотой" Екатерины II дворян-
ству, - вслѣдъ за чѣмъ явилось и то опредѣленіе
собственности, которое мы находимъ и теперь въ дѣй-
ствующемъ у насъ законодательствѣ |ст. 420 X т. I ч.|
Но простое освобожденіе землевладѣнія отъ служебной
повинности не могло бы еще создать институтъ част-
ной собственности, если бы почва для него не была
предварительно подготовлена опредѣленіемъ границъ
поземельнаго владѣнія. Этой задачѣ была посвящена
"Инструкція генеральнаго межеванія", изданная въ
1765 году и, такимъ образомъ, установленіе поземель-
ной собственности связано у насъ неразрывно съ дву-
мя названными сейчасъ законодательными актами. Осо-
бенно важно значеніе послѣдняго изъ нихъ, и мы дол-

жны сказать нѣсколько словъ объ его содержаніи. Цѣль генеральнаго межеванія состояла, главнымъ образомъ, въ опредѣленіи границъ окружныхъ владѣній, а не участковъ каждаго отдѣльнаго лица. Послѣднее представлялось почти невозможнымъ за отсутствіемъ въ рукахъ владѣльцевъ крѣпостей, актовъ и другихъ доказательствъ ихъ вотчинныхъ правъ. Опытъ межевыхъ инструкцій Елизаветы, требовавшихъ отъ владѣльцевъ такихъ доказательствъ, не привелъ въ этомъ отношеніи ни къ чему. Поэтому Екатерина II и рѣшилась отказаться отъ разсмотрѣнія вотчинныхъ правъ, поставивъ задачей генеральнаго межеванія-опредѣлить только размѣръ дачъ, которыя были причислены къ извѣстнымъ селамъ и деревнямъ. Если въ одной дачѣ оказывалось нѣсколько владѣльцевъ, то всѣ они межевались въ одну и ту же окружную межу. Повелѣно было всѣмъ ждать межеванія и при тѣхъ же участкахъ, на которыхъ застанетъ ихъ манифестъ 1765 года, при чемъ обѣщалось, что крѣпости требоваться не будутъ, кромѣ спорныхъ случаевъ, въ коихъ инструкція генеральнаго межеванія опредѣляла прирѣзку изъ "примѣрныхъ земель", но въ размѣрѣ не болѣе 10 четвертей на 100. Генеральное межеваніе длится у насъ доселѣ, и только благодаря ему права собственности на недвижимыя имущества получили у насъ кой-какую опредѣленность. Но такъ какъ генеральное межеваніе опредѣляло только границы ок-

ружной дачи, въ предѣлахъ которой могло быть и бывало дѣйствительно въ большинствѣ случаевъ по нѣсколько владѣльцевъ, то предположенная цѣль - прекратить неизвѣстность владѣнія - достигнута была генеральнымъ межеваніемъ только отчасти, потому что часто случалось, что владѣльцы, обмежеванные въ одну и ту же окружную дачу, не могли опредѣлить ясно мѣстности своего владѣнія и дать себѣ отчетъ, гдѣ оно начинается и гдѣ оканчивается. Къ устраненію этого неудобства служили правила спеціальнаго или внутренняго размежеванія дачъ, которое также, какъ и генеральное межеваніе, не приведено еще въ Россіи къ концу. Спеціальное межеваніе, опредѣляющее частныя владѣнія въ предѣлахъ генерально-обмежеванной дачи, было первоначально дѣломъ свободнаго усмотрѣнія владѣльцевъ, но въ 1850 году изданы были особыя правила о принудительномъ размежеваніи всѣхъ владѣльческихъ помѣстныхъ дачъ. Правила эти вошли въ Сводъ, гдѣ заняли вмѣстѣ со всѣми прочими межевыми законами, 3-ю часть X т. Подробности, касающіяся этихъ законовъ, вы можете найти въ I томѣ Курса Гражданскаго права Побѣдоносцева, въ "Исторіи россійскихъ гражданскихъ законовъ" Неволина, т. 6 и въ Межевомъ сборникѣ Дементьева. Мы же ограничимся приведенными свѣдѣніями и замѣтимъ въ заключеніе, что исторія русской поземельной собственности начинается, можно сказать, только съ царствованія

Екатерины, когда опредѣлился впервые и самый терминъ "собственность". Далѣе, при Екатеринѣ былъ сдѣланъ еще одинъ шагъ на пути къ укрѣпленію и приватизированію собственности. Мы говоримъ объ установленномъ "Учрежд. о губерн." отдѣленіи отъ уголовной - особой гражданской юстиціи, которая дала собственности не существовавшую до того времени гражданскую защиту права. Затѣмъ, съ собственности стали постепенно снимать связанныя съ нею сословныя привиллегіи. Александръ I сдѣлалъ право поземельной собственности доступнымъ для городского сословія и разночинцевъ; Николай I распространилъ его и на крестьянъ, оставивъ, однако, въ силѣ многія ограниченія, которыя устранены только въ царствованіе Александра II, вмѣстѣ съ упраздненіемъ крѣпостного права. Это упраздненіе крѣпостного права выдвинуло впередъ и обратило вниманіе русскихъ экономистовъ и юристовъ на общинное землевладѣніе крестьянскихъ обществъ, которое продолжало существовать, рядомъ съ вотчинами, помѣстьями и частной собственностью, во все теченіе русской исторіи, не будучи вытѣснено ни одной изъ названныхъ формъ личнаго землевладѣнія. Благодаря сельской общинѣ, крестьяне сохранили и подъ гнетомъ крѣпостного права сознаніе своихъ правъ на землю и, благодаря общинѣ, личность крестьянина никогда не исчезала вполнѣ въ личности помѣщика, какъ ни безгранична была власть послѣд-

няго. Вотъ почему удержаніе крестьянами общиннаго устройства во все продолженіе русской исторіи спасло ихъ такъ же, какъ и французскихъ крестьянъ, удержавшихъ семейную общину до самой великой революціи, отъ безземелія сельскаго пролетаріата въ Англіи, гдѣ разложеніе общины началось очень рано, и сельское населеніе слишкомъ скоро пришло къ личной собственности, вслѣдствіе чего оно стало безсильно, и на счетъ его утвердилось повсюду крупное землевладѣніе. Удержаніе же общиннаго быта нашими крестьянами, указываетъ, въ то же время, на сознаніе первоначальной общности поземельныхъ отношеній, для иллюстраціи чего можетъ служить тотъ общеизвѣстный фактъ, что когда приводилось въ исполненіе "Положеніе о крестьянахъ" и наши крестьяне надѣлялись землей, то они никакъ не могли понять и примириться какъ разъ съ той статьей "Положенія", которая устанавливала выкупъ отводимой имъ земли, такъ какъ они никогда не переставали считать ее своимъ общимъ достояніемъ. Въ результатѣ нашего историческаго развитія мы имѣемъ въ современномъ правѣ два типа поземельной собственности: одинъ - очень полный, свободный и доступный почти всѣмъ, другой - ограниченный, въ формѣ крестьянскаго мірскаго землевладѣнія. Противоположность этихъ типовъ для нашего времени очень знаменательна. Понятіе собственности для частныхъ земель у насъ, вообще говоря, гораздо шире,

чѣмъ на Западѣ, гдѣ развилось множество формъ, ограничивающихъ собственность въ различныхъ направленіяхъ, и масса самыхъ разнообразныхъ сервитутныхъ правъ, не дозволяющихъ частной собственности сдѣлаться тамъ столь исключительнымъ и замкнутымъ въ себѣ правомъ, какимъ она стала у насъ. Та-же форма общественнаго обладанія, которую представляетъ наше крестьянское землевладѣніе, есть для Запада уже исчезающая, умирающая форма. Что касается частнаго землевладѣнія, то какова бы ни была будущность общины въ Россіи, оно едва ли просуществуетъ долго въ формѣ того исключительнаго права, какимъ мы видимъ его въ настоящее время, такъ какъ поземельная собственность, какъ и всякая другая, должна быть непремѣнно связана сервитутами и другими ограниченіями въ интересахъ общежитія, съ которыми наше право сравнительно съ тѣмъ, что мы видимъ на западѣ, почти незнакомо, тогда какъ сервитутамъ принадлежитъ, какъ въ этомъ мы убѣдимся впослѣдствіи, громадное будущее.

Такимъ образомъ, исторія поземельныхъ отношеній, какъ на западѣ Европы, такъ и въ Россіи, указываетъ намъ на различныя формы землевладѣнія и на сравнительно позднее возникновеніе частной собственности на землю. Таковъ общій выводъ, къ которому приводитъ предшествующій историческій очеркъ, и

нѣтъ сомнѣнія, что поземельная собственность въ томъ видѣ, какъ она сложилась въ настоящее время, есть не конецъ развитія, не идеалъ, осуществленный человѣчествомъ, а такая же промежуточная стадія развитія, какъ и всѣ предшествующія ей формы землевладѣнія, такой же измѣняющійся соціологическій фактъ, какъ и всѣ остальныя соціальныя явленія. Этотъ выводъ не опровергается и ссылкой на врожденность человѣку чувства собственности. Нѣкоторые натуралисты и антропологи, напримѣръ, Дарвинъ, Пашель и друг., указываютъ на зачатки этого чувства даже въ животномъ мірѣ: птицы ревниво сохраняютъ свои гнѣзда, муравьи разсматриваютъ свои постройки, какъ общую собственность, нѣкоторыя изъ хищныхъ животныхъ устанавливаютъ себѣ территорію охоты, которую и охраняютъ въ случаѣ надобности отъ конкурентовъ; одна обезьяна въ лондонскомъ зоологическомъ саду грызла орѣхи съ помощью камня, который прятала всякій разъ въ солому, не позволяя дотрогиваться до него другимъ обезьянамъ; наконецъ, извѣстно, какъ вѣрно охраняютъ сторожевыя собаки собственность своихъ хозяевъ, и какъ разнообразны вообще проявленія инстинкта собственности у другихъ домашнихъ животныхъ. Мы признаемъ вполнѣ эти факты, какъ признаемъ и всеобщность чувства собственности во всѣхъ человѣческихъ обществахъ. Но если чувство одно, то

формы его безконечно различны, и мы имѣли случай убѣдиться, какъ часто онѣ смѣняются въ исторіи различныхъ народовъ. Эта постоянная смѣна формъ есть неизбѣжное послѣдствіе закона развитія, составляющаго, въ свою очередь, необходимое условіе существованія всѣхъ человѣческихъ обществъ, а потому понятно, что настоящая форма собственности также предназначена къ тому, чтобы быть современемъ смѣненной другой, болѣе совершенной формой, какъ и всѣ прочіе соціальные факты. Ставъ на такую историческую точку зрѣнія, намъ нѣтъ надобности ни бранить собственности на землю, ни провозглашать ее святыней. Она, какъ и всѣ соціальныя явленія, имѣла свою *raison d'être*; услуги, оказанныя ею цивилизаціи, не могутъ быть оспорены, не смотря на то, что установленіе ея сопровождалось всюду насиліемъ и хитростью. Но слѣдуетъ ли заключать изъ пользы, принесенной институтомъ собственности, о необходимости вѣчнаго существованія этого института въ его настоящемъ видѣ? Очевидно, нѣтъ, потому что собственность, какъ и все въ мірѣ, подлежитъ измѣненію, а что поземельная собственность особенно нуждается въ измѣненіяхъ, это ясно потому, что настоящая форма ея представляетъ такую крайнюю степень индивидуализаціи поземельнаго владѣнія, которая создаетъ, съ одной стороны, ничѣмъ не оправдываемыя привиллегіи, стоящія въ рѣ-

жущемъ противорѣчіи съ современнымъ чувствомъ справедливости, а съ другой, - грозитъ обществу тѣми же катастрофами, отъ которыхъ палъ древній міръ. Избѣгнуть этихъ катастрофъ можно только соотвѣтствующимъ преобразованіемъ института собственности, и вотъ почему мы слышимъ постоянные протесты противъ него, начиная отъ древнихъ мыслителей Греціи и первыхъ учителей христіанства, и кончая самыми серьезными и уравновѣшенными умами европейской науки. Дж. Ст. Милля и Г. Спенсера нельзя подозрѣвать въ демагогическихъ стремленіяхъ, а они оба высказываются противъ поземельной собственности въ ея настоящемъ видѣ, причемъ первый предлагаетъ преобразовать ее путемъ постепенныхъ ограниченій наслѣдственнаго права. Вся новая школа экономистовъ стоитъ теперь на той же точкѣ зрѣнія, предлагая то возвращеніе къ общинной формѣ землевладѣнія, то установленіе пожизненнаго пользованія, вмѣсто собственности, то покровительства другимъ, болѣе коллективнымъ, чѣмъ индивидуальнымъ формамъ обладанія землей. Въ ряду этихъ предложеній реформъ особенно выдается теперь проэктъ, такъ называемой, "національзаціи земли" въ Англіи (Land-nationalisation), съ которыми вы можете ознакомиться по сочиненіямъ George'a, Wallace'a и другихъ англійскихъ экономистовъ. Но намъ нечего входить въ разсмотрѣніе этихъ проэктовъ, принадлежащихъ къ области эко-

номической политики, такъ какъ для цѣли юридическаго анализа института собственности довольно и тѣхъ доказательствъ его историческаго развитія, которыя были уже представлены нами. Независимо, однако, отъ чисто историческаго характера всѣхъ, а, слѣдовательно, и современной намъ формы собственности, она, и съ точки врѣнія дѣйствующихъ законодательствъ, не представляетъ того цѣльнаго и единообразнаго строя, какой ей обыкновенно приписывается ходячими, у насъ и въ Европѣ теоріями.

Какъ исторія права показала намъ различные виды права собственности по различію мѣста и времени существованія ихъ, такъ и современныя намъ положительныя законодательства свидѣтельствуютъ, съ своей стороны, о существеннѣйшихъ различіяхъ въ содержаніи права собственности по различію его объектовъ. Если собственность на движимыя вещи, возникающая гораздо ранѣе, нежели поземельная собственность, отличается сравнительной полнотой и неограниченностью заключающихся въ ней правъ, то эти свойства движимой собственности, какъ собственности на предметы потребленія, оправдываются отчасти требованіями свободнаго и быстраго обращенія тѣхъ цѣнностей, возможно легкое передвиженіе которыхъ служитъ

въ пользу всего общества. Объ особенностяхъ права движимой собственности мы будемъ говорить послѣ, но замѣтимъ здѣсь же, что, не смотря на всю кажущуюся полноту этого права, оно также подвергается ограниченіяхъ въ завѣщательномъ переходѣ, въ возможности виндикаціи, въ правѣ государства на ея экспропріацію, и другимъ подобнымъ же ограниченіямъ, вытекающимъ изъ соображеній общественнаго интереса. Несравненно большее число, а часто и совершенно иное свойство ограниченій, отсюда и совершенно другое содержаніе права - мы находимъ въ поземельной собственности. Если нѣкоторые юристы утверждаютъ до сихъ поръ, что собственность на землю должна быть такъ же неограниченна, какъ и собственность на движимыя вещи, что иначе никто не сталъ бы обрабатывать землю и наступилъ бы конецъ цивилизаціи, если юристы стараются подобными доводами оправдать сравненіе поземельной собственности съ движимой и возвести первую на степень необходимаго условія цивилизаціи, - то исторія собственности показываетъ всю несостоятельность этихъ доводовъ. Она не оставляетъ никакого сомнѣнія въ томъ, что полная собственность на землю есть учрежденіе очень недавняго времени, и что обрабатываніе земли и землевладѣніе существовали издавна, не нуждаясь въ порядкѣ частной собственности. Вся провинціальная

земля римской имперіи, которая составляла въ свое время почти весь извѣстный тогда orbis terrarum, была занята и обрабатываема въ формѣ пользованія [usufructus], а не собственности [см. Gai. Cib II § 7]. На всемъ Востокѣ мы встрѣчаемся постоянно или съ общиннымъ устройствомъ или съ признаніемъ верховнаго права государя на всѣ подчиненныя его верховной власти земли; между тѣмъ и другимъ предѣломъ не остается мѣста частной собственности, которая и выступаетъ на Востокѣ чрезвычайно рѣдко. На Западѣ Европы въ средніе вѣка аллоды представляли также исключеніе, которое уже въ X вѣкѣ почти исчезло: общимъ же правиломъ были бенефиціи, лены и другія формы наслѣдственнаго, но въ высшей степени зависимаго пользованія, а не собственности. Самое слово "собственность" появляется очень поздно; латинское dominium начинаетъ употребляться въ этомъ смыслѣ лишь въ актахъ XIII вѣка, нѣмецкое Eigenschaft возникаетъ только въ XIV, а Eigenthum въ XVI вѣкѣ. Затѣмъ, еще въ настоящее время большая часть домовъ въ Англіи построена на чужихъ земляхъ, предоставленныхъ лишь во временное обладаніе домовладѣльцевъ, а земля какъ въ Англіи, такъ и въ другихъ странахъ, обрабатывается и теперь не столько собственниками, сколько арендаторами, имѣющими право пользованія лишь въ теченіе ограниченнаго числа лѣтъ. Наконецъ, вѣковое существованіе у насъ

и у другихъ народовъ общиннаго землевладѣнія, въ связи съ предшествующими фактами, доказываетъ вполнѣ, что собственность на землю, въ объемѣ правъ движимой собственности, вовсе не составляетъ необходимаго условія ни для земледѣлія, ни для цивилизаціи, и что поземельная собственность у различныхъ народовъ и въ различное время представляется въ самыхъ разнородныхъ формахъ, не похожихъ одна на другую ни по объему, ни по содержанію предоставляемыхъ ими правъ. Напримѣръ, англійское право земельной собственности съ его майоратами, французская мобилизованная собственность и наша родовая собственность, заключающая въ себѣ явное указаніе на свое происхожденіе изъ родовой общины, - представляетъ собою не одно, а совершенно различныя права собственности. Насколько своеобразно и отлично отъ современнаго типа англійское право поземельной собственности, это можно видѣть изъ слѣдующихъ словъ извѣстнаго экономиста Cliffe Leslie: "Первое дѣло, которое долженъ совершить всякій, приступающій къ изученію англійской собственности, это - отбросить всякую идею объ абсолютной собственности. Въ Англіи вовсе нѣтъ собственниковъ земли: отдѣльныя лица имѣютъ одни только интересы въ землѣ. Для установленія подчиненности частнаго землевладѣнія нѣтъ надобности и въ парламентскомъ актѣ, такъ какъ вся земля принадлежитъ, по закону, государству, ко-

дальное же владѣніе, зависимое отъ короны, предста-вляетъ самый большой интересъ, который частное ли-цо можетъ имѣть въ землѣ, и сама корона не можетъ дать ему ни высшаго права, ни освободить его отъ зависимости владѣнія". Поэтому, въ Англіи существу-етъ въ дѣйствительности не собственность, а отдѣль-ныя владѣнія, которыя и называются tenure, estate или interest; вмѣсто простого и единаго права собственности - цѣлая серія болѣе или менѣе полныхъ и сложныхъ интересовъ въ землѣ. Самый полный и сво-бодный изъ этихъ интересовъ представляетъ, такъ наз. Freehold; это - бывшее феодальное помѣ-стье; затѣмъ идетъ Copyhold, крестьянское вла-дѣніе, и, наконецъ, Leasehold, или арендное владѣніе. Таковы въ Англіи права по землѣ, кото-рыя называются, какъ было уже сказано, не собствен-ностью, а интересами | interest | или поло-женіями | estate |, такъ что о правѣ Freehold говорятъ: interest или estate in Free-hold; о copyhold'ѣ - estate in copyhold и т.д.- Далѣе, и по различію объектовъ права, объемъ права собственности въ различныхъ странахъ на полевую зем-лю одинъ, на лѣса - другой, на руды - третій, на го-родскую собственность - четвертый и т. д. Наконецъ, весьма различны у различныхъ народовъ и способы за-щиты собственности, проходящіе у каждаго изъ нихъ

черезъ извѣстныя фазы развитія, которыя стоятъ, въ свою очередь въ тѣсной связи съ измѣненіями общественнаго значенія собственности и ея функцій. Съ точки зрѣнія такого различія способовъ защиты, современные юристы противополагаютъ обыкновенно собственность I| германскаго и 2| римскаго типа. Римская собственность, по способу защиты, есть виндикаціонная и абсолютная собственность: защита ея направлена противъ всякаго третьяго лица *contra quemcunque possidentem*, противъ всякаго, у кого собственникъ находитъ свою вещь. Напротивъ, германская собственность носитъ характеръ относительный и защищается часто вовсе не абсолютнымъ искомъ: средневѣковыя и современныя права знаютъ много случаевъ, въ которыхъ я не могу отыскивать свою вещь, хотя бы и былъ несомнѣннымъ собственникомъ ея; въ этихъ случаяхъ я могу потребовать себѣ только вознагражденіе за вещь, но не самую вещь, - такъ что виндикаціонная защита, идущая противъ всѣхъ и каждаго, допускается теперь не абсолютно, а лишь при наличности извѣстныхъ условій. Стараясь объяснить это явленіе, нѣкоторые юристы-догматики утверждаютъ, что римское право было построено на началѣ эгоизма, что въ немъ господствовалъ субъективный интересъ, обусловливавшій собою и абсолютную защиту собственности; наоборотъ, новое право основано, какъ будто, на противоположномъ эгоизму началѣ альтруизма, и

въ немъ надъ интересомъ отдѣльнаго индивида преобладаетъ интересъ объективный, интересъ всего общества, требующій во многихъ случаяхъ замѣны абсолютной защиты защитой относительной. Но это объясненіе слишкомъ поверхностно и имъ едва ли можно удовольствоваться. Само оно явилось только потому, что до послѣдняго времени изученіе римскаго права ограничивалось однимъ Юстиніановымъ законодательствомъ, и не обращалось вниманія на причинную связь въ исторіи его развитія. Благодаря новымъ изслѣдованіямъ въ этой области, теперь сдѣлалось возможнымъ ставить исторію римскаго права въ связь съ исторіей современныхъ институтовъ и, примѣняя это сопоставленіе къ вопросу о защитѣ собственности, мы видимъ, что и въ римскомъ правѣ существовала не одна только виндикаціонная собственность, точно такъ же, какъ въ средневѣковомъ и современномъ правѣ въ числѣ способовъ защиты собственности есть также и виндикація. Здѣсь необходимо вспомнить въ общихъ чертахъ объ одномъ явленіи римской жизни. Извѣстно, что у Римлянъ существовало дѣленіе вещей на *res mancipi* и *res nec mancipi*, относительно которыхъ различались, какъ способы пріобрѣтенія, такъ и способы защиты. Изъ многочисленныхъ въ нѣмецкой литературѣ попытокъ объяснить это явленіе, наиболѣе удачное объясненіе, которое можетъ быть приложено не только къ римскому, но также къ германскому,

французскому и русскому праву, состоитъ въ слѣдующемъ.

Если взять кругъ вещей, входящихъ въ понятіе *res mancipi*, то мы увидимъ, что всѣ эти вещи имѣютъ для хозяйства индивидуальное значеніе; это не товаръ, а тотъ составъ хозяйственнаго имущества, функціи котораго обусловливаются его индивидуальными качествами. *Res nec mancipi* не имѣютъ такого индивидуальнаго значенія: функціи ихъ могутъ быть весьма разнообразны, но онѣ составляютъ всегда нѣчто оборотное и подлежащее замѣнѣ однихъ экземпляровъ другими. Возьмемъ для примѣра животное, которое воспитывается извѣстнымъ образомъ и въ виду извѣстныхъ цѣлей; понятно, что такое животное имѣетъ цѣнность только въ силу своихъ индивидуальныхъ качествъ и далеко не для всякаго лица: не всѣмъ, напримѣръ, нужна скаковая лошадь, а на Кавказѣ еще существуютъ лошади, повинующіяся только своему хозяину и болѣе никому. Ясно, что подобныя вещи имѣютъ только индивидуальную цѣнность; онѣ составляли собою въ Римѣ группу *res mancipi*, и по отношенію къ нимъ право собственности укрѣплялось и защищалось, по возможности, абсолютно. Напротивъ, *res nec mancipi* находились въ постоянномъ оборотѣ, обмѣнѣ, не имѣли индивидуальнаго значенія и, обладая, притомъ, свойствомъ замѣнимости, не нуждались, очевидно, въ абсолютныхъ способахъ укрѣпленія

и защищались поэтому еще въ древнемъ мірѣ другими, менѣе абсолютными исками, чѣмъ *res mancipi*. Такимъ образомъ, и въ римскомъ правѣ абсолютная защита собственности прилагалась не ко всѣмъ видамъ вещей. Можно предполагать, что на основаніи законовъ XII таблицъ собственникъ *res nec mancipi* получалъ виндикацію только тогда, когда онъ лишался владѣнія этими вещами насильственнымъ путемъ; во всѣхъ другихъ случаяхъ его иски не имѣли индивидуализированнаго и абсолютнаго характера. Тотъ же самый фактъ мы отмѣтимъ впослѣдствіи и въ древнегерманскомъ правѣ, и въ нашей Русской Правдѣ, и въ большинствѣ современныхъ законодательствъ. Правда, что въ Римскомъ правѣ это различіе способовъ защиты, смотря по различію вещей, постепенно сглаживалось, но самая двойственность въ способахъ защиты всетаки сохранялась, какъ переживаніе, такъ какъ мы и въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ имѣемъ, съ одной стороны, абсолютные иски, основанные на *ius civile*, а съ другой - относительные иски, опирающіеся на преторское право. Мы не знаемъ точно, къ какимъ именно видамъ вещей примѣнялся въ это время тотъ и другой способъ защиты, но есть основаніе думать, что относительный способъ примѣнялся тамъ, гдѣ вещь назначалась для обмѣна, составляла собою товаръ, и, наоборотъ, тамъ, гдѣ цѣнилось индивидуальное каче-

ство вещи, дѣйствовалъ абсолютный способъ защиты. Отсюда слѣдуетъ, что въ вопросѣ о защитѣ собственности между римскимъ и современнымъ правомъ вовсе нѣтъ того коренного антагонизма, который предполагается цитированной выше теоріей. Отсутствіе такого антагонизма, совмѣщающееся, однако, съ большимъ различіемъ въ формахъ, подтверждается также существованіемъ въ современномъ правѣ, рядомъ съ относительными способами защиты собственности, и виндикаціонной формы, которая примѣняется теперь, главнымъ образомъ, къ защитѣ недвижимыхъ вещей, тогда какъ движимости, стоящія въ постоянномъ оборотѣ, защищаются обыкновенно относительными исками. Земля въ сознаніи людей извѣстной эпохи всегда выдѣляется изъ другихъ категорій вещей, какъ неподлежащая обороту, и поэтому уже исключается первоначально изъ области споровъ о частныхъ правахъ. Но разъ оборотъ овладѣваетъ землею и дѣлаетъ ее предметомъ индивидуальнаго обладанія, она сохраняетъ, тѣмъ не менѣе, и въ оборотѣ свою индивидуальную цѣнность и защищается, поэтому, виндикаціоннымъ искомъ, тогда какъ движимости, фигурирующія въ оборотѣ въ качествѣ товаровъ и отличающіяся, по преимуществу, высокой оборотоспособностью, лишаются обыкновенно виндикаціоннаго иска и пользуются несравненно болѣе скромной защитой по принципу вознагражденія владѣльца за причиненные ему убытки. Эта

идея глубокаго различія между движимыми и недвижимыми вещами, выразившаяся и въ римскомъ правѣ, повторилась въ процессѣ развитія новаго права, создавъ въ формѣ относительной и ограниченной защиты движимыхъ вещей противовѣсъ неограниченности движимой собственности въ ея содержаніи, тогда какъ противовѣсомъ виндикаціонной и неограниченной защиты недвижимыхъ вещей, стала, наоборотъ, крайняя ограниченность содержанія недвижимой собственности. Но указанное различіе, реальная основа котораго лежитъ въ экономическихъ свойствахъ движимыхъ и недвижимыхъ вещей, примѣняется въ правѣ различныхъ народовъ далеко неодинаково, и въ спеціальномъ ученіи о способахъ защиты собственности мы познакомимся со многими, весьма отличными другъ отъ друга, формами защиты собственности. Однако, изъ сказаннаго уже видно, что къ безконечному разнообразію формъ собственности по ея содержанію и ея объектамъ, слѣдуетъ еще присоединить констатированныя выше различія собственности по способамъ ея защиты, откуда и вытекаетътотъ выводъ, что мы не имѣемъ права говорить о собственности, какъ о понятіи единомъ и опредѣленномъ для всякаго времени и для всѣхъ родовъ вещей. Единственный специфическій признакъ собственности, которымъ она отличается отъ другихъ вещныхъ правъ, заключается въ принадлежности намъ

цѣлой вещи, почему собственность и характеризуется болѣе полной защитой сравнительно съ другими вещными правами. Но какими правами на вещь пользуется лицо, которому она принадлежитъ, это опредѣляется законодательной властью, принимающей въ соображеніе различныя функціи различныхъ вещей въ экономической и общественной жизни человѣка и предоставляющей ему ту или другую защиту его обладанія этими вещами, сообразно съ различіемъ ихъ функцій и со степенью цѣлесообразности и справедливости той или другой формы защиты. Отсюда слѣдуетъ само собою, что право собственности есть институтъ положительнаго права, устанавливающаго различное содержаніе его по различію объектовъ, на которые онъ распространяется и по различію соображеній справедливости и цѣлесообразности, требующихъ установленія того или другого способа защиты этого права. Отсюда же слѣдуетъ, что изъ всѣхъ теорій, посвященныхъ обоснованію собственности, мы можемъ признать одну только легальную теорію, потому что она основываетъ ее не на какомъ-либо абстрактномъ принципѣ, какъ дѣлаютъ это другія теоріи, а на признаніи и защитѣ государственною властью отношеній, представляемыхъ жизнью, причемъ она |т.е. легальная теорія| принимаетъ, что государственная власть соображается всякій разъ съ особенностями этихъ отношеній, со зна-

ченіемъ ихъ въ общественной жизни и вообще руководствуется въ своихъ опредѣленіяхъ соображеніями справедливости и цѣлесообразности, которыя дѣлаютъ для нея обязательнымъ положеніе не о неподвижности, а о движеніи впередъ, о постоянномъ развитіи института собственности, параллельно съ развитіемъ экономическихъ и общественныхъ отношеній. Дальнѣйшія доказательства въ пользу легальной теоріи обоснованія собственности вы можете найти въ цитированномъ выше учебникѣ политической экономіи Вагнера и въ моей книгѣ.

Выразимъ теперь результатъ всего предшествующаго изложенія о собственности въ нѣсколькихъ общихъ положеніяхъ.

1. Право собственности не имѣетъ и не можетъ имѣть характера того исключительнаго и неограниченнаго господства человѣка надъ вещью, какой приписывается ему современной теоріей; всякая собственность должна подлежать и дѣйствительно подлежитъ необходимымъ въ интересахъ общежитія и общаго блага ограниченіямъ.

2. Право собственности не представляетъ собою такого единообразнаго и цѣльнаго института, какимъ оно считается въ господствующей теоріи: исторія права и современныя законодательства показываютъ, что различные народы въ различное время соединяютъ съ понятіемъ собственности на различные виды вещей так-

же различное содержаніе права, устанавливая столь же различные способы защиты этого права.

3. Право собственности на движимыя вещи является болѣе раннимъ и болѣе полнымъ по своему содержанію правомъ сравнительно съ другими видами собственности, что объясняется высокой оборотоспособностью движимостей, требующей, въ то же время, большой ограниченности въ формахъ ихъ защиты, тогда какъ недвижимая собственность, будучи несравненно ограниченнѣе въ своемъ содержаніи, пользуется вслѣдствіе своего индивидуальнаго характера неограниченной защитой.

4. Право поземельной собственности въ ея настоящей формѣ есть учрежденіе позднѣйшаго времени, датирующее въ исторіи европейскихъ народовъ лишь съ конца прошлаго столѣтія. Соображенія, оправдывающія движимую собственность, не имѣютъ такой-же силы по отношенію къ собственности недвижимой, установленію которой предшествуютъ многочисленныя формы землевладѣнія, не имѣющія съ собственностью ничего общаго. Поэтому, признаніе поземельной собственности въ томъ или другомъ размѣрѣ составляетъ вопросъ законодательной политики, обсуждающей ее по соображеніямъ цѣлесообразности и справедливости, которыя могутъ заставить государственную власть даже совсѣмъ изъять землю изъ числа объектовъ частной собственности или установить на нее ограниченныя

права, различныя по различію ихъ объектовъ.

5. Единственный специфическій признакъ собственности, которымъ она отличается отъ другихъ вещныхъ правъ, заключается въ принадлежности лицу цѣлой вещи, почему собственность характеризуется относительно полной защитой сравнительно съ другими вещными правами, простирающимися на пользованіе не цѣлой вещью, а лишь ея отдѣльными сторонами. -

Вотъ основныя положенія, касающіяся права собственности и открываемыя его исторіей. Эти положенія должны быть руководящими при изученіи права собственности всякаго народа, которое оставалось бы безъ нихъ непонятнымъ или вело бы къ такимъ же извращеннымъ представленіямъ, какія господствуютъ въ современной юриспруденціи. Поэтому мы и начали наше обозрѣніе собственности съ установленія означенныхъ выше общихъ положеній, которыя показали намъ, съ одной стороны, какъ неправильно господствующее опредѣленіе собственности, и, съ другой - какъ тщетны должны быть всѣ усилія опредѣлить собственность однимъ понятіемъ, - такъ какъ мы видѣли, что содержаніе ея не остается никогда однимъ и тѣмъ же, а измѣняется постоянно въ пространствѣ, во времени, въ способахъ защиты и въ своихъ объектахъ. Если же, не смотря на такое непостоянство понятія собственности, намъ все таки было бы необходимо дать его опредѣленіе, то мы не могли бы, согласно пред-

шествующему изложенію, опредѣлить собственность иначе, какъ относительно полной защиты отъ посягательства третьихъ лицъ пользованія цѣлой вещью въ предѣлахъ ограниченій и обязанностей, налагаемыхъ на это пользованіе соображеніями общественнаго интереса.

Это опредѣленіе собственности отличается отъ общепринятаго опредѣленія ея, гласящаго, что собственность есть полная и исключительная власть человѣка надъ вещью, четырьмя существенными признаками: Во 1-хъ, оно полагаетъ сущность или содержаніе собственности не въ моментѣ господства или пользованія, а въ защитѣ, что, какъ вамъ извѣстно это изъ общей части курса, вытекаетъ изъ самаго понятія права. Во 2-хъ, оно отличаетъ собственность отъ другихъ вещныхъ правъ относительной полнотой ея защиты, имѣющей предметомъ цѣлую вещь, а не ея части. Въ 3-хъ, оно вводитъ въ понятіе собственности моментъ ограниченій и избѣгаетъ этимъ логической ошибки господствующаго опредѣленія. Наконецъ, въ 4-хъ, наше опредѣленіе выдвигаетъ впередъ начало общественнаго интереса, какъ мотивъ и законодательное основаніе института собственности, обусловливающее его содержаніе, въ противоположность господствующему взгляду, который обусловливаетъ его индивидуальной волей собственника.

Послѣ этого очерка теоріи и исторіи права собственности мы перейдемъ къ постановленіямъ о немъ нашего законодательства.

Б. ОПРЕДѢЛЕНІЕ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ ПО ДѢЙСТВУЮЩИМЪ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВАМЪ.

Въ нашемъ Сводѣ нѣтъ строго установленной терминологіи права собственности. Въ нѣкоторыхъ статьяхъ X т. I ч. слово "собственность" употребляется въ смыслѣ простого имущества, въ смыслѣ не права на вещь, но самой вещи, находящейся въ собственности; въ другихъ статьяхъ собственность называется вотчиннымъ или крѣпостнымъ правомъ, затѣмъ, вѣчнымъ или потомственнымъ владѣніемъ; собственникъ зовется то вотчинникомъ, то владѣльцемъ вѣчнымъ или потомственнымъ, а иногда даже просто владѣльцемъ,- такъ что подъ выраженіемъ "владѣніе" и "владѣлецъ" въ Сводѣ приходится часто разумѣть "собственность" и "собственника". Такая же неустойчивая терминологія относительно права собственности господствуетъ и въ европейскихъ законодательствахъ. Въ

среднiе вѣка этотъ терминъ примѣнялся кромѣ собственности и ко многимъ другимъ вещнымъ правамъ: къ наслѣдственной арендѣ, къ поземельной рентѣ, къ праву на десятину, къ праву залога и т.д., что т.е. такая неопредѣленность языка и способствовало въ значительной мѣрѣ распространенiю извѣстнаго ученiя о двойной собственности (dominium directum и dominium utile). Впослѣдствiи, Германская юриспруденцiя пошла еще дальше, распространивъ понятiе собственности отъ вещныхъ правъ и на другiе институты, не имѣющiе вовсе вещнаго характера, какъ напримѣръ, на право патроната, право судебной власти, право на произведенiя искусства, литературы и т.д. Съ такимъ широкимъ значенiемъ понятiя собственности мы встрѣчаемся также въ иныхъ изъ современныхъ германскихъ законодательствъ, которыя называютъ часто собственностью все, что принадлежитъ кому-нибудь, все, что находится въ чьемъ-либо имуществѣ. Такъ, напримѣръ, въ статьѣ 353 Австрiйскаго гражданскаго кодекса мы читаемъ: "Alles was jemandem gehört, alle seine körperliche und unkörperliche Sachen heissen sein Eigenthum". Однако, ни это, ни подобныя этому - опредѣленiя собственности не имѣютъ вовсе юридическаго характера, такъ какъ ни одно изъ существующихъ законодательствъ не распространяетъ положенiй, дѣйствую-

щихъ относительно настоящей собственности, ни на сервитуты, ни на обязательства, ни на патронатъ, ни на, такъ называемую, литературную собственность и т. д., признавая этимъ самымъ существенное отличіе всѣхъ перечисленныхъ сейчасъ институтовъ отъ собственности, равно какъ и неправильность подведенія ихъ подъ одинъ и тотъ же терминъ. Вотъ почему, рядомъ съ приведенными выше общими, очевидно, неюридическими опредѣленіями понятія собственности, новыя законодательства даютъ и другія, болѣе спеціальныя опредѣленія этого понятія, характеризующія его только какъ особое вещное право. Приведемъ, въ видѣ примѣра, слѣдующее опредѣленіе того же Австрійскаго кодекса въ ст. 354: „Alsein Recht betrachtet ist Eigenthum, die Befugnis mit der Substanz und der Nutzungen einer Sache nach Willkühr zu schalten und jeden Dritten davon auszuschliessen." и извѣстное опредѣленіе Французскаго кодекса, построенное на римскомъ: „jus utendi et abutendi rei suae quatenus juris ratio patitur" и выраженное въ ст. 544 Code civil слѣдующимъ образомъ: „le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou les réglements."

Но что же такое право собственности по нашему

законодательству? Пространный, хотя и неудовлетворительный отвѣтъ даетъ на этотъ вопросъ ст. 420 X т. I ч.: "Кто, бывъ первымъ пріобрѣтателемъ имущества по законному укрѣпленію его въ частную принадлежность, получилъ власть въ порядкѣ гражданскими законами установленномъ, исключительно и независимо отъ лица постороннягo, владѣть, пользоваться и распоряжаться онымъ вѣчно и потомственно, доколѣ не передастъ сей власти другому, или кому власть сія отъ перваго ея пріобрѣтателя дошла непосредственно или черезъ послѣдующія законныя передачи и укрѣпленія, тотъ имѣетъ на сіе имущество право собственности".

Въ этомъ опредѣленіи содержатся два существенныхъ признака права собственности по дѣйствующему у насъ законодательству: внѣшній - укрѣпленіе, и внутренній - содержаніе.

I. Первый можетъ быть названъ формальнымъ моментомъ права собственности, и онъ выраженъ въ слѣдующихъ словахъ ст. 420: "Кто, бывъ первымъ пріобрѣтателемъ имущества по законному укрѣпленію его въ частную принадлежность"....Этими словами ст. 420 стремится, по мнѣнію нѣкоторыхъ нашихъ юристовъ, указать на тотъ признакъ права собственности, который юриспруденція прошлаго столѣтія называла "правомъ принадлежности" | Proprietätsrecht. Но

указываемое сближеніе кажется намъ не совсѣмъ правильнымъ, такъ какъ то, что Германская юриспруденція называла Proprietätsrecht, стояло въ неразрывной связи съ ученіемъ о двойной собственности, которое осталось совершенно неизвѣстнымъ для Россіи и не могло поэтому породить у насъ и соотвѣтствующихъ ему понятій. Возникло это ученіе, о которомъ мы говорили уже нѣсколько разъ, слѣдующимъ образомъ. Поземельныя отношенія среднихъ вѣковъ представляли, какъ мы имѣли уже случай убѣдиться въ этомъ, чрезвычайное разнообразіе и крайнюю неопредѣленность. Рядомъ съ аллодіальнымъ владѣніемъ, здѣсь встрѣчались различные виды феодальнаго и зависимаго владѣнія; рядомъ съ владѣніемъ свободныхъ людей, разнообразнѣйшія формы несвободнаго и крестьянскаго владѣнія, имѣвшаго мѣсто на той же землѣ, на которой имѣло мѣсто и владѣніе свободныхъ людей.

Содержаніе права на одну и ту же землю со стороны нѣсколькихъ лицъ, стоявшихъ на различныхъ ступеняхъ общественной іерархіи, было также различно, хотя названіе права и иска сохранилось во всѣхъ случаяхъ однимъ и тѣмъ же: искъ основывался на общемъ для всѣхъ вещныхъ и даже личныхъ правъ по отношенію къ какимъ бы то ни было вещамъ — понятіи „Jenere“ и въ своей обычной формулѣ — „malo ordine possides-

коммунировалъ часто въ одномъ лицѣ нѣсколько основанiй иска или нѣсколько *Jenera*, при чемъ другое лицо могло имѣть на тотъ же предметъ свое *Jenera*. Отсюда происходила, естественно путаница въ защитѣ правъ и та неопредѣленность въ ихъ терминологiи, на которую мы уже указывали; эти же обстоятельства должны были, понятно, облегчить рецепцiю римскаго ученiя о собственности, которое, не смотря на свое несоотвѣтствiе съ германскими отношенiями, представляло несравненно болѣе опредѣленности и болѣе гарантiй для обезпеченной защиты права, нежели древне-германская система *Jenera*. Поэтому здѣсь и привилось такъ быстро ученiе о такъ называемой двойной собственности, занесенное въ Германiю итальянскими юристами и построенное на аналогiи римскаго права. Стремясь подвести новыя отношенiя подъ римскiя категорiи, средневѣковые юристы не могли воспользоваться прямо римскимъ противоположенiемъ между квиритской и бонитарной собственностью, такъ какъ это противоположенiе исчезло уже въ Юстиніановомъ законодательствѣ, но они воспользовались переживанiями этого и другихъ римскихъ ученiй, касавшихся вещныхъ правъ и сохранившихся въ Юстиніановомъ законодательствѣ, въ видѣ противоположенiя между *rei vindicatio*, защищавшей право собственности, и *actio in rem utilis*, защищавшей не-

новомъ

между *rei v.*

которыя самостоятельныя вещныя права |напримѣръ *emfiteusis* и *superficies* |. Перенося противоположеніе этихъ исковъ на средневѣковый поземельный строй, романисты стали называть *dominium directum* право на землю со стороны сюзереновъ и другихъ патримоніальныхъ владѣльцевъ, получившихъ въ свое распоряженіе и въ защиту своего права, такъ назыв. *actio directio* или *rei vindicatio*. Всѣ же другія права пользованія на ту же землю романисты назвали *Dominium utile*, установивъ въ его защиту, такъ назыв. *actio in rem utilis*, которой защищались сначала отношенія, подходившія подъ римскія понятія *emfiteusis*'а и *superficies*'а, а потомъ всѣ виды какъ вассальнаго, такъ и многіе виды крестьянскаго землевладѣнія, подведеннаго подъ аналогію съ *emfiteusis*'омъ. Такимъ образомъ, установилась на одни и тѣ же объекты двойная собственность, признанная во многихъ *Landrecht*'ахъ и даже въ Прусскомъ и Австрійскомъ законодательствахъ конца прошлаго вѣка подъ именемъ *Obereigenthum* |верховная собственность| и *Untereigenth.* или *Nutzbares-Eigenthum* |подчиненная или полезная собственность|. Но въ настоящее время эта двойная собственность потеряла свое значеніе и устранена новѣйшими законодательными актами почти во всѣхъ частяхъ Германіи, такъ какъ пра-

во пользованія или подчиненная собственность Нем. Bares Eigenthum вассаловъ и крестьянъ окрѣпла съ теченіемъ времени до такой степени, что новому законодательству не оставалось другого выхода, какъ объявить ее настоящею собственностью и уничтожить давно уже потерявшія силы права, такъ назыв. верховной собственности. Единственный случай примѣненія двойной собственности въ настоящее время представляютъ наслѣдственные fideicomiss'ы, о которыхъ мы будемъ говорить въ свое время. Но въ средніе вѣка и до Великой французской революціи, а въ Германіи даже и до средины настоящаго столѣтія, понятіе верховной собственности примѣнилось къ массѣ повседневныхъ отношеній и сопровождалось важными преимуществами для отправлявшихъ ее лицъ. За ними признавалось право согласія и несогласія на отчужденіе земли, состоявшей въ зависимой собственности ихъ вассаловъ, право взыскивать при этомъ отчужденіи проценты въ свою пользу, требовать отъ своихъ вассаловъ различныхъ дѣйствій и т.д. Всѣ эти права и назывались "правомъ принадлежности" или Proprietätrecht, насколько они могли осуществляться безъ отдѣленнаго отъ нихъ пользованія вещью. Но понятно, что, возникнувъ исторически и въ условіяхъ, совершенно чуждыхъ русской жизни, эти права не имѣютъ для нашего закона никакого значенія, а потому цитированныя выше слова нашей 420 ст. "по

законному укрѣпленію" указываютъ, по нашему мнѣнію, лишь на происхожденіе собственности изъ положительнаго закона и на то, что собственность должна быть непремѣнно основана на какомъ-нибудь изъ признанныхъ закономъ способовъ ея пріобрѣтенія. Въ этомъ отношеніи опредѣленіе 420 ст. безупречно, потому что мы знаемъ, что право собственности происходитъ дѣйствительно изъ закона, а не предшествуетъ ему, какъ полагаютъ нѣкоторые философы и юристы, наклонные къ метафизическому строю мысли. Что касается указанія на признанные закономъ способы пріобрѣтенія собственности, то и оно вполнѣ правильно, такъ какъ необходимость основывать право собственности на одномъ изъ законныхъ способовъ его пріобрѣтенія вытекаетъ само собою изъ легальной теоріи собственности и служитъ, въ то же время, важнымъ признакомъ различія собственности отъ владѣнія и нѣкоторыхъ другихъ правъ, которыя защищаются закономъ и должны быть признаны поэтому юридическими, совершенно независимо отъ способа ихъ возникновенія. Признавая, такимъ образомъ, правильнымъ указаніе на "законное укрѣпленіе" собственности, такъ какъ мы уже знаемъ, что принадлежность вещи лицу составляетъ единственный специфическій признакъ этого права, - мы не можемъ согласиться и съ упрекомъ, который дѣлаютъ многіе изъ нашихъ юристовъ статьѣ 420, по по-

воду употребленія въ ней словъ: "въ частную принадлежность". Эти юристы говорятъ, что право собственности можетъ быть не только у частныхъ, но и у юридическихъ лицъ, ссылаясь тутъ же на слѣдующую за 420 ст. - 421 статью, признающую право государственной собственности и опредѣляющую ее, какъ верховное обладаніе государственными имуществами, пользованіе и распоряженіе оными. Но намъ извѣстно уже изъ теоріи общественнаго обладанія, что право государства и другихъ юридическихъ лицъ на владѣемое ими имущество есть не право собственности въ смыслѣ индивидуальнаго и исключительнаго права на вещь, а особенное, коллективное право, отличающееся рѣзко отъ индивидуальныхъ правъ, къ разряду которыхъ принадлежитъ частная собственность. Этотъ взглядъ не опровергается, но, напротивъ, находитъ блистательное подтвержденіе въ ст. 421, которая прямо говоритъ: "отъ права частной собственности различается право собственности государственной, состоящее въ верховномъ обладаніи государственными имуществами, въ пользованіи или распоряженіи оными". Слѣдовательно, употребленіе въ ст. 420 словъ: "въ частную принадлежность" составляетъ не недостатокъ, а достоинство опредѣленія собственности нашимъ закономъ, который проводитъ этими словами, если сопоставить ихъ съ ст. 421, рѣзкое и необходимое, какъ въ теоріи, такъ

и на практикѣ, различіе между индивидуальнымъ и общественнымъ обладаніемъ. Подробности о формальномъ моментѣ права собственности будутъ изложены ниже, а теперь мы перейдемъ къ другому моменту права собственности, указанному также въ ст. 420.

2. Этотъ другой моментъ можетъ быть названъ матеріальнымъ, потому что онъ выражаетъ содержаніе права собственности, которое ст. 420 видитъ "во власти, въ порядкѣ гражданскимъ закономъ установленномъ, исключительно и независимо отъ лица постороннаго, владѣть, пользоваться и распоряжаться онымъ имуществомъ вѣчно и потомственно" и т.д. Эта часть опредѣленія собственности нашимъ закономъ полна неправильностей и противорѣчій. Она стремится, очевидно, исчерпать всѣ правомочія, заключающіяся въ правѣ собственности, какъ таковомъ, правомочія, которыя входили прежде въ содержаніе, такъ называемой подчиненной собственности или "Nutzbares Eigenthum", и назывались "Nutzungsrechte". Тщетность этого стремленія и неправильность пути, на который стало наше законодательство при опредѣленіи содержанія права собственности, обнаружатся изъ слѣдующихъ соображеній.

Во 1-хъ, отдѣльныя, заключенныя въ правѣ собственности, полномочія вообще неисчислимы и становятся видны только тогда, когда они отдѣляются отъ

собственности и переходятъ къ другимъ лицамъ. Поэтому, возможно вполнѣ, что отъ собственности будутъ отдѣлены и владѣніе, и пользованіе, и распоряженіе, т.е. все, въ чемъ нашъ законъ видитъ ея содержаніе, но собственность все-таки не прекратится и будетъ существовать, не смотря на выдѣленіе изъ нея самыхъ существенныхъ правомочій. Чѣмъ больше правъ будетъ изъ нея такимъ образомъ выдѣляться, тѣмъ она будетъ становиться уже и, наконецъ, она можетъ лишиться почти всего содержанія, обратиться въ номинальное или, такъ называемое, голое право - nudum jus. Тѣмъ не менѣе, это голое право должно быть признано собственностью, и признано ею безъ всякой метафизики, а въ силу чисто практическихъ соображеній. Прежде всего, такая собственность будетъ служить регуляторомъ юридическихъ отношеній, которыя безъ нея такъ смѣшались бы и перепутались между собою, что различныя права, выдѣленныя изъ собственности, потеряли бы всякую опредѣленность. Затѣмъ, голое право собственности сопровождается еще тѣмъ важнымъ послѣдствіемъ, что выдѣленное изъ него полномочіе, теряясь почему либо для посторонняго управомоченнаго лица, возвращается къ собственнику само собою, дѣлается неразрывной частью его права безъ какого бы то ни было спеціальнаго акта пріобрѣтенія съ его стороны. Такое возстановленіе ipso jure всѣхъ временно выдѣленныхъ изъ права собственности пол-

номочій называется *jus recadentiae* или, иначе, правомъ консолидаціи, которое, по очень мѣткому замѣчанію одного нѣмецкаго юриста (*Mühlenbruch*), есть единственный абсолютный признакъ отличія собственности отъ не-собственности. Если, дѣйствительно, право собственности признается, не смотря на отсутствіе всѣхъ его положительныхъ полномочій, то понятно, что оно должно характеризоваться не этими послѣдними, а тѣмъ самымъ правомъ консолидаціи, съ которымъ оно всегда и неразрывно связано. Отсюда видно, что нашъ законъ допускаетъ явную ошибку, ограничивая, съ одной стороны, содержаніе собственности правами владѣнія, пользованія и распоряженія, и считая, съ другой стороны, эти правомочія необходимыми элементами права, которое легко можетъ существовать и безъ нихъ.

Во 2), нашъ законъ упускаетъ изъ виду, что права владѣнія, пользованія и распоряженія, принимаемыя имъ за необходимые признаки собственности, могутъ часто соединяться въ одномъ лицѣ безъ права собственности на вещь, находящуюся въ пользованіи, владѣніи и распоряженіи этого лица. Такимъ лицомъ бываетъ, напримѣръ, опекунъ по отношенію къ нѣкоторымъ видамъ подъопекаемаго имущества, надъ которымъ ему предоставлено право распоряженія; - такимъ лицомъ бываетъ, въ особенности, повѣренный, полу-

чающій нерѣдко отъ своего довѣрителя всѣ полномочія собственности, не дѣлаясь, однако, вслѣдствіе этого собственникомъ.

Наконецъ, третье и важнѣйшее соображеніе, указывающее на неправильность опредѣленія ст. 420, состоитъ въ томъ, что оно стремится дать общее опредѣленіе собственности, устанавливающее одинаковое содержаніе для всѣхъ ея видовъ, тогда какъ самый смыслъ 420 ст. и другихъ законовъ, помѣщенныхъ въ томъ же X т. ч. I, вполнѣ опровергаетъ возможность такого общаго и единообразнаго опредѣленія содержанія собственности. Что касается ст. 420, то она относится, очевидно, только къ недвижимымъ имуществамъ, такъ какъ для движимости не существуетъ, какъ мы увидимъ ниже, ни укрѣпленія, ни раздѣленія между владѣніемъ, пользованіемъ и распоряженіемъ. Далѣе, всѣ статьи нашихъ законовъ о собственности, начиная съ 420 и кончая ст. 533, говорятъ вездѣ, за исключеніемъ ст. 431, только о недвижимостяхъ, такъ что опредѣляемое въ нихъ содержаніе собственности вовсе не затрогиваетъ собственности на движимыя вещи. Наконецъ, самое содержаніе недвижимой собственности опредѣляется нашими законами различно, такъ какъ они раздѣляютъ ее на право собственности "полное" и "неполное" и соединяютъ съ отдѣльными формами собственности равное содержаніе права. "Право собственности есть полное, когда въ предѣ-

лахъ, закономъ установленныхъ, владѣніе, пользованіе и распоряженіе соединяются съ укрѣпленіемъ имущества въ одномъ лицѣ или въ одномъ сословіи лицъ, безъ всякаго посторонняго участія" |ст. 423|. "Право собственности бываетъ неполнымъ, когда оно ограничивается въ пользованіи, владѣніи или распоряженіи другими постороннимъ, также неполными на то же имущество правами, каковы суть: 1 - право участія въ пользованіи и выгодахъ чужого имущества; 2 - право угодій въ чужомъ имуществѣ. Правомъ собственности на основаніи опредѣленныхъ для сего постановленій пользуются также ограниченно: 3 - владѣльцы заповѣдныхъ наслѣдственныхъ имѣній: 4 - владѣльцы имѣній, жалуемыхъ на правѣ майоратовъ въ западныхъ губерніяхъ. Наконецъ, право собственности бываетъ также неполнымъ: 5 - когда отдѣляется отъ него право владѣнія и пользованія; 6 - когда отдѣляется отъ него право распоряженія" |ст. 432|.

Это дѣленіе собственности на полную и неполную само по себѣ безцѣльно, такъ какъ, опредѣляя право полной собственности, какъ владѣніе, пользованіе и распоряженіе въ предѣлахъ закономъ установленныхъ, ст. 423 предполагаетъ уже существованіе необходимыхъ ограниченій собственности. Принимая, такимъ образомъ, понятіе полноты собственности лишь въ ограниченномъ и относительномъ смыслѣ, намъ нѣтъ ника-

кой необходимости говорить отдѣльно о неполной собственности, ибо мы знаемъ уже, что всякая недвижимая собственность подвергается ограниченіямъ по праву участія общаго, по праву сосѣдства и по другимъ основаніямъ, вытекающимъ изъ условій общежитія, такъ что "право полной собственности на землю", о которомъ нашъ законъ говоритъ положительно въ ст. ст. 423, 424 и др., въ дѣйствительности вовсе не существуетъ. Если, такимъ образомъ, "права полной собственности" въ настоящемъ смыслѣ этого слова нѣтъ и не можетъ быть, то дѣленіе собственности въ нашемъ законодательствѣ на полное и неполное имѣетъ для насъ тѣмъ не менѣе то важное значеніе, что оно прямо указываетъ на различныя степени ограниченій, налагаемыхъ закономъ на различные виды собственности. Этимъ же различіемъ въ степени и размѣрѣ ограниченій прямо доказывается какъ возможность различнаго содержанія правъ на недвижимую собственность, такъ и необходимость признанія различія въ ея видахъ, о которыхъ рѣчь будетъ ниже.

Наши послѣднія замѣчанія объ опредѣленіи права собственности въ нашемъ законодательствѣ коснутся нѣкоторыхъ неправильныхъ выраженій, допущенныхъ имъ въ редакціи ст. 420. Слова: " исключительно" и "независимо отъ лица посторонняго" - невѣрны, потому что на основаніи этихъ словъ можно было бы

разсматривать собственность, какъ неограниченное господство надъ вещью, тогда какъ намъ извѣстно, что на собственность ложится, какъ по частному соглашенію, такъ и по предписанію закона, цѣлый рядъ ограниченій, ни мало не уничтожающихъ самого права собственности. Неумѣстность означенныхъ выше словъ ст. 420 тѣмъ очевиднѣе, что въ слѣдующихъ статьяхъ наше гражданское законодательство перечисляетъ само различные виды ограниченной собственности. Еще неправильнѣе слова: "вѣчно и потомственно", которыми ст. 420 характеризуетъ власть собственника надъ принадлежащей ему вещью. Вѣчныхъ правъ не существуетъ вообще, и право собственности можетъ быть названо таковымъ менѣе, чѣмъ какое-либо другое право, тѣмъ болѣе, что выраженіе "вѣчно" стоитъ въ прямомъ противорѣчіи съ дальнѣйшимъ изложеніемъ ст. 420:"доколѣ не передастъ сей власти другому'. Если собственность передается, то, конечно, она не вѣчна, и подъ неудачнымъ выраженіемъ нашего закона слѣдуетъ, вѣроятно, разумѣть безсрочность права, такъ что всякое устанавливаемое на срокъ право не будетъ собственностью. Также неудаченъ въ примѣненіи къ собственности и эпитетъ "потомственно", потому что

"потомственность" въ смыслѣ перехода по наслѣдству не составляетъ исключительнаго признака собственности, а относится и ко многимъ другимъ правамъ, какъ напримѣръ, въ правамъ на чужую вещь, къ обязательствамъ и т. д. Кромѣ того, выраженіе "потомственно" можетъ быть истолковано еще въ томъ смыслѣ, что собственнику, какъ будто, предоставлено право распоряжаться судьбой своего имущества по отношенію ко всему потомству. Между тѣмъ, нашъ же законъ дозволяетъ передачу имущества только непосредственнымъ преемникамъ, запрещая безусловно такъ называемую субстятуцію, т.е. опредѣленіе судьбы наслѣдственнаго имущества и установленіе порядка наслѣдованія на продолжительный срокъ; примѣчаніе къ ст. 1011 говоритъ прямо: "когда завѣщанное имѣніе обращается въ разрядъ имѣній наслѣдственныхъ, оное ни въ порядкѣ управленія, ни въ порядкѣ дальнѣйшаго его перехода, произволу перваго вотчинника подлежать уже не можетъ".

Такимъ образомъ, мы видимъ, что опредѣленіе права собственности въ нашемъ законѣ не выдерживаетъ критики ни въ своихъ частностяхъ, ни въ общихъ тенденціяхъ, въ которыхъ оно сходится вполнѣ съ опредѣленіями другихъ европейскихъ законодательствъ, составленныхъ подъ вліяніемъ чисто индивидуалистическихъ и метафизическихъ идей XVIII вѣка. Не смотря

на указанные недостатки, это опредѣленіе нашло себѣ, однако, апологета въ лицѣ покойнаго профессора Новороссійскаго университета Куницына, статья котораго въ защиту 420 ст., помѣщенная въ журналѣ Министерства Юстиціи 1866 года, составляетъ, вмѣстѣ съ брошюрою Варадинова, небольшой статьей Полежаева |Журналъ Министерства Юстиціи| и учебникомъ Побѣдоносцева всю нашу скудную литературу о правѣ собственности.

Укажемъ въ заключеніе нашего разбора ст. 420 на ея важное историческое значеніе.

Въ эпоху Петра Великаго и раньше ея у насъ совершенно еще нельзя было говорить ни о собственности въ гражданскомъ смыслѣ, ни вообще о гражданскихъ законахъ. Необходимымъ элементомъ гражданскаго права служитъ, какъ мы знаемъ, существованіе отдѣльной и самостоятельной гражданской защиты, а въ ту пору не приводилось еще никакого различія между защитой гражданской и публичной. Слова: "въ порядкѣ, законами гражданскими установленномъ" отмѣчаютъ ясно этотъ переломъ въ исторіи нашего права и имѣютъ въ виду установленіе самостоятельнаго типа гражданской собственности. Далѣе, опредѣленіе Сперанскаго говоритъ абстрактно: "кто, бывъ первымъ пріобрѣтателемъ" и т. д., желая повидимому, выразить этими словами то, что собственникомъ можетъ

быть всякій. Между тѣмъ, въ эпоху Сперанскаго собственниками признавались у насъ далеко не всѣ лица одинаково: доступъ къ обладанію наслѣдственными имѣніями открывался попрежнему одной лишь службой. Жалованная грамота дворянству, межевыя инструкціи и другія законодательныя мѣры предшествующаго періода способствовали приватизированію собственности, но далеко еще не достигли его. Для этого наше законодательство должно было разстаться съ понятіемъ: "населеннаго имѣнія", съ которымъ оно и распростилось совершенно въ день крестьянской реформы I9 Февраля I86I года, имѣвшей, между многими своими послѣдствіями, и тотъ результатъ, что чистый видъ собственности, выраженный Сперанскимъ, сталъ теперь достояніемъ всѣхъ классовъ общества; раньше онъ былъ только въ головѣ составителей Свода. Наконецъ, Сперанскій въ ст. 420 заговорилъ впервые объ исключительности права собственности, о принадлежности его лицу и одному только лицу, тогда какъ мы знаемъ, что въ нашемъ помѣстномъ владѣніи не существовало никогда такого вполнѣ приватнаго обладанія. Слѣдовательно, черта частности и исключительности права собственности явилась у насъ въ первый разъ въ опредѣленіи Сперанскаго, и въ этой особенности его слѣдуетъ, въ то же время, видѣть и главное его значеніе.

Таковъ историческій комментарій къ ст. 420, послѣ котораго мы перейдемъ къ спеціальному разсмотрѣнію формальнаго и матеріальнаго моментовъ права собственности по дѣйствующему у насъ законодательству и начнемъ съ послѣдняго.

В| МАТЕРІАЛЬНЫЙ МОМЕНТЪ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ: СОДЕРЖАНІЕ, ОГРАНИЧЕНІЯ И ВИДЫ СОБСТВЕННОСТИ ПО ДѢЙСТВУЮЩЕМУ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ.

Подъ матеріальнымъ моментомъ права собственности нужно разумѣть его содержаніе, т.е. совокупность всѣхъ вытекающихъ изъ него правомочій. Перечисленіе этихъ правомочій, какъ мы видѣли, невозможно, и въ немъ нѣтъ особенной надобности, такъ какъ объемъ ихъ въ различныхъ случаяхъ бываетъ различный. Наше законодательство опредѣляетъ, тѣмъ не менѣе, содержаніе права собственности положительными признаками, включая въ него права владѣнія, пользованія и распоряженія.

Когда владѣніе, пользованіе и распоряженіе соединяются въ рукахъ собственника, тогда законъ нашъ называетъ право собственности "полнымъ"|ст. 423| и приписываетъ владѣльцу его право на всѣ произведенія на поверхности земли, на все, что заключается въ нѣдрахъ ея, на воды, въ предѣлахъ ея находящія-

ся и, словомъ, на всѣ ея принадлежности |424 ст.|. Въ силу этой статьи и безъ надобности ссылаться на какое-либо особенное право, собственнику принадлежитъ ipso iure право разработки минераловъ на своей землѣ и другихъ раскопокъ, право охоты, рыбной ловли и друг. Такое представленіе о собственности, какъ о правѣ, распространяющемся на все, что стоитъ въ непосредственной связи съ ея объектомъ, не допуская никакихъ самостоятельныхъ правъ на эти части, принадлежитъ римскому праву, отъ котораго оно перешло въ новыя законодательства, а отъ нихъ - и въ наше право. Между тѣмъ, средневѣковое представленіе, удержавшееся еще во многихъ государствахъ, допускало вполнѣ возможность права собственности на домъ независимо отъ права собственности на землю, на которой онъ построенъ, возможность отдѣльнаго права собственности на отдѣльные этажи этого дома, принимая, такимъ образомъ, кромѣ дѣленія собственности въ вертикальномъ направленіи, извѣстнаго и римскому праву, еще дѣленіе ея въ горизонтальномъ направленіи, не допускаемое римскими юристами. Кромѣ того, нѣкоторые изъ Германскихъ партикулярныхъ законодательствъ признаютъ до сихъ поръ возможность собственности на погребъ или отдѣльную комнату въ чужомъ домѣ, на плоды чужой вещи, прежде чѣмъ они отдѣлены отъ нея, и много другихъ положеній, стоящихъ въ прямомъ противорѣчіи

съ римскимъ правомъ.

Что касается права раскопокъ, то первоначально оно было совершенно свободно и принадлежало всѣмъ членамъ общины, которые, рядомъ съ правомъ пастьбы, рубки лѣса и проч., пользовались также правомъ раскопокъ во всей общинной землѣ. Противъ этого народнаго возврѣнія уже съ XII вѣка въ Германіи начинаетъ развиваться право королевской регаліи на ископаемыя произведенія земли, право, состоявшее въ томъ, что разработка этихъ произведеній была поставлена въ зависимость отъ концессіи короля или соизволенія его на такую разработку. Эта регалія, какъ и всѣ другія регаліи, онѣ опредѣляются вообще, какъ права, принадлежащія государственной власти, признавалась составной частью верховной власти, которой приписывалось обыкновенно право на двоякаго рода регаліи: 1) regalia maiora или essentialia, состоявшія въ существеннѣйшихъ правахъ государственной власти, въ ея правѣ верховенства, величества, судебной функціи и т. д. и 2) regalia minora или accidentalia, это - настоящія регаліи, или регаліи въ тѣсномъ смыслѣ, состоявшія въ различныхъ фискальныхъ правахъ пользованія, присвоенныхъ государственной властью въ теченіе среднихъ вѣковъ, какъ на различныя принадлежности земельнаго владѣнія, такъ и на предметы общаго поль-

зованія. Къ разряду такихъ государственныхъ регалій, которыя могли отправляться и частными лицами, получавшими ихъ отъ верховной власти по пожалованію или другимъ сдѣлкамъ, относится и горная регалія, введенная у насъ при Петрѣ Великомъ, когда разработка минераловъ, на чьей бы землѣ она ни происходила, стала признаваться и у насъ государственной регаліей. Потомъ эта разработка была дозволена только "по милости монаршей", но не по праву, и частной промышленности, съ сохраненіемъ, однако, за государствомъ права на преимущественную покупку добытыхъ металловъ, и лишь въ 1782 году, при Екатеринѣ II, право частной собственности на землю было связано съ правомъ на ея нѣдра. Собственникъ стѣсненъ теперь въ искан1и и разработкѣ руды только тѣмъ, что увѣдомляетъ Горное Управленіе о предпринимаемомъ устройствѣ завода и подчиняется правиламъ Горнаго Устава; въ остальномъ онъ совершенно свободенъ, и никто, безъ его позволенія не въ правѣ искать руды въ его земляхъ; кладъ, найденный здѣсь, принадлежитъ ему же, и ст. 430 постановляетъ, что искать его, безъ позволенія владѣльца, воспрещается не токмо частнымъ лицамъ, но и мѣстному начальству. - Право охоты, бывшее прежде вездѣ предметомъ общественнаго пользованія, сдѣлалось въ феодальной Европѣ также государственной регаліей, предметомъ

пожалованія, раздачи, продажи; потомъ оно приняло характеръ сословной привилегіи, оберегаемой совершенно драконовскими законами и отмѣненной во Франціи во время революціи 1789 года, а въ Германіи лишь въ 1848 году. Съ этого времени въ Западной Европѣ право охоты ставится всюду въ зависимость отъ права собственности на землю, подвергаясь лишь нѣкоторымъ ограниченіямъ, вытекающимъ изъ хозяйственныхъ соображеній. У насъ охота была первоначально также свободна, и связь ея съ правомъ поземельной собственности впервые установлена при Петрѣ Великомъ. Охотиться на чужой землѣ можно теперь только съ письменнаго дозволенія владѣльца, но въ казенныхъ лѣсныхъ дачахъ, неустроенныхъ окончательно, охота свободна для всѣхъ безъ особаго дозволенія; въ устроенныхъ дачахъ самовольная охота воспрещена всѣмъ, кромѣ стражи и чиновниковъ лѣсного управленія; за нарушенія положены штрафы. - Рыбная ловля раздѣляла постоянно судьбу охоты и стоитъ теперь въ связи съ собственностью на землю, внутри которой находятся тѣ или другіе воды, за исключеніемъ, конечно, морей, озеръ и другихъ водъ, состоящихъ въ общественномъ пользованіи и не отдаваемыхъ казной въ оброчное содержаніе. Далѣе, по праву же полной собственности на имущество, *владѣльцу принадлежатъ всѣ плоды, доходы, прибыли, приращенія, выгоды и все

то, что трудомъ и искусствомъ его произведено въ томъ имуществѣ" |ст. 425|. Собственникъ самки имѣетъ право собственности на приплодъ отъ нея, хотя бы самецъ и былъ чужой |ст. 431|. Эти статьи говорятъ, очевидно, о такъ называемыхъ плодахъ вещи, принимая, такимъ образомъ, ихъ извѣстное подраздѣленіе на плоды естественные и гражданскіе. Тѣ и другіе плоды наше законодательство, по примѣру законодательствъ европейскихъ, приписываетъ собственнику главной вещи или земли, подтверждая этимъ извѣстное правило римскаго права, по которому *accessorium sequitur principalem.*

Вотъ и всѣ общія положенія нашего Свода о содержаніи права собственности. Неправильность этихъ подоженій была показана выше, когда мы разъясняли, что, во 1-хъ, владѣніе, пользованіе и распоряженіе не исчерпываютъ содержанія права собственности, что, во 2-хъ, названныя правомочія не составляютъ необходимыхъ элементовъ права собственности, имѣя возможность отсутствовать изъ его содержанія, и что, наконецъ, въ 3-хъ, всѣ входящія въ право собственности правомочія подлежатъ различнымъ ограниченіямъ, обусловливающимъ въ различныхъ случаяхъ различное содержаніе права. Насколько наша точка врѣнія вѣрна и насколько она соотвѣтствуетъ спеціальнымъ постановленіямъ о правѣ собственности, изло-

женнымъ въ нашемъ же Сводѣ законовъ гражданскихъ, вы убѣдитесь въ этомъ, познакомившись съ ученіемъ объ ограниченіяхъ права собственности по дѣйствующему у насъ законодательству, съ ученіемъ, которое мы сейчасъ же и изложимъ, такъ какъ оно стоитъ въ непосредственной и логической связи съ ученіемъ о содержаніи права собственности.

Подъ ограниченіями права собственности понимаются предѣлы, которые ставятся собственности въ осуществленіи того или другого правомочія, входящаго въ составъ его права собственности. Подобныя ограниченія устанавливаются или добровольно, по соглашенію собственника съ другимъ лицомъ, или по предписанію закона, ограничивающаго собственника независимо отъ его воли. — Первыя обсуждаются по началамъ договорнаго права, не занимающаго насъ въ настоящую минуту, а вторыя составляютъ законныя или настоящія ограниченія собственности, которыя мы теперь и разсмотримъ. Къ такимъ ограниченіямъ собственности относятся, во 1-хъ, различные виды общественнаго пользованія и, въ особенности, та форма его, которую нашъ законъ называетъ "правомъ участія общаго". Этотъ разрядъ ограниченій права частной собственности былъ нами уже разобранъ и мы не будемъ повторять сказаннаго. 2. Другой разрядъ ограниченій права собственности является послѣдствіемъ

существованія, рядомъ съ нимъ, другихъ вещныхъ правъ на ту же вещь, которая служитъ и предметомъ собственности. Эти права устанавливаются или независимо отъ собственника, имѣя ограниченіе собственности только своимъ случайнымъ послѣдствіемъ, или по добровольному желанію самого собственника, выдѣляющаго изъ своего права то или другое полномочіе и переносящаго его на другое лицо, или же разсчитанныя прямо на ограниченіе собственности, они созданются самимъ закономъ. Во всѣхъ трехъ случаяхъ эти ограниченія собственности составляютъ самостоятельныя права на вещь, которыя мы разсмотримъ послѣ всего изложенія института собственности. 3, Наконецъ, третій и важнѣйшій видъ ограниченій собственности, на которомъ мы тутъ и остановимся, состоитъ изъ такихъ ограниченій ея, которыя устанавливаются не въ виду общественнаго пользованія и не въ формѣ самостоятельныхъ вещныхъ правъ, а въ виду опредѣленныхъ лицъ, поставленныхъ въ извѣстное отношеніе къ существующей собственности, или въ виду другихъ общественно-хозяйственныхъ интересовъ, налагающихъ на собственниковъ извѣстныя обязанности, которымъ не противополагается, однако, ничьего самостоятельнаго вещнаго права. Вотъ почему эти ограниченія собственности представляются, по мѣткому замѣчанію Іеринга, "не столько ограниченіями, сколько границами

самого понятія поземельной собственности". Касаются они обыкновенно или права пользованія, или права распоряженія, или, наконецъ, цѣлаго права собственности во всѣхъ его частяхъ. Разсмотримъ каждый изъ этихъ видовъ ограниченій собственности въ отдѣльности.

а) ОГРАНИЧЕНІЕ ПРАВА ПОЛЬЗОВАНІЯ.

Они устанавливаются прежде всего, какъ было уже замѣчено, въ виду интересовъ отдѣльныхъ лицъ, поставленныхъ въ извѣстное отношеніе къ существующей собственности. Это отношеніе состоитъ въ сосѣдствѣ, смежности двухъ или нѣсколькихъ поземельныхъ участковъ, а вытекающія отсюда ограниченія собственности извѣстны въ нашемъ законодательствѣ подъ именемъ "ПРАВЪ УЧАСТІЯ ЧАСТНАГО въ выгодахъ чужого имущества". Смотря же по тому, къ чему относится подобное сосѣдство, къ поземельнымъ участкамъ, къ полямъ или постройкамъ, различаются и формы разсматриваемыхъ нами ограниченій собственности. Такъ, при смежности двухъ поземельныхъ участковъ нашъ законъ налагаетъ на владѣльцевъ ихъ слѣдующія ограниченія: а) ни одинъ изъ нихъ не имѣетъ права поднятіемъ въ своемъ имѣніи проточныхъ водъ посредствомъ плотинъ затоплять луга и пашни сосѣда, останавли-

вать дѣйствіе его мельницъ |ст. 442|; в| владѣлецъ одного берега рѣки не въ правѣ примыкать плотину къ противоположному берегу безъ согласія хозяина послѣдняго |ст. 442|. Изъ сосѣдства строеній вытекаютъ другія ограниченія: а - собственникъ не въ правѣ пристраивать къ стѣнѣ сосѣдняго дома поварни и печи; б - сметать соръ на домъ и дворъ сосѣда; в - дѣлать стокъ воды съ своей кровли на его дворъ |онъ долженъ обращать оный въ свою сторону|; наконецъ, г - онъ не въ правѣ дѣлать оконъ и дверей въ брандмауерѣ, отдѣляющемъ кровли сосѣднихъ строеній |ст. 445|. Это послѣднее ограниченіе вызвано не только интересами сосѣдства, но и какъ мѣра предосторожности противъ пожаровъ; оно подверглось особенно подробной регламентаціи нашего законодательства, съ которой вы можете познакомиться изъ ст. ст. 446, 447 X т. ч. I. Эти двѣ статьи указываютъ на отрицательную обязанность сосѣда: не устраивать оконъ въ стѣнѣ, стоящей на границѣ чужого владѣнія. Но собственникъ можетъ предоставить сосѣду сдѣлать просвѣтъ, для законнаго установленія котораго требуется, однако, крѣпостной актъ. Это есть, какъ мы увидимъ впослѣдствіи, указаніе на право сервитута, которое не получило только въ нашемъ законодательствѣ надлежащаго развитія. Западно-европейскіе кодексы запрещаютъ дѣлать такія окна потому,

что они мѣшаютъ сосѣдямъ строиться, а вовсе не съ тѣмъ, чтобы собственники такихъ оконъ не смотрѣли въ нихъ. Кромѣ того, чрезъ эти окна могутъ быть совершаемы кражи, и поэтому ихъ дозволяется строить обыкновенно только на 10-футовой высотѣ, и, притомъ, предписывается снабжать ихъ для безопасности желѣзной рѣшеткой. Вотъ идея, выражающая настоящую причину этого ограниченія собственности, идея, весьма слабо мелькающая въ нашемъ законѣ, который не даетъ поэтому съ перваго раза и возможности объяснить точно основаніе устанавливаемаго имъ ограниченія. Слѣдующія статьи нашего X т., а именно ст. ст. 448-491 говорятъ о необходимомъ пути чрезъ чужія владѣнія | Nothweg |; ст. ст. же 452 - 466 - о такъ наз. "правѣ угодій въ чужомъ имуществѣ"; но эти опредѣленія нашего закона относятся прямо къ сервитутному праву, почему мы и отложимъ ихъ разборъ до изложенія этого послѣдняго. Говоря вообще, ограниченія собственности, основанныя на сосѣдствѣ, мало выработаны въ нашемъ законодательствѣ, которое не заключаетъ въ себѣ о нихъ, кромѣ приведенныхъ, никакихъ иныхъ постановленій. Здѣсь нужно замѣтить въ особенности еще то, что наши гражданскіе законы, говоря подробно о поверхности земли, о богатствахъ, скрытыхъ въ ея нѣдрахъ, совершенно не обращаютъ вниманія на то, что находится надъ поверхностью земли, -

вслѣдствіе сего у насъ, сравнительно съ европейскими кодексами и римскимъ правомъ, получается значительный пробѣлъ въ законодательствѣ.

Вопросъ о пространствѣ надъ поверхностью земли вовсе не есть праздный или только теоретическій вопросъ; напротивъ, онъ получаетъ, можно сказать, съ каждымъ днемъ все большій и большій практическій интересъ. Въ римскомъ правѣ этотъ вопросъ разрѣшался въ положеніяхъ, говорившихъ совершенно правильно не о воздухѣ, не объ aer profluens, а о воздушномъ пространствѣ, интересъ разграниченія котораго былъ, по преимуществу, интересомъ городского землевладѣнія. Запрещая вторженія въ это пространство, римляне говорили, что сосѣдъ не могъ совершать въ этомъ пространствѣ ничего такого, что мѣшало бы свободнымъ дѣйствіямъ его собственника. Но если, напримѣръ, дерево вторгалось своими вѣтвями въ чужое воздушное пространство, то римскіе юристы учили, что собственникъ дерева есть, вмѣстѣ съ тѣмъ, и собственникъ вѣтвей, и что сосѣдъ, поэтому, не имѣетъ права обрубать такія вторгавшіяся къ нему чужія вѣтви. Подобное постановленіе могло имѣть большое значеніе для слѣдующаго случая. Дерево могло приносить плоды, и тогда являлся вопросъ, кому принадлежали эти плоды: тому ли на чьей землѣ были корни дерева, или тому, въ чьемъ пространствѣ находились

плодоносящія вѣтви, и кто имѣлъ право собирать такіе плоды, если они падали на чужой дворъ. Римляне разрѣшали этотъ вопросъ въ пользу свободнаго входа на чужой дворъ собственника дерева для собиранія упавшихъ плодовъ на каждый третій день, и отсюда получили свое начало такъ назыв. interdicta de claude legenda. Напротивъ, въ германскомъ правѣ подобные случаи разрѣшались на основаніи территоріальнаго начала, и въ большинствѣ Landrecht'ов вѣтви такого дерева переставали быть собственностью его хозяина, поступая въ собственность того, кому принадлежало воздушное пространство, въ которомъ онѣ росли, - такъ что собственникъ этого послѣдняго могъ свободно обрубить ихъ или пользоваться для себя приносимыми ими плодами. Но современные кодексы возвращаются опять къ римской точкѣ зрѣнія. Для тѣхъ же случаевъ, въ которыхъ разграниченіе двухъ землевладѣній и права собственности не только на поверхность земли, но и на воздушное пространство, представляется почему-либо затруднительнымъ, - когда, напр., дымъ съ земли моего сосѣда направляется постоянно на мою собственность и причиняетъ мнѣ всяческія неудобства, -

---

ія этихъ случаевъ современныя законодательства устанавливаютъ слѣдующее положеніе: если неудобства, причиняемыя мнѣ сосѣдомъ, составляютъ послѣдствія нормальнаго пользованія имъ своей собственностью, то я долженъ терпѣть эти неудобства; если же они переходятъ границу нормальнаго и представляютъ какую-либо исключительность, то никто не обязанъ терпѣть ихъ иначе, какъ по особому соглашенію, устанавливающему на имѣніе соотвѣтствующій сервитутъ. Какими мѣрами достигается вообще практическое осуществленіе всѣхъ этихъ конфликтовъ, это вопросъ публичнаго права, устанавливающаго въ этихъ видахъ особыя нормы, соотвѣтствующія мѣстнымъ и индивидуальнымъ условіямъ отдѣльнаго случая. Абсолютныхъ и неизмѣнныхъ нормъ, одинаково пригодныхъ для всѣхъ случаевъ безъ исключенія, здѣсь нѣтъ, а исходной точкой для рѣшенія возникающихъ трудностей служитъ то простое соображеніе, что общежитіе должно быть устроено такъ, чтобы никто, по возможности, не мѣшалъ другому. Наше законодательство постановленіями по этому предмету крайне бѣдно. Всѣ затронутые выше вопросы нормируются у насъ, главнымъ образомъ, полицейскими уставами, разсмотрѣніе коихъ насъ не касается, а положенія X тома, нами уже изложенныя, отличаются, какъ вы видите, чрезвычайной скудостью, неразвитостью и неопредѣленностью. Германскія за-

конодательства представляютъ, напротивъ, замѣчательную выработанность правилъ, регулирующихъ отношенія сосѣдства. Но эти правила, обусловленныя тѣмъ мѣстными особенностями, различаются по различію мѣстныхъ условій и не допускаютъ общаго изложенія. Отмѣтимъ только въ высшей степени интересный, съ точки зрѣнія общественнаго назначенія права собственности, слѣдующій законъ прусскаго Landrecht'а: "каждый сельскій хозяинъ обязанъ вести хозяйство въ своемъ имѣніи такимъ образомъ, чтобы имъ поддерживались также общія нужды". Исполненіе этой обязанности можетъ быть вынуждено у собственника принудительными мѣрами, а въ случаѣ ослушанія онъ можетъ быть даже лишенъ своей собственности и принужденъ къ передачѣ ея другому лицу [Landrecht II, 7 - 9, ср. также I, 8 - 9, 60, 61]. Подобныя же постановленія встрѣчаются и въ другихъ болѣе раннихъ законодательныхъ актахъ, какъ напр., постановленіе такого рода, что собственникъ не долженъ держать у себя вовсе или можетъ держать только въ ограниченномъ количествѣ нѣкоторые виды животныхъ и птицъ. Эти постановленія теперь, по большей части, отмѣнены, но чрезвычайно многочисленныя и крайне разнообразныя ограниченія городского и сельскаго землевладѣнія сохраняютъ до сихъ поръ въ Германіи полную силу.)

Другой разрядъ ограниченій права пользованія, принадлежащаго собственникамъ, устанавливается закономъ не въ виду отношеній сосѣдства, а по другимъ соображеніямъ фискальнаго или общественно-хозяйственнаго характера. Этихъ ограниченій было особенно много въ прежнее время. Сюда относятся ограниченія, налагаемыя на частную собственность различными видами государственныхъ регалій, чуждыхъ собственно исторіи нашего права, не смотря на попытки Петра Великаго, направленныя на введеніе такихъ регалій, которыя удерживались вообще недолго, и затѣмъ, слѣдующія ограниченія смѣшаннаго характера, которыя мы приведемъ, въ видѣ примѣровъ, изъ исторіи нашего права. Такъ, при Петрѣ Великомъ всякому было позволено отыскивать минералы и руды въ чужихъ земляхъ, хотя бы и противъ воли собственника, "дабы Божіе благословеніе подъ землею втунѣ не оставалось". Многія породы деревьевъ и цѣлыя лѣсныя пространства объявлены заповѣдными, и опредѣлены наказанія за рубку лѣса: за срубъ дуба назначена смертная казнь, за другія деревья - штрафъ по 10 рублей за дерево. Эти ограниченія въ пользованіи лѣсомъ постановлены были, очевидно, въ интересахъ возникавшаго тогда флота. Но въ настоящее время ограниченія въ пользованіи лѣсомъ устанавливаются по климатическимъ и сельско-хозяйственнымъ соображеніямъ.

имѣющимъ въ виду опасность произвольнаго пользованія лѣсомъ и истребленія его для всего общества. На этомъ основаніи большинство современныхъ законодательствъ, отъ которыхъ наше законодательство отстаетъ въ значительной степени и въ настоящемъ вопросѣ, чрезвычайно ограничиваетъ пользованіе лѣсами, распространяя эти ограниченія какъ на способъ пользованія, такъ и на порядокъ управленія ими. Такъ, напр., въ германскомъ имперскомъ законѣ 6 іюня 1875 года мы читаемъ, что особыя мѣры для предотвращенія уничтоженія лѣсовъ могутъ быть приняты въ цѣляхъ общественныхъ и противъ своенравія отдѣльнаго лица, когда общество теряетъ болѣе, чѣмъ пріобрѣтаетъ частный собственникъ". Въ тѣхъ районахъ, гдѣ вопросъ о лѣсоистребленіи угрожаетъ интересамъ общества, образуются принудительныя товарищества, въ составъ членовъ которыхъ входятъ и владѣльцы истребляемыхъ лѣсовъ. Если можно доказать, что вслѣдствіе истребленія лѣсовъ въ данной мѣстности произойдутъ песчаные заносы и т.п. вредныя послѣдствія, то рубка лѣса можетъ быть и совсѣмъ запрещена. Здѣсь можно упомянуть еще объ одномъ законѣ 1848 года, которымъ помѣщичьи собственникъ въ Пруссіи можетъ только по особому правительственному разрѣшенію устроить вновь, перевести, поднять или снять плотину или какое-либо другое вовышеніе, которымъ огра-

ничивается разливъ воды въ этой мѣстности. При этомъ, правительство можетъ принудить собственниковъ держать въ исправности и возобновлять разрушенныя водой или иными способами плотины. Далѣе, этотъ же законъ допускаетъ учрежденіе особаго рода союзовъ, въ которые должны обязательно вступать всѣ поземельные собственники данной мѣстности. Въ связи съ этими постановленіями, касающимися водяного права, стоитъ новый имперскій законъ I-го апрѣля 1879 года, опредѣляющій случаи, въ которыхъ является потребность въ осушеніи или орошеніи мѣстности. Для устройства всего, что необходимо для такого орошенія и осушенія, всѣ землевладѣльцы даннаго округа обязаны, на основаніи этого закона, войти въ особаго рода союзъ, подъ угрозой отобранія отъ нихъ въ противномъ случаѣ ихъ собственности. То же имѣетъ мѣсто и въ случаѣ необходимой защиты отъ воды или укрѣпленія берега рѣки, улучшенія путей сообщенія и т.д. Любопытенъ еще для характеристики духа молодой нѣмецкой имперіи законъ 21 декабря 1871 года, на основаніи котораго частная собственность терпитъ особыя ограниченія въ мѣстностяхъ, гдѣ устроены или будутъ устроены военныя крѣпости. Эти ограниченія носятъ названіе Rayonbeschränkungen и налагаются слѣдующимъ образомъ: военная власть составляетъ планъ мѣста существующей или предпола-

гаемой крѣпости и прилегающаго къ ней округа, дѣлитъ всю эту мѣстность на три района и подчиняетъ все хозяйство въ нихъ распоряженіямъ военнаго начальства крѣпости. Въ силу этихъ распоряженій крѣпостного начальства земельная собственность подвергается въ этихъ районахъ всякаго рода ограниченіямъ, а въ вознагражденіе за ущербы и убытки отъ этихъ ограниченій собственники получаютъ 6 %-ную ренту. Оставляя теперь эти законы, указывающіе на все разнообразіе направленій, въ которыхъ поземельная собственность терпитъ тѣ или другія ограниченія, мы вернемся опять къ нашему праву.

Точно такъ же, какъ и въ пользованіи лѣсомъ, частныя лица были ограничены у насъ и въ правѣ рыбной довли, которая признавалась одно время монополіей казны. Ограничено было и пользованіе мельницами, съ которыхъ цѣлая 1/4 доходовъ поступала въ пользу казны. Большая часть этихъ ограниченій постепенно отмѣнялась, начиная съ царствованія Екатерины II, но и въ настоящее время удерживается цѣлый рядъ ограниченій собственности, имѣющихъ цѣлію предотвратить непроизводительное истребленіе народныхъ богатствъ. Такъ, напр., запрещается охота съ I-го марта по Петровъ день |29 іюня| во время вывода птенцовъ |XII т. Устава Сельско-хоз. ст. ст. 540 - 545|. Запрещается ловъ рыбы посредствомъ самолововъ, т.е. бичевокъ, протягиваемыхъ поперекъ

рѣки съ навѣшенными на нихъ крючками |тамъ же ст. 567|, а въ нѣкоторыхъ мѣстахъ, составляющихъ оброчныя статьи, ловъ рыбы въ извѣстные мѣсяцы, когда она мечетъ икру, совсѣмъ запрещенъ.

Въ видахъ предотвращенія пожаровъ, постановлены правила о постройкѣ зданій, изложенныя въ Строительномъ Уставѣ. Предписывается, напримѣръ, не стѣснять дворовъ строеніями, оставлять между группами домовъ переулки, фабрики, заводы и кузницы строить подальше отъ жилыхъ строеній, не прислонять печей къ деревяннымъ стѣнамъ и т.д. Въ этихъ же видахъ запрещаются нѣкоторыя отдѣльныя дѣйствія, напр.,ходить ночью по двору и надворнымъ сараямъ съ зажженной лучиной, держать легко воспламеняющіяся вещества близъ печей и т.д. Всѣ перечисленныя ограниченія собственности касаются права пользованія, принадлежащей собственнику вещью, и мы видимъ, что эти ограниченія измѣняютъ свой характеръ, смотря по тому, къ какому роду вещей они относятся. Ограниченія въ пользованіи поземельными участками не тѣ, что ограниченія въ пользованіи жилыми строеніями; ограниченія въ пользованіи лѣсами - одни, рудами - другія, рыбной ловлею - третьи и т. д. Отсюда видно, что и наше законодательство вполнѣ признаетъ различное содержаніе собственности по различію объектовъ, на которые она устанавливается. Перейдемъ теперь

второму и важнѣйшему виду законныхъ ограниченій собственности, затрогивающихъ право распоряженія.

б| ОГРАНИЧЕНІЯ ПРАВА РАСПОРЯЖЕНІЯ.

Они имѣютъ для насъ особенный интересъ, потому что многія изъ нихъ создаютъ прямо признанные нашимъ закономъ особые виды права собственности. Такія ограниченія суть не результатъ другихъ имущественныхъ правъ, не результатъ общихъ условій общественной жизни, а созданы либо особыми государственными видами и соображеніями, либо представляютъ слѣды бывшихъ когда-то юридическихъ отношеній, которыя впослѣдствіи существенно измѣнились и удержались въ настоящее время въ видѣ ограниченій права распоряженія. Другія ограниченія этого права вызваны интересами кредита, въ видахъ обезпеченія интересовъ третьихъ лицъ, но мы остановимся, главнымъ образомъ, на ограниченіяхъ перваго рода.

I. Главный видъ этихъ ограниченій представляетъ: а| владѣніе такъ называемыми заповѣдными или наслѣдственными имѣніями. Этотъ институтъ развился сначала на германской почвѣ подъ именемъ семейныхъ фидеикомиссовъ, подъ которыми понимаются акты, устанавливающіе абсолютную неотчуждаемость даннаго поземельнаго участка или какого-нибудь другого под-

ходящаго объекта, и потомъ - непрерывное наслѣдованіе въ немъ опредѣленнаго круга лицъ, принадлежащихъ къ данной семьѣ. Корень этого института лежитъ въ древнемъ правѣ, которое не знаетъ частной собственности на землю и стѣсняетъ отчужденіе ея всевозможными способами, о которыхъ мы отчасти уже говорили и будемъ еще говорить ниже. Съ теченіемъ времени эти стѣсненія стали ослабѣвать, такъ что уже средневѣковое германское право выработало положеніе, разрѣшающее отчужденіе земель подъ условіемъ согласія на него наслѣдниковъ того лица, которое отчуждало эти земли; если наслѣдники не подымали въ теченіе года и дня спора противъ такого отчужденія, оно вступало въ полную силу, и имѣніе выходило совсѣмъ изъ обладанія данной семьи. Учрежденіе фидеикоммиссовъ было реакціей противъ такого ослабленія древнихъ традицій германскаго землевладѣнія, установивъ на земли, сдѣлавшіяся ихъ объектомъ, такую абсолютную неотчуждаемость и нераздѣльность, которыя дѣйствовали вѣрнѣе и обезпеченнѣе, чѣмъ прежнія законныя ограниченія права отчужденія, вытекавшія изъ началъ родового и семейнаго землевладѣнія. [illegible]

Но новѣйшія законодательства относятся къ фидеикоммиссамъ уже совсѣмъ не такъ благопріятно, какъ относилась къ нимъ прежняя юриспруденція. Измѣняя

постепенно сословную точку зрѣнія на точку зрѣнія общегосударственныхъ интересовъ, они не могутъ уже такъ безусловно поддерживать институтъ, который имѣлъ цѣлью поднять только значеніе дворянскихъ и другихъ богатыхъ семействъ и получилъ поэтому характеръ сословной привилегіи, сдѣлавшейся ненавистной всѣмъ другимъ классамъ общества. Кромѣ того, фидеикоммиссы возникли и имѣли успѣхъ среди политическихъ и экономическихъ условій, которыхъ въ настоящее время не существуетъ. Такъ, напримѣръ, англійскіе фидеикоммиссы, извѣстные подъ именемъ entails, были установлены еще при Эдуардѣ I по настоянію барововъ, которые имѣли въ виду обезпечить ими свое имущество отъ конфискаціи со стороны королевской власти. Этотъ страхъ едва ли умѣстенъ въ настоящее время, которое отличается, вдобавокъ, какъ извѣстно, такой тенденціей къ мобилизаціи всего землевладѣнія и къ введенію въ немъ интенсивнаго хозяйства, что фидеикоммиссы съ ихъ вѣчной неотчуждаемостью и нераздробимостью оказываются въ полномъ противорѣчіи, какъ съ современнымъ экономическимъ строемъ, такъ и съ требованіями справедливости, предъявляемыми къ землевладѣнію новыми экономистами. Вотъ почему фидеикоммиссы съ другими привилегіями и были отмѣнены Великой Французской революціей, которая дала Code civil'емъ 896-ую ст., запретившую всякія субституціи. Этотъ законъ дѣй-

стиональ во времена Наполеоновскихъ войнъ и въ Германіи, гдѣ было предписано такое уничтоженіе всѣхъ существующихъ фидеикоммиссовъ и запрещеніе установленія новыхъ. Но эти законы были вскорѣ устранены, и фидеикоммиссы возстановлены. Послѣ революціи 1848 года одинъ изъ параграфовъ такъ называемыхъ "Основныхъ правъ Германскаго народа" декретировалъ опять уничтоженіе фидеикоммиссовъ и требовалъ проведенія этого уничтоженія отдѣльными законодательствами. Но если нѣкоторыя законодательства и издали соотвѣтствующіе этому декрету законы, то эти законы были вскорѣ отмѣнены снова, и фидеикоммиссы удержались до сихъ поръ въ большинствѣ нѣмецкихъ государствъ. -

Прежде чѣмъ перейти къ положенію этого института въ нашемъ законодательствѣ, скажемъ еще нѣсколько словъ объ его юридической конструкціи. Фидеикоммиссами называются одинаково какъ акты, которыми устанавливается институтъ, такъ и имущества, на которыя онъ распространяется. Изъ даннаго выше опредѣленія института видно, что отличительными признаками его являются неотчуждаемость имущества и извѣстный порядокъ въ наслѣдованіи. Нѣкоторые юристы спорятъ до сихъ поръ о томъ, какой изъ этихъ признаковъ фидеикоммисса долженъ быть болѣе существеннымъ, чѣмъ другой, и, напримѣръ, Шрейтай предлагаетъ считать неотчуждаемость въ сторонѣ и

опредѣлять институтъ единственнымъ, по его мнѣнію, существенныхъ въ немъ признаковъ - наслѣдованія имущества въ кругу данной семьи. Споръ этотъ намъ кажется праднымъ, въ виду того, что, если неотчуждаемость есть послѣдствіе извѣстнаго порядка въ наслѣдованіи, то и вѣчное наслѣдованіе въ кругу опредѣленной семьи есть то же послѣдствіе неотчуждаемости имущества и не могло бы быть осуществлено иначе, какъ посредствомъ признанія такой неотчуждаемости. Отсюда уже видно, что, какъ наслѣдованіе въ семьѣ, такъ и неотчуждаемость имущества взаимно обусловливаютъ другъ друга и одинаково существенны для понятія фидеикоммисса въ томъ видѣ, въ какомъ оно выработано германской юриспруденціей. Другой болѣе важный и болѣе серьезный вопросъ въ теоріи фидеикоммиссовъ, вызвавшій даже цѣлую литературу, есть вопросъ о томъ, считать ли фидеикоммиссъ юридическимъ лицомъ или видѣть въ каждомъ владѣльцѣ фидеикоммисса, въ то же время, и его собственника? Прежняя литература, а также нѣкоторыя законодательства - принимаютъ, что владѣлецъ фидеикоммисса имѣетъ на него не настоящую собственность, а такъ назыв. dominium utile, тогда какъ настоящая собственность или dom. directum принадлежитъ цѣлому семейству, какъ юридическому лицу. Другая теорія и также другія законодательства, какъ напримѣръ, Прусское и Австрійское, утверждаютъ, что фидеикоммиссъ нахо-

дится въ сособственности настоящаго и всѣхъ послѣ-
дующихъ его владѣльцевъ. Обѣ эти теоріи не выдер-
живаютъ критики. Противъ первой изъ нихъ можно ска-
зать, что понятіе юридическаго лица, предполагаю-
щее общественное обладаніе и разсчитанное на обез-
ченіе этого обладанія относительно стоящихъ внѣ его
третьихъ лицъ, едва ли примѣнимо къ фидеикоммиссу,
стоящему во всякій данный моментъ въ обладаніи од-
ного лица и не представляющему ни той совокупности
обладанія, ни той сложности отношеній съ третьими
лицами, которыми только и обусловливается существо-
ваніе и признаніе той или другой формы обладанія -
обладаніемъ въ формѣ юридическаго лица. Съ другой
стороны мы знаемъ, что понятіе двойной собственно-
сти есть понятіе историческое и настолько устарѣ-
лое въ настоящее время, что имъ едва ли правильно
пользоваться при конструкціяхъ, представляющихъ со-
бою логическую, а не историческую операцію.

Что касается теоріи сособственности, то про-
тивъ нея должно сказать, что за послѣдующими или
ожидаемыми владѣльцами фидеикоммиссовъ нельзя при-
знать никакой собственности на нихъ, никакого пра-
ва, существующаго въ настоящемъ времени, такъ какъ
имъ принадлежитъ только неотчуждаемое право насл-
дованія, которое отличается отъ настоящей собствен-
ности такъ же, какъ отличается отъ нея всякое пра-
во наслѣдованія. Вслѣдствіе этихъ соображеній мы

отвергаемъ изложенныя выше конструкціи фидеикомиссъ и предпочитаемъ, вмѣстѣ съ Штоббе и многими другими юристами, разсматривать настоящаго владѣльца фидеикоммисса, какъ его собственника, ограниченнаго только въ отправленіи своей собственности, поскольку это ограниченіе требуется цѣлью фидеикоммисса, направленной на то, чтобы обезпечить неотчуждаемость имущества и наслѣдованіе въ немъ извѣстной семьи. Поэтому, право собственности фидеикоммисса-ра находитъ свою границу въ правѣ наслѣдованія членовъ одной съ нимъ семьи, поэтому же онъ не имѣетъ права ни на отчужденіе имущества, ни на такое пользованіе имъ, которое вредило бы его субстанціи или цѣнности. Порядокъ наслѣдованія опредѣляется обыкновенно волей установителя фидеиксмисса въ формѣ первородства, майората или сеньората. Первыя двѣ формы почти не отличаются другъ отъ друга въ экономическомъ и общественномъ отношеніи, но сеньоратъ носитъ уже другой характеръ и противорѣчитъ всѣмъ началамъ правильнаго хозяйства. Имущество находится здѣсь постоянно въ рукахъ стариковъ, которые часто смѣняютъ другъ друга и тѣмъ менѣе думаютъ о какихъ либо улучшеніяхъ въ имуществѣ или его площадѣ, чѣмъ короче продолжительность ихъ жизни и чѣмъ дальше они отстоятъ другъ отъ друга въ степеняхъ родства.

Что касается неотчуждаемости имущества, то эта

неотчуждаемость, какъ было уже замѣчено, носитъ абсолютный характеръ и тяготѣетъ на сущность фидеикомиссѣ, отличая этимъ свойствомъ фидеикомиссъ отъ простыхъ ограниченій права отчужденія, имѣющихъ въ силу закона на различнаго рода семейныхъ, родовыхъ и другихъ имуществахъ, о которыхъ мы будемъ говорить послѣ. Изъ сказаннаго видно также, что фидеикомиссы отличаются отъ указанныхъ ограниченій права отчужденія и тѣмъ, что они устанавливаются непосредственно не въ силу обычая, закона или давности, а въ силу особаго установительнаго акта, исходящаго отъ собственника или другого управомоченнаго владѣльца и принимающаго или форму договора, или форму завѣщательнаго распоряженія. Въ виду же важности такихъ установительныхъ актовъ, опредѣляющихъ судьбу даннаго имущества на вѣчныя времена, изъемлющихъ эти имущества изъ гражданскаго оборота, требуется непремѣнно письменное удостовѣреніе всякаго фидеикоммисса и, сверхъ того, согласіе государственной власти, вмѣстѣ со слѣдующимъ за этимъ согласіемъ правительственнымъ отдѣленіемъ каждаго такого установительнаго акта; при ипотечной системѣ неотчуждаемости фидеикоммисса отмѣчается въ поземельныхъ книгахъ. Будучи сначала институтомъ, введеннымъ только въ интересахъ высшаго дворянства, фидеикоммиссы въ настоящее время почти вездѣ, гдѣ они

признаются, могутъ быть установлены всѣми гражданами вообще, и только нѣсколько партикулярныхъ законодательствъ сохранили еще въ этомъ отношеніи кое-какія привиллегіи за дворянствомъ. Предметомъ фидеикомисса бываютъ, по самому характеру института, разсчитаннаго на продолжительныя дѣйствія, только такіе имущественные объекты, которые способны дать продолжительное, не поглощающее ихъ пользованіе. Такой объектъ представляетъ, главнымъ образомъ, земля, также - обезпеченные и приносящіе проценты капиталы, а равно - и нѣкоторыя другія движимости, обладающія указанною выше способностью. Нѣкоторыя законодательства устанавливаютъ еще minimum или maximum дохода, приносимаго фидеикомиссомъ, и заключаютъ въ себѣ вообще множество отдѣльныхъ и детальныхъ постановленій, которыя различаются по различнымъ государствамъ и не представляютъ вообще большого интереса.)

Переходя теперь къ нашимъ фидеикоммиссамъ, которые называются у насъ "заповѣдными имѣніями", мы должны сказать, прежде всего, что ими называются у насъ недвижимыя имущества извѣстнаго размѣра, приносящія извѣстный доходъ, которыя, или при пожало-

---

ваніи ихъ, или по ходатайству частныхъ лицъ, обращаются, съ Высочайшаго разрѣшенія, въ нераздѣльныя имущества, переходящія изъ рода въ родъ къ одному лицу по особому порядку наслѣдованія |ст. ст. 467 - 470, 472 т. X ч. I|. У насъ этотъ институтъ не имѣетъ историческихъ корней и введенъ въ 1845 году |во второй разъ послѣ неудачной попытки Петра Великаго 1714 - 1728| особымъ положеніемъ о заповѣдныхъ имѣніяхъ, преслѣдуя цѣль поднятія матеріальнаго благосостоянія и значенія родового дворянства. Поэтому, заповѣдныя имѣнія учреждаются у насъ только для дворянскихъ родовъ |478 ст.| и считаются, какъ бы, собственностью цѣлаго рода |ст. 485|. Согласно съ этимъ, заповѣдное имѣніе не можетъ быть ни отчуждаемо |ст. 485 по продолж.|, ни отдаваемо въ залогъ, ни обременяемо долгами и повинностями |ст. 488|. Оно не продается и съ публичнаго торга за неплатежъ государственныхъ и другихъ повинностей, отвѣчая только своими доходами по судебнымъ взысканіямъ, падающимъ на владѣльца, и по его личнымъ долгамъ; съ его смертью всѣ взысканія такого рода прекращаются и на наслѣдника не переходятъ |ст. 491 - 492|. Для того же, чтобы, съ одной стороны, предотвратить изъятіе изъ гражданскаго оборота слишкомъ большихъ имуществъ, а, съ другой, чтобы заповѣдное имѣніе дѣйствительно могло выполнить свое назначеніе - слу-

жить обезпеченіемъ рода - и не учреждалось слишкомъ часто по простой прихоти, нашъ законъ устанавливаетъ maximum и minimum для заповѣдныхъ имѣній. Ст. 470 говоритъ: "при обращеніи имѣній въ заповѣдныя наблюдается, чтобы оныя въ общемъ составѣ своемъ заключали въ себѣ не менѣе 400 и не болѣе 4000 крестьянскихъ дворовъ, полагая отъ 4 до 5 ревизскихъ душъ на каждый дворъ, или не менѣе 10 тысячъ и не болѣе 100 тысячъ десятинъ земли удобной, хотя и ненаселенной; или же, чтобы по достовѣрнымъ свѣдѣніямъ, за свидѣтельствомъ мѣстнаго губернскаго начальства оныя также въ общемъ ихъ составѣ приносили по десятилѣтней сложности средняго въ годъ дохода не менѣе 12 и не болѣе 200 тыс. руб. сер. Впрочемъ, дозволяется учреждать заповѣдныя имѣнія и въ большемъ противъ опредѣляемаго сей статьей размѣрѣ, когда въ нихъ находятся заводы, фабрики, или иныя заведенія промышленности, которыя безъ вреда и разстройства не могутъ быть раздѣлены. Учредителю предоставляется на волю означить размѣръ учреждаемаго имъ заповѣднаго имѣнія: числомъ душъ или дворовъ, или же количествомъ десятинъ земли или суммою получаемаго съ имѣнія дохода". Наконецъ, порядокъ наслѣдованія опредѣляется въ заповѣдномъ имѣніи однажды навсегда и отступать отъ него въ своемъ завѣщаніи владѣлецъ такого имѣнія не можетъ; право его

завѣщательныхъ распоряженій ограничивается лишь доходами съ заповѣднаго имѣнія, и то въ очень тѣсныхъ предѣлахъ |ст. 1069 X т. ч. I|. Изъ этихъ ограниченій права распоряженія по заповѣднымъ имѣніямъ нашъ законъ допускаетъ лишь незначительныя исключенія. Онъ дозволяетъ для округленія заповѣднаго имѣнія обмѣнять участокъ его на какой-либо другой участокъ равнаго достоинства, но и то - съ разрѣшенія Сената |ст. 485|. Потомъ, владѣльцу заповѣднаго имѣнія разрѣшается, если оно вслѣдствіе пожара, наводненія и т.п. будетъ доведено до такого состоянія, что доходы его окажутся недостаточными для возстановленія хозяйственныхъ заведеній, - въ этомъ случаѣ владѣльцу разрѣшается получить изъ Государственнаго Банка, съ согласія Сената, денежную ссуду въ размѣрѣ, не превышающемъ двухгодичный доходъ |ст. 489|. Заповѣдное имѣніе не подлежитъ дѣйствію земской давности |ст. 504|. Заповѣдное свойство имущества уничтожается, когда весь родъ перваго владѣльца и его нисходящей линіи въ мужскомъ и женскомъ колѣнѣ прекратится или никто изъ оставшихся наслѣдниковъ не принадлежитъ къ потомственному дворянству; тогда имѣніе перестаетъ быть заповѣднымъ и поступаетъ къ наслѣдникамъ послѣдняго владѣльца по обыкновенному порядку наслѣдства. Вообще же заповѣдь снимается рѣдко, и процедура этого снятія

очень сложна |см. ст. 483|. Изъ всѣхъ приведенныхъ постановленій о владѣніи заповѣдными имѣніями видно, что оно представляетъ собой чрезвычайно ограниченный и совершенно особенный видъ поземельной собственности, рѣзко отличающійся отъ типа свободной собственности. Съ заповѣдными имѣніями очень сходны въ этомъ отношеніи б| майоратныя имѣнія въ западныхъ губерніяхъ. Ихъ также нельзя отчуждать, закладывать, отдавать въ аренду, завѣщать въ другой родъ или вопреки законному порядку наслѣдованія |ст., ст. 506, 509, 1069 X т. ч. I|. Изъ ряда статей, говорящихъ о майоратныхъ имѣніяхъ |ст. ст. 494 - 512 X т. I ч.|, видно, что эта собственность заключаетъ въ себѣ вообще весьма мало цивильныхъ элементовъ. Майоратныя имѣнія образуются изъ имуществъ, поступающихъ въ казну по покупкѣ изъ такъ называемыхъ ленныхъ, полезуитскихъ и другихъ имѣній, которыя въ случаѣ Всемилостивѣйшаго пожалованія предоставляются во владѣніе частныхъ лицъ на особыхъ основаніяхъ |ст. 494|. Отличіе ихъ отъ заповѣдныхъ имѣній состоитъ, главнымъ образомъ, въ томъ, что владѣльцы майоратныхъ имѣній платятъ 3 % со своего чистаго дохода въ пользу инвалидовъ и подлежатъ надзору Палаты Государственныхъ Имуществъ; кромѣ того, за прекращеніемъ наслѣдниковъ, имѣющихъ право наслѣдованія по спеціальному закону, майоратныя имѣнія отбираются въ казну. в| Особый видъ заповѣдныхъ имѣній или

3205
92854

майоратовъ составляютъ такъ называемый ЗАВѢЩАТЕЛЬНЫЙ ВАКУФЫ въ Крыму. Они также состоятъ въ пользованіи родовъ, которымъ завѣщаны, причемъ, переходъ вакуфа отъ одного наслѣдника къ другому можетъ быть опредѣленъ завѣщаніемъ. Когда линія владѣльцевъ, имѣющихъ право на вакуфъ, пресѣкается, онъ обращается въ казну.

г| Еще важный видъ ограниченнаго права распоряженія, сложившагося историческимъ путемъ въ интересахъ семейнаго же начала, представляютъ наши родовыя имущества, которыя не дозволяется дарить или завѣщать стороннимъ лицамъ, помимо ближайшихъ родственниковъ |ст. ст. 967, 1068 X т. I ч.|. Общая догматическая характеристика этого института была уже дана Вамъ въ общей части курса, а подробности и обширную казуистику по вопросу о родовыхъ имуществахъ вы можете найти въ I томѣ учебника Побѣдоносцева, къ которому я васъ и отсылаю, имѣя въ виду ограничить свое изложеніе только нѣсколькими общими замѣчаніями, касающимися историческаго значенія этого института. Онъ выработался въ своемъ настоящемъ видѣ, въ какомъ излагаютъ его цитированныя выше статьи нашего законодательства, лишь въ концѣ прошлаго вѣка |1785 года|, и именно въ то же время, когда у насъ установилось и существующее опредѣленіе права собственности. Но корень института, лежащій въ понятіи о наслѣдственномъ имуще-

ствѣ, какъ о принадлежности рода, переходящемъ преемственно отъ одного лица къ другому, въ предѣлахъ одного и того же рода, принадлежитъ къ глубокой древности, послужившей общей почвой для образованія института родовыхъ имуществъ, какъ въ нашемъ правѣ, такъ и въ правѣ другихъ европейскихъ народовъ. Аналогія, свидѣтельствующая объ общемъ корнѣ института и объ общихъ условіяхъ развитія права вообще, здѣсь такъ велика, что я не могу не привести нѣсколькихъ данныхъ по настоящему вопросу, хотя бы изъ исторіи одного германскаго права. Переходъ недвижимыхъ имуществъ въ древней Германіи былъ, какъ извѣстно, весьма ограниченъ. Когда же отчужденія ихъ стали умножаться, благодаря, особенно, дареніямъ и завѣщаніямъ, совершаемымъ на имя церкви, эти отчужденія стали угрожать экономическому благосостоянію семьи, которое, главнымъ образомъ, обезпечивалось поземельнымъ владѣніемъ. Тогда и образовалось у различныхъ племенъ въ различное время и въ различномъ объемѣ юридическое представленіе такого рода, что при всякомъ отчужденіи своего имущества владѣлецъ долженъ спрашивать согласія на него со стороны своихъ родственниковъ и, особенно, тѣхъ родственниковъ, которые въ моментъ отчужденія состоятъ его ближайшими наслѣдниками; эти же послѣдніе въ случаѣ, если они не спрошены, или отчужде-

ніе совершено противъ ихъ воли, имѣютъ право отмѣнить произведенное отчужденіе и обратить его, безъ всякаго вознагражденія покупщика, въ свою пользу. Это право отмѣны отчужденій, называемое по нѣмецки "Das Beispruchsrecht", выводится нѣкоторыми учеными (Duncker, Sydon) изъ отвѣтственности семьи за преступленія своихъ членовъ; другіе германисты (Eichorn, Merkel) связываютъ его съ обязанностью кровной мести. Не отрицая связи между этими, равно какъ и между всѣми другими учрежденіями древняго права, мы думаемъ, тѣмъ не менѣе, вмѣстѣ съ Штоббе, что, такъ назыв. Beispruchsrecht было не столько послѣдствіемъ другого какого-либо института, сколько самостоятельнымъ институтомъ, установленнымъ исключительно въ интересахъ семейнаго землевладѣнія, которымъ въ среднія вѣка условливалось, какъ экономическое, такъ и политическое положеніе каждаго лица. Правильность этого взгляда доказывается сравнительно позднимъ возникновеніемъ настоящаго института,, въ которомъ не было надобности при первоначально абсолютномъ общеніи въ землевладѣніи, исключавшемъ возможность всякихъ отчужденій. Когда не было отчужденій, тогда не могло быть, естественно, и права на ихъ отмѣну, которое появилось лишь съ появленіемъ отчужденій и въ видѣ реакціи противъ послѣднихъ. Вотъ почему Са-

дическое, Рипуарское и много другихъ народныхъ правъ не содержатъ въ себѣ еще никакихъ опредѣленныхъ постановленій объ этомъ правѣ, признанномъ, между тѣмъ, въ lex Saxonum, lex Burgundionum, l. Baiu и нѣкоторыхъ другихъ средневѣковыхъ законодательствахъ. Опредѣленнѣе всѣхъ выражается о немъ lex Saxonum: владѣлецъ не имѣетъ права на отчужденія, клонящіяся ко вреду его ближайшихъ наслѣдниковъ, за исключеніемъ отчужденій на имя короля и церкви. Единственный случай, въ которомъ ему разрѣшено всякое вообще отчужденіе, помимо согласія наслѣдниковъ, это случай " крайней необходимости" | famis necessitate coactus |, когда ему нечѣмъ поддерживать свое существованіе или нужны средства для выкупа изъ плѣна. Но и тутъ онъ долженъ сначала предложить ближайшимъ родственникамъ купить его имущество, и лишь послѣ отказа ихъ отъ этого предложенія онъ можетъ передать его въ третьи руки. Бургунскій законъ устанавливаетъ подобное же ограниченіе права отчужденія, но въ пользу не всѣхъ ближайшихъ наслѣдниковъ, а только наслѣдниковъ по нисходящей линіи, и разрѣшаетъ отцу свободное распоряженіе его имуществомъ лишь въ томъ случаѣ, если онъ уже раздѣлился съ своими дѣтьми; иначе наслѣдники могутъ отмѣнить всѣ произведенныя имъ отчужденія. Баварскій законъ дѣлаетъ та-

кое же ограниченіе даже относительно отчужденій в пользу церкви, считая условіемъ ихъ дѣйствительности тотъ же предварительный раздѣлъ владѣльца съ дѣтьми; за боковыми родственниками онъ не признаетъ въ этомъ отношеніи никакихъ правъ. Вотъ почти и всѣ постановленія древне-германскаго права о, такъ называемомъ Beispruchsrecht, и изъ нихъ видно, что это право дѣйствовало въ періодъ народныхъ правъ далеко не повсемѣстно и ограничивалось, по преимуществу, защитой интересовъ однихъ нисходящихъ родственниковъ. Но въ половинѣ среднихъ вѣковъ Beispruchsrecht получило всеобщее распространеніе и стало вообще ограничивать отчужденія не только въ пользу нисходящихъ, но и въ пользу всѣхъ вообще ближайшихъ и наличныхъ въ моментъ отчужденія родственниковъ. Эти ограниченія распространены были, далѣе, отъ безвозмездныхъ и на возмездные акты отчужденія, отъ передачи права собственности - на передачу и другихъ вещныхъ правъ, а единственный случай свободы отъ этихъ ограниченій, случай "крайней необходимости", сохранялъ прежнюю силу. Срокъ, въ теченіи котораго родственники могли пользоваться своимъ правомъ отмѣны отчужденія, совершеннаго безъ ихъ согласія, былъ опредѣленъ въ годъ и одинъ день, такъ что въ продолженіе этого срока они могли истребовать назадъ отчужденное имущество, а по про-

ществіи его теряли это право, и отчужденіе становилось безвозвратнымъ. Такимъ образомъ, отчужденіе было только оспоримо, но не ничтожно, и оспаривавшіе его родственники дѣлались съ момента совершеннаго безъ ихъ согласія отчужденія не собственниками отчужденнаго имущества, какъ это утверждаютъ нѣкоторые писатели (Thudichum), а лишь управомоченными искать отчужденное безъ ихъ согласія имущество въ теченіи года и дня у каждаго его пріобрѣтателя (Искъ носилъ названіе Revocations Klag и отличался всѣми признаками римскихъ actiones in rem scriptae) Таково было средневѣковое Beispruchsrecht, постепенно ослаблявшееся съ успѣхами хозяйства и культуры. Первые признаки этого упадка мы находимъ въ городахъ, гдѣ особенно развивается старинное противоположеніе между наслѣдственнымъ и благопріобрѣтеннымъ имуществомъ: ограниченія въ отчужденіи сохраняются здѣсь только относительно имуществъ перваго рода, а благопріобрѣтенныя имущества освобождаются отъ нихъ. Затѣмъ, старинное Beispruchsrecht, шедшее на полную отмѣну произведеннаго отчужденія безъ всякаго вознагражденія бывшаго пріобрѣтателя, уступаетъ мѣсто другимъ, болѣе мягкимъ формамъ ограниченія права отчужденія, извѣстнымъ подъ именемъ права преимущественной покупки и права выкупа (Retractus gentilitius, rétrait lignager).

Оба эти права связаны другъ съ другомъ какъ исторически, такъ и догически: ограниченный правомъ преимущественной покупки со стороны опредѣленнаго класса лицъ, продавецъ обязанъ предъ совершеніемъ продажи предложить этимъ лицамъ покупку своего имѣнія или объявить о своемъ намѣреніи продать это имѣніе, для того, чтобы всѣ управомоченныя лица могли осуществить принадлежащее имъ право преимущественной покупки. При невыполненіи этого требованія, вступаетъ въ силу право выкупа отчужденнаго уже имѣнія, признаваемое за тѣми же лицами, которыя имѣютъ на него и право преимущественной покупки, и которыя осуществляютъ свое право выкупа тѣмъ, что обращаютъ отчужденное безъ ихъ согласія имѣніе въ свою собственность, не вознаграждая убытковъ его пріобрѣтателя, кто бы имъ ни былъ, - но подъ непремѣннымъ условіемъ уплаты послѣднему владѣльцу той суммы, въ какую это имѣніе было пріобрѣтено первымъ его покупщикомъ. Отсюда видно, что отличіе права выкупа отъ прежняго Beispruchsrecht состояло въ томъ, что первое сопровождалось вознагражденіемъ пріобрѣтателя въ суммѣ, полученной первымъ продавцомъ, второе исключало всякое вознагражденіе, и что первое имѣло мѣсто при отчужденіи только посредствомъ продажи, а второй - при всякаго рода отчужденіяхъ. Что касается отличія права выкупа отъ права преиму-

щественной покупки, то оно заключалось въ томъ, что второе давало мѣсто одному только иску о вознагражденіи противъ собственника, нарушившаго въ этомъ отношеніи требованіе закона; первое же, т.е. право выкупа, давало искъ противъ всякаго третьяго пріобрѣтателя; право преимущественной покупки относилось къ будущей, несовершенной еще продажѣ, право же выкупа, напротивъ примѣнялось тогда, когда продажа уже совершилась. Въ основѣ права выкупа не лежало, однако, никакого вещнаго права |ни до совершенія отчужденія, ни послѣ его совершенія. Оно имѣло мѣсто только въ случаѣ нарушенія собственникомъ его обязанности по праву преимущественной покупки, принадлежащему его родственникамъ, которые и получаютъ въ этомъ случаѣ признанное за ними закономъ п р а в о н а п р і о б р ѣ т е н і е с о б с т в е н н о с т и, осуществляемое ими противъ всѣхъ пріобрѣтателей подлежащей выкупу вещи |actio in rem scripta|. Срокъ давности иска былъ здѣсь также въ годъ и одинъ день, какъ и при прежнемъ Beispruchsrecht'ѣ, съ которымъ право выкупа стояло, такимъ образомъ, въ отношеніи полнаго логическаго и историческаго преемства. Примѣняется теперь право выкупа въ большинствѣ нѣмецкихъ партикулярныхъ законодательствъ только къ наслѣдственнымъ имуществамъ, но нѣкоторыя законодательства признаютъ

его его до сихъ поръ относительно всѣхъ недвижимыхъ имуществъ вообще. Къ отправленію этого права привываются въ большинствѣ государствъ одни ближайшіе наслѣдники, не иногда и другіе кровные родственники, которымъ ближайшіе родственники только предпочитаются. Кругъ уполномоченныхъ къ выкупу лицъ опредѣляется вообще то шире, то тѣснѣе, смотря по различію законодательствъ: ближайшіе родственники вытѣсняютъ обыкновенно дальнѣйшихъ, а между многими лицами, стоящими въ одинаковой степени родства, рѣшаетъ или жребій, или время предъявленія иска, или же допускается выкупъ pro rata. Замѣтимъ, кстати, что германское право устанавливало право преимущественной покупки и право выкупа не только въ интересахъ семьи, но и въ интересахъ другихъ, не принадлежащихъ вовсе къ данной семьѣ - лицъ, признавая, такимъ образомъ, особые виды права выкупа, основанные не на семейномъ, а на другихъ чисто политическимъ или общественно-хозяйственныхъ соображеніяхъ. Такъ, напримѣръ, Бургундское право предписывало, что если одинъ изъ двухъ hospites, получившихъ при раздѣлѣ владѣніе поземельнымъ участкомъ, бывшее прежде нераздѣльнымъ, захочетъ передать свою часть въ третьи руки, то онъ долженъ предложить ее сначала своему бывшему совладѣльцу. Многочисленными же крестьянскими Weisthümer'ами устанавливалось, что

всякій продающій свое имущество, долженъ предложить его предварительно къ покупкѣ своимъ ближайшимъ родственникамъ, а потомъ и тѣмъ лицамъ, которыя прежде владѣли этимъ имуществомъ сообща, а также - лицамъ, принадлежавшимъ къ одному съ нимъ, продавцомъ, двору. Но особенно важными и вполнѣ установившимися видами выкупа, внѣ семейныхъ соображеній, были слѣдующія его формы:

I. Общинный выкупъ | Marklösung, retractus ex pace incolatus. |, состоявшій въ правѣ каждаго члена общины на выкупъ имѣнія, отчужденнаго однимъ изъ общинниковъ лицу, посторонему данной общинѣ. Такія отчужденія были прежде совсѣмъ запрещены, но будучи разъ дозволены, они ограничены до настоящаго времени, какъ правомъ преимущественной покупки, такъ и правомъ выкупа, принадлежащимъ въ продолженіи года и дня всѣмъ общинникамъ, изъ которыхъ предпочитается тотъ, кто первый подалъ свой искъ.

2| Сосѣдскій выкупъ | Das Turzrussenrecht, retractus ex pace vicinitatis | состоялъ въ правѣ выкупа сосѣдей отчужденнаго имѣнія относительно всѣхъ прочихъ его пріобрѣтателей; онъ признавался только въ нѣкоторыхъ фризскихъ и саксонскихъ земляхъ и стоялъ, равно какъ и общинный выкупъ, позади родственнаго выкупа, вступая въ силу

3| Выкупъ въ отношенiяхъ сособственности принадлежалъ каждому изъ соучастниковъ въ общей собственности относительно всѣхъ долей ея, отчужденныхъ постороннимъ лицамъ.

4| Сеньоральный выкупъ |vel: vectig ex iure dominii directi| упражнялся относительно крестьянскихъ имуществъ всюду, гдѣ крестьянамъ дозволено было отчужденiе, но поставлено въ обязанность предлагать предварительно отчуждаемое имущество для покупки сеньору; при нарушенiи этого условiя, сеньоры получали право выкупа противъ всѣхъ пріобрѣтателей крестьянскаго имущества. Этотъ,равно какъ и множество другихъ видовъ выкупа, были созданы средневѣковой юриспруденцiей, которая распространяла древнiя положенiя о семейномъ выкупѣ на новыя отношенiя и доводила свое усердiе до того, что давала вновь изобрѣтаемымъ ею видамъ выкупа различныя божественныя и духовныя основанiя. Такъ, напримѣръ, были признаны за цѣлыми сословiями права выкупа рыцарскихъ и другихъ дворянскихъ имѣнiй, когда эти имѣнiя отчуждались лицамъ другихъ сословiй; затѣмъ, обще - территорiальные выкупы, принадлежавшiе всѣмъ подданнымъ даннаго государства относительно имѣнiй, отчужденныхъ подданнымъ другого государства; выкупы противъ покупщиковъ - евреевъ;

выкупы противъ дворянъ, когда они пріобрѣтали крестьянскія имѣнія; выкупъ dominium utile, когда верховный собственникъ отчуждалъ свое dominium directum и множество другихъ видовъ выкупа, изобрѣтеніемъ которыхъ особенно прославилось Вюртембергское законодательство. Другія законодательства и, особенно, городскіе статуты относились къ праву выкупа не такъ благопріятно и стремились, напротивъ, ограничить область его примѣненія. Это стремленіе усилилось, особенно, съ конца прошлаго столѣтія, когда всѣми было признано вредное вліяніе выкупа на кредитъ и другія хозяйственныя отношенія. Въ общемъ, право выкупа оказалось несравненно болѣе вреднымъ, чѣмъ полезнымъ для государства учрежденіемъ: оно стѣсняло напрасно собственность, не принося пользы обществу, уничтожало духъ предпріимчивости, питало семейную вражду и вызывало безконечныя столкновенія и процессы между родственниками, сосѣдями и всѣми вообще заинтересованными въ этомъ, потерявшемъ теперь всякій разумный смыслъ, правѣ. Вотъ почему новыя законодательства устраняютъ почти всѣ перечисленныя формы выкупа или признаютъ его въ крайне тѣсныхъ предѣлахъ. Въ Германіи сохранилось

еще привиллегированное положеніе нѣкоторыхъ наслѣдственныхъ имуществъ, принадлежащихъ высшему дворянству. Это, такъ называемый Stammgüter или bona ausatica, сохраняющіяся постоянно въ одномъ родѣ и переходящія отъ одного поколѣнія въ другое, не въ силу фидеикоммисса, а по началу первородства или другимъ наслѣдственнымъ нормамъ, которыя установлены семейными договорами или особыми семейными законами, изданными въ самой семьѣ на основаніи признанной за нею автономіи. Низшее дворянство пользуется этой привиллегіей рѣдко и на основаніи очень ограниченнаго числа чисто-партикулярныхъ предписаній нѣсколько столь же партикулярныхъ законодательствъ. Во всякомъ случаѣ, объ единомъ и вполнѣ развитомъ институтѣ дворянскихъ имѣній нельзя теперь говорить даже въ Германіи, такъ какъ и въ ней удержались лишь остатки прежняго права, съ которыми новыя законодательства связываютъ весьма незначительныя и крайне изолированныя, какъ по пространству дѣйствій, такъ и по содержанію, послѣдствія. Законныя ограниченія права отчужденія въ этомъ направленіи постепенно падаютъ и исчезаютъ, но мы видѣли, что объективное право дѣлаетъ возможнымъ установленіе на отдѣльныхъ имуществахъ ихъ неотчуждаемости посредствомъ учрежденія фидеикоммиссовъ. Такимъ образомъ, многія дворянскія имѣнія въ

Германіи, или такъ называемые Stammgüter, обращены теперь въ фидеикоммиссы, но прежнія законныя ограниченія права отчужденія, прежнее Beispruchsrecht, прежнія и столь многочисленныя формы выкупа, - все это теперь устарѣло и перестало дѣйствовать за весьма немногими исключеніями.)

д| Слѣдующій видъ ограниченнаго права распоряженія, созданнаго также историческими обстоятельствами, представляютъ у насъ поземельныя права бывшихъ малороссійскихъ казаковъ, причисленныхъ въ настоящее время къ сельскому состоянію. Ихъ земли были прежде собственностью государства, теперь онѣ составляютъ собственность бывшихъ малороссійскихъ казаковъ, но собственность ограниченную, а именно: I, Малороссійскіе казаки могутъ продавать свои наслѣдственныя казачьи земли только людямъ ихъ же состоянія |т. IX, зак. о сост. ст. 763|, такъ какъ по закону земли эти должны навсегда оставаться казачьими. 2, Взысканіе и удовлетвореніе по обязательствамъ малороссійскихъ казаковъ въ отношеніи къ частнымъ лицамъ не могутъ падать на казачьи земли|ibidem|. 3, При переходѣ въ другія сословія малороссійскіе казаки обязаны продавать свои казачьи земли непосредственно казакамъ же |ibidem ст.764|. Всѣ эти ограниченія относятся только къ тѣмъ землямъ, которыя изстари были казачьими; земли же, пріобрѣ-

тенныя бывшими малороссійскими казаками или ихъ предками отъ лицъ другого сословія, не подвергаются вышеизложеннымъ ограниченіямъ |ст. 783 X т. I ч.|.

е| Наконецъ, множество примѣровъ также историческаго и ограниченнаго въ различной степени права распоряженія представляютъ поземельныя права различныхъ колонистовъ и крестьянъ-собственниковъ, образовавшихся изъ бывшихъ государственныхъ крестьянъ и крестьянъ помѣщичьихъ, ставшихъ во временно-обязанныя отношенія къ своимъ бывшимъ помѣщикамъ. Земли, на которыхъ сидѣли бывшіе государственные крестьяне, признавались до 1866 года казенными, и крестьяне владѣли ими на различныхъ основаніяхъ. Но въ 1866 году состоялся указъ о поземельномъ устройствѣ государственныхъ крестьянъ въ 36 губерніяхъ. По силѣ этого указа всѣ существовавшіе дотолѣ виды поземельнаго владѣнія государственныхъ крестьянъ казенными землями превращаются въ одинъ видъ вотчиннаго владѣнія, имѣющаго преобразоваться впослѣдствіи въ то, что нашъ законъ называетъ полнымъ правомъ собственности. Государственнымъ крестьянамъ составляются всѣ предоставленныя имъ въ надѣлъ и состоящія въ ихъ пользованіи земли и угодья. На владѣніе землей крестьянскому обществу выдается владѣнная запись. За землю ежегодно крестьяне взносятъ подати; но это оброчное владѣніе соединяется съ правомъ пол-

зоваться и распоряжаться землей по усмотрѣнію. Гдѣ было владѣніе общинное, тамъ оно и остается таковымъ, доколѣ по приговору 2/3 членовъ схода не положено будетъ раздѣлить земли на подворные участки. На этомъ основаніи дозволяется и выдѣлъ участковъ отдѣльнымъ домохозяевамъ, а, слѣдовательно, и образованіе частныхъ собственниковъ съ перенесеніемъ на нихъ соразмѣрной части оброчной подати. Ограниченія въ правѣ распоряженія этой крестьянской собственностью состоятъ въ слѣдующемъ: въ теченіе трехъ лѣтъ со времени выдачи владѣнной записи земля можетъ обращаться только въ кругу сословія крестьянъ того же общества, но ни вся земля, ни какая либо часть ея не можетъ быть передана никому изъ постороннихъ. По истеченіи трехлѣтняго срока и общество, и отдѣльные домохозяева могутъ отчуждать свои земли всѣмъ, кому захотятъ; отдѣльныя лица не могутъ, однако, въ условіяхъ общиннаго устройства, дѣлать это, по разъясненію Сената, иначе, какъ съ согласія цѣлаго общества; при отчужденіи подворнаго участка на новаго пріобрѣтателя переходитъ также соразмѣрный платежъ оброчной подати. Такимъ образомъ, кромѣ платежа оброчной подати, размѣръ которой обѣщано оставить въ теченіе 20 лѣтъ неизмѣннымъ, крестьянское владѣніе въ подворныхъ участкахъ носитъ вполнѣ характеръ собственности, хотя и ограниченной. Освободиться отъ лежащаго на ней оброка оно можетъ толь-

ко посредствомъ выкупа, который зависитъ отъ доброй воли и средствъ общества или отдѣльнаго владѣльца. Для выкупа нужно внести въ казначейство государственными бумагами такой капиталъ, проценты коего равнялись бы соотвѣтственной участку суммѣ оброчной подати. Капиталъ этотъ долженъ быть не менѣе ста рублей по нарицательной цѣнѣ бумагъ. Послѣ такого взноса земля составляетъ уже полную собственность владѣльцевъ.

Менѣе благопріятнымъ, чѣмъ описанное сейчасъ владѣніе бывшихъ государственныхъ крестьянъ, представляется владѣніе временно-обязанныхъ крестьянъ землями, отведенными имъ въ надѣлъ отъ бывшихъ помѣщиковъ. Въ теченіе 9 лѣтъ, отъ 19 февраля 1861 года, ни крестьянскія общества, ни отдѣльные домохозяева тамъ, гдѣ существовало прежде и установилось подворно-наслѣдственное землевладѣніе, не имѣли права ни продать, ни уступить въ другія руки пріобрѣтенныя ими земли. По истеченіи этого срока, продажа дозволена съ разрѣшенія Губернскаго Присутствія, но съ тѣмъ, чтобы остающаяся часть выкупныхъ платежей была удовлетворена изъ продажной цѣны. Въ залогъ до уплаты выкупной ссуды, земля не можетъ быть отдаваема. До выкупа крестьянской земли при общинномъ пользованіи, цѣлый надѣлъ общества признается нераздѣльнымъ имуществомъ, хотя бы часть его

и состояла въ отдѣльномъ участковомъ пользованіи подъ распоряженіемъ общества; при подворно-же наслѣдственномъ пользованіи нераздѣльнымъ имуществомъ признается каждый отдѣльный участокъ. До выкупа крестьянами земель ихъ надѣла помѣщикъ сохраняетъ еще преимущественное право на пользованіе въ этихъ земляхъ нѣкоторыми угодьями, какъ то: правомъ охоты, рыбной ловли, цѣнными минералами, торфомъ, водяной силой, правомъ прохода, прогона, провода канавъ и т.д. Если въ такихъ случаяхъ помѣщику понадобятся земли крестьянскаго надѣла, онъ можетъ потребовать ихъ въ обмѣнъ соразмѣрныхъ удобныхъ участковъ другой земли, при чемъ слабой компенсаціей этого требованія является на сторонѣ крестьянъ право искать вознагражденіе за убытки въ хозяйствѣ. При полномъ выкупѣ земли, она освобождается, естественно, отъ всѣхъ перечисленныхъ ограниченій.

(ж) Кромѣ изложенныхъ до сихъ поръ ограниченій права распоряженія, у насъ существуетъ еще много другихъ видовъ ограниченной собственности, какъ то: владѣніе государственныхъ крестьянъ семейными участками, - представляющее родъ крестьянской заповѣдности имѣнія, - владѣніе поiезуитскими землями въ Западномъ краѣ, владѣніе резешей въ Бессарабіи и проч. Мы не будемъ останавливаться на этихъ разнообразныхъ формахъ землевладѣнія, такъ какъ приве-

денныхъ выше примѣровъ ограниченной собственности вполнѣ достаточно для убѣжденія въ томъ, какъ различно бываетъ въ различныхъ случаяхъ содержаніе права собственности.

2. Теперь мы скажемъ нѣсколько словъ объ ограниченіяхъ собственности въ правѣ распоряженія, устанавливаемыхъ въ интересѣ кредита. Эти ограниченія извѣстны подъ именемъ з а п р е щ е н і й, налагаемыхъ на недвижимыя имущества въ тѣхъ видахъ, чтобы ихъ нельзя было ни заложить, ни продать, ни отчуждать какимъ бы то ни было инымъ способовъ въ тѣхъ случаяхъ, когда на нихъ имѣютъ какія-нибудь права третьи лица. Налагается запрещеніе по слѣдующимъ поводамъ: а| когда собственникъ представляетъ свое имущество въ залогъ для обезпеченія какого-либо обязательства |ст. I647 т. X ч. I|; здѣсь запрещеніе налагается обыкновенно въ одно время съ совершеніемъ закладной, и только въ видѣ исключенія, если дѣло идетъ объ обезпеченіи обязательства, заключеннаго съ казной, то до заключенія этого обязательства лицо, желающее вступить въ него, должно представить въ надлежащее присутственное мѣсто удостовѣреніе въ томъ, что на имѣніе уже наложено запрещеніе. б| Далѣе, запрещеніе на недвижимое имущество налагается по опредѣленію Суда, когда истецъ проситъ объ обезпеченіи своего иска; в| наконецъ, тре-

тій и совсѣмъ частный случай запрещенія даетъ ст. 1098 т. X ч. I, предписывающая наложеніе его тогда, когда до истеченія двухъ лѣтъ послѣ ввода во владѣніе на основаніи духовнаго завѣщанія будетъ поднятъ споръ противъ этого завѣщанія. Цѣль запрещенія состоитъ въ общемъ въ томъ, чтобы имущество не выходило изъ рукъ собственника, на котораго падаетъ то или другое взысканіе, и чтобы, оставаясь въ рукахъ собственника, оно обезпечивало права третьихъ лицъ въ его имуществѣ. Эта цѣль обезпеченія правъ третьихъ лицъ, съ которымъ совпадаютъ въ данномъ случаѣ общіе интересы кредита, достигается тѣмъ, что разъ на имѣніе наложено запрещеніе, собственникъ лишается, какъ мы уже сказали, права продавать его и закладывать, сохраняя за собою только право пользованія. Недозволеніе продажи имѣній, состоящихъ подъ запрещеніемъ, выражено въ ст. ст. 1388, 1456 и 1457 т. X ч. I. "Продавать можно имущество токмо свободное, т.е. не состоящее подъ запрещеніемъ въ письмѣ купчихъ и закладныхъ крѣпостей. Изъ сего правила изъемлются слѣдующіе случаи: I. Если имущество состоитъ подъ запрещеніемъ по иску или взысканію въ извѣстной и опредѣленной суммѣ, то продажа онаго разрѣшается, какъ скоро предъ совершеніемъ купчей крѣпости внесена будетъ въ то самое мѣсто вся сумма иска или взысканія, и тѣмъ самымъ причина

запрещенія уничтожится или уже представлено будетъ въ обезпеченіе другое, во всемъ равное прежнему, имущество, и, при томъ, когда другого никакого запрещенія въ виду не будетъ. 2. Если имущество состоитъ подъ запрещеніемъ по залогу въ кредитномъ установленіи, то продажа онаго разрѣшается на основаніи особыхъ правилъ, изложенныхъ въ уставахъ сихъ установленій. 3. Если запрещеніе наложено въ обезпеченіе какого-либо дохода, который владѣлецъ имущества обязался вносить въ пользу государственныхъ или общественныхъ заведеній, то продажа разрѣшается, когда обезпеченіе, утверждаемое на имуществѣ, замѣнено будетъ постояннымъ и равнымъ доходомъ съ наличнаго капитала |ст. 1388|. По поводу этой статьи нашъ Кассаціонный Сенатъ счелъ нужнымъ разъяснить, что запрещеніе продажи относится только къ тому случаю, когда продажа производится самимъ собственникомъ имущества по добровольному соглашенію съ покупателемъ, но не имѣетъ примѣненія, когда должна быть произведена принудительная продажа имѣнія на удовлетвореніе присужденныхъ съ собственника взысканій, - хотя въ этомъ разъясненіи едва ли представлялась надобность, такъ какъ ясно само собою, что принудительная продажа имѣнія съ цѣлью удовлетворенія кредиторовъ не только не противорѣчитъ запрещенію частной продажи, но составляетъ одно изъ его

возможныхъ послѣдствій и санкцію той самой цѣли, которой служитъ институтъ запрещеній. Изъ цѣли же этого института слѣдуетъ вывести, что если между покупщикомъ и тѣми лицами, въ обезпеченіе которыхъ наложено запрещеніе, состоится соглашеніе, то продажа имѣнія, состоящаго подъ запрещеніемъ, должна быть признана вполнѣ законной, такъ какъ запрещеніе теряетъ здѣсь свою raison d'être, вслѣдствіе согласія на продажу со стороны тѣхъ самыхъ лицъ, для которыхъ оно только и было установлено. Что запрещеніе продажи имѣетъ здѣсь именно такое относительное, а не абсолютное значеніе, это видно и изъ ст. 1457, дозволяющей совершать купчія крѣпости на имѣнія, состоящія подъ запрещеніемъ, съ вычетомъ соразмѣрной суммы долга изъ денегъ, платимыхъ покупщикомъ продавцу. Но, во всякомъ случаѣ, безъ удовлетворенія или обезпеченія претензій третьихъ лицъ имѣніе, состоящее подъ запрещеніемъ, не продается, а нѣкоторыя исключенія изъ этого правила исчислены въ цитированной уже ст. 1388. Къ разряду этихъ же исключеній относится и постановленіе ст. 1703, по которой, если въ арендномъ договорѣ будетъ установлена плата болѣе, чѣмъ за годъ впередъ, то на имѣніе налагается запрещеніе только въ количествѣ суммы, взятой владѣльцемъ съ арендатора впередъ, что не препятствуетъ собственнику отчуждать

это имущество съ тѣмъ, однако же, чтобы залогопріниматель или покупщикъ были обязаны исполнить договоръ аренды въ точности. Такъ же, какъ продажу, наше законодательство не дозволяетъ и залогъ имѣній, состоящихъ подъ запрещеніемъ, потому что послѣдствіемъ залога можетъ быть продажа имущества съ публичнаго торга и, слѣдовательно, полная потеря его для лицъ, въ пользу которыхъ оно было подвергнуто запрещенію. Поэтому наша ст. 1630 и говоритъ, что "продавать и принимать въ залогъ можно имущество только свободное," приводя здѣсь нѣсколько исключеній изъ этого правила, которыя вы просмотрите сами. О другихъ актахъ распоряженія по отношенію къ имуществамъ, состоящимъ подъ запрещеніемъ, наши законы не говорятъ ничего, но судебная практика распространила очень разумное исключеніе продажи и залога также на даренія, такъ какъ мы уже знаемъ, что цѣль запрещенія состоитъ въ сохраненіи имущества для заинтересованныхъ третьихъ лицъ, а цѣль эта не была бы достигнута, если бы собственникъ имѣлъ право дарить имущество, состоящее подъ запрещеніемъ. Поэтому то мы и можемъ сказать, что при запрещеніи на имѣніе собственникъ теряетъ вообще право отчуждать это имѣніе какимъ бы то ни было способомъ. Кромѣ этого ограниченія въ правѣ распоряженія, запрещеніе не влекло за собою по X тому

никакихъ иныхъ послѣдствій, но по новымъ судебнымъ уставамъ наложеніе запрещенія стало сопровождаться и другими ограниченіями для собственника. Такъ, а| въ имуществахъ, на которыя наложено запрещеніе по спорамъ о правѣ собственности, не дозволяется рубка лѣса, за исключеніемъ количества, необходимаго для хозяйства |ст. ст. 650, 611 Уст. Гражд. Судопр.|. в| Тому же ограниченію подвергается прежде наложенія запрещенія владѣлецъ имѣнія, на которое обращено судебное взысканіе: онъ подвергается ему съ самаго момента полученія повѣстки объ исполненіи рѣшенія |ст. ст. 1096 и 1097|. Наконецъ, с| еще большему ограниченію подвергается хозяинъ заложеннаго имѣнія, когда оно описано и оставлено у него на рукахъ; въ этихъ случаяхъ онъ разсматривается, какъ управитель этого имѣнія; со времени описи онъ долженъ сдать его въ томъ же устройствѣ и съ той движимостью, какъ принялъ, и вообще давать отчетъ во всѣхъ своихъ распоряженіяхъ |ст. 2016 т. X ч. I|. Вотъ и всѣ юридическія послѣдствія, вызываемыя наложеніемъ запрещенія на недвижимое имѣніе. Объемъ запрещенія прежде могъ быть двоякій: они раздѣлялись на общія и частныя. Теперь этого раздѣленія не существуетъ, и всѣ запрещенія должны быть признаны частными. Разница между ними и общими запрещеніями состояла прежде въ томъ, что послѣднія

налагались на все имущество должника, первыя - только на извѣстное имѣнiе или часть его. Наложенiе общаго запрещенiя допускалось только въ одномъ случаѣ, а именно: въ виду обезпеченiя иска, основаннаго на денежномъ обязательствѣ, засвидѣтельствованномъ надлежащимъ образомъ у нотарiуса. Во всѣхъ другихъ случаяхъ, составляющихъ теперь общее право, запрещенiе налагалось на опредѣленную часть имущества, которое обязано указать лицо, просящее о запрещенiи. Даже въ случаѣ общаго запрещенiя, оно могло быть измѣнено въ частное, если самъ собственникъ указывалъ какое-либо извѣстное имущество, достаточное для обезпеченiя предъявленнаго иска (ст. 605, 606 Уст.). Порядокъ наложенiя запрещенiя слѣдующiй: какъ скоро является одинъ изъ указанныхъ выше поводовъ къ запрещенiю, судъ или другое правительственное мѣсто посылаетъ для напечатанiя въ Сенатскихъ Вѣдомостяхъ объявленiе о запрещенiи или запретительную статью. Въ этомъ объявленiи должно быть ясно обозначено: имѣнiе, на которое наложено запрещенiе, и сумма взысканiя. Снимается запрещенiе тѣмъ же путемъ публикацiи въ Сенатскихъ Вѣдомостяхъ въ отдѣлѣ разрѣшительныхъ статей. Цѣль этого напечатыванiя запретительныхъ и разрѣшительныхъ статей въ Сенатскихъ Вѣдомостяхъ заключается въ томъ, чтобы придать запрещенiю наибольшую гласность; не

цѣль эта не достигается, потому что совершеніе актовъ на имѣніе, гдѣ бы оно ни находилось, возможно повсюду, какъ возможны повсюду и распоряженія о наложеніи запрещенія, тогда какъ публикація запретительныхъ и разрѣшительныхъ статей производится только въ двухъ столицахъ. Вслѣдствіе же значительныхъ разстояній между мѣстомъ распоряженія о наложеніи запрещеній и мѣстомъ, гдѣ оно печатается, и, затѣмъ, вслѣдствіе значительныхъ промежутковъ времени |до полугода|, которые проходятъ между пропечатаніемъ запретительныхъ статей и полученіемъ ихъ въ различныхъ частяхъ Имперіи, имѣніе, подвергшееся запрещенію, легко можетъ быть заложено и отчуждено. Такимъ образомъ, гласность запрещеній ограничивается предѣлами сенатской типографіи, отчего происходитъ чрезвычайная неясность и необезпеченность какъ поземельныхъ правъ, такъ и поземельнаго кредита въ Россіи. Крупные недостатки запретительной системы давно у насъ сознаны, и она, вѣроятно, скоро будетъ замѣнена ипотечной системой, о которой мы будемъ говорить ниже, въ отдѣлѣ о пріобрѣтеніи права собственности. Теперь же мы перейдемъ къ послѣднему виду ограниченій права собственности, захватывающихъ всѣ его составныя части.

В| ОГРАНИЧЕНІЯ ВСѢХЪ ЧАСТЕЙ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ.

Въ случаяхъ ограниченій подобнаго рода собствен-

никъ лишается всѣхъ правомочій на свою вещь, кромѣ голаго права собственности. Слѣдовательно, собственность представляетъ здѣсь сильнѣйшую степень ограниченности и тѣснѣйшее содержаніе права. Сюда относятся: I. С л у ч а и н е с о с т о я т е л ь н о с т и, — когда отбирается все имущество несостоятельнаго должника, и онъ теряетъ надъ нимъ права владѣнія, пользованія и распоряженія, но остается тѣмъ не менѣе, собственникомъ во все продолженіе конкурснаго производства. Подробности этого производства принадлежатъ къ ученіямъ гражданскаго судопроизводства. Во 2-хъ, къ настоящимъ же ограниченіямъ принадлежатъ различные случаи и м у щ е с т в е н н о й о п е к и, когда управленіе имѣніемъ переходитъ изъ рукъ собственника въ руки особенно назначеннаго лица или въ завѣдываніе какого-либо опекунскаго учрежденія. Поводы къ назначенію опеки различны: а| она налагается на расточителей, в| на майоратскихъ владѣльцевъ, когда они не платятъ 3 % съ исчисленнаго по люстраціи чистаго дохода или окажутся неисправными въ другихъ отношеніяхъ |ст. 507|; с| она налагается въ случаяхъ спора при самомъ представленіи въ присутственное мѣсто духовнаго завѣщанія или по утвержденіи онаго; г| - въ случаяхъ, когда на судѣ будетъ доказано, что имѣніе, названное въ завѣщаніи благопріобрѣтеннымъ, есть ро-

довое; д| - если раздѣлъ по причинѣ семейной вражды и споровъ между сонаслѣдниками не будетъ оконченъ ими полюбовно въ теченіе двухъ лѣтъ; наконецъ, е| имѣніе отбирается въ опеку въ наказаніе за владѣніе имъ безъ купчей и за нѣкоторыя преступленія. Объ управленіи имѣніями, взятыми въ опеку, говорится въ ст. ст. 2015 - 2038. 3. Еще случай ограниченія права собственности во всѣхъ его частяхъ представляетъ з а к л а д ъ д в и ж и м ы х ъ в е щ е й, если онѣ хранятся у залогопринимателя. 4. Наконецъ, послѣдній видъ ограниченій собственности составляетъ а р е с т ъ д в и ж и м а г о и м у щ е с т в а. Онъ отличается отъ запрещенія, налагаемаго на недвижимое имущество, тѣмъ, что при запрещеніи собственникъ пользуется своимъ имѣніемъ; при арестѣ же движимаго имущества у собственника отнимаются всѣ правомочія собственности. Арестъ состоитъ въ томъ, что имущество описывается, запечатывается, оцѣнивается и отбирается изъ рукъ хозяина или же оставляется у него, но въ послѣднемъ случаѣ у него отбирается росписка о сохраненіи запечатаннаго имущества въ цѣлости. Тогда собственникъ дѣлается простымъ держателемъ, детентеромъ своей

вещи и не осуществляетъ своего права собственности ни въ одномъ изъ его возможныхъ матеріальныхъ проявленій. Налагается арестъ по требованію правительственной или судебной власти по поводу взысканія или иска |ст. 624 - 630, 958 - 973|. По уничтоженіи повода къ аресту, онъ снимается по требованію того мѣста, отъ котораго вышло распоряженіе о наложеніи его.

Приведенныя постановленія объ арестѣ движимаго имущества даютъ намъ только нѣкоторыя и, притомъ, неважныя особенности на движимыя вещи. Другія болѣе существенныя особенности этой собственности будутъ описаны при изложеніи ученій о пріобрѣтеніи и защитѣ права собственности, и тогда вы увидите, какъ глубоко отличается движимая собственность отъ недвижимой по нашему же Своду, и какъ необходимо признаніе ихъ различнаго содержанія. Общее различіе между движимыми и недвижимыми вещами извѣстно вамъ изъ римскаго права, наше же законодательство не даетъ вовсе общаго начала, по которому слѣдовало бы судить о принадлежности имущества къ тому или другому разряду, а просто перечисляетъ предметы, относящіеся къ обоимъ разрядамъ вещей. Этимъ перечисленіемъ занимаются ст. 385 - 405 X т. и вы просмотрите ихъ сами. Я же нахожу, что приведенныхъ выше постановленій нашего свода о различныхъ фор-

махъ ограниченій недвижимой собственности вполнѣ достаточно для убѣжденія въ томъ, что наши гражданскіе законы, какъ и всѣ законы въ мірѣ, признаютъ различное содержаніе собственности по различію ея объектовъ и по различію соображеній, руководящихъ государственной властью при установленіи тѣхъ или другихъ формъ недвижимой собственности. Въ заключеніе нашего изложенія о содержаніи и видахъ собственности мы должны упомянуть еще объ общей или совмѣстной собственности, вмѣстѣ съ ея подвидомъ - чрезполосным владѣніемъ.

Г| ОБЩАЯ СОБСТВЕННОСТЬ.

Собственность есть право индивидуальное и исключительное, не допускающее въ одной и той же вещи такого же права собственности для другого лица: *duorum vel plurium in solidum dominium esse non potest.*

Поэтому, когда мы говоримъ объ общей собственности, т.е. о собственности, принадлежащей на одну и ту же вещь многимъ лицамъ, то это значитъ, что каждое изъ нихъ имѣетъ такое же исключительное право, какъ и единоличный собственникъ на какую-нибудь долю или часть общей вещи. По различію между физической и идеальной долей вещи, общая собственность

можетъ быть *dominium plurium pro diviso и dominium plurium pro indiviso*. Въ первомъ случаѣ каждый собственникъ обладаетъ правомъ на извѣстную опредѣленную физическую часть вещи, что имѣетъ мѣсто, напр., при владѣніи сложными вещами, когда каждая часть ихъ можетъ фигурировать въ гражданскомъ оборотѣ отдѣльно отъ другихъ. Здѣсь собственность на каждую часть вещи совершенно самостоятельна: всякій распоряжается принадлежащей ему частью вещи по произволу, потому что эта часть въ сущности представляетъ собою такое же единство, какъ и сложное изъ ея и другихъ частей цѣлое. Каждый собственникъ можетъ отдѣлить свою часть отъ цѣлой вещи, не спрашивая согласія другихъ собственниковъ, можетъ совершенно независимо продать ее, заложить и проч. Такимъ образомъ, собственность *pro diviso* не представляетъ никакихъ особенностей сравнительно съ простой собственностью, такъ какъ общая собственность условливается здѣсь случайностью сочетанія частей общей вещи, которыя суть не столько части, сколько различныя вещи. Напримѣръ, я могу съ кѣмъ-нибудь сообща купить пудъ сахара, и вслѣдствіе возможности такого раздѣленія сахара, отъ котораго субстанція его нимало не пострадаетъ, это будетъ общая собственность *pro diviso*, ничѣмъ не отличающаяся отъ обыкновенной собственности. Другое дѣло

собственность *pro indiviso*, когда каждое отдѣльное лицо имѣетъ право на имущество, не составляющее комплекса вещей и, слѣдовательно, право не на физическую, а на идеальную часть общаго имущества, неразд*ѣ*льнаго по своей сущности или по волѣ соучастниковъ; это - общая собственность или сообственность | *condominium*| въ настоящемъ смыслѣ этого слова, и ее исключительно имѣетъ въ виду нашъ законъ, говоря объ общей собственности. Идеальныя доли здѣсь образуются потому, что всѣ собственники имѣютъ право на каждую физическую часть общей вещи, на каждый атомъ ея, какъ бы малъ онъ ни былъ. Поэтому участie каждаго собственника въ общей вещи не можетъ быть иначе выражено, какъ въ правѣ его на извѣстную часть ея стоимости или цѣнности, соразмѣрно съ которой онъ получаетъ и доходъ отъ общей собственности, и несетъ убытки при общей раскладкѣ ихъ между соучастниками. Собственность такого рода устанавливается обыкновенно путемъ особаго соглашенiя или договора, когда, напримѣръ, сосѣди находятъ, что хозяйство ихъ пойдетъ лучше, если они соединятъ свои участки земли въ одно имѣнiе; въ этомъ случаѣ отдѣльныя хозяйства исчезнутъ и образуется единое хозяйство, въ доходѣ съ котораго каждый изъ его участниковъ будетъ имѣть извѣстную долю. Далѣе, общая собственность устанав-

ливается также сингулярнымъ или универсальнымъ преемствомъ, когда нѣсколько лицъ пріобрѣтаютъ сообща одну и ту же вещь, или когда она достается имъ по наслѣдству. Во всѣхъ этихъ случаяхъ отношеніе будетъ одинаково: каждый собственникъ получитъ право только на часть стоимости вещи, на ея идеальную долю, не имѣя права на всю тѣлесную вещь въ ея цѣломъ. Римляне, у которыхъ мы заимствовали собственно эту конструкцію, разсматривали такое состояніе собственности, какъ переходное и исключительное состояніе, вызываемое случайными обстоятельствами и предназначенное съ самаго начала своего возникновенія къ возможно скорому превращенію въ единоличную собственность. Поэтому, они признавали недѣйствительнымъ всякій договоръ, которымъ исключалась бы возможность ликвидаціи или раздѣла такой общей собственности между его соучастниками. Напротивъ, въ Германскомъ правѣ Среднихъ Вѣковъ общая собственность очень часто была не только случайнымъ и преходящимъ, но также постояннымъ способомъ пользованія многими имуществами, способомъ, исключавшимъ, при этомъ, нерѣдко и право соучастниковъ требовать выдѣла изъ общаго имущества. Этимъ существеннымъ различіемъ въ исходныхъ точкахъ римскаго и средневѣковаго германскаго права обусловливались многія различія и въ способѣ регулированія и въ подробностяхъ,

возникающихъ изъ общей собственности отношенiй. Римское право знало только индивидуальныя права отдѣльныхъ собственниковъ, которыя оно и конструировало въ формѣ возможно независимыхъ и исключительныхъ правъ. Каждый собственникъ могъ самостоятельно отчуждать свою долю въ общемъ имуществѣ, отдать ее въ пользованiе, въ аренду, въ залогъ, и виндицировать ее безъ того, чтобы другiе собственники имѣли право возражать противъ его дѣйствiй. Напротивъ, никто не могъ односторонне предпринять относительно общей вещи такихъ распоряженiй, которыя затрогивали бы сферу права другихъ соучастниковъ, и безъ общаго согласiя не могло имѣть мѣста никакое измѣненiе въ состоянiи общей вещи. Вотъ чисто индивидуалистическая регламентацiя, которая должна была повести неминуемо къ деворганизацiи всего отношенiя, если бы каждый участникъ его не имѣлъ возможности истребовать во всякiй данный моментъ ликвидацiи общей собственности и своего выдѣла изъ нея. Въ силу этого права, предъ участниками въ римской общей собственности стояла всегда слѣдующая альтернатива: или согласиться въ общихъ дѣйствiяхъ, или уничтожить общее отношенiе. Другими словами, общая допустимость раздѣла вынуждала ихъ фактически къ постояннымъ сдѣлкамъ между собою, если только сохраненiе общаго отношенiя представлялось выгоднымъ

Но это косвенное принужденіе къ соглашенію собственниковъ между собою достигало своей цѣли лишь при обязательности раздѣловъ. Германское право, допускавшее, какъ мы знаемъ, множество общихъ отношеній, исключавшихъ какъ опредѣленность долей соучастія, такъ и возможность требовать реальнаго раздѣла, не могло удовольствоваться указанной выше формой принужденія и искало другихъ средствъ для сохраненія признанныхъ имъ общихъ отношеній. Такія средства оно нашло въ различныхъ формахъ представительства общей воли участниковъ даннаго отношенія и въ организаціи юридическаго лица, съ которой мы болѣе или менѣе уже ознакомились. Эти формы представительства и эта организація потерпѣли, однако, значительныя измѣненія подъ вліяніемъ рецепціи римскаго права, давшей въ результатѣ новый типъ собственности, соединяющій въ себѣ элементы римскаго *condominium*'а и германской *gesammte Hand*. Положеніе этой собственности по различнымъ мѣстностямъ Германіи чрезвычайно различно и не допускаетъ общаго изложенія. Но наиболѣе выдающимися чертами ея, свидѣтельствующими, въ то же время, о характерѣ этой собственности, какъ переходной формы между общиннымъ землевладѣніемъ и современной индивидуальной собственности, являются: во I-хъ, господство въ ней начала большинства, ставшаго на мѣс-

то римскаго принципа единогласія, и во 2-хъ, непризнаніе за отдѣльными участниками во многихъ случаяхъ сособственности права требовать реальнаго раздѣла. Сюда принадлежатъ въ современномъ германскомъ правѣ слѣдующія отношенія: соучастіе въ нѣкоторыхъ промыслахъ, восходящихъ по своему происхожденію къ очень давнему времени, - оно даетъ участнику въ нихъ право отчужденія своей доли, но не право требовать выдѣла ея изъ общаго имущества; нѣкоторыя отношенія морского права; имущественное общеніе супруговъ и многія другія отношенія, въ которыхъ общность требуется экономическими условіями и, въ виду ихъ, необходимо должна быть сохранена, какъ напр., въ случаяхъ пользованія нѣсколькими собственниками общей дорогой, общимъ колодцемъ и такъ далѣе.

Перейдемъ теперь къ регулированію собственности въ нашемъ законодательствѣ. Юридическія послѣдствія, вытекающія у насъ изъ сособственности, слѣдующія: I. Ст. 545: "Доходы, получаемые съ общаго неразвѣльнаго имущества, принадлежатъ всѣмъ соучастникамъ по соразмѣрности частей, такъ, какъ и обязанности по оному". Слѣдовательно, пользованіе имуществомъ и отвѣтственность по нему для собственниковъ - общія, опредѣляемыя по соразмѣрности ихъ частей въ общемъ имуществѣ. Если, при этомъ, основаніемъ для отвѣтственности служитъ общее распоряже-

ніе хозяевъ, напр., общій долгъ, общія операціи по торговлѣ и т.д., то взысканіе можетъ пасть на все имущество сособственниковъ. Если же взысканіе производится къ долгу только одного участника, то оно обращается спеціально на его долю, и въ томъ только случаѣ, когда у должника нѣтъ другого имущества на удовлетвореніе долга. Однако, другіе соховяева могутъ не допустить до публичной продажи имущества, уплативъ взыскателю стоимость доли должника по оцѣнкѣ имущества |ст. 2056 т. X ч. II|. 2. Распоряженіе общими имуществами должно быть по общему соглашенію и оно можетъ быть ввѣрено одному или многимъ по общему избранію |ст. 547|. Такимъ образомъ, право собственности здѣсь настолько общее, что можетъ быть приведено въ движеніе только совокупной волей всѣхъ его участниковъ. Каждый собственникъ имѣетъ veto противъ всякаго распоряженія, которое сдѣлаютъ другіе собственники. Одинъ сособственникъ не можетъ ни продать, ни заложить общаго имущества, не получивъ на то согласія и уполномочія отъ всѣхъ своихъ товарищей. Поэтому, право каждаго собственника на общее имущество весьма ограничено; право же его на свою долю, которую онъ можетъ продать, подарить и проч., ограничено у насъ правомъ предпочтительной покупки и предпочтительнаго залогопринимательства со стороны его товарищей, именно: если сособствен-

никъ захочетъ продать или заложить свою долю, то товарищи могутъ предупредить его продажу или залогъ въ чужія руки, предложивъ ему въ первомъ случаѣ стоимость его доли по оцѣнкѣ, а во второмъ - ту же сумму, которую даетъ ему постороннее лицо. Такимъ образомъ, прежде отчужденія своей доли, сособственникъ долженъ дать объ этомъ знать своимъ товарищамъ, и если они не захотятъ купить ее по оцѣнкѣ, то тогда только онъ можетъ передать ее въ чужія руки |ст. 1314|. Въ этомъ смыслѣ нашъ законъ говоритъ, что собственникъ властенъ продать или уступить свою часть другому не иначе, какъ съ согласія прочихъ собственниковъ |ст. 548|. 3. Наконецъ, послѣдующую особенность юридическихъ отношеній, возникающихъ изъ общей собственности, составляетъ право каждаго сособственника требовать выдѣла своей доли посредствомъ раздѣла. Никто не обязанъ оставаться соучастникомъ въ общемъ имѣніи, подлежащемъ раздѣлу, если не изъявитъ на то согласія, - говоритъ ст. 550 Гражд. Зак. Эта статья говоритъ только объ имуществѣ, подлежащемъ раздѣлу, - но то же самое слѣдуетъ сказать и объ имѣніи нераздѣльномъ. По ст. 1313 наслѣдникамъ дозволяется требовать раздѣла наслѣдственнаго имущества, все равно, будетъ ли оно раздѣльно или нѣтъ. Если же общая собственность на нераздѣльное имущество бываетъ послѣдствіемъ договора товарищества, то, по нашему же праву, такіе до-

говоры не могутъ быть вѣчные, а должны быть срочные; въ первомъ случаѣ нельзя требовать раздѣла до срока, во второмъ - каждый можетъ требовать раздѣла во всякое время. Если имущество дѣлимо физически, то оно раздѣляется на физическія же доли между товарищами; если оно физически недѣлимо, то за долю лица, пожелавшаго выдѣла, остальные товарищи уплачиваютъ по справедливой оцѣнкѣ деньгами. Слѣдовательно, право требовать раздѣла и право выбыть изъ отношенія общей собственности должно быть признано у насъ во всѣхъ случаяхъ этой собственности. Особыя правила о раздѣлѣ недѣлимыхъ имуществъ намъ законъ даетъ по отношенію къ наслѣдству, но эти правила относятся къ наслѣдственному праву, и мы оставимъ ихъ въ сторонѣ. Изъ приведенныхъ постановленій нашего законодательства объ общей собственности видно, насколько ограничено это право, и какъ рѣзко отличается оно отъ обладанія въ формѣ юридическаго лица, съ которымъ иногда его смѣшиваютъ. Общая собственность принадлежитъ сразу нѣсколькимъ лицамъ, изъ которыхъ каждое совершенно самостоятельно и выступаетъ въ гражданскомъ оборотѣ, какъ независимый субъектъ права. Право сособственника не покрывается правами его товарищей и не стѣсняется волей большинства. Напротивъ, veto одного изъ соучастниковъ уничтожаетъ рѣшеніе всѣхъ остальныхъ товарищей, и потому всѣ распоряженія относительно об-

щаго имущества производятся не иначе, какъ по единогласному рѣшенію. При обладаніи въ формѣ юридическаго лица, мы имѣемъ дѣло, во 1-хъ, только съ однимъ субъектомъ права, въ которомъ сливаются всѣ отдѣльныя, составляющія его физическія лица; во 2-хъ, мы встрѣчаемся здѣсь съ принципомъ рѣшенія общихъ дѣлъ не по началу единогласія, а по началу большинства голосовъ, составляющему условіе успѣха всякой коллегіальной и совмѣстной дѣятельности. Этимъ важнымъ различіемъ обладанія въ формѣ юридическаго лица отъ общей собственности объясняется непримѣнимость къ первому постановленій нашего законодательства, имѣющихъ въ виду общую собственность, какъ то: непримѣнимость постановленій о правѣ преимущественнаго залога и покупки, особыхъ постановленій объ отвѣтственности, о раздѣлѣ и т. д.

д| ЧРЕЗПОЛОСНОЕ ВЛАДѢНІЕ.

Между общей собственностью *pro diviso* и *pro indiviso* занимаетъ середину, такъ назыв. чрезполосное владѣніе, т.е. владѣніе нѣсколькихъ лицъ по частямъ въ одной и той же дачѣ. Если бы эти части были точно опредѣлены, то здѣсь была бы собственность *pro diviso*, - но такой опредѣленности въ чрезполосномъ владѣніи нѣтъ и, кромѣ

того нѣкоторыя части его прямо нераздѣльны между соучастниками, а потому это владѣніе и нельзя называть собственностью *pro divizo*, какъ нельзя называть его и собственостью *pro indivizo*, такъ какъ другія части его строго опредѣлены и составляютъ отдѣльное владѣніе каждаго изъ соучастниковъ. Названіе чрезполоснаго владѣнія происходитъ отъ того, что участки отдѣльныхъ лицъ въ немъ не пріурочиваются къ однимъ мѣстамъ, а разбрасываются по всей дачѣ: идетъ сначала полоса А, потомъ - В, потомъ С и т. д.; затѣмъ опять начинается полоса того же А, за ней полоса В и т. д. Такое чрезполосное владѣніе есть необходимая принадлежность хозяйственнаго быта, въ которомъ люди привыкли жить другъ возлѣ друга, не заботясь о матеріальномъ разграниченіи своихъ владѣній. Оно составляетъ большое зло, обусловливая собою крайнюю неопредѣленность юридическихъ отношеній, и произошло исторически, частью вслѣдствіе помѣстной системы, частью вслѣдствіе семейныхъ и наслѣдственныхъ раздѣловъ. Такъ какъ пашни часто лежатъ въ одномъ мѣстѣ, лѣса - въ другомъ, вода - въ третьемъ, а при наслѣдственномъ раздѣлѣ каждый наслѣдникъ долженъ получить извѣстную часть какъ пашенъ, лѣсовъ, такъ и другихъ угодій, то понятно, что тутъ должна образовываться чрезполосица. Дача дѣлится на множество смежныхъ участковъ, при

чемъ участки, принадлежащіе одному лицу, лежатъ не къ ряду, а разбросаны по всей дачѣ и окружены со всѣхъ сторонъ чужими участками. По этому способу образованія чрезполоснаго владѣнія можно уже видѣть, что оно есть, по преимуществу, владѣніе *pro divizo*, отличающееся, однако, слѣдующими особенностями: I, не всѣ чрезполосные участки имѣютъ мѣру, которую можно было бы опредѣлить по крѣпостямъ или живымъ урочищамъ. 2. Кромѣ усадебъ, пашенъ, составляющихъ въ большинствѣ случаевъ владѣніе *pro divizo*, чрезполосные владѣльцы имѣютъ и нераздѣльные участки, выгоны, рощи и т.п., составляющіе владѣніе *pro indivizo*. Наконецъ 3, мы уже говорили, что при генеральномъ межеваніи къ цѣлой окружной дачѣ пріурочивались, такъ называемыя, примѣрныя земли, принадлежность которыхъ тому или другому изъ владѣльцевъ окружной дачи остается неизвѣстной до произведенія спеціальнаго межеванія. Слѣдовательно, до раздѣленія чрезполоснаго владѣнія спеціальнымъ размежеваніемъ, право владѣльцевъ на примѣрныя земли слѣдуетъ также признать собственностью *pro indivizo*. Такимъ образомъ, мы видимъ, что неопредѣленность чрезполоснаго владѣнія касается самого предмета владѣнія, вслѣдствіе чего къ отношеніямъ чрезполосныхъ владѣльцевъ между собою не примѣняются и положенія о земской давности, т.е. ни одинъ изъ соучастниковъ, имѣющихъ владѣніе

въ чрезполосной дачѣ, не можетъ захватить подъ предлогомъ своего права часть владѣнія другого соучастника, распространивъ потомъ на захваченное имущество право собственности въ силу давности. Но если вопросъ о давности ставится между соучастниками общей дачи и постороннимъ лицомъ, которое вступаетъ въ права одного изъ нихъ и владѣетъ его участкомъ въ условіяхъ, требуемыхъ закономъ о давности, то къ такому владѣнію давность имѣетъ полное примѣненіе, потому что здѣсь нѣтъ неопредѣленности въ предметѣ владѣнія, исключающей дѣйствіе давности изъ отношеній чрезполосныхъ владѣльцевъ между собою.

Для прекращенія чрезполосности владѣнія постановлено: всѣ дачи общаго владѣнія размежевывать спеціально, если хотя одинъ изъ владѣльцевъ того пожелаетъ; но когда владѣльцы всѣ вмѣстѣ совокупно пожелаютъ оставаться въ общемъ чрезполосномъ владѣніи безъ размежеванія, то имъ дозволяется оставаться въ общемъ владѣніи, пока общее согласіе не будетъ нарушено вновь желаніемъ, хотя бы одного изъ участвующихъ владѣльцевъ. Только дачи, въ коихъ участвуютъ государственные крестьяне, должны быть размежеваны во всякомъ случаѣ даже безъ согласія отдѣльныхъ владѣльцевъ. - Этимъ мы окончимъ ученіе о матеріальномъ моментѣ или содержаніи права собствен-

ности и перейдемъ къ изученію его формальнаго момента по дѣйствующему у насъ законодательству.

Г| ФОРМАЛЬНЫЙ МОМЕНТЪ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ: СПОСОБЫ ПРІОБРѢТЕНІЯ И ПРЕКРАЩЕНІЯ ЕГО ПО ДѢЙСТВУЮЩЕМУ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ. ЗАЩИТА ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ.

Формальный моментъ права собственности заключается, какъ мы уже говорили объ этомъ, въ принадлежности вещи лицу, въ принадлежности, которая должна быть утверждена на какомъ нибудь признанномъ закономъ основаніи | *iusta causa* |. Такое законное основаніе называется иначе способомъ пріобрѣтенія права собственности | *modus acquirendi* |, каковымъ можетъ быть, напримѣръ, давность, наслѣдство, купля и т.д. Наше законодательство употребляетъ для этого обоснованія собственности терминъ "законное укрѣпленіе", подъ которымъ разумѣетъ, съ одной стороны, внѣшній актъ, удостовѣряющій законность совершеннаго пріобрѣтенія собственности, а съ другой - и самое законное основаніе этого пріобрѣтенія. Такая двойственность въ смыслѣ, ко-

---

торый нашъ законъ соединяетъ съ понятіемъ "укрѣпленія", не можетъ быть, конечно, одобрена, потому что существенное значеніе для собственности имѣетъ только законность основанія или способа ея пріобрѣтенія, а формальность внѣшняго акта, удостовѣряющая это пріобрѣтеніе, требуется, какъ мы увидимъ, не во всѣхъ случаяхъ пріобрѣтенія собственности и не составляетъ поэтому его необходимой принадлежности. Вотъ почему значеніе формальнаго момента права собственности заключается только въ законности его пріобрѣтенія, что, однако, чрезвычайно важно, такъ какъ этимъ, во первыхъ, характеризуется собственность какъ институтъ положительнаго права; во-вторыхъ, ограничивается ея дѣйствіе только указанными въ законѣ предѣлами и, наконецъ, въ 3-хъ, проводится рѣзкая грань между собственностью, владѣніемъ и другими юридическими отношеніями, защищаемыми независимо отъ способа ихъ возникновенія. Кромѣ того, изъ формальнаго же момента права собственности, какъ законнаго основанія принадлежности вещи лицу, вытекаютъ еще слѣдующіе выводы: I, право собственности принадлежитъ данному опредѣленному лицу, а не всякому, какъ напримѣръ, право личности или вещь, находящаяся въ общественномъ пользованіи. 2. Право собственности отличается исключительностью въ томъ смыслѣ, что предметъ его служитъ, прежде всего, интересу даннаго опредѣленнаго лица, и что двое не

могутъ имѣть права одного и того же права собственности на одну и ту же вещь. 3. Принадлежность этого права данному лицу не можетъ быть срочной въ томъ смыслѣ, чтобы оно пріобрѣталось на опредѣленный только срокъ. Наконецъ, 4, будучи принадлежностью опредѣленнаго лица, собственникъ дѣлается правомъ только потому, что она защищается въ случаяхъ нарушенія: во I-хъ, владѣльческими исками | interdicta possessorii | и во 2-хъ, исками, одной ей свойственными | rei vindicatio |. Такимъ образомъ, формальный моментъ, составляя единственный специфическій признакъ права собственности, имѣетъ существенное значеніе въ ученіи о немъ, и мы займемся изученіемъ его въ слѣдующемъ порядкѣ: разсмотримъ сначала законные способы пріобрѣтенія права собственности, потомъ способы его прекращенія и, наконецъ, способы защиты.

I| СПОСОБЫ ПРІОБРѢТЕНІЯ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ.

Подъ пріобрѣтеніемъ права собственности разумѣются разнаго рода дѣйствія, которыми опредѣляется принадлежность вещи данному лицу. Поэтому, необходимыми условіями всякаго пріобрѣтенія собственности являются лицо, вещь и актъ пріобрѣтенія. Прежде всего, предполагается лицо, способное къ пріобрѣтенію: это общее положеніе гражданской правоспо-

собности. Далѣе, пріобрѣтается нѣчто наличное - вещь, поступающая дѣйствительно въ имущество, -иначе установленіе вещнаго права было бы немыслимо. Стало быть, для того, чтобы возникло вещное право собственности, должно существовать не только лицо, но и вещь, способная къ пріобрѣтенію, вещь, могущая состоять въ частномъ обладаніи. Наконецъ, всякое пріобрѣтеніе есть актъ пріобрѣтающей воли: для того, чтобы пріобрѣсти вещь, необходимо взять или принять и усвоить ее себѣ. Этотъ актъ пріобрѣтенія собственности положительныя законодательства связываютъ обыкновенно съ опредѣленными дѣйствіями, которыя и называются способами пріобрѣтенія собственности | modus acquirendi |. Такъ, наша ст. 420, опредѣляя право собственности, указываетъ на то, что оно должно быть "пріобрѣтено въ порядкѣ, гражданскими законами установленномъ". То же самое мы читаемъ и въ ст. 423 по поводу опредѣленія полнаго права собственности и, наконецъ, ст. 699 говоритъ прямо, что "права на имущество пріобрѣтаются не иначе какъ способами, въ законахъ опредѣленными". Отсюда видно, что наше законодательство такъ же, какъ и другія законодательства, безусловно связываетъ пріобрѣтеніе собственности съ законными способами этого пріобрѣтенія, внѣ которыхъ не признается никакой собственности. Вотъ почему ученіе о способахъ пріобрѣтенія собственности имѣетъ особен-

ную важность въ теоріи этого права и издавна привлекаетъ къ себѣ вниманіе юристовъ. Въ римскомъ правѣ и въ современной литературѣ гражданскаго права это ученіе чрезвычайно выработано и представляетъ много интересныхъ сторонъ. Самое понятіе о способахъ пріобрѣтенія выдѣляется теперь часто изъ остальныхъ ученій гражданскаго права и ставится особо вслѣдствіе связи, которая устанавливается многими изъ новыхъ юристовъ между этими способами пріобрѣтенія и различіемъ правъ вещныхъ и личныхъ. Для установленія вещнаго права, учатъ эти юристы, необходимы два момента: titulus |основаніе| и modus |способъ| пріобрѣтенія, тогда какъ для пріобрѣтенія обязательственнаго права достаточно только одного титула. Поэтому, говорятъ они, modus составляетъ особый способъ пріобрѣтенія вещныхъ правъ и, въ особенности, права собственности, тогда какъ по отношенію къ обязательственнымъ правамъ онъ не имѣетъ примѣненія.

Вотъ ученіе, которое господствовало въ теченіе прошлаго столѣтія во французской литературѣ, перешло оттуда въ Германію и къ намъ, оказавъ при этомъ значительное вліяніе и на наше законодательство. Между тѣмъ, въ основаніи этого ученія лежитъ не что иное, какъ неправильная абстракція отъ извѣстнаго положенія римскаго права, по которому право

собственности не можетъ быть пріобрѣтено простыми договорами: dominia rerum non nudis pactis acquiri non possunt. Но это положеніе римскаго права, распространенное приведенной нами теоріей на всѣ способы пріобрѣтенія права собственности, относилось въ римскомъ правѣ только къ пріобрѣтенію его посредствомъ традиціи, или передачи, гдѣ внутренній и внѣшній моменты пріобрѣтенія могутъ быть дѣйствительно различны. Въ другихъ же случаяхъ пріобрѣтенія собственности, какъ напримѣръ въ случаѣ оккупаціи или завладѣнія, различеніе этихъ моментовъ совершенно невозможно, такъ что примѣненіе къ нимъ того, что имѣетъ мѣсто при пріобрѣтеніи по традиціи не можетъ быть правильнымъ. Кромѣ того, мы убѣдимся вскорѣ, что и при пріобрѣтеніи собственности черезъ передачу различіе между основаніемъ и способомъ пріобрѣтенія, между titulus и modus имѣетъ не только то значеніе, что первымъ устанавливается обязательственное, а вторымъ - и вещное право, а другое - болѣе существенное значеніе, состоящее въ томъ, что пріобрѣтеніе собственности по передачѣ ставится независимо отъ титула, который признается, однако, оспариваемой нами теоріей, наравнѣ съ modus'омъ, условіемъ всякаго пріобрѣтенія собственности. Но не смотря на такую отвле-

ченность пріобрѣтенія отъ титула, мы увидимъ, что послѣдній имѣетъ все-таки важное значеніе въ ученіи о пріобрѣтеніи собственности, и что различіе его отъ *modus*'а ведетъ къ существеннѣйшимъ въ практическомъ отношеніи послѣдствіямъ, съ которыми мы познакомимся при изложеніи теоріи традиціи. - Другой важный вопросъ въ теоріи способовъ пріобрѣтенія собственности, съ котораго мы собственно и должны были начать наше изложеніе, есть вопросъ о классификаціи этихъ способовъ, - вопросъ, занимающій юриспруденцію еще со времени глоссаторовъ. У Римлянъ играло важную роль подраздѣленіе на цивильные, старые, болѣе формальные, и натуральные - новые, менѣе формальные способы пріобрѣтенія. Это дѣленіе имѣетъ для насъ теперь только историческое значеніе, ограниченное областью источниковъ классическаго римскаго права. Другое дѣленіе, служащее для классификаціи какъ римскихъ, такъ и нашихъ способовъ пріобрѣтенія, есть дѣленіе на такіе способы, въ которыхъ посредствуетъ элементъ владѣнія, и способы, независящіе отъ владѣнія. Къ первымъ относятся передача |*traditio*| и давность |*usucapio*|, а ко вторымъ - приращеніе, смѣшеніе и нѣкоторые другіе способы пріобрѣтенія |подробности объ этомъ см. у Мейера, Русск. Гражд. право стр. 314 - 326|.

Не входя въ критическій разборъ этихъ и другихъ

классификацій, оказывающихся, къ сожалѣнію, неудачными, мы послѣдуемъ въ настоящемъ вопросѣ указаніямъ нашего положительнаго законодательства. Въ ст. 420 нашихъ Гражд. Зак. предусмотрѣны двѣ типическія формы пріобрѣтенія права собственности: I| "кто бы первымъ пріобрѣтателемъ" и 2| "кому сія власть дошла отъ перваго ея пріобрѣтателя непосредственно или чрезъ послѣдующія законныя передачи и укрѣпленія". Отсюда видно, что нашъ законъ сводитъ всѣ способы пріобрѣтенія собственности къ первообразнымъ и производнымъ. Въ первомъ случаѣ лицо пріобрѣтаетъ право собственности надъ вещью, или не имѣвшей до того времени собственника, или потерявшей его, такъ что пріобрѣтеніе происходитъ здѣсь независимо отъ права другого лица. Первый случай первообразныхъ способовъ пріобрѣтенія собственности мы имѣемъ въ овладѣніи и въ нѣкоторыхъ видахъ соединенія вещей, второй - въ давностномъ владѣніи и въ другихъ видахъ соединенія. При производныхъ способахъ пріобрѣтенія мы видимъ, напротивъ, полную зависимость существующаго права собственности отъ предшествующаго ему права: вещь пріобрѣтается отъ бывшаго собственника, происходитъ, слѣдовательно, только смѣна лицъ | преемство |. Въ историческомъ порядкѣ происхожденія, первообразные способы пріобрѣтенія предшествуютъ производнымъ, такъ какъ, при большомъ

количествѣ вещей, свободныхъ отъ всякаго обладанія, и при слабости общественныхъ связей между людьми, непосредственное овладѣніе происходитъ легче и чаще, чѣмъ переходъ права. Но съ развитіемъ общественной жизни, когда свободныхъ вещей дѣлается все меньше и меньше, а общественныя связи и взаимная зависимость людей другъ отъ друга все болѣе и болѣе крѣпнутъ, тогда первообразные способы пріобрѣтенія, естественно, уступаютъ въ своемъ значеніи производнымъ способамъ, которые становятся, въ то же время, и наиболѣе практикуемыми. Разсмотримъ въ отдѣльности различные способы пріобрѣтенія собственности, подходящіе подъ каждую изъ указанныхъ выше двухъ категорій.

а) Первообразные способы пріобрѣтенія собственности. Къ нимъ принадлежатъ, главнымъ образомъ, овладѣніе, соединеніе и давность владѣнія.

I) Овладѣніе (occupatio) есть способъ пріобрѣтенія собственности посредствомъ одностороняго акта или захвата или занятія вещи со стороны ея пріобрѣтателя. Римское право признавало этотъ способъ пріобрѣтенія относительно вещей, не имѣющихъ хозяина, - res nullius, - которыя, безъ всякаго различія въ этомъ отношеніи между движимыми и недвижимыми вещами, дѣлались собственностью

лица, впервые овладѣвшаго ими: res nullius cedit primo occupanti. Въ древне-Германскомъ и въ нашемъ старомъ правѣ дѣйствовало то же положеніе, что и не только движимости, какъ напримѣръ, находка, кладъ, звѣрь, рыба и т.п. обращались въ собственность ихъ первоначальныхъ заимщиковъ, но и части общинной земли, называвшейся almende могли во многихъ мѣстностяхъ переходить черезъ обработку въ частную собственность тѣхъ членовъ общины, которые подвергали ихъ такой обработкѣ. Но уже въ монархіи Франковъ, съ усиленіемъ королевской власти, сталъ вырабатываться противоположный принципъ, по которому всякая безхозяйная земля, все равно, была ли она оставлена своимъ бывшимъ собственникомъ или не находилась никогда еще ни въ чьей собственности, признавалась собственностью короля, безъ согласія котораго овладѣніе такой землей было недѣйствительно. Этотъ же принципъ получилъ силу и въ Германіи, гдѣ онъ былъ признанъ во многихъ партикулярныхъ законодательствахъ, которыя установили съ его помощью новый видъ государственной регаліи, распространенной не только на землю, но и на нѣкоторыя безхозяйныя движимости, о которыхъ мы скажемъ нѣсколько ниже. Говоря иначе, Германское и все вообще современное право отступило отъ римскаго начала свободной оккупаціи всѣхъ безхозяйныхъ вещей и призна-

до, вмѣстѣ съ развитіемъ ученія о регаліяхъ, другое начало, по которому право оккупаціи принадлежитъ не всѣмъ вообще людямъ, а лишь особенно квалифицированнымъ лицамъ и, въ ихъ числѣ, прежде всего государству, а потомъ и нѣкоторымъ учрежденіямъ, сословіямъ и частнымъ лицамъ, которымъ государство, въ силу ихъ особаго юридическаго положенія, уступаетъ это право. По нашему законодательству, вещей не стоящихъ ни въ чьей собственности, какъ будто, не существуетъ вовсе. "Всѣ имущества, гласитъ ст. 406 X т. ч. I, не принадлежащія никому въ особенности, принадлежатъ къ составу имуществъ государственныхъ". Между тѣмъ, не подлежитъ сомнѣнію, что до приведенія государственной территоріи въ извѣстность, многія земли захватывались и у насъ частными лицами, а такъ называемыя з а и м к и или захваты пустопорожней земли были однимъ изъ распространеннѣйшихъ способовъ пріобрѣтенія поземельной собственности до генеральнаго межеванія. Путемъ заимки образовались у насъ цѣлыя поселенія, въ особенности, на югѣ Россіи. Такъ, напримѣръ, нѣкоторые малороссійскіе полки, гонимые поляками, основали въ I7 вѣкѣ въ нынѣшней Харьковской губерніи поселенія и распространяли ихъ заимками окрестныхъ земель; это - такъ называемыя с т а р о - з а и м о ч н ы я земли, признанныя въ настоящее время собственностью ихъ налич-

ныхъ владѣльцевъ. Заимкой же образовались и такъ называемыя с е л и т е б н ы я земли въ Малороссіи, когда кто-либо изъ достаточныхъ людей выбиралъ себѣ никому не принадлежащую землю, осѣживалъ на ней слободу и привлекалъ въ нее сторонннихъ людей для поселенія. Но съ совершеніемъ генеральнаго межеванія, возможность такихъ заимокъ прекращена. Всѣ пустопорожнія земли объявлены государственнымъ имуществомъ, старо-заимочныя земли признаны въ собственности ихъ владѣльцевъ, а если новыя заимки ведутъ также къ праву собственности, то это дѣлается теперь уже не на основаніи права захвата, а на основаніи давностнаго владѣнія или согласія государства. Въ нашей юридической литературѣ существуетъ еще мнѣніе, что по смыслу нашихъ законовъ не могутъ быть безхозяйными и движимыя вещи, за исключеніемъ того случая, когда собственникъ бросаетъ, дереликвируетъ свою вещь. Если, напримѣръ, старьевщикъ собираетъ изъ сорныхъ кучъ ветошь, онъ пріобрѣтаетъ на нее, какъ на брошенную вещь, право собственности. Во всѣхъ же остальныхъ случаяхъ, овладѣніе, по нашему законодательству, не даетъ, какъ будто, права собственности, безъ малѣйшаго различія въ этомъ отношеніи между движимыми и недвижимыми вещами, если только не воспослѣдовало согласія на пріобрѣтеніе собственности или со стороны государства, или со стороны настоящаго собственника. Не противо-

рѣчатъ этому положенію, по излагаемому нами мнѣнію, и случаи пріобрѣтенія права собственности посредствомъ охоты и рыбной ловли, потому что, если звѣри, птицы или рыбы пріобрѣтаются собственникомъ участка, въ которомъ происходитъ охота или ловля, то въ этихъ случаяхъ онъ только осуществляетъ право собственности на свой участокъ; если же охотой или рыбной ловлей занимается постороннее лицо и въ чужомъ участкѣ, то и пріобрѣтеніе имъ права собственности на предметъ охоты или ловли возможно только съ согласія собственника земли; въ противномъ случаѣ - дѣйствіе его считается правонарушеніемъ, а не способомъ пріобрѣтенія права собственности. То же самое говорится о собираніи плодовъ, объ извлеченіи изъ земли минераловъ и, въ частности, о находкѣ и кладѣ. Такимъ образомъ, утверждается, что овладѣніе не можетъ считаться по нашему законодательству самостоятельнымъ способомъ пріобрѣтенія права собственности, за исключеніемъ тѣхъ только случаевъ, когда стороннее лицо овладѣваетъ вещью послѣ прекращенія на нее права бывшаго собственника. Въ этомъ мнѣніи вѣрно только признаніе оккупаціей пріобрѣтенія брошенныхъ вещей, но совершенно невѣрно отрицаніе другихъ и весьма многочисленныхъ случаевъ оккупаціи движимостей, которые безусловно имѣютъ мѣсто и въ современномъ намъ правѣ. Сюда при-

надлежитъ, во I-хъ, право охоты, составлявшее до послѣдняго времени, какъ на Западѣ, такъ и у насъ, или общественное достоянiе, или государственную регалiю; въ послѣднемъ случаѣ отдѣльныя лица могли въ теорiи получить это право не иначе, какъ путемъ пожалованiя или уступки его со стороны государства. Но и въ перiодъ регалiй характеръ охоты, какъ права общественнаго пользованiя, сохранился во многихъ юридическихъ опредѣленiяхъ, признававшихъ всеобщее право охоты на дикихъ звѣрей и право охоты на всѣхъ звѣрей и птицъ вообще за многими городскими и сельскими общинами, даже въ тѣхъ случаяхъ, когда они не могли представить доказательствъ пожалованiя или уступки со стороны государства. Этотъ порядокъ былъ отмѣненъ во Францiи - во время первой революцiи, въ Германiи - въ 1848 году, а у насъ съ изданiемъ Свода, при чемъ регалiя охоты вездѣ была уничтожена; право охоты, въ видѣ сервитута на чужой землѣ, объявлено недѣйствительнымъ |это послѣднее только на Западѣ, а не у насъ|, и все право охоты признано вообще нераздѣльно связаннымъ съ правомъ на поземельную собственность. Это не значитъ, однако, чтобы лицо, имѣющее право охоты, каковымъ является теперь собственникъ и всякiй, производящiй свое право отъ этого послѣдняго, какъ, напримѣръ, арендаторъ, имѣетъ уже вмѣстѣ съ тѣмъ, собственность и на звѣ-

рей, и на птицъ, двигающихся свободно въ предѣлахъ даннаго участка земли. Собственность предполагаетъ, какъ мы знаемъ, полную опредѣленность своего объекта и возможность отправленія надъ нимъ извѣстныхъ правомочій, зависящихъ отъ наличнаго присутствія этого объекта и господства надъ нимъ со стороны собственника. Звѣри же и птицы, находящіеся на свободѣ, не представляютъ ни этой опредѣленности, ни наличности обладанія, ни возможности господства надъ ними, и поэтому уже они не могутъ быть признаны въ собственности лица, имѣющаго право охоты, - до тѣхъ поръ, пока оно не убьетъ или не захватитъ ихъ и этимъ только сдѣлаетъ возможнымъ установленіе на нихъ собственности. Вотъ почему птицы и звѣри въ состояніи свободы должны считаться и въ современномъ правѣ, такъ же, какъ это было въ римскомъ, res nullius, подлежащими овладѣнію, - но подлежащими овладѣнію не со стороны всѣхъ и каждаго, какъ это имѣло мѣсто въ Римѣ и въ древній періодъ нашего права, а со стороны лишь тѣхъ лицъ, которыя управомочены закономъ къ овладѣнію этими объектами. Отсюда слѣдуетъ, что если собственникъ земли не имѣетъ еще собственности надъ находящимися на его землѣ звѣрьми и птицами прежде, чѣмъ онъ фактически не овладѣетъ ими, то и никто, не имѣя за собою права охоты, не можетъ пріобрѣсти собственности на звѣрей и птицъ только потому, что онъ убьетъ ихъ или овла-

дѣетъ ими. Пріобрѣтеніе собственности чрезъ оккупацію звѣрей и птицъ связано теперь съ собственностью на землю и съ производными отъ нея правами, внѣ которыхъ оккупація въ юридическомъ смыслѣ невозможна. Но, съ другой стороны, лицо, имѣющее право охоты, но не имѣющее права собственности на звѣря, убитаго на его землѣ чужимъ охотникомъ, не можетъ предъявить къ этому послѣднему и иска о собственности. Охотникъ, убившій самовольно чужого звѣря, совершаетъ преступленіе противъ закона объ охотѣ, но не кражу: не пріобрѣтая самъ собственности, онъ отвѣчаетъ и передъ собственникомъ той земли, на которой онъ охотился, не по иску о собственности |rei vindicatio|, а по иску о вознагражденіи убытковъ и о правонарушеніи. Убытки состоятъ здѣсь въ томъ, что вещь, на оккупацію которой земельный собственникъ имѣлъ исключительное право, перешла во владѣніе третьяго лица, и вслѣдствіе этого стало невозможнымъ упражненіе по отношенію къ ней права оккупаціи, принадлежащаго одному собственнику земли. Во всякомъ случаѣ, послѣдній дѣлается собственникомъ звѣря только чрезъ фактическое овладѣніе имъ, что и составляетъ совершенно самостоятельный случай оккупаціи по отношенію къ движимостямъ въ современномъ намъ правѣ. 2|Другой современный случай оккупаціи движимостей представляетъ рыбная лов-

ля, къ которой можно примѣнить почти все, что говорилось выше о правѣ охоты. Въ моряхъ, стоящихъ въ общественномъ пользованіи, рыбная ловля принадлежитъ всѣмъ и каждому; поэтому, морскія рыбы, допускающія неограниченное и всеобщее право оккупаціи, должны быть въ нашемъ правѣ признаны res nullius въ римскомъ смыслѣ этого слова. Напротивъ, рыбы въ прудахъ, озерахъ и въ закрытыхъ водахъ признаются обыкновенно въ собственности владѣльцевъ земли, но установленіе этой собственности зависитъ опять отъ оккупаціи въ разъясненномъ выше смыслѣ, а этого понятія по поводу пріобрѣтенія собственности на звѣрей и птицъ, т.е. рыбы, дѣлаются здѣсь собственностью не каждаго оккупанта вообще, а такого лишь оккупанта, который признанъ законно-управомоченнымъ на ихъ оккупацію. Въ публичныхъ водахъ это право оккупаціи принадлежало первоначально всѣмъ, такъ что Саксонское Зерцало еще опредѣляло публичныя рѣки, какъ такія рѣки, по которымъ всякій имѣетъ право ѣздить и ловить рыбу. Но государство захватило вскорѣ это право въ свои руки, сдѣлавъ изъ него свою регалію. Тѣмъ не менѣе, прибрежные владѣльцы сохранили въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ право рыбной ловли въ размѣ-

---

рѣ своихъ личныхъ потребностей, а въ нѣкоторыхъ рѣкахъ право рыбной ловли оставалось постоянно свободнымъ для всѣхъ. Но регалія рыбной ловли въ публичныхъ водахъ составляла все-таки и составляетъ до сихъ поръ общее правило, такъ какъ большинство новыхъ законовъ о рыбной ловлѣ объявляетъ ее въ публичныхъ водахъ регаліей или "собственностью государства", а отправленіе рыбной ловли частными лицами ставитъ въ зависимость отъ пожалованія или концессіи государственной власти.

Что касается частныхъ водъ, то рыбная ловля въ нихъ принадлежитъ владѣльцамъ прилегающихъ къ нимъ земельныхъ участковъ, права которыхъ простираются такъ же далеко, какъ и берега этихъ участковъ; если оба берега рѣки принадлежатъ не одному и тому же собственнику, то каждый изъ собственниковъ имѣетъ право только до половины рѣчного теченія. Во всякомъ случаѣ, право рыбной ловли въ рѣкахъ такъ же, какъ и право охоты, даетъ прибрежному владѣльцу и всякому вообще лицу, имѣющему право на эту ловлю, не собственность на рыбу, а только право на ея исключительную оккупацію.

3. Третій случай оккупаціи движимостей, не вполнѣ, однако, совпадающій съ разъясненнымъ выше понятіемъ оккупаціи, представляетъ н а х о д к а однимъ лицомъ вещей, потерянныхъ другимъ, и право

собственности, пріобрѣтаемое при извѣстныхъ условіяхъ первымъ на найденныя такимъ образомъ вещи. Въ нашемъ законодательствѣ находкой, по опредѣленію ст. 538, называется "обрѣтеніе вещей и другихъ движимыхъ имуществъ, которыхъ владѣлецъ неизвѣстенъ". Изъ этого опредѣленія прямо видно, что находка не относится къ res nullius, потому что найденная вещь имѣетъ хозяина, который только неизвѣстенъ. Для отысканія хозяина, найденная вещь должна быть представлена полиціи и о ней сдѣлана троекратная публикація, и только за неявкой послѣ этого хозяина или за непредъявленіемъ имъ надлежащихъ доказательствъ о принадлежности данной вещи ему, - эта послѣдняя обращается въ собственность находчика. До истеченія срока явки хозяина, вещь считается собственностью послѣдняго, и потому нѣтъ такого момента, въ который найденная вещь могла бы быть причислена къ res nullius. Вотъ почему находка есть не столько пріобрѣтеніе собственности черезъ оккупацію, сколько совершенно специфическій и самостоятельный изъ первообразныхъ способовъ пріобрѣтенія собственности. Въ этомъ мнѣніи, которое противорѣчитъ господствующему взгляду, пріурочивающему находку къ понятію оккупаціи, насъ утверждаетъ особенно то соображеніе, что находчикъ получаетъ право собственности не черезъ овладѣніе найденной вещью, которое не ведетъ еще, само по себѣ, къ

пріобрѣтенію собственности, а черезъ то, что владѣніе его превращается по предписанію закона въ собственность послѣ того только, какъ установленныя публикаціи обнаруживаютъ отсутствіе или невозможность отысканія прежняго хозяина. Поэтому-то Европейскія законодательства часто разсматриваютъ находчика, какъ negotiorum gestor, т.е. какъ лицо, добровольно ведущее чужое дѣло, обязывая его къ заботливому охраненію найденныхъ вещей и къ извѣщенію надлежащей власти о находкѣ въ теченіе самаго короткаго срока; въ противномъ случаѣ онъ разсматривается по отношенію къ отыскавшемуся собственнику, какъ недобросовѣстный владѣлецъ - malae fidei possessor, и несетъ предъ нимъ тяжелую отвѣтственность этого послѣдняго. Нашъ законъ тоже постановляетъ, что если хозяинъ вещи докажетъ свое право, то находка возвращается ему безпрекословно; находчикъ же получаетъ въ видѣ вознагражденія 1/3 часть цѣнности находки, а въ губерніяхъ Черниговской и Полтавской 1/2 |ст. ст. 539, 540|. Это право находчика есть вознагражденіе за труды его по сохраненію вещи, и не можетъ разсматриваться, какъ способъ пріобрѣтенія собственности, какимъ является лишь право находчика на самыя потерянныя вещи, въ случаѣ неотысканія ихъ хозяина. Римскіе юристы не признавали за находчикомъ даже этого права, и, не считая

вообще находки за основаніе пріобрѣтенія собственности, они не разрѣшали находчику никакихъ распоряженій относительно найденныхъ вещей и не допускали здѣсь даже дѣйствія давности. (Германское право держалось въ этомъ вопросѣ противоположнаго взгляда, допуская въ принципѣ пріобрѣтеніе собственности на потерянныя вещи и расходясь только въ опредѣленіи лицъ, получающихъ это право. Саксонское Зерцало назначало 2/3 находки правительству и 1/3 - находчику; Любекское право опредѣляло 1/3 находчику, 1/3 - судьѣ и 1/3 - городу. Очень распространены были также опредѣленія, по которымъ вся находка обращалась цѣликомъ или въ пользу короля, или королевскихъ чиновниковъ, или судьи, или общины, или леннаго владѣльца, или благотворительныхъ учрежденій |См. Stobbe, II стр. 641|. Право на вознагражденіе находчика въ случаѣ появленія хозяина вещи выступило лишь въ самыхъ позднихъ памятникахъ средневѣкового права. Новыя партикулярныя законодательства содержатъ въ себѣ подобныя же постановленія о находкѣ съ тою лишь разницей, что они передаютъ собственность на нее съ тѣми или другими ограниченіями самому находчику. По Австрійскому и нѣкоторымъ другимъ партикулярнымъ законамъ, находчикъ становится in conditione usu capiendi, т.е. въ положеніе давностнаго владѣльца; по Прусскому праву онъ получаетъ собственность по присужденію судьи; по другимъ партикулярнымъ пра-

вамъ, находка, послѣ безуспѣшной публикаціи, считается просто *res nullius* и поступаетъ прямо въ собственность находчика въ силу закона.)

Совершенно отличнымъ отъ находки является понятіе клада, которое и въ настоящее время можетъ быть также опредѣлено, какъ его опредѣляли римскіе юристы: *Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae cuius non extat memoria, ut jam dominum non habeat.* Наша 430 ст. выражается слѣдующимъ образомъ: "Кладъ |сокрытое въ землѣ сокровище| принадлежитъ владѣльцу земли и безъ позволенія его не только частнымъ лицами, но и мѣстнымъ начальствомъ отыскиваемъ быть не можетъ". Въ губерніяхъ Черниговской и Полтавской кладъ, отыскиваемый самимъ владѣльцемъ въ своей собственной землѣ, весь и сполна принадлежитъ ему; но когда кладъ отысканъ кѣмъ-либо случайно на чужой землѣ, то изъ найденнаго одна половина отдается тому, въ чьей землѣ кладъ отысканъ, а другая поступаетъ къ отыскавшему кладъ. Отсюда видно, что пріобрѣтеніе клада основано непосредственно на законѣ и никакъ не должно быть пріурочиваемо къ точкѣ зрѣнія оккупаціи безхозяйныхъ вещей, съ которой оно разсматривается до сихъ поръ очень многими юристами. Главное отличіе находки отъ клада состоитъ именно въ томъ, что первая относится къ вещи оставляемой,

забытой или потерянной хозяиномъ; кладъ же касается вещей, скрытыхъ бывшимъ хозяиномъ съ прямымъ намѣреніемъ сохранить или скрыть ихъ отъ чужихъ глазъ. Отсюда слѣдующее различіе: хозяиномъ находки является лицо неизвѣстное, которое слѣдуетъ розыскать; хозяиномъ же клада предполагается лицо, во владѣніи котораго онъ найденъ.

4. Наконецъ, еще случай оккупаціи движимостей представляетъ в о е н н а я д о б ы ч а, которой называютъ отнятіе или присвоеніе вооруженной рукой движимыхъ вещей, принадлежащихъ непріятелю, при чемъ эта добыча можетъ быть сухопутной и морской; послѣдняя называется призомъ. Вообще же военная добыча, какъ способъ пріобрѣтенія собственности, выходитъ за предѣлы гражданскаго права въ область права международнаго, почему мы и пройдемъ мимо постановленій о ней нашихъ военныхъ уставовъ. Приведемъ лишь въ видѣ образчиковъ противорѣчія этихъ постановленій съ чувствомъ права, котораго нѣтъ и быть не можетъ во время военныхъ дѣйствій, слѣдующіе примѣры: собственность мирныхъ жителей считается неприкосновенной и въ непріятельской землѣ, но съ дозволенія начальства, дозволяется захватъ и частнаго имущества. Военная добыча, говорится въ нашихъ законахъ, можетъ быть пріобрѣтена не только посредствомъ открытой силы, но и хитростью. Напримѣръ, если распространяется ложный слухъ о движеніи войскъ,

который завлекаетъ непріятеля въ засаду, пріобрѣтенная добыча считается все-таки законной. Далѣе, въ противорѣчіи съ этимъ постановленіемъ, утверждается, что добыча, пріобрѣтенная вѣроломствомъ и вообще средствами, не допускаемыми международнымъ правомъ, считается недѣйствительною. Напримѣръ, корабль даетъ ложный сигналъ о предстоящей ему опасности и, по приближеніи непріятельскаго корабля для поданія помощи, беретъ его въ плѣнъ. Этихъ международныхъ постановленій съ насъ довольно, и мы перейдемъ къ другому первообразному способу пріобрѣтенія собственности, замѣтивъ, что изложенные выше виды овладѣванія относятся исключительно къ движимымъ вещамъ и составляютъ, слѣдовательно, особенность, которую необходимо отмѣтить, одной движимой собственности.

2. Второй первообразный способъ пріобрѣтенія собственности есть такъ называемое с о е д и н е н і е в е щ е й, когда одна вещь вступаетъ въ такую тѣсную связь съ другой вещью, что одна изъ нихъ или обѣ теряютъ свое самостоятельное существованіе и присоединяются либо одна къ другой, либо ко вновь образовавшемуся цѣлому. Здѣсь можетъ быть собственно два случая: одна вещь, присоединяющаяся къ другой, или не имѣетъ хозяина, или имѣетъ таковаго. Въ первомъ случаѣ она дѣлается собственностью хозяина второй вещи въ силу юридической необходимости, такъ какъ никто не имѣетъ права требовать ее для

себя: res nullius quae nostrae rei accedit fiat nostra. Во второмъ случаѣ, когда двѣ соединенныя вещи принадлежали до соединенія различнымъ собственникамъ, строгая логика индивидуальныхъ правъ требовала бы, кажется, того, чтобы каждый изъ собственниковъ сохранялъ свое право и могъ требовать отдѣленія своей вещи отъ другой Но такъ какъ это отдѣленіе бываетъ не всегда возможно, или должно сопровождаться поврежденіемъ соединенныхъ вещей, то общій интересъ заставляетъ объективное право постановлять во многихъ случаяхъ такого соединенія собственность одного изъ хозяевъ соединенныхъ вещей съ вознагражденіемъ другого. Изъ сказаннаго слѣдуетъ само собою, что подъ понятіе соединенія вещей подходитъ нѣсколько различныхъ юридическихъ институтовъ, которые раздѣляются обыкновенно на соединенія вещей недвижимыхъ и движимыхъ. I. Относительно соединенія въ недвижимыхъ вещахъ наше законодательство считаетъ всякое ихъ приращеніе, въ которомъ обыкновенно и выражается такое соединеніе, - принадлежностью собственника недвижимой вещи. Выдѣленіе же приращенія недвижимыхъ имѣній въ особый и самостоятельный способъ пріобрѣтенія права собственности имѣетъ значеніе потому, что приращеніе есть простой фактъ, съ которымъ законъ можетъ соединять то или другое послѣдствіе. Если законъ считаетъ приращеніе способомъ пріобрѣтенія

собственности, то собственникъ пріобрѣтаетъ право на вещь, ему вовсе не принадлежащую, только въ силу предписанія закона. Отсюда слѣдуетъ само собою, что вещь, пріобрѣтаемая въ силу приращенія, должна быть чужой, такъ какъ, если бы она была естественнымъ произведеніемъ главной вещи, ея плодомъ, то пріобрѣтеніе послѣдняго совершалось бы не на основаніи правилъ о приращеніи, а на основаніи извѣстной уже намъ статьи 425 X т. I ч., которая говоритъ: "По праву полной собственности на имущество владѣльцу принадлежатъ всѣ плоды, доходы, прибыли, приращенія, выгоды и все то, что трудомъ и искусствомъ его произведено въ томъ имуществѣ". - Приращеніе въ недвижимыхъ имуществахъ можетъ быть двухъ родовъ: или результатомъ стихійныхъ силъ, или результатомъ дѣятельности человѣка. Отсюда различіе между естественнымъ и искусственнымъ приращеніемъ | accessio и adjunctio |.

А. Естественное приращеніе происходитъ обыкновенно отъ дѣйствія воды. Текучая вода, измѣняя часто свое русло, уклоняясь въ своемъ теченіи въ ту или другую сторону, производитъ необходимо измѣненія границъ прилегающихъ къ ней земельныхъ участковъ. Поэтому положительныя законодательства предусматриваютъ нѣкоторыя возможныя измѣненія, производимыя текучей водой, и даютъ правила для разрѣшенія споровъ, могущихъ возникнуть между владѣльцами

прибрежныхъ участковъ. Мы укажемъ на важнѣйшіе случаи такихъ приращеній, предусмотрѣнные нашими законами. Сюда относятся: а| н а п л ы в ъ | alluvio |, образующійся изъ массы земляныхъ частицъ, принесенныхъ водой. Такіе наплывы составляютъ приращеніе для прибрежнаго владѣльца, пріобрѣтающаго по закону право собственности на нихъ. Такъ ст.428 X т. I ч. говоритъ: "если рѣка составляетъ границу между прилегающими къ ней владѣніями, то каждый изъ владѣльцевъ по береговому праву можетъ ею пользоваться отъ своего берега до середины. Если же берегъ такой порубежной рѣки отъ наносимаго неприметно водою песка получитъ приращеніе, то оно дѣлается собственностью владѣльца, коему принадлежитъ сей берегъ. Если рѣка внезапно обратитъ свое теченіе въ иную сторону, то границею должна оставаться прежняя желобина ея, и оною, буде тогда съ нимъ соединились какія-либо выгоды, каждый владѣлецъ продолжаетъ пользоваться отъ своего берега до середины, а по новому сей пограничной рѣки теченію оба ея берега должны принадлежать тому, по чьей землѣ она протекаетъ. Сіи правила относятся единственно къ тѣмъ владѣльцамъ, которые пользуются выгодами рѣки по праву береговому". Изъ того, что наплывъ образуется у берега рѣки, слѣдуетъ само собою, что онъ обращается въ собственность владѣльца только въ

томъ случаѣ, если земля его простирается до самой конечности рѣки и не имѣетъ другой границы, какъ самое теченіе воды, - такъ что если владѣніе, лежащее возлѣ рѣки, отдѣляется отъ послѣдней публичной дорогой или другимъ, непринадлежащимъ владѣльцу пространствомъ, то послѣдній не имѣетъ никакого права и на наплывъ этой рѣки. Второй случай приращенія, производимаго текучей водой, представляетъ в| п о я в л е н і е с у ш и, чрезъ уклоненіе или измѣненіе русла рѣки |alvei mutatio|. Обсохшее русло дѣлается собственностью того лица, къ берегу котораго оно примыкаетъ. Если же рѣка, протекающая между двумя имѣніями, настолько измѣнитъ свое теченіе, что войдетъ обоими берегами въ участокъ одного только изъ бывшихъ прибрежныхъ владѣльцевъ, то оба берега будутъ принадлежать тому, на чьей землѣ она приняла свое новое теченіе |ст. 428|. Но если бывшій прибрежный владѣлецъ, кромѣ общаго берегового права на эту рѣку, какъ на принадлежность своего имѣнія, имѣлъ еще особенныя права на пользованіе рѣкой, какъ то: право рыбной ловли, право перевозовъ и т.п. права, утвержденныя жалованными грамотами и другими документами, то онъ сохраняетъ эти права и въ томъ случаѣ, если рѣка выйдетъ обоими берегами въ дачу другого владѣльца. Его права будутъ, однако, правами на чужую вещь, а не правомъ

собственности, которое переходитъ безвозвратно къ владѣльцу, въ имѣніе котораго вошла рѣка |ст. 464|. Наконецъ с| третій случай настоящаго приращенія представляетъ о б р а з о в а н і е о с т р о в а на порубежной рѣкѣ |*insula in flumine nata*|. Объ этомъ говорится въ ст. 427. "Если рѣка, составляющая сама собою живую и непремѣнную границу дачамъ, образуетъ послѣ государственнаго межеванія островъ, котораго на планахъ обѣихъ прилегающихъ къ сей рѣкѣ дачъ не значится, то островъ такой дѣлится между владѣльцами означенныхъ дачъ вдоль рѣки пополамъ. Но если островъ образуется чрезъ измѣненіе теченія рѣки, когда она раздѣляется на два рукава, и одинъ изъ нихъ отрѣжетъ часть земли прибрежнаго владѣльца, образуя островъ, то отрѣзанный такимъ образомъ участокъ земли остается въ собственности владѣльца той дачи, отъ которой онъ былъ оторванъ" |ст. 420|. Какъ, однако, понимать выраженіе нашего закона, что вновь появившійся островъ дѣлится между владѣльцами попожамъ? По римскому праву собственность прибрежныхъ владѣльцевъ распространялась до средины рѣки, а потому для опредѣленія права на принадлежащія имъ приращенія, проводилась линія посрединѣ рѣки вдоль теченія ея и если эта линія проходила чрезъ образовавшійся островъ, то этимъ самымъ указывалась и граница права каждаго изъ при-

брежныхъ владѣльцевъ. Если островъ образовался, при этомъ, между берегомъ и срединой рѣки, то, понятно, онъ принадлежитъ цѣликомъ владѣльцу ближайшаго берега; если же онъ образовался посрединѣ рѣки, то раздѣленіе его происходило по пропорціи земель, принадлежащихъ тому или другому владѣльцу. Между тѣмъ, по смыслу нашей 427 ст. островъ нужно дѣлить между прибрежными владѣльцами пополамъ, безъ всякаго отношенія къ мѣсту его появленія, такъ что дѣленіе пополамъ должно имѣть мѣсто и въ томъ случаѣ, если островъ образовался возлѣ самаго участка одного изъ владѣльцевъ, не доходя даже до середины рѣки; о раздѣленіи по пропорціи земель здѣсь нѣтъ и рѣчи. Другая несообразность цитированной статьи состоитъ въ томъ, что она предполагаетъ всегда продольное дѣленіе острова, тогда какъ, если островъ приходится нанѣсколькихъ прибрежныхъ владѣльцевъ, то его слѣдуетъ дѣлить не только продольной, но и поперечной линіей. Наконецъ, третій и важнѣйшій недостатокъ какъ настоящей, такъ и всѣхъ предшествующихъ статей, относящихся къ приращеніямъ, состоитъ въ томъ, что онѣ не дѣлаютъ никакого различія между приращеніями, образующимися въ публичныхъ и частныхъ водахъ. Между тѣмъ, различіе тѣхъ и другихъ необходимо, и оно проводится и римскимъ, и французскимъ, и другими законодательствами, приписывающими, напримѣръ, островъ въ

собственность частныхъ владѣльцевъ лишь въ томъ случаѣ, если онъ образуется на частныхъ, несудоходныхъ и несплавныхъ рѣкахъ. Въ случаяхъ же образованія острова въ публичныхъ рѣкахъ онъ достается государству. Отсутствіе этого различія между публичными и частными рѣками составляетъ важный недостатокъ нашихъ законовъ не только относительно приращеній, но и относительно всего воднаго права вообще, въ чемъ мы удостовѣримся ближе при изложеніи института сервитутовъ.

В. Что касается до искусственнаго приращенія, называемаго также присоединеніемъ | adjunctio |, то оно обсуждается по правиламъ, имѣющимъ силу относительно естественныхъ произведеній вещи, ея плодовъ и законныхъ принадлежностей. Совокупности этихъ правилъ сводится къ извѣстному положенію: res accessoria sequitur suam principalem. Наши законы не говорятъ спеціально объ этихъ приращеніяхъ: вопросъ о нихъ сливается у насъ съ вопросомъ о вознагражденіи за неправильное пользованіе или владѣніе чужимъ имуществомъ. Но относительно одного случая этихъ искусственныхъ присоединеній, именно постройки на чужой землѣ | inaedificatio | мы имѣемъ полную возможность судить о взглядѣ на этотъ вопросъ нашего законодательства. Сюда относятся постановленія его о "принадлежностяхъ недви-

жимыхъ имѣній", которыя по ст. ст. 386 и 387 X т. ч. I суть, состоящія на нихъ церковныя и другія строенія, дворы, мельницы, мосты, перевозы, или плотины и гати", " состоящія въ нихъ рѣки, озера, пруды, болота, дороги, источники и другія мѣста, симъ подобныя; всѣ произведенія, на поверхности земли обрѣтающіяся, и всѣ сокровенные въ нѣдрахъ ея минералы, металлы и другія ископаемыя". Такъ какъ принадлежностью земли слѣдуетъ считать, въ силу приведенныхъ статей, и всякія строенія, на ней воздвигнутыя, то въ случаѣ, если хозяинъ земли сдѣлаетъ постройку изъ чужого матеріала, то онъ обязанъ вознаградить собственника матеріала, а постройка останется его собственностью: superficies solo cedit Если же постройка будетъ воздвигнута на чужой землѣ хозяиномъ матеріала, то ему предоставляется при извѣстныхъ условіяхъ снести строеніе |ius tollendi|, или потребовать вознагражденія |идеальное ius tollendi| |ст. ст. 622, 628 X т. I ч.|. Эти же правила должны примѣняться и къ другимъ видамъ искусственнаго присоединенія, о которыхъ наши законы не говорятъ, какъ то: къ посадкѣ растеній |plantatio| и къ посѣву |satio|.

2. Переходя къ соединенію д в и ж и м ы х ъ в е щ е й, мы должны вспомнить, что римское право различало двѣ категоріи случаевъ: А, соединеніе вещей, оставляющее возможность различать соединенныя

вещи; В, соединеніе, не оставляющее этой возможности.

А. Къ случаямъ перваго рода относятся: а, соединеніе вещей, изъ которыхъ каждая можетъ существовать самостоятельно, напримѣръ, соединеніе золотого кольца съ драгоцѣннымъ камнемъ. Спрашивается: кому принадлежитъ такая составная вещь - хозяину камня или золотого кольца? Здѣсь не поможетъ правило: *res accessoria sequitur suam principalem*, потому что не всегда возможно опредѣлить, какую изъ составныхъ частей вещи слѣдуетъ считать главной и какую придаточной. Одни считаютъ главной ту вещь, къ которой присоединяется другая, какъ бы, для украшенія; но другіе, какъ напримѣръ, Прусское законодательство, признаютъ главной вещью ту, которая представляется болѣе цѣнной. Правильнѣе всего было бы оставаться на римской точкѣ врѣнія и считать такую сложную вещь въ общей собственности хозяевъ составляющихъ ее элементовъ, по соразмѣрной стоимости послѣднихъ. При затрудненіяхъ въ оцѣнкѣ составныхъ частей, рѣшеніе спорнаго вопроса должно зависѣть отъ заключенія экспертовъ. б| Другой видъ соедине-

---

нія движимыхъ вещей, когда одна изъ нихъ существуетъ самостоятельно, а другая - нѣтъ, представляетъ, такъ называемая с п е ц и ф и к а ц і я, то есть, обработка чужой вещи въ новую вещь. Я не буду говорить объ этомъ соединеніи, потому что оно должно быть вамъ извѣстно изъ римскаго права такъ же, какъ и взгляды на спецификацію юристовъ Прокульянской и Сабиньянской школъ и примиреніе тѣхъ и другихъ въ законодательствѣ Юстиніана, рѣшенія котораго приняты съ небольшими видоизмѣненіями почти всѣми новыми законодательствами. Различіе по этому вопросу между новыми законодательствами и римскимъ состоитъ, главнымъ образомъ, въ томъ, что во первыхъ, принципъ спецификаціи и пріобрѣтенія собственности специфіентомъ проводится съ большей послѣдовательностью и настойчивостью, нежели въ римскомъ правѣ. Такъ, напримѣръ, это послѣднее не допускало пріобрѣтенія собственности въ тѣхъ случаяхъ, когда чужой матеріалъ могъ быть возвращенъ въ свое первоначальное состояніе; а Прусское *Landrecht* не придаетъ этому обстоятельству никакого значенія и устанавливаетъ собственность за специфіентомъ во всѣхъ случаяхъ переработки чужого матеріала или соединенія двухъ объектовъ, принадлежащихъ разнымъ собственникамъ, въ новую вещь, какъ, напримѣръ, въ случаяхъ разныхъ издѣлій изъ чужого металла, возста-

новленія разрушенной картины, превращенія пшеницы въ муку, постройки корабля изъ чужого матеріала и т.д. Но условіемъ пріобрѣтенія собственности новыя законодательства такъ же, какъ и римское, считаютъ во всѣхъ случаяхъ спецификаціи bona fides, или добросовѣстность пріобрѣтателя, и полное вознагражденіе хозяина матеріала по высшей цѣнѣ этого послѣдняго. При недобросовѣстности специфіента, хозяинъ матеріала дѣлается, напротивъ, собственникомъ новой вещи и обязанъ вознаградить перваго только по низшей оцѣнкѣ его работъ, при чемъ это вознагражденіе, имѣющее свое основаніе въ правонарушеніи, подвергается часто и конфискаціи. Хозяинъ матеріала можетъ также предоставить недобросовѣстному спецификанту собственность на произведенную имъ вещь, сохранивъ за собою право на требованіе высшей цѣны своихъ матеріаловъ и возмѣщенія всѣхъ убытковъ.

В. Къ случаямъ соединенія вещей второй категоріи, когда онѣ вполнѣ теряютъ свои особенности, такъ что невозможно распознать соединившіеся элементы двухъ или нѣсколькихъ вещей, - къ этимъ случаямъ относятся, такъ называемое а) с м ѣ ш е н і е (commixtio) и б) с л и т і е (confusio). Въ первомъ случаѣ соединяются твердые предметы, во второмъ - жидкіе. Видоизмѣненія такого рода вели въ римскомъ правѣ къ общей собственности хозяевъ.

соединенныхъ элементовъ, по соразмѣрной стоимости послѣднихъ; при затрудненіяхъ въ оцѣнкѣ составныхъ частей рѣшеніе спорнаго вопроса зависѣло отъ заключенія экспертовъ. Новыя законодательства стоятъ отчасти на этой точкѣ зрѣнія, а отчасти примѣняютъ сюда положеніе о спецификаціи. Что касается нашихъ гражданскихъ законовъ, то они не предусматриваютъ и не говорятъ ни объ одномъ изъ приведенныхъ случаевъ соединенія движимыхъ вещей. Поэтому, къ нимъ должны примѣняться общія положенія, выводимыя изъ всего ученія о правѣ собственности, и тѣ положенія нашего законодательства, которыя трактуютъ спеціально о поврежденіи чужой вещи и о вознагражденіи ея хозяина. Вообще же нужно сказать, что случаи соединенія движимыхъ вещей имѣютъ въ настоящее время мало практическаго значенія, вслѣдствіе примѣненія къ движимостямъ правила, выраженнаго въ нашей 534 статьѣ, въ силу котораго собственникомъ движимой вещи считается ея владѣлецъ, доколѣ противное не будетъ доказано. Слѣдовательно, о спецификаціи, *commixtio*, и другихъ случаяхъ соединенія движимостей, какъ способахъ пріобрѣтенія, можетъ идти только тогда рѣчь, когда въ связи съ этими вопросами будетъ опровергнута и превумпція ст.534.Это совпаденіе возможно рѣдко, а потому соединеніе движимостей, какъ способъ пріобрѣтенія собственности, не имѣетъ въ нашемъ правѣ практической важности. - Между ос-

тальными первообразными способами пріобрѣтенія собственности, по которымъ пріобрѣтеніе происходитъ независимо отъ воли прежняго собственника, мы отмѣтимъ въ нѣсколькихъ словахъ еще слѣдующіе виды: 3| пріобрѣтеніе собственности посредствомъ понудительнаго аукціона, производимаго правительственной властью. Этотъ способъ пріобрѣтенія имѣетъ особенное примѣненіе къ недвижимымъ имуществамъ и носитъ по отношенію къ нимъ спеціальное названіе с у б г а с т а ц і и | Subhastation |. Это названіе происходитъ отъ слова hasta, копье, которое было въ Римѣ символомъ власти и водружалось на площади, гдѣ совершались предъ лицомъ магистрата принудительныя отчужденія всякаго рода, какъ недвижимаго, такъ и движимаго имущества. Но въ настоящее время субгастаціей называется принудительное отчужденіе однѣхъ недвижимостей, въ отличіе отъ аукціона, имѣющаго своимъ предметомъ движимости. Существенный признакъ этого способа пріобрѣтенія собственности и главное отличіе его отъ пріобрѣтенія по добровольному отчужденію собственности состоитъ въ томъ, что пріобрѣтеніе совершается здѣсь съ послѣднимъ ударомъ молотка въ силу судебнаго рѣшенія и вполнѣ независимо отъ воли прежняго собственника. Отсюда слѣдующія консеквенціи, рѣзко отличающія настоящій способъ пріобрѣтенія отъ случаевъ договорнаго соглашенія: а| пріобрѣтеніе собственности имѣетъ мѣсто даже въ

томъ случаѣ, если отчуждаемая земля и не состоитъ въ собственности должника; в| ни прежній собственникъ, ни кредиторы, по требованію которыхъ предпринимается отчужденіе, не отвѣчаютъ тутъ за пороки отчуждаемой вещи, равно какъ не обязаны "очисткой" |*evictio*|; с| кредиторы получаютъ не продажную сумму, а удовлетвореніе по своимъ правамъ требованія, которыя могутъ быть ниже суммы, уплаченной новымъ пріобрѣтателемъ, и въ этомъ случаѣ излишекъ идетъ не въ ихъ пользу, но въ пользу прежняго собственника; наконецъ, д| пріобрѣтеніе собственности происходитъ здѣсь независимо какъ отъ традиціи отчуждаемой земли, такъ и отъ внесенія пріобрѣтенія въ гипотечныя книги. Эти положенія, представляющія собою полную противоположность тому, что имѣетъ мѣсто при добровольныхъ отчужденіяхъ, объясняются характеромъ принудительнаго отчужденія. Оно осуществляется не въ силу какого-либо договора между пріобрѣтателемъ и должникомъ, имущество котораго подвергается отчужденію, и не въ силу предполагаемаго между ними соглашенія, выражаемаго дѣйствіями судьи. Точно также ни должникъ, ни его кредиторы не совершаютъ здѣсь продажи, и судья не выполняетъ, въ качествѣ ихъ представителя, предполагаемаго соглашенія между этими лицами, но прямо устанавливаетъ отчужденіе, не въ качествѣ контрагента, а въ качест-

вѣ представителя государственной власти, провозглашающаго на основаніи предоставленной ему власти то, что собственникомъ даннаго участка земли будетъ лицо, имѣющее предложить за него наивысшую цѣну и согласное, вмѣстѣ съ тѣмъ, выполнить возложенныя на него закономъ обязанности. 4| Параллельными съ описаннымъ сейчасъ способомъ пріобрѣтенія собственности являются случаи такъ называемой адъюдикаціи, или судебнаго присужденія собственности въ раздѣлительномъ процессѣ между соучастниками общей собственности |actiones divisoriae|; также – случаи пріобрѣтенія собственности на основаніи права выкупа, пріобрѣтеніе собственности при ликвидаціи общиннаго строя и пріобрѣтеніе собственности при актахъ экспропріаціи, съ которыми мы познакомимся ближе въ ученіи о прекращеніи собственности. 5| Наконецъ, послѣдній и важнѣйшій изъ всѣхъ первообразныхъ способовъ пріобрѣтенія собственности составляетъ д а в н о с т ь в л а д ѣ н і я, которая есть, въ то же время, и способъ доказательства права собственности, и особый вспомогательный институтъ вещнаго права, о которомъ мы уже сказали нѣсколько словъ при классификаціи вещныхъ правъ. Въ виду же изложенныхъ тамъ соображеній, мы отсрочимъ изложеніе института давности до окончанія системы вещныхъ правъ и перейдемъ теперь къ производнымъ способамъ пріобрѣтенія

собственности.

6) ПРОИЗВОДНЫЕ СПОСОБЫ ПРІОБРѢТЕНІЯ СОБСТВЕННОСТИ.

Они, какъ было уже замѣчено, самые распространенные въ настоящее время и самые важные способы пріобрѣтенія собственности. Сущность ихъ состоитъ въ передачѣ уже существующаго права собственности отъ одного лица къ другому; поэтому, передача, или традиція, есть, вмѣстѣ съ тѣмъ, общее названіе для всѣхъ производныхъ способовъ пріобрѣтенія собственности, хотя форма и значеніе этой традиціи бываютъ въ различныхъ случаяхъ, какъ мы увидимъ, совершенно различны. Традиція есть собственно особый формально-вещный договоръ, совершенно отличный отъ сдѣлки, которую заключаютъ между собою передатчикъ и пріобрѣтатель данной собственности, и которая служитъ только мотивомъ или, правильнѣе, основаніемъ (causa traditionis) для послѣдующей традиціи. Эта сдѣлка, мотивирующая традицію, могла бы, и сама по себѣ, безъ всякой послѣдующей передачи вещи, переносить собственность на нее отъ одного лица на другое. Такое положеніе дѣла мы встрѣчаемъ дѣйствительно во многихъ законодательствахъ, изъ числа которыхъ я укажу здѣсь только на французское и на наше право. Но неудобства, соединенныя съ переходомъ соб-

ственности, на основаніи одного безформеннаго соглашенія о такомъ переходѣ, настолько значительны, - мы укажемъ на эти неудобства нѣсколько ниже, - что какъ римское, такъ и большинство Европейскихъ законодательствъ стремилось съ самыхъ древнихъ временъ связать актъ перенесенія собственности съ особыми формами, которыя дѣлали возможнымъ распознаніе его для третьихъ лицъ, заинтересованныхъ въ этомъ перенесеніи собственности. Такими формальными актами въ древне-римскомъ правѣ были: *mancipatio* для *res mancipii* и *in jure cessio*; на смѣну имъ въ классическомъ правѣ выступила *traditio* получившая обширное примѣненіе и въ правѣ Европейскихъ народовъ, на ряду съ другими, выработанными ими самими формальными актами, о которыхъ мы скажемъ въ свое время. Но прежде чѣмъ идти дальше, намъ нужно разъяснить общій характеръ и особенности традиціи, какъ такого способа пріобрѣтенія собственности, котораго юридическая природа составляетъ до сихъ поръ предметъ оживленныхъ и далеко еще не рѣшенныхъ споровъ между юристами. Это разъясненіе представляется нужнымъ, особенно, въ виду того, что въ русскихъ учебникахъ гражданскаго права, какъ напримѣръ, у Мейера, Побѣдоносцева, излагается, въ качествѣ единственно правильнаго, такой взглядъ на традицію, который уже давно признанъ не выдерживаю-

щимъ критики и брошенъ совсѣмъ Европейскою юриспруденціею еще въ концѣ прошлаго столѣтія, со времени трудовъ Тибо и Гуго. Этотъ взглядъ старой школы, котораго наши юристы держатся, вѣроятно, только по незнакомству съ движеніями Европейской юриспруденціи, состоитъ въ томъ, что отъ всѣхъ способовъ пріобрѣтенія правъ вещныхъ и права собственности, въ особенности требуется непремѣнно 2 условія: 1, *titulus acquirendi*, т.е. юридическое основаніе пріобрѣтенія, и 2, такъ назыв. *modus acquirendi* т.е. способъ пріобрѣтенія, какъ осуществленіе заключенной въ титулѣ возможности пріобрѣтенія.

Точку отправленія этой теоріи составляетъ, какъ будто, римское ученіе о собственности, но въ дѣйствительности этой точкой отправленія служитъ неправильное толкованіе одного изъ извѣстныхъ мѣстъ въ дигестахъ [*l.* 31, *D.* 41, 1], на основаніи котораго одновременное требованіе титула и *modus*'а для пріобрѣтенія собственности приписывается римскому праву, а отъ него переносится и на современное право. Смыслъ, который соединялся съ этимъ требованіемъ, былъ сначала такой: для пріобрѣтенія собственности считалось необходимымъ имѣть какое-нибудь право требованія на вещь, основанное на дареніи, куплѣ-продажѣ, завѣщаніи или иномъ титулѣ, и затѣмъ - самое владѣніе вещью, достигнутое въ силу

одного или нѣсколькихъ изъ тѣхъ титуловъ. Но это двойное требованіе титула и владѣнія, не примѣняющееся, какъ мы увидимъ, даже къ пріобрѣтенію собственности чрезъ традицію, было совершенно безпочвенно по отношенію къ другимъ способамъ пріобрѣтенія собственности, какъ напримѣръ, къ овладѣнію, къ соединенію вещей и проч., гдѣ о правѣ требованія лица на вещь, подвергающуюся оккупаціи или соединенію, не можетъ быть никакой рѣчи. Поэтому, понятіе титула было измѣнено впослѣдствіи, въ томъ смыслѣ, что тамъ, гдѣ нельзя было говорить о правѣ требованія или о какой бы то ни было сдѣлкѣ, предшествующей пріобрѣтенію собственности, подъ титуломъ стали разумѣть просто юридическую норму, дозволяющую то или другое пріобрѣтеніе, или судебное рѣшеніе, его утверждающее, или даже фактическое отношеніе, долженствующее предшествовать этому пріобрѣтенію, какъ напримѣръ, безхозяйность вещи, открытіе наслѣдства и проч.; въ случаяхъ же традиціи за титуломъ было сохранено первоначальное значеніе спеціальнаго права требованія на вещь, подлежащую пріобрѣтенію. Противъ примѣненія понятія титула въ означенномъ сейчасъ смыслѣ, когда подъ нимъ разумѣется только законъ, судебное рѣшеніе или данное фактическое состояніе, нельзя возразить ничего, кромѣ того, что подобное различіе между закономъ и тѣмъ,

что не дозволено закономъ, или между данным фактическимъ состояніемъ и тѣмъ, которое отсутствуетъ, допустимо всюду и не представляетъ ровно никакого юридическаго интереса; создавать изъ этого различія особую юридическую категорію, подъ названіемъ титула, нѣтъ ни малѣйшей надобности. Кромѣ того, законъ составляетъ само собою подразумѣваемое условіе всякаго измѣненія въ правѣ, а судебное рѣшеніе, по общему правилу, только констатируетъ это измѣненіе, не будучи само по себѣ титуломъ ни для какого права. Слѣдовательно, причислять законъ или судебное рѣшеніе или то или другое фактическое состояніе къ числу титуловъ, по меньшей мѣрѣ, безполезно. Но разъ подъ титуломъ понимается данная юридическая норма или данный фактъ, то нельзя придавать титулу еще другой смыслъ и подразумѣвать подъ нимъ въ то же время, и договоры, и завѣщанія и другіе конкретные источники различныхъ юридическихъ отношеній. Соединеніе съ понятіемъ титула такого двойного смысла противорѣчитъ и требованіямъ логики, и строгости юридической терминологіи, и ведетъ еще къ тѣмъ большимъ затрудненіямъ, что договоры, завѣщанія и проч. не смѣшиваются никогда съ закономъ и не играютъ вовсе и при традиціи роли тѣхъ необходимыхъ для пріобрѣтенія собственности моментовъ, какими предоставляла ихъ себѣ господствующая прежде теорія. Все

дѣло заключается здѣсь въ томъ, что завѣщанія, договоры и другіе факты, рождающіе конкретныя юридическія отношенія, составляютъ необходимый элементъ традиціи только въ психологическомъ, но вовсе не въ юридическомъ отношеніи. Это значитъ, что никто не пріобрѣтаетъ собственности по передачѣ, не руководствуясь какимъ-нибудь основаніемъ для этого пріобрѣтенія, заключающимся въ договорѣ, наслѣдствѣ или въ другомъ правопорождающемъ моментѣ. Но за этими внутренними и необходимыми въ психологическомъ смыслѣ основаніями пріобрѣтенія не можетъ быть при традиціи признано юридическаго значенія именно потому, что ихъ не принимаютъ въ разсчетъ при обсужденіи вопроса о пріобрѣтеніи собственности. Этотъ вопросъ рѣшается на основаніи одного факта традиціи независимо отъ всѣхъ внутреннихъ его основаній, которыя составляютъ то, что называется обыкновенно *causa traditionis*, или каузальнымъ моментомъ традиціи, имѣющимъ важное значеніе для личныхъ отношеній договаривающихся сторонъ между собою, но не для пріобрѣтенія собственности въ отношеніи къ третьимъ лицамъ и ко всему внѣшнему міру. Это пріобрѣтеніе юридически совершается независимо отъ каузальнаго момента, такъ какъ традиція есть формальный или абстрактный договоръ, котораго сущность состоитъ именно въ отвлеченіи отъ каузальнаго момента и въ дѣй-

ствіи, совершенно независимомъ отъ послѣдняго. Что такова именно юридическая природа традиціи и что таковой она была еще въ римскомъ правѣ, доказательствомъ этого служатъ слѣдующія соображенія:

I. Извѣстно, что по римскому праву лицо, платящее indebitum, то есть то, что оно по заблужденію принимаетъ за свой долгъ, - переносить на другую сторону, принимающую такое indebitum право собственности на послѣднее, не смотря на то, что платежъ производится тутъ не iusta causa а по заблужденію. Что здѣсь переносится именно право собственности, это видно изъ того, что тотъ, кто платитъ indebitum, не можетъ вацскать уплаченное имъ посредствомъ виндикаціоннаго иска, который непремѣнно имѣлъ бы мѣсто, если бы плательщикъ не лишился уже своего права собственности. Онъ ищетъ то, что имъ было уплачено недолжнымъ образомъ, черезъ condictio indebiti, которая прямо противоположна виндикаціи и предполагаетъ право собственности въ лицѣ не истца, а отвѣтчика, и, слѣдовательно, предполагаетъ переходъ собственности отъ перваго ко второму уже совершившимся.

2. Безразличность титула, въ смыслѣ каузальнаго момента, при переходѣ собственности черезъ традицію обнаруживается, далѣе, на бевчисленныхъ актахъ, въ которыхъ собственность переходитъ отъ од-

ного лица къ другому въ самый моментъ передачи вещи, безъ того, чтобы ей предшествовало какое бы то ни было соглашеніе. Сюда относятся, напримѣръ, милостыня, которую мы подаемъ нищему, и другіе ручные подарки (Handgeschenke), деньги, которыя мы отдаемъ взаймы, не заключая pactum de mutuo dando и т.д. Говорить, что титулъ въ этихъ случаяхъ сливается съ modus'омъ, или что титулъ заключается здѣсь въ обязательственномъ договорѣ, который не получаетъ самостоятельнаго существованія вслѣдствіе немедленнаго исполненія или исчезаетъ въ самый моментъ своего рожденія, - говорить подобными обиняками, значитъ не объяснять, а с к р ы в а т ь безполезными фикціями то, что составляетъ совершившійся фактъ, а именно: переходъ собственности, признанный правомъ совершившимся, безъ всякаго вниманія къ его каузальному моменту.

3. Наконецъ, третье и важнѣйшее соображеніе въ пользу отвлеченія традиціи отъ ея каузальнаго момента, соображеніе, объясняющее, вмѣстѣ съ тѣмъ, и констатированныя выше явленія перехода собственности и весь внутренній смыслъ, все глубокое значеніе подобнаго отвлеченія отъ causa, - это соображеніе заключается въ облегченіи доказательства собственности, въ облегченіи, которое, какъ мы сейчасъ это увидимъ, совершенно необходимо для института

собственности. Еслибы при каждомъ переходѣ собственности требовалось означеніе его каузальнаго момента, то доказательство собственности, пріобрѣтенной производнымъ способомъ, т.е. путемъ преемства, предполагало бы всякій разъ, во I-хъ, доказательство собственности предшественника по пріобрѣтенію, и во 2-хъ, доказательство преемства |сингулярнаго или универсальнаго|. Первое изъ этихъ доказательствъ было бы представлено только въ томъ случаѣ, если бы настоящему собственнику удалось доказать возникновеніе его собственности въ лицѣ одного изъ своихъ предшественниковъ первообразнымъ способомъ пріобрѣтенія. Второе же доказательство не ограничивалось бы даже доказательствомъ традиціи при всѣхъ предшествовавшихъ переходахъ собственности, такъ какъ традиція, какъ таковая, переноситъ только владѣніе. Нужно было бы доказывать еще, что она была предпринята съ цѣлію переноса собственности, и доказывать сдѣлку, обнаруживающую таковую цѣль традиціи. Если бы эта сдѣлка была купля-продажа, то покупщикъ долженъ былъ бы доказывать еще уплату продажной цѣны, такъ какъ платежъ по этой сдѣлкѣ служитъ часто предположеніемъ перехода собственности. Всякое основаніе недѣйствительности одной изъ сдѣлокъ, по которымъ совершился переходъ собственности, напримѣръ, заблужденіе, принужденіе и проч., отражалось бы, по крайней мѣрѣ, до истеченія срока давности -

на послѣднемъ собственникѣ и лишало бы его защиты. Понятно, что при такомъ порядкѣ доказательствъ права собственности, составляющемъ, однако, логическое послѣдствіе признанія зависимости перехода его отъ матеріальнаго содержанія сдѣлки, въ силу которой онъ совершается, понятно, что защита собственности при этихъ обстоятельствахъ была бы призрачна и вовсе не достигла бы своей цѣли. Переходомъ же собственности въ силу абстрактныхъ или формальныхъ сдѣлокъ, - каковыми въ Римѣ были *mancipatio, in iure cessio, traditio*, а у насъ - запись въ гипотечныя книги, нѣкоторыя отвлеченныя формы традиціи, о которыхъ рѣчь будетъ ниже, и проч. - устраняются всѣ указанныя неудобства и достигаются слѣдующія выгоды. Во I-хъ, облегчается доказательство иска о собственности; собственникъ или истецъ освобождается отъ труда изслѣдовать сдѣлки, по которымъ вещь переходила изъ рукъ въ руки, а отвѣтчикъ не можетъ пользоваться возраженіями, которыя онъ былъ бы въ состояніи извлечь изъ недѣйствительности тѣхъ сдѣлокъ. Другими словами - каузальный моментъ перехода собственности выдѣляется изъ спора по *rei vindicatio* и не даетъ матеріала ни для доказательства этого перехо-

---

пространенный впослѣдствіи отъ чисто формальныхъ актовъ древняго права на традицію и на передачу не только собственности, но и другихъ правъ, - механизмъ, которому римляне были обязаны твердостью и обезпеченностью всей системы своихъ правъ. Такимъ образомъ, значеніе каузальнаго момента при традиціи состоитъ въ томъ, что онъ регулируетъ личныя отношенія заинтересованныхъ сторонъ между собою, независимо отъ вопроса о переходѣ собственности, насколько этотъ послѣдній вопросъ затрогиваетъ интересы третьихъ лицъ. Другая важная сторона каузальнаго момента по отношенію къ вопросу о переходѣ собственности черезъ традицію, заключается въ томъ, что онъ служитъ положительному праву матеріаломъ для установленія нѣсколькихъ типическихъ формъ сдѣлокъ, съ которыми оно соединяетъ постоянно и независимо отъ ихъ содержанія въ каждомъ конкретномъ случаѣ - переходъ собственности отъ одного лица къ другому. Необходимость же установленія по отношенію къ традиціи такихъ типовъ сдѣлокъ обусловливается тѣмъ, что традиція, какъ внѣшній актъ передачи владѣнія, можетъ имѣть три совершенно различныхъ дѣйствія: а| передачу одного держанія, detentio, вещи, какъ это бываетъ, напримѣръ, при наймѣ, арендѣ и проч.; в| передачу владѣнія безъ собственности, какъ, напримѣръ, при залогѣ, отчужденіяхъ, совершаемыхъ несобственникомъ и проч.; наконецъ, с|

передачу владѣнія вмѣстѣ съ собственностью. Такимъ образомъ, въ отличіе отъ *mancipatio, in iure cessio, usucapio, accessio* и друг. способами пріобрѣтенія, которые были исключительно способы пріобрѣтенія права собственности, - традиція, сама по себѣ, не давала еще возможности судить о пріобрѣтеніи именно собственности, а не какого-нибудь другого права. Она оставляла вопросъ о правѣ собственности открытымъ именно потому, что *prima facie* нельзя было сказать какое она переноситъ право: детенцію, владѣніе или собственность. Самымъ простымъ способомъ разрѣшить этотъ вопросъ было бы, какъ кажется съ перваго взгляда, изслѣдовать содержаніе сдѣлки, въ силу которой совершалась традиція въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ; но мы уже видѣли, какъ вредно отражалось бы подобное изслѣдованіе на защитѣ собственности и интересахъ гражданскаго оборота. Вотъ для избѣжанія этого изслѣдованія положительное право и связываетъ обыкновенно съ нѣкоторыми сдѣлками, имѣющими цѣлью предоставить лицу продолжительное обладаніе вещью, каковы, напримѣръ, дареніе, купля-продажа и проч., - оно связываетъ обыкновенно съ этими сдѣлками, независимо отъ ихъ содержанія въ каждомъ конкретномъ случаѣ, цѣль перенесенія собственности, тогда какъ другимъ сдѣлкамъ, имѣющимъ въ виду лишь временное предоставленіе пользованія, какъ напримѣръ, найму, ссудѣ и пр

оно не приписываетъ этой цѣли. Въ этомъ различіи типовъ сдѣлокъ и лежитъ разгадка цитированнаго выше мѣста римскихъ источниковъ |L. 31 D. 41, 1|, гдѣ говорится: *nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, ut venditio aut aliqua iusta causa precesserit, propter quam traditio sequitur.* — Causa можетъ сама по себѣ опорочивать сдѣлку, дѣлать ее недѣйствительной и все-таки быть *iusta causa traditionis*, т.е. оставаться безъ вліянія на послѣдующіе переходы собственности, если только эта causa облеклась въ сдѣлку, съ которой положительное право связываетъ идею перенесенія собственности. Я получаю, напримѣръ, деньги и думаю, что традентъ уплачиваетъ мнѣ свой долгъ, тогда какъ на самомъ дѣлѣ онъ дѣлаетъ мнѣ подарокъ. Будетъ ли такая передача дѣйствительнымъ дареніемъ? Нѣтъ, потому что дареніе предполагаетъ обоюдное согласіе, котораго одаренный въ данномъ случаѣ вовсе не выражалъ. Будетъ ли это платежомъ долга? Тоже нѣтъ, потому что традентъ имѣлъ здѣсь въ виду не платежъ по несуществующему долгу, а простой подарокъ. Слѣдовательно, отсутствіе взаимнаго соглашенія, необходимаго для всякой обязательственной сдѣлки, дѣлаетъ совершающуюся въ данномъ случаѣ сдѣлку недѣйствительной. Между тѣмъ, съ точки зрѣнія третьихъ лицъ, переходъ собственности здѣсь дѣйствительно совершается, такъ

какъ происходитъ традиція, сопровождаемая своей *iusta causa*, т.е. всѣмъ тѣмъ, въ чемъ выражается намѣреніе перенести собственность, съ одной стороны |*animus transferendi*| и намѣреніе пріобрѣсти ее, съ другой |*animus recipiendi*|. Такимъ образомъ, дѣйствительность договорной *causa* вовсе не условливаетъ собою для третьихъ лицъ пріобрѣтенія собственности, такъ какъ договоръ, самъ по себѣ, по своему типическому содержанію и независимо отъ своей дѣйствительности или недѣйствительности, служитъ здѣсь сигнатурой того, что стороны имѣютъ намѣреніе передать и пріобрѣсти именно собственность, а не какое-либо другое право. При этомъ, типичность сдѣлки не лишаетъ ни одну изъ сторонъ права оспаривать ея дѣйствительность, вслѣдствіе тѣхъ или другихъ пороковъ въ ея субъективныхъ предположеніяхъ; но объективное существованіе сдѣлки, заключающей въ своемъ типическомъ содержаніи цѣль перенесенія собственности, не допускаетъ нарушенія совершившагося уже перехода права собственности для третьихъ пріобрѣтателей этого права. Этимъ удержаніемъ въ силѣ совершившагося перехода права собственности, не смотря на всѣ его возможныя субъективныя неправильности, гарантируются отношенія третьихъ лицъ къ совершенной сдѣлкѣ и ея предмету, и этимъ же придается гражданскому обороту тотъ устой-

чивый и обезпеченный характеръ, безъ котораго онъ не могъ бы существовать. Итакъ, мы видимъ, что, не смотря на всю важность каузальнаго момента для традиціи, онъ исключается въ интересахъ гражданскаго оборота изъ ея состава, какъ разъ въ вопросѣ о пріобрѣтеніи собственности, тогда какъ осуществленіе его остается возможнымъ въ формѣ параллельнаго иска по обязательственному отношенію, существующему между одними лишь первоначальными участниками этого отношенія.

Но что же такое самая традиція? Въ виду неясности обыденныхъ представленій о ней, мы непремѣнно должны задаться этимъ вопросомъ и отвѣтить на него съ возможной опредѣленностью.

Традиція есть, во 1-хъ, несомнѣнный договоръ, такъ какъ мы имѣемъ при ея совершеніи два лица: передатчика и пріобрѣтателя одной и той же вещи, приходящихъ ко взаимному соглашенію о передачѣ собственности на нее отъ перваго ко второму; во 2-хъ, будучи договоромъ вообще, традиція есть въ частности договоръ формальный или абстрактный, такъ какъ она отвлечена отъ своего каузальнаго момента и должна поэтому обсуждаться по правиламъ, которыя дѣйствуютъ относительно абстрактныхъ, а не матеріальныхъ договоровъ. Различіе этихъ правилъ будетъ объяснено въ теоріи обязательственнаго права. Въ 3-хъ, буду-

чи формальнымъ договоромъ, традиція есть, въ то же время, вещный, а не обязательственный договоръ, такъ какъ она даетъ лицу, въ пользу котораго совершается, не какое-нибудь право требованія на вещь, а непосредственное вещное право на нее, защищаемое не личными или обязательственными, а вещными или абсолютными исками, дѣйствующими противъ всѣхъ и каждаго. Эта особенность традиціи чрезвычайно важна и, хотя она элементарна, но, быть можетъ, не лишнее пояснить ее примѣромъ. Предположимъ, что два лица заключаютъ между собою договоръ купли-продажи. До совершенія традиціи, если только традиція требуется для пріобрѣтенія собственности, этотъ договоръ будетъ обязательственный, и если продавецъ не исполнитъ его, то покупщикъ можетъ искать съ него одни убытки; взять же самую вещь отъ продавца или отъ сторонникъ лицъ, которымъ послѣдній передастъ ее, покупщикъ не въ правѣ, такъ какъ онъ не пріобрѣлъ еще вещнаго права. Поэтому, кредиторы продавца могутъ свободно осуществлять свои права даже на подаренномъ и проданномъ имуществѣ должника, если только оно еще не традировано. Равъ же совершена традиція, покупщикъ получаетъ право на самую вещь и можетъ искать ее не только отъ продавца, но и отъ всѣхъ третьихъ лицъ. Отсюда вытекаетъ, между прочимъ, и слѣдующее послѣдствіе: въ случаѣ совершенія нѣсколькихъ продажъ од-

ной и той же вещи, преимущество отдается той продажѣ, которая сопровождалась традиціей, если бы по времени она была совершена даже послѣ другой продажи. Таково дѣйствіе традиціи, какъ вещнаго договора.

Наконецъ, въ 4-хъ, что касается формы традиціи, то въ Римѣ она заключалась, какъ Вамъ извѣстно, въ передачѣ владѣнія вещью, съ цѣлью установленія на нее права собственности. Но къ такой чисто физической передачѣ вещи Римляне приравнивали въ нѣкоторыхъ случаяхъ и такъ называемую символическую традицію, и традицію на основаніи простого объявленія воли тредента о томъ, что онъ передаетъ владѣніе въ видѣ собственности другому лицу. Въ этихъ случаяхъ мы имѣемъ дѣло уже съ такъ называемой "ненастоящей традиціей" |uneigentliche tradition|, примѣнявшейся, главнымъ образомъ, къ передачѣ недвижимой собственности и состоявшей, во I-хъ, въ томъ, что тредентъ совершалъ какое-нибудь физическое дѣйствіе, которое было только знакомъ, долженствующимъ представить или замѣнить собою актъ передачи самой вещи |символическая традиція|. Этотъ знакъ могъ быть произвольнымъ, если имъ ясно выражалось намѣреніе тредента передать владѣніе и намѣреніе пріобрѣтателя получить его, и если тредентъ ставилъ при этомъ пріобрѣтателя въ возможность вступить не-

посредственно въ обладаніе пріобрѣтенной имъ вещью. Такимъ образомъ, обстоятельства, сопровождавшія символическую традицію, должны были быть таковы, чтобы вещь вступала фактически въ сферу господства пріобрѣтателя, благодаря чему символическая традиція дѣлалась въ сущности тѣмъ же, чѣмъ была и фактическая традиція. Примѣръ такой традиціи представляетъ передача ключей отъ помѣщенія, въ которомъ хранятся проданныя вещи и т. п. Во 2-хъ "ненастоящая традиція" совершалась черезъ простое объявленіе воли тредента, куда Римляне причисляли, какъ извѣстно, такъ назыв. traditio brevi manu, когда юридическій владѣлецъ вещи или собственникъ предоставлялъ владѣніе ею лицу, которое до того имѣло ее только въ своемъ фактическомъ держаніи, и такъ назыв. constitutum possessorium, когда юридическій владѣлецъ вещи выражалъ волю владѣть находящейся въ его владѣніи вещью впередъ для того, кому онъ отчуждалъ ее. Допущеніемъ такой традиціи, совершавшейся на основаніи простого объявленія воли тредента и безъ всякаго измѣненія во внѣшнемъ состояніи вещи, римское право значительно ослабило принципъ традиціи, требующій, прежде всего, соображенія интересовъ третьихъ лицъ и всегда видимаго для нихъ перехода собственности изъ рукъ въ руки. (Теорія же Римскаго constitutum possessorium'а

послужила въ средніе вѣка опорнымъ пунктомъ для созданія новой категоріи правъ, окрещенныхъ именемъ *ius ad rem*, и устанавливаемыхъ простымъ соглашеніемъ. Еще значительнѣе было вліяніе теоріи *constitutum*? а на установленіе того положенія французскаго права, которое цѣликомъ перешло въ наше законодательство и которое гласитъ, что не только *iura ad rem*, представляющія собою все-таки не вещныя права, а лишь притязанія къ вещи, но и право собственности и всѣ другія вещныя права пріобрѣтаются силою простого соглашенія. О вредныхъ послѣдствіяхъ этого положенія мы будемъ говорить послѣ и замѣтимъ здѣсь только то, что Римское право было не повинно, собственно, въ этихъ послѣдствіяхъ, такъ какъ оно проводило строгое различіе между способами пріобрѣтенія собственности и простыми уговорами о такомъ пріобрѣтеніи, - различіе, которое было только затемнено теоріей конститутума, но вовсе не затеряно. Общимъ положеніемъ Римскаго права оставалось все таки то, что безъ физической передачи вещи пріобрѣтеніе собственности въ сдѣлкахъ между живыми недѣйствительно. Это положеніе съ перваго раза можетъ показаться страннымъ, такъ какъ владѣніе и собственность суть въ представленіи юристовъ независимыя другъ отъ друга понятія: пріобрѣтается же собственность по завѣщанію и легатамъ безъ посредства владѣнія, и не всегда же прекращается собствен-

ность даже въ сдѣлкахъ между живыми при потерѣ владѣнія. Гдѣ въ такомъ случаѣ основаніе, по которому требуется непремѣнно владѣніе вещью для пріобрѣтенія на нее права собственности? Это основаніе заключалось сначала, по вполнѣ вѣроятному объясненію Іеринга, въ матеріалистическомъ и чувственномъ характерѣ древняго правосовершанія, для котораго физическое господство служитъ всегда субстратомъ права. Съ развитіемъ юридическаго мышленія, это основаніе теряетъ свою силу, и въ классическій періодъ Римской юриспруденціи мы дѣйствительно констатируемъ юридическое господство внѣ всякой связи съ физическимъ и даже возникновеніе многихъ вещныхъ правъ, такъ напримѣръ, залога, сервитутовъ и друг. безъ всякаго посредства традиціи. Почему же требованіе этой послѣдней было сохранено относительно права собственности?

Причина этого явленія лежала уже не въ древнемъ міросозерцаніи, а въ чисто практическихъ соображеніяхъ. Безъ традиціи бываетъ часто невозможно опредѣлить, что такое совершилось между заинтересованными лицами: переходъ собственности или простое обязательство о немъ? Традиція даетъ яркую сигнатуру акта перехода собственности и не оставляетъ никакихъ сомнѣній о моментѣ, отличающемъ обязательственныя отношенія отъ вещныхъ. Вотъ въ чемъ

чемъ состоитъ важное значеніе традиціи, какъ способа пріобрѣтенія собственности, и ей, несомнѣнно, Римское право обязано было той строгостью анализа, съ которой ему удалось провести различіе между вещными и обязательственными отношеніями черезъ всю систему права. Этимъ же важнымъ значеніемъ традиціи для системы, а, слѣдовательно, и для практическаго примѣненія права въ жизни, объясняется и вѣковое существованіе традиціи въ большинствѣ Европейскихъ законодательствъ, которыя удерживаютъ ее относительно движимыхъ вещей до настоящаго времени; относительно же недвижимостей - традиція замѣняется теперь, большею частью, ипотечной системой, о которой рѣчь будетъ ниже. На сколько же важно соединеніе перехода собственности съ традиціей или съ инымъ какимъ-либо актомъ, отмѣчающимъ внѣшнимъ и яснымъ для всѣхъ образомъ совершившійся переходъ права, судить объ этомъ можно, между прочимъ, и по исторіи настоящаго вопроса въ правѣ европейскихъ народовъ. При передачѣ собственности, равно какъ и другихъ вещныхъ правъ на землю, въ древней Германіи имѣли мѣсто д в а а к т а: 1) объявленіе о передачѣ права на основаніи дареніи, мѣны, продажи или какого-либо иного титула; это объявленіе дѣлалось торжественно, при свидѣтеляхъ, и называлось Sala или traditio; 2, перенесеніе

на пріобрѣтателя самаго владѣнія вещью: это - *investitura* или *gewere*. Въ началѣ оба эти акта были соединены, составляли одно цѣлое и должны были быть произведены на мѣстѣ, гдѣ находилась отчуждаемая земля. Послѣ объявленія о передачѣ передатчикъ вводилъ непосредственно пріобрѣтателя во владѣніе передаваемымъ ему участкомъ земли, совершалъ, при этомъ, разныя символическія дѣйствія, въ родѣ передачи глыбы земли, палки, соломенки |*festuca*| и т.д., объявляя, вмѣстѣ съ тѣмъ, что онъ отказывается отъ своего бывшаго права, уничтожаетъ его |*se exitum dicere, Auflassung*|; такого рода передача носила названіе реальной инвеституры. Впослѣдствіи совершилось раздѣленіе двухъ означенныхъ актовъ, входящихъ въ составъ передачи собственности, то есть, объявленіе о передачѣ и самая передача могли совершаться уже не въ одно время и не въ одномъ мѣстѣ, а въ разное время и въ разныхъ мѣстахъ. Передатчикъ объявлялъ свою волю о перенесеніи собственности въ одномъ мѣстѣ, и затѣмъ уже вводилъ пріобрѣтателя фактически во владѣніе переданнымъ ему участкомъ на мѣстѣ его нахожденія. Но *Sala* или объявленіе воли передатчика приняла въ себя теперь нѣкоторые моменты фактической передачи: съ объявленіемъ воли стали соединяться нѣкоторыя символическія формы, выражавшія самую передачу; на мѣстѣ,

гдѣ совершалась Sala, передатчикъ вручалъ пріобрѣтателю глыбу земли, кусокъ дерна, вѣтку отъ дерева и другіе символы, причемъ глыба земли, дернъ и вѣтка должны были принадлежать сначала тому самому участку, который составлялъ предметъ отчужденія. Потомъ это послѣднее требованіе исчезло и перенесеніе собственности утвердилось рѣшительно за моментомъ символической Sala или германской традиціи, ставшей тѣмъ же, чѣмъ была и римская символическая традиція, т.е. публичнымъ и торжественнымъ объявленіемъ воли о передачѣ, соединеннымъ съ такими символами, которые стремились выразить мысль о передачѣ и фактъ передачи. Это объявленіе воли совершалось при свидѣтеляхъ въ церкви или народномъ собраніи и закрѣплялось документомъ, передача котораго давала пріобрѣтателю право вступить во владѣніе пріобрѣтенной имъ землей даже собственною властью, если только передатчикъ не хотѣлъ п. л. принять личное участіе въ обрядѣ фактической передачи. Отсюда видно, что моментомъ перенесенія собственности въ Германіи сталъ моментъ совершенія торжественнаго акта Sala или формальной традиціи безъ всякаго отношенія къ дѣйствительной передачѣ владѣнія. Эта дѣйствительная передача владѣнія или реальная инвеститура совершалась обыкновенно послѣ акта формальной традиціи, въ видѣ такого-же торжественнаго и сопровождаемаго такими жи символами акта, какимъ

былъ и первый актъ. Особенно же выразительнымъ признакомъ совершившейся инвеституры служило то, если пріобрѣтатель оставался на переданной ему землѣ въ теченіе трехъ дней и трехъ ночей. Во всякомъ случаѣ, реальная инвеститура давала ему не собственность, а одно владѣніе, такъ какъ собственность онъ пріобрѣталъ уже въ силу формальной традиціи, и въ силу нея же могъ требовать не только отъ передатчика ввести себя въ дѣйствительное владѣніе и вступить въ него даже самостоятельно, но также искать пріобрѣтенное имъ имущество отъ третьихъ лицъ, если они, пріобрѣтя это имущество послѣ него, были уже введены во владѣніе имъ. Такимъ образомъ, реальная инвеститура не требовалась вовсе для пріобрѣтенія права, но представляла много другихъ выгодъ: ею устанавливалось тождество отчужденнаго участка земли, отсутствіе собственности или иного права со стороны другого лица и т. д. Рецепція римскаго права не устранила этого порядка, и древне-германскіе способы передачи недвижимой собственности сохранились въ силѣ. Но такъ какъ судебная власть отправлялась въ это время не въ народныхъ собраніяхъ, то прежнія формы торжественныхъ и публичныхъ актовъ

были замѣнено формой, такъ называемой судебной передачи | die gerichtliche Auflassung |, состоявшей въ томъ, что передатчикъ заявлялъ о намѣреніи передать свой участокъ другому лицу на судѣ или въ городской ратушѣ, гдѣ подобнаго рода заявленія утверждались и вносились или протоколировались въ особыхъ, заведенныхъ для этой цѣли судебныхъ или городскихъ книгахъ. Эти судебныя дѣйствія стали необходимымъ условіемъ пріобрѣтенія собственности, и, такимъ образомъ, не фактическая передача и не договоръ опредѣляли моментъ передачи права, а судебное утвержденіе акта передачи и внесеніе его въ особыя книги | libri resignationum |. Эти же дѣйствія были, уже по самому своему существу, публичны и такъ же рѣзко отмѣчали совершавшуюся передачу права, какъ и формальныя акты римскаго права. Споры противъ такой передачи, если передатчикъ не былъ собственникомъ, допускалось только въ продолженіе года и дня послѣ внесенія акта въ книги; по истеченіи этого срока пріобрѣтатель дѣлался настоящимъ собственникомъ, не смотря даже на отсутствіе права собственности въ лицѣ своего предшественника. Въ такое положеніе дѣла рецепція римскаго права внесла, рядомъ съ другими, одно важное измѣненіе. За римской традиціей или фактической передачей владѣнія, если она не сопровождалась германской Auflassung,

т.е. заявленіемъ объ отчужденіи въ судѣ и занесеніемъ его въ судебныя книги, была въ большинствѣ партикулярныхъ законодательствъ признана сила установленія не собственности, а только титулированнаго владѣнія, на основаніи котораго владѣлецъ могъ требовать занесенія своего владѣнія въ тѣ же судебныя книги и добиться этимъ путемъ настоящей собственности. Впрочемъ, иныя партикулярныя законодательства предоставляли ему въ этомъ случаѣ возможность превратить свое владѣніе въ собственность и посредствомъ давности. Такимъ образомъ, возникло опять два вида собственности: одна - настоящая собственность, занесенная въ книги, dominium civile, другая - естественная собственность, не занесенная въ книги, но пріобрѣтенная въ силу римской традиціи; она называлась dominium naturale и была только титулированнымъ владѣніемъ, которое защищалось, однако, противъ третьихъ лицъ посредствомъ actio Publiciana и actio negatoria, а противъ виндицирующаго собственника - посредствомъ exceptio rei venditae et traditae кромѣ того, это владѣніе переходило, какъ мы уже сказали путемъ давности въ настоящую собственность. Но нѣкоторыя партикулярныя законодательства реципировали полнѣе римскія положенія, по которымъ собственность пріобрѣтается только традиціей, и требовали въ большинствѣ случаевъ записи въ позем-

ныя книги не въ виду установленія момента пріобрѣтенія права собственности, - этотъ вопросъ разрѣшался въ пользу момента традиціи, - а въ виду предоставленія собственнику возможности отправлять извѣстныя правомочія собственности, связанныя безусловно съ занесеніемъ ея въ эти книги. Такъ, напримѣръ, установленіе залога |гипотека| и другихъ вещныхъ правъ и тягостей записки ихъ въ поземельныя книги было возможно только со стороны такого собственника, который былъ самъ занесенъ въ поземельныя книги, и вотъ почему здѣсь также должна была образоваться двойная собственность: одна - книжная или формальная собственность, занесенная въ книги, и другая - матеріальная собственность, основанная на традиціи. Таково было и удерживается до сихъ поръ положеніе вопроса о переходѣ собственности въ Вюртембергскомъ законодательствѣ, въ Баденскомъ кодексѣ, въ Прусскомъ Landrecht'ѣ, въ Мекленбургскомъ правѣ и въ новѣйшемъ Баварскомъ законодательствѣ. Но въ виду устраненія указаннаго выше дуализма въ институтѣ собственности и установленія единаго и несомнѣннаго основанія для пріобрѣтенія собственности, новѣйшія законодательства возвращаются опять къ старинному положенію германскаго права, объявляя традицію, равно какъ платежъ и кредитированіе продажной суммы - совершенно безразличны-

ми фактами по отношенію къ вопросу о пріобрѣтеніи поземельной собственности. Пріобрѣтеніе ея провозглашается возможнымъ единственно на основаніи внесенія акта о передачѣ въ поземельныя книги, и вся система перехода и укрѣпленія права собственности и другихъ правъ на недвижимыя имущества, - основанная на признаніи и послѣдовательномъ проведеніи этого формальнаго и въ высшей степени благодѣтельнаго для современнаго экономическаго строя принципа, - называется гипотечной системой.

О способахъ осуществленія и консеквенціяхъ этой системы мы будемъ говорить нѣсколько ниже, и ограничимся теперь замѣчаніемъ, что лучшимъ образцомъ гипотечной системы считается теперь Мекленбургское законодательство 1857 года, за которымъ послѣдовало множество отдѣльныхъ гипотечныхъ уставовъ и, между ними, Австрійскій законъ 1871 года и Прусскій законъ 5 мая 1872 года, сдѣлавшійся опорнымъ пунктомъ для всѣхъ послѣдующихъ законодательныхъ работъ. Замѣтимъ еще, что главное отличіе новыхъ гипотечныхъ уставовъ отъ древне-германской системы Auflassung, т.е. описаннаго выше обряда занесенія переходовъ собственности въ поземельныя книги, состоитъ въ томъ, что въ древней системѣ требовалось представленіе документа объ обязательственной сдѣлкѣ или какомъ-либо другомъ титулѣ пріобрѣтенія собственно-

сти въ судѣ, который входилъ въ разсмотрѣніе этого титула и отъ дѣйствительности его ставилъ въ зависимость, по крайней мѣрѣ, до истеченія давности, дѣйствительность самой записки того или другого вещнаго права въ поземельныя книги, - тогда какъ новые ипотечные уставы проводятъ, какъ это мы увидимъ вскорѣ, принципъ ф о р м а л и з м а съ несравненно большей послѣдовательностью и довольствуются при записке тѣхъ или другихъ правъ въ поземельныя книги заявленіемъ однихъ заинтересованныхъ сторонъ или выраженіемъ ихъ взаимнаго согласія объ установленіи того или другого права, не требуя при этомъ ни изслѣдованія сдѣлки, предшествовавшей установленію даннаго права, ни обусловленности дѣйствительностью этой сдѣлки силы основаннаго на ней распоряженія. Отсюда слѣдуетъ, что сходство между прежней Auflassung и современной записью въ ипотечныя книги есть болѣе внѣшнее, чѣмъ внутреннее: оно состоитъ во внесеніи измѣненій тѣхъ или другихъ вещныхъ правъ въ поземельныя книги. Но тогда какъ прежняя Auflassung заключала въ числѣ своихъ элементовъ и сдѣлку, предшествующую записке, новая Auflassung есть чисто абстрактная сдѣлка, основывающая переходъ собственности и другихъ вещныхъ правъ на простомъ соглашеніи сторонъ, занесенномъ въ ипотечную книгу, и совершенно оторванномъ отъ сдѣлки, служащей основаніемъ этого соглашенія. Та-

кимъ образомъ, современная запись въ гипотечныя книги, будучи подобна римской in jure cessio, переносившей собственность такимъ же абстрактнымъ образомъ, ведетъ, съ одной стороны, къ освобожденію гипотечнаго судьи отъ необходимости изслѣдовать сдѣлки, на основаніи которыхъ происходитъ записка, а съ другой - къ чрезмѣрному облегченію оборота съ недвижимымъ имуществомъ, который, т.е. этотъ оборотъ, благодаря абстрактному характеру записки, совершается, - не смотря на судебныя формы, соединенныя съ вотчинной записью, - гораздо быстрѣе и обезпеченнѣе, нежели при вполнѣ безформенныхъ, но связанныхъ со своимъ основаніемъ, сдѣлкахъ.

Что касается перехода движимой собственности, то онъ совершается до сихъ поръ въ большинствѣ германскихъ законодательствъ на основаніи римскихъ положеній о традиціи, видоизмѣненныхъ отчасти тѣмъ развитіемъ, которое получили въ средніе вѣка ученія о символической традиціи и такъ назыв. constitutum possessorium, и отчасти положеніями новаго торговаго законодательства, съ которыми мы ближе познакомимся при изложеніи теоріи защиты собственности.

Теперь мы перейдемъ къ догматическому разсмотрѣнію вопроса о пріобрѣтеніи собственности черезъ передачу въ дѣйствующемъ у насъ законодательствѣ. Оно подчинилось въ этомъ вопросѣ, какъ и во многихъ другихъ, вліянію Французскаго кодекса и признало,

по примѣру послѣдняго, пріобрѣтеніе собственности чрезъ простое соглашеніе. Не выразивъ, однако, этого принципа съ надлежащей ясностью, наше законодательство само сдѣлалось причиной того, что опредѣленіе момента пріобрѣтенія собственности при ея передачѣ остается до сихъ поръ въ нашей юридической литературѣ чрезвычайно спорнымъ. Между тѣмъ, правильное, т.е. согласное со смысломъ нашихъ законовъ, опредѣленіе этого момента имѣетъ очень важное значеніе, такъ какъ отъ того, признаемъ ли мы пріобрѣтеніе права собственности въ моментъ заключенія о немъ сдѣлки или въ моментъ физической передачи вещи, зависитъ опредѣленіе взаимныхъ отношеній между передатчикомъ и пріобрѣтателемъ собственности, между ними и третьими лицами, словомъ - множество послѣдствій, которыя при допущеніи собственности въ моментъ заключенія сдѣлки опредѣлятся совершенно иначе, чѣмъ при допущеніи ея въ моментъ передачи.

Попробуемъ разрѣшить этотъ вопросъ для движимыхъ вещей отдѣльно отъ недвижимыхъ, такъ какъ въ нашей литературѣ существуетъ мнѣніе, что рѣшеніе для того и другого рода вещей должно быть различное.

По отношенію къ движимостямъ, мы имѣемъ прежде всего руководящую для нашего вопроса статью 714 X т. ч. I, которая говоритъ: " движимыя имущества могутъ быть пріобрѣтаемы законными способами и безъ всякихъ письменныхъ актовъ по однимъ словеснымъ договорамъ и соглашеніямъ".

Буквальный смыслъ этой статьи показываетъ ясно, что движимыя вещи пріобрѣтаются, по нашимъ законамъ, силою однихъ договоровъ, безъ всякой передачи и какихъ бы то ни было формальностей, и въ этомъ же смыслѣ постановлено множество рѣшеній нашего Кассаціоннаго Суда, которыя вы можете найти въ сборникахъ Маскальскаго или Боровиковскаго. Сильнѣйшимъ подтвержденіемъ этого взгляда служитъ, далѣе, ст. 1513 X т., относящаяся къ куплѣ-продажѣ: "если продавецъ взялъ съ покупщика задатокъ или всѣ деньги, а потомъ проданныхъ вещей отдавать не будетъ, видя въ цѣнѣ возвышеніе, то къ такой отдачѣ принуждается судомъ и притомъ по условленной цѣнѣ, а не по возвысившейся".

Статья эта прямо заключаетъ въ себѣ мысль, что собственность переходитъ отъ продавца къ покупщику въ моментъ заключенія сдѣлки, а не передачи вещи, потому что если эта вещь и остается въ рукахъ продавца и, слѣдовательно, не передается покупателю, то послѣдній, въ силу цитированной статьи, можетъ все-таки искать ее у перваго, такъ какъ онъ по договору пріобрѣлъ на нее уже вещное право. Наконецъ, слѣдующія за ст. 1513 до 1519 ст. показываютъ, что проданныя вещи могутъ оставаться временно и во владѣніи продавца, хотя бы продажа ихъ уже и совершилась, такъ что фактическое обладаніе вещью со стороны покупщика не составляетъ по нашимъ законамъ

ни условія, ни непосредственнаго послѣдствія пріобрѣтенія собственности по договору купли-продажи.

Приведенныя статьи доказываютъ, по нашему мнѣнію воочію, что дѣйствующее у насъ законодательство, по примѣру Французскаго Code civil связываетъ пріобрѣтеніе собственности на движимыя вещи только съ моментомъ заключенія о нихъ сдѣлки, которая, давая начало вещному праву, получаетъ сама такой же вещный характеръ, какъ и традиція. Этимъ она отличается отъ обязательственной сдѣлки, извѣстной подъ именемъ запродажи, по которой продавецъ, въ противоположность тому, что мы видимъ при куплѣ-продажѣ, сохраняетъ право собственности на запроданную вещь за собою, и между договаривающимися сторонами устанавливается только обязательственное отношеніе на послѣдующее совершеніе договора купли-продажи, дѣйствіе котораго, на-равнѣ съ традиціей отличается уже вещнымъ характеромъ. Противоположное изложенному сейчасъ мнѣніе, видящее въ нашемъ законодательствѣ признаніе пріобрѣтенія собственности въ моментъ фактической передачи вещи, ссылается обыкновенно въ подтвержденіе своей правильности на двѣ статьи нашихъ гражданскихъ законовъ: ст. ст. 1510 и 534. Первая изъ этихъ статей говоритъ: "Передача отъ продавца къ покупщику проданнаго движимаго имущества совершается дѣйствительнымъ покупщику врученіемъ

самаго его имущества или поступленіемъ онаго въ его распоряженіе". Но здѣсь не говорится вовсе о пріобрѣтеніи собственности, а описывается только то, какъ совершается передача имущества отъ продавца покупщику. Если же допустить даже, что приведенная статья имѣетъ въ виду пріобрѣтеніе собственности черезъ физическую передачу вещи, то ничто не указываетъ на то, чтобы она считала эту передачу единственно возможнымъ способомъ пріобрѣтенія движимой собственности. Нѣтъ, конечно, ничего невозможнаго въ пріобрѣтеніи движимой собственности въ моментъ передачи; такое пріобрѣтеніе совершается, безъ всякаго сомнѣнія, даже очень часто. Но возможность передачи - не то, что необходимость ея во всѣхъ случаяхъ пріобрѣтенія движимой собственности, и цитированная статья не говоритъ, очевидно, въ пользу этой необходимости. Также мало подтверждается оспариваемый нами взглядъ и ссылкой на ст. 534, которая говоритъ: "движимыя вещи почитаются собственностью того, кто ими владѣетъ, доколѣ противное не будетъ доказано". Здѣсь тоже идетъ рѣчь не о пріобрѣтеніи, а о достаточности владѣнія для собственности; слѣдовательно, о доказательствѣ собственности, которое оставляетъ вопросъ о пріобрѣтеніи совершенно открытымъ. Если же мы и въ эту статью втиснемъ предположеніе о пріобрѣтеніи собственности черезъ передачу, то и это предположеніе не послужитъ

ни къ чему, потому что послѣднія слова разбираемой статьи говорятъ прямо о возможности опровергать предположеніе за владѣльцемъ собственности посредствомъ доказательства противнаго. Скажемъ болѣе: настоящая статья не только не подтверждаетъ требованія традиціи для перехода собственности, но является сама послѣдствіемъ отрицанія этого требованія. Почему, въ самомъ дѣлѣ, устанавливается предположеніе собственности за владѣльцемъ движимой вещи? Оно устанавливается именно потому, что пріобрѣтеніе движимой собственности совершается безъ всякой формы, и не только по письменнымъ, но и по словеснымъ договорамъ, - такъ что пріобрѣтатель, не имѣя обыкновенно никакихъ доказательствъ своего права, былъ бы лишенъ совсѣмъ юридической защиты, если бы самъ законъ не дѣлалъ въ его пользу презумпціи собственности. Отсюда видно, что презумпція собственности, заключенная въ ст. 534, прямо обусловлена безформенностью, а вовсе не реальностью передачи движимой собственности. Эта презумпція является, такимъ образомъ, необходимымъ условіемъ защиты безформенныхъ переходовъ и, вмѣстѣ съ тѣмъ, новымъ аргументомъ въ пользу совпаденія въ нашемъ законодательствѣ момента пріобрѣтенія движимой собственности съ моментомъ заключенія сдѣлки. Признаніе этихъ моментовъ совпадающими есть выводъ, безусловно вытекающій изъ

постановленій нашего законодательства о пріобрѣтеніи движимой собственности и мы должны принять его, хотя намъ уже извѣстно изъ теоріи традиціи, какъ невыгодно связывать пріобрѣтеніе собственности съ его каузальнымъ моментомъ, и какъ запутываются отъ этого вещныя отношенія съ обязательственными. Вредъ, происходившій отъ этой путаницы, принуждалъ и насъ признавать прежде пріобрѣтеніе движимой собственности по нашему законодательству въ моментъ передачи вещи, но теперь мы принимаемъ противоположный выводъ именно потому, что хотимъ отличить вопросъ de lege ferenda отъ вопроса de lege lata и не смѣшивать того, что должно быть, съ тѣмъ, что есть. Немногими свѣтлыми исключеніями изъ постановленій нашего законодательства о пріобрѣтеніи собственности въ моментъ заключенія сдѣлки являются нѣкоторыя, такъ называемыя отвлеченныя формы традиціи, образовавшіяся въ торговомъ быту Европейскихъ народовъ и признанныя также у насъ. Особенность этихъ отвлеченныхъ формъ традиціи, предполагающихъ совершенно абстрактныя и вполнѣ отдѣленныя отъ своихъ каузальныхъ моментовъ отношенія, состоитъ въ томъ, что съ ихъ помощью право собственности на движимую вещь возникаетъ не въ моментъ заключенія сдѣлки и не въ моментъ передачи самой вещи, а въ моментъ передачи документа на обладаніе вещью, такъ что съ владѣніемъ этимъ документомъ, такъ же, какъ и съ

владѣніемъ вещью при настоящей традиціи, пріобрѣтается здѣсь немедленно и право собственности на всѣ, означенныя въ документѣ-вещи. Къ числу подобныхъ документовъ, возникшихъ въ промышленномъ быту для облегченія быстроты оборота различныхъ цѣнностей, принадлежатъ: а| к о н о с с а м е н т ъ, или грузовое свидѣтельство, выдаваемое товароотправителю судовладѣльцемъ въ томъ, что принятый имъ опредѣленнаго количества и качества товаръ будетъ доставленъ къ данному сроку опредѣленному въ свидѣтельствѣ лицу. Съ полученіемъ этого документа означенное въ немъ лицо получаетъ и право собственности на товаръ прежде, чѣмъ онъ будетъ доставленъ въ назначенное мѣсто, такъ что этотъ товаръ на пути еще можетъ сдѣлаться предметомъ различныхъ сдѣлокъ посредствомъ простой передачи коноссамента. б| Сюда же относится и такъ называемая ф а к т у р а - документъ, имѣющій то же значеніе, что и коноссаментъ, только въ примѣненіи къ товарамъ, отправляемымъ сухимъ путемъ или по внутреннимъ воднымъ сообщеніямъ. Съ передачей фактуры на владѣльца также переходитъ право собственности на означенный въ ней товаръ. Наконецъ, упомянемъ еще о в| в а р р а н т ѣ или доковомъ свидѣтельствѣ, представляющемъ собою товаръ, находящійся въ покойномъ состояніи, въ отличіе отъ двухъ первыхъ документовъ, представляющихъ товаръ, находящійся въ движеніи. Варрантъ есть не

что иное, какъ росписка, выданная собственнику товара отъ общества товарныхъ складовъ или другого подобнаго учрежденія, утвержденнаго правительствомъ, въ томъ, что имъ принято на сохраненіе такое-то количество товара. Всякій владѣлецъ варранта считается управомоченнымъ на востребованіе и свободное распоряженіе указаннымъ въ немъ товаромъ и, слѣдовательно, полнымъ его собственникомъ. Такимъ образомъ, мы видимъ, что пріобрѣтеніе собственности на движимую вещь совершается иногда въ моментъ передачи документа на обладаніе этой вещью. Но общее правило, терпящее исключеніе только въ означенныхъ выше отношеніяхъ торговаго права, таково, что въ вопросѣ о пріобрѣтеніи собственности рѣшающее значеніе должно быть, по нашему законодательству, признано за моментомъ заключенія сдѣлки.

Не такъ легко рѣшеніе на основаніи нашего законодательства вопроса о пріобрѣтеніи права собственности на недвижимыя вещи. Передача этихъ послѣднихъ въ смыслѣ физическаго врученія, перенесенія ихъ изъ однѣхъ рукъ въ другія - немыслима. Но нашему законодательству извѣстенъ актъ символическаго перенесенія права собственности на недвижимую вещь, актъ, который называется вводомъ во владѣніе и состоитъ въ формальномъ возвѣщеніи о новомъ собственникѣ, въ прочтеніи акта пріобрѣтенія собственности, по постановленію суда судебнымъ приставомъ, въ при-

сутствіи новаго собственника и свидѣтелей |см. Уст. Гражд. Судопривод. ст. ст. 1424 - 1428|. Спрашивается, съ какого момента считается здѣсь пріобрѣтатель собственникомъ недвижимаго имущества: съ момента ли ввода во владѣніе или съ момента совершенія сдѣлки о пріобрѣтеніи собственности? Этотъ вопросъ принадлежитъ по неясности нашего законодательства и разногласію судебной практики къ числу наиболѣе спорныхъ вопросовъ русской юриспруденціи. Большинство нашихъ юристовъ и, въ ихъ числѣ, Мейеръ, Кавелинъ и др. думаютъ, что вводъ во владѣніе, постановленія о которомъ слѣдуютъ въ нашихъ гражданскихъ законахъ непосредственно послѣ статей, трактующихъ о передачѣ движимой собственности, составляетъ не что иное, какъ ту же передачу, ту же традицію, но только символическую - въ примѣненіи къ недвижимымъ имуществамъ; поэтому, съ вводомъ во владѣніе они связываютъ и моментъ пріобрѣтенія собственности на недвижимыя имѣнія. Это мнѣніе находитъ особую поддержку для себя въ ст. 1432 Уст. Гражд. Суд., которая говоритъ: "день ввода во владѣніе недвижимымъ имѣніемъ считается началомъ дѣйствительной передачи и укрѣпленія права на имущество". Но какъ видно изъ мотивовъ, къ только-что приведенной статьѣ относящихся, а также по ссылкѣ ея на ст. 707 X т. I ч., статья эта не измѣняетъ началъ матеріальнаго гражданскаго права. По смыслу же многихъ законовъ

X т. ч. I моментомъ пріобрѣтенія недвижимой собственности слѣдуетъ признать не моментъ ввода во владѣніе, а моментъ совершенія сдѣлки, напримѣръ, купчей крѣпости. Такъ ст. 1363 говоритъ: "родственники пользуются правомъ выкупа проданнаго имущества въ теченіе трехъ лѣтъ со времени совершенія купчей крѣпости, т.е. съ того времени, когда со стороны надлежащаго судебнаго мѣста конченъ будетъ весь узаконенный на совершеніе оной обрядъ и когда она будетъ выдана покупщику." См. Прим. къ статьѣ 446. Ст. 1509 говоритъ: "по полученіи на пріобрѣтенное съ публичнаго торга имѣніе данной или купчей, пріобрѣтатель такого имѣнія вступаетъ въ полное право собственности и можетъ свободно отчуждать оное; прежде же полученія сего акта уступка пріобрѣтеннаго имъ на торгѣ права не дозволяется". Эти законы указываютъ ясно на совершеніе купчей крѣпости, какъ на начальный моментъ пріобрѣтенія собственности, а если противное мнѣніе ссылается на статью 707 X т., то эта ссылка совершенно неосновательна. Ст. 707 говоритъ: "укрѣпленіе правъ на имущества производится: 1| крѣпостнымъ и явочнымъ актами, т.е. внесенными въ акты или книги, для сего установленныя, крѣпостями, записями, договорами и всякаго рода обязательствами; 2| актами домашними; 3| передачею самого имущества

или вводомъ во владѣніе онымъ. См. прим. 2 къ статьѣ 708."

Изъ самаго изложенія этой статьи видно, какъ справедливо замѣчаетъ Побѣдоносцевъ, что въ ней нельзя найти руководящаго правила о томъ, съ какимъ именно дѣйствіемъ соединяется у насъ понятіе о переходѣ собственности. Въ числѣ признаковъ его поставлены на ряду - совершеніе явочнаго и совершеніе домашняго акта, и передача, и вводъ во владѣніе; стало быть, не сдѣлано никакого существеннаго различія между совершившимся соглашеніемъ сторонъ и осуществленіемъ этого соглашенія, выражающемся въ дѣйствіи передачи. Во всякомъ случаѣ, изъ приведенной статьи никакъ не слѣдуетъ вывода, будто у насъ вводъ во владѣніе имѣетъ значеніе передачи и единственно возможнаго укрѣпленія правъ на недвижимое имущество. Вводъ во владѣніе не имѣетъ и не можетъ имѣть теперь такого значенія, потому что съ соблюденіемъ или опущеніемъ его законъ не связываетъ такихъ послѣдствій, которыя оказывали бы вліяніе на вопросъ о пріобрѣтеніи собственности. Въ жизни вводъ во владѣніе совершается далеко не всегда: владѣніе начинается, передается и продолжается безъ него, такъ что вводъ составляетъ простую формальность, несоблюденіе которой вовсе не мѣшаетъ существованію права собственности. Онъ возникъ во время помѣстнаго права и выражалъ собою

облеченіе властью новаго владѣльца надъ крестьянами, поселенными въ имѣніи. Поэтому, онъ совершался публичной властью, въ присутствіи окольныхъ людей, крестьянъ; поэтому же онъ сохранялъ полное значеніе во все продолженіе крѣпостного права.

Теперь вводъ сдѣлался простой формой, служащей, правда, признакомъ совершившагося перехода собственности, но признакомъ несущественнымъ, такъ какъ переходъ собственности, повторяемъ, возможенъ и тамъ, гдѣ вовсе не было ввода. Такимъ образомъ, рѣшающее значеніе въ вопросѣ о пріобрѣтеніи недвижимой собственности должно быть въ нашемъ правѣ признано за моментомъ совершенія крѣпостного акта, и вотъ почему гр. Сперанскій помѣстилъ нашу купчую не въ системѣ договоровъ, къ которымъ купля-продажа причисляется во всѣхъ Западныхъ законодательствахъ, а въ системѣ укрѣпленія правъ на имущество. Купчая, по словамъ Сперанскаго, есть не обязательство, а *traditio symbolica*, и она дѣйствительно имѣетъ въ нашемъ законодательствѣ значеніе такого рѣшительнаго титула, на которомъ утверждаются, въ одно время, и основаніе, и самое пріобрѣтеніе права собственности. Въ доказательство именно такого взгляда нашего законодательства на крѣпостные акты, мы сошлемся еще на ст. 1414 X т. I ч., въ которой вопросъ о томъ, какого изъ покупщиковъ считать законнымъ собственникомъ, если имѣніе про-

дано по двумъ купчимъ - двумъ лицамъ, разрѣшается въ томъ смыслѣ, что слѣдуетъ считать дѣйствительною ту купчую, которая совершена прежде. Такимъ образомъ, мы видимъ, что въ опредѣленіи момента пріобрѣтенія собственности наше законодательство не различаетъ недвижимыхъ вещей отъ движимыхъ, считая этимъ моментомъ для тѣхъ и другихъ одинаково совершеніе сдѣлки о переходѣ.

Различіе между движимымъ и недвижимымъ имуществомъ въ отношеніи пріобрѣтенія собственности по передачѣ, тѣмъ не менѣе, существуетъ, и оно очень важно въ практической жизни, хотя и сводится къ различію въ однѣхъ формахъ пріобрѣтательныхъ актовъ. Движимыя вещи пріобрѣтаются, какъ мы знаемъ, въ силу простыхъ домашнихъ и даже словесныхъ договоровъ, и владѣніе ими даетъ мѣсто по ст. 534 даже презумпціи собственности. Недвижимыя вещи, напротивъ, нельзя пріобрѣтать иначе, какъ посредствомъ крѣпостныхъ актовъ, совершеніе которыхъ требуетъ большихъ формальностей, излагаемыхъ въ нотаріальныхъ уставахъ. Презумпція статьи 534 не имѣетъ примѣненія къ нимъ. Отсюда слѣдуетъ, между прочимъ, важное процессуальное различіе между недвижимой и движимой собственностью; послѣднюю можно доказывать свидѣтельскими показаніями, потому что свидѣтели не допускаются только относительно событій, требующихъ письменнаго удостовѣренія (ст. 409 Уст. Гражд. Суд.).

а такъ какъ движимости пріобрѣтаются и по словеснымъ договорамъ, то свидѣтельскія показанія имѣютъ по отношенію къ нимъ полную силу. Напротивъ, пріобрѣтеніе недвижимаго имущества удостовѣряется всегда письменнымъ актомъ, совершеннымъ въ установленномъ порядкѣ: тутъ недопустимо не только словесное соглашеніе, но даже домашніе акты ведутъ къ признанію пріобрѣтенія недѣйствительнымъ, и потому пріобрѣтеніе недвижимой собственности, въ силу той же статьи 409 не можетъ быть никогда доказываемо черезъ свидѣтелей.

Таковъ взглядъ нашего законодательства на пріобрѣтеніе недвижимой собственности, откуда, однако, вовсе не слѣдуетъ, чтобы этотъ взглядъ былъ правиленъ. Соединеніе момента пріобрѣтенія собственности съ моментомъ заключенія сдѣлки о такомъ пріобрѣтеніи - представляетъ громадныя неудобства, въ ряду которыхъ довольно отмѣтить негласность переходовъ недвижимой собственности, оказывающуюся очень вредной, какъ въ юридическомъ, такъ и въ экономическомъ отношеніи. Пріобрѣтатель не имѣетъ увѣренности въ прочности пріобрѣтеннаго имъ права, которое подвержено всевозможнымъ случайностямъ и обманамъ. Отсюда всеобщая неопредѣленность, ниакія цѣны на собственность, слабое развитіе поземельнаго кредита и просторъ для всевозможныхъ мошенничествъ.

Нельзя сказать, чтобы нашъ законъ оставлялъ невыгоды, происходящія отъ такой негласности переходовъ собственности, вовсе безъ вниманія. Для отвращенія ихъ у насъ установленъ особый обрядъ публикаціи въ Сенатскихъ Вѣдомостяхъ о совершеніи каждаго акта, по коему переходитъ недвижимая собственность, и сообщеніе копіи съ этого объявленія въ губернію и уѣздъ, гдѣ находится имѣніе. Но эти объявленія печатаются поздно, ихъ никто не читаетъ, и потому обрядъ публикаціи оказывается въ примѣненіи къ дѣйствительной жизни пустой формальностью, не ограждающей никого и ни отъ чего.

Неудобство такого порядка ощущается у насъ всѣмъ обществомъ и правительство давно уже собирается помочь ему введеніемъ г и п о т е ч н о й с и с т е м ы, принятой почти во всѣхъ государствахъ Западной Европы. Еще въ 1859 году составленъ былъ въ Императорской Канцеляріи проектъ положенія объ обезпеченіи договоровъ и обязательствъ гипотечнымъ порядкомъ. Проектъ этотъ подвергался разсмотрѣнію Государственнаго Совѣта, откуда былъ переданъ въ Коммиссію по устройству земельныхъ банковъ. Въ 1861 году была учреждена новая коммиссія опять для составленія проекта закона объ обезпеченіи долгомъ въ гипотечномъ порядкѣ. Независимо отъ этого, при Министерствѣ Внутреннихъ Дѣлъ учреждена была еще Коммиссія

для устройства въ Россіи правильной регистраціи поземельной собственности. Въ 1867 году все дѣло о ипотечной системѣ было передано въ Министерство Юстиціи, гдѣ была образована новая Коммиссія, изготовившая, наконецъ, въ 1869 году полный проектъ устава объ укрѣпленіи правъ на недвижимое имущество и обезпеченіи взысканій ипотечнымъ порядкомъ. Этотъ-то проектъ и ждетъ своего утвержденія понынѣ, хотя еще въ 1881 году послѣдовало ВЫСОЧАЙШЕЕ утвержденіе разсмотрѣнныхъ уже Государственнымъ Совѣтомъ основаній новаго ипотечнаго порядка. Основанія Устава тѣ же, что и основанія ипотечной системы на Западѣ Европы. Они состоятъ въ слѣдующемъ. Поземельная собственность и другія права, связанныя со владѣніемъ землей, пріобрѣтаются не иначе, какъ записью ихъ въ особыя поземельныя книги. Эти книги находятся въ завѣдываніи особаго отдѣленія суда, и въ нихъ означаются всѣ имѣнія, находящіяся въ данномъ административномъ или судебномъ округѣ: пространство всѣхъ земель, имена всѣхъ собственниковъ, всѣ повинности, лежащія на ихъ имуществахъ, словомъ, вся ихъ исторія. Всякая передача имѣнія въ другія руки совершается посредствомъ соотвѣтствующей отмѣтки въ книгахъ, отмѣтки, которая является, такимъ образомъ, вполнѣ опредѣленнымъ, твердымъ и гласнымъ знакомъ совершившагося перехода права собственности.

Всѣ обязательства, лежащія на имѣніи, вносятся также въ гипотечныя книги и получаютъ, благодаря имъ, вещный характеръ, т.е. они связываются съ имѣніемъ, непрерывно сопутствуютъ ему и ложатся на всякаго желающаго пріобрѣсти это имѣніе и имѣющаго всегда возможность освѣдомиться предъ пріобрѣтеніемъ о всѣхъ тяготѣющихъ на имѣніи обязательствахъ, - такъ что никакіе обманы, разочарованія въ цѣнности и споры тутъ немыслимы. Эта ясность, безспорность и обезпеченность правъ, связанныхъ съ гипотечной системой, находятъ свое объясненіе въ томъ же явленіи формализма и отвлеченности отъ каузальнаго момента, которое мы констатировали въ римской системѣ традиціи и которое, въ примѣненіи къ гипотечной системѣ, можетъ быть названо принципомъ ф о р м а л ь н о й л е г и т и м а ц і и. Этотъ принципъ, лежащій въ основаніи гипотечной системы и вызванный къ жизни современными потребностями гражданскаго оборота, состоитъ въ отрѣшенности внѣшней силы юридическаго акта отъ всѣхъ внутреннихъ и субъективныхъ отношеній участвующихъ въ немъ лицъ. Поэтому, лицо, укрѣпившее за собою право собственности по гипотечнымъ книгамъ, пріобрѣтаетъ безусловное право, вполнѣ независимое отъ правъ его предшественниковъ. Такъ, если бы впослѣдствіи оказалось, что, помѣщенный въ книгахъ, этотъ предшественникъ - былъ не собственникомъ, а только владѣльцемъ переданнаго имъ имѣнія, то по-

купщикъ все-таки не потерялъ бы права собственности на пріобрѣтенное имѣніе, потому что оно значилось въ гипотечной книгѣ за продавцемъ, а покупщикъ получилъ его по началу формальной легитимаціи, т.е. независимо отъ всѣхъ личныхъ отношеній продавца къ третьимъ лицамъ и отъ всего, что не было въ связи съ гипотечной книгой. Вотъ почему онъ сохранитъ имѣніе за собою, а бывшій собственникъ получитъ лишь личный искъ, т.е. искъ, обращенный не къ новому пріобрѣтателю по гипотечнымъ книгамъ, а къ бывшему владѣльцу, продавшему имѣніе, на которое онъ не имѣлъ права собственности. Въ связи съ этимъ принципомъ формальной легитимаціи, проникающимъ всю гипотечную систему, стоятъ три другія начала, имѣющія для нея также руководящее значеніе; это - такъ называемыя начала публичности, спеціальности и старшинства.

а| Подъ публичностью разумѣется безусловная крѣпость правъ, внесенныхъ въ гипотечныя книги. Право на недвижимое имѣніе почитается несомнѣнно принадлежащимъ лицу, за которымъ оно записано, при чемъ права незаписанныя нисколько не вліяютъ на записанныя права. Первыя сохраняютъ силу только для договаривающихся лицъ въ ихъ отношеніяхъ между собою и имѣютъ чисто обязательственный характеръ, уступая безусловно правамъ, внесеннымъ въ гипотеч-

ную книгу и получившимъ вслѣдствіе этого вещное значеніе. Поэтому съ началомъ публичности несовмѣстимъ институтъ давности, разсчитанный на устраненіе той неясности и неопредѣленности отношеній, которыхъ не можетъ быть вовсе при гипотечной системѣ, и вотъ почему права, отмѣченныя въ гипотечныхъ книгахъ, совершенно изъяты отъ дѣйствія давности.

б| Начало старшинства относится исключительно къ гипотечнымъ долгамъ, къ залоговому праву. Оно состоитъ въ томъ, что въ случаѣ продажи имѣнія, обремененнаго долгами, право преимущественнаго удовлетворенія изъ этого имѣнія ставится въ зависимость отъ времени внесенія обязательства въ гипотечныя книги. Такъ, если А выдалъ должнику подъ залогъ имѣнія деньги, но не внесъ закладную въ гипотечную книгу, а затѣмъ, позже него, явился В и внесъ свое право требованія на того же должника въ гипотечную книгу, то В удовлетворяется прежде А. Если же и А и В внесли свои закладныя въ гипотечную книгу, то А опередившій въ этомъ отношеніи, имѣетъ передъ послѣднимъ преимущественное право удовлетворенія по своей закладной.

в| Наконецъ, начало спеціальности заключается въ томъ, что, съ одной стороны, долгъ можетъ быть обезпеченъ лишь опредѣленнымъ недвижимымъ имѣніемъ, а съ другой - имѣніе можетъ быть обременено

лишь такими долгами, которые опредѣлены въ цифрахъ. Поэтому, начало спеціальности даетъ кредитору возможность произвести точный разсчетъ всѣмъ долгамъ, уже ограничивающимъ имѣніе должника въ моментъ заключенія сдѣлки о новомъ займѣ, и, слѣдовательно, обезпечиваетъ его лучше, чѣмъ какое-либо иное средство, отъ неисправности послѣдняго.

Всѣ три указанныя начала гипотечной системы приняты въ нашемъ проектѣ, утвержденіе котораго должно, наконецъ, положить предѣлъ противорѣчіямъ и безпорядочности нашей системы вещныхъ правъ. Этимъ мы окончимъ изложеніе способовъ пріобрѣтенія собственности по дѣйствующему у насъ законодательству и перейдемъ къ болѣе простому и короткому ученію о способахъ его прекращенія.

II| СПОСОБЪ ПРЕКРАЩЕНІЯ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ.

Право собственности прекращается обыкновенно тѣми же способами, какими оно пріобрѣтается: передачей владѣнія, соединеніемъ вещей, давностью и т.д.; пріобрѣтеніе права одной стороной сопровождается здѣсь потерей его для другой. Но кромѣ этихъ общихъ способовъ пріобрѣтенія и прекращенія собственности, существуютъ еще самостоятельные способы прекращенія, независимые отъ пріобрѣтенія вещи другой

стороной. Къ нимъ принадлежатъ:

1| У н и ч т о ж е н і е в е щ и, которое можетъ быть или физическое, когда вещь, составляющая предметъ собственности, разрушается, теряя всякую цѣнность, или юридическое, когда имущество, бывшее въ частной собственности, изъемлется изъ гражданскаго оборота, объявляется неспособнымъ служить объектомъ собственности. Такимъ же уничтоженіемъ объекта въ юридическомъ смыслѣ слѣдуетъ считать и прекращеніе обособленнаго, самостоятельнаго существованія вещи въ гражданскомъ оборотѣ, когда она соединяется съ другой вещью посредствомъ спецификаціи, приращенія и т.д.

2| Другой самостоятельный способъ прекращенія собственности представляетъ о т р е ч е н і е собственника отъ своего права, одностороннее оставленіе имъ вещи derelictio | на произволъ судьбы, безъ всякаго соображенія о передачѣ ея другому лицу.

Къ числу же самостоятельныхъ способовъ прекращенія собственности нѣкоторые юристы относятъ еще

3| с м е р т ь собственника. Но этотъ взглядъ, очевидно, неправиленъ, такъ какъ съ прекращеніемъ права для умершаго лица связывается пріобрѣтеніе его для наслѣдниковъ, признаваемыхъ собственниками того же имущества, которое утратило лишь своего временнаго носителя и перешло къ его юридическимъ пре-

никанъ. Слѣдовательно, до тѣхъ поръ, пока существуетъ наслѣдственное право, смертью собственника вызывается преемство, а не прекращеніе права собственности.

Изъ другихъ способовъ прекращенія собственности обращаютъ на себя особенное вниманіе такъ называемые 4| в ы н у ж д е н н ы е с п о с о б ы п р е к р а щ е н і я, по которымъ собственникъ лишается своего права противъ своей воли, по предписанію общественной власти. Сюда относятся: конфискація и экспропріація.

а| К о н ф и с к а ц і я. Этимъ именемъ называется отобраніе имущества въ казну за какое-либо преступленіе. Встарину, при вотчинномъ характерѣ государственной власти, конфискація была послѣдствіемъ не только различныхъ преступленій, но и всякаго неисполненія служебныхъ обязанностей, связанныхъ съ владѣніемъ землею. Со времени Екатерины, дворянство было освобождено отъ служебной повинности, и право конфискаціи стало постепенно вводиться въ рамки закона. Въ настоящее время, по дѣйствующему законодательству, слѣдуетъ различать конфискацію нѣкоторыхъ движимыхъ вещей и конфискацію всего родового и благопріобрѣтеннаго имущества частныхъ владѣльцевъ. Первый видъ конфискаціи имѣетъ мѣсто въ случаѣ различныхъ преступленій и проступковъ противъ имуще-

ства и доходовъ казны, противъ уставовъ монетнаго, таможеннаго и друг. Второй, - захватывающій все имущество частнаго владѣльца, - допускается только за участія въ бунтахъ, заговорахъ противъ Верховной власти, - но и въ этихъ случаяхъ конфискація происходитъ не иначе, какъ на основаніи особыхъ каждый разъ постановляемыхъ правилъ |см. 155 ст. Улож. о Наказ.|. Такъ, особыя правила изданы были во время польскихъ возстаній 1830 и 1863 г.г. Особенности этого рода конфискацій состоятъ въ томъ, что въ казну поступаетъ не только настоящее имущество лица, подвергающагося конфискаціи, но и все имущество, которое должно достаться ему по наслѣдству въ будущемъ; напримѣръ, причитающаяся ему по закону доля въ родовомъ имуществѣ; другую особенность этой конфискаціи составляетъ то, что на казну падаетъ отвѣтственность за долги лицъ, подвергающихся конфискаціи, на сколько имущества ихъ хватитъ на удовлетвореніе этихъ долговъ; съ этою цѣлію сейчасъ же послѣ конфискаціи вызываются кредиторы, которые должны заявить о своихъ требованіяхъ въ теченіе извѣстнаго срока |отъ 6 мѣсяцевъ до 1 года|, по истеченіи коего никакія притязанія болѣе не принимаются. Вообще нужно имѣть въ виду, что для конфискацій, имѣющихъ обыкновенно политическій оттѣнокъ, нѣтъ общихъ правилъ; они издаются каждый разъ подъ вліяніемъ правильно или ложно понятыхъ интере-

совъ государственнаго самосохраненія.

б| Второй и важнѣйшій способъ принудительнаго прекращенія права собственности представляетъ э к с п р о п р і а ц і я, подъ которой слѣдуетъ разумѣть принудительное отчужденіе имуществъ, принадлежащихъ частнымъ или юридическимъ лицамъ, въ пользу государства, преслѣдующаго какую-либо общеполезную цѣль. Такимъ образомъ, экспропріація есть право государства, нормируемое опредѣленными законами и отправляемое имъ въ извѣстныхъ границахъ, - на принудительное отчужденіе собственности и другихъ имущественныхъ правъ, способныхъ къ отчужденію и принадлежащихъ какъ частнымъ, такъ и юридическимъ лицамъ. Для экспропріируемыхъ лицъ экспропріація есть прекращеніе ихъ правъ; для государства, напротивъ, она служитъ способомъ пріобрѣтенія, и потому многіе юристы излагаютъ теорію экспропріаціи въ ученіи о способахъ пріобрѣтенія права собственности. Но намъ кажется, что моментъ пріобрѣтенія права въ лицѣ государства далеко не имѣетъ въ понятіи экспропріаціи того существеннаго значенія, какъ моментъ прекращенія права для лицъ, подвергающихся экспропріаціи, тѣмъ болѣе, что, вступая въ права этихъ послѣднихъ, государство дѣлаетъ пріобрѣтеніе не въ свою пользу, а въ пользу всего общества, и является субъектомъ не гражданскаго, а публичнаго права. Отъ почему экспропріація касается теоріи

гражданскаго права лишь на столько, на сколько ею затрогиваются только гражданскія права лицъ, испытывающихъ на себѣ ея дѣйствіе, и вотъ почему мѣсто ея должно быть или въ ученіи о способахъ прекращенія вещныхъ правъ, или въ общей части теоріи гражданскаго права, подъ рубрикой конфликта между гражданскими и публичными правами. Такъ помѣщаетъ ее, между прочимъ, извѣстный прусскій юристъ Дернбергъ въ своемъ Lehrbuch des preußischen Privatrechts I.

Оставляя, однако, въ сторонѣ систематическое положеніе экспропріаціи, мы сдѣлаемъ теперь краткій анализъ приведеннаго выше опредѣленія этого понятія.

Первымъ и существеннѣйшимъ моментомъ этого опредѣленія является общеполезность предпріятія, въ виду котораго совершается экспропріація. Такъ, напримѣръ, были отобраны имущества помѣщиковъ для надѣленія крестьянъ, вышедшихъ изъ крѣпостной зависимости; такъ отбираются земли для проведенія желѣзной дороги, постройки общественныхъ зданій и т. п. Изъ этихъ же примѣровъ видно, что интересъ, въ виду котораго совершается экспропріація, долженъ быть не непремѣнно государственный, какъ хотятъ этого нѣкоторые юристы, а только общимъ интересомъ, подъ который могутъ подойти не одни государственныя предпріятія, но и предпріятія другихъ общественныхъ союзовъ, какъ напримѣръ, церковныя, общинныя и даже

частныя предпріятія, если только они связаны съ общимъ интересомъ. Во всякомъ случаѣ, экспропріація въ однихъ только частныхъ интересахъ не предпринимается никогда, а вопросъ, какія предпріятія считать общеполезными, разрѣшается одною государственною властью, такъ какъ право на экспропріацію есть слѣдствіе ея верховнаго права на государственную территорію и на все, въ ней заключающееся. И такъ какъ экспропріація есть право государственное, то оно и исходитъ отъ государства и осуществляется только однимъ государствомъ, передающихъ иногда только осуществленіе этого права отдѣльнымъ корпораціямъ, общинамъ или частнымъ лицамъ, когда они преслѣдуютъ цѣли, обращающіяся въ общую пользу. Вотъ почему экспропріація и допускается не иначе, какъ съ особаго разрѣшенія правительства, что и постановляется въ ст. 576 X т. I ч.: "Всѣ случаи, въ коихъ можетъ представиться нужнымъ обратить частное недвижимое имущество на государственную или общественную пользу, какъ то: для открытія и устроенія водяныхъ и сухопутныхъ сообщеній, для возведенія необходимыхъ казенныхъ публичныхъ зданій и т.п. потребностей, опредѣляются не иначе, какъ именными Высочайшими указами. Проекты указовъ сихъ представля-

---

ются министрами или главноуправляющими отдѣльными частями къ Высочайшему подписанію черезъ Государственный Совѣтъ". На основаніи этой статьи, въ связи съ абсолютнымъ взглядомъ на право собственности, по которому экспропріація является нарушеніемъ его принципа, многіе юристы утверждаютъ, что экспропріація можетъ совершаться только на основаніи уже существующаго закона и лишь въ условіяхъ, заранѣе имъ опредѣленныхъ. Но этотъ взглядъ не находитъ себѣ поддержки ни въ цитированномъ выше законѣ, ни въ общихъ соображеніяхъ, на которыхъ основано право экспропріаціи. Цитированный законъ говоритъ лишь, что случаи экспропріаціи опредѣляются Высочайшими указами, но онъ вовсе не связываетъ верховной власти рамками дѣйствующаго законодательства. Государство оцѣниваетъ и обсуживаетъ совершенно свободно обстоятельства, вызывающія ту или другую экспропріацію, и издаетъ о ней указъ, вполнѣ независимый отъ существовавшихъ дотолѣ законовъ.

Грандіозный примѣръ такой экспропріаціи, совершенной на основаніи не дѣйствовавшаго, а вновь изданнаго закона, представляетъ наша крестьянская реформа. Что касается общихъ соображеній, требующихъ, какъ будто, ограниченія права экспропріаціи предѣлами существующаго закона, то мы довольно говорили о неудовлетворительности этихъ соображеній, для того, чтобы имѣть надобность возвращаться къ нимъ.

Скажемъ коротко, что разъ за государствомъ признается право насильственнаго отчужденія частной собственности для общественныхъ цѣлей, основанія этого признанія нельзя видѣть ни въ чемъ иномъ, какъ въ сознаніи преимущества общественнаго интереса надъ частнымъ тамъ, гдѣ эти интересы приходятъ въ столкновеніе другъ съ другомъ. Разъ же это преимущество признано, оно даетъ основаніе общему юридическому принципу отчужденія всѣхъ правъ, способныхъ къ отчужденію, а не какому-то *jus singulare*, примѣняемому исключительно къ праву собственности, и то лишь - въ предѣлахъ дѣйствующаго закона. И такъ, первымъ моментомъ въ нашемъ опредѣленіи экспропріаціи служитъ общеполезность предпріятія, для котораго она совершается, - общеполезность, неограниченнымъ судьей которой является государственная власть, основывающая свои рѣшенія объ экспропріаціи на фактическихъ изслѣдованіяхъ, на данныхъ политической экономіи, и другихъ общественныхъ наукъ, а не на постановленіяхъ одного только дѣйствующаго законодательства. Другимъ моментомъ понятія экспропріаціи является принудительность отчужденія, производимаго независимо отъ воли частныхъ собственниковъ. Этотъ признакъ, въ одно и то же время, характеризуетъ всѣ виды экспропріаціи и отличаетъ ихъ отъ всѣхъ видовъ договорнаго соглашенія. Третій моментъ относится къ

предмету экспропріац'и, подъ который мы подвели безразлично всѣ роды имуществъ, какъ недвижимыхъ, такъ и движимыхъ, какъ частныхъ, такъ и общественныхъ, а равно-и всѣ виды вещныхъ правъ, какъ право собственности, такъ и другія вещныя права, способныя къ отчужденію. Такое **широкое** опредѣленіе предмета права экспропріаціи вытекаетъ изъ разъясненнаго нами понятія этого права, представляющаго собою ни что иное, какъ форму разрѣшенія всѣхъ возможныхъ конфликтовъ гражданскихъ правъ съ интересомъ общественнымъ, - форму, которая уже по самому существу своему должна быть примѣнима ко всѣмъ предметамъ и ко всѣмъ правамъ, способнымъ становиться въ подобные конфликты. Немыслимы эти конфликты только относительно правъ общественнаго пользованія, или такъ называемыхъ res publicae in publico usu, къ которымъ право экспропріаціи поэтому уже и не можетъ быть примѣнено. Экспропріація имѣетъ цѣлью пожертвованіе частнымъ правомъ на общественную пользу, а res publicae состоятъ уже въ общественномъ пользованіи, такъ что въ перенесеніи ихъ посредствомъ экспропріаціи изъ частнаго владѣнія въ общественное не можетъ быть никакой надобности. Въ случаяхъ же измѣненія способа пользованія такими вещами, потребуется опять не экспропріація, а простое распоряженіе государственной власти, право и обязанность которой составляетъ именно то, чтобы регулировать порядокъ общественнаго

пользованія. Такимъ образомъ, природная неспособность res publicae in publico usu стоять въ торговомъ оборотѣ дѣлаетъ ихъ въ то же время и неспособными служить предметами экспропріаціи, - тогда какъ относительная неспособность къ такому же обороту со стороны res publicae въ широкомъ смыслѣ,- т.е. имуществъ, принадлежащихъ государству и другимъ юридическимъ лицамъ, которыя въ своихъ внѣшнихъ отношеніяхъ распоряжаются ими совершенно свободно или стѣснены только въ своихъ внутреннихъ распоряженіяхъ,- дѣлаетъ эти имущества вполнѣ годными предметами для экспропріаціи. Далѣе, ни запрещенія, ни какія бы то ни было ограниченія въ правѣ распоряженія тѣми или другими имуществами, не могутъ стѣснить экспропріаціи этихъ имуществъ, такъ какъ экспропріація есть не частная сдѣлка объ отчужденіи, которая можетъ быть непримѣнима въ силу закона къ тѣмъ или инымъ имуществамъ, а такое распоряженіе объ отчужденіи, которое прямо исходитъ отъ государственной власти и имѣетъ свое основаніе въ публичномъ, а не въ гражданскомъ правѣ. Поэтому же экспропріація примѣнима одинаково какъ къ недвижимымъ, такъ и къ движимымъ имуществамъ, хотя нѣкоторыя законодательства и ограничиваютъ область ея примѣненія одними недвижимостями, руководясь, съ одной стороны, сравнительною неважностью случаевъ экспропріаціи движимостей, воз-

можностью сокрытія этихъ движимостей или замѣны ихъ подобными же движимостями, а съ другой — неудобствомъ примѣнять къ малоцѣннымъ движимостямъ сложный аппаратъ экспропріаціи съ его многочисленными формами и гарантіями. Но въ принципѣ экспропріація движимостей вполнѣ возможна и, какъ на примѣры ея мы сошлемся на экспропріацію съѣстныхъ припасовъ, производимую въ случаѣ голода, на экспропріацію лошадей въ случаѣ военной мобилизаціи, на истребленіе скота въ случаѣ различныхъ эпидемій, на признанное германскимъ закономъ 1870 года право экспропріаціи противъ виновнаго въ контрафакціи и т.п. Наконецъ, экспропріація примѣняется не къ одному праву собственности, а и къ другимъ вещнымъ правамъ, что признается большинствомъ европейскихъ законодательствъ, за исключеніемъ бельгійскаго и французскаго, ограничивающихъ право экспропріаціи принудительнымъ отчужденіемъ одного права собственности. Что касается нашего законодательства, то въ статьяхъ, посвященныхъ экспропріаціи, отъ ст. 575 до 593 X т. I ч. оно говоритъ только объ отчужденіи у частныхъ лицъ недвижимыхъ имуществъ; но во I-хъ, оно упоминаетъ и объ имуществахъ юридическихъ лицъ [ст. 503], экспропріація которыхъ получаетъ иногда чрезвычайно важное значеніе, какъ напримѣръ экспропріація имуществъ, захваченныхъ духовенствомъ и обращенныхъ имъ въ такъ

назыв. main-morte, въ капиталъ мертвой руки о секуляризованный теперь почти вездѣ; во 2-хъ, наше же законодательство допускаетъ экспропріацію не только въ смыслѣ совершеннаго отчужденія имущества, но и въ смыслѣ временнаго его стѣсненія, когда, напримѣръ, земля частныхъ лицъ занимается временно для общественныхъ, казенныхъ или государственныхъ работъ |прим. 2 къ стр. 108|; наконецъ, въ 3-хъ, наши законы признаютъ въ рѣдкихъ случаяхъ и экспропріацію движимыхъ вещей, постановляя, что, въ случаяхъ голода, отъ правительства можетъ быть назначено понудительное отчужденіе у частныхъ лицъ имѣющихся у нихъ запасовъ хлѣба и друг. съѣстныхъ припасовъ. Такимъ образомъ, наше законодательство понимаетъ экспропріацію въ самомъ широкомъ смыслѣ и примѣняетъ ее ко всякаго рода имуществамъ, что, какъ мы увидимъ ниже, чрезвычайно важно для правильнаго представленія о ней. Наконецъ, четвертымъ и, такъ сказать, отрицательнымъ моментомъ нашего опредѣленія экспропріаціи является умолчаніе въ немъ о правѣ на вознагражденіе со стороны попадающихъ подъ нее лицъ. Это умолчаніе противорѣчитъ господствующему ученію о собственности, которое вѣритъ непоколебимо въ то положеніе, что никакое пріобрѣтенное, а, въ особенности, вещное право, не можетъ быть нарушено безъ вознагражденія. Поэтому-то, признавая съ усили-

емъ и неудовольствіемъ экспропріацію, какъ фактъ, наблюдаемый у всѣхъ народовъ, господствующее ученіе и ставитъ необходимымъ условіемъ ея - вознагражденіе бывшаго собственника, вознагражденіе, безъ котораго экспропріація объявляется немыслимой. Мы ничего не возразили бы противъ этого положенія, если бы оно только не опровергалось прошедшимъ опытомъ исторіи и современными намъ законодательными актами. Не станемъ говорить о тѣхъ очевидныхъ нарушеніяхъ принципа вознагражденія за теряемое право, какія были произведены въ ночь 4 августа 1789 года во Французскомъ Національномъ Собраніи, когда провозглашена была отмѣна различныхъ феодальныхъ правъ безъ всякаго вознагражденія ихъ прежнихъ владѣльцевъ. Обойдемъ также и фактъ уничтоженія рабства въ Соединенныхъ Штатахъ Америки, совершившійся безъ малѣйшаго вознагражденія рабовладѣльцевъ. Но остановимся нѣсколько минутъ на современномъ фабричномъ законодательствѣ, гдѣ нарушеніе принципа вознагражденія за экспропріацію не такъ очевидно, хотя и не менѣе дѣйствительно. Предъ изданіемъ фабричныхъ законовъ, промышленный капиталъ пользовался полной свободой въ заключеніи условій найма рабочей силы и не несъ никакихъ обязанностей; право собственности на промышленный капиталъ было почти столь же неограниченно, какъ право собственности на предметы непосредственнаго потребле-

нія. Но съ изданіемъ фабричныхъ законовъ, право собственности на промышленный капиталъ было значительно уменьшено въ своемъ объемѣ и безъ всякаго за это вознагражденія. Собственники этихъ капиталовъ были ограничены въ правѣ пользованія ими сообразно однимъ условіямъ рынка. Рынокъ позволяетъ, напримѣръ, нанять рабочаго на I4 и болѣе часовъ ежедневнаго труда, а законъ воспретилъ имъ нанимать его болѣе, чѣмъ на I0 часовъ. Мало того, законъ ограничилъ право собственности на промышленный капиталъ и въ другомъ смыслѣ: онъ наложилъ на эти капиталы новыя и специальныя обязанности. Собственникамъ ихъ вмѣнено въ обязанность устраивать на свой счетъ при фабрикахъ и заводахъ школы и нанимать для рабочихъ врача. Когда въ Англійскомъ парламентѣ впервые былъ поднятъ вопросъ объ этихъ законахъ, то буржуазная пресса кричала о нарушеніи принципа святости права собственности, и она была совершенно права съ точки зрѣнія господствующей теоріи собственности; но то, что новый законъ прошелъ и нашелъ себѣ многочисленныхъ подражателей въ другихъ странахъ, показываетъ, что и правительство, и общество часто бываютъ вынуждены нарушать этотъ принципъ.

Другой большой примѣръ отмѣны права собственности на одни объекты безъ вознагражденія, на другіе - съ ограниченнымъ вознагражденіемъ, - даетъ

актъ освобожденія нашихъ крестьянъ. Помѣщики были вознаграждены только за отведенныя крестьянамъ земли, и то въ предѣлахъ, указанныхъ спеціальнымъ на то закономъ; но право ихъ на крестьянскій трудъ, на рабочую силу человѣка было отмѣнено вполнѣ безвозмездно, и этотъ объектъ собственности былъ выброшенъ изъ законодательства безъ того, чтобы помѣщики получили за него несправедливое вознагражденіе.

Приведенные примѣры показываютъ, кажется, съ достаточной ясностью, что вознагражденіе собственниковъ далеко не всегда соединяется съ ихъ экспропріаціей. Правда, что такое вознагражденіе постановляется въ большинствѣ случаевъ экспропріаціи, когда оно бываетъ справедливо или легко выполнимо. Но если это вознагражденіе стоитъ въ противорѣчіи съ существующими въ данное время и въ данномъ мѣстѣ представленіями о справедливости, или если оно соединено съ чрезвычайными трудностями и лишеніями для государственнаго цѣлаго, то исключеніе его, какъ мы видѣли, вовсе не мѣшаетъ дѣйствительности экспропріаціи, почему оно и не включено въ наше опредѣленіе этого понятія. Во всякомъ случаѣ, если вознагражденіе за экспропріацію установлено и въ самомъ законѣ, оно все-таки составляетъ вторичный моментъ и послѣдствіе насильственнаго отчужденія, которое, напротивъ, есть первичный и единственно существенный моментъ въ поня-

тіи экспропріаціи. Повтому, Штаббе, Лаббандъ и нѣкоторые другіе нѣмецкіе юристы, комментируя Прусскій законъ объ экспропріаціи, - параграфъ 22 котораго говоритъ, что "экспропріація поземельныхъ участковъ объявляется только по уплатѣ вознагражденія ихъ бывшихъ собственниковъ", - замѣчаютъ совершенно правильно, что вознагражденіе можетъ по времени идти впереди отчужденія, но логически оно стоитъ всегда послѣ этого послѣдняго, будучи его простой консеквенціей. На основаніи наличности или отсутствія вознагражденія, отчужденія движимыхъ и недвижимыхъ имуществъ, частныхъ или общественныхъ, присвоенія этихъ имуществъ государствомъ или предоставленія ихъ частнымъ лицамъ, - на основаніи этихъ и другихъ признаковъ, можно отличать только отдѣльные виды экспропріаціи. Но сущность ея останется всегда одной и той же, характеризуясь лишь общеполезностью цѣли и принудительностью отчужденія. Повтому всѣ виды экспропріаціи, какъ бы разнообразны они ни были, должны быть соединены въ одно понятіе, какъ скоро они отвѣчаютъ двумъ указаннымъ сейчасъ условіямъ. Соединеніе же ихъ въ одно понятіе важно потому, что оно выставляетъ общее положеніе, по которому неизбѣжное во всѣхъ случаяхъ экспропріаціи столкновеніе между существующимъ юридическимъ порядкомъ, съ его системой пріобрѣтенныхъ правъ, и новыми потребностями эко-

номической и соціальной жизни, или новымъ сознаніемъ объ этихъ потребностяхъ, - должно разрѣшаться государственной властью, когда путь соглашеній и договоровъ не приводитъ къ желаемой цѣли. Это общее положеніе имѣетъ чрезвычайную важность, потому что оно даетъ возможность государству измѣнять существующія юридическія отношенія, согласно съ новыми требованіями жизни и прогрессирующими взглядами на справедливость.

Замѣтимъ, наконецъ, что кромѣ этого общаго значенія экспропріаціи, какъ одного изъ могущественнѣйшихъ орудій прогресса въ рукахъ государства, затѣмъ, кромѣ спеціальнаго еще въ юридическомъ смыслѣ значенія экспропріаціи, какъ одного изъ способовъ прекращенія собственности, возможность экспропріаціи всякаго права собственности дѣлаетъ изъ нея также одно изъ законныхъ ограниченій, которымъ всѣ собственники связаны по отношенію къ окружающему ихъ обществу. Это же свойство экспропріаціи позволяетъ пользоваться ею, какъ однимъ изъ сильнѣйшихъ аргументовъ противъ абсолютной теоріи собственности, оспаривать которую новыми доводами мы не видимъ надобности. Отмѣтимъ, однако, одно важное отличіе законныхъ ограниченій собственности отъ экспропріаціи. Эта послѣдняя содержитъ въ себѣ всегда полное или частичное отчужденіе чьего-либо права, а законныя ограниченія

собственности никогда не заключаютъ въ себѣ полнаго отчужденія и суть только видоизмѣненія, вносимыя закономъ въ силу тѣхъ или иныхъ общихъ соображеній, въ пользованіе даннымъ правомъ. Поэтому, нельзя видѣть экспропріацію въ юридическомъ смыслѣ слова и въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ собственникъ обязывается допускать на своей землѣ право раскопокъ или не строиться въ предѣлахъ, отведеныхъ для крѣпостныхъ укрѣпленій, или не разводить растительности вблизи желѣзной дороги и т. д.

Замѣтимъ, въ заключеніе, что чисто юридическое понятіе экспропріаціи нѣсколько тѣснѣе того общаго представленія о ней, которое было установлено выше. Мы видѣли, какъ важно это общее представленіе объ экспропріаціи съ точки зрѣнія общественной и законодательной. Но съ точки зрѣнія практики, т.е. не законодательнаго, а судебнаго примѣненія права экспропріаціи къ каждому конкретному случаю, понятіе этого права опредѣляется положительнымъ закономъ, который не поспѣваетъ обыкновенно за теоретической обработкой вопроса. Практическая же важность такого тѣснаго, т.е. основаннаго на дѣйствующемъ законѣ понятія экспропріаціи, въ отличіе отъ общаго понятія этого института, уже разъясненнаго нами, состоитъ, главнымъ образомъ, въ томъ, что законъ предписываетъ, большею частью, особый порядокъ, особый про-

цессъ и особыя формы для производства дѣлъ по экспропріаціи, - порядокъ, который находитъ свое примѣненіе только въ предусмотрѣнныхъ закономъ случаяхъ экспропріаціи. Всѣ другіе случаи экспропріаціи не подлежатъ производству въ этомъ порядкѣ и приводятся въ исполненіе на основаніи или вновь издаваемыхъ законовъ или распоряженій различныхъ органовъ административной власти, завѣдывающихъ въ силу уже существующаго закона тѣми отраслями общественнаго управленія, функцію которыхъ составляютъ тѣ или другіе виды экспропріаціи. Спеціальныя правила нашего законодательства объ экспропріаціи вы найдете въ указанныхъ выше ст. ст. X т. I ч. Не считая нужнымъ останавливаться на нихъ, мы скажемъ еще нѣсколько словъ объ юридической конструкціи права экспропріаціи. Юридическія отношенія, возникающія по экспропріаціи, конструировались до послѣдняго времени на основаніи понятія принудительной продажи. Такова была господствующая конструкція права экспропріаціи, не смущавшаяся и его принудительнымъ характеромъ. Утверждалось, что эта принудительность не противорѣчитъ вовсе допущенію въ случаяхъ экспропріаціи сдѣлки продажи, такъ какъ законъ здѣсь не отрицаетъ, а только восполняетъ или фингируетъ свободную волю продавца, направленную на уступку его права въ пользу государства. Искусственность этой конструкціи не

требуетъ особенныхъ поясненій; знаменитый профессоръ Вѣнскаго Университета, Лоренцъ Штейнъ, сдѣлавшій болѣе, чѣмъ кто-нибудь для правильной постановки всего ученія объ экспропріаціи, осмѣялъ остроумно приведенную выше доктрину въ слѣдующихъ словахъ: "Die Entziehung hat allerdings allerlei mit dem Verkaufe gemein, nur die Einleitung hat allerlei: die Absicht, das Kaufobject, und die gütliche, den Vertrag."

Непригодность же разбираемой нами конструкціи для объясненія юридическихъ отношеній по экспропріаціи наглядно доказывается тѣмъ, что важнѣйшія нормы, имѣющія силу относительно договора купли-продажи, не находятъ себѣ по отношенію къ экспропріаціи никакого примѣненія. Поэтому, положеніе экспропріатора, т.е. государства, имѣетъ также мало общаго съ положеніемъ покупщика, какъ и положеніе экспропріируемаго, то есть того, кто подвергается экспропріаціи, съ положеніемъ продавца. Первый, т.е. экспропріаторъ, основываетъ свое право на законѣ, а вовсе не на согласіи или волѣ другой стороны, какъ это мы видимъ при куплѣ-продажѣ. Въ противоположность тому, что имѣетъ мѣсто при этой послѣдней, бывшій собственникъ или иной владѣлецъ вещи не отвѣчаетъ въ случаѣ экспропріаціи ни за юридическіе | habere licere |, ни за физическіе недостатки отчуждаемой у него вещи. Разъ произведенная

экспропріація не можетъ быть отмѣнена и по поводу такъ наз. "laesio enormis", составляющей, какъ извѣстно, основаніе для оспариванія купли-продажи.

Переходъ собственности и другихъ вещныхъ правъ совершается здѣсь непосредственно и независимо отъ воли экспропріируемаго, отъ котораго не требуется ни традиціи, ни какихъ бы то ни было особыхъ дѣйствій, составляющихъ необходимыя условія договорныхъ отчужденій. Поэтому и пріобрѣтеніе собственности по экспропріаціи есть, въ противоположность съ пріобрѣтеніемъ ея по покупкѣ, не производное, а непосредственное, независимое отъ воли предшествующаго собственника; пріобрѣтеніе совершается здѣсь и въ томъ случаѣ, если собственность на отчужденный предметъ принадлежала не тому, противъ кого была направлена экспропріація, а совсѣмъ другому лицу. Вообще, переходъ права по экспропріаціи отличается такимъ абсолютнымъ характеромъ, который не встрѣчается въ договорныхъ отношеніяхъ и который можетъ быть объясненъ только публичной природой права экспропріаціи. Здѣсь не принимается въ разсчетъ ни одно изъ обстоятельствъ, имѣющихъ при договорныхъ отчужденіяхъ очень важное значеніе, а именно: принадлежитъ отчуждаемая вещь одному или нѣсколькимъ лицамъ, названы или нѣтъ эти лица въ постановленіи объ экспропріаціи, обращается экспропріація противъ настоящихъ или мнимыхъ собст-

венниковъ, имѣетъ ли она своимъ предметомъ имущества, свободныя отъ ограниченій, или имущества, подлежащія такимъ ограниченіямъ въ правѣ отчужденія, которыя дѣлаютъ невозможнымъ распоряженіе ими на основаніи частныхъ сдѣлокъ, но не мѣшаютъ ихъ экспропріаціи. Вотъ существенныя черты отличія экспропріаціи отъ купли-продажи, черты настолько рѣзкія, что онѣ заставляютъ насъ отвергнуть безусловно приведенную выше конструкцію и принять другую, предлагаемую Stobbe, Laband'омъ, Grünhut'омъ и нѣкоторыми другими современными намъ юристами. Они говорятъ вполнѣ основательно, что экспропріація не можетъ быть объяснена съ точки зрѣнія обязательственнаго или, вѣрнѣе, какого бы то ни было частно-гражданскаго права. Это не сдѣлка, не договоръ, а распоряженіе государственной власти, дѣлающей употребленіе изъ своего права верховенства. Поэтому, экспропріація основана не на гражданскомъ обязательствѣ, а на односторонне-возвѣщаемой волѣ государственной власти; поэтому она имѣетъ свои корни въ публичномъ правѣ и подлежитъ обсужденію съ точки зрѣнія этого послѣдняго. Поэтому же собственность и другія вещныя права на предметы экспропріаціи переходятъ къ государству

въ силу закона, безъ посредства какого бы то ни было частно-обязательственнаго отношенія. Способъ пріобрѣтенія тутъ легальный, пріобрѣтеніе происходитъ ipso jure, непосредственно, въ силу закона и независимо отъ управомоченнаго лица. Такимъ образомъ, экспропріація, въ своей активной сторонѣ, является основаннымъ на законѣ правомъ государственной власти на принудительное пріобрѣтеніе изъ частнаго обладанія такихъ вещей, которыя требуются для общественныхъ цѣлей. Этому праву соотвѣтствуетъ такая же публично-правовая обязанность, лежащая на всѣхъ гражданахъ и состоящая въ необходимости поступаться въ извѣстныхъ, опредѣленныхъ закономъ, условіяхъ ихъ собственностью и другими вещными правами въ пользу государства, преслѣдующаго, при этомъ, тѣ же общеполезныя цѣли. - Отсюда мы обратимся къ послѣднему и важнѣйшему въ ученіи о собственности отдѣлу - о способахъ ея защиты.

218

111. СПОСОБЫ ЗАЩИТЫ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ

Право собственности защищается въ порядкѣ гражданскаго процесса исками двухъ родовъ: а) владѣльческими исками и в) исками о собственности или такъ называемыми виндикаціонными исками.

Первые принадлежатъ къ ученію о владѣніи, и мы займемся здѣсь только вторыми, настоящими исками

о собственности, или виндикаціями. Сущность ихъ охарактеризована въ слѣдующихъ словахъ римскаго юриста: "ubi rem meam invenio, ibi eam vindico", то есть собственникъ въ случаѣ потери владѣнія вещью, отыскиваетъ ее всюду, гдѣ только можетъ найти ее, и у перваго, и у второго, и у третьяго пріобрѣтателя, словомъ, требуетъ ее отъ всякаго, въ чьихъ рукахъ она находится, и совершенно независимо отъ способа, которымъ она пріобрѣтена. Такова чистая и абсолютная форма виндикаціи, въ которой она не удержалась, какъ мы уже говорили объ этомъ, даже въ римскомъ правѣ. Неограниченное примѣненіе ея стоитъ въ противорѣчіи съ интересами промышленнаго и торговаго оборота, требующими свободнаго обращенія многихъ цѣнностей, которыя не имѣли бы никакого значенія, если бы оборотъ ими былъ постоянно стѣсненъ различными притязаніями со стороны ихъ мнимыхъ и настоящихъ собственниковъ. Вотъ почему современныя законодательства проводятъ относительно виндикаціи строгое различіе между движимыми и недвижимыми вещами, допуская свободное примѣненіе ея только къ недвижимымъ имуществамъ, а не къ движимостямъ. Исключеніе въ этомъ отношеніи составляетъ наше законодательство, постановленія котораго по настоящему вопросу, какъ и по многимъ другимъ вопросамъ, отличается и неправильностью, и запутанностью, и противорѣчіями. Такъ, напримѣръ, въ ст. 609 X т. 1 ч., мы читаемъ: "Всякій владѣвшій незаконно чужимъ имуществомъ, не смотря

на то, добросовѣстное или недобросовѣстное было сіе владѣніе, обязанъ по окончательному рѣшенію суда, не медля возвратить имущество настоящему хозяину онаго и вознаградить его за неправое владѣніе, на основаніи правилъ, постановленныхъ въ нижеслѣдующихъ статьяхъ". Изъ первыхъ словъ этой статьи, равно какъ и изъ статьи 1512, гласящей: "если движимое имущество куплено безъ поручительства, хотя, впрочемъ, незавѣдомо краденое, но впослѣдствіи оно окажется краденымъ, то покупщикъ подвергается лишенію онаго въ пользу настоящаго хозяина, а ему предоставляется заплаченныя деньги искать на продавцѣ", - можно было бы подумать, что наши законы вовсе не признаютъ различія между движимыми и недвижимыми вещами относительно обязательнаго возвращенія ихъ настоящему собственнику. Ст. 609 говоритъ о "всякомъ" владѣльцѣ чужого имущества, слѣдовательно, и движимаго; ст. 1512 лишаетъ прямо движимаго имущества каждаго, даже добросовѣстнаго владѣльца, если только окажется, что оно дошло къ нему не отъ настоящаго собственника. Цѣлый рядъ другихъ статей говоритъ также объ искахъ собственника къ владѣльцу, не различая вовсе, является ли послѣдній намѣреннымъ нарушителемъ правъ собственности перваго или владѣльцемъ *bona fide*. Извѣстная уже намъ ст. 534 также можетъ быть приведена въ пользу допущенія нашимъ за-

конодательствомъ виндикаціи всѣхъ движимыхъ вещей вообще. "Движимыя вещи почитаются собственностью того, кто ими владѣетъ, доколѣ противное не будетъ доказано". Послѣднія слова этой статьи показываютъ ясно, что владѣніе движимыми вещами, по отношенію къ вопросу о собственности, есть не болѣе, какъ *praesumptio juris*, которая можетъ быть во всякое время оспорена собственникомъ, послѣ чего онъ получитъ право отобрать свою вещь отъ всякаго, даже добросовѣстнаго владѣльца ея. Такимъ образомъ, всѣ приведенные законы должны бы, кажется, вызвать въ насъ твердое убѣжденіе въ томъ, что наше право не наблюдаетъ относительно виндикаціоннаго иска никакого различія между недвижимыми и движимыми вещами, допуская виндикацію послѣднихъ безусловно и во всѣхъ случаяхъ, въ которыхъ собственникъ можетъ доказать свое право. Но мы не только не составили себѣ такого убѣжденія, но имѣемъ, напротивъ, всѣ основанія держаться противоположнаго взгляда.

Прежде всего, естественныя свойства вещей, составляющихъ предметъ владѣнія, не позволяютъ часто примѣнять къ нимъ виндикаціонный искъ, а, затѣмъ, въ нашемъ же законодательствѣ существуютъ спеціальные законы по отношенію къ извѣстнаго рода вещамъ, къ которымъ эти законы не примѣняютъ виндикаціи. Укажемъ подробнѣе на то и другое основаніе ограниченія виндикаціи по нашему законодательству.

Виндикація возможно только тогда, когда предметъ владѣнія опредѣленъ твердыми и точными признаками. Но такимъ предметомъ не могутъ быть вещи замѣнимыя, генерическія; слѣдовательно, къ нимъ неприложима и виндикація, требующая точнаго опредѣленія предмета владѣнія, который не поддается здѣсь такому опредѣленію. Убѣдиться въ правильности этого разсужденія вы можете изъ слѣдующаго процессуальнаго соображенія. По общему правилу, отвѣтчикъ не присуждается судьей ни къ чему, пока истецъ не докажетъ своего права, - въ данномъ случаѣ, владѣлецъ вещи не можетъ быть приговоренъ въ возврату ея собственнику, пока послѣдній не докажетъ своего права собственности на спорную вещь. Относительно же вещей, измѣряемыхъ вѣсомъ, мѣрой и счетомъ, невозможно доказать право собственности иначе, какъ фактомъ владѣнія ими. Слѣдовательно, виндикаціонный искъ не можетъ имѣть никакого примѣненія къ самымъ распространеннымъ изъ всѣхъ вещей, обращающихся въ гражданскомъ оборотѣ, а именно - къ вещамъ генерическимъ, - хотя нашъ законъ и не выставляетъ такого положенія. Впрочемъ, изъ цитированной выше 1512 статьи можно вывести косвенное подтвержденіе этого положенія. Эта статья, распространяя виндикацію на движимое имущество, имѣетъ въ виду послѣднее, исключительно какъ предметъ купли-продажи. Между тѣмъ, предметомъ этой послѣдней не могутъ быть денежные знаки, какъ

таковые, т.е. въ смыслѣ средства платежа, если только они не опредѣлены индивидуально, въ видѣ монеты такого-то года, билета за такимъ то № и т. д. Слѣдовательно, говоря о виндикаціи движимыхъ имуществъ, наша статья дѣйствительно выдѣляетъ изъ нихъ денежные знаки, какъ такой разрядъ движимости, къ которымъ виндикація непримѣнима. Сюда же слѣдуетъ отнести и безыменныя процентныя бумаги, такъ какъ и онѣ являются на практикѣ очень обыкновеннымъ, хотя и не признаннымъ въ законѣ средствомъ платежа. Относительно государственныхъ процентныхъ бумагъ существуетъ даже спеціальный законъ, ограничивающій примѣненіе къ нимъ виндикаціи. Такъ статья 270 Уст. Кредитнаго говоритъ, что въ случаѣ утраты именныхъ билетовъ Государственнаго Банка, на которыхъ есть бланковая надпись [а такая надпись превращаетъ именную бумагу въ безыменную], дѣлается публикація, и, если въ теченіе трехъ лѣтъ со времени послѣдней публикаціи, кто-либо предъявитъ въ банкъ такой билетъ, то ему немедленно производится уплата; отъ него же требуется только удостовѣреніе полиціи о его мѣстѣ жительства для сообщенія такового лицу, заявившему объ утратѣ билета. Изъ этого закона видно, что владѣлецъ билета получаетъ по нему удовлетвореніе независимо отъ права собственника, которому предоставлено вѣдаться съ владѣльцемъ въ порядкѣ личнаго, а не виндикаціоннаго иска. Далѣе, въ статьѣ 1342 X т. 1 ч.

говорится, что предъявитель ломбарднаго билета имѣетъ право выкупить закладъ; значитъ, здѣсь тоже не требуется удостовѣряться въ томъ, правомѣрный ли онъ собственникъ или нѣтъ. Наконецъ, у насъ есть еще одно ВЫСОЧАЙШЕ утвержденное мнѣніе Государственнаго Совѣта отъ 17 мая 1865 года, по которому владѣльцемъ безыменнаго 6 % билета признается всякій держатель онаго. Нѣкоторые изъ нашихъ юристовъ думаютъ, что владѣніе, о которомъ говорится въ приведенномъ мнѣніи Государственнаго Совѣта, есть только презумпція собственности, которая можетъ быть отвергнута, и что оно имѣетъ поэтому одно процессуальное значеніе для распредѣленія onus probandi, тяжести доказательствъ. Но при такомъ пониманіи владѣнія, спеціальное постановленіе Государственнаго Совѣта оказалось бы совершенно излишнимъ и безцѣльнымъ, въ виду существующаго уже въ гражданскихъ законахъ и знакомаго намъ общаго положенія, что "движимыя вещи почитаются собственностью того, кто ими владѣетъ, доколѣ противное не будетъ доказано" |ст. 534|. Поэтому, мнѣніе Государственнаго Совѣта слѣдуетъ понимать не въ смыслѣ этой банальной praesumptio juris, которая всякимъ можетъ быть опровергнута, а въ томъ смыслѣ, что владѣлецъ безыменнаго билета является ipso jure и собственникомъ его, что владѣніе предполагаетъ здѣсь безусловно собственность и исключаетъ всякую возможность виндикаціи.

Изъ приведенныхъ спеціальныхъ узаконеній можно вывести общее правило, что виндикація не должна примѣняться и къ большинству бумагъ на предъявителя. Это правило вытекаетъ логически изъ самаго понятія предъявительскихъ бумагъ, такъ какъ фактъ владѣнія является въ нихъ основаніемъ для самого права, - безъ чего эти бумаги не могли бы отправлять своей важной функціи замѣстителей денегъ въ торговомъ оборотѣ и потеряли бы большую долю своего значенія. Это соображеніе неприменимо, однако, къ другимъ обязательствамъ, циркулирующимъ въ гражданскомъ оборотѣ, и къ такъ назыв. ордернымъ бумагамъ, которыя передаются изъ рукъ въ руки не посредствомъ простой передачи, какъ бумаги на предъявителя, а посредствомъ передаточныхъ или бланковыхъ надписей, свидѣтельствующихъ ясно о принадлежности этихъ бумагъ тому или другому лицу. Это свидѣтельство дѣлаетъ возможнымъ примѣненіе къ нимъ виндикаціи, исключаемой относительно бумагъ на предъявителя именно потому, что эти послѣднія переходятъ отъ лица къ лицу по простой передачѣ и, не нося въ себѣ никакихъ признаковъ принадлежности ихъ данному опредѣленному владѣльцу, дѣлаютъ этимъ самымъ невозможнымъ удостовѣряться въ принадлежности ихъ иначе, какъ посредствомъ факта владѣнія. Вотъ важное соображеніе, объясняющее, въ связи съ указанной выше природой бумагъ на предъявителя, почему виндикація ихъ не допускается даже

нашимъ законодательствомъ, постановленія котораго по настоящему вопросу, въ высшей степени, неудовлетворительны. Наконецъ, виндикацію слѣдуетъ еще ограничить относительно всѣхъ движимыхъ вещей, циркулирующихъ въ торговомъ оборотѣ, въ качествѣ товаровъ. Пріобрѣсти какое-нибудь вещное право на товаръ означаетъ не столько пріобрѣтеніе самого товара,-т.е. права на опредѣленный тѣлесный предметъ,- сколько пріобрѣтеніе права распоряженія на экономическую цѣнность, выраженную въ товарѣ. Находясь въ постоянномъ движеніи и предназначенный къ передачѣ изъ рукъ въ руки, товаръ не имѣетъ опредѣленной индивидуальности и устойчивости, этихъ необходимыхъ условій для собственности, охраняемой виндикаціоннымъ искомъ. Онъ представляется управомоченному лицу не столько индивидуально-опредѣленной, сколько отвлеченно-экономическою цѣнностью. Поэтому товаръ по своей замѣстимости, по принадлежности къ роду, а не къ виду вещей, наконецъ, по своей способности выражаться въ отвлеченной цѣнности, является такою же генерической вещью, какъ и деньги, и поэтому примѣненіе виндикаціи къ товару должно быть такъ же ограничено, какъ и къ деньгамъ. И дѣйствительно, большая часть новыхъ европейскихъ законодательствъ устанавливаетъ, какъ увидимъ это ниже, такія ограниченія въ виндикаціи всѣхъ движимостей вообще, которыя, будучи выз-

ваны потребностью въ быстротѣ и легкости обращенія послѣднихъ въ жизни, дѣлаютъ понятіе виндикаціи для нихъ почти непригоднымъ. Замѣчательно, что совершенно однородныя и даже болѣе значительныя ограниченія виндикація, чѣмъ тѣ, которыя признаны въ настоящее время, существовали еще въ древнемъ правѣ, хотя они и не могли основываться тамъ на тѣхъ соображеніяхъ, которыя лежатъ въ корнѣ современныхъ намъ ограниченій виндикаціи. При простотѣ первоначальнаго гражданскаго оборота, при небольшомъ числѣ и индивидуальномъ характерѣ всѣхъ обращающихся въ маленькихъ общинахъ вещей, такія понятія, какъ быстрота и легкость переходовъ собственности, а также - гарантированіе этихъ переходовъ отъ возможности оспариванія со стороны бывшихъ собственниковъ, - не имѣли вовсе такого значенія, какое они имѣютъ въ настоящее время. Естественно, поэтому, что древнія стѣсненія виндикаціи должны быть объяснены совсѣмъ иначе, чѣмъ новыя постановленія по этому вопросу, и естественно также, что такая однородность явленій, при различіи всѣхъ условій быта и производящихъ факторовъ, имѣетъ чрезвычайный интересъ, для выясненія котораго я остановлюсь нѣсколько на древне-германскихъ формахъ защиты движимой собственности ихъ послѣдующей эволюціи.

Древніе германцы, какъ мы уже говорили объ этомъ не разъ, не знали частной собственности на землю,

но были вполнѣ знакомы съ частной собственностью на движимость, которая носила у нихъ, однако, особый характеръ, отличный отъ современной собственности. Такое различіе права относительно недвижимости и движимости объясняется, главнымъ образомъ, тѣмъ, что поземельнымъ владѣніемъ условливалось въ началѣ среднихъ вѣковъ не только экономическое благосостояніе семьи, но и вся политическая и общественная организація народа, политическое и общественное положеніе каждаго отдѣльнаго лица. Вслѣдствіе такого первенствующаго значенія земли, въ которой были равно заинтересованы и семья, и община, и государство, она не причислялась къ составу имущества и состояла внѣ торговаго оборота: ее нельзя были ни продать, ни промѣнять, ни заложить, въ смыслѣ современнаго залогового права, ни подарить, ни завѣщать. Когда же впослѣдствіи появилось право отчужденія, то мы знаемъ, какими крупными ограниченіями оно было обставлено въ интересахъ тѣхъ же началъ, которыми устанавливалась первоначальная неотчуждаемость земли, т.е. въ интересахъ семейнаго, общиннаго и государственнаго началъ. По этимъ же соображеніямъ, для пріобрѣтенія всякаго права на землю стала требоваться извѣстная публичность, содѣйствіе суда и другихъ органовъ общественной власти. Точно также древнѣйшая форма германскаго залогового права на землю состояла не въ правѣ кредитора на удовлетвореніе своего долга изъ

цѣнности заложенной вещи, какъ это имѣетъ мѣсто теперь, а въ одномъ правѣ пользованія плодами заложенной вещи, - пользованія, которое не шло никогда на продажу этой вещи и на удовлетвореніе кредиторовъ изъ продажной суммы. Земля не отвѣчала за долги своего владѣльца, и если у должника не было другого имущества, кромѣ земли, онъ объявлялся, все равно, несостоятельнымъ и изгонялся изъ общины. Словомъ, земля стояла внѣ торговаго оборота: она не была ни предметомъ удовлетворенія для кредитора, ни средствомъ платежа для должника, ни капиталомъ для ея владѣльца; она давала не %, а лишь плоды, и не имѣла, говоря языкомъ экономистовъ, никакой мѣновой цѣнности |Tauschwerth|, заключая въ себѣ одну только цѣнность потребленія |Gebrauchswerth|. Совсѣмъ инымъ было, сравнительно съ землей, юридическое положеніе движимостей въ древней Германіи, а, съ нею вмѣстѣ, и въ другихъ странахъ, стоявшихъ на одинаковой съ древней Германіей ступени развитія. Движимости находились всецѣло въ торговомъ оборотѣ; онѣ подлежали отчужденію, отдачѣ въ ссуду, внаймы, даренію, завѣщанію. Залогъ на нихъ устанавливался въ формѣ, соотвѣтствующей нашему закладному праву, и соединялся какъ съ владѣніемъ, такъ и съ правомъ продажи заложенной вещи для удовлетворенія изъ продажной суммы претензіи кредитора. Затѣмъ, движимо-

сти служили обыкновеннымъ средствомъ платежа, такъ какъ за отсутствіемъ или рѣдкостью монеты, онѣ могли быть, въ то же время, абстрактными носителями и мѣриломъ всѣхъ обращавшихся тогда цѣнностей. Такимъ образомъ, въ противоположность съ землей, движимости обладали вполнѣ мѣновой цѣнностью и представляли единственное, существовавшее въ древности имущество, служившее и средствомъ платежа, и предметомъ удовлетворенія кредитора, и капиталомъ, приносящимъ % своему владѣльцу; |эта противоположность между правомъ движимыхъ и недвижимыхъ вещей подтверждаетъ блистательно по словамъ Sohm'a, Zeitschrift für das Privatrecht und öffentliches Recht B. I, теорію ренты Ротбертуса|. – Но если движимая собственность была извѣстна германцамъ съ самыхъ древнихъ временъ, то она была сначала совершенно матеріализована и сдѣлана видимой для всѣхъ посредствомъ семейныхъ знаковъ и различныхъ видовъ клейма, прикладываемаго ко всѣмъ объектамъ этой собственности. Для домашняго и рабочаго скота, составлявшаго главное богатство первобытныхъ народовъ, употребленіе этихъ знаковъ было не только полезно, но и необходимо, такъ какъ намъ извѣстно, что пастбища оставались общинными въ продолженіе многихъ столѣтій и послѣ образованія частной собственности. Какъ-же тогда было различить скотъ, принадлежащій разнымъ

лицамъ, но выгоняемый на общее имъ всѣмъ пастбище, какъ не посредствомъ клейма, накладываемаго на него каждымъ изъ его собственниковъ? Есть даже основанiе думать, что эти клейма разсматривались, какъ необходимыя условiя частной собственности на движимость, такъ какъ Салическiй законъ считаетъ, напримѣръ, оленя домашнимъ или прирученнымъ животнымъ только тогда, когда онъ отмѣченъ какимъ-либо клеймомъ, а другой законодательный памятникъ этого же времени дозволяетъ всякому овладѣнiе быками и баранами, не выдержавшими до опредѣленной поры года операцiи приложенiя клейма. Интересно, что въ Тиролѣ до сихъ поръ сохраняется народное убѣжденiе такого рода, что тотъ, кто передѣлываетъ чужое клеймо въ свое, совершаетъ этимъ самымъ настоящее воровство. Въ связи съ такимъ матерiализированнымъ характеромъ первоначальной движимой собственности, стояла и защита ея, имѣвшая мѣсто въ своей виндикацiонной формѣ лишь въ единственномъ случаѣ воровства или вообще недобровольнаго лишенiя собственника его вещи. Въ тѣхъ же случаяхъ, когда онъ добровольно передавалъ свою вещь въ ссуду, въ залогъ, въ наемъ, или на храненiе, онъ имѣлъ только личный искъ противъ того, кому передалъ эту вещь, но вовсе не виндикацiю противъ третьихъ лицъ. Эти послѣднiе могли прiобрѣсти спорную вещь въ собственность отъ того же лица, которому она бы-

ла передана настоящимъ собственникомъ лишь во временное пользованіе, и спокойно владѣть ею, не подвергаясь опасности виндикаціи со стороны настоящаго собственника. Отсюда видно, что виндикація движимостей въ древне-германскомъ правѣ совсѣмъ не имѣла того безусловнаго характера, который отличалъ ее въ римскомъ правѣ; она дѣйствовала противъ третьихъ лицъ только въ случаѣ кражи и вовсе не примѣнялась въ случаяхъ добровольной передачи вещи во временное пользованіе другого лица, отчуждавшаго ее затѣмъ въ третьи руки. Это замѣчательное положеніе, касавшееся защиты собственности, выражалось слѣдующими поговорками древне-французскаго и германскаго права: "Les meubles n'ont pas de suite"; Hand muss Hand wahren; Wo man sinnen gleichen unterfinden soll da muss man ihn suchen".

Такимъ образомъ названіе виндикаціи въ древне-германскомъ правѣ могъ носить только одинъ искъ собственника противъ вора. Но и этотъ искъ не былъ настоящей виндикаціей, такъ какъ онъ носилъ явно-уголовный характеръ, весьма сближающій его съ постановленіями 12 таблицъ и другихъ древнихъ законодательствъ о воровствѣ. Поэтому, мы и не имѣемъ права причислять этотъ искъ къ чисто гражданскимъ искамъ, хотя инициатива предъявленія его принадлежала потерпѣвшему лицу. Различіе между публичными и граж-

данскими исками появилось не ранѣе XIУ вѣка, и до этого времени уголовная точка зрѣнія рѣшительно преобладала надъ гражданской: собственникъ всегда ссылался на вредъ, причиненный ему воровствомъ, а вовсе не на свое право собственности, служащее основаніемъ для настоящей виндикаціи. Уголовный характеръ иска доказывается еще тѣмъ, что въ случаяхъ, когда вещь похищалась не у собственника, а у лица, которому она была передана въ ссуду, взаймы, на храненіе и такъ далѣе, - это лицо и пользовалось виндикаціей и получало соотвѣтствующую компенсацію, тогда какъ собственникъ могъ потребовать вознагражденіе за понесенный имъ ущербъ только отъ своего контрагента. Такой порядокъ защиты нельзя объяснить ничѣмъ, кромѣ уголовнаго характера иска; оскорбленіе нанесено не собственнику, а лицу, у котораго вещь украдена непосредственно; поругана его личность, нарушено его жилище, и право мести признается поэтому только за нимъ однимъ. Вотъ почему настоящій искъ не можетъ быть названъ ни виндикаціей, ни даже вещнымъ искомъ въ настоящемъ смыслѣ этого слова: основаніемъ его служитъ не собственность и ни какое иное вещное право, а совершенное преступленіе; онъ предъявляется, какъ

мы видѣли, не однимъ собственникомъ, а, наравнѣ съ нимъ, и всѣми лицами, которымъ послѣдній передалъ свою вещь во временное пользованіе. Истецъ здѣсь утверждаетъ только то, что онъ лишился владѣнія вещью противъ своей воли, а отвѣтчикъ можетъ возражать только противъ этого утвержденія, не имѣя права ссылаться на то, что вещь не принадлежитъ истцу. Поэтому Sohm вполнѣ правъ, говоря, что "движимой собственности вовсе не свойственна петиторная или чисто правовая защита, а свойственна одна лишь поссесорная или владѣльческая защита" |О различіи и особенностяхъ того и другого рода защиты мы будемъ говорить въ ученіи о владѣніи|. Не будучи, такимъ образомъ, ни виндикаціей, ни вещнымъ искомъ въ точномъ смыслѣ этихъ словъ, древне-германскій искъ о движимой собственности можетъ быть все-таки подведенъ подъ римскую категорію actio in rem scripta, такъ какъ, не опираясь ни на какое вещное право, онъ дѣйствуетъ тѣмъ не менѣе - по образцу actio in rem scripta - противъ всѣхъ владѣльцевъ данной вещи. Что касается вопроса о томъ, какъ должно быть охарактеризовано право того, кто получаетъ вещь отъ не-собственника, не подвергаясь, при этомъ, опасности иска со стороны собственника, пріобрѣтаетъ ли онъ какое-нибудь особое право или настоящее право собственности, и что дѣлается тогда съ знаменитымъ

изреченіемъ римскаго права - "nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet", - на эти вопросы древніе источники права не даютъ никакого отвѣта, такъ какъ они совершенно равнодушны къ вопросамъ юридической конструкціи и довольствуются практическимъ положеніемъ такого рода, что пріобрѣтатель владѣетъ вещью, какъ собственникъ, и что по отношенію къ нему право первоначальнаго собственника не имѣетъ силы. Древніе памятники содержатъ въ себѣ вообще весьма скудныя и очень несовершенныя правила о пріобрѣтеніи собственности, ставя однѣ процессуальныя нормы, и опредѣляя только то, кому слѣдуетъ присуждать вещь въ процессѣ. Новыя законодательства представляютъ въ этомъ отношеніи несомнѣнное преимущество и регулируютъ, какъ мы увидимъ это ниже, положеніе пріобрѣтателя вещи отъ лица, которое само не имѣетъ на нее уступаемаго имъ права, не только въ процессуальномъ смыслѣ, но и въ смыслѣ матеріальнаго права. Юридическую же конструкцію права такого пріобрѣтателя мы можемъ теперь принять такого рода, что образующаяся въ его лицѣ собственность не переносится на него отъ первоначальнаго собственника, а возникаетъ такъ же, какъ и при давности, первообразнымъ способомъ, при наличности въ лицѣ пріобрѣтателя извѣстныхъ условій. Собственникъ, довѣряющій свою

вещь другому лицу, не лишается съ самаго начала своей собственности, но такъ какъ третье лицо, пріобрѣтающее эту же вещь въ собственность, дѣлается само ея собственникомъ, то съ этого момента первоначальный собственникъ долженъ быть признанъ потерявшимъ свое право собственности. Такова возможная конструкція излагаемаго нами отношенія, которое существовало въ средніе вѣка фактически, не возбуждая никакихъ попытокъ къ конструкціи. А что оно существовало фактически, и что виндикація относительно вещей переданныхъ собственникомъ добровольно во временное пользованіе другого лица, не существовало, - это засвидѣтельствовано въ Салическомъ и Ринцарскомъ законахъ, въ правѣ Англосаксовъ, Лангобардовъ и др. германскихъ племенъ.

Старыя традиціи стерлись подъ вліяніемъ римскаго права только у Вестготовъ и Бургундовъ; у другихъ же германскихъ народовъ начала среднихъ вѣковъ мы встрѣчаемся постоянно съ деликтными исками, но не съ виндикаціей. Отсутствіе указаній на послѣднюю здѣсь весьма знаменательно, такъ какъ число исковъ въ это время было весьма ограничено, и виндикація, еслибы она существовала въ дѣйствующихъ теперь размѣрахъ, была бы такъ важна, что слѣды ея сохранились бы непремѣнно въ актахъ. Отсутствіе этихъ слѣдовъ

указываетъ ясно на отсутствіе самого иска, и одинъ Валисскій законъ выражается даже прямо, что виндикація допустима только въ трехъ случаяхъ - въ случаѣ кражи, насильственнаго захвата и случайной потери вещи, - и недопустима въ трехъ другихъ случаяхъ - depositum'а, займа и найма. Но гдѣ лежитъ причина такого ограниченія виндикаціи въ древнемъ правѣ? Господствующее мнѣніе истолковываетъ это явленіе слѣдующимъ образомъ. Древне-германское право, утверждаетъ оно, даетъ постоянно и всюду предпочтеніе владѣнію передъ собственностью; фактъ беретъ верхъ надъ правомъ, и потому, съ потерей владѣнія, собственникъ лишается и собственности; единственное исключеніе въ пользу кражи установлено въ интересахъ публичнаго порядка и справедливости. Этотъ взглядъ едва ли можно признать правильнымъ, т.к. мы должны предположить, что германцы представляли себѣ собственность или въ связи съ владѣніемъ или внѣ такой связи; въ первомъ случаѣ господствующее мнѣніе не объясняетъ, почему собственникъ отыскиваетъ свою вещь въ случаѣ кражи ея у всѣхъ третьихъ лицъ, если даже они являются и добросовѣстными владѣльцами этой вещи; во второмъ случаѣ господствующее мнѣніе не объясняетъ ровно ничего. Исходя изъ него, пришлоеь бы признать, что германцы имѣли

представленіе о собственности въ одномъ случаѣ краши и не имѣли его во всѣхъ другихъ случаяхъ; логика требовала бы тогда одного уголовнаго иска противъ вора, а не виндикаціи противъ третьихъ лицъ. Между тѣмъ, цитированные выше памятники и юридическіе акты среднихъ вѣковъ свидѣтельствуютъ явно о существованіи виндикаціи съ указанными выше ограниченіями и признаютъ, такимъ образомъ, особый видъ движимой собственности, который никакъ не можетъ быть примиренъ съ изложенной сейчасъ теоріей. Другая теорія, пытающаяся отвѣтить на поставленный выше вопросъ, принадлежитъ нѣмецкому юристу Вальтеру, который основывается, главнымъ образомъ, на соображеніяхъ справедливости. Собственникъ, говоритъ онъ, совершаетъ неосторожность, вступая въ договоръ съ лицомъ, не заслуживающимъ довѣрія; добросовѣстный же владѣлецъ не можетъ упрекнуть себя ни въ чемъ. Поэтому, при столкновеніи того и другого права, первое должно уступить второму. Такъ разсуждаетъ и большинство комментаторовъ французскаго кодекса, забывая, что они впадаютъ въ явный анахронизмъ, перенося ко временамъ Меровинговъ и Каролинговъ такое разсужденіе, которое имѣетъ цѣну только для настоящаго времени. Кромѣ того, теорія Вальтера стоитъ, по вѣрному замѣчанію Heusler'а, въ противорѣчіи съ нѣко-

торыми особенностями древне-германскаго процесса и не можетъ также отвѣтить на вопросъ, почему собственникъ, не усмотрѣвшій самъ за своею вещью, имѣетъ право вытребовать ее даже отъ добросовѣстнаго владѣльца, тогда какъ этотъ же собственникъ лишенъ всякой защиты, если вещь украдена у лица, которому онъ передалъ ее во временное обладаніе. Третья теорія, выставленная по настоящему вопросу, принадлежитъ Бару и состоитъ въ слѣдующемъ. Когда собственникъ, со своими свидѣтелями, клянется, что вещь у него украдена, является презумпція въ пользу собственника; отъ отвѣтчика требуется въ этомъ случаѣ доказательство того, что вещь пріобрѣтена имъ первообразнымъ способомъ; иначе онъ проигрываетъ дѣло, и истецъ получаетъ отыскиваемую имъ вещь. При отсутствіи воровства презумпція говоритъ въ пользу настоящаго владѣльца: онъ доказываетъ владѣніе вещью только по производному титулу. Такимъ образомъ, отрицаніе виндикаціи въ случаяхъ послѣдняго рода Баръ объясняетъ особыми правилами германскаго процесса, относящимися къ теоріи доказательствъ. Но это объясненіе противорѣчитъ формально текстамъ, которые не даютъ собственнику въ случаяхъ, составляющихъ предметъ спора, никакого иска противъ третьяго лица и отнимаютъ этимъ всякое значеніе, какъ у предста-

вляемыхъ имъ доказательствъ, такъ и у дѣлаемыхъ въ пользу отвѣтчика презумпцій. Существуетъ еще теорія извѣстнаго германиста Альбрехта, которую мы опустимъ, такъ какъ она потеряла теперь всякій кредитъ, и, наконецъ, теорія Heusler'a (Die Beschränkung des Eigenthums die Gewere), къ которой примыкаетъ съ небольшими модификаціями и прекрасно написанное сочиненіе Tobleder'a Etude historique sur la revendication des meubles. Эти писатели объясняютъ, и это объясненіе, по нашему мнѣнію, совершенно вѣрно, положенія древняго права о защитѣ движимой собственности формальнымъ характеромъ древняго права и особенностями древняго процесса, съ одной стороны, а съ другой - болѣе раннимъ происхожденіемъ движимой собственности и исковъ о послѣдней, сравнительно съ исками о недвижимой собственности. Общинное и семейное землевладѣніе производило, между многими своими послѣдствіями, и тотъ результатъ, что споры о землѣ были чрезвычайно рѣдки, и, напримѣръ, Салическій законъ не имѣлъ ни процесса, ни какихъ бы то ни было формъ для защиты недвижимой собственности. Редакторы народныхъ правъ представляли себѣ процессъ совсѣмъ не такъ, какъ мы представляемъ его себѣ въ настоящее время. Они разсматривали процессъ не какъ споръ о правѣ, а какъ средство, предоставленное истцу для торжества надъ не-

правымъ отвѣтчикомъ. Вотъ почему древній процессъ и носитъ такой матеріалистическій и исполнительный характеръ, и вотъ почему Салическій законъ говоритъ намъ только о двухъ процессуальныхъ формахъ, объ искахъ ex fide facta и ex repraesentata, которые существовали рядомъ съ исками ex delicto, и предполагали или торжественные акты или наличность вещи, идущей на непосредственное удовлетвореніе истца. Отсюда и исключеніе виндикаціи въ случаѣ добровольной передачи собственникомъ своей вещи другому лицу: не имѣя исполнительнаго титула противъ третьихъ пріобрѣтателей этой вещи, собственникъ не могъ и виндицировать ее. Такимъ образомъ, въ рамкахъ указанныхъ процессуальныхъ формъ, виндикація не могла имѣть мѣста потому, что, при преслѣдованіи третьяго пріобрѣтателя своей вещи, собственникъ не могъ опереться ни на торжественный актъ, ни на какой бы то ни было матеріальный фактъ. Онъ могъ бы сослаться только на свое абстрактное право собственности, еслибы древнее право было знакомо съ такимъ абстрактнымъ представленіемъ о собственности. Но разъ мы знаемъ, что подобныя представленія были чужды древнему праву, мы должны заключить изъ предшествующаго, что виндикація въ римскомъ и современномъ смыслѣ противорѣчила, какъ духу, такъ и формамъ этого права и не могла

быть поэтому имъ и признана.

Отъ этого вполнѣ вѣроятнаго объясненія древне-германскаго виндикціоннаго права мы перейдемъ къ его дальнѣйшимъ судьбамъ на Западѣ Европы. Однообразіе и общность этого права были, естественно, нарушены рецепціей римскаго права, съ одной стороны, и измѣненіями древне-германскаго процесса - съ другой. Римскія положенія о собственности, проводившія строгое различіе между владѣніемъ и собственностью относительно какъ недвижимыхъ, такъ и движимыхъ вещей, начали получать все большее и большее значеніе; а подъ вліяніемъ ихъ стали измѣняться и положенія древне-германскаго права. Истецъ не могъ болѣе основывать свой искъ противъ третьяго лица на одной недобровольной потерѣ своей вещи, а долженъ былъ доказывать и свое право на эту вещь. Съ другой стороны, и соображеніе о томъ, какимъ образомъ истецъ лишился своего владѣнія, не потеряло силы, вмѣстѣ съ чѣмъ стало постепенно вырабатываться и совершенно чуждое древнему праву различіе между bona и mala fide, между добросовѣстнымъ и недобросовѣстнымъ пріобрѣтеніемъ владѣнія, - т.е. обращаться вниманіе на то, какимъ путемъ и на какомъ титулѣ настоящій владѣлецъ получилъ свое владѣніе, зналъ онъ или нѣтъ въ моментъ пріобрѣтенія, что передатчикъ не имѣлъ на него права собственности. Эти положенія

получили въ равныхъ странахъ различное развитіе и множество особенныхъ оттѣнковъ; въ нѣкоторыхъ частяхъ Германіи и Франціи римскія положенія стали рѣшительно преобладать, и собственникъ получалъ виндикацію не только въ случаяхъ недобровольной потери своей вещи, но и во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ дѣйствовало прежде правило: "Hand muss Hand waschen"; въ другихъ странахъ различіе между добровольной и недобровольной потерей вещи, вмѣстѣ съ исключеніемъ виндикаціи во всѣхъ случаяхъ послѣдняго рода, сохранилось въ полной силѣ. Но наиболѣе общей чертой всего послѣ-средневѣковаго виндикаціоннаго права должно быть признано то, что оно ограничиваетъ виндикацію движимостей только въ пользу добросовѣстныхъ владѣльцевъ, и то освобождаетъ ихъ совсѣмъ отъ дѣйствія этого иска, то предоставляетъ имъ право требовать отъ виндицирующаго собственника сумму, которую стоило ихъ пріобрѣтеніе, безъ чего они признаются въ правѣ не выдавать собственнику отыскиваемую имъ вещь. Приведемъ для примѣра положенія нѣкоторыхъ изъ важнѣйшихъ законодательствъ. 492

(Прусское Landrecht оставляетъ, собственно, точку зрѣнія древняго права, такъ какъ оно интересуется не тѣмъ, какъ истецъ лишился своего владѣнія, а тѣмъ, какъ вступилъ въ него отвѣтчикъ; по-

ложенія этого права одинаковы какъ относительно украденныхъ, такъ и относительно довѣренныхъ или переданныхъ кому-либо во временное обладаніе вещей. Въ одной изъ своихъ руководящихъ статей Landrecht говоритъ, что титулованный пріобрѣтатель получаетъ черезъ традицію собственность лишь въ томъ случаѣ, если предшественникъ этого пріобрѣтателя былъ самъ собственникомъ. Эта статья допускаетъ, какъ бы, виндикацію противъ всякаго владѣльца, сдѣлавшаго пріобрѣтеніе отъ несобственника. Но Прусское же исключаетъ совершенно въ другихъ статьяхъ виндикацію относительно цѣлаго ряда вещей и допускаетъ, слѣдовательно, по отношенію къ нимъ пріобрѣтеніе собственности и отъ несобственника. Сюда относятся вещи, принадлежащія фиску, вещи, купленныя на аукціонѣ или въ лавкѣ профессіональнаго купца.

Что касается различія между добросовѣстнымъ и недобросовѣстнымъ пріобрѣтателемъ, то Прусское законодательство признаетъ его въ такой формѣ: добросовѣстный владѣлецъ считается въ правѣ требовать отъ собственника вознагражденія за уплаченныя имъ при пріобрѣтеніи деньги, если только продавецъ не былъ подозрительнымъ лицомъ, и, если, въ особенности, вещь была куплена на рынкѣ или на ярмаркѣ.

Недобросовѣстный владѣлецъ, напротивъ, выдаетъ собственнику его вещь безъ всякаго вознагражденія такъ же, какъ дѣлаетъ это и добросовѣстный владѣлецъ въ тѣхъ случаяхъ, когда онъ пріобрѣталъ вещь дарственнымъ способомъ или отъ подозрительнаго лица.

Австрійскій кодексъ держится за древній принципъ, когда владѣлецъ пріобрѣтаетъ вещь bona fide и, при томъ, однимъ изъ онерозныхъ способовъ пріобрѣтенія; тутъ виндикація не имѣетъ примѣненія, какъ она не имѣетъ его даже въ случаяхъ кражи и потери, если только утраченныя этими способами для собственника вещи достались ихъ настоящему владѣльцу черезъ аукціонъ или черезъ посредство профессіональныхъ купцовъ.

Саксонскій кодексъ стоитъ, напротивъ, за римскій принципъ, но обязываетъ собственника къ вознагражденію владѣльца въ тѣхъ же случаяхъ, о которыхъ говоритъ австрійское законодательство. Такого же рода постановленія съ незначительными модификаціями содержатся и въ большинствѣ швейцарскихъ кодексовъ.)

Во Франціи положенія древняго Салическаго закона были вытѣснены на нѣкоторое время вліяніемъ римскаго права, но затѣмъ они снова вошли, хотя и въ нѣсколько-измѣненномъ видѣ, въ силу, - такъ что дѣйствіе ихъ въ XVIII вѣкѣ засвидѣтельствовано Потье

относительно Орлеанскихъ обычаевъ и Буржономъ относительно практики суда Chatelet въ Парижѣ. Отсюда то составители Code civil и заимствовали выраженное въ ст. 2279 этого кодекса правило, гласящее, что en fait des meubles possession vaut titre. Это правило составляетъ, очевидно, перифразъ старой поговорки "le meubles n'ont pas de suite" и имѣетъ теперь въ кодексѣ значеніе не простой praesumptio juris, какъ положеніе нашей статьи 534, а значеніе такъ назыв. praesumptio juris et de jure, т.е. такой презумпціи, которая устанавливаетъ абсолютное положеніе, не подлежащее оспариванію и доказательству противнаго. Такой характеръ ст. 2279 французскаго кодекса доказывается, между прочимъ, и постановленными въ ней исключеніями въ пользу собственника краденной и потерянной вещи, такъ какъ эти исключенія вполнѣ ограничиваютъ область примѣненія виндикаціи къ движимостямъ и дѣлаютъ ее непримѣнимой не только въ случаяхъ добровольной передачи собственности своей вещи другому лицу, но даже въ тѣхъ случаяхъ, когда собственникъ лишается своей вещи не вслѣдствіе кражи, а вслѣдствіе мошенничества или какихъ-либо другихъ преступленій. Такое ограничительное толкованіе исключеній, постановленныхъ въ настоящей статьѣ, принято всей французской юриспруденціей и объясняется,

какъ фактическимъ неудобствомъ этихъ исключеній, такъ и тѣмъ, что оно примѣняется именно къ исключеніямъ, требующимъ, по общему правилу, ограничительнаго толкованія. Такимъ образомъ, исходя изъ принципа En fait des meubles possession vaut titre, французская юриспруденція находитъ почти въ одинъ голосъ, что, внѣ случаевъ кражи и потери, движимости вообще не могутъ быть виндицированы отъ ихъ настоящихъ владѣльцевъ. Но и относительно краденыхъ и потерянныхъ вещей французское право содержитъ въ себѣ слѣдующее ограниченіе ихъ виндикаціи: если такія вещи куплены на рынкѣ, на ярмаркѣ, съ публичнаго торга или у купца, занимающагося торговлей въ видѣ профессіи, то собственникъ можетъ вытребовать ихъ отъ владѣльца не иначе, какъ уплативъ послѣднему сумму, которую онъ заплатилъ самъ за свое пріобрѣтеніе. Какъ ни значительны всѣ приведенныя ограниченія виндикаціи, они выражены, однако, только въ процессуальной формѣ, - и большой шагъ впередъ въ этомъ отношеніи, по точности и опредѣленности выраженія идей матеріальнаго права, сдѣлало новое обще-германское торговое уложеніе, которое въ ст. 306 прямо опредѣляетъ, что товары и другія движимыя вещи, отчуждаемыя купцами въ предѣлахъ ихъ профессіи, переносятъ на пріобрѣтателя право собст-

венности, хотя бы продавецъ и не былъ собственникомъ вещи. Словомъ, въ современномъ торговомъ оборотѣ мы видимъ такой юридическій порядокъ, гдѣ владѣніе по отношенію къ движимостямъ является почти единственной формой вещнаго права, соотвѣтствующей устройству этого оборота и его потребностямъ.

Изъ трехъ экономическихъ факторовъ, управляющихъ міромъ: земли, капитала и труда, земля имѣла первенствующее значеніе и опредѣляла собою весь экономическій и общественный строй въ средніе вѣка; капиталъ сталъ главенствовать въ новое время и, стараясь подчинить себѣ все, онъ мобилизируетъ, въ то же время, всѣ наличныя цѣнности и борется, естественно, съ виндикаціей, представляющей явную помѣху этой мобилизирующей тенденціи; третьему экономическому фактору - началу труда - принадлежитъ, быть можетъ, будущее, въ которомъ настоящія отношенія потерпятъ, вѣроятно, большія измѣненія. Но пока мы проходимъ второй періодъ и живемъ потребностями этого періода, мы видимъ, что ограниченія виндикаціи движимостей здѣсь рѣшительно необходимы. Вотъ почему наше законодательство, не заключающее въ себѣ по настоящему вопросу никакихъ положительныхъ опредѣленій и не различающее даже товаровъ отъ другихъ видовъ движимостей, представляетъ и въ этомъ отношеніи зна-

чительный пробѣлъ, показывающій, какъ сильно отсталo оно отъ современнаго развитія гражданскаго оборота. Но не смотря на всю отсталость нашего права, мы видѣли, что и оно не обходится безъ ограниченій виндикаціи относительно нѣкоторыхъ видовъ движимостей, хотя законы X т. и не упоминаютъ объ этихъ ограниченіяхъ.

Скажемъ, въ заключеніе, нѣсколько словъ о виндикаціи недвижимыхъ имуществъ. Вначалѣ, при отсутствіи недвижимой собственности, отсутствовала, естественно, и ея виндикація. Затѣмъ, особенности германской собственности съ ея особой системой пріобрѣтенія правъ, записыванія ихъ въ поземельныя книги и т.д., должны были натурально вызвать и особую форму защиты, отличную отъ римской защиты настолько же, насколько германская собственность была отлична отъ римской. Споръ о правѣ на землю, составляющій содержаніе римскаго иска, обращается при гипотечной системѣ въ споръ о содержаніи поземельныхъ книгъ. Въ римскомъ правѣ истецъ долженъ былъ доказывать непремѣнно свое право собственности, въ германской же системѣ онъ имѣлъ въ свою пользу презумпцію собственности, если только могъ сослаться на поземельную

книгу. Но такъ какъ, рядомъ съ пріобрѣтеніемъ собственности по записи въ гипотечныя книги, существовали еще другія основанія пріобрѣтенія собственности, и, съ другой стороны, сама запись могла быть недѣйствительна, то въ подобныхъ случаяхъ настоящій собственникъ, не будучи внесенъ въ книгу, могъ тѣмъ не менѣе, отыскивать свою собственность, какъ у третьихъ лицъ, такъ и у лицъ, за которыми она была неправильно записана. Въ первомъ случаѣ, т.е. при спорахъ съ третьимъ лицомъ, дѣйствовали положенія римскаго права, а во второмъ, то есть, при спорѣ съ лицомъ, внесеннымъ въ книгу, - презумпція гипотечной системы могла быть пересилена. Но этотъ искъ противъ записаннаго въ книгу владѣльца отличается существенной чертой отъ римской виндикаціи, не предполагая вовсе владѣнія въ лицѣ отвѣтчика, какъ это всегда предполагается римскимъ искомъ. Германскій искъ идетъ только на признаніе собственности истца и на признаніе собственности истца и на внесеніе его въ гипотечную книгу. Слѣдовательно, это совершенно новый искъ о собственности, созданный особенностями новаго права.

Послѣдствія виндикаціоннаго иска тамъ, гдѣ онъ примѣняется, заключаются въ слѣдующемъ: лицо, нарушившее право собственности, обязано возвратить на-

стоящему собственнику принадлежащую ему вещь и вознаградить его, сверхъ того, за понесенные имъ убытки, въ размѣрѣ, измѣняющемся по различію условій нарушенія собственности. Постановленія нашего законодательства по этому вопросу изложены въ ст. ст. 609 - 643 X т. I ч., подъ заглавіемъ "о вознагражденіи за владѣніе чужимъ имуществомъ".Первая изъ принадлежащихъ сюда статей,именно ст.609,намъ уже извѣстна и она редактирована, очевидно, неправильно, такъ какъ въ ней не дѣлается различія между добросовѣстнымъ и недобросовѣстнымъ владѣніемъ.Между тѣмъ послѣдующія за 609 же статьи X т. опредѣляютъ отвѣтственность добросовѣстныхъ владѣльцевъ совсѣмъ иначе, чѣмъ отвѣтственность недобросовѣстныхъ, проводя огромное различіе между отвѣтственностью тѣхъ и другихъ. Добросовѣстнымъ владѣніе признается до тѣхъ поръ,пока владѣльцу не будетъ доказано, что ему извѣстна неправота его владѣнія; во всякомъ же случаѣ, со дня формальнаго объявленія владѣльцу о возбужденномъ противъ него спорѣ по имѣнію, владѣніе становится изъ добросовѣстнаго недобрссовѣстнымъ |ст. 530|. Обязанности добросовѣстнаго владѣльца таковы: а| онъ обязанъ возвратить собственнику его имущество въ цѣлости и вознаградить его за уменьшеніе цѣнности этого имущества, но онъ не обязанъ возвратить доходы, полученные съ имѣнія или слѣдуемые къ полу-

ченію за время его владѣнія; онъ отдаетъ только доходы, полученные имъ впередъ - за будущее время; б| добросовѣстный владѣлецъ съ своей стороны имѣетъ право требовать вознагражденія за всѣ издержки, употребленныя имъ на полученіе изъ имѣнія тѣхъ доходовъ, которые должны поступить собственнику, словомъ - вознагражденіе за всѣ необходимыя и полезныя издержки, сдѣланныя имъ для поддержанія имѣнія въ хорошемъ состояніи. Наконецъ, в| добросовѣстный владѣлецъ не отвѣчаетъ передъ собственникомъ за ущербъ, нанесенный имуществу по его небрежности, другими словами, онъ не несетъ отвѣтственности ни за какую culpa. Отмѣтимъ еще здѣсь постановленіе нашего законодательства объ одномъ особомъ видѣ добросовѣстнаго владѣнія, а именно - наслѣдниковъ по закону, не знающихъ о завѣщаніи имѣнія въ пользу другого лица. Если такіе наслѣдники продадутъ или заложатъ владѣемое ими имѣніе другому лицу, то право этого послѣдняго не можетъ быть нарушено искомъ наслѣдника по завѣщанію. Послѣдній можетъ только потребовать у наслѣдниковъ по закону ту сумму, которая получена ими за проданное имѣніе, но безъ всякихъ доходовъ и %.

Мы привели это интересное постановленіе нашего законодательства потому, что оно даетъ примѣръ

очевиднаго исключенія виндикаціоннаго иска даже по отношенію къ недвижимому имуществу. Но этотъ примѣръ, сколько намъ извѣстно, единственный, и онъ объясняется тѣмъ покровительствомъ и тѣми льготами, которыми пользуются въ нашемъ законодательствѣ наслѣдники по закону и семейное начало вообще. - Обязанности недобросовѣстнаго владѣльца нашъ законъ опредѣляетъ гораздо строже. а| Недобросовѣстный владѣлецъ также обязанъ возвратить собственнику его имущество, но онъ долженъ возвратить его въ томъ самомъ видѣ, въ какомъ оно досталось ему; недостающее онъ долженъ исправить или доплатить по оцѣнкѣ, а что имъ прибавлено, то можетъ взять обратно при условіи, однако, неповрежденія вещи собственника; въ противномъ случаѣ всѣ прибавленія, сдѣланныя недобросовѣстнымъ владѣльцемъ въ вещи собственника, остаются въ пользу послѣдняго безъ всякаго вознагражденія. б| Недобросовѣстный владѣлецъ обязанъ вознаградить собственника за всякій вредъ и ущербъ, нанесенный его имуществу не только съ умысломъ, но и по неосторожности. Онъ освобождается отъ уплаты тѣхъ только убытковъ, предвидѣть и предупредить которые онъ былъ не въ состояніи. в| Наконецъ, онъ обязанъ отдать собственнику весь чистый доходъ, полученный имъ съ имѣнія за все время владѣнія. Под-

робности о томъ, какъ опредѣляется чистый доходъ, изложены въ ст. 620 - 622. Изложенныя правила примѣняются и къ случаямъ незаконнаго владѣнія движимыми вещами, съ тою только особенностью, что при возвращеніи денежныхъ капиталовъ недобросовѣстный владѣлецъ обязанъ, кромѣ годовыхъ 6 %, уплатить еще, въ видѣ неустойки, единовременно 3 % со всей капитальной суммы. Вотъ главныя постановленія нашего законодательства объ отвѣтственности добросовѣстнаго и недобросовѣстнаго владѣльцевъ, изъ которыхъ можно видѣть, какъ различно опредѣлена ихъ отвѣтственность. Этимъ мы окончимъ изложеніе института собственности и перейдемъ къ третьему институту вещнаго права, а именно - къ правамъ на чужую вещь или сервитутамъ.

III. ИНСТИТУТЪ СЕРВИТУТОВЪ.

А| ОБЩЕЕ ПОНЯТІЕ, ИСТОРИЧЕСКОЕ РАЗВИТІЕ И ОСНОВНЫЯ ПОЛОЖЕНІЯ ТЕОРІИ СЕРВИТУТОВЪ.

Сервитуты, представляющіе собою не что иное, какъ отдѣльныя вещныя права пользованія, считаются въ господствующей системѣ гражданскаго права видомъ

болѣе обширнаго института "правъ на чужую вещь", которые обыкновенно опредѣляются тремя признаками: во I-хъ, тѣмъ, что они стоятъ подъ защитой вещныхъ исковъ; во 2-хъ, тѣмъ, что они имѣютъ своимъ предметомъ не всю вещь въ ея совокупности, какъ право собственности, а только одну или нѣсколько изъ ея сторонъ, и въ 3-хъ, тѣмъ, что "права на чужую вещь" предполагаютъ, какъ будто, всегда то, что вещь, которой отдѣльная сторона служитъ предметомъ права, состоитъ непремѣнно сама въ собственности другого лица, откуда и возникъ самый терминъ "*jus in re aliena*", или право на чужую вещь.

Прежде чѣмъ разбирать приведенное опредѣленіе, мы ограничимъ предѣлы нашего института. Когда рѣчь идетъ о числѣ и видахъ правъ вообще, а слѣдовательно, и такъ называемыхъ правъ на чужую вещь, то большинство юристовъ забываетъ, что этотъ вопросъ долженъ разбираться не *apriori*, а согласно съ историческимъ развитіемъ права каждаго отдѣльнаго народа. Вотъ чѣмъ объясняется то, что система такъ называемыхъ правъ на чужую вещь заключается обыкновенно современной юриспруденціей, по примѣру римскаго права, въ 4 замкнутыхъ сервитутахъ: I| сервитуты, 2. Эмфитевзисъ. 3. Суперфицій и 4. право залога.

Сервитуты опредѣляются, при этомъ, какъ отдѣль-

ныя, выдѣленныя изъ права собственности, права пользованія на тотъ же предметъ, который служитъ и праву собственности; эмфитевзисомъ и суперфиціемъ называютъ такія распространенныя права пользованія, которыя граничатъ съ собственностью и почти поглощаютъ послѣднюю на предметы ими захваченные, наконецъ, залогомъ называютъ право, идущее на лишеніе собственника принадлежащей ему вещи посредствомъ отчужденія этой вещи и удовлетворенія ея стоимостью претензіи другого лица, для которой залогъ является средствомъ обезпеченія.

Изъ перечисленныхъ сейчасъ институтовъ вещнаго права мы исключимъ изъ нашего изложенія, какъ эмфитевзисъ и суперфиціи, такъ и право залога. Исключеніе двухъ первыхъ институтовъ вытекаетъ необходимо, во I-хъ, изъ ихъ спеціальнаго отношенія къ римскому праву, и, во 2-хъ, изъ того, что эмфитевзисъ и суперфицій суть такія же права пользованія, какъ и сервитуты, отличаясь отъ послѣднихъ лишь въ количественномъ, а не качественномъ отношеніи. Поэтому, встрѣчаясь съ подобными формами права въ нашемъ и европейскихъ законодательствахъ, мы можемъ прямо относить ихъ къ сервитутамъ, не прибѣгая къ созданію новой и безполезной категоріи вещныхъ правъ.

Что касается права залога, то, не смотря на его вещный характеръ, мы находимъ цѣлесообразнѣе изложе-

ніе его въ системѣ обязательственныхъ, нежели сервитутныхъ отношеній, такъ какъ залогъ отличается отъ послѣднихъ, во 1-хъ, своимъ содержаніемъ, которое состоитъ не въ пользованіи вещью, а въ обезпеченіи обязательства; во 2-хъ, залогъ отличается вообще своей несамостоятельностью, характеромъ акцессуара относительно обязательства, которое имъ обезпечивается; въ 3-хъ, онъ характеризуется отсутствіемъ продолжительности въ отправленіи права, которая встрѣчается во всѣхъ вещныхъ отношеніяхъ и отсутствуетъ въ правѣ залога уже потому, что дѣйствіе послѣдняго ограничивается разъ совершаемымъ актомъ удовлетворенія кредитора, вмѣстѣ съ которымъ оно прекращается, и не допускаетъ повтому въ отношеніи къ залогу, такъ же, какъ и въ отношеніи въ обязательствамъ, примѣненія институтовъ владѣнія и давности, дѣйствующихъ въ другихъ вещныхъ отношеніяхъ; наконецъ, въ 4-хъ, неудобство изложенія залогового права въ системѣ вещныхъ отношеній состоитъ еще въ томъ, что онъ не можетъ существовать безъ обязательства; самое существованіе залога зависитъ отъ неисполненія обязательства, такъ что уразумѣніе залогового права возможно лишь при изложеніи его въ связи съ теоріей обязательственныхъ, а не вещныхъ отношеній. Вотъ соображенія, по которымъ мы будемъ говорить о залогѣ въ ученіи объ обезпеченіи обязательствъ, гдѣ онъ вы-

ступитъ въ роли вещнаго обязательства, а теперь мы займемся одними сервитутами, названіе которыхъ, за сдѣланными выше исключеніями, замѣнитъ для насъ вполнѣ господствующій терминъ "право на чужую вещь". Эта замѣна названія имѣетъ для насъ не одно только терминологическое значеніе, такъ какъ названіемъ обусловливается здѣсь самое понятіе. "Право на чужую вещь" возбуждаетъ неизбѣжно представленіе о правѣ на вещь, находящуюся въ собственности другого лица, о правѣ, предполагающемъ чужую собственность и зависимомъ отъ послѣдней. Напротивъ, названіе "сервитуты", принятое въ юриспруденціи также издавна, не возбуждаетъ вовсе представленія о такомъ зависимомъ отъ собственности правѣ и допуская вполнѣ самостоятельность и независимость института отъ собственности, соотвѣтствуетъ, въ противоположность первому представленію, - котораго неправильность будетъ показана ниже, - тому, что представляетъ дѣйствительная жизнь. Несмотря же на то, что подчиненіе сервитутовъ собственности противорѣчитъ условіямъ дѣйствительности, конструкція сервитута путемъ притягиванія его къ чужой собственности составляетъ по настоящее время господствующую въ юриспруденціи доктрину, которая только формулируется равно различными юристами. Такъ, прежніе юристы называли сервитуты прямо partes

dominii, т.е. частями собственности, и этотъ взглядъ проводится во многихъ, чтимыхъ до сихъ поръ учебникахъ гражданскаго права, какъ напримѣръ, у Арнса, Келлера, Шейрля и др. Другіе, напримѣръ, Пухта, Вангеровъ и проч. считаютъ сервитуты не частями, а ограниченіями собственности, выдѣляемыми изъ нея со значеніемъ самостоятельныхъ вещныхъ правъ. Наконецъ, третья группа юристовъ, къ которой принадлежатъ Виндшейдъ, Унгеръ, Бремеръ и друг. отвергаютъ оба приведенныя выше мнѣнія, но утверждаютъ съ неменьшей настойчивостью, что сервитуты немыслимы безъ чужой собственности, что они всегда устанавливаются и существуютъ только черезъ или въ силу собственности. Отсюда видно, что, не смотря на различія въ частностяхъ, вся прошлая и настоящая юриспруденція|за исключеніемъ одного небольшаго сочиненія Dernburg'a, Die Servituten» 1866 года, въ которомъ высказывается, но не доказывается и даже не выдерживается въ своихъ консеквенціяхъ, другой, противоположный господствующему, взглядъ|, принимаетъ положеніе о зависимости сервитутовъ отъ собственности, какъ непоколебимый догматъ вещнаго права, не нуждающійся, яко бы, и въ доказательствахъ. Происхожденіе этого догмата можетъ быть лучше всего прiурочено къ представленію о собственности, какъ о первоначальномъ правѣ, имманентномъ природѣ человѣка и кореспонди-

рующемъ его свободѣ. Эта странная идея о собственности, не имѣющая за себя и подобія истины, распространялась особенно писателями философской школы "естественнаго права", отъ которыхъ она была принята юристами двухъ прошлыхъ столѣтій и перенесена ими отъ собственности и на ученіе о сервитутахъ. Какъ человѣческая личность, такъ и поземельная и движимая собственность объявлялись — въ силу естественнаго права на свободу — безусловно свободными и неограниченными отъ природы. Всякое ограниченіе ихъ разсматривалось какъ уклоненіе отъ общаго правила, постановляемое законодательною властью и составляющее послѣдующее наслоеніе къ состоянію первоначальной свободы лица и собственности. Отсюда и возникло противоположеніе понятій libertas и servitus, съ одной стороны, и употребляемая до сихъ поръ аналогія между рабствомъ или служебнымъ состояніемъ лица или рабствомъ или служебнымъ состояніемъ вещи — съ другой стороны, — аналогія, которая привела извѣстнаго комментатора Бартолуса къ слѣдующей несчастной мысли. Онъ вздумалъ подвести подъ понятіе сервитута не только институтъ рабства, но и еще небывалый разрядъ сервитутовъ, названныхъ имъ servitutes ex jure divino и подраздѣленныхъ на 1| servitutes ex vetere testamento, стоящіе въ связи съ грѣхопаденіемъ, и 2| servitutes ex novo testamento, выражающіе слу-

женіе человѣка Богу. Это дѣленіе сервитутовъ, пріуроченное къ знаменитому arbor servitutum глоссаторовъ, попало даже въ глоссированное изданіе corpus juris и послужило поводомъ для Донеля сравнить эту классификацію съ тѣмъ, если бы кто-нибудь выставилъ общее понятіе taurus |быкъ| и потомъ расчленилъ его на понятія: I, быка, 2, звѣзды и 3, горы, соединивъ эти различные предметы подъ одчимъ и тѣмъ же названіемъ. Можно было бы думать, что эта каррикатура на теорію свободы въ примѣненіи къ институту сервитутовъ должна была заставить послѣдующую юриспруденцію отказаться отъ нея; но такова уже сила традиціи въ нашей наукѣ, что не только Донель, смѣявшійся надъ Вартолусомъ, остался вѣренъ прежней теоріи, но и Виндшейдъ, одинъ изъ самыхъ авторитетныхъ и популярныхъ юристовъ нашего времени, говоритъ въ своемъ учебникѣ пандектъ, параграфъ 200, прим. I слѣд: "слово servitus выражаетъ, прежде всего, состояніе несвободы вещи, а потомъ - и право, въ силу котораго это состояніе имѣетъ мѣсто. Несвободна та вещь, которая служитъ иному лицу, чѣмъ своему собственнику, какъ несвободенъ тотъ человѣкъ, который служитъ вообще кому-нибудь. Какъ назначеніе человѣка состоитъ въ томъ, чтобы не быть подчиненнымъ |странное назначеніе|, такъ и назначеніе вещи лежитъ въ томъ, чтобы она была подчинена своему соб-

ственнику". - Сколько несообразностей и противорѣчій заключено въ этомъ небольшомъ отрывкѣ, взятомъ нами наудачу изъ сочиненія лучшаго изъ современныхъ юристовъ. Почему человѣкъ, служащій кому-нибудь, попадаетъ въ состояніе несвободы или сервитута, а вещь, служащая собственнику, минуетъ это состояніе? Если между службой лица и вещи существуетъ аналогія, то состояніе сервитута должно одинаково сопровождать ту и другую службу. Почему же первая ведетъ къ нему, а вторая нѣтъ? И откуда Виндшейдъ беретъ то, что назначеніе вещи состоитъ въ томъ, чтобы быть подчиненной одному лишь собственнику? Несомнѣнно, что вещь, какъ внѣшнее благо, служитъ потребностямъ человѣка и подчиняется такъ или иначе его господству. Но почему она должна подчиняться ему непремѣнно въ формѣ собственности, почему одинъ этотъ видъ подчиненія составляетъ нормальный случай, соотвѣтствующій назначенію вещи, а всѣ другіе виды подчиненія суть уклоненія отъ него и противорѣчія природѣ состоянія несвободы? Дѣйствительная жизнь представляетъ, напротивъ, самыя разнообразныя формы служенія вещи потребностямъ человѣка, и этотъ послѣдній извлекаетъ изъ нихъ никакъ не меньше пользы, чѣмъ отъ служенія ему вещи именно въ формѣ собственности. Если бы всѣ эти формы служенія, не составляющія собствен-

ности, были признаны противными природѣ и назначенію вещи, то понятіе несуществующей нигдѣ свободы вещи было бы спасено, но все общество терпѣло бы отъ такой фантастической свободы неисчислимые убытки, потому что оно было бы стѣснено во всѣхъ своихъ правахъ, кромѣ одного права собственности. Нечего, однако, удивляться, что эти простыя соображенія ускользнули отъ вниманія Виндшейда, принадлежащаго, не смотря на свою юридическую ученость, къ старой школѣ юристовъ - догматиковъ, когда мы видимъ, что почти той же фантастической теоріи свободы относительно сервитутовъ держится и Іерингъ, поддающійся обыкновенно менѣе, чѣмъ какой-либо другой юристъ, вліянію традицій старыхъ теорій и школъ.

Во II т. своего "Geist des römischen Rechts" стр. 232, онъ считаетъ свободу собственности - идеей этой послѣдней и выводитъ изъ этой идеи слѣдующее положеніе для сервитутовъ. "Если собственникъ вещи обременяетъ ее тягостями, то онъ дѣйствуетъ въ предѣлахъ понятія собственности только видимымъ образомъ; въ дѣйствительности же онъ грѣшитъ противъ идеи собственности |?|. Право на свободу собственности, принадлежащее послѣдующимъ поколѣніямъ, консумируется здѣсь ихъ предшественникомъ въ одну минуту легкомыслія".

Исходя изъ этихъ положеній, Іерингъ восхваля-

етъ римское право за то, что оно строго проводило принципъ свободы собственности и относилось неблагопріятно къ сервитутамъ, ограничивая ихъ опредѣленнымъ числомъ и различными, трудно выполнимыми условіями, тогда какъ германское право наклоняетъ на себя, напротивъ, упреки Іеринга за то, что оно создало множество новыхъ формъ сервитутовъ, облегчило условія ихъ возникновенія и такъ обременило ими "свободу собственности", что отъ этого собственность потеряла, какъ будто, свою высокую экономическую цѣнность. Неправильность этихъ мыслей очевидна, и на нихъ можно возразить тѣмъ же, чѣмъ мы возражали и Виндшейду. Какъ чудна была бы "идея собственности", если бы она лишала насъ возможности пользоваться вещами всѣми возможными въ экономическомъ отношеніи способами, которые увеличиваютъ вмѣстѣ съ тѣмъ, степень ихъ полезности. И развѣ право на "свободу собственности, - приписываемое Іерингомъ грядущимъ поколѣніямъ, - не было бы "несвободой" для настоящаго собственника, котораго право распоряженія стѣсняется налагаемыми на него ограниченіями относительно установленія сервитутовъ? Неужели идея "свободной собственности" имѣетъ больше значенія, чѣмъ та идея, что внѣшнія блага предназначены служить человѣку всѣми возможными и признанными въ обществѣ способами? Отвѣтъ на этотъ вопросъ заключенъ въ самомъ вопросѣ, а если формы пользованія тѣми или другими ве-

щами часто ограничиваются законами, то эти ограниченія имѣютъ основаніемъ вовсе не "свободную собственность", какъ таковую, а различныя экономическія и общественныя соображенія, которыя не только не совпадаютъ всегда съ идеей о свободѣ собственности, но часто и прямо ей противорѣчатъ.

Что касается до уменьшенія экономической цѣнности вещи при установленіи на ней различныхъ сервитутовъ, то это положеніе совершенно невѣрно, такъ какъ цѣнность вещи обусловливается, какъ извѣстно, ея полезностью, а сервитуты увеличиваютъ вообще полезность вещи и, слѣдовательно, дѣлаютъ ее болѣе цѣнной, чѣмъ она была бы въ томъ случаѣ, если бы служила предметомъ одного права собственности.

Изъ сказаннаго видно, что господствующій взглядъ на сервитуты, какъ на отдѣльныя, выдѣленныя изъ собственности, правомочія, предполагающія непремѣнно существованіе послѣдней, долженъ быть отвергнутъ уже потому, что онъ возникъ изъ ложнаго и метафизическаго представленія о свободѣ, которое изгоняется теперь изъ всѣхъ отдѣловъ гражданскаго права и должно быть поэтому изгнано и изъ области института сервитутовъ. Такимъ образомъ, господствующая теорія

этого института носитъ свое осужденіе прежде всего въ самомъ источникѣ своего происхожденія. Таковъ отрицательный результатъ, къ которому приводитъ критика этой теоріи въ ея источникѣ, но мы придемъ сейчасъ и къ положительнымъ результатамъ, взявъ нѣсколько относящихся къ сервитутамъ историческихъ и догматическихъ данныхъ, которыя удостовѣрятъ намъ полную независимость этого института отъ института собственности.

Господствующій взглядъ считаетъ собственность первоначальнымъ и прирожденнымъ человѣку правомъ, предшествующимъ всѣмъ другимъ правамъ и, въ особенности, сервитутамъ, которые только отъ нея и берутъ начало. На сколько такой взглядъ неправиленъ вообще, это было нами показано уже въ общей теоріи собственности, на сколько же онъ неправиленъ относительно сервитутовъ, въ частности, это также легко замѣтить на общемъ ходѣ историческаго развитія человѣческихъ обществъ.

Задолго до образованія частной собственности, - которая дѣлается возможной, какъ мы знаемъ, только въ условіяхъ осѣдлаго и сельско-хозяйственнаго быта, при чемъ и послѣдній сопровождается не всегда ея установленіемъ, - задолго до этого времени, люди удовлетворяютъ своимъ обыкновеннымъ потребностямъ,

пользуясь различными предметами окружающей ихъ природы въ такихъ формахъ, которыя не имѣютъ никакого отношенія къ собственности уже потому, что послѣдняя остается для нихъ пока вовсе неизвѣстной. Неизвѣстной же она остается для нихъ за своей очевидной безполезностью. На что охотничьимъ и пастушескимъ племенамъ собственность на землю, лишенную въ ихъ глазахъ всякой цѣны, въ смыслѣ опредѣленной и ограниченной вещи, - такъ какъ эти племена мѣняютъ постоянно свое мѣстопребываніе и оставляютъ назавтра землю, которая вчера еще служила имъ мѣстомъ охоты и пастьбы. Такимъ образомъ, первобытныя племена не имѣютъ ни надобности, ни возможности на то, чтобы устанавливать на землю то цѣлостное господство, то пользованіе землей во всей совокупности ея полезныхъ сторонъ, которое характеризуетъ право частной собственности. Они довольствуются пользованіемъ отдѣльныхъ, заключающихся въ землѣ, сторонъ ея полезности, такъ какъ только эти отдѣльныя стороны полезности имѣютъ цѣну въ тѣхъ условіяхъ быта, въ которыхъ они находятся. Всѣ другія стороны полезности земли, а тѣмъ болѣе совокупность этихъ сторонъ, составляющая содержаніе права собственности, не имѣютъ въ данныхъ условіяхъ быта никакой цѣны и остаются, поэтому, скрытыми. Что, напримѣръ, требуетъ охотничье племя отъ

земли, кромѣ лѣса, дающаго въ своей чащѣ пріютъ звѣрю и птицѣ, которые его питаютъ? Земля безцѣнна для него даже въ смыслѣ пастбища, а не то, что хлѣбнаго поля или мѣста, заключающаго въ своихъ нѣдрахъ какія-нибудь минеральныя богатства. Пастушеское племя ищетъ, въ свою очередь, въ землѣ одного пастбища для скота, и, слѣдовательно, пользуется ею такимъ же ограниченнымъ образомъ, какъ и охотничье племя. Объ извлеченіи изъ земли всѣхъ выгодъ, какія она способна дать, нѣтъ еще и мысли, а, слѣдовательно, не можетъ быть мысли и о собственности. Отношенія къ землѣ выражаются пока въ отдѣльныхъ видахъ пользованія, направленныхъ въ ту или другую сторону ея полезности, а эти отдѣльныя пользованія, имѣющія предметомъ не всю землю, а части ея полезности, и составляютъ собою именно тѣ отношенія, которыя мы называемъ теперь сервитутами. Отсюда ясно, что образованіе сервитутовъ совершенно независимо отъ права собственности и безусловно предшествуетъ, а не слѣдуетъ за нимъ, какъ это принято думать. Подтвержденіемъ этого положенія, вытекающаго необходимо изъ общаго хода историческаго развитія, можетъ служить существованіе пастбищныхъ, дорожныхъ, водяныхъ и другихъ сервитутовъ въ обществахъ, не выработавшихъ до сихъ поръ института частной собственности.

Примѣры такого рода представляютъ намъ не только современные намъ кочевники и представители низшихъ человѣческихъ расъ, но и многія осѣвшія уже племена Африки и Азіи, какъ напримѣръ, населеніе острова Явы, вступившее давно уже въ земледѣльческій бытъ и выработавшее обширную систему ирригаціи въ условіяхъ общиннаго землевладѣнія, а вовсе не порядка частной собственности. Правда, съ установленіемъ этого послѣдняго, юридическое значеніе сервитутовъ сильно возрастаетъ, и является болѣе настоятельная потребность въ ихъ регламентаціи, такъ какъ до появленія частной собственности пользованіе дорогами, пастбищами, лѣсами, водой и др. объектами сервитутовъ въ предѣлахъ потребностей каждаго изъ членовъ даннаго общества, встрѣчаетъ гораздо менѣе затрудненій и препятствій, чѣмъ при установленіи частной собственности. Земли, бывшія прежде предметомъ различнаго рода пользованія со стороны цѣлыхъ общинъ, поступаютъ въ полное распоряженіе отдѣльныхъ собственниковъ, которые захватываютъ ихъ цѣликомъ для себя и стараются не допускать въ нихъ ничьего посторонняго пользованія. Это исключеніе посторонняго пользованія простирается даже на тѣ предметы, которыми прежде пользовалось безусловно все общество, какъ напримѣръ, пользованіе водой, лѣсомъ и проч. Между тѣмъ поль-

вованіе этими предметами составляетъ для общества условіе его существованія, вслѣдствіе чего оно снова и немедленно устанавливается, смотря по взаимному отношенію общественныхъ классовъ между собою, силѣ общественной власти и другимъ историческимъ обстоятельствамъ, или по обоюдному соглашенію собственниковъ между собою, или по требованію самой общественной власти, предписывающей собственнику допускать въ своей землѣ постороннее пользованіе дорогой, водой, лѣсомъ, и ставящей такимъ образомъ это пользованіе независимо отъ воли и произвола того или другого собственника. Это — второй періодъ развитія сервитутнаго права, совершающійся въ условіяхъ гражданскаго быта, основаннаго на правѣ собственности, и юристы, говорящіе о зависимости сервитутовъ отъ собственности, имѣютъ передъ глазами, очевидно, одинъ этотъ періодъ развитія. Но что и въ этомъ періодѣ сервитуты должны быть признаны независимымъ и не предполагающимъ права собственности институтомъ гражданскаго права, — это будетъ видно изъ слѣдующихъ соображеній, имѣющихъ догматическій характеръ и основанныхъ, слѣдовательно, на юридической структурѣ института, которая признается всей современной юриспруденціей, и должна, поэтому, если она и окажется не предполагающей права собственности, имѣть полную доказательную силу противъ

господствующей теоріи сервитутовъ. Вспомнимъ, во I, о возможности сервитутовъ на предметы общественнаго пользованія, о чемъ было уже говорено выше, и прибавимъ къ приведеннымъ тамъ примѣрамъ еще одинъ случай. Предположимъ, что кто-нибудь, владѣя домомъ на морскомъ берегу, настроитъ къ нему навѣсъ или балконъ, который выступитъ прямо въ море и покроетъ собою часть его, прилегающую къ берегу. Такая постройка не дастъ собственности на покрытую балкономъ часть моря, потому что это послѣднее вообще не можетъ служить предметомъ собственности. Если же законодательство допускаетъ установленіе собственности только на прилегающія къ берегу части моря, то балконъ или навѣсъ не составляютъ, во всякомъ случаѣ, такихъ построекъ, которыя подчиняли бы покрываемое ими пространство тому цѣлостному господству надъ вещью, которое предполагается при пріобрѣтеніи права собственности. Балконъ надъ моремъ оставляетъ это послѣднее открытымъ и для судоходства, и для рыболовства, распространяясь только на часть изъ той суммы полезностей, которая заключена въ пользованіи моремъ. Поэтому хозяинъ балкона будетъ имѣть сервитутъ на занятую имъ поверхность моря, и такой сервитутъ, который не предполагаетъ ничьей собственности и существуетъ только въ предѣлахъ, допускаемыхъ общественнымъ пользованіемъ. Возьмемъ то [illegible] рвиту-

ты на такъ называемыя безхозяйныя вещи или *res nullius*. Сервитутъ пользованія, называемый *usus fructus*, прекращается съ уничтоженіемъ вещи, служащей его предметомъ. Но предположимъ, что узуфруктуаръ не уничтожаетъ эту вещь, а только разлагаетъ ее на части, такъ что она теряетъ прежній видъ и значеніе, перестаетъ быть предметомъ стараго узуфрукта и дѣлается *res nullius*. Затѣмъ, узуфруктуаръ слагаетъ разрозненныя части этой вещи въ новое цѣлое, совершенно сходное съ тѣмъ цѣлымъ, которое она представляла прежде, производя, такимъ образомъ, операцію, извѣстную подъ именемъ спецификаціи, которую онъ, однако, направляетъ въ данномъ случаѣ къ пріобрѣтенію не собственности, а узуфрукта на новую вещь, сохраняющуюся вслѣдствіе этого въ улучшенномъ видѣ, какъ для собственника, такъ и для него. Не допустить въ этомъ случаѣ продолженія узуфрукта на вещь, не стоявшую одно время ни въ чьей собственности, значило бы заставить узуфруктуара совершить воровской поступокъ, когда онъ имѣлъ въ виду и дѣйствительно успѣлъ соединить въ предпринятой имъ спецификаціи выгоды собственника со своими выгодами. Допустить же здѣсь продолженіе сервитута значитъ признать его установленіе на *res nullius* и независимость отъ права собственности. Другіе, менѣе искусственные и несравненно болѣе важные случаи сер-

витутовъ на *ius tilling* могутъ представить-
ся въ странахъ, изобилующихъ обширными и неванятыми
никѣмъ пространствами земли. Если законъ разрѣшаетъ
оккупацію такихъ земель, то установленіе на нихъ,
рядомъ съ собственностью, и сервитутовъ, независи-
мыхъ отъ чьей бы то ни было собственности, предста-
вляетъ большія экономическія выгоды, такъ какъ оно
дѣлаетъ возможнымъ занятіе подъ собственность толь-
ко такого количества земли, которое дѣйствительно
можетъ быть обработано ея заимщикомъ, тогда какъ
другія, сосѣднія земли, имѣющія для него значеніе
лишь въ смыслѣ возможности прохода по нимъ, провода
воды и проч. будутъ служить ему на одномъ сервитут-
номъ правѣ и останутся доступными для другихъ заим-
щиковъ. Не признавать тутъ возможности сервитутовъ
значило бы ставить заимщика, который выбираетъ себѣ,
вслѣдствіе особыхъ условій мѣстности, отдаленный
отъ большой дороги или рѣки участокъ, - въ необхо-
димость занять подъ собственность все пространство,
какъ бы обширно оно ни было, отъ выбраннаго имъ уча-
стка до отдаленной отъ него рѣки или дороги, хотя
все это пространство нужно ему только для обезпече-
нія одного прохода черезъ него. Если не предоставить
ему обезпечить себѣ пользованіе такимъ проходомъ че-
резъ сервитутъ, то онъ поневолѣ присвоитъ себѣ въ
собственность такія обширныя пространства земель,

которыя никогда не будутъ имъ обрабатываться и останутся, тѣмъ не менѣе, закрытыми для всѣхъ третьихъ лицъ, способныхъ приложить къ нимъ свой производительный трудъ.

Отсюда уже видно, какъ важно можетъ быть установленіе сервитутовъ на вещи, не стоящія ни въ чьей собственности, и какъ мало можетъ быть признано зависимости между первыми и послѣдней даже въ условіяхъ современнаго намъ гражданскаго быта. Противъ этой зависимости можно привести еще, въ 3, то положеніе, что сервитутъ продолжаетъ существовать, не смотря на дереликцію или оставленіе собственникомъ той вещи, которая служитъ ему предметомъ. Если бы сервитутъ предполагалъ всегда чужое право собственности, то прекращеніе послѣдняго черезъ дереликцію вещи должно было бы въ данномъ случаѣ имѣть послѣдствіемъ и прекращеніе тяготѣющаго на ней сервитута. Но прекращеніе сервитута сопровождалось бы здѣсь тѣми же невыгодными послѣдствіями, о которыхъ мы уже говорили при случаѣ оккупаціи пустопорожнихъ земель, и для избѣжанія этихъ послѣдствій необходимо признать и въ данномъ случаѣ продолженіе сервитута, не смотря на прекращеніе права собственности, что снова утверждаетъ полную независимость первыхъ отъ послѣдняго.

Замѣтимъ, въ 4-хъ, что господствующій взглядъ на сервитуты, какъ на составныя части или выдѣленія отдѣльныхъ правомочій изъ права собственности, противорѣчитъ еще тѣмъ положеніямъ о дѣлимости этого права, съ которыми мы познакомились въ ученіи о собственности.

Мы видѣли тамъ, что каждый собственникъ владѣетъ не отдѣльнымъ правомочіемъ собственности, а интеллектуальной долей всего цѣльнаго права собственности, такъ что все это право повторяется только внутри каждой изъ долей, на которыя оно раздѣляется Въ сервитутахъ, напротивъ, мы видимъ, не повтореніе такого цѣлостнаго господства надъ вещью въ отдѣльныхъ доляхъ, а одно частичное господство, которое уже потому, что оно частично, должно быть не составной частью и не выдѣленіемъ собственности, а совершенно особымъ правомъ на ту или другую сторону полезности вещи. - Въ пользу полной самостоятельности этого права можетъ быть приведено, въ 5-хъ, еще то соображеніе, что если бы сервитуты были дѣйствительно правомочіями, переносимыми собственникомъ на другое лицо, то это послѣднее всегда могло бы переносить ихъ на третьихъ лицъ, а собственникъ долженъ былъ бы терять всякое отношеніе къ переданному правомочію, переставая пользоваться имъ или навсегда, или до наступленія выговореннаго въ актѣ передачи

условія, или до совершенія имъ самимъ новаго акта пріобрѣтенія относительно этого правомочія. Между тѣмъ, ни то, ни другое, ни третье послѣдствіе не имѣетъ мѣста въ теоріи нашего института. Сервитуты и, въ особенности, реальные сервитуты, суть, по преимуществу, права, непереносимыя на другихъ лицъ, какъ это мы увидимъ при дальнѣйшемъ изложеніи, которое познакомитъ насъ и съ переносимыми на третьихъ лицъ сервитутами |это будутъ, въ особенности, личные сервитуты|. Но разъ мы имѣемъ непереносимыя права, то установленіе ихъ не можетъ заключать въ себѣ перенесеніе отъ одного лица на другое какихъ бы то ни было правомочій собственника. Что касается отношенія послѣдняго къ установленному въ его вещи сервитуту, то оно прямо противоположно предположенію о перенесеніи части его собственности, такъ какъ онъ не лишается, а только ограничивается въ своей собственности, и ограниченъ относительно одного лишь хозяина сервитута, а вовсе не относительно третьихъ лицъ. Отсюда слѣдующія важныя консеквенціи: 1| относительно третьихъ лицъ собственникъ сохраняетъ неограниченно то самое право, которое составляетъ предметъ сервитута; 2| относительно хозяина сервитута онъ стѣсненъ въ пользованіи, составляющемъ предметъ сервитута, лишь настолько, насколько его пользованіе вредитъ пользованію перваго, такъ что, ус-

тупая дорогу сосѣду, собственникъ пользуется ею и самъ, не стѣсняя только сосѣда въ проходѣ черезъ свою землю. Наконецъ, 3| прекращеніе сервитута, какимъ бы способомъ оно ни совершилось, даетъ собственнику пользованіе его предметомъ *ipso jure* и безъ всякаго особаго акта съ его стороны. Еслибы ученіе о перенесеніи или выдѣленіи изъ собственности отдѣльныхъ ея правомочій было вѣрно, то ни одно изъ приведенныхъ положеній теоріи сервитутовъ не имѣло бы смысла. Между тѣмъ, эти положенія признаются всей современной юриспруденціей и прямо вытекаютъ изъ представленія о сервитутахъ, какъ о самостоятельныхъ и частичныхъ правахъ пользованія въ вещи, которой принадлежность въ собственность остается для нихъ безразличной. Такимъ образомъ, сама догма института опровергаетъ господствующій и подтверждаетъ нашъ взглядъ на него. Но, въ заключеніе общей характеристики этого института, мы сошлемся еще на одинъ послѣдній доводъ въ пользу того, что сервитуты независимы отъ собственности и должны неизбѣжно предшествовать ей въ порядкѣ исторической послѣдовательности. Этотъ доводъ относится къ разряду психологическихъ и заключается въ констатированіи того общеизвѣстнаго факта, что образованіе сложныхъ и болѣе абстрактныхъ понятій происходитъ, какъ въ жизни

личаются тѣмъ, что они содержатъ въ себѣ обладаніе не всею вещью, а только отдѣльными сторонами ея полезности, такъ что при единствѣ объекта, состоящаго тамъ и здѣсь въ вещи, сервитуты отличаются отъ собственности только различіемъ правомочій въ этой вещи; содержаніе права обнимаетъ при собственности всю вещь, оно - цѣлостно; при сервитутахъ оно относится къ одной сторонѣ вещи и потому - частично. 3| Различіе сервитутовъ отъ законныхъ ограниченій собственности, которыя иногда называются неправильно легальными сервитутами и смѣшиваются съ послѣдними, состоитъ въ слѣдующемъ. Законныя ограниченія собственности, постановляемыя въ силу отношеній сосѣдства, различныхъ требованій общежитія и проч. не составляютъ самостоятельнаго института и не даютъ лицамъ, въ пользу которыхъ они обращаются, никакихъ вещныхъ правъ. Эти ограниченія собственности суть не что иное, какъ элементъ и условіе существованія самой собственности; они даны въ самомъ понятіи послѣдней и лишены поэтому всякой самостоятельности. Собственники подвергаются различнымъ ограниченіямъ не въ силу права какого-нибудь иного лица, а въ силу того только, что они собственники и, дѣйствуя противъ этихъ ограниченій, они отвѣчаютъ передъ всякимъ, кто терпитъ убытки отъ ихъ дѣйствія. Такимъ образомъ, отвѣтственности собственниковъ передъ третьими лицами не соотвѣтствуетъ ничье вещное право, почему эта отвѣтственность и есть

обязательственная, составляющая оборотную сторону самого права собственности, а не послѣдствіе чьего-либо постороннаго вещнаго права. Въ противоположность съ такимъ несамостоятельнымъ и обязательственнымъ характеромъ законныхъ ограниченій собственности, сервитуты представляютъ собою вполнѣ самостоятельныя права на вещь, вытекающія не изъ того или другого ограниченія собственности, а изъ какого-нибудь законнаго основанія, дающаго начало сервитуту такимъ же образомъ, какъ оно даетъ начало и праву собственности. Отсюда вытекаетъ и слѣдующее различіе законныхъ ограниченій собственности отъ сервитутовъ; первыя рождаютъ обязанности только для собственника, подвергающагося ограниченію, не касаясь болѣе никого; вторыя, напротивъ, производятъ всеобщую обязательность ненарушенія сервитута для всѣхъ третьихъ лицъ, затрогивая, слѣдовательно, послѣднихъ такимъ же образомъ, какимъ должно затрогивать ихъ всякое существующее уже вещное право. Единственное сходство сервитутовъ съ ограниченіями собственности заключается въ общности одного изъ способовъ историческаго возникновенія тѣхъ или другихъ. Такъ же точно, какъ сервитуты предшествовали исторически праву собственно-

---

сти, будучи сначала господствующей формой вещнаго обладанія, которая соотвѣтствовала болѣе, чѣмъ право собственности, первоначальному общенію въ землевладѣніи, - также и многіе виды законныхъ ограниченій собственности, касающіеся земли, какъ, напримѣръ, право сосѣдства и проч. представляютъ собою, по сдѣланному вскользь, но очень мѣткому замѣчанію Эринца, не иное что, какъ остатки прежней общности въ землевладѣніи. Образованіе частной собственности совершалось, какъ мы знаемъ, не вдругъ, а при образованіи ея нѣкоторыя земли и, въ особенности, лѣса и другія угодья продолжали оставаться въ общемъ владѣніи. Права сосѣдства и другія ограниченія земельной собственности, не имѣвшія смысла при общемъ владѣніи землей, должны были, естественно, развиться при образованіи частной собственности, и развиться изъ тѣхъ же началъ, на которыхъ было основано общинное землевладѣніе. Вотъ почему эти ограниченія собственности и могутъ быть названы остатками или обрубками древнихъ формъ землевладѣнія, предшествующими частной собственности точно такимъ же образомъ, какимъ предшествуютъ ей и сервитуты. Это сходство въ происхожденіи сервитутовъ и законныхъ ограниченій собственности не должно, однако, мѣшать различенію ихъ другъ отъ друга, - различе-

нію, которое имѣетъ тѣмъ большую важность, что, совпадая съ отличіемъ вещныхъ и обязательственныхъ отношеній вообще, оно помогаетъ еще отграниченію сервитутовъ отъ права собственности. Если-же съ сервитутами соединяется часто дѣйствительное стѣсненіе чужой собственности, то въ этомъ стѣсненіи слѣдуетъ видѣть, согласно съ предшествующимъ изложеніемъ, не цѣль и не содержаніе сервитута, а лишь одно изъ возможныхъ его послѣдствій, и, притомъ, одно изъ вторичныхъ, а не первичныхъ послѣдствій, такъ какъ мы знаемъ, что сервитуты разсчитаны, прежде всего, на частичное пользованіе вещью, а уже потомъ, и то не всегда, - и на ограниченіе чужого обладанія въ ней, которое является, такимъ образомъ, случайнымъ результатомъ, а никакъ не цѣлью и не содержаніемъ сервитута. Вотъ различіе законныхъ ограниченій собственности отъ сервитутовъ, которое чрезвычайно важно, и мы остановимся на немъ съ нѣкоторою подробностью, имѣя въ виду, главнымъ образомъ то, что оно нигдѣ до сихъ поръ не выяснялось.

Объ отличіи сервитутовъ отъ обязательственнаго права мы не будемъ распространяться, такъ какъ оно ясно само собою и вытекаетъ изъ установленнаго уже нами общаго различія между вещными и обязательствен-

ными отношеніями. Вмѣсто повторенія того, что было говорено уже не разъ, зададимся лучше вопросомъ: почему и для какой цѣли сервитуты признаются вещными правами, и есть ли надобность отдѣлять ихъ отъ правъ по обязательствамъ? Сервитуты суть вещныя права, во 1-хъ, потому, что они возникли исторически изъ прямой связи лица съ вещью, которая служитъ ему одной изъ своихъ полезныхъ сторонъ сама по себѣ, и независимо отъ чьего-либо содѣйствія, кромѣ санкціи права, охраняющей отношеніе къ ней даннаго субъекта. Отсюда - активная роль правообладателя и пассивное состояніе обязанныхъ лицъ, - вотъ что видимъ мы въ сервитутахъ, и вотъ что характеризуетъ ихъ, наравнѣ со всѣми вещными правами, и отличаетъ, въ то же время, отъ всѣхъ обязательственныхъ отношеній, гдѣ активную роль играетъ обязанное лицо, а не правообладатель. Во 2-хъ, вещный характеръ сервитутовъ представляетъ необходимое условіе цѣли, съ которой они устанавливаются. Эта цѣль состоитъ въ обезпеченномъ пользованіи той или другой стороной вещи, безъ котораго, т.е. такого обезпеченнаго пользованія, было бы немыслимо вообще служеніе ея человѣку. Какую бы пользу представляла для него земля, если бы онъ не имѣлъ изъ нея выхода черезъ пограничные участки, или что дѣлалъ бы онъ съ этой землей въ жаркомъ климатѣ, если бы у него не было воз-

можности провести къ ней воду черезъ тѣ же пограничные участки? Обезпеченное же пользованіе дорогой, проведенной водой и другими видами пользованія, составляющими содержаніе сервитутовъ, возможно только въ формѣ вещныхъ правъ, такъ какъ, если бы сервитуты были обязательственнымъ правомъ, они уважались бы только первоначальными установителями сервитута и ихъ наслѣдниками, не распространяясь ни на сингулярныхъ преемниковъ, ни вообще на третьихъ лицъ, которыя имѣли бы полную возможность не признавать отношеній, установленныхъ между сторонними имъ лицами, и не обязывающихъ ихъ ни къ чему. Если бы пользованіе дорогами, водами и другими предметами, необходимыми для промышленности и сельскаго хозяйства, подвергалось постоянно опасности, которая существовала бы до тѣхъ поръ, пока это пользованіе продолжало бы охраняться въ формѣ обязательственныхъ отношеній, - тогда никто не обрабатывалъ бы отдаленныхъ земель, къ которымъ доступъ могъ быть нарушенъ всякимъ третьимъ лицомъ, и никто не брался бы за предпріятія, при которыхъ предпринимательподвергался бы такому же риску. Такимъ терпѣли бы отъ этого риска и собственники въ распоряженіи своимъ правомъ, такъ какъ они были бы лишены возможности передавать его другимъ лицамъ во временное

пользованіе. При прекарной защитѣ этого послѣдняго, никто не сталъ бы принимать его отъ собственника, и тогда у собственника остался бы только одинъ способъ распоряженія своей вещью, это - полное отчужденіе ея въ другія руки на такомъ же правѣ собственности, на какомъ онъ самъ владѣетъ ею; тогда изъ всѣхъ видовъ пользованія вещью осталось бы одно право собственности, изъ всѣхъ видовъ сдѣлокъ - одна купля-продажа.

Вотъ каковы были бы послѣдствія порядка, въ которомъ защита сервитутовъ происходила бы въ формѣ личныхъ или обязательственныхъ исковъ, и вотъ почему принципъ вещной защиты въ примѣненіи къ сервитутамъ является необходимымъ условіемъ достиженія цѣли, которой они служатъ въ гражданскомъ оборотѣ. Благодаря только системѣ вещныхъ исковъ, защищающихъ обладателя сервитута противъ всѣхъ и каждаго, отправленіе его дѣлается вполнѣ обезпеченнымъ и приноситъ хозяйству и промышленности страны ту огромную пользу, которая была бы неосуществима безъ вещныхъ исковъ. Благодаря этимъ же искамъ, и собственники получаютъ возможность передавать другимъ лицамъ самыя разнообразныя правомочія въ своей вещи, сохраняя за собою право собственности на нее. Понятно, что и годность вещи для собственника увеличивается вслѣдствіе такого разнообразія формъ, въ

которыхъ она служитъ ему; а это равнообразіе обусловливается только тѣмъ, что лица, получающія отъ собственника тотъ или другой видъ пользованія его вещью, стоятъ относительно защиты своего права въ такомъ же привиллегированномъ положеніи, какъ и самъ собственникъ. Въ этомъ смыслѣ совершенно правъ былъ Пухта, говоря, что сервитуты вліяютъ на собственность не только ограничивающимъ, но и консервирующимъ, охраняющимъ образомъ, такъ какъ мы видѣли, что только благодаря сервитутамъ, собственникъ получаетъ возможность разносторонняго воздѣйствія на свою вещь и, благодаря имъ же, избѣгаетъ необходимости продажи своей вещи тамъ, гдѣ онъ долженъ былъ бы неминуемо совершить ее, если бы установленіе сервитута, какъ вещнаго права, не приходило къ нему на выручку.

Изъ понятія сервитута, какъ особаго вещнаго права, характеризуемаго указанными выше содержаніемъ и цѣлью, вытекаютъ, сами собою, слѣдующія положенія, считающіяся основными въ ученіи о сервитутахъ.

1. Servitus in faciendo consistere nonpotest.

Это значитъ, что сервитутъ не обязываетъ никого къ положительнымъ дѣйствіямъ въ пользу его обладателя, требуя отъ собственника служащей вещи и отъ всѣхъ третьихъ лицъ только того, чтобы они допускали от-

правленіе правомочія, лежащаго въ основаніи сервитута, и не нарушали его; положительныя же дѣйствія съ ихъ стороны немыслимы уже потому, что, при признаніи ихъ, сервитуты были бы правомъ на вещь большаго размѣра, чѣмъ сама вещь, и обнимали, при этомъ, и право на лицо. Это положеніе, выражаясь точно, относится не спеціально къ сервитутамъ, а ко всѣмъ вещнымъ правамъ, характеризуя вообще ихъ противоположность съ правами по обязательствамъ. Говоря, что сервитуты не могутъ заключаться въ дѣйствіяхъ другихъ лицъ, приведенное правило выражаетъ только въ отрицательной формѣ ту мысль, что сервитуты, какъ вещныя права, состоятъ въ прямой связи лица къ вещи, что уже само собою исключаетъ всякое постороннее *facere*. Если же въ нѣкоторыхъ сервитутахъ, какъ напримѣръ: "*servitus oneris ferendi*", и въ томъ германскомъ правообразованіи, которое извѣстно подъ именемъ *Reallasten*, замѣчается примѣсь обязательственныхъ элементовъ, то въ этомъ слѣдуетъ видѣть не нарушеніе вещной природы сервитута, а уступку требованіямъ гражданскаго оборота, подъ вліяніемъ которыхъ, во I-хъ, содержаніе иныхъ сервитутовъ распространяется далѣе ихъ первоначальныхъ предѣловъ, а, во 2-хъ, въ содержаніи и другихъ правъ происходитъ то-же ослабленіе рѣзкаго сначала противоположенія между вещными

и обязательственными отношеніями, которое мы констатировали еще въ общей характеристикѣ вещныхъ правъ, показавъ тамъ же, что это ослабленіе вовсе не должно препятствовать строгому разграниченію тѣхъ и другихъ отношеній.

2. Другое основное положеніе теоріи сервитутовъ выражается обыкновенно въ словахъ: *nulli res sua servit*, т.е. никто не можетъ имѣть сервитута въ своей вещи, что ясно само собою, такъ какъ сервитуты суть отдѣльныя права пользованія, а собственность - право на всю вещь, почему и немыслимо, чтобы одно лицо соединяло въ себѣ оба эти права на одну и ту же вещь, - полное и частичное право: одно будетъ непремѣнно исключать другое. Такимъ образомъ, если первымъ изъ приведенныхъ выше положеній выражается противоположеніе сервитутовъ съ обязательственными отношеніями, то настоящее положеніе представляетъ противоположеніе ихъ съ правами собственности.

3. Наконецъ, третье правило гласитъ: *servitus servitutis esse non potest*, что также понятно само собою, такъ какъ сервитуты суть права на вещь, а такъ какъ ни одно право не представляетъ собою тѣлесной вещи, то сервитутъ на сервитутъ, какъ вещное право, было бы невозможностью.

Говорятъ еще, что 4, *Nneutilitate servitus consistere nequit* т.е. что сервитутъ не можетъ существовать безъ выгоды, доставляемой имъ управомоченному лицу. Но это положеніе не составляетъ особенности сервитутовъ, а характеризуетъ всѣ права вообще, составляя основное предположеніе, какъ сервитутовъ, такъ и обязательствъ, и всѣхъ другихъ правъ. - Вотъ и всѣ основоположенія, относящіяся къ институту сервитутовъ, и, разсмотрѣвъ ихъ, намъ остается въ теоріи института остановиться еще на вопросахъ о видахъ сервитутовъ, ихъ установленіи, прекращеніи и защитѣ.

Б. ВИДЫ СЕРВИТУТОВЪ.

Сервитуты раздѣляются обыкновенно на положительные и отрицательные, постоянные и непостоянные *continuae et discontinuae*, реальные и личные. Первыя дѣленія мы оставимъ въ сторонѣ, такъ какъ они не имѣютъ существеннаго значенія, и скажемъ нѣсколько словъ о различіи реальныхъ и личныхъ сервитутовъ, потому что это различіе коренится въ цѣли тѣхъ и другихъ сервитутовъ, встрѣчается почти во всѣхъ законодательствахъ и сопровождается въ нихъ важными практическими послѣдствіями.

Сервитуты называются личными, когда они предназначены служить интересамъ опредѣленнаго лица и установлены или на время жизни послѣдняго или на еще болѣе короткій срокъ.

Реальные сервитуты разсчитаны, напротивъ, не столько на службу лица, сколько на службу вещи, которой они приносятъ ту или другую пользу; они неразрывно связаны съ этой вещью, независимо отъ какой бы то ни было смѣны лицъ, и отличаются при этомъ отъ личныхъ сервитутовъ своей неограниченной продолжительностью. (543с Эти свойства реальныхъ сервитутовъ сдѣлались для нѣкоторыхъ юристовъ |Гейзе, Бокингъ и др.| поводомъ считать въ нихъ управомоченнымъ субъектомъ не лицо, а вещь, интересамъ которой удовлетворяетъ сервитутъ, и которая возводилась ими, такимъ образомъ, въ достоинство юридическаго лица. Неправильность такого возведенія вещи на степень юридическаго лица видна сама собою, такъ какъ никто болѣе не оспариваетъ того, что субъектомъ правъ можетъ быть только человѣческая личность. Поэтому и всѣ сервитуты безъ различія видовъ не имѣютъ и не могутъ имѣть другого субъекта, кромѣ лица. Особенность же положенія субъекта въ реальныхъ сервитутахъ состоитъ только въ томъ, что имъ является лицо, не какъ таковое, а лицо, обладающее извѣстной вещью. Другими словами, субъектомъ права является

здѣсь не только настоящій, но и всякій будущій владѣлецъ вещи, надѣленной сервитутомъ, который разсчитанъ не на удовлетвореніе личныхъ потребностей данпаго управомоченнаго лица, а вообще на облегченіе пользованія землей и на увеличеніе ея цѣнности,- что доставляетъ выгоды не только настоящимъ, но и всѣмъ послѣдующимъ владѣльцамъ этой земли. Отсюда слѣдуетъ само собою, во 1-хъ, нераздѣльность реальнаго сервитута съ вещью, для которой онъ установленъ, невозможность отчужденія или какой бы то ни было передачи сервитута иначе, какъ вмѣстѣ съ вещью, которой онъ служитъ, такъ какъ внѣ этой службы онъ не имѣетъ никакого смысла; и, во 2-хъ, непрерывающаяся продолжительность этого сервитута, такъ какъ перерывы въ его отправленіи уничтожали бы всю пользу, которую онъ приноситъ, и дѣлали бы для владѣльца вещи невозможнымъ дальнѣйшее пользованіе ею. Что касается ограниченій, производимыхъ этими сервитутами въ чужой собственности, то они оправдываются и, въ то же время, смягчаются слѣдующими соображеніями.

Во 1-хъ, реальные сервитуты, состоящіе въ пользованіи дорогами, водой, лѣсомъ и другими угодьями, представляютъ собою болѣе, чѣмъ какіе-либо иные сервитуты, необходимое условіе всякаго, даже самаго малоразвитого, гражданскаго быта; поэтому уже

они безусловно предшествуютъ частной собственности и продолжаютъ существовать на прежнихъ мѣстахъ и послѣ образованія послѣдней. Слѣдовательно, частная собственность, при своемъ образованіи, встрѣчаетъ реальные сервитуты уже сложившимися на тѣхъ же мѣстахъ, которыя она сама занимаетъ. Ограниченія собственности въ настоящемъ смыслѣ слова здѣсь нѣтъ, потому что ограниченію подлежатъ только предметы обладанія; собственность же застала реальные сервитуты уже сложившимися и поэтому не могла быть ограничена въ томъ, что она еще не имѣла, что существовало ранѣе ея, и что продолжало существовать независимо отъ нея и послѣ.

Во 2-хъ, неудобства, происходящія отъ стѣсненія собственности, вслѣдствіе того, что предметъ ея служитъ, въ то же время и сервитутомъ для другого участка, никакъ не могутъ идти въ сравненіе съ тѣми выгодами, которыя сервитутъ приноситъ этому другому участку. Собственность, обремененная сервитутомъ, продолжаетъ служить своему хозяину съ тою же пользою, съ какой она служила бы ему и въ томъ случаѣ, если бы она была свободна отъ сервитута, тогда какъ сосѣдній участокъ, лишенный сервитута, былъ бы совершенно потерянъ для его владѣльца. Вотъ почему, покровительствуя существующимъ и устанавливая новые сервитуты въ общихъ ин-

тересахъ сельскаго хозяйства и промышленности, государство не стѣсняется соображеніемъ о возможномъ ограниченіи собственности, связанномъ часто съ дѣйствіемъ того или другого сервитута.

Наконецъ, въ 3-хъ, стѣсненіе собственности, производимое реальными сервитутами, смягчается условіями ихъ установленія, которыми римское право, какъ вы, вѣроятно, помните, считало, во 1-хъ, примѣнимость реальныхъ сервитутовъ только къ недвижимымъ вещамъ, во 2-хъ, серьезность и постоянство интереса, которому они служатъ; въ 3-хъ, сосѣдство или вицинтетъ между служащимъ и господствующимъ участкомъ и, наконецъ, въ 4-хъ, необходимость такъ называемой perpetua causa, т.е. постоянства той силы служащей вещи, которая дѣлается предметомъ сервитута. Эти условія отчасти приняты и отчасти видоизмѣнены новыми законодательствами, о которыхъ мы не будемъ говорить вслѣдствіе недостатка времени, такъ же, какъ не будемъ говорить и о различныхъ видахъ реальныхъ сервитутовъ, такъ какъ они складывались въ правѣ разныхъ народовъ историческимъ путемъ и, различаясь поэтому другъ отъ друга существенными чертами, не допускаютъ общаго изложенія. Съ нѣкоторыми изъ важнѣйшихъ видовъ этихъ сервитутовъ мы встрѣтимся при обзорѣ нашего законодательства. Теперь же замѣтимъ только то, что въ

развитіи реальныхъ сервитутовъ новые народы оставили далеко за собою римлянъ, которые признавали сначала лишь 4 вида этихъ сервитутовъ: *iter, actus, via, aquaeductus*, а потомъ - неохотно подводили къ нимъ и новыя правообразованія. Послѣдующее развитіе сельскаго хозяйства и промышленности, а также - и другія условія гражданскаго быта, вызвали въ жизни европейскихъ народовъ множество новыхъ сервитутовъ, получившихъ такое важное значеніе, что безъ нихъ мы не можемъ и представить себѣ современной жизни.

Что касается личныхъ сервитутовъ, то они существенно отличаются отъ реальныхъ сервитутовъ, какъ по содержанію, такъ и по своей продолжительности. Содержаніемъ ихъ является такое пользованіе вещью, которое прямо служитъ управомоченному имъ лицу, а не составляетъ, какъ реальный сервитутъ, условія какого-нибудь другого пользованія. Сюда относятся институты, которые у римлянъ назывались *usus* - омъ и *usufructus* омъ, и которые обратились въ правѣ другихъ народовъ въ самыя разнообразныя формы пользованія и употребленія, совмѣстимыя съ самымъ различнымъ содержаніемъ права. Поэтому мы не будемъ говорить объ этихъ формахъ, замѣтивъ только, что общими условіями всѣхъ видовъ личныхъ сервитутовъ являются: во I-хъ, непосредственное отношеніе или

тическое обладаніе управомоченнаго ими лица предметомъ пользованія. Это - признакъ вещнаго характера личныхъ сервитутовъ съ одной стороны, а съ другой - признакъ такого значительнаго стѣсненія ими чужой собственности, которое умѣряется только другими условіями установленія личныхъ сервитутовъ, не переходящихъ обыкновенно за предѣлъ жизни управомоченнаго лица, а иногда ограниченныхъ и болѣе короткимъ срокомъ. Въ продолженіе жизни управомоченнаго лица или въ теченіе установленнаго срока, личный сервитутъ отличается всѣми свойствами вещнаго права; но со смертію лица или съ истеченіемъ назначеннаго срока, сервитутъ совсѣмъ угасаетъ, а, вмѣстѣ съ нимъ, угасаетъ и произведенное имъ ограниченіе собственности. Если личный сервитутъ установленъ безсрочно и не въ пользу физическаго, а въ пользу юридическаго лица, жизнь котораго можетъ быть безконечна, то продолжительность его въ интересахъ собственности ограничивалась по римскому праву промежуткомъ времени въ 100 лѣтъ, а по французскому праву она ограничена только 30-лѣтнимъ срокомъ. Наконецъ, 3-мъ условіемъ личныхъ сервитутовъ, имѣющимъ также охраняющее значеніе для собственности, является то, что, какъ бы обширно ни было ихъ содержаніе, оно никогда не заключаетъ въ себѣ права распоряженія предметомъ пользованія, не

допускаетъ ни отчужденія, ни насильственнаго перехода его, и не только не идетъ на уничтоженіе вещи, на погашеніе всей ея цѣнности, но требуетъ еще отъ управомоченнаго лица такого пользованія ею, которое не измѣняло бы ея субстанціи, требуетъ того, что римляне называли пользованіемъ *Salva rei substantia*. Установленіе твердой границы относительно дѣйствій, которыя могутъ быть дозволены управомоченному лицу и которыя - нѣтъ, здѣсь невозможно, и опредѣленіе ея предоставляется въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ усмотрѣнію судьи, который руководствуется въ своихъ рѣшеніяхъ критеріемъ дѣятельности *bonis patersfamilias* и рѣшаетъ вопросы о правахъ и обязанностяхъ собственника и пользователя согласно съ объемомъ предоставленнаго послѣднему пользованія и съ особенностями каждаго отдѣльнаго случая. О нѣкоторыхъ видахъ такого пользованія мы упомянемъ при разсмотрѣніи положеній нашего законодательства.

В| УСТАНОВЛЕНІЕ СЕРВИТУТОВЪ.

Сервитуты устанавливаются или пріобрѣтаются слѣдующими четырьмя способами: I| по закону, 2| по

договору, 3| по завѣщанію и 4| по давности.

I. Сервитуты, устанавливаемые въ силу закона, называются обыкновенно легальными. Но и другіе сервитуты, возникающіе изъ договоровъ, завѣщанія и проч., существуютъ также потому, что ихъ признаетъ законъ. Слѣдовательно, названіе "легальные сервитуты" едва ли можетъ считаться характернымъ для какого-либо изъ ихъ видовъ и замѣняется гораздо лучше терминомъ "принудительные сервитуты", - такъ какъ важнѣйшая черта сервитутовъ, существующихъ только въ силу закона, состоитъ именно въ томъ, что они устанавливаются независимо отъ частныхъ соглашеній и могутъ быть вытребованы черезъ судебную власть вопреки волѣ лицъ, обязанныхъ по закону къ допущенію ихъ. Назовемъ, въ числѣ этихъ сервитутовъ, римскій *Iter ad sepulchrum*, распространенный практикой римскаго права въ Германіи и новыми законодательными кодексами на всѣ случаи, въ которыхъ поземельный участокъ лишенъ выхода на публичную дорогу, или располагаетъ только такимъ выходомъ, который недостаточенъ для его эксплоатаціи. Собственникъ и даже пользователь такого участка имѣютъ право требовать установленія въ силу закона дорожнаго сервитута черезъ сосѣднія участки съ вознагражденіемъ или безъ вознагражденія собственниковъ, смотря по тому, требуется оно положительнымъ

закономъ или нѣтъ. См. Art. 682 Code civil
Сюда относится и, такъ называемый Usufructus
Legalis, подъ которымъ разумѣютъ различные ви-
ды законнаго пользованія отца семейства надъ имуще-
ствомъ его дѣтей и жены. Эти пользованія принадле-
жатъ къ семейному праву и представляютъ собою, по
мѣткому замѣчанію Вринца | Pandecta I, стр. 790!
не что иное, какъ остатки прежняго семейнаго обще-
нія въ землевладѣніи и послѣдствія отеческой вла-
сти, которыя не имѣютъ въ настоящее время большого
значенія, такъ какъ новыя законодательства призна-
ютъ, по большей части, имущественную самостоятель-
ность жены и дѣтей, ограничивая пользованіе въ ихъ
имуществѣ со стороны отца и мужа самыми тѣсными пре-
дѣлами. Гораздо существеннѣе значеніе въ ряду при-
нудительныхъ сервитутовъ - по особой важности ихъ
для сельскаго хозяйства и промышленности и по осо-
бому развитію, полученному ими въ законодательст-
вахъ старыхъ и новыхъ народовъ, - имѣютъ сервиту-
ты, извѣстные подъ именемъ водяныхъ, и обнимающіе
собою всю систему искусственнаго орошенія и осуше-
нія полей, насколько выводъ и проводъ воды для
этихъ цѣлей черезъ чужіе участки обезпечивается об-
щественной властью посредствомъ закона и независи-
мо отъ воли собственниковъ тѣхъ участковъ, которые
дѣлаются объектомъ такихъ сервитутовъ.

557

Въ исторіи этихъ сервитутовъ можно отмѣтить три ясно обозначенныхъ итальянскимъ юристомъ Romagnosi періода развитія. Въ первый періодъ рѣдкаго народонаселенія, ограниченнаго хозяйства и ничтожной индустріи, водяныя отношенія не получаютъ особаго развитія, такъ какъ вода употребляется здѣсь, главнымъ образомъ, только для питья, источники и рѣки остаются въ общественномъ пользованіи и даютъ мало поводовъ къ юридическимъ спорамъ, которые возникаютъ развѣ при самовольномъ завладѣніи общественнымъ источникомъ и при рѣдко-возможномъ препятствованіи въ пользованіи этимъ источникомъ. Говоря иначе, потребность въ водѣ удовлетворяется въ этотъ перводъ развитія самой природой, и отношеніе населенія къ водяному праву носитъ тутъ чисто пассивный характеръ. Во второй періодъ развитія, когда народонаселеніе сгущается, сельское хозяйство распространяется на большія пространства земли, а промышленность и торговля получаютъ особое развитіе, оставляющее сельское хозяйство позади себя, тогда начинаетъ уже неизбѣжно чувствоваться потребность въ регулированіи водяныхъ отношеній, которое происходитъ сначала въ довольно несовершенныхъ формахъ. Обществу недостаетъ еще полнаго сознанія въ необходимости государственнаго вмѣшательства въ пользованіи водой для общехозяйственныхъ

цѣлей, какъ недостаетъ еще и сознанія въ необходимости принужденія лицъ, стоящихъ ближе всего къ предмету пользованія, къ допущенію такого же пользованія и со стороны другихъ членовъ общества - силой самого закона. Пользованіе водой обезпечивается пока одними соглашеніями заинтересованныхъ лицъ между собою, такъ что договорное установленіе водяныхъ сервитутовъ составляетъ въ этотъ періодъ развитія общій принципъ водяного права. Что касается принудительныхъ, предписываемыхъ закономъ отношеній по водѣ, то они встрѣчаются здѣсь рѣдко, и то больше въ примѣненіи къ защитѣ отъ разрушительнаго дѣйствія воды, чѣмъ въ примѣненіи къ усвоенію ея полезныхъ результатовъ. Все общество несетъ тягости по устройству и поддержанію плотинъ, шлюзовъ и др. сооруженій, защищающихъ отъ наводненія, но никто не обязывается принимать участіе въ работахъ по ирригаціи, поступаться для нихъ частью своей собственности и вступать вообще въ сервитуты по осушенію и орошенію иначе, какъ по собственной иниціативѣ. Такимъ образомъ, принудительные сервитуты въ примѣненіи къ водѣ носятъ въ настоящій періодъ развитія чисто дефензивный характеръ и разсматриваются скорѣе какъ тягость, чѣмъ какъ выгода. Относительно же пользованія водой для цѣлей хозяйства и промышленности, мы уже сказали, что оно основано на по-

ка на договорномъ началѣ и выражается или въ естественномъ употребленіи текучей воды или въ искусственномъ пользованіи ею черезъ каналы, устраиваемые, при этомъ, по практическимъ указаніямъ опыта безъ всякихъ гидравлическихъ и другихъ техническихъ соображеній. Замѣтимъ еще, что характеристическую особенность водяныхъ отношеній этого періода составляетъ то, что они служатъ интересамъ промышленности и торговли въ несравненно большей степени, чѣмъ интересамъ сельскаго хозяйства, которые не успѣли еще окрѣпнуть и не въ силахъ конкуррировать съ могущественнымъ классомъ промышленниковъ, побивающихъ сельскихъ хозяевъ во всѣхъ случаяхъ столкновеній ивъ взаимныхъ интересовъ. Наконецъ, третій цвѣтущій періодъ водяного права наступаетъ при очень густомъ народонаселеніи, высшей степени промышленнаго развитія, идущаго, при этомъ, рука объ руку съ высокой и интенсивной культурой сельскаго хозяйства. Здѣсь уже ясно сознается потребность въ энергическомъ участіи общественной власти не только въ томъ, чтобы вода доставлялась всѣмъ нуждающимся въ ней, но и въ томъ, чтобы она распредѣлялась въ формахъ наиболѣе соотвѣтствующихъ потребностямъ каждаго хозяина и наиболѣе гарантирующихъ его отъ возможности нарушеній. Государство перестаетъ уже полагаться на договорныя соглашенія и постановляетъ

правила объ экспропріаціи частной собственности въ случаѣ ирригаціонныхъ предпріятій, признанныхъ общеполезными. Оно возвращается къ признанію стараго положенія объ общественномъ характерѣ всѣхъ водяныхъ теченій и не только обязываетъ силой закона собственниковъ пропускать эти теченія черезъ свои земли, въ виду важности ихъ для сосѣднихъ владѣльцевъ, но налагаетъ еще на всѣхъ, кто пользуется водой, особыя обязанности, вытекающія изъ назначенія ея служить интересамъ цѣлаго общества, и слѣдитъ, при этомъ, само, въ лицѣ особыхъ органовъ, какъ за распредѣленіемъ воды, такъ и за быстрымъ разрѣшеніемъ всѣхъ возникающихъ по водовладѣнію споровъ. Ирригаціонныя сооруженія воздвигаются теперь при соображеніи всѣхъ техническихъ данныхъ, извѣстныхъ наукѣ, а споры по водѣ разрѣшаются особыми судами, составленными частью ихъ выборныхъ и свѣдущихъ людей, частью изъ органовъ административной власти. Эти суды разрѣшаютъ водяныя дѣла на мѣстѣ несравненно быстрѣе и съ несравненно лучшимъ знаніемъ дѣла, чѣмъ могутъ дѣлать это обыкновенные суды, которыхъ медлительность и неудовлетворительность для защиты водяныхъ отношеній, требующихъ особенно быстраго возстановленія права, признаны вѣковымъ опытомъ. Затѣмъ, интересы сельскаго хозяйства тутъ уже уравниваются, а иногда и перевѣшиваются интере-

сы промышленности, принуждаемой во многихъ случаяхъ поступаться тѣмъ исключительнымъ положеніемъ, которымъ она завладѣла въ предшествующій періодъ на правѣ сильнаго. Такимъ образомъ, если основнымъ принципомъ перваго періода развитія водяного права должно быть признано пассивное отношеніе къ нему, основнымъ принципомъ второго - договорная свобода и дефензивныя ограниченія, то принципомъ третьяго періода является государственное вмѣшательство и государственное принужденіе, которое распространяется, при этомъ, не только на защиту отъ воды, но и на извлеченіе изъ нея, по мѣрѣ потребностей всѣхъ членовъ даннаго общества, возможно большей суммы пользы, - такъ что государственное вмѣшательство теряетъ здѣсь уже свой исключительно дефензивный и получаетъ, въ то же время, и офензивный или, говоря точнѣе, продуктивный характеръ. Большинство европейскихъ народовъ вступаетъ, въ большей или меньшей степени, въ этотъ послѣдній періодъ развитія водяныхъ отношеній только съ нынѣшняго столѣтія, и мы констатируемъ, напримѣръ, въ Англіи, знаменитый дренажный билль Роберта Пиля отъ 28 августа 1846 года, заставившій вмѣстѣ съ другими послѣдовавшими за нимъ законами, англійское правительство употребить на дренажныя работы отъ 7 до 8 милліоновъ фунтовъ стерлинговъ; во Франціи въ 1845 году и 1847

году изданы также новые ирригаціонные законы, сообразенные съ современными условіями сельскаго хозяйства и промышленности; а различныя государства Германіи издали въ теченіе настоящаго столѣтія по этому же вопросу цѣлую массу проектовъ и законодательныхъ актовъ, стремящихся измѣнить старый порядокъ вещей. Этотъ порядокъ соотвѣтствовалъ вполнѣ тому, что было говорено выше о второмъ періодѣ состоянія водянаго права: пользованіе водой для хозяйственныхъ цѣлей было затруднено государственной регаліей и частной собственностью на воду; особыя же историческія условія выдвинули въ Германіи на первый планъ владѣльцевъ мельницъ, которые заняли здѣсь привиллегированное положеніе относительно общинъ и земледѣльцевъ. Мельница въ средніе вѣка вблизи деревни была необходимѣе, чѣмъ что-нибудь, и мельникамъ не трудно было добиться для себя, какъ свободы отъ податей, такъ и другихъ выгодъ, между прочимъ - и неограниченнаго пользованія протекающей у мельницы водой, которую они потомъ и укрѣпили за собою путемъ обычая. Поэтому сельское хозяйство и терпѣло въ Германіи огромныя затрудненія, какъ отъ узкаго эгоизма или упрямства мельниковъ и другихъ промышленниковъ, пользовавшихся исключительно для себя двигательной силой воды, такъ и отъ своеволія и высокомѣрія крупныхъ землевладѣльцевъ, бароновъ и

юнкеровъ, не допускавшихъ никого къ выводу или проводу воды черезъ ихъ участки.

Вотъ почему съ происшедшими въ нынѣшнемъ столѣтіи измѣненіями въ условіяхъ и бытѣ сельскаго населенія, въ отношеніяхъ общественныхъ классовъ другъ къ другу и въ самомъ представленіи о государственныхъ задачахъ и цѣляхъ, голоса за реформу водяного права поднялись отовсюду, и германскія правительства услышали ихъ. Знаменитая книга итальянскаго юриста Romagnosi о водяномъ правѣ была по инструкціи прусскаго правительства переведена на нѣмецкій языкъ; юристы командировались для изслѣдованія водяного права въ Италію; составлялись ученыя коммиссіи, выработавшія вскорѣ множество проектовъ, изъ которыхъ иные получили и законодательное утвержденіе. Образцомъ для этого новаго законодательства Германіи послужило итальянское водяное право, которое, однако, не вполнѣ было принято и не совсѣмъ точно проведено въ своихъ послѣдствіяхъ. Поэтому, новые германскіе законы о водѣ, какъ ни значителенъ шагъ впередъ, сдѣланный ими относительно прежняго законодательства, вызываютъ и теперь со стороны многихъ экономистовъ и юристовъ упреки въ неполнотѣ, непослѣдовательности и въ недостаточномъ удовлетвореніи современнымъ условіямъ жизни.

Едва ли эти упреки имѣли бы мѣсто, если бы германскія законодательства приняли вполнѣ итальянское право, основанное на всѣхъ тѣхъ принципахъ, которые были уже указаны въ сдѣланной выше характеристикѣ третьяго періода развитія водяного права. Дѣйствію этихъ принциповъ, начавшемуся еще въ XII вѣкѣ, со времени утвержденія въ сѣверной Италіи маленькихъ республикъ, населеніе долины Ломбардіи, устроившее у себя совершенно классическія сооруженія по ирригаціи, - возбуждающія до сихъ поръ зависть другихъ народовъ - обязано необыкновенно раннимъ и блестящимъ развитіемъ въ своей странѣ сельскаго хозяйства и вообще всѣмъ матеріальнымъ благоденствіемъ, которое не могло быть поколеблено здѣсь даже тѣми непрерывными войнами и опустошеніями, театромъ которыхъ служила сѣверная Италія, можетъ быть, въ большей степени, чѣмъ какая-нибудь другая страна въ мірѣ. Такое раннее и непрерывающееся до сихъ поръ процвѣтаніе страны какъ въ сельско-хозяйственномъ, такъ и въ промышленномъ отношеніи, имѣющее мѣсто благодаря, главнымъ образомъ, разумно устроенной системѣ ирригаціи, и не смотря на массу другихъ неблагопріятныхъ для экономическаго развитія условій, говоритъ за правильность и плодотворность этой системы лучше всякихъ разсужденій и указываетъ въ лишній разъ на то, какъ могущественно и благотворно быва-

ет вліяніе учрежденій права на народный бытъ, когда эти учрежденія согласованы разумно съ его потребностями и установлены по соображенію съ общественнымъ, а не единичнымъ благомъ того или другого лица, того или другого сословія, той или другой власти. Другой столь же классическій образецъ ирригаціонной страны представляетъ долина Валенціи въ Испаніи, съ примѣненіемъ къ орошеннымъ пространствамъ земли почти тѣхъ же положеній права и почти такого же управленія надъ водяными дѣлами, съ какими мы встрѣчаемся и въ итальянскомъ правѣ. Между тѣмъ, арабская система ирригаціи, принятая въ Испаніи, образовалась независимо и безъ всякаго вліянія на нее итальянскаго права; въ то же время, долина Валенціи процвѣтала и процвѣтаетъ до сихъ поръ, благодаря ирригаціи такъ же, какъ и долина Ломбардіи. Это поразительное совпаденіе состоянія обѣихъ странъ при одинаково благотворныхъ результатахъ дѣйствія почти одной и той же системы водяного права подтверждаетъ снова |по крайней мѣрѣ, въ примѣненіи къ странамъ съ теплымъ климатомъ| правильность тѣхъ самыхъ принциповъ водяного права, которые были замѣчены при характеристикѣ третьей стадіи развитія этого права. Такое же подтвержденіе эти принципы находятъ и во множествѣ другихъ странъ, какъ напримѣръ, въ Алжирѣ, Египтѣ, Индіи, на островѣ Ява, въ

Китая, въ Месопотамiи и проч., гдѣ мы находимъ до сихъ поръ или остатки прежнихъ ирригацiонныхъ сооруженiй или дѣйствующiя и понынѣ обширнѣйшiя системы ирригацiи, построенныя такъ же, какъ и итальянская система, вмѣстѣ и съ испанской, на началахъ широкаго государственнаго вмѣшательства, особаго суда надъ водяными спорами и такого безусловно общественнаго представленiя о водѣ, которое идетъ несравненно далѣе, чѣмъ всѣ современныя европейскiя представленiя о ней.

Этимъ мы окончимъ общiй очеркъ водяныхъ сервитутовъ, которому нельзя было, за недостаткомъ времени, дать большую полноту, и, опустивъ, затѣмъ, изложенiе другихъ, менѣе важныхъ видовъ принудительныхъ сервитутовъ, перейдемъ теперь ко второму, а именно — къ договорному способу установленiя сервитутовъ.

2. Если этотъ способъ установленiя сервитутовъ былъ прежде, какъ мы видѣли, наиболѣе практикуемымъ, то и въ настоящее время онъ занимаетъ въ ученiи о сервитутахъ видное мѣсто, такъ какъ договоръ устанавливаетъ всевозможныя гражданскiя права, когда онъ служитъ разумнымъ интересамъ, оправдываемымъ цѣлями взаимнаго осуществленiя людей въ обществѣ. Отношенiе же между договорнымъ и принудительнымъ способами установленiя сервитутовъ заключается въ

слѣдующемъ: послѣднимъ обезпечиваются условія жизни, необходимыя для всего общества, которое поэтому и дѣлаетъ эти сервитуты обязательными въ извѣстныхъ обстоятельствахъ для всѣхъ владѣльцевъ опредѣленныхъ имуществъ, независимо отъ ихъ воли; договорные сервитуты разсчитаны, напротивъ, на обезпеченіе тѣхъ только условій пользованія, которыя возвышаютъ индивидуальную годность или удобство даннаго имущества, не будучи вполнѣ необходимыми для пользованія имъ. Вотъ почему обезпеченіе этихъ послѣднихъ условій и не вынуждается закономъ, а представляется частнымъ соглашеніямъ собственниковъ, которые удовлетворяютъ ими своимъ взаимнымъ интересамъ, пользуясь этимъ путемъ своими имуществами въ самыхъ разнообразныхъ формахъ, увеличиваютъ значительно ихъ цѣнность, которой судьей и стражемъ не можетъ быть въ лучшей мѣрѣ никто, чѣмъ они сами. Поэтому то законъ и не вмѣшивается въ соглашенія этого рода, требуя отъ нихъ только общихъ условій дѣйствительности договора и наличности собственности у установителей сервитута.

Отсюда видно, что договорные сервитуты должны, не въ примѣръ другимъ, предполагать въ большинствѣ случаевъ дѣйствительное право собственности, что легко объясняется ихъ спеціальнымъ служеніемъ этому праву, и что, въ свою очередь, объясняетъ то, что

договорные сервитуты имѣютъ гораздо болѣе значенія и встрѣчаются гораздо чаще въ области личныхъ, нежели реальныхъ сервитутовъ, которые суть принудительные сервитуты par excellence. (Но кромѣ собственности и дѣйствительности договора, вся предшествующая Савиньи юриспруденція, а также и нѣкоторые современные представители нѣмецкой науки права, какъ напримѣръ, Франке, Вангеровъ, Бринцъ и другіе считаютъ третьимъ необходимымъ условіемъ пріобрѣтенія сервитута по договору то, чтобы стороны совершили еще, по аналогіи съ тѣмъ, что имѣетъ мѣсто при правѣ собственности, и традицію сервитута, безъ которой, по ихъ мнѣнію, договоромъ будетъ устанавливаться одно обязательственное право, а не вещный сервитутъ. Этотъ взглядъ связанъ тѣсно съ прежней теоріей о titulus и modus acquirendi, которой неправильность была уже нами покавана, и мы увидимъ сейчасъ, что приведенный взглядъ противорѣчитъ и римскому праву, на которомъ онъ, будто бы, основанъ, и не оправдывается также аналогіей съ правомъ собственности. Въ древне-римскомъ правѣ сервитуты устанавливались двумя торжественными актами - mancipatio и in jure cessio, которые, однако, не могли примѣняться къ провинціальной землѣ. Для пользованія же въ формѣ сервитутовъ провинціальной землей, которая представляла

гораздо больше интереса и важности, римское право классическаго періода пробило два пути. По первому изъ нихъ идетъ Гай, предлагая, въ случаяхъ невозможности примѣненія mancipatio и in iure cessio употреблять договоръ | pactio |, вмѣстѣ съ штрафной стипуляціей | stipulatio poenae |; будетъ устанавливать сервитутъ какъ для обязывающагося лица, такъ и для его наслѣдниковъ, а stipulatio гровитъ имъ на случай нарушенія сервитута денежнымъ штрафомъ. Результатомъ такого дѣйствія pactionis и stipulationis является по Гаю | 2 II, 31 | constitutio сервитута и, слѣдовательно, полное его установленіе. Рядомъ съ этимъ развитіемъ теоріи установленія сервитутовъ шло другое. Тогда какъ при Гаѣ считалось еще невозможнымъ примѣнять къ сервитутамъ, въ качествѣ безтѣлесныхъ вещей, понятіе традиціи, предполагавшей фактическую передачу вещи, позднѣйшая юриспруденція признала, какъ извѣстно, относительно сервитутовъ возможными и институты владѣнія, и пріобрѣтеніе черезъ традицію, защищаемое, при этомъ, конечно, не цивильнымъ, а преторскимъ правомъ. Юстиніанъ реципировалъ въ своей компиляціи оба указанныхъ результата историческаго развитія практики установленія сервитутовъ, признавъ договорное установленіе ихъ въ двухъ формахъ, которыя были поставлены при этомъ, рядомъ од-

на съ другой: 1. traditio и 2. pactiones et Stipulationes Отсюда видно, что традиція не была въ римскомъ правѣ исключительной и необходимой формой пріобрѣтенія сервитутовъ, что мѣсто ея могли и тамъ занять pactiones и Stipulationes Такимъ образомъ, договоръ, устанавливающій сервитутъ, долженъ быть признанъ въ римскомъ правѣ не обязательственнымъ, а вещнымъ договоромъ, и такое значеніе онъ долженъ былъ сохранить и при рецепціи римскаго права въ западной Европѣ, гдѣ римское ученіе о вещномъ договорѣ не только не встрѣтило противодѣйствія, но было еще распространано, какъ мы это видимъ на примѣрѣ французскаго права, и на ученіе о собственности. Что-же касается до аналогіи этого послѣдняго для обоснованія традиціи при сервитутахъ, то она не можетъ имѣть мѣста уже потому, что цѣль, которой служитъ традиція при переходахъ собственности, стоитъ внѣ всякой связи съ сервитутными отношеніями. Тамъ традиція приноситъ пользу только потому, что она ясно отмѣчаетъ совершающіеся переходы собственности и получаетъ при быстротѣ этихъ переходовъ очень важное значеніе. Сервитуты же вовсе не предназначены обращаться въ обществѣ,

---

въ качествѣ такой мобилизированной цѣнности, какъ право собственности: они прикрѣплены къ своему предмету, связаны съ нимъ неразрывно и отличаются, по большей части, свойствомъ непереносимости. Какъ же тогда требовать традицію, служащую только сигнатурой перехода, для сервитутовъ, не совершающихъ вовсе такого перехода? Замѣтимъ, въ заключеніе, что въ странахъ, принявшихъ гипотечную систему, всѣ сервитуты записываются въ гипотечныя книги въ томъ же порядкѣ и съ тѣми же послѣдствіями, которыя намъ уже извѣстны. Этой же записью въ книги устраняются всевозможные споры о моментѣ пріобрѣтенія и потерѣ какихъ бы то ни было сервитутовъ.

3. О двухъ другихъ способахъ пріобрѣтенія послѣднихъ - по завѣщанію и по давности - мы не будемъ говорить въ настоящее время, такъ какъ первый изъ нихъ относится къ наслѣдственному праву, а второй мы разсмотримъ въ общемъ ученіи о давности. Еще объ одномъ спеціальномъ способѣ пріобрѣтенія сервитутовъ, имѣющемъ мѣсто при завладѣніи безхозяйными вещами, было упомянуто уже въ началѣ изложенія настоящаго ученія.

Г| ПРЕКРАЩЕНІЕ СЕРВИТУТОВЪ.

Прекращеніе сервитутовъ можетъ совершаться

различными способами.

Во 1-хъ, управомоченное лицо можетъ отказаться отъ сервитута и прекратить этимъ его существованіе, если только оно было основано на договорѣ, и если другая сторона приняла этотъ отказъ.

Во 2-хъ, сервитутъ можетъ быть прекращенъ черезъ продолжительное неотправленіе его управомоченнымъ лицомъ, называемое non usus и представляющее собою особый видъ давности, который будетъ разсмотрѣнъ впослѣдствіи.

Въ 3-хъ, сервитуту можетъ быть положенъ конецъ разрушеніемъ его предмета или изъятіемъ его изъ гражданскаго оборота.

Въ 4-хъ, личные сервитуты прекращаются со смерти управомоченнаго ими лица или съ истеченіемъ срока, на который они были установлены, а реальные сервитуты оканчиваются съ уничтоженіемъ вещи, на службу которой они предназначались.

Въ 5-хъ, наконецъ, сервитуты прекращаются черезъ такъ называемое confusio, или совпаденіе въ одномъ лицѣ собственности и сервитута на одну и ту же вещь.

Д| ЗАЩИТА СЕРВИТУТОВЪ.

Защита сервитутовъ происходитъ въ формѣ такихъ

же вещныхъ исковъ, какъ и защита права собственности. Она идетъ противъ всѣхъ третьихъ лицъ и направлена на то, чтобы никто не становился въ противорѣчіе съ соотвѣтствующимъ данному субъекту фактическимъ состояніемъ. Если кто-нибудь становится въ такое противорѣчіе или нарушаетъ, другими словами, тотъ или другой сервитутъ, то сервитутный искъ - actio confessoria устраняетъ произведенное нарушеніе сервитута, возстановляетъ прежнее состояніе и налагаетъ на нарушителя его обязанность возмѣстить потерпѣвшему всѣ его убытки. При потерѣ самого владѣнія вещью, составляющей предметъ пользованія, пользователь ея предъявляетъ ко всѣмъ третьимъ владѣльцамъ такой же виндикаціонный искъ, какимъ располагаетъ и собственникъ |rei vindicatio usufructus|. Кромѣ этихъ общихъ исковъ, сервитуты защищаются еще такъ же, какъ и право собственности, особыми владѣльческими средствами защиты и особымъ Публиціановскимъ искомъ, о которомъ рѣчь будетъ въ отдѣлѣ о вспомогательныхъ институтахъ вещнаго права.

Е| СЕРВИТУТЫ ПО ДѢЙСТВУЮЩЕМУ У НАСЪ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ.

Постановленія нашего законодательства о сервитутахъ отличаются крайней неопредѣленностью и недо-

статочностью. Они изложены подъ рубрикой "О правѣ собственности неполномъ" |ст. 432 и слѣд.|, вмѣстѣ съ правилами о законныхъ ограниченіяхъ собственности и различныхъ видахъ какъ собственности, такъ и пользованія, имѣющихъ, при этомъ, иногда не только вещный, но и обязательственный характеръ. Это смѣшеніе собственности и пользованія съ одной стороны, вещныхъ и обязательственныхъ отношеній - съ другой, производитъ, естественно, шаткость имущественныхъ правъ и колебанія судебной практики, отражающіяся вредно на интересахъ всего общества. Термины "право на чужую вещь" и "сервитуты" вовсе незнакомы нашему законодательству, которое излагаетъ соотвѣтствующія имъ отношенія подъ слѣдующими названіями: "право участія частнаго" |ст. ст. 442 - 451|, "право угодій въ чужомъ имуществѣ" |ст. 452 - 466|, и "право владѣнія и пользованія, отдѣленное отъ права собственности" |ст. 513 - 540|.

Первые два отдѣла соотвѣтствуютъ болѣе или менѣе ученію о реальныхъ сервитутахъ, хотя подъ такъ называемымъ "правомъ участія частнаго", наши законы разумѣютъ и такія отношенія, которыя суть не сервитуты, а простыя послѣдствія законныхъ ограниченій собственности, разсмотрѣнныя уже нами въ ученіи о собственности; но сюда же наше законодательство относитъ право перехода и проѣзда черезъ

чужую дачу и другія отношенія, которыя представляются настоящими сервитутами.

Такой же характеръ реальныхъ сервитутовъ носятъ и "права угодій въ чужихъ имуществахъ", а "право владѣнія и пользованія, отдѣленное отъ права собственности", представляетъ уже личный сервитутъ, различіе котораго отъ обязательственныхъ отношеній выражено отчасти въ статьѣ 521: "Вотчинникъ, не смотря на то, что имущество его находится по законно-совершеннымъ актамъ во временномъ отдѣльномъ владѣніи постороннято лица, можетъ, однако, уступить или передать кому либо по своему произволу, принадлежащее ему право собственности на таковое имущество, впрочемъ, не стѣсняя тѣмъ правъ отдѣльнаго владѣнія".

Смыслъ этой статьи, очевидно, тотъ, что владѣніе, отдѣльное отъ собственности, представляетъ собою право, имѣющее своимъ предметомъ вещь и независимое ни отъ какой смѣны лицъ на сторонѣ собственности. Но нужно замѣтить, что вещный характеръ отношеній, излагаемыхъ нашимъ законодательствомъ подъ указанными выше рубриками, выступаетъ ясно только тогда, когда эти отношенія установлены въ силу закона, - такъ что наше законодательство признаетъ, строго говоря, только одни легальные, или принудительные сервитуты. Въ случаѣ же установле-

нія различныхъ видовъ пользованія по договору или завѣщанію, личное начало такъ рѣзко выступаетъ въ нихъ надъ вещнымъ, и наши законы относятся вообще такъ неблагопріятно къ ограниченіямъ права собственности при его передачѣ, что и судебная практика склоняется, видимо, къ этому же направленію, считая такія формы пользованія личными, а не вещными отношеніями. Такъ, напримѣръ, установленіе реальныхъ сервитутовъ въ завѣщаніи у насъ не допускается въ виду ст. 1011 законовъ гражданскихъ, говорящей, что "завѣщать благопріобрѣтенное имѣніе можно лишь въ полную собственность, либо во временное владѣніе". Отсюда практика выводитъ заключеніе, что никакія иныя ограниченія собственности по завѣщанію невозможны. Точно также и въ договорныхъ отношеніяхъ практика наша признаетъ ограниченія собственности дѣйствительными только на время жизни собственника, не оставляя, такимъ образомъ, мѣста для вещныхъ ограниченій. Вслѣдствіе этого, поземельные владѣльцы лишены у насъ часто возможности обезпечить за своимъ имѣніемъ отношеніе, существенно необходимое для его хозяйственныхъ потребностей, если только это обезпеченіе не установлено силою самого закона. Договоры не приносятъ имъ пользы, потому что, вслѣдствіе неполноты и противорѣчій нашихъ законовъ, судебная практика не призна-

етъ за ними силы устанавливать вещные сервитуты, а обязательства, вовлагаемыя на лица, слишкомъ невѣрны, преходящи и слишкомъ зависятъ отъ различнаго рода случайностей для того, чтобы удовлетворить существующимъ потребностямъ. Кавелинъ въ своей статьѣ "О неполномъ правѣ собственности по Своду Законовъ", помѣщенной въ журналѣ Гражданскаго и Торговаго права 1872 года № 2, приводитъ такой примѣръ сдѣлки, оказавшейся невозможной къ утвержденію: это была сдѣлка помѣщика съ бывшими его крестьянами о взаимномъ запрещеніи открывать кабаки въ чертѣ ихъ взаимныхъ владѣній. Другой важный недостатокъ постановленій нашего законодательства о сервитутахъ состоитъ въ томъ, что они не признаютъ установленія ихъ на основаніи давности, о чемъ мы будемъ говорить впослѣдствіи. Теперь же укажемъ на важнѣйшіе виды сервитутовъ, признанные нашими законами, и положимъ въ основаніе нашего изложенія раздѣленіе ихъ на реальные и личные сервитуты, такъ какъ намъ уже извѣстна важность этого дѣленія, неизвѣстнаго, однако же, нашему законодательству.

I. Къ разряду реальныхъ сервитутовъ, по дѣйствующему у насъ законодательству, принадлежатъ:

I. Права прохода, проѣзда, водопоя и прогона скота, установленныя въ ст. ст. 448 - 451 т. X ч.I. Эти права играютъ большую роль въ сельскомъ быту,

обезпечивая самыя неотложныя потребности сельскаго хозяйства; поэтому они составляютъ не только предметъ особой важности при опредѣленіи и размежеваніи общихъ дачъ, но и независимо отъ размежеванія, возможенъ вполнѣ, на основаніи ст. 448, особый искъ о принужденіи подлежащаго владѣльца дачи къ представленію проѣзда или къ отводу дороги - во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда владѣльцу имѣнія нѣтъ иного способа къ проѣзду къ нему или къ пользованію такими необходимыми угодьями, какъ отхожія пашни, сѣнные покосы, лѣса, луга для прогона скота, рѣки для водопоя и проч. |ст. 449|.

Подъ именемъ отхожихъ пашень, сѣнокосовъ и проч. разумѣются участки, принадлежащіе къ данному имѣнію, но отдѣленные отъ него чужими участками и находящіеся въ различныхъ чрезполосныхъ дачахъ. Дороги во всѣхъ указанныхъ случаяхъ должны быть шириной въ 3 сажени, какъ и всѣ сельскія проселочныя дороги. Отличіе ихъ отъ публичныхъ сообщеній, сухопутныхъ и водяныхъ, состоитъ въ томъ, что они составляютъ не общественное право всѣхъ и каждаго, а исключительное право отдѣльныхъ лицъ, соединенное съ землей, которой пользованіе вслѣдствіе ея положенія было бы въ высшей степени неудобно безъ установленія означенныхъ выше сервитутовъ. Спеціальный случай установленія этихъ же сер-

витутовъ даетъ намъ еще ст. 451 I ч. X т. Въ ней говорится слѣдующее: "Буде чрезъ измѣненіе теченія большихъ и малыхъ рѣкъ или рѣчекъ, служившихъ границей владѣнія, которая либо сторона лишится вовсе водопоя, то назначать къ тѣмъ рѣкамъ дороги".

Что касается до водяныхъ сервитутовъ, въ смыслѣ пользованія проточной водой для орошенія или осушенія полей посредствомъ вывода воды на орошаемыя поля или спуска ея посредствомъ канавъ черезъ чужія владѣнія, то наше общее законодательство не имѣетъ никакихъ постановленій по этому вопросу. Все содержаніе чрезвычайно скуднаго у насъ водяного права ограничивается исключительно опредѣленіемъ отношеній береговыхъ владѣльцевъ, возникающихъ по поводу подтопа луговъ и устройства мельницъ. Объ этихъ отношеніяхъ, составляющихъ законныя ограниченія собственности, но не сервитуты, мы говорили уже при изложеніи института собственности, а относительно водяныхъ сервитутовъ наши законы ограничиваются голымъ указаніемъ на особенности обычнаго права нѣкоторыхъ мѣстностей. Такъ напримѣръ, окружному начальнику Алтайскаго Округа |Учрежд.инородч.| указано заботиться о поддержаніи такъ называемыхъ арыкъ или водопроводовъ съ ихъ резервуарами для орошенія полей, разбирая и предупреждая споры киргизовъ съ казаками о пользовании. Въ

примѣчаніи къ ст. 442 X т. I ч. мы читаемъ: "Въ закавказскомъ краѣ устройство, содержаніе и употребленіе поливныхъ каналовъ опредѣляется дѣйствующими тамъ обычаями". Въ статьѣ же 5 положенія о поземельномъ устройствѣ государственныхъ крестьянъ, водворенныхъ на земляхъ высшаго мусульманскаго сословія, а равно меликовъ изъ армянъ въ губерніяхъ Закавказскаго края говорится слѣдующее: "Гдѣ существуетъ искусственное орошеніе, пользованіе со стороны поселянъ водой для поливки своихъ садовъ, огородовъ и полей, а равно и устройство ими новыхъ оросительныхъ канавъ, подчиняется существующимъ въ оной мѣстности обычаямъ, пока таковые не замѣнены изданными особо законоположеніями". |Продолженіе къ общему положенію о крестьянахъ по продолженію 1871 года примѣч. 2|. Такимъ образомъ, не давая никакихъ постановленій о проводѣ оросительныхъ и осушительныхъ канавъ, о томъ, въ какомъ количествѣ, въ какое время и изъ какихъ водъ можетъ быть устроена каналиэація для орошенія или осушенія данной мѣстности, чѣмъ обусловливается проведеніе воды черезъ чужія владѣнія и проч. наше законодательство просто предоставляетъ нѣкоторымъ мѣстностямъ право руководствоваться въ пользованіи водой своими мѣстными обычаями. Но дѣло въ томъ, что дѣйствіе этихъ обычаевъ давно уже парализовано упадкомъ

прежнихъ органовъ управленія и суда и произволомъ мѣстной администраціи, которая превратила, напримѣръ, въ Эриванской губерніи, старыхъ судей по водянымъ спорамъ, выбиравшихся, подъ именемъ мерабовъ, изъ самыхъ почетныхъ гражданъ мѣстности, въ простыхъ полицейскихъ служителей, потерявшихъ всякій авторитетъ въ глазахъ населенія. Злоупотребленія этихъ мерабовъ и администраціи, незнакомой съ мѣстными обычаями и толкующей ихъ вкривь и вкось, привели ирригаціонныя сооруженія многихъ мѣстностей Закавказья, существовавшія издавна, къ полному разстройству и прекратили въ пустыни мѣста, служившія прежде житницами для многихъ частей внутренней Азіи. Тамъ же, гдѣ прежнія сооруженія сохранились, неопредѣленность обычаевъ, отсутствіе органовъ, которые примѣняли бы правильно эти обычаи, и неумѣлость администраціи - производятъ то, что пользованіе водою въ настоящее время подаетъ только поводы къ спорамъ, которые оканчиваются часто убійствами. Затѣмъ происходятъ различныя печальныя недоразумѣнія, которыя заставляютъ, напримѣръ, одинъ какой-нибудь процессъ о пользованіи водой тянуться въ теченіе 50 лѣтъ, и вызываютъ нѣсколько противоположныхъ рѣшеній одного и того же вопроса даже въ Сенатѣ |дѣло помѣщиковъ Тифлисскаго уѣзда, села Авчалъ, князей Гурамовыхъ съ помѣ-

щиками села Гидали- Сеурiуновымъ, Акимовымъ и Снещаконовымъ|. Неудовлетворительность такого порядка вещей въ странѣ, гдѣ вода составляетъ предметъ первой важности и условiе существованiя всего населенiя, не нуждается въ дальнѣйшихъ разъясненiяхъ, а Кавказское начальство изыскиваетъ уже съ 1838 года средства для исправленiя этого порядка. Но все, что сдѣлано въ этомъ направленiи, сводится къ изданiю временныхъ правилъ, которыми руководствуется Общество распространенiя христiанства на Кавказѣ въ принадлежащихъ ему Караявскихъ степяхъ. Основное положенiе этихъ правилъ заимствовано изъ итальянскаго законодательства и выражено въ слѣдующихъ словахъ: "каждый владѣлецъ земли обязанъ дать протокъ черезъ свою землю всякаго рода водамъ, которыя желаетъ провести хозяинъ, имѣющiй постоянное или даже временное право пользованiя ими для земледѣльческихъ и промышленныхъ надобностей". Это - настоящiй водяной сервитутъ, развитый съ достаточной полнотой въ дальнѣйшихъ частяхъ упомянутыхъ правилъ. Слѣдуетъ признать, что эти правила, а, въ особенности, организацiя особаго выборнаго суда, рѣшающаго всѣ споры по водѣ съ необходимой въ этихъ отношенiяхъ быстротой, отличаются вообще полной цѣлесообразностью. Но, къ сожалѣнiю, эти правила все еще считаются временными и дѣйствуютъ только на не-

большомъ пространствѣ Караязской степи |15000 десятинъ|. Постоянныхъ же или даже временныхъ правилъ не только для всей Россіи, но даже для Кавказскаго края, до сихъ поръ нѣтъ, хотя по поводу составленія такихъ правилъ для Крыма, гдѣ потребность въ нихъ чувствуется съ такою же силою, какъ и во всей жаркой полосѣ Россіи, былъ образованъ еще въ 1838 году особый комитетъ, результатъ дѣйствій котораго остался неизвѣстнымъ.

2. Другой видъ реальныхъ сервитутовъ по нашему законодательству составляютъ такъ называемыя права угодій въ чужомъ имуществѣ. Права эти возникли исторически изъ первоначальнаго порядка поземельныхъ отношеній, когда цѣнилась только та земля, которая обрабатывалась человѣкомъ. Земли было гораздо болѣе, чѣмъ сколько можно было ее обработать, и потому угодья предоставлялись и казной и поземельными владѣльцами всѣмъ, кто хотѣлъ ими пользоваться, безъ всякаго ограниченія этого пользованія. Только со времени генеральнаго межеванія, наше законодательство перестало благопріятствовать правамъ угодій въ чужомъ имуществѣ, утверждая ихъ только за тѣми, кому они принадлежали по старымъ актамъ и документамъ. Поэтому оно и говоритъ о нихъ только какъ о правахъ, пріуроченныхъ къ чу-

жимъ дачамъ въ "прежнія времена" |ст. 463 - 464|, предотвращая этимъ случаи установленія ихъ на будущія времена. Такимъ образомъ, по смыслу ст.452 и слѣдующихъ за ней статей, относящихся къ правамъ угодій, эти права дѣйствительны, какъ сервитуты, лишь тогда, когда они существуютъ издревле; въ настоящее же время они могутъ быть установлены вслѣдствіе непріятія нашего законодательства къ сервитутамъ, только въ видѣ обязательственныхъ отношеній, лежащихъ на извѣстныхъ лицахъ, а не на имуществѣ.

Наши законы говорятъ о двухъ главныхъ видахъ правъ угодій въ чужомъ имуществѣ: а| право въѣзда, состоящее въ пользованіи строевымъ и дровянымъ лѣсомъ изъ чужой дачи |ст. 454: "Праву въѣзда подлежатъ какъ частные, такъ и казенные лѣса, гдѣ оно было прежде установлено и законно укрѣплено и впослѣдствіи выдѣлами или другими сдѣлками не уничтожено"|. Относительно въѣзда въ частные лѣса наше законодательство даетъ слѣдующія правила: I| въ видѣ гарантіи собственника лѣса постановлено, что право въѣзда ограничивается только домашними нуждами управомоченнаго имъ лица, не давая ему права ни продавать лѣсной матеріалъ въ чужой дачѣ на срубъ, ни уступать свое право постороннимъ лицамъ; 2| въ видѣ гарантіи въѣзжаго владѣльца постанов-

лено, что собственникъ лѣса не долженъ давать или допускать новое право въѣзда другимъ лицамъ или продавать имъ этотъ лѣсъ на срубъ; онъ можетъ рубить его только для себя. Право въѣзда прекращается съ вырубкой лѣса, съ выдѣломъ лѣсного участка въѣзжему владѣльцу въ собственность, съ отказомъ послѣдняго отъ пользованія предоставленнымъ ему правомъ въѣзда и, наконецъ, съ истеченіемъ исковой давности. Помимо законныхъ укрѣпленій, необходимыхъ для права въѣзда, пользуются имъ по особымъ основаніямъ: I, священно и церковнослужители имѣютъ право въѣзда въ незаповѣдные лѣса, принадлежащіе селеніямъ тѣхъ приходовъ, въ которыхъ они служатъ; вто право ограничено также домашними нуждами церковнаго причта; 2, казенные крестьяне, получившіе въ надѣлъ менѣе 8 десятинъ на душу, имѣютъ право на отводъ для нихъ изъ казеннаго лѣса временныхъ участковъ и на пользованіе въ нихъ валежникомъ, подстоемъ и подсохлыми деревьями, а если ихъ нѣтъ, то и растущимъ лѣсомъ, но съ вѣдома лѣсного начальства.

б| Другой видъ угодій въ чужой дачѣ составляютъ права звѣриныхъ и другихъ промысловъ. Они одинаковаго происхожденія съ правомъ въѣзда и опредѣляются въ своемъ объемѣ актами, данными на нихъ въ прежнее время или въ правилахъ государственнаго ме-

жеванія |ст. 463|. Сюда принадлежитъ и тотъ случай, "когда рѣка" и проч. |ст. 464|. Слѣдующая ст. 465 относится къ правамъ общественнаго пользованія, при изложеніи которыхъ она уже была цитирована нами, такъ что помѣщеніе ея въ отдѣлѣ сервитутовъ составляетъ новую оплошность нашего законодательства. Наконецъ, послѣдняя въ нашемъ отдѣлѣ ст.466 даетъ особенно подробныя постановленія о звѣриныхъ и другихъ промыслахъ въ губерніяхъ Черниговской и Полтавской. Эти правила заимствованы изъ Литовскаго статута и имѣютъ мѣстное значеніе. Поэтому, не останавливаясь на нихъ, мы перейдемъ теперь къ личнымъ сервитутамъ.

II. Наше законодательство называетъ личные сервитуты, какъ это было уже замѣчено, правомъ владѣнія и пользованія, отдѣленнымъ отъ права собственности. Формы, въ которыхъ выражается такое владѣніе, такъ многочисленны и разнообразны, что мы не станемъ перечислять и разбирать ихъ. Скажемъ только, что это владѣніе, отдѣленное отъ собственности, устанавливается или на частныхъ или на казенныхъ земляхъ, и устанавливается или въ силу закона или въ силу договора, или въ силу завѣщанія; установленіе въ силу давности здѣсь не признается

такъ же, какъ и относительно реальныхъ сервитутовъ.

Общій принципъ для владѣнія и пользованія частными имуществами выраженъ въ статьѣ 514 нашихъ гражданскихъ законовъ. "Но когда частный владѣлецъ, удержавъ за собою право собственности по укрѣпленію, отдѣлитъ отъ него владѣніе и передастъ или уступитъ его другому по договору, дарственной записи или другому какому-либо акту, тогда сіе отдѣльное владѣніе составляетъ само по себѣ особое право, коего пространство, пожизненность или срочность опредѣляется тѣмъ самымъ актомъ, какимъ оно установлено". Отсюда видно, что это владѣніе можетъ быть только пожизненно или на срокъ, такъ какъ цитированная статья говоритъ только о срочномъ или пожизненномъ, а не вѣчномъ владѣніи. Особый видъ такого владѣнія составляетъ пожизненное пользованіе родовымъ имуществомъ, устанавливаемое завѣщаніемъ одного супруга въ пользу другого. Особыя правила, касающіяся этого пользованія, изложены въ приложеніи къ ст. 116 по продолженію 1863 года, гдѣ вы и познакомитесь съ ними. Къ правамъ пожизненнаго пользованія, установленнымъ въ силу закона, принадлежатъ слѣдующіе случаи:

I. Пожизненное пользованіе родителей въ бла-

гопріобрѣтенномъ имуществѣ дѣтей, умершихъ безъ потомства; это пользованіе распространяется какъ на недвижимое имущество, такъ и на капиталы, внесенные въ кредитныя установленія (ст. 1141 Х т. I ч. и ст. 1145).

2. Владѣніе церковной землею духовенствомъ, земли, приписанныя къ церквамъ, при которыхъ служитъ православное духовенство, состоятъ въ его пользованіи, такъ какъ оно не имѣетъ права ни отчуждать, ни закладывать эти земли: дома, которые выстроены на этой землѣ, также не составляютъ собственности лицъ, построившихъ ихъ, а должны передаваться при оставленіи мѣста преемникамъ по должности или по взаимному соглашенію или по оцѣнкѣ духовныхъ властей. Сюда же относится и владѣніе пасторскими недвижимыми имѣніями, приписанными къ лютеранскимъ приходамъ въ Остзейскихъ губерніяхъ. Этими землями пользуются состоящіе при лютеранскихъ приходахъ пасторы и проповѣдники, по смерти которыхъ, въ теченіе траурнаго года, онѣ остаются въ пользованіи ихъ вдовъ и дѣтей. Къ этой же категоріи пользованія должно быть отнесено еще владѣніе духовными вакуфами, принадлежащими магометанскому духовенству въ Крыму.

3. Наконецъ, временное владѣніе, установленное въ силу закона, представляетъ и тотъ случай,

когда кредиторъ вводится во владѣніе заложеннымъ имуществомъ съ правомъ пользоваться доходами съ него, въ видѣ процентовъ |ст. 30 послѣд. X т.2 ч.|, причемъ должнику предоставляется заплатить долгъ въ теченіе года послѣ просрочки или предоставить въ противномъ случаѣ имѣніе продажѣ съ публичнаго торга.

4. Гораздо важнѣе, нѣмъ приведенные до сихъ поръ виды пользованія, представляетъ пользованіе казенными имуществами. Это пользованіе выступаетъ въ нашемъ законодательствѣ въ чрезвычайно разнообразныхъ формахъ и бываетъ часто не только пожизненно, но и потомственно, такъ что заслоняетъ почти за собою въ этихъ случаяхъ право собственности; оно дѣлается здѣсь похожимъ на римскій эмфитевзисъ и суперфицій. Всѣ виды пользованія казеннымъ имуществомъ можно подвести подъ три главныя группы.

а) Первую группу составляетъ безоброчное пользованіе казенной землей, присвояемое лицамъ физическимъ - потомственно, а юридическимъ - безсрочно, безъ платежа за то пошлинъ въ казну. Сюда принадлежатъ земли, отрѣванныя отъ казеннаго имущества въ пользу городскихъ обществъ и нѣкоторыхъ городскихъ установленій. Эти земли отличаются отъ земель, принадлежащихъ городу на правѣ юридическаго лица въ собственность, тѣмъ, что первыми они владѣютъ на ог-

раниченномъ правѣ, не имѣя возможности ни отчуждать ихъ, ни закладывать |ст. ст. 515, 1387 X т. 2 ч.|. Къ этой группѣ пользованія можетъ быть отнесено и владѣніе малоимущихъ дворянъ участками, отведенными имъ по Высочайшему повелѣнію для поселенія; эти участки не дробимы, они переходятъ отъ одного лица къ другому только путемъ законнаго наслѣдованія; ихъ нельзя ни продавать, ни дарить, ни завѣщать, ни закладывать |ст. 516 X т. I ч.|. Назовемъ еще владѣніе военныхъ поселянъ отведенными имъ участками, которыми они владѣютъ до тѣхъ поръ, пока не выйдутъ изъ своего сословія, и владѣніе бывшихъ пѣхотныхъ солдатъ или аракчеевскихъ военныхъ поселянъ въ Новгородской губерніи |ст. 517, 518, отмѣченныя по продолженію 1876 года|.

б| Другую группу пользованія казенными землями предоставляетъ также безсрочное пользованіе ими, предоставляемое различнымъ лицамъ на время нахожденія ихъ въ извѣстной должности. Сюда принадлежатъ: I| владѣніе, присвоенное званію Наказного Атамана Войска Донского |10,000 десятинъ|; 2| владѣніе старшаго султана Киргизской степи, засѣдателей, старшинъ, біевъ и проч.; 3| владѣніе заводскихъ чиновниковъ отведенными для нихъ землями; 4| владѣніе лѣсничихъ, лѣсныхъ сторожей, рабочихъ на горныхъ заводахъ и проч.

Во всѣхъ указанныхъ случаяхъ пользованіе землей связано съ отправленіемъ извѣстной должности. Съ оставленіемъ ея прекращается для управомоченнаго лица и пользованіе, переходящее на преемника по должности.

Въ прежнее время къ этой группѣ пользованія относились также поссессіонныя и ленныя владѣнія въ земляхъ бывшаго королевства Польскаго; но съ введеніемъ крестьянской реформы эти владѣнія уравнены съ собственностью.

Наконецъ, третью группу пользованія казенными имуществомъ представляютъ владѣнія оброчныя, соединенныя съ платежомъ въ казну извѣстной подати, оброка. Сюда относились различные виды пользованія землей государственными крестьянами, которые обращены теперь, какъ мы уже говорили объ этомъ, въ настоящее право собственности. Къ оброчному пользованію принадлежитъ, далѣе, владѣніе, такъ называемыми, іезуитскими имѣніями, принадлежавшими прежде іезуитскому ордену въ Царствѣ Польскомъ, и переданными потомъ правительствомъ на основаніи конституціи 1775 года во владѣніе дворянъ, съ тѣмъ, чтобы они платили въ казначейство бывшей эдукаціонной коммиссіи сначала три, потомъ шесть, а теперь 25 % съ оцѣночной суммы переданныхъ земель. Сюда относится и такъ называемое чиншевое владѣніе, ко-

торое распространено въ западныхъ губерніяхъ и встрѣчается не только въ казенныхъ, но и въ частныхъ имуществахъ. Оно соединено съ платежомъ извѣстнаго и всегда сохраняющаго одинъ и тотъ же размѣръ оброка, называемаго чиншемъ, но во всѣхъ другихъ отношеніяхъ независимо переходитъ по наслѣдству и подлежитъ отчужденію съ переводомъ на пріобрѣтателя платежа обязательнаго чинша. Наши законы не говорятъ ничего о чиншевыхъ владѣніяхъ, образовавшихся въ западныхъ губерніяхъ исторически, на основаніи исконныхъ обычаевъ и прежде дѣйствовавшаго права. Но молчаніе нашего закона и то обстоятельство, что многіе чиншевики утратили доказательства своего права, послужили поводомъ для собственниковъ тѣхъ имуществъ, на которыхъ издревле было установлено чиншевое владѣніе, разсматривать послѣднее какъ простую аренду, устанавливаемую на срокъ и подвергающую вслѣдствіе этого чиншевиковъ необходимости оставить чиншевую землю по истеченіи срока или при несогласіи платить вновь назначенную арендную плату. Это неосновательное притязаніе собственниковъ поддерживалось мѣстными судами и чиншевики изгонялись не разъ изъ своихъ исконныхъ владѣній, впадая въ круглую нищету. По спорамъ ихъ съ собственниками Сенатъ далъ нѣсколько противорѣчивыхъ рѣшеній, послѣ которыхъ была обнаружена ком-

миссія для спеціальнаго изслѣдованія вопроса о чиншахъ. Въ результатѣ получилось Положеніе 9 іюня 1886 года о поземельномъ устройствѣ сельскихъ вѣчныхъ чиншевиковъ въ губерніяхъ западныхъ и бѣлорусскихъ, котораго цѣль состояла въ прекращеніи чиншевыхъ отношеній. Въ теченіе 3-хъ лѣтъ |до 1889 года| чиншевикамъ и собственникамъ предоставлялось согласиться добровольно о прекращеніи чиншевого пользованія путемъ: 1| выкупа собственникомъ чиншевого права, 2| пріобрѣтеніемъ чиншевикомъ въ собственность чиншевого участка и 3| замѣной чиншевого пользованія арендой. Съ 1889 года чиншевики пріобрѣтаютъ въ собственность признанныя за ними чиншевыя земли посредствомъ обязательнаго, при содѣйствіи правительства, выкупа всѣхъ лежащихъ на землѣ повинностей. Этимъ мы закончимъ ученіе о сервитутахъ и перейдемъ къ послѣднему отдѣлу вещныхъ правъ, а именно - къ ихъ вспомогательнымъ институтамъ.

IV. ВСПОМОГАТЕЛЬНЫЕ ИНСТИТУТЫ ВЕЩНАГО ПРАВА.

Рядомъ съ основными институтами вещнаго права - общественнымъ обладаніемъ, собственностью и сервитутами, - стоятъ вспомогательные институты этого

права, предназначенные въ помощь защитѣ собственности и сервитутовъ. Практическое значеніе этихъ вспомогательныхъ институтовъ заключается въ томъ, что они облегчаютъ сложный процессъ доказыванія права, допуская защиту видимости права, вмѣсто защиты самого права, и требуя доказательства одной этой видимости, вмѣсто доказательства способовъ пріобрѣтенія, титуловъ и другихъ внутреннихъ основаній, отыскиваемыхъ въ судебномъ процессѣ, правъ. Но почему доказательства видимости права замѣняютъ доказательства его основаній, гдѣ лежитъ, другими словами, законодательное основаніе вспомогательныхъ институтовъ вещнаго права? Законодательное основаніе этихъ институтовъ можетъ быть установлено двоякимъ способомъ: *a posteriori* и *a priori* Становясь прежде всего на путь наблюденій частныхъ фактовъ гражданской жизни, мы видимъ, что лица, обладающія собственностью и различнаго рода сервитутами, не всегда имѣютъ подъ рукою доказательства своихъ правъ; при частомъ передвиженіи этихъ правъ, доказательства ихъ въ лицѣ заинтересованнаго и въ лицѣ его предшественниковъ становятся дѣломъ, въ высшей степени, сложнымъ и затруднительнымъ. Требовать отъ потерпѣвшаго, при всякомъ нарушеніи его права, всѣхъ доказательствъ его законнаго установленія, значило бы ставить его въ невыносимое поло-

женіе. Прежде чѣмъ онъ соберетъ и представитъ доказательства своего права въ судъ, а судъ разберетъ эти доказательства, вмѣстѣ съ возраженіями противной стороны, могутъ пройти мѣсяцы и годы; все это время потерпѣвшее лицо будетъ лишено своего имущества, которое потомъ можетъ потерять для него всякую цѣну. Возьмемъ для примѣра водяной сервитутъ, пользованіе которымъ обусловливается именно его своевременностью, такъ что несвоевременное возстановленіе нарушеннаго права было бы равносильно полной беззащитности. То же самое имѣло бы мѣсто въ большинствѣ случаевъ нарушенія права собственности, если бы возстановленіе его совершалось не иначе, какъ по представленіи всѣхъ доказательствъ его законнаго установленія. Такой порядокъ былъ бы, очевидно, гибелью для всей системы вещныхъ правъ и крупной преміей для ихъ нарушителей. Вотъ почему защита собственности и сервитутовъ въ тѣхъ формахъ, которыя были описаны выше при изложеніи этихъ институтовъ, нуждается необходимо въ дополнительной защитѣ по одной видимости права, независимо отъ его внутреннихъ основаній. Эта защита сокращаетъ процессъ доказательства и, не устраняя вопроса объ основаніяхъ права, - который отсылается только въ другой судъ, - дѣлаетъ возможнымъ въ

то же время немедленное возстановленіе нарушенна-
го права, что и придаетъ институтамъ вещнаго пра-
ва ту прочность, безъ которой они едва-ли могли
бы существовать. Таково индуктивное объясненіе
вспомогательныхъ институтовъ вещнаго права, имѣю-
щее то преимущество, что оно указываетъ на необ-
ходимость этихъ институтовъ воочію, на опытѣ жизни.
Но другое, дедуктивное объясненіе ихъ законодатель-
наго основанія не менѣе важно, такъ какъ оно, во
I-хъ, подкрѣпляетъ первое объясненіе, а во 2-хъ,
показываетъ, почему защита вспомогательныхъ инсти-
тутовъ основана на видимости права, а не на какомъ-
либо другомъ его свойствѣ. Это объясненіе лежитъ въ
предположеніи, что дѣйствительно существующій по-
рядокъ гражданскихъ отношеній согласуется съ тре-
бованіями права. Такое предположеніе не произволь-
но и имѣетъ въ своемъ основаніи очень глубокій
смыслъ. Оно представляется не столько результатомъ
непосредственнаго наблюденія, сколько выводомъ изъ
гармоніи, господствующей между объективнымъ правомъ
и интересами жизни. Причина этой гармоніи та, что
право не навязывается обществу извнѣ, а создается
его жизнью: оно есть выраженіе жизни, и то, что
господствуетъ въ послѣдней, господствуетъ обыкно-
венно и въ правѣ. Поэтому объективное право есть
живое, дѣйствующее право лишь настолько, насколько

оно согласуется съ потребностями гражданскаго быта, и диссонансъ между правовой нормой и потребностью жизни не подрываетъ значенія права лишь тогда, когда онъ составляетъ явленіе случайное, исключительное; иначе этотъ диссонансъ былъ бы смертью для права. Такое отношеніе права къ дѣйствительности, вмѣстѣ съ закономъ причинности, который связываетъ всѣ явленія міра въ одно цѣлое и придаетъ имъ характеръ необходимости, — вотъ основанія, оправдывающія, въ общемъ, предположеніе о согласіи существующаго порядка гражданскихъ отношеній съ требованіями права. Поэтому-то дѣйствительныя отношенія предполагаются скорѣе правомѣрными, чѣмъ неправомѣрными, и только богословы и завзятые моралисты видятъ въ жизни царство грѣха и противорѣчіе съ законами истинной морали. Юристъ не можетъ смотрѣть на міръ этими главами: право стоитъ всегда на положительной почвѣ и, хотя оно не чуждается и идеаловъ, но воспринимаетъ ихъ на реальной почвѣ дѣйствительныхъ нуждъ даннаго общества и, затѣмъ, проводитъ ихъ въ жизнь въ формѣ дѣйствительныхъ и видимыхъ отношеній. Въ силу предположенія о правомѣрности существующаго порядка отношеній, юриспруденція самыхъ различныхъ народовъ предъявляетъ обыкновенно къ истцу требованіе такого рода, чтобы онъ доказалъ свой искъ. Это основное правило гражданскаго процес-

са формулируется въ очень раннюю эпоху его развитія и вытекаетъ прямо изъ предположенія о гармоніи существующихъ отношеній съ требованіями права. Изъ этого же источника позднѣе образуются и вспомогательные институты, устанавливающіе защиту видимости права именно потому, что законодатель выходитъ изъ предположенія о гармоніи права съ отношеніями, видимо существующими въ данную минуту, - а эта гармонія даетъ мѣсто дальнѣйшему предположенію, что въ значительномъ большинствѣ случаевъ защита видимости будетъ, въ то же время, защитой и самого права.

Вотъ главныя основанія существованія вспомогательныхъ институтовъ вещнаго права; съ особенностями строенія и отличительными свойствами этихъ институтовъ мы ознакомимся при ихъ спеціальномъ изложеніи. Родовое названіе этихъ институтовъ въ вещномъ правѣ есть владѣніе, въ которомъ необходимо, однако, различать три отдѣльныхъ института. Эти отдѣльные институты владѣнія сходятся между собою только въ томъ, что они дополняютъ защиту собственности и сервитутовъ по признаку видимости этихъ правъ; но они и расходятся другъ отъ друга по многимъ признакамъ и, въ особенности, по свойству производимыхъ ими юридическихъ послѣдствій. Поэтому мы и приступимъ къ изложенію этихъ инсти -

тутовъ въ слѣдующемъ порядкѣ: займемся сначала: A| владѣніемъ, какъ видимостью собственности, называемымъ также просто владѣніемъ; перейдемъ потомъ къ B| - владѣнію, какъ видимости сервитутовъ, называемому также владѣніемъ правами, или *Jus quasi possessio*, и, наконецъ, опишемъ B| квалифицированное владѣніе, которое требуетъ извѣстныхъ условій, не составляющихъ необходимости при двухъ первыхъ формахъ владѣнія, и ведетъ еще къ особымъ юридическимъ послѣдствіямъ, какъ для собственности, такъ и для сервитутовъ. Всѣ названные институты заслуживаютъ, не смотря на свои различія, названія вспомогательныхъ, потому что они не преслѣдуютъ никакой самостоятельной цѣли, служатъ средствомъ для легчайшаго достиженія цѣли другихъ институтовъ и, заключая, такимъ образомъ, основаніе своего существованія не въ самихъ себѣ, а въ другихъ институтахъ, имѣютъ уже поэтому не самостоятельное, а чисто вспомогательное значеніе.

A. ВЛАДѢНІЕ.

I| ОБЩЕЕ ПОНЯТІЕ, СУЩЕСТВУЮЩІЯ ТЕОРІИ, ОСНОВАНІЕ ЗАЩИТЫ.

Ученіе о владѣніи принадлежитъ въ нашей наукѣ къ самымъ знаменитымъ ученіямъ, о немъ писали и спо-

рили болѣе, чѣмъ о какомъ-либо другомъ вопросѣ гражданскаго права, и еще въ настоящее время юристы не пришли къ полному соглашенію относительно самыхъ основныхъ пунктовъ этого ученія. Источникъ этой славы ученія о владѣніи не случайный. Онъ заключается въ особой постановкѣ самого вопроса о сущности института владѣнія, въ которомъ видятъ обыкновенно столкновеніе элементовъ права и факта, причемъ побѣда оказывается явно на сторонѣ послѣдняго. Всѣхъ занимаетъ вопросъ о причинахъ такого аномальнаго торжества факта надъ правомъ и литература владѣнія ростетъ не по днямъ, а по часамъ. Въ 1865 году Вудорфъ, профессоръ Берлинскаго Университета, насчитывалъ 158 спеціальныхъ сочиненій о владѣніи, а къ настоящему времени это число значительно увеличилось. Лучшими изъ этихъ сочиненій нужно признать въ нѣмецкой литературѣ Савиньи, - право владѣнія; Брунсъ - исторія владѣнія въ средніе вѣка, и его же - иски о владѣніи; Іерингъ - объ основаніи защиты владѣнія и другое его же сочиненіе - воля владѣть (Der Besitzeswille); Ранда - владѣніе по австрійскому праву и проч. Во французской литературѣ пользуются значительной извѣстностью: Pothier, Traité de la possession; Belime, Traite du droit de possession et les actions possessoires; Alauzet,

Histoire de la possession dans le droit français; Molitor, Les interdits possessoires; Garnier, Traité de la possession et des actions possessoires; Smith, Origine de la possession annalle, etc. etc....

Въ нашей литературѣ имѣется также нѣсколько спеціальныхъ, хотя и мало самостоятельныхъ сочиненій по институту владѣнія, а именно: Морошкина - Разсужденіе о владѣніи по началамъ россійскаго законодательства, 1838 года; Вородинова - О правѣ владѣнія, 1855 года; Попова - О владѣніи |въ журналѣ гражданскаго и уголовнаго права за 1873 годъ|; Каведина - О теоріяхъ владѣнія и, наконецъ, небольшой экскурсъ о владѣніи на основаніи теоріи Іеринга въ книгѣ Муромцева, Очерки гражданскаго права, 1877 года. Самое крупное значеніе, какъ въ теоретическомъ, такъ и въ практическомъ отношеніи, имѣло во всей литературѣ владѣнія, несомнѣнно, сочиненіе Савиньи "Das Recht des Besitzes", котораго первое изданіе вышло въ 1803 году, а послѣднее и 7-ое - въ 1865 году. Это сочиненіе произвело цѣлую эпоху въ разработкѣ института владѣнія и впервые поставило сознательно вопросъ о столкновеніи права съ фактомъ, къ которому примкнула вся дальнѣйшая литература о владѣніи. Савиньи выступилъ съ этимъ сочиненіемъ еще молодымъ, 24-хъ лѣтнимъ человѣкомъ,

и обнаружилъ въ немъ такія блестящія дарованія, которыя скоро стяжали ему всемірную славу. Главная заслуга Савиньи по отношенію къ разработкѣ института владѣнія, состояла въ замѣчательной экзегезѣ источниковъ римскаго права и въ установленіи терминологіи и предѣловъ института владѣнія, которые до появленія его сочиненія были чрезвычайно неопредѣленны и спутаны. Савиньи мы обязаны выдѣленіемъ изъ института владѣнія отношеній, которыя прежде смѣшивались съ нимъ и затемняли все ученіе о владѣніи. Къ такимъ отношеніямъ принадлежатъ: I, случаи, въ которыхъ владѣніе является только предположеніемъ или условіемъ возникновенія и существованія другихъ юридическихъ отношеній, какъ, напримѣръ, права собственности; такова роль владѣнія при пріобрѣтеніи собственности черезъ традицію, давностное владѣніе, оккупацію. Подобное владѣніе, являясь условіемъ другого права, не имѣетъ самостоятельности и уже поэтому должно быть исключено изъ ученія о владѣніи, какъ самостоятельномъ институтѣ. Также должны быть исключены изъ него, во 2-хъ, тѣ случаи, въ которыхъ владѣніе является только послѣдствіемъ или осуществленіемъ другого права, какъ напримѣръ, собственности или сервитутовъ. Собст-

---

венникъ и хозяинъ сервитута уполномочены владѣть стоящей въ ихъ распоряженіи вещью, и владѣніе есть для нихъ не что либо особенное, а только осуществленіе ихъ права. Это, такъ называемое *jus possidendi*, составная часть права собственности, не имѣющая также никакой самостоятельности. Наконецъ, въ 3|, существуетъ еще много другихъ случаевъ, въ которыхъ владѣніе обусловливаетъ собою какое-либо частное юридическое послѣдствіе: такъ, напримѣръ, владѣніе представляетъ собою условіе, а также цѣль виндикаціоннаго иска; оно служитъ основаніемъ для распредѣленія тяжести доказательствъ въ процессѣ, - и прежде насчитывали цѣлые десятки подобныхъ отношеній. Всѣ эти отношенія мы теперь строго различаемъ, благодаря Савиньи, отъ владѣнія, какъ основанія права, какъ самостоятельнаго юридическаго явленія, которое рождаетъ право само по себѣ, независимо отъ какихъ бы то ни было предположеній кромѣ самаго владѣнія, все равно - добросовѣстно оно или недобросовѣстно, покоится на какомъ-либо титулѣ или нѣтъ. Это такъ называемое *jus possessionis*, происходящее отъ владѣнія, какъ такового, а не отъ какого-либо другого отношенія. Но что такое это *jus possessionis*, такъ строго отличающееся отъ *jus possidendi*, какова должна быть его юридическая конструкція и какія могутъ

быть приведены основанія въ пользу его признанія? Въ отвѣтѣ на эти вопросы Савиньи былъ менѣе счастливъ, чѣмъ въ своихъ экзегезахъ римскаго права, и мы считаемъ несостоятельнымъ все его ученіе о владѣніи, не смотря на то, что оно проникло и въ практику, и въ нѣкоторыя законодательства, и до сихъ поръ еще господствуетъ съ небольшими измѣненіями въ ученой юридической литературѣ. Въ виду такой общераспространенности ученія Савиньи, мы остановимся нѣкоторое время на его разборѣ. Основныя положенія теоріи Савиньи слѣдующія: 1| владѣніе есть непосредственное воздѣйствіе на вещь съ исключеніемъ всѣхъ третьихъ лицъ, физическая возможность непосредственнаго обладанія вещью; 2| эта возможность непосредственнаго обладанія вещью, составляющая основаніе понятія владѣнія, покоится цѣликомъ на фактѣ; поэтому владѣніе есть въ своемъ основаніи не правс, а фактъ, сопровождаемый лишь юридическими послѣдствіями; 3| юридическія послѣдствія владѣнія состоятъ въ давностномъ владѣніи и въ защитѣ посредствомъ владѣльческихъ исковъ или интердиктовъ 4| основаніе защиты владѣнія лежитъ не въ немъ самомъ, а въ нарушеніи другого права, а именно неприкосновенности личности. Мы увидимъ сейчасъ, что ни одно изъ приведенныхъ положеній Савиньи не выдерживаетъ самой легкой критики.

Первое изъ нихъ, конструирующее владѣніе на понятіи физическаго господства, имѣетъ нѣчто подкупающее въ свою пользу, и оно принимается большинствомъ юристовъ, разсматривающихъ владѣніе, какъ фактическое господство человѣка надъ вещью, противоположное и, въ то же время, соотвѣтствующее собственности, какъ юридическому господству надъ нею. Дѣйствительно, владѣніе, какъ и всякое вещное право, есть отношеніе по поводу обладанія физической вещью, и, при томъ, обладанія цѣлою вещью, на подобіе права собственности. Наличное физическое господство надъ вещью также встрѣчается въ большинствѣ случаевъ владѣнія, - но уже не составляетъ его необходимой принадлежности. Иногда нѣтъ не только наличнаго физическаго господства, но и возможности его, а владѣніе все таки признается существующимъ, точно также, какъ бываютъ случаи, когда владѣніе отрицается, не смотря на наличность фактическаго господства. Поэтому, фактическое господство и нельзя признать необходимымъ признакомъ владѣнія, обусловливающимъ его понятіе. Такіе случаи владѣнія безъ возможности физическаго господства наблюдаются постоянно въ жизни и удивительно, что Савиньи, знавшій такъ хорошо римское право и на немъ основавшій всѣ свои выводы, упустилъ многочисленные примѣры такого владѣнія, указанные самими римски-

ми юристами. Приведемъ для примѣра случаи, когда во владѣніе лица поступаетъ вещь, принесенная въ его домъ тогда, когда онъ отсутствовалъ, или когда охотникъ получаетъ владѣніе на дичь, попавшую въ его отсутствіи въ разставленные имъ силки и капканы. Здѣсь владѣніе пріобрѣтается безъ вѣдома хозяина и независимо отъ его присутствія - двухъ условій, необходимыхъ, по мнѣнію Савиньи и его послѣдователей, для установленія "фивической возможности воздѣйствовать непосредственно на вещь въ каждый данный моментъ". Точно такъ же, какъ пріобрѣтается владѣніе независимо отъ возможности физическаго господства надъ вещью, также и теряется оно независимо отъ такой возможности. Владѣніе поземельнымъ участкомъ, по мнѣнію римскихъ юристовъ, теряется тогда, когда владѣлецъ не заботится долгое время объ его культурѣ, все равно - происходитъ ли это по его небрежности или извинительному отсутствію; точно также оно теряется, когда, по смерти арендатора, владѣлецъ участка оставляетъ его безъ призора. Съ другой стороны, владѣніе часто продолжается, а не теряется, не смотря на то, что возможность физическаго воздѣйствія на вещь прекращается, какъ мы видимъ это, напримѣръ, при владѣніи горнымъ участкомъ, оставленнымъ владѣльцемъ осенью и недоступнымъ въ зимнее время, при чемъ

нiи вещью, закопанной въ землѣ, если владѣлецъ забылъ временно мѣсто, въ которомъ ее закопалъ и т.д. Наконецъ, еслибы одно физическое господство рѣшало вопросъ о владѣнiи, то намъ приходилось бы часто признавать послѣднее тамъ, гдѣ оно никогда не признается. Тогда простой наемщикъ, арендаторъ и другiя лица, пользующiяся чужою вещью несамостоятельно, не въ видѣ собственности, а на какомъ-нибудь зависимомъ и производномъ отъ другого права титулѣ, были бы также самостоятельными владѣльцами, чего не признаетъ, однако, ни одно законодательство. Тогда намъ пришлось бы признать и владѣнiе разбойниковъ надъ награбленными ими вещами, и владѣнiе родителей надъ дѣтьми, такъ какъ послѣднiе подчинены власти первыхъ, и много другихъ безсмыслицъ, показывающихъ ясно, какъ неправильно строить институтъ владѣнiя на понятiи физическаго господства. Послѣднее составляетъ только одно изъ возможныхъ выраженiй владѣнiя, но, что эта форма не единственная, не необходимая, что она не входитъ въ составъ понятiя владѣнiя, убѣдить въ этомъ должны были насъ предшествующiе примѣры, взятые нами у Iеринга.

Второе основное положенiе теорiи Савиньи, которое также принято господствующимъ ученiемъ о владѣнiи, утверждаетъ, что владѣнiе есть фактъ, а не

право. Это мнѣніе вытекаетъ, очевидно, изъ непониманія того, въ чемъ именно состоитъ существенный признакъ права, какъ таковаго. Въ нашемъ введеніи было уже показано, что права или юридическія отношенія тѣмъ и отличаются отъ фактическихъ отношеній, что они защищаются судебнымъ порядкомъ, что судебная защита составляетъ единственный характерный признакъ, отличающій право отъ всѣхъ другихъ отношеній общественной жизни. Разъ же подобная защита признается и относительно владѣнія, то понятно, что владѣніе не можетъ быть ничѣмъ инымъ, какъ правомъ. Правда, что владѣніе существенно отличается отъ всѣхъ другихъ правъ, такъ какъ оно основывается на особенной идеѣ, которая есть идея вспомогательнаго института; но это различіе никакъ не оправдываетъ того взгляда, что владѣніе есть фактъ, а не право, разъ этотъ фактъ сопровождается юридическими послѣдствіями и этимъ самымъ уже возводится на степень права. Различіе состоитъ здѣсь, главнымъ образомъ, въ томъ, что доказательство неправомѣрности пріобрѣтенія всѣхъ другихъ правъ, кромѣ владѣнія, ведетъ прямо къ потерѣ или къ отрицанію самого права, такъ какъ невозможно, напримѣръ, представить себѣ право собственности, которымъ нарушалось бы незаконно другое право собственности, - тог

да какъ владѣніе можетъ нарушать другія права и пользоваться, тѣмъ не менѣе, юридической защитой. Эта особенность владѣнія смущала прежнихъ юристовъ, незнакомыхъ съ идеей вспомогательныхъ институтовъ и упускавшихъ вообще изъ виду то, что польза, приносимая этими институтами, распространяется, рядомъ съ правомѣрными, и на неправомѣрныхъ владѣльцевъ того или другого права, причемъ польза, доставляемая первымъ, составляетъ общее правило и цѣль института, а распространеніе ея на неправомѣрныхъ владѣльцевъ есть лишь исключеніе и невольное послѣдствіе института. Здѣсь нужно имѣть въ виду принципъ относительной полезы, правящій всѣми гражданскими отношеніями, и предписывающій намъ обсуждать институты права не по однимъ только полезнымъ послѣдствіямъ, производимымъ ими, а лишь по относительному перевѣсу ихъ полезныхъ послѣдствій надъ вредными. Какіе бы справедливые мотивы, напримѣръ, ни лежали въ основаніи права собственности или какого бы то ни было другого института, будутъ ли то интересы труда или убѣжденіе, что въ порядкѣ, основанномъ на частной собственности, заключается болѣе задатковъ къ экономическому и нравственному благосостоянію общества, нежели въ какомъ-нибудь другомъ порядкѣ — проведеніе принципа собственности въ отдѣльныхъ случаяхъ можетъ при извѣст-

ныхъ условіяхъ оказаться въ противорѣчіи со всѣми требованіями справедливости. Но такъ какъ такіе случаи составляютъ исключеніе, и такъ какъ право не располагаетъ никакими средствами, чтобы устранить вредъ, отъ нихъ происходящій, то оно невольно мирится съ ними изъ за той пользы, которую институтъ собственности приноситъ цѣлому обществу.

Возьмемъ еще, въ видѣ примѣра, правило, по которому вещь, передѣланная въ другую форму |specificatio|, переходитъ въ собственность спецификанта. Это правило имѣетъ въ своемъ основаніи справедливую оцѣнку интересовъ труда. Но развѣ имъ нельзя воспользоваться и ради неблаговидныхъ цѣлей? То же самое нужно сказать и объ институтахъ обязательственнаго, семейнаго и наслѣдственнаго права: они также основаны на принципѣ относительной, а не абсолютной пользы, такъ какъ ни одно учрежденіе общественной жизни не функціонируетъ безъ неизбѣжныхъ уклоненій въ сторону, толчковъ и другихъ неправильностей, обусловленныхъ средой, которая не можетъ быть регулирована во всѣхъ своихъ деталяхъ.

Поэтому дѣйствіе принципа относительной пользы распространяется далеко за предѣлы гражданскаго права и въ область другихъ юридическихъ дисциплинъ. Такъ, напримѣръ, судебное рѣшеніе, говоритъ Іерингъ, сохраняетъ свою силу и тогда, когда оно обращаетъ

право въ неправо и неправо въ право. Право помилованія можетъ избавить преступника отъ заслуженнаго наказанія, но оно сохраняетъ, тѣмъ не менѣе, значеніе важнаго корректива наказанія и способа индивидуализаціи приговора. Уже Цицеронъ, обсуждая римскій трибунатъ, говорилъ: "Думаю, что въ этой власти заключается нѣчто дурное, но безъ этого дурного мы не имѣли бы и того хорошаго, что въ ней содержится". Такъ же слѣдуетъ разсуждать по отношенію ко всѣмъ правовымъ институтамъ, и только такое разсужденіе относительно институтовъ владѣнія можетъ повести къ ихъ пониманію, которымъ мы обязаны Іерингу, примѣнившему ко владѣнію указанную выше точку зрѣнія и построившему на основаніи ея теорію, вполнѣ соотвѣтствующую требованіямъ жизни и науки. Но прежде чѣмъ перейти къ теоріи Іеринга, мы покончимъ въ нѣсколькихъ словахъ съ двумя другими основоположеніями ученія Савиньи.

Третье изъ этихъ основоположеній, утверждающее именно, что юридическія послѣдствія владѣнія заключаются въ давности и въ защитѣ интердиктами, также невѣрно, такъ какъ давность, обращающая владѣніе въ собственность, есть результатъ не простого, а квалифицированнаго владѣнія, которое должно отвѣчать извѣстнымъ, опредѣленнымъ въ законѣ, условіямъ. Слѣдовательно, давность не есть послѣдст-

віе одного владѣнія, какъ такового, которое выдѣляется въ особый институтъ и характеризуется именно тѣмъ, что оно получаетъ юридическую защиту само по себѣ и независимо отъ какихъ бы то ни было условій, внѣ его лежащихъ. Поэтому, единственная характеристическая черта и единственное юридическое послѣдствіе владѣнія, какъ такового, заключается въ особыхъ формахъ юридической защиты, о которыхъ рѣчь будетъ ниже, - и болѣе ни въ чемъ.

Наконецъ, четвертое и послѣднее положеніе теоріи Савиньи относится къ основанію защиты владѣнія, которое опредѣляется слѣдующимъ образомъ: такъ какъ владѣніе есть фактъ, а не право, то нарушеніе его не можетъ считаться правонарушеніемъ; если же владѣніе защищается, то причина этого лежитъ не во владѣніи, а въ постороннихъ обстоятельствахъ. Въ нарушеніи владѣнія скрывается, по мнѣнію Савиньи, нарушеніе другого права, а именно всякое нарушеніе владѣнія заключаетъ въ себѣ насиліе противъ личности, гражданскій деликтъ, который и запрещается закономъ. Такимъ образомъ, владѣніе защищается не потому, что оно есть право, а потому, что нарушеніе владѣнія есть гражданское преступленіе, оскорбленіе личности владѣльца, на защиту которой и направлена защита владѣнія. Этотъ взглядъ на основаніе защиты владѣнія держится въ Германіи не менѣе

50 лѣтъ и имѣлъ все это время господствующее значеніе. Только въ послѣдніе 20 лѣтъ онъ началъ терять подъ собою почву и былъ окончательно разбитъ критикой Іеринга, послѣ которой теорія Савиньи объ основаніи защиты владѣнія рѣдко кѣмъ и защищается.

Главныя возраженія противъ нея таковы: 1| неправильно утверждать, что всякое насиліе несправедливо само по себѣ и запрещено закономъ, какъ таковое. Всѣ народы признаютъ состояніе необходимой обороны, о которомъ еще римскіе юристы говорили: *vim vi repellere omnes leges omniaque jura permittunt* |c. 45 § 4 D 9, 2|. Поэтому, насиліе несправедливое и незаконно не само по себѣ, а лишь постольку, поскольку оно нарушаетъ какое-нибудь право. Слѣдовательно, не будь владѣніе правомъ, насиліе противъ него не было бы запрещено и не могло бы мотивировать собою владѣльческой защиты. Принимая же взглядъ Савиньи, пришлось бы думать, что владѣніе, не будучи правомъ, дѣлается таковымъ только черезъ насиліе, что и представляетъ собою очевидный абсурдъ.

2| Далѣе, насиліе или деликтъ вовсе не составляетъ необходимаго условія охраны владѣнія. Владѣльческіе иски или интердикты даются часто не на основаніи совершеннаго деликта, а въ виду охраны отъ ожидаемаго только нарушенія владѣнія; таковъ

былъ, напримѣръ, римскій интердиктъ *uti possidetis*, предполагавшій простой споръ о владѣніи, а вовсе не насиліе. Точка врѣнія деликта не приложима также къ *interdicta adipiscendae possessionis* посредствомъ которыхъ заинтересованное лицо ищетъ владѣнія, какъ блага еще не пріобрѣтеннаго; она неприложима также къ кондиціямъ и вообще ни къ одному владѣльческому средству защиты, кромѣ *interdictum unde vi*, представляющаго собою единственный деликтный искъ изъ всѣхъ средствъ защиты владѣнія.

3| Если бы защита владѣнія основывалась дѣйствительно на деликтѣ, то она имѣла бы мѣсто и относительно наемщиковъ, арендаторовъ и всѣхъ детенторовъ чужой вещи, такъ какъ насиліе остается насиліемъ, все равно, противъ кого бы оно ни было направлено. Между тѣмъ, намъ извѣстно, что *detentio* не пользуется владѣльческой защитой, которая исключена также въ случаяхъ неспособности къ обладанію, лежащей въ лицѣ или въ вещи: *filiusfamilius* и обладатель *res sacrae* не получаютъ интердиктовъ и въ томъ случаѣ, если противъ нихъ совершенъ какой-нибудь актъ насилія. Отсюда уже можно видѣть, какъ недостаточна точка врѣнія деликта для объясненія защиты владѣнія, и какъ мало должна была вы-

грать теорiя Савиньи отъ поправки, сдѣланной въ ней Рудорфомъ. Этотъ послѣдній предлагалъ разсматривать нарушенiе владѣнiя такъ же, какъ деликтъ, но деликтъ не гражданскiй, а публичный, заключающійся въ нарушенiи общественнаго спокойствiя. Этотъ взглядъ не устраняетъ ни одного изъ возраженiй, приведенныхъ противъ теорiи Савиньи и даетъ мѣсто еще слѣдующему упреку. Рудорфъ упускаетъ изъ виду, что владѣльческiе интердикты вовсе не обладаютъ свойствомъ, которое обнаруживало бы въ нихъ то, что они защищаютъ общественное спокойствiе. Это - не публичные иски, они предъявляются не государственной властью и даже не всѣми гражданами, какъ actiones populares, а только одними заинтересованными лицами. Такимъ образомъ, Савиньи, Рудорфъ и множество другихъ юристовъ, которыхъ мы оставимъ въ сторонѣ, держатся такого взгляда на владѣнiе, который противорѣчитъ и практикѣ римскаго права, и установившимся юридическимъ понятiемъ. Эти писатели видятъ основанiе защиты владѣнiя въ оскорбленiи личности или нарушенiи порядка: основанiе защиты заключается въ нарушенiи не владѣнiя, а другого права, - таковъ основной тезисъ этихъ юристовъ, дающiй поводъ называть ихъ теорiи - относительными.

Перейдемъ теперь къ другой теорiи владѣнiя,

представляемой группой юристовъ, примыкающихъ къ философской школѣ Гегеля. Теоріи этихъ юристовъ называютъ абсолютными, такъ какъ онѣ ищутъ основаніе защиты владѣнія въ самомъ владѣніи, а не въ посторонникъ ему соображеніяхъ и цѣляхъ, какъ это дѣлаетъ школа Савиньи. Абсолютныя теоріи примыкаютъ, какъ мы сказали, къ философіи Гегеля. Съ тѣхъ поръ, какъ этотъ послѣдній выставилъ основнымъ принципомъ права начало воли, индивидуальной и коллективной, послѣдователи его стали развивать это ученіе въ частностяхъ и примѣнили его, между прочимъ, и къ разрѣшенію вопроса объ основаніи защиты владѣнія. Разсмотримъ вкратцѣ мнѣнія трехъ главныхъ представителей этого направленія въ теоріи владѣнія: Ганса, Пухты и Брунса.

Гансъ аргументируетъ свои положенія такимъ образомъ: въ обладаніи вещью различаются два элемента; мы обладаемъ вещью, во 1-хъ, потому, что желаемъ обладать ею, это - элементъ частной воли; во 2-хъ, эта частная воля можетъ получить признаніе со стороны воли общей, это - второй, объективный элементъ. Когда рѣчь идетъ о такомъ правѣ на вещь, гдѣ эти два элемента существуютъ въ связи, мы имѣемъ право собственности, если же первый элементъ существуетъ, а второй - нѣтъ, мы будемъ имѣть владѣніе. Владѣніе есть не что иное, какъ начинающая-

ся собственность, такъ какъ оно имѣетъ только одинъ элементъ вещнаго обладанiя и, получая второй, обращается въ право собственности. Но первый элементъ долженъ быть защищаемъ и тогда, когда онъ одинъ, ибо воля сама по себѣ есть нѣчто субстанцiональное, достойное защиты, и частная воля тогда только не защищается, когда она открыто противорѣчитъ волѣ общей. Этотъ взглядъ Ганса подвергся рѣзкимъ нападенiямъ со стороны Пухты, который, однако, пришелъ самъ почти къ тѣмъ же результатамъ, какъ и Гансъ.

Пухта училъ, что, рядомъ съ обвепризнанными объектами гражданскаго права - вещью |въ правѣ вещномъ|, дѣйствiемъ |въ правѣ обязательственномъ|, посторонней личности |въ правѣ семейномъ|, - слѣдуетъ признать еще новый объектъ, это - свою собственную личность или волю. Эта воля, защищаясь какъ таковая, можетъ быть, въ одно время, и субъектомъ, и объектомъ права. Это - право личности, которое обнимаетъ собою и владѣнiе, являющееся непосредственнымъ выраженiемъ личности - и, такъ какъ воля представляется въ немъ объектомъ, то она и получаетъ защиту. Такимъ образомъ, въ защитѣ владѣнiя, по мнѣнiю Пухты, охраняется непосредственно человѣческая личность, тогда какъ въ другихъ правахъ она защищается только посредственно.

Брунсъ видитъ основанiе защиты владѣнiя также въ волѣ личности. Воля есть, по его мнѣнiю, основной принципъ - *vis agens* всего гражданскаго права, а владѣнiе, будучи однимъ изъ проявленiй воли, поэтому только и защищается отъ нарушенiй. Слѣдовательно, въ защитѣ владѣнiя защищается воля.

Сравненiе трехъ изложенныхъ взглядовъ показываетъ, что, различаясь въ своихъ первыхъ посылкахъ, они всѣ, въ концѣ концовъ, приходятъ къ одному и тому же заключенiю: въ защитѣ владѣнiя охраняется человѣческая личность или ея воля. Самый существенный недостатокъ этого взгляда заключается въ его метафизическомъ характерѣ, бездоказательности и такой оторванности отъ жизни, которая лишаетъ его всякаго серьезнаго значенiя. Въ частности, теорiи Пухты можно еще сдѣлать то возраженiе, что она отождествляетъ простое владѣнiе съ давностнымъ владѣнiемъ, ведущимъ къ собственности, и не объясняетъ поэтому основанiя защиты владѣнiя, какъ такового. Противъ этой же теорiи можно еще сказать, что если даже признать, что въ нарушенiи каждаго права кроется нарушенiе личности, такъ какъ личность есть

предположеніе всѣхъ правъ, то этимъ вовсе не устраняется то наблюденіе, что съ развитіемъ юридическаго сознанія происходитъ такая дифференціація и такое обособленіе гражданскихъ правъ, которыя придаютъ правамъ личности особенное значеніе ея врожденныхъ правъ, стоящихъ независимо отъ какихъ бы то ни было внѣшнихъ предположеній и вполнѣ отличныхъ отъ всѣхъ имущественныхъ отношеній. Въ вопросѣ же о защитѣ владѣнія является, кромѣ личности, еще нѣчто совершенно другое это - вещественное обладаніе, которое требуетъ указанія на спеціальный мотивъ защиты, тѣмъ болѣе, что защита владѣнія имѣетъ мѣсто и въ случаяхъ мирныхъ споровъ о владѣніи, когда объ оскорбленіи личности не можетъ быть и рѣчи. Кромѣ того, къ теоріи Пухты, равно какъ и къ теоріямъ Брунса и Ганса, можно обратить тѣ же возраженія, которыя были приведены противъ взгляда Савиньи. Если бы защита владѣнія была защитой личности или ея воли, то она имѣла бы мѣсто и въ случаяхъ *detentio*, и во всѣхъ отношеніяхъ по *res extra commercium*, и всюду, гдѣ происходило бы нарушеніе правъ личности. Но такъ какъ владѣльческіе иски не примѣняются ни къ *detentio*, ни къ отношеніямъ по *res extra commercium*, то ясно, что защита владѣнія должна имѣть другое основаніе, чѣмъ оскорбленіе личности. Итакъ, ни теорія

Савиньи, ни теоріи приверженцевъ Гегеля не объясняютъ защиты владѣнія.

Третья теорія по этому вопросу выставлена Іерингомъ въ его сочиненіи: "Ueber den Grund des Besitzschutzes", и успѣхъ, который выпалъ на долю его теоріи, особенно среди юристовъ практиковъ, долго не перестававшихъ посылать Іерингу по поводу его теоріи сочувственныя заявленія, свидѣтельствуетъ о томъ, что онъ разгадалъ, кажется, загадку владѣнія. Замѣчательно, что и нѣкоторые французскіе юристы, какъ напримѣръ, Troplong, Aubry et Rau и нѣкоторые другіе, не зная ничего о теоріи Іеринга, смотрѣли тѣмъ не менѣе, на владѣніе съ одинаковой съ нимъ точки зрѣнія. Сущность взгляда Іеринга состоитъ въ томъ, что онъ считаетъ владѣніе просто видимостью собственности, имѣя предшественникомъ по этому взгляду Тибо, который еще въ началѣ нынѣшняго столѣтія высказалъ ту мысль, что владѣніе защищается только потому, что въ немъ предполагается право собственности. Это объясненіе имѣло ту важную сторону, что оно указало на дѣйствительно существующее предположеніе, такъ какъ за владѣніемъ въ большинствѣ случаевъ дѣйствительно выступаетъ собственность. Но это предположеніе не давало еще достаточнаго основанія для защиты владѣнія, такъ какъ оно указывало только на вѣроятность, которая

могла быть опровергнута въ случаяхъ, гдѣ владѣніе расходилось съ собственностью. Поэтому слѣдовало указать еще на особый мотивъ, который объяснялъ бы защиту владѣнія, не взирая на случаи, въ которыхъ она не совпадаетъ съ собственностью. Этотъ мотивъ не былъ указанъ Тибо, отъ чего его взгляды и не получилъ распространенія. Честь указанія на этотъ мотивъ и обстоятельнаго обоснованія на немъ защиты владѣнія досталась Іерингу, который формулировалъ самъ свою теорію слѣдующимъ образомъ:"владѣніе защищается только въ интересѣ необходимаго дополненія защиты собственности; оно защищается не ради себя, а ради права собственности, и есть не что иное, какъ облегченіе доказательствъ, предоставленное собственнику". Можно представить себѣ, говоритъ Іерингъ, юридическій бытъ, основанный исключительно на владѣніи, т.е. такой бытъ, въ которомъ обладатели вещи получали бы защиту только противъ непосредственныхъ нарушителей ихъ правъ и не имѣли бы виндикаціи противъ третьихъ лицъ; тогда юридическое положеніе всѣхъ вещей было бы такимъ, каково теперь положеніе одного изъ важнѣйшихъ предметовъ гражданскаго оборота - денегъ. Но нельзя признать практически осуществимымъ юридическій бытъ, основанный исключительно на римской собственности безъ владѣнія, т.е. такой бытъ, гдѣ въ каждомъ

случаѣ, представляющемъ потребность въ защитѣ обладанія вещью, истецъ обязанъ былъ бы доказывать свое право собственности на вещь. Извѣстно, что подобное доказательство не принадлежитъ къ числу легкихъ. Требованіе его имѣетъ смыслъ тамъ, гдѣ, на ряду съ истцомъ, и отвѣтчикъ претендуетъ на право собственности. Но тамъ, гдѣ собственность нарушаютъ воры и разбойники и вообще лица, не имѣющія на то никакого права, требовать тамъ отъ истца доказательствъ его собственности, значило бы стѣснять безъ нужды всѣхъ собственниковъ. При такомъ требованіи, истецъ былъ бы во многихъ случаяхъ поставленъ въ беззащитное положеніе, не смотря на то, что правонарушеніе было, быть можетъ, совершенно явно. Несправедливость подобнаго исхода очевидна, и потому-то истцу и дозволяется ссылаться только на владѣніе, какъ на видимость собственности; право защищаетъ владѣніе, довѣряя видимости до тѣхъ поръ, пока отвѣтчикъ не докажетъ неосновательность этого довѣрія. Въ интересахъ облегченія и ускоренія процесса, ссылки истца на его право и возраженія противъ нихъ отвѣтчика ограничиваются только вопросомъ о владѣніи: споръ объ основаніяхъ права здѣсь не допускается и откладывается до другого процесса, для котораго предваритель-

ное разрѣшеніе вопроса о владѣніи не имѣетъ преюдиціальнаго значенія. Такимъ устраненіемъ изъ владѣльческаго процесса вопроса объ основаніяхъ права достигается быстрое возстановленіе нарушенныхъ правъ собственности, что должно быть желательно для всякаго общества, признавшаго разъ институтъ собственности. Устанавливая такой сокращенный способъ возстановленія собственности, объективное право предполагаетъ, очевидно, въ каждомъ владѣльцѣ вѣроятнаго собственника и это довѣріе его къ видимости права основано на прямомъ опытѣ жизни, который показываетъ, что, по крайней мѣрѣ, 9/10 владѣльцевъ суть, въ то же время и собственники, такъ что дѣйствительное отношеніе между владѣніемъ и собственностью въ гражданскомъ быту оказывается въ полномъ согласіи съ защитой владѣнія по предположенію въ ней собственности и въ виду дополненія защиты послѣдней. Но, понятно, что разъ допускается судебная защита владѣнія на основаніи видимости права, неправомѣрные владѣльцы воспользуются этой защитой, наравнѣ съ правомѣрными владѣльцами и даже противъ собственниковъ. Это возможное послѣдствіе владѣнія и сообщаетъ ему ту своеобразность, благодаря которой оно получаетъ самостоятельность въ догматическомъ отношеніи. Это же послѣдствіе защиты владѣнія заставило и римскихъ юристовъ утверждать, что

владѣніе не имѣетъ ничего общаго съ собственностью, что не слѣдуетъ смѣшивать эти институты одинъ съ другимъ. Но это положеніе, вѣрное въ догматическомъ отношеніи, сдѣлалось, тѣмъ не менѣе, источникомъ всѣхъ заблужденій въ ученіи о владѣніи, такъ какъ никто, кромѣ Іеринга, не примѣнялъ къ нему точки врѣнія относительной пользы и не основывался на наблюденіи жизни, которая показываетъ, что воровское владѣніе есть не болѣе, какъ очень слабое исключеніе изъ общаго правила о совпаденіи интересовъ собственности и интересовъ владѣнія. Защита неправомѣрнаго владѣльца есть, такимъ образомъ, не *punctum saliens*, не цѣль института владѣнія, а его непреднамѣренное послѣдствіе и то неизбѣжное, но незначительное зло, цѣною котораго покупаются неисчислимыя выгоды защиты владѣнія. Слѣдовательно, догматическая независимость владѣнія отъ собственности вовсе не мѣшаетъ тому, чтобы законодательное основаніе защиты владѣнія было признано общимъ съ основаніемъ защиты собственности. Таковъ взглядъ Іеринга на защиту владѣнія, основательность котораго представится намъ воочію при разсмотрѣніи отдѣльныхъ вопросовъ этого ученія. Эти вопросы, неразрѣшенные другими теоріями, получаютъ, благодаря точкѣ врѣнія Іеринга, новое освѣщеніе и

такое разрѣшеніе, которое удовлетворяетъ вполнѣ и интересамъ жизни, и требованіямъ здоровой теоріи.

Но прежде чѣмъ перейти къ этимъ вопросамъ, мы сдѣлаемъ нѣсколько замѣчаній по поводу возраженій, вызванныхъ воззрѣніемъ Іеринга на защиту владѣнія. Ему дѣлались слѣдующія возраженія.

I| Если возможно представить правовой бытъ, основанный исключительно на владѣніи, то какимъ образомъ владѣніе можетъ быть видимостью собственности? На этотъ вопросъ нужно отвѣчать, что при отсутствіи права собственности владѣніе было бы самостоятельнымъ институтомъ, замѣняющимъ право собственности, и тогда вопросъ о томъ, что есть владѣніе, подлежалъ бы особому разрѣшенію. Но Іеринга не занималъ этотъ вопросъ, такъ какъ онъ имѣлъ дѣло съ владѣніемъ, существующимъ рядомъ съ правомъ собственности, а такое владѣніе есть вспомогательный институтъ, котораго конструкція можетъ быть вполнѣ подчинена конструкціи права собственности. Слѣдовательно, изъ того, что владѣніе безъ собственности можетъ играть самостоятельную роль, вовсе не слѣдуетъ, что съ появленіемъ собственности конструкція владѣнія должна быть иная, чѣмъ конструкція собственности.

2| Если владѣніе существуетъ ради интересовъ собственности, то зачѣмъ ограничивать процессъ о

владѣнiи однимъ владѣльческимъ вопросомъ и такъ абсолютно исключать изъ него ссылки на всѣ другiя права?

Мы говорили выше, что указанная конструкцiя владѣльческаго процесса есть необходимое условiе его быстроты и легкости. Но почему не допускать ссылокъ на право собственности со стороны отвѣтчика, по крайней мѣрѣ, въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ доказательства этого права могутъ быть приведены скоро или гдѣ право собственности отвѣтчика очевидно? Не замедляя процесса, мы имѣли бы тогда возможность уменьшить число случаевъ, въ которыхъ неправомѣрные владѣльцы берутъ верхъ надъ правомѣрными владѣльцами. На сдѣланный вопросъ слѣдуетъ отвѣчать вопросомъ же: гдѣ критерiй для того, чтобы опредѣлить заранѣе легкость и трудность, краткость и продолжительность процесса доказыванiя, и гдѣ граница между очевидными и неочевидными доказательствами? Эти обстоятельства выясняются только подъ конецъ процесса, а предварительное разрѣшенiе ихъ было бы или неосуществимо или произвольно, такъ что исключенiе изъ владѣльческаго процесса вопросовъ о правѣ является практической необходимостью.

3| Если защита владѣнiя назначена облегчать защиту собственности, то она должна быть направлена противъ всѣхъ третьихъ лицъ, тогда какъ извѣстно,

что защита владѣнія признается только относительно первыхъ его нарушителей. На это возраженіе можно отвѣтить, что ограниченіе защиты извѣстными лицами, такъ же какъ ограниченіе ея извѣстными вопросами, обусловливается опять интересами краткости владѣльческаго процесса. Предѣлы же этого ограниченія, во всякомъ случаѣ, условны: интердиктъ *Utrubi* предъявлялся до Юстиніана противъ всѣхъ третьихъ лицъ, а съ Юстиніана этотъ порядокъ былъ измѣненъ; созданная въ средніе вѣка *actio spolii* дѣйствовала также противъ третьихъ лицъ, тогда какъ другіе владѣльческіе иски имѣли дѣйствіе личныхъ исковъ.

4) Статистическій аргументъ Іеринга, указывающій на численное превосходство правомѣрныхъ владѣльцевъ надъ неправомѣрными и строящій на этомъ предположеніе собственности во владѣніи, вызвалъ слѣдующее возраженіе со стороны Брунса. Положимъ, говоритъ онъ, что связь владѣнія и собственности есть общее правило, но какимъ образомъ изъ нея можетъ слѣдовать то, что во владѣльцѣ защищается именно собственникъ? Когда собственникъ подвергается спору и сомнѣнію, то какъ можно во владѣльцѣ видѣть собственника? Умѣстна ли въ этомъ случаѣ та презумпція, что владѣлецъ есть обыкновенно собственникъ? Іерингъ ссылается на то, что въ жизни владѣніе находится обыкновенно въ рукахъ собственника, что едва 1/10 всѣхъ существующихъ вещей находит-

ка, что едва 1/10 всѣхъ существующихъ вещей находится во владѣніи не собственниковъ. "Я готовъ - продолжаетъ Брунсъ - признать это для обыкновенныхъ мирныхъ отношеній, но если примѣнить такое предположеніе къ случаямъ, гдѣ собственность спорна, то въ результатѣ получится, что 9/10 всѣхъ виндикацій неосновательны, и мы придемъ къ безсмысленному выводу, что истцы по виндикаціямъ должны быть обыкновенно неправы".

Остроуміе приведеннаго разсужденія, какъ правильно замѣчаетъ Муромцевъ, значительно выше его основательности. По мнѣнію Брунса выходитъ, что презумпція, направляющая судебное рѣшеніе въ опредѣленную сторону, должна быть построена на основаніи не всѣхъ относящихся къ ея содержанію фактовъ гражданской жизни, а только тѣхъ, которые сдѣлались предметомъ судебнаго разбирательства. Это мнѣніе опровергается, прежде всего, повѣркой его на другихъ презумпціяхъ. Возьмемъ для примѣра извѣстную презумпцію, по которой мужъ матери предполагается отцомъ ребенка, или что разорванная росписка свидѣтельствуетъ объ уплатѣ долга. Эти и всѣ другія презумпціи составлены только на случаи судебнаго спора. Пока законность рожденія не оспаривается, пока не ищутъ по разорванной росписке, до тѣхъ поръ презумпціи не примѣняются. Примѣняясь же въ

процессѣ, онѣ ввваливаютъ всю тяжесть доказательствъ на лицо, утверждающее такое положеніе вещей, которое противорѣчитъ предполагаемому положенію. Но составленныя на случай судебныхъ споровъ, эти презумпціи формулируются вовсе не на основаніи судебныхъ споровъ, которые представляются именно тогда, когда согласіе между презумпціей и дѣйствительностью рушится. Поэтому никогда нельзя говорить, что презумпція выводится изъ того наблюденія, что въ тѣхъ или другихъ процессахъ истцы оказываются правыми или неправыми. Основаніе презумпціи заключается въ признанной опытомъ гармоніи всей житейской, а не судебной только дѣйствительности, и презумпція является выведеннымъ изъ нея общимъ правиломъ. Мужъ матери бываетъ обыкновенно отцомъ ребенка въ жизни, а не на судѣ; здѣсь вопросъ разрѣшается, большею частью, въ противоположномъ смыслѣ, такъ что, если бы презумпція составлялась только на основаніи судебнаго опыта, то формула упомянутой презумпціи была бы совсѣмъ иная. Точно также при удовлетвореніи долга происходитъ обыкновенно и уничтоженіе росписки, а выведенная отсюда презумпція основана опять на наблюденіи всего житейскаго, а не исключительно одного только судебнаго опыта. Все сказанное одинаково примѣняется и къ предположенію во владѣніи собственности, такъ что сомнѣнія, выражен-

ныя по этому поводу Брунсомъ, должны быть отвергнуты. - Такимъ образомъ, мы видимъ, что ни одно изъ разобранныхъ возраженій противъ теоріи Іеринга не имѣетъ серьезнаго значенія, и что въ основаніи всѣхъ ихъ лежатъ скорѣе недоразумѣнія, чѣмъ серьезные доводы. Но независимо отъ несостоятельности приведенныхъ возраженій, взглядъ Іеринга на основаніе защиты владѣнія подтверждается особенно тѣмъ, что онъ даетъ точку опоры для такой конструкціи самаго понятія владѣнія и подробностей этого ученія, что ни эта конструкція, ни ея послѣдствія не оставляютъ желать почти ничего.

Конструкція такова: владѣніе есть не что иное, какъ видимость или реальность собственности, такое юридическое отношеніе, по формѣ или по видимости котораго, не добираясь до его основаній, мы должны сказать, что оно есть отношеніе къ вещи собственника. Съ одной стороны, вещь занимаетъ такое же положеніе, какъ и въ правѣ собственности, а съ другой - лицо ведетъ себя въ отношеніи къ вещи такъ же, какъ ведетъ себя собственникъ относительно своей собственности. Правильность этой конструкціи доказывается, во 1-хъ, сходствомъ юридическихъ опредѣленій, относящихся ко владѣнію и къ собственности, во 2-хъ, ученіемъ о пріобрѣтеніи и потерѣ владѣнія, въ 3-хъ, особенностями защиты владѣнія и въ

4-хъ, исторіей развитія института владѣнія.

II. ПАРАЛЛЕЛИЗМЪ ВЛАДѢНІЯ И СОБСТВЕННОСТИ.

Обращая вниманіе на внѣшнее распространеніе института владѣнія и на внутреннія его качества, мы замѣчаемъ полное подобіе его праву собственности. Въ своихъ внѣшнихъ границахъ, владѣніе совпадаетъ съ правомъ собственности: гдѣ нѣтъ собственности, тамъ нѣтъ и владѣнія. Такъ, напримѣръ, римскія и другія законодательства исключаютъ владѣніе во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ являются субъективныя или объективныя препятствія къ признанію права собственности. Дѣти, подчиненныя въ Римѣ главѣ семейства и лишенныя, по общему правилу, имущественной правоспособности, не могли пріобрѣтать и владѣнія; то же нужно сказать и о рабахъ, которые, однако, могли быть сами предметомъ владѣнія, такъ какъ они были и предметомъ собственности: по отношенію къ подвластному лицу, владѣніе было, напротивъ, немыслимо, потому что власть отца семейства надъ нимъ носила не исключительно имущественный характеръ и не была собственностью. Точно также вещи, изъятыя изъ числа предметовъ частной собственности и принадлежащія государству или общинамъ на правѣ общественнаго пользованія, и вообще всѣ тѣ вещи, облада-

нiе которыми трактуется отлично отъ собственности, не считаются также объектами владѣнiя. Совпаденiю обоихъ институтовъ въ отрицательномъ отношенiи соотвѣтствуетъ и ихъ положительный параллелизмъ: гдѣ признается собственность, тамъ имѣетъ мѣсто и владѣнiе. Далѣе, совпаденiю этихъ институтовъ относительно внѣшнихъ границъ соотвѣтствуетъ еще полное сходство въ ихъ внутренней конструкцiи. Характеристическiя свойства права собственности повторяются и во владѣнiи. Владѣнiе есть такое же цѣлостное, исключительное, эксклюзивное право, какъ и собственность. Какъ собственность не можетъ принадлежать цѣликомъ нѣсколькимъ лицамъ заразъ | in solidum |, такъ точно и владѣнiе. Затѣмъ, право собственности есть, какъ извѣстно, право дѣлимое, и какъ оно, такъ и владѣнiе, можетъ быть раздѣлено между нѣсколькими владѣльцами только по идеальнымъ долямъ; какъ въ собственности такое явленiе называется сособственностью, такъ и во владѣнiи его называютъ совладѣнiемъ. Этотъ замѣчательный параллелизмъ между собственностью и владѣнiемъ очень подкрѣпляетъ теорiю Iеринга и, противорѣча всѣмъ другимъ теорiямъ о владѣнiи, онъ можетъ быть объясненъ только съ той точки врѣнiя, которая указана Iерингомъ. Такимъ образомъ, взглядъ на владѣнiе, какъ на види-

мость собственности, имѣетъ то важное преимущество, что имъ, во I-хъ, объясняется указанное явленіе параллелизма, и, во 2-хъ, означается точно предѣлъ защиты владѣнія, - она существуетъ тамъ, гдѣ существуетъ защита собственности, и отсутствуетъ тамъ, гдѣ нѣтъ защиты собственности.

III. ПРІОБРѢТЕНІЕ И ПОТЕРЯ ВЛАДѢНІЯ.

Положеніе господствующаго ученія въ этомъ вопросѣ таково: владѣніе пріобрѣтается тогда, когда въ одномъ лицѣ совпадаетъ два его фактора. Первый духовный факторъ, состоящій въ желаніи обладать вещью на положеніи собственника, называютъ обыкновенно, со времени Савиньи, animus domini. Второй внѣшній факторъ, состоящій въ фактическомъ обладаніи вещью, носитъ названіе corpus. Соединеніе обоихъ этихъ факторовъ считается необходимымъ условіемъ пріобрѣтенія владѣнія, а отпаденіе каждаго изъ нихъ влечетъ за собою, по господствующему ученію, потерю владѣнія. Ученіе это невѣрно потому, что во I-хъ, никакого особеннаго animus domini не существуетъ. Animus, или намѣреніе, воля, играютъ во владѣніи такую же роль, какую они играютъ и во всѣхъ другихъ правахъ. Для того, чтобы имѣть право, необходимо, конечно, желаніе

пріобрѣсти его; кто не желаетъ имѣть гражданское право, того никто не будетъ неволить, - это общій принципъ гражданскаго права. Также обще значеніе *animus*'а и во владѣніи, гдѣ онъ вовсе не носитъ характеръ специфическаго условія, свойственнаго одному владѣнію, - что можно видѣть, между прочимъ, на случаяхъ, такъ называемаго производнаго владѣнія, о которомъ мы будемъ говорить послѣ. Что касается во 2-хъ, *corpus*'а или фактическаго обладанія вещью, то мы уже показали при разборѣ теоріи Савиньи, что владѣніе пріобрѣтается и теряется независимо отъ такого фактическаго обладанія. Слѣдовательно, ни *animus*, ни *corpus* не даютъ вопреки господствующему мнѣнію, ключа къ объясненію фактовъ пріобрѣтенія и потери владѣнія.

Теорія Іеринга и въ этомъ вопросѣ оказывается безусловно предпочтительнѣе всѣхъ другихъ теорій, такъ какъ изъ положенія, что владѣніе есть видимость собственности, выводится слѣдующій принципъ для ученія о пріобрѣтеніи и потерѣ владѣнія. Для того, чтобы быть владѣльцемъ, надо вести себя по отношенію къ вещи такъ, какъ ведетъ себя собственникъ; владѣніе будетъ начинаться съ возникновені-

---

емъ такого образа дѣйствій и теряться съ его прекращеніемъ. Этотъ принципъ имѣетъ за себя параллелизмъ владѣнія и собственности и многія практическія удобства, заключающіяся въ томъ, что съ помощью этого принципа разрѣшается масса случаевъ пріобрѣтенія и потери владѣнія, не разрѣшаемыхъ господствующимъ ученіемъ, и, между прочими, тѣ случаи, которые приведены были нами выше, при разборѣ теоріи Савиньи. Обозрѣніе всѣхъ этихъ случаевъ заведо бы насъ слишкомъ далеко, и, обращая васъ за ними къ книгѣ Іеринга, я приведу изъ нея только нѣсколько примѣровъ. Считая владѣніемъ отношеніе, о которомъ можно предполагать по его видимости, что оно есть право собственности, всякій скажетъ, что мнѣ принадлежатъ вещи, находящіяся въ моей квартирѣ, и животныя, попавшіяся въ разставленныя мною сѣти. Точно также никто не затруднится признать меня за лицо, имѣющее право на кладъ, если я и не интересуюсь его обнаруженіемъ, зная, что онъ лежитъ въ моемъ саду. Лѣтними дачами пользуются только лѣтомъ, и никто не удивится и не перестанетъ считать меня ихъ владѣльцемъ, узнавъ, что я не стараюсь проникнуть къ нимъ во время снѣжныхъ заносовъ. Вопросъ о пріобрѣтеніи владѣнія разрѣшается согласно съ экономическимъ значеніемъ вещей: одна и та же форма отношенія къ вещи признается въ одномъ случаѣ за

владѣніе, въ другомъ - не признается. Я остаюсь владѣльцемъ бревенъ, когда оставлю ихъ безъ призора на берегу, но, поступая такимъ же образомъ съ драгоцѣнными камнями, я потеряю владѣніе ими. Никто не усумнится въ принадлежности мнѣ бревенъ, сваленныхъ подъ открытымъ небомъ, но никто не признаетъ за мною цѣнную вещь, если я оставлю ее валяться въ полѣ. Для того, чтобы быть владѣльцемъ, надо вести себя по отношенію къ вещи такъ, какъ ведетъ себя собственникъ. Владѣніе начинается съ возникновеніемъ подобнаго образа дѣйствій и уничтожается съ его прекращеніемъ. Этимъ положеніемъ дается твердый признакъ отличія владѣнія какъ отъ всѣхъ другихъ правъ, такъ и отъ простого держанія вещи, или такъ называемаго detentio. Не всякое фактическое обладаніе подобно праву собственности, и потому оно не всегда бываетъ владѣніемъ. Во всѣхъ случаяхъ, гдѣ обладатель вещи не ведетъ себя какъ собственникъ, а также, гдѣ вещь не можетъ быть предметомъ собственности, мы признаемъ detentio, а не владѣніе. Такую детенцію имѣетъ повѣренный, наниматель, лицо, овладѣвающее экстракоммерціальною вещью и т.д. Такимъ образомъ, различіе detentio отъ владѣнія, бывшее до сихъ поръ однимъ изъ темныхъ пунктовъ теоріи этого послѣдняго института, находитъ свое объясненіе и твердую точку опоры въ той же формулѣ Іе-

ринга, по которой владѣніе есть видимость собственности и защищается именно, какъ таковая. Тѣмъ не менѣе, какъ римское право, такъ и нѣкоторыя современныя законодательства, отступаютъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ отъ того правила, что владѣніе существуетъ только тамъ, гдѣ обладаніе выступаетъ въ формѣ видимости собственности, и переносятъ владѣльческую защиту и на такія отношенія, которыя по существу своему представляются детенціей. Такими случаями въ римскомъ правѣ были: эмфитевзисъ, залогъ, прекарій и секвестръ, а нѣкоторыя новыя законодательства, какъ напримѣръ, прусское, присоединили къ нимъ еще нѣкоторые виды имущественнаго найма, гдѣ наемщики получаютъ такую же защиту, какъ и владѣльцы въ видѣ собственности. Совокупность этихъ случаевъ извѣстна подъ именемъ производнаго владѣнія abgeleiteter Besitz, которое можетъ быть объяснено слѣдующимъ образомъ. Распространеніе владѣльческой защиты на случаи производнаго владѣнія есть явленіе поздняго происхожденія, составляющее продуктъ той мысли, что владѣніе, какъ самостоятельное юридическое отношеніе, даетъ важныя выгоды и можетъ быть потому отдѣлено отъ собственности перенесено и на другія права. Допустивъ такимъ образомъ, что владѣльческіе интердикты, созданные пер-

воначально для одной цѣли, стали потомъ служить, вмѣстѣ съ этой, и другой еще цѣли, мы получимъ простѣйшее объясненіе производнаго владѣнія, которое представляетъ собою полный параллелизмъ съ отдѣленіемъ отъ собственности и перенесеніемъ на другихъ лицъ отдѣльныхъ, заключающихся въ ней, правомочій. Но, отдѣляясь отъ владѣнія въ видѣ собственности, защита производнаго владѣнія имѣетъ особенность, рѣзко отличающую ее отъ настоящаго владѣнія. Въ случаяхъ, въ которыхъ лицо фигурируетъ, какъ собственникъ, защита владѣнія происходитъ независимо отъ его основанія; вопросъ о правомѣрности или неправомѣрности владѣнія здѣсь вовсе не возбуждается. Въ случаяхъ же производнаго владѣнія, когда владѣлецъ открыто признаетъ, что онъ не собственникъ, возникаетъ вопросъ о causa possessionis, т.е. объ особомъ юридическомъ основаніи, обусловливающемъ собою защиту владѣнія. Но и здѣсь дѣло не выходитъ изъ сферы владѣнія: требуется доказательство не права собственности лица, передавшаго вещь, а доказательство полученія отъ такого лица, которое владѣло ею и было собственникомъ только по видимости этого права.

IУ. ЮРИДИЧЕСКІЯ ОСОБЕННОСТИ ВЛАДѢНІЯ.

Въ чемъ же состоятъ юридическія особенности

владѣнія? Важнѣйшей особенностью владѣнія принято считать защиту его посредствомъ интердиктовъ, но эта внѣшняя черта владѣнія не имѣетъ для насъ рѣшающаго значенія, такъ какъ она во I-хъ, относится спеціально къ римскому праву, а во 2-хъ, не составляетъ даже въ послѣднемъ специфическаго признака владѣнія: давались же интердикты и въ римскомъ правѣ на защиту не только владѣнія, но и другихъ отношеній, какъ, напримѣръ, ager publicus, res publicae, нѣкоторыхъ наслѣдственныхъ отношеній. Поэтому характеристическія черты владѣнія, какъ особаго юридическаго отношенія, слѣдуетъ искать не во внѣшнихъ условіяхъ формы юридической защиты, а въ матеріальныхъ особенностяхъ этой защиты.

Такими матеріальными особенностями защиты владѣнія, которыя и вытекаютъ, и, въ то же время, подтверждаютъ представленіе о владѣніи, какъ о видимости собственности, являются: а, исключеніе изъ споровъ о владѣніи всѣхъ вопросовъ о правѣ на спорную землю, кромѣ вопроса о владѣніи. Это исключеніе принципіально и, какъ активно, такъ и пассивно, т.е. относится, какъ къ истцу, такъ и къ отвѣтчику, которые не въ правѣ подымать въ процессѣ о владѣніи никакихъ вопросовъ объ основаніи правъ. Вотъ существеннѣйшая особенность процесса о владѣніи, дающая ему особенное названіе judicium possessionis

Этотъ в л а д ѣ л ь ч е с к і й процессъ отличается отъ процесса по праву собственности, называемому также *judicium petitorium*, тѣмъ, что въ послѣднемъ отвѣтчикъ можетъ всегда противопоставить виндикаціи истца ссылку на свое собственное право, какъ напримѣръ, на право, вытекающее изъ какого-нибудь сервитута, хотя бы *usufructus*, или на право, основанное на какомъ-нибудь обязательствѣ, способное осилить часто право собственности истца. Ничего подобнаго не бываетъ въ процессахъ о владѣніи, изъ которыхъ исключается разсужденіе о всѣхъ другихъ правахъ, кромѣ владѣнія, что оказываетъ слѣдующее вліяніе на компетенцію, или подвѣдомственность поссесорныхъ или владѣльческихъ исковъ. Эти иски особенно нуждаются въ судѣ, близкомъ къ мѣсту нарушенія и способномъ оказать немедленную помощь лицу, терпящему отъ нарушенія его владѣнія, - и такъ какъ здѣсь только временно рѣшается одинъ вопросъ о владѣніи, то производство этихъ дѣлъ и поручается обыкновенно единоличнымъ и другимъ низшимъ судамъ, независимо отъ рода и цѣны имуществъ, составляющихъ предметъ спора. Напротивъ, окончательное рѣшеніе споровъ о правахъ на недвижимыя и другія дорого стоящія имущества можетъ быть предоставлено и болѣе отдаленнымъ коллегіальнымъ судамъ, въ устройствѣ которыхъ соединяются наиболь-

шія гарантіи правосудія. Такое распредѣленіе компетенціи тѣхъ и другихъ дѣлъ по различнымъ судамъ принято со времени римскаго права почти во всѣхъ законодательствахъ, и мы встрѣтимся съ нимъ также и въ нашемъ правѣ. При этомъ, нужно замѣтить, что указанное раздѣленіе компетенціи понимается не только въ томъ смыслѣ, что процессъ о владѣніи и процессъ о другихъ правахъ не могутъ быть кумулированы, соединены въ одномъ и томъ же судѣ, компетенція котораго относится всегда или къ вопросу о владѣніи, или къ вопросу о правѣ, а не къ тому и другому вопросу вмѣстѣ. Раздѣленіе этихъ процессовъ имѣетъ еще тотъ смыслъ, что вопросы о владѣніи и о правѣ не могутъ быть рѣшаемы одновременно даже въ компетентныхъ для тѣхъ и другихъ вопросовъ судахъ, такъ какъ владѣніе имѣетъ такое существенное значеніе для разрѣшенія спора о правѣ, что отвѣтчику по процессу о владѣніи не позволено являться въ petitorium, прежде чѣмъ окончится производство въ possessorium'ѣ. Истецъ можетъ, конечно, отыскивать свою вещь прямо черезъ petitorium, не обращаясь въ possessorium, но тутъ не будетъ уже ни владѣнія, ни владѣльческихъ средствъ защиты, что на столько невыгодно для истца, что французское право прямо допускаетъ въ этомъ случаѣ презумпцію juris et de jure, въ силу которой истецъ

считается отказавшимся совсѣмъ отъ владѣнія, и за нимъ не признается болѣе права обратиться по данному дѣлу въ possessorium [art 26 Code de procédure civile]. Римское право позволяло истцу и въ этихъ случаяхъ обращеніе въ possessorium но это неважная подробность, такъ какъ существенно здѣсь лишь то, что раздѣленіе possessorium'а отъ petitorium'а и разновременное рѣшеніе дѣла въ томъ и другомъ судѣ - было и осталось необходимымъ предположеніемъ и самой крупной особенностью института владѣнія въ томъ видѣ, въ какомъ его выработало римское право и реципировало, затѣмъ, право европейскихъ народовъ.)

в. Другую характеристическую особенность защиты владѣнія составляетъ то, что приговоръ по спору о немъ совсѣмъ не имѣетъ преюдиціальнаго значенія для спора о другомъ правѣ. Регулированіе юридическаго отношенія происходитъ здѣсь временное, и проигравшая сторона можетъ, сейчасъ же по выходѣ изъ possessorium'а, начать споръ о правѣ въ petitorium'ѣ, который и постановляетъ окончательное рѣшеніе, могущее быть діаметрально противоположно тому рѣшенію, которое было постановлено въ possessorium'ѣ, и лишить, такимъ образомъ, владѣнія ту самую сторону, которой оно было присуждено въ процессѣ о владѣніи. Такое временное,

провизорное значеніе судебнаго рѣшенія по спору о владѣніи согласно съ самымъ существомъ института, такъ какъ, признавъ, что разборъ послѣднихъ основаній даннаго обладанія долженъ быть исключенъ изъ процесса о владѣніи, слѣдуетъ допустить, что результаты этого процесса должны, естественно, отступать передъ результатами другого процесса, не ограниченнаго доказательствами одной видимости права. Эта видимость защищается лишь на столько, и лишь до тѣхъ поръ, пока дѣйствуетъ предположеніе о томъ, что за ней скрывается и самое право. Но какъ скоро петиторный судъ, располагающій несравненно большимъ числомъ данныхъ для сужденія о дѣлѣ, чѣмъ судъ поссесорный, обнаруживаетъ несостоятельность означеннаго выше предположенія, то рѣшеніе по видимости уступаетъ, понятно, мѣсту рѣшенію по внутреннимъ основаніямъ права. Такой относительный характеръ приговоровъ о владѣніи смягчаетъ значительно неудобства, происходящія отъ защиты неправомѣрныхъ владѣльцевъ, которые получаютъ таки свою мзду въ петиторномъ судѣ и не мѣшаютъ поэтому правомѣрнымъ владѣльцамъ пользоваться, вмѣсто медлительной и тяжеловатой защиты петиторнаго суда, легкой и скорой защитой суда поссесорнаго. Такимъ образомъ, юридическія особенности института владѣнія стоятъ въ полной гармоніи съ теоріей Іеринга,

и объясняются ею, и подкрѣпляютъ ее такъ же, какъ и разсмотрѣнныя выше ученія о пріобрѣтеніи и потерѣ владѣнія. Намъ остается теперь сказать нѣсколько словъ объ историческомъ развитіи института владѣнія, которое доставитъ намъ новый и сильнѣйшій аргументъ въ пользу теоріи Іеринга.

У | УСЛОВІЯ ЗАЩИТЫ ВЛАДѢНІЯ ВЪ ИСТОРІИ РИМСКАГО И ЕВРОПЕЙСКИХЪ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЪ.

Исторія института владѣнія чрезвычайно мало разработана, и о происхожденіи этого института мы не знаемъ ничего достовѣрнаго. По мнѣнію Нибура, начало владѣльческихъ интердиктовъ слѣдуетъ искать на почвѣ римскихъ *ager publicus*. Владѣльцы этихъ послѣднихъ, будучи беззащитны |отношеніе *precarium*а| относительно государства, распредѣлявшаго земли въ частное пользованіе, нуждались въ защитѣ, по крайней мѣрѣ, относительно третьихъ лицъ для этой цѣли преторъ и давалъ имъ интердикты. Такой взглядъ на происхожденіе владѣнія былъ принятъ и Савиньи, который, однако, дополнилъ его слѣдующимъ образомъ: интердикты были, по его мнѣнію, въ рукахъ претора средствомъ защиты не только отношеній по *ager publicus*, но и всѣхъ случаевъ

вещнаго обладанія, не находившихъ себѣ защиты въ старомъ квиритскомъ правѣ. Но дѣло въ томъ, что ни интердикты, защищавшіе пользованіе ager publicus, ни интердикты, относившіеся къ бонитарной собственности, не были въ сущности владѣльческими интердиктами, такъ какъ они вели къ окончательному судебному рѣшенію. Между тѣмъ, намъ извѣстно, что владѣльческіе интердикты тѣмъ отличаются отъ всѣхъ другихъ способовъ защиты, что ими устанавливается только временное состояніе, и эта особенность ихъ настолько важна, что ею подрывается въ корнѣ вся теорія Нибура и Савиньи. Отыскивая начало владѣнія тамъ, гдѣ его не было, они напали на другія отношенія, не имѣвшія съ владѣніемъ ничего общаго, и называли ихъ, тѣмъ не менѣе, владѣніемъ.

Другое и гораздо болѣе вѣроятное объясненіе происхожденія владѣнія въ римскомъ правѣ даетъ намъ Іерингъ. Онъ ищетъ его, опираясь на ясныя свидѣтельства римскихъ юристовъ, въ связи съ процессомъ о собственности по rei vindicatio. При производствѣ этого процесса, вопросъ о владѣніи имѣетъ важное значеніе: отъ того или другого рѣшенія его зависитъ судьба спорной вещи во все время продолженія процесса и распредѣленіе onus probandi между тяжущимися лицами. Такимъ образомъ, каж-

дой rei vindicatio должно предшествовать рѣ-
шеніе о томъ, въ чьихъ рукахъ оставить владѣніе
спорной вещью на время процесса. Это рѣшеніе пос-
тановлялось сначала безъ всякихъ опредѣленныхъ пра-
вилъ на основаніи одного довѣрія, которое внушала
претору та или другая изъ тяжущихся сторонъ, или
на основаніи того, которая изъ нихъ доказывала свое
предпочтительное право на спорную вещь. Впослѣдст-
віи, преторская практика выработала нѣкоторыя пра-
вила для рѣшенія этого вопроса, но, во всякомъ слу-
чаѣ, владѣніе спорною вещью передавалось на время
процесса одной изъ сторонъ и, слѣдовательно, вла-
дѣльческій интердиктъ въ началѣ развитія римскаго
права былъ составной частью процесса о собственно-
сти.

Въ слѣдующій періодъ владѣльческій интердиктъ
является уже самостоятельнымъ процессуальнымъ сред-
ствомъ, фигурирующимъ рядомъ съ виндикаціей. Это
выдѣленіе процесса о владѣніи въ самостоятельный
процессъ вызвано было расширеніемъ и увеличеніемъ
быстроты гражданскаго оборота. Процессъ доказыва-
нія права собственности не представлялъ прежде ни-
какихъ затрудненій. Въ небольшой общинѣ, какою былъ
Римъ въ первое время, и при ограниченности какъ пе-
реходовъ собственности, такъ и самой массы вещей,
отличавшихся при томъ, строго индивидуальнымъ ха-

рактеромъ | *res mancipi* |, каждый римлянинъ зналъ хорошо, кому принадлежитъ данный участокъ земли, кто собственникъ того или другого рабочаго скота и проч. Но когда гражданскій оборотъ расширился, быстрота переходовъ собственности увеличилась, появились предметы, менѣе индивидуальные, чѣмъ *res mancipi*, а самый переходъ собственности изъ рукъ въ руки сталъ совершаться не черезъ торжественную манципацію, а черезъ простую и менѣе замѣтную традицію, - тогда процессъ доказательства права собственности сталъ гораздо тяжелѣе, и явилась потребность въ болѣе легкомъ способѣ защиты его, чѣмъ тотъ, который представляли собою *rei vindicatio*. Тутъ преторъ и воспользовался уже готовой формой интердикта въ процессѣ по *rei vindicatio*, отдѣливъ интердиктъ отъ этого послѣдняго процесса и создавъ изъ него самостоятельную процессуальную форму, отличавшуюся тѣми особенностями защиты, которыя были уже обрисованы. Къ этой то формѣ и принадлежатъ самостоятельные владѣльческіе интердикты и владѣльческія кондикаціи, объ условіяхъ примѣненія которыхъ я не буду говорить, такъ какъ могу предположить ихъ извѣстными вамъ изъ курса римскаго права. Для моей цѣли достаточно вывода, вытекающаго изъ предшествующаго изложенія и заключающагося въ томъ, что римское пра-

во прошло, несомнѣнно, черезъ такіе періоды развитія, въ которыхъ оно вовсе не знало о защитѣ владѣнія или допускало ее въ одномъ процессѣ съ защитой собственности. Это сравнительно позднее появленіе института владѣнія въ исторіи римскаго права оправдывается вполнѣ общими условіями, въ которыхъ происходитъ развитіе права. Въ своемъ младенческомъ состояніи, оно выступаетъ какъ агрегатъ различныхъ нравственныхъ, религіозныхъ, правовыхъ и другихъ началъ народной жизни, не отдѣленныхъ другъ отъ друга и спутанныхъ въ совершенно неразличимой массѣ народныхъ убѣжденій. Только съ развитіемъ гражданскихъ отношеній и юридическаго сознанія происходитъ отдѣленіе этихъ элементовъ и постепенная дифференціація гражданскихъ правъ, такъ что институты, представлявшіе прежде одно безразличное цѣлое, раздѣляются другъ отъ друга и, начиная служить спеціальнымъ и ясно сознаваемымъ цѣлямъ, получаютъ соотвѣтственную послѣднимъ конструкцію. Такимъ же образомъ должно быть и владѣніе, сначала не существующее, потомъ соединенное съ правомъ собственности, отдѣлиться впослѣдствіи отъ послѣдняго и развиться, вмѣстѣ съ успѣхами юридической техники, въ самостоятельный институтъ. Этотъ процессъ развитія, пройденный владѣніемъ въ исторіи римскаго права, противорѣчитъ явно господствующей теоріи, по которой владѣніе,

какъ фактическое господство, предшествуетъ собственности, какъ господству юридическому, но подкрѣпляетъ сильнѣйшимъ образомъ теорію Савиньи, по которой владѣніе, какъ видимость собственности и вспомогательный для послѣдней институтъ, не могло и образоваться иначе, какъ послѣ собственности, изъ собственности и для собственности. Указанный процессъ развитія института владѣнія въ Римѣ повторился въ исторіи права и европейскихъ народовъ, что еще болѣе подтверждаетъ взглядъ Іеринга, какъ на основаніе защиты, такъ и на исторію этого института.

Первые двѣнадцать вѣковъ исторіи европейскихъ народовъ не представляютъ ни малѣйшихъ слѣдовъ института владѣнія. Разнообразныя формы вещнаго обладанія, различные виды пользованія общинниковъ, ленниковъ и проч. и вообще всѣ средневѣковыя отношенія вещнаго права защищались искомъ, извѣстнымъ подъ общимъ названіемъ *genere*, въ которомъ не дѣлалось никакого различія между поссесорной и петиторной формами защиты. Первая изъ нихъ не могла возникнуть уже потому, что отношенія вещнаго права не успѣли еще обособиться и не выдѣлили изъ себя даже настоящей собственности, которой въ началѣ среднихъ вѣковъ, какъ мы знаемъ, еще не существовало, - откуда понятно само собою и отсутствіе института владѣнія. Если же нѣкоторые ученые - не юри-

сты какъ напримѣръ, Мауеръ и другіе, доказывая совершенно правильное положеніе объ отсутствіи института земельной собственности въ первый періодъ среднихъ вѣковъ, называютъ всѣ другія земельныя отношенія вещнаго права этого времени владѣніемъ, то этимъ они хотятъ только выразить различіе этихъ отношеній отъ собственности, имѣя въ виду общій и неопредѣленный смыслъ термина "владѣніе", а вовсе не то юридическое и чисто техническое понятіе этого института, о которомъ они сами въ большинствѣ случаевъ не имѣютъ надлежащаго представленія. Во всякомъ случаѣ, неправильно употреблять одинъ и тотъ же терминъ для двухъ такихъ несходныхъ между собою понятій, какъ понятіе владѣнія, въ смыслѣ описаннаго выше самостоятельнаго института гражданскаго права, и понятіе владѣнія, въ смыслѣ совокупности всѣхъ вещныхъ правъ, кромѣ собственности. Такая двойственность значенія, придаваемая одному и тому же слову, родитъ невольно ложныя ассоціаціи идей, которымъ поддаются даже юристы. Слѣдъ этихъ ложныхъ ассоціацій идей проходитъ почти черезъ всю литературу нашего института, и вотъ почему желательно, чтобы слово "владѣніе" употреблялось только въ его тех-

---

ническомъ, а не общеразговорномъ значеніи. А что владѣніе въ техническомъ значеніи особаго института и особаго суда, отдѣленнаго отъ суда о собственности, было также неизвѣстно въ средніе вѣка, какъ и въ первый періодъ развитія римскаго права, это - единогласное мнѣніе и ученыхъ германистовъ, и всѣхъ историковъ нашего института, между которыми я назову Брунса, Савиньи, Алозе, Сиита, Гейслера, Альбрехта, Безелера и др.. Первое же указаніе на институтъ владѣнія въ средніе вѣка мы находимъ не ранѣе конца XII вѣка, и то - въ такомъ источникѣ, который стоялъ въ непосредственной связи съ римскимъ правомъ, а именно - въ сборникѣ канонического права, изданномъ въ 1150 году, подъ именемъ декретовъ Граціана, гдѣ подъ канономъ *Redintegranda*, исходящемъ отъ Лжеисидора, устанавливается слѣдующее положеніе. Епископъ, изгнанный насильственно изъ своего мѣста и лишенный своего имущества, можетъ не отвѣчать ни по какимъ предъявленнымъ къ нему искамъ, до тѣхъ поръ, пока онъ не будетъ возстановленъ въ своемъ мѣстѣ и отнятомъ у него насильственно имуществѣ. Такое возвращеніе, даваемое епископу, до возстановленія его правъ противъ всѣхъ предъявленныхъ къ нему требованій, было распространено вскорѣ на другихъ клириковъ и мірянъ, получивъ въ Германіи, гдѣ оно было усвоено,

вмѣстѣ съ римскимъ правомъ, названіе *exceptio spolii*. Въ связи съ этой эксцепціей, и на основаніи того же канона *Red in integrum*, изъ котораго было выведено общее положеніе такого рода: *spoliatus ante omnia restituendus* т.е. что тотъ, кто подвергается насилію, возстановляется, прежде всего, въ своихъ правахъ, - итакъ, рядомъ съ означенной *exceptio spolii*, и изъ одного съ нею источника выработалось въ Германіи и такъ называемое *actio spolii*, т.е. соотвѣтствующій эксцепціи искъ, направленный на возвращеніе предметовъ, отнятыхъ насиліемъ. Означенныя *exceptio* и *actio spolii* имѣли сначала характеръ чисто владѣльческихъ средствъ защиты, такъ какъ они возстановляли владѣльцевъ въ ихъ правахъ до окончательнаго разрѣшенія ихъ споровъ съ другими лицами, но впослѣдствіи *actio spolii* получила другую конструкцію, принявъ въ себя нѣкоторые элементы петиторныхъ исковъ о собственности, и получивъ, при этомъ, самую обширную область примѣненія. Такъ, этотъ искъ, во 1-хъ, сталъ даваться не только владѣльцамъ, но и детенторамъ, во 2-хъ, отвѣтчиками по нему сдѣлались не только данные нарушители владѣнія, но и всѣ третьи лица; это было, видимо, дѣйствіе виндикаціи, перенесенное на владѣльческое средство защиты; въ 3-хъ, предметомъ его стали какъ

недвижимости, такъ и движимости; въ 4-хъ, основаніемъ иска была признана не только насильственная, но и всякая недобровольная и даже случайная утрата владѣнія, такъ, напримѣръ, искъ этотъ давался по поводу потерянныхъ, затопленныхъ вещей и т. п.; въ 5-хъ, истецъ, предъявлявшій actio spolii, долженъ былъ доказать титулъ своего владѣнія или, по крайней мѣрѣ, его добросовѣстность, а отвѣтчикъ имѣлъ право ссылаться на свою собственность, что опять составляло элементы петиторнаго процесса, лишавшіе actio spolii значенія спеціально владѣльческаго средства защиты; наконецъ, въ 6-хъ, искъ подлежатъ теченію обыкновенной, а не короткой владѣльческой давности. Такое крайнее распространеніе actio spolii за всѣ разумные предѣлы защиты владѣнія и указанное въ ней смѣшеніе поссесорныхъ и петиторныхъ элементовъ защиты - имѣли двѣ причины. Во I-хъ, actio spolii испытывала на себѣ явное вліяніе германскихъ представленій о правѣ владѣнія, не различавшихъ еще строго владѣнія отъ другихъ вещныхъ отношеній и смѣшивавшихъ ихъ въ однихъ и тѣхъ же искахъ, такъ какъ техника права въ средневѣковой Германіи не достигла еще той степени развитія, на которой юридическое сознаніе приходитъ къ необходимости возможно

полнаго отдѣленія поссесорнаго и петиторнаго производствъ. Во 2-хъ, средневѣковая юриспруденція чувствовала потребность въ общемъ дополнительномъ искѣ, защищающемъ такія юридическія отношенія, основанія защиты которыхъ еще не вполнѣ выяснились. Характеръ подобнаго дополнительнаго средства защиты всѣхъ юридическихъ отношеній вообще носила въ римскомъ правѣ *actio injuriarum*, которая не была понята средневѣковыми юристами, придавшими ей исключительное значеніе иска объ оскорбленіи личности. Не замѣтивъ же общей функціи римскаго права, средневѣковая юриспруденція и выработала для цѣли, которой служила *actio injuriarum* свою самостоятельную форму *actio spolii*, которая и по настоящее время дѣйствуетъ въ Германіи, въ качествѣ общаго дополнительнаго къ другимъ юридическимъ отношеніямъ иска, примѣняясь поэтому и къ владѣнію, и къ детенціи, и къ движимостямъ, и къ недвижимостямъ, и къ непосредственнымъ нарушителямъ чужого права, и къ ихъ преемникамъ. Такимъ образомъ *actio spolii* есть теперь не болѣе, какъ *actio injuriarum*, не имѣющая уже спеціальнаго отношенія къ защитѣ владѣнія, которая происходитъ во всей области дѣйствія, такъ называемаго, общаго права Германіи на основаніи системы римскихъ интердиктовъ съ ихъ строгимъ отдѣленіемъ

поссесорнаго производства отъ петиторнаго и со вс
ми другими положеніями римскаго права, реципиро-
ваннаго въ Германіи, вмѣстѣ съ остальными частями
Юстиніановыхъ кодексовъ. Нѣсколько иначе стоитъ
дѣло защиты владѣнія во Франціи. Прежде всего, она
имѣетъ здѣсь мѣсто лишь относительно недвижимыхъ
имуществъ, и не примѣняется къ владѣнію движимо-
стями. Основаніе этого исключенія движимостей изъ
защиты владѣнія заключается въ извѣстномъ уже намъ
положеніи французскаго кодекса: "en fait de
meubles possession vaut
titre" Art. 2279. Code civil.
Въ силу этого положенія, устанавливающаго не толь-
ко такую презумпцію, которая можетъ быть опредѣле-
на, но и презумпцію juris et de jure, не
подлежащую опроверженію, владѣніе является для дви-
жимостей, въ одно время, и признакомъ собственно-
сти, и способомъ ея пріобрѣтенія и самой собствен-
ностью. Отсюда понятно само собою, что владѣніе
движимостью не можетъ быть отдѣлено отъ собственно
сти на нее, и что относительно движимостей француз
ское право дѣлаетъ немыслимымъ различіе между пос
сесорнымъ и петиторнымъ способами ихъ защиты. Этотъ
выводъ, слѣдующій неизбѣжно изъ цитированной выше
статьи французскаго кодекса и имѣющій для насъ ос
бенное значеніе, потому что онъ долженъ имѣть одн

наковую силу и для русскаго законодательства, заключающаго въ ст. 534 X т. I ч. параллельное съ французскимъ постановленіе, оспаривается, однако, нѣкоторыми нѣмецкими юристами и, въ особенности, бывшимъ Гейдельбергскимъ профессоромъ, Рено, указывающимъ, главнымъ образомъ, на то, что французскій кодексъ былъ составленъ на основаніи сочиненій Потье, который придерживался римскаго права. Поэтому, положенія этого послѣдняго о защитѣ владѣнія движимостями умоваключаетъ Рено |Brt, Zeitschrift für die die Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslands, t. XIV|, должны имѣть въ случаяхъ сомнѣнія рѣшающее значеніе и для французскаго права, въ которомъ нѣтъ прямого постановленія объ исключеніи движимостей изъ защиты владѣнія. Далѣе, Рено утверждаетъ, что если французскій законъ защищаетъ владѣльца, который презумируется только собственникомъ, то съ еще большимъ основаніемъ онъ долженъ защищать владѣльца, который является настоящимъ собственникомъ. Этотъ послѣдній аргументъ отличается только своей субтильностью, такъ какъ на него можно сейчасъ же отвѣтить тѣмъ, что французскій законъ защищаетъ владѣльца движимостью самымъ дѣйствительнымъ образомъ, разсматривая его какъ собственника. Въ случаяхъ кражи или насильственнаго захвата движимости, владѣлецъ ея

имѣетъ виндикацію и уголовные иски; если же вещь остается при немъ, то онъ не нуждается во владѣльческой защитѣ ея именно потому, что стоящая въ его владѣніи вещь, въ силу ст. 2279, находится въ то же время, и въ его собственности, такъ что обладаніе ею не можетъ ни на минуту быть сомнительнымъ и не даетъ поэтому никакого повода къ спеціальной владѣльческой защитѣ. Что касается ссылки на Потье, то она не имѣетъ также ни малѣйшаго основанія, такъ какъ самъ Потье въ своемъ сочиненіи о владѣніи (параграфъ 93) говоритъ, что для движимостей французское право не знало никогда интердикта Utipi существовавшаго въ римскомъ правѣ. Какъ скоро споръ идетъ о движимости, говоритъ онъ, то французское право входитъ съ самаго начала въ разсмотрѣніе вопроса о собственности". Точно также онъ высказывается противъ в л а д ѣ л ь ч е с к о й защиты движимостей и въ своемъ комментаріи на обычное право г. Орлеана, мотивируя это мнѣніе тѣмъ, что владѣніе движимостью въ силу правила en fait de meubles possession vaut titre никогда не можетъ быть ни неизвѣстно, ни сомнительно. Этотъ мотивъ кажется и намъ рѣшительно и безусловно ограничивающимъ защиту владѣнія и во французскомъ правѣ о д н и м и и недвижимыми имуществами. И какую пользу приносила бы владѣльческая защита владѣльцу движимости, обезпокоен-

ному въ своемъ владѣніи? Въ противоположность тому, что имѣетъ мѣсто при владѣніи недвижимостью, онъ не можетъ здѣсь опасаться того, что владѣніе его движимостью будетъ признано нарушеннымъ или опороченнымъ въ отношеніи давности или въ какомъ бы то ни было другомъ отношеніи, такъ какъ это владѣніе равносильно законному основанію пріобрѣтенія собственности и даетъ ему уже полную собственность въ самый моментъ своего возникновенія. Для чего же ему въ такомъ случаѣ обращаться еще къ владѣльческимъ искамъ, требующимъ годовой продолжительности владѣнія и нѣкоторыхъ другихъ условій для успѣшнаго проведенія въ судѣ, когда ему достаточно провладѣть своею движимостью одинъ только моментъ, чтобы сдѣлаться уже ея безспорнымъ собственникомъ? Въ случаѣ потери владѣнія движимостью, правило "possession vaut titre" покрываетъ новаго владѣльца, и если это правило исключаетъ по отношенію къ нему, какъ мы знаемъ, дѣйствіе виндикаціоннаго иска, то тѣмъ болѣе оно противорѣчитъ дѣйствію владѣльческихъ исковъ, предполагающихъ несуществующее въ данномъ случаѣ раздѣленіе между поссесорной и петиторной защитой. Эта аргументація, принадлежащая извѣстному французскому юристу Garsonnet | Traite de procedure civile Т. I, стр. 572 |, не примѣняется къ движимостямъ, ис-

ключенным изъ дѣйствія ст. 2279 Code civile, т.е. къ вещамъ краденымъ и потеряннымъ, подлежащимъ, какъ это намъ уже извѣстно, виндикаціи собственника, а также - и къ нѣкоторымъ другимъ движимостямъ, относительно которыхъ правило "possession vaut titre" не дѣйствуетъ, какъ напримѣръ, относительно кораблей, обсуждаемыхъ, - какъ во французскомъ, такъ и въ другихъ законодательствахъ, а въ ихъ числѣ и въ нашемъ, - наравнѣ съ недвижимостями. Почему же къ этимъ движимостямъ не примѣнять владѣльческой защиты, которая приносила бы имъ пользу, какъ защита предполагаемой собственности и могла бы быть отдѣлена отъ чисто петиторной защиты? Непризнаніе владѣльческой защиты относительно этихъ движимостей можно объяснить только традиціей древняго права и взглядомъ на движимость, какъ на малоцѣнное владѣніе: "vilis mobilium possessio". Правда, что въ XIV вѣкѣ владѣльческіе иски, подъ именемъ aveu и contre-aveu, допускались еще и по отношенію къ движимостямъ, но эти иски мало чѣмъ отличались отъ виндикацій, а вскорѣ и совсѣмъ преобразились въ нихъ. Съ XVI же вѣка обычаи Парижа и Орлеана не допускали рѣшительно для движимостей владѣльческой защиты, и это недопущеніе практиковалось всей французской юриспруденціей, какъ XVII, такъ и XVIII вѣкахъ. Наконецъ, въ изло-

женіи мотивовъ къ французскому кодексу, мы читаемъ слѣдующее заявленіе одного изъ докладчиковъ этого кодекса, Bigot de Praumonen, не оставляющее уже никакого сомнѣнія объ исключеніи владѣльческой защиты для движимостей. "Римское право, говоритъ онъ, давало, подъ именемъ interdictum utrubi владѣльческій искъ лицамъ, терпѣвшимъ нарушеніе въ своемъ владѣніи движимостью, но французское право не допускало по отношенію къ движимости владѣльческихъ средствъ защиты, отличныхъ отъ средствъ защиты собственности. Здѣсь уже одинъ фактъ владѣнія разсматривался, какъ законное основаніе пріобрѣтенія, такъ какъ другихъ основаній по отношенію къ движимостямъ обыкновенно и не имѣется. Кромѣ того, въ большинствѣ случаевъ невозможно констатировать тождество движимости и услѣдить за нею въ ея переходахъ изъ рукъ въ руки. Слѣдуетъ также избѣгать процессовъ, которымъ не было бы конца и которые чаще всего обходились бы дороже стоимости спорныхъ предметовъ. Эти мотивы должны были заставить насъ сохранить правило, по которому относительно движимостей владѣніе признано равносильнымъ титулу".

Что касается недвижимыхъ вещей, то французское право даетъ, въ защиту ихъ три владѣльческихъ иска, которые называются: complainte, dénonciation de nouvelauvre и reintegrande. Первый изъ этихъ

исковъ имѣетъ важнѣйшее значеніе и спеціальное отношеніе къ защитѣ владѣнія съ ея раздѣленіемъ посессорнаго и петиторнаго производства. Этотъ искъ, появившійся впервые въ XIII вѣкѣ при Людовикѣ Святомъ, исполняетъ одинаково функціи двухъ римскихъ интердиктовъ - *uti possidetis* и *unde vi*, такъ какъ онъ дается какъ въ случаяхъ простого обезпокоенія или нарушенія существующаго владѣнія, такъ и въ случаяхъ отнятія его у настоящаго владѣльца, при чемъ это отнятіе приравнивается, какъ и въ римскомъ правѣ, къ тому же нарушенію владѣнія, которое считается потеряннымъ для владѣльца только фактически, а не юридически, потому что онъ и въ этомъ случаѣ, не смотря на фактическую потерю владѣнія, принимается за юридическаго владѣльца. Но отсюда не слѣдуетъ заключать, чтобы и условія примѣненія французскаго иска и римскихъ интердиктовъ были одинаковы. Напротивъ, эти условія очень различны и, тогда какъ для предъявленія римскаго интердикта достаточно было доказать одно владѣніе вещью въ моментъ начала спора, - при интердиктѣ *uti possidetis* и въ моментъ такъ называемой *dejectio* - или лишенія владѣнія, - при интердиктѣ *unde vi* вмѣстѣ съ условіями владѣнія *nec vi, nec clam, nec precario*. - французскіе иски, *la complainte* и *la dénonciation de nouvelle œuvre*, требуютъ для

своего примѣненія еще особыхъ качествъ владѣ-
нія, а именно, они требуютъ во 1|, чтобы владѣніе,
ими защищаемое, не было ни насильственное, ни тай-
ное, ни прекарное, и во 2|, чтобы оно продолжалось,
по крайней мѣрѣ, одинъ годъ со времени своего воз-
никновенія |Art 2229 Cod. civil.|. Это послѣд-
нее условіе - годовой продолжительности владѣнія -
чрезвычайно стѣсняетъ защиту его во Франціи и мо-
жетъ быть объяснено только историческимъ путемъ.
Нѣкоторые французскіе юристы думаютъ, что происхо-
жденіе этого годового владѣнія, называемаго также
saisine possessoire, восходитъ къ временамъ Саличе-
скаго закона, въ которомъ заключалось постановле-
ніе такого рода, что чужеземецъ, водворяющійся на
общинной землѣ, называемой villa дѣлается полно-
правнымъ членомъ общины въ томъ случаѣ, если никто
изъ прежнихъ поселенцевъ не потребовалъ въ продол-
женіи года его изгнанія. Въ другомъ изданіи этого
закона, предпринятомъ по распоряженію Карла Вели-
каго и извѣстномъ подъ именемъ "Lex emendata",
смыслъ приведеннаго сейчасъ постановленія былъ
значительно распространенъ. Здѣсь говорилось уже,
что всякій проладѣвшій спокойно въ теченіи года
какимъ нибудь земельнымъ участкомъ, дѣлался его соб-
ственникомъ |Pardessus, la Loi salique, стр. 309|.
Вотъ изъ этихъ то постановленій древнегерманскаго

права многіе французскіе юристы и выводятъ годовое владѣніе современнаго права, но другіе оспариваютъ приведенное объясненіе, указывая на то, что постановленія Салическаго закона относятся къ собственности, а не къ владѣнію, и утверждая, что ключъ къ объясненію годового владѣнія находится не здѣсь, а въ феодальномъ правѣ. Въ этомъ послѣднемъ имѣлъ, какъ извѣстно, важное значеніе обрядъ инвеституры, который состоялъ въ передачѣ земли передъ сеньоромъ или его представителемъ съ торжественнымъ обѣщаніемъ вѣрности со стороны того, кому передавалась эта земля. Всякій разъ, когда этотъ послѣдній хотѣлъ сдать данный ему участокъ въ другія руки, обрядъ инвеституры въ принципѣ былъ необходимъ и, при невыполненіи его, передача считалась недѣйствительной. Но иногда случалось, что исполненіе обряда откладывалось на нѣкоторое время, и отсюда возникъ обычай, по которому годовое владѣніе, игравшее въ средніе вѣка очень важную роль, - такъ какъ многіе средневѣковые законы придавали ему силу собственности (Jahr und Tag ist die rechte Gewere), - распространилось вскорѣ и съ тѣмъ же дѣйствіемъ, которое было констатировано выше, отъ феодальныхъ - на аллодіальныя и другія нефеодальныя имущества. Однако, движеніе, вызванное Крестовыми походами, съ одной стороны, и знакомствомъ съ римскимъ правомъ,

проводившимъ строгое различіе между владѣніемъ и собственностью, съ другой стороны, привели уже въ XII вѣкѣ французскую юриспруденцію къ сознанію того, что годовое владѣніе, служившее, въ то-же время, и срокомъ давности, было слишкомъ коротко для пріобрѣтенія и потери права собственности. Поэтому-то годовой срокъ былъ перенесенъ отъ собственности на владѣніе, при чемъ совершилось и раздѣленіе этихъ институтовъ. Такимъ образомъ, годовое владѣніе, дававшее прежде собственность, стало сопровождаться теперь защитой одного владѣнія, которое могло въ петиторномъ судѣ уступить собственности, не смотря и на свою годовую продолжительность. Но до тѣхъ поръ, пока собственность не была доказана, годовой владѣлецъ предполагался собственникомъ. Таково вѣроятное происхожденіе условія годового владѣнія, которое, возникнувъ изъ собственности, приняло въ себя и дѣйствіе иска о собственности противъ всѣхъ третьихъ лицъ, дѣйствіе, не встрѣчающееся обыкновенно при владѣльческихъ искахъ и указывающее прямо на происхожденіе французской complainte изъ процесса о собственности. Но кромѣ годового владѣнія, составляющаго необходимое условіе упомянутаго иска, французское право требуетъ еще, чтобы этотъ искъ и предъявлялся не позже годового срока со времени происшедшаго нарушенія владѣнія,

такъ что годовой срокъ имѣетъ во французскомъ правѣ не только значеніе условія предъявленія владѣльческаго иска, но и значеніе давности, лишающей права на владѣльческую защиту то лицо, которое не предъявило иска въ теченіи года, и переносящей это право на другое лицо, владѣніе котораго тянулось въ продолженіе этого же года. Неудобство такого положенія дѣла очевидно. Предположите, что я провладѣлъ пустопорожнимъ участкомъ земли въ продолженіи II мѣсяцевъ, устроилъ его, засѣялъ, словомъ, приложилъ къ нему массу труда. На двѣнадцатомъ мѣсяцѣ мое владѣніе нарушается, и совершенно понятно, что я не получу во Франціи никакой защиты, если нарушитель моего владѣнія былъ до меня самъ годовымъ владѣльцемъ обработаннаго мною участка земли. Но что, если этотъ нарушитель не былъ никогда самъ ни собственникомъ, ни владѣльцемъ обрабатываемой мною въ продолженіи II мѣсяцевъ земли? Многіе французскіе юристы принимаютъ здѣсь извѣстное положеніе римскаго права: "*utius quisque possessor ea sobo, quod possidet, plus juris habet, quam ille, qui non possidet,*" и, слѣдовательно, допускаютъ, что владѣніе не имѣетъ надобности быть годовымъ для того, чтобы оно защищалось противъ нарушеній со стороны лицъ, которыя не были сами годовыми владѣльцами. Но господ-

ствующее во французской юриспруденціи мнѣніе не допускаетъ такого рѣшенія, и не допускаетъ его совершенно основательно, такъ какъ оно явно противорѣчитъ дѣйствующимъ въ современной Франціи кодексамъ гражданскаго права |Code civil, art. 2229| и судопроизводства |Code de procedure civile art. 23|, которые ставятъ прямымъ условіемъ защиты владѣнія годовую его продолжительность, и, слѣдовательно, прямо отрицаютъ защиту мѣсячнаго владѣнія и въ томъ случаѣ, когда оно нарушается лицомъ, никогда не бывшимъ владѣльцемъ. Этотъ видимый пробѣлъ французскаго законодательства, - объясняемый исторически тѣмъ, что защита владѣнія возникла въ немъ такъ же, какъ и въ другихъ законодательствахъ, изъ процесса о собственности и, подвергаясь вліянію послѣдняго, заимствовала отъ него, во 1-хъ, условіе о годовой продолжительности, а, во 2-хъ, дѣйствіе противъ третьихъ лицъ, - и такъ, указанный пробѣлъ въ защитѣ владѣнія по французскому праву восполняется отчасти искомъ réintégrande, который имѣетъ во Франціи то же значеніе и почти ту же конструкцію, что и actio spolii въ Германіи. Самое названіе réintégrande показываетъ, что

этотъ искъ возникъ изъ той-же Лже-Исидоровской декреталіи, которая называлась Redintegranda и которая дала начало, какъ excepti'o, такъ и actio spolii. Выведенное изъ этой декреталіи положеніе - "spoliatus ante omnia restituendus" - получало все большее и большее распространеніе вслѣдствіе варварскихъ условій средневѣковаго быта, требовавшихъ особенно энергической борьбы съ насиліемъ, подавленія незаконныхъ дѣйствій и защиты существующихъ состояній, а, слѣдовательно, и владѣнія. Вотъ почему это положеніе было освящено окончательной декреталіей о Licet contingit Иннокентія III, помѣщенной въ канонахъ Латранскаго Собора 1215 года и заключавшей въ себѣ слѣдующее ограниченіе excepti'o и actio spolii: онѣ не должны были идти на будущее время противъ добросовѣстныхъ пріобрѣтателей правъ по нарушенному владѣнію, ограничивая такимъ образомъ свое дѣйствіе противъ одного лишь нарушителя чужого владѣнія и его соучастниковъ, которыми признавались и всѣ недобросовѣстные преемники его права. Эти положенія канонической законодательства перешли и въ свѣтское право около времени Людовика IX Святого, ордонансъ котораго отъ 1270 года запрещалъ самоуправство, устанавливалъ на случай насилія искъ о возстановленіи владѣнія и представлялъ собою во-

обще первый законодательный памятникъ Франціи, относящійся къ нашему институту. Послѣдующіе сборники обычнаго права отъ XIII, XIV и XV и другихъ вѣковъ, изданные Боманоромъ, Бутрлье и др., а также - позднѣйшіе законодательные акты, какъ, напримѣръ, ордонансъ 1667 года и проч., - говорятъ постоянно объ искѣ *la réintégrande*, рядомъ съ другими владѣльческими исками, и отличаютъ первую отъ послѣднихъ тѣмъ, что она давалась въ случаяхъ насилія, не требовала годового владѣнія и не предрѣшала ни вопроса о послѣднемъ, ни вопроса о собственности. Приблизительно такими же чертами характеризуется *la réintégrande* и въ дѣйствующемъ теперь *Code civil* сходствуя съ нѣмецкой *actio spolii* и въ томъ отношеніи, что она защищаетъ не только владѣніе, но и детенцію. Однако, въ нѣкоторыхъ пунктахъ французская *réintégrande* и отличается отъ нѣмецкой *actio spolii*. Область примѣненія первой менѣе обширна: она дается только въ случаяхъ насильственнаго захвата владѣнія, примѣняется къ однимъ недвижимымъ имуществамъ и дѣйствуетъ не противъ всѣхъ третьихъ лицъ, какъ нѣмецкая *actio spolii*, а только противъ непосредственныхъ нарушителей чужого права и ихъ соучастниковъ, которыми считаются, на основаніи цитированной выше декреталіи Иннокентія III, одни недобросовѣстные пріобрѣтатели нарушеннаго вла-

дѣнія. Различіе же *reintégrande* отъ чисто-владѣльческаго средства-защиты, какимъ является во французскомъ правѣ *complainte*, состоитъ въ томъ, что первый искъ имѣетъ цѣлью не столько гарантировать и охранить существующее владѣніе, сколько реагировать противъ недозволеннаго насилія и возстановить состояніе, предшествующее факту совершенія этого насилія. Вотъ почему *la reintégrande* и служитъ, въ одно время, владѣльческимъ средствомъ защиты, и не служитъ имъ. Сходство ея съ владѣльческимъ искомъ заключается въ томъ, что она не касается вопросовъ о другихъ правахъ, кромѣ владѣнія и детенціи, подлежитъ компетенціи того же владѣльческаго суда и погашается, при томъ, въ такой же короткій срокъ годовой давности, какъ и *complainte*. Различіе же ея отъ послѣдней то, что она разрѣшаетъ споръ не о владѣніи, а о детенціи, не преюдицируя даже перваго вопроса, такъ что лицо, осужденное по иску *réintégrande*, можетъ обратиться еще не только въ петиторный, но и въ поссесорный судъ, предъявить своему противнику *complainte* и, при исполненіи условій этого послѣдняго иска, изложенныхъ въ ст. 2223 *Code civil*, получитъ обратно то-же владѣніе, которое было присуждено другой сторонѣ по иску *la réintégrande*

Этими особенностями настоящаго иска объясняется то, что для предъявленія его не требуется ни годовой продолжительности владѣнія, ни другихъ условій чисто-владѣльческихъ исковъ, изложенныхъ въ цитированной выше статьѣ французскаго кодекса, и что, восполняя пробѣлъ, оставленный этими исками, *la réintégrande* является не столько владѣльческимъ, сколько дополнительнымъ къ нему средствомъ защиты, играющимъ во Франціи такую же роль, какую *actio spolii* играетъ въ Германіи. Таково господствующее во французской юриспруденціи и судебной практикѣ представленіе о взаимномъ отношеніи между исками *reintegrande* и *complainte*. - представленіе, основанное, съ одной стороны, на исторіи этихъ исковъ |смотри ордонансъ Людовика Святого и текстъ Вомануара|, а съ другой - на постановленіяхъ современнаго французскаго права, которое въ статьѣ 2060 *Code civil* и въ статьѣ шестой закона 25 мая 1838 года говоритъ объ искѣ *la réintégrande* рядомъ съ другими владѣльческими исками, свидѣтельствуя этимъ объ его самостоятельномъ характерѣ и его природѣ владѣльческаго иска - *sui generis*. Однако, нѣкоторые весьма компетентные въ настоящемъ вопросѣ юристы, какъ напримѣръ, *Demolombe*, *Garsonnet* и другіе, повсе-

ютъ противъ этой доктрины, утверждая, что *complainte* и *reintegrande* должны въ настоящее время предъявляться въ однихъ и тѣхъ же условіяхъ, и что кромѣ того чисто внѣшняго различія, по которому первый изъ этихъ исковъ имѣетъ мѣсто въ случаяхъ простого нарушенія, а второй - въ случаяхъ насильственнаго лишенія владѣнія, - оба иска ничѣмъ д другимъ не отличаются другъ отъ друга и совершенно тождественны какъ въ своемъ значеніи, такъ и въ условіяхъ предъявленія. Въ доказательство этого взгляда, *Garsonnet | Traite, T.* I, 594, 595 | ссылается на слѣдующія соображенія. Онъ утверждаетъ, во I-хъ, что *complainte* и *reintegrande* происходя отъ различныхъ историческихъ корней, отличались другъ отъ друга только въ началѣ своего возникновенія, но что уже въ XIV вѣкѣ они слились вмѣстѣ, а въ XVIII вѣкѣ не осталось вовсе и слѣдовъ ихъ прежняго разъединенія. Во 2-хъ, *Garsonnet* говоритъ, что простое упоминаніе объ искѣ въ цитированныхъ выше законахъ совсѣмъ не доказываетъ его самостоятельной природы и особыхъ условій предъявленія. Въ 3-хъ, какъ ни благодѣтельна защита владѣнія, она не должна, однако, идти такъ далеко, чтобы охранять едва только начавшееся владѣніе, точно такъ же, какъ вообще не слѣдуетъ преувеличивать значеніе положенія "*spoliatus ante omnia*

restituendis". Это положеніе означаетъ вовсе не то, что всякій владѣлецъ, каковъ бы онъ ни былъ, долженъ быть возстановленъ въ своемъ владѣніи, а только то, что лицо, доказывающее законность своего владѣнія, охраняется въ этомъ владѣніи прежде всякаго спора о существѣ его права и независимо отъ существа этого права. Наконецъ, въ 4-хъ, Garsonnet ссылается въ свою пользу и на ст. 23 Code de procédure civile, которая, не различая нарушенія владѣнія отъ его отнятія, не различая вовсе ни complainte, ни reintégrande требуетъ отъ всякаго истца по владѣльческому процессу доказательства годовой продолжительности и независимости | a-titre non précaire | его владѣнія. Не входя въ оцѣнку изложенныхъ сейчасъ аргументовъ, которая завела бы насъ слишкомъ далеко, мы ограничимся замѣчаніемъ, что разъ защита владѣнія на основаніи иска complainte оказывается неполной, и, въ сознаніи этой неполноты, судебная практика присоединяетъ къ ней защиту на основаніи иска reintégrande, требуя для послѣдней несравненно менѣе сложныхъ условій предъявленія, то въ подобной защитѣ слѣдуетъ видѣть выраженіе потребности современнаго юридическаго быта, который создалъ бы особый искъ, называемый теперь reintégrande, даже въ томъ случаѣ, если бы этого иска вовсе не сущест-

вовало. Вотъ почему господствующее представленіе о *reintégrande*, принятое всецѣло судебной практикой, заслуживало бы предпочтенія передъ взглядомъ *Garsonnet* даже тогда, если бы всѣ аргументы послѣдняго были неоспоримы, чего о нихъ, однако, нельзя сказать.

Что касается, наконецъ, третьяго иска по защитѣ владѣнія во французскомъ правѣ, называемаго *la dénonciation de nouvelaurre*, то онъ представляетъ собою видоизмѣненіе римской *operis novi nunciatio* и имѣетъ предметомъ пріостановленіе работъ, которыя, не причиняя въ данный моментъ ущерба владѣнію истца, произвели бы его въ случаѣ своего продолженія. Условія предъявленія этого иска тѣ же, что и условія предъявленія *complainte*, и онъ составляетъ вообще ни что иное, какъ отдѣльный и не имѣющій особой важности случай примѣненія этой послѣдней, такъ что мы ограничимся сказаннымъ о защитѣ владѣнія во Франціи и перейдемъ теперь къ состоянію этого вопроса въ нашемъ правѣ.

Встарину у насъ не дѣлалось никакого различія между владѣніемъ и правомъ собственности, и изъ нѣкоторыхъ судебныхъ грамотъ XVI вѣка и Уложенія XVII вѣка слѣдуетъ прямо заключить, что споръ о владѣніи соединялся у насъ и въ это время со споромъ о правѣ на него. Какъ скоро владѣніе нарушалось, то

оно возстановлялось судомъ въ пользу того лица, которое доказывало преимущественное право на него. Отдѣльная же защита владѣнія, независимая отъ вопросовъ о правѣ, появилась у насъ впервые въ западной Руси, съ изданіемъ Литовскаго Статута, гдѣ защита владѣнія представлена въ видѣ особаго иска, который предъявлялся въ теченіе 6 недѣль со дня нарушенія и разрѣшался безъ суда, по одному фактическому изслѣдованію обстоятельства дѣла. Отъ истца требовались не доказательства права собственности, а доказательства посредствомъ свидѣтелей или присяги того обстоятельства, что онъ былъ вытѣсненъ изъ спокойнаго владѣнія; отъ отвѣтчика же предписывалось не принимать крѣпостей на право владѣнія, если бы таковыя онъ представилъ, и отсылать его къ особому суду, который разсматривалъ вопросы о правѣ. Подъ вліяніемъ этихъ то положеній Литовскаго Статута, усвоившаго себѣ римское ученіе объ интердиктахъ, отдѣльная защита владѣнія появилась и у насъ въ первый разъ только въ Межевой Инструкціи 1766 года |ст. 243 и 266| и потомъ въ учрежденіи о губерніяхъ 1775 года. Положенія о защитѣ владѣнія, установленныя въ этихъ законодательныхъ актахъ, были потомъ разъяснены въ Указѣ 1803 года, гдѣ сказано: "Гражданскія и земскія полиціи, не входя въ разборъ документовъ, обязаны приводить

только въ ясность, въ чьемъ владѣніи было имѣніе тогда, когда на ономъ учинено насиліе, и по изслѣдованіи возвращать тотчасъ тому, у кого оно отнято или разграблено, а учинившаго насилія отсылать къ суду. О принадлежности же владѣнія по письменнымъ документамъ относиться къ формальному производству гражданскаго, а не разбору Нижняго Земскаго Суда". Еще яснѣе высказано различіе защиты владѣнія отъ защиты права въ Указѣ 1821 года, въ которомъ повелѣно было отнятыя прежде имѣнія возвращать тѣмъ, у кого они были до того во владѣніи, хотя отнимающіе и имѣли поводъ къ присвоенію, -"ибо никто самъ собою управляться не долженъ". Отъ этого указа и получила начало, имѣющая руководящее значеніе для института владѣнія въ нашемъ правѣ ст. 531 т.X ч. I : "Всякое, даже и незаконное владѣніе охраняется правительствомъ отъ насилія и самоуправства дотолѣ, пока имущество не будетъ присуждено другому и сдѣланы надлежащія по закону о передачѣ онаго распоряженія". Изъ этой статьи видно, что владѣніе теперь и у насъ защищается независимо отъ своихъ основаній, какъ самостоятельное право, принадлежащее рядомъ и законнымъ, и незаконнымъ владѣльцамъ; это неизбѣжная консеквенція института, значеніе которой уже было разъяснено нами. Органомъ защиты владѣнія до изданія Судебныхъ Уставовъ была у насъ

полиціи, которая принимала просьбы о возстановленіи нарушеннаго владѣнія въ продолженіе IO-ти недѣльнаго срока со дня нарушенія его и, не входя въ разбирательство о правѣ собственности, возвращала отнятое прежнему владѣльцу и предоставляла противной сторонѣ отыскивать свои права судебнымъ порядкомъ. Если IO недѣльный срокъ былъ пропущенъ, то возстановленіе владѣнія черезъ полицію дѣлалось невозможнымъ, и потерпѣвшій принужденъ бывалъ начинать судебное дѣло въ условіяхъ петиторнаго производства |ст. ст. 2I, 22, 26 X т. 2 ч.|. Этотъ порядокъ держится и въ настоящее время въ мѣстностяхъ, не получившихъ еще новыхъ судебныхъ установленій |ст. 832 по продолженію I876 года X т. I ч.|, но тамъ, гдѣ новые Судебные Уставы введены, мѣсто полиціи заступили мировые судьи, которые въ силу ст. 29 пункта 4 Устава Гражданскаго Судопроизводства вѣдаютъ и дѣла о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, когда со времени нарушенія его прошло не болѣе 6 мѣсяцевъ. Такимъ образомъ, срокъ защиты владѣнія удлиненъ теперь отъ IO недѣль до 6 мѣсяцевъ, но порядокъ производства и условія защиты остались тѣ же, что и прежде. Ст. 73 Уст. Гражд. Суд. запрещаетъ мировымъ судьямъ по возстановленіи владѣнія входить въ разсмотрѣніе права собственности на имѣніе, владѣніе которымъ нарушено; они констатируютъ только

фактъ произвольнаго нарушенія и время, которое прошло съ момента этого нарушенія. Если нарушеніе доказано и со времени его прошло не болѣе 6 мѣсяцевъ, то мировой судья возвращаетъ имущество той сторонѣ, во владѣніи которой оно состояло до нарушенія, не входя вовсе въ разсмотрѣніе документовъ, удостовѣряющихъ право собственности той или другой стороны, разрѣшающихъ свой споръ относительно этого права въ Окружномъ Судѣ, въ условіяхъ петиторнаго производства. Но запрещеніе, постановленное ст. 73 относительно разбора документовъ, удостовѣряющихъ право собственности, не слѣдуетъ понимать въ томъ смыслѣ, что мировой судья не можетъ, какъ будто, входить въ разсмотрѣніе какихъ бы то ни было письменныхъ доказательствъ, представленныхъ сторонами въ подтвержденіе не только ихъ права собственности, но и другихъ обстоятельствъ, касающихся дѣйствительности владѣнія, факта нарушенія, его свойствъ, срочности и проч. Мировой Судья, какъ это не разъ разъяснялъ нашъ Кассаціонный Сенатъ, не только въ правѣ, но и обязанъ входить въ разсмотрѣніе такихъ документовъ, если бы даже они могли служить доказательствомъ собственности и другихъ правъ представившей ихъ стороны. Но принимая эти документы къ своему производству, мировой судья обсуждаетъ ихъ не со стороны права, укрѣпленіемъ котораго они слу-

жать, а исключительно съ той стороны, съ которой они подтверждаютъ или опровергаютъ фактъ дѣйствительности владѣнія истца, произвольное нарушеніе его отвѣтчиковъ и т.д. Эти документы могутъ показать, что отвѣтчикъ пользуется спорной землей не самовольно, а съ согласія самого истца, или по распоряженію судебной или иной власти, почему мировой судья долженъ въ этихъ случаяхъ отказать истцу въ просьбѣ о возстановленіи владѣнія, за отсутствіемъ признака его нарушенія. Иначе, т.е. если бы документы, удостовѣряющіе начало владѣнія, его свойства и проч. оставались безъ разсмотрѣнія, то намъ пришлось бы признать то, что лицо, продавшее законно свое имѣніе, могло бы, не пропуская 6 мѣсяцевъ со дня ввода во владѣніе покупщика, предъявить въ мировой судъ искъ о возстановленіи владѣнія и этимъ путемъ получить обратно землю, имъ самимъ проданную. Такой аномальный случай не можетъ имѣть мѣста, если судья взглянетъ на документъ, удостовѣряющій фактъ продажи. Но не слѣдуетъ упускать изъ виду, что судья будетъ разсматривать настоящій и подобные ему документы, относящіеся до права отвѣтчика, лишь постольку, поскольку они опровергаютъ фактъ нарушенія владѣнія, безъ всякаго отношенія къ удостовѣряемымъ ими правамъ.

Такимъ образомъ, отдѣленіе поссесорнаго производства отъ петиторнаго, временный, провизорный ха-

рактеръ перваго, не предрѣшающій рѣшенія второго, и различные органы защиты съ различной компетенціей, — вотъ основныя положенія о защитѣ владѣнія, вполнѣ усвоенныя нашимъ современнымъ законодательствомъ. Что касается до условій защиты, то наше законодательство крайне упрощаетъ ихъ, не требуя отъ владѣнія ни особыхъ свойствъ, ни особой продолжительности, и защищая его независимо отъ того, законно оно или нѣтъ. Единственнымъ условіемъ защиты владѣнія по нашему праву является, какъ мы видѣли, его произвольное нарушеніе и подача просьбы о возстановленіи въ шестимѣсячный срокъ. Но изъ установленія этого срока вытекаетъ само собою нѣкоторое различіе въ защитѣ законнаго и незаконнаго владѣнія. Послѣднее охраняется противъ хозяина вещи только тогда, когда оно продолжалось болѣе 6 мѣсяцевъ, такъ какъ мы знаемъ, что до истеченія этого срока владѣніе возвращается тому, у кого оно было произвольно отобрано. Слѣдовательно, незаконное владѣніе упрочивается только по истеченіи шестимѣсячнаго срока, тогда какъ законное владѣніе охраняется совершенно независимо отъ своей продолжительности. Установленіе же такого короткаго для защиты владѣнія срока, какимъ представляется съ перваго раза шестимѣсячный срокъ, оправдывается тѣмъ соображеніемъ, что чѣмъ далѣе отстоитъ фактъ нарушенія отъ времени его раз-

бирательства, тѣмъ труднѣе возстановить обстоятельства, при которыхъ совершился этотъ фактъ. Возстановленіе одного владѣнія, независимо отъ права на него, стало бы по прошествіи болѣе продолжительнаго времени почти невозможнымъ, и вотъ почему наше законодательство по истеченіи шестимѣсячнаго срока со дня нарушенія владѣнія прекращаетъ его защиту, предоставляя тяжущимся отыскивать свои права въ петиторномъ порядкѣ производства Окружнаго Суда.

Мы видимъ, такимъ образомъ, что наше законодательство признаетъ въ ясныхъ выраженіяхъ, какъ принципъ ненарушимости владѣнія - это дѣлаетъ ст. 531 X т. I ч., которую можно упрекнуть только въ неправильной мотивировкѣ принципа, такъ какъ намъ извѣстно, что основаніемъ его служитъ не предупрежденіе самоуправства, а облегченіе доказательствъ собственности, - такъ и особенности защиты |ст. 29 и 73 Уст. Гражд. Суд.|, отличающія владѣніе отъ другихъ правъ.

Что касается другихъ постановленій нашего Свода, въ которыхъ говорится о владѣніи, то они отличаются чрезвычайной неопредѣленностью и не проводятъ никакого различія между владѣніемъ, какъ самостоятельнымъ институтомъ, съ одной стороны, и владѣніемъ, какъ сервитутомъ пользованія, съ другой

стороны. Такъ напримѣръ, ст. 513 X т. ч. I говоритъ о владѣніи, соединенномъ въ одномъ лицѣ съ правомъ собственности, какъ о существенной части этого послѣдняго права, не предполагая вовсе того, что подобное владѣніе, не заключая въ себѣ ничего самостоятельнаго и будучи только осуществленіемъ даннаго права собственности, едва ли имѣетъ что-нибудь общее съ тѣмъ владѣніемъ, защита котораго провозглашена въ цитированныхъ выше статьяхъ 531 X т.I ч. и 89 устава Гражд. Суд. Далѣе, слѣдующая статья 514 X т. I ч. трактуетъ о владѣніи, какъ объ особомъ правѣ, отдѣльномъ отъ собственности и переданномъ собственникомъ другому лицу на основаніи договора или какого-нибудь иного акта. Очевидно, что и это владѣніе, представляющее собою не что иное, какъ сервитутъ пользованія, и притомъ сервитутъ производный и зависимый отъ собственности, простирающійся на одно лишь частичное обладаніе вещью, не имѣетъ также ничего общаго съ владѣніемъ, которое не зависитъ ни отъ какого другого права и являетъ собою столь же цѣлостное обладаніе вещью, какъ и право собственности, служащее ему прототипомъ. О такомъ же сервитутномъ владѣніи говорятъ и слѣдующія за ст. 514 и уже разобранныя нами въ ученіи о сервитутахъ статьи до ст. 522 включительно. Нако-

нецъ, статья 523 больше подходитъ къ нашему институту, различая владѣніе законное и незаконное, добросовѣстное и недобросовѣстное. Владѣніе признается законнымъ - читаемъ мы въ статьѣ 524, "когда имущество пріобрѣтено способами, въ законахъ дозволенными". Слѣдовательно, законное владѣніе можетъ быть и сервитутомъ, о которомъ говорятъ предшествующія статьи, но оно можетъ быть и самостоятельнымъ владѣніемъ въ видѣ собственности, когда, напримѣръ, владѣлецъ пріобрѣлъ имущество способомъ, закономъ дозволеннымъ, отъ незаконнаго владѣльца, не имѣющаго права на его передачу, или когда кто-либо владѣетъ имуществомъ по праву законнаго наслѣдованія въ невѣдѣніи того обстоятельства, что оно принадлежитъ по праву наслѣднику по завѣщанію. Здѣсь уже будетъ самостоятельное, въ видѣ права собственности, и законное владѣніе, ~~въ видѣ~~ права собственности, и законное владѣніе, которое признается таковымъ до тѣхъ поръ, пока ему не противопоставляется другое, на законѣ основанное право. Оно охраняется отъ нарушенія, какъ настоящее владѣніе, въ порядкѣ, указанномъ въ ст. ст. 29 и 73 Уст. Гражд. Суд. такъ же, какъ въ силу ст. 531 X т. I ч. охраняется и незаконное владѣніе, описан-

ное въ ст. ст. 525 - 528. Въ этихъ статьяхъ различаются отдѣльные виды незаконнаго владѣнія, а именно, владѣніе подложное, насильственное и самовольное; но это различіе не имѣетъ никакого отношенія къ гражданскому праву и можетъ служить только для опредѣленія мѣры уголовнаго взысканія. Тѣмъ не менѣе значеніе этихъ статей для насъ заключается въ томъ, что владѣніе, ими описываемое, не смотря на свои уголовныя свойства, будетъ всегда самостоятельнымъ владѣніемъ, въ видѣ собственности, подлежащимъ защитѣ на основаніи ст. 531, - тогда какъ владѣніе законное далеко не всегда выступаетъ съ характеромъ самостоятельнаго права владѣнія и можетъ быть, какъ мы видѣли, и составной частью собственности, и сервитутомъ пользованія. Такимъ образомъ, наше законодательство даетъ точныя постановленія объ отношеніяхъ, охраняемыхъ въ порядкѣ владѣльческой защиты, въ тѣхъ статьяхъ, которыя посвящены исключительнымъ случаямъ охраны незаконнаго владѣнія, и слѣдуетъ въ этомъ отношеніи за господствующей теоріей, исходящей въ своихъ построеніяхъ изъ этихъ же аномальныхъ случаевъ защиты и упускающей за ними настоящее законодательное основаніе института. Въ ст. ст. 529 и 530 X т. I ч. нашъ законъ говоритъ о владѣніи добросовѣстномъ и недобросовѣстномъ, описывая эти виды владѣнія, раз-

смотрѣнные уже нами въ ученіи о собственности, и сопровождая первое изъ нихъ различными выгодными, а 2-ое - невыгодными для владѣльцевъ послѣдствіями. Что касается, наконецъ, владѣнія, описываемаго въ ст. 533: "Спокойное, безспорное и непрерывное владѣніе въ видѣ собственности превращается въ право собственности, когда оно продолжается въ теченіе установленной закономъ давности", то оно есть квалифицированное владѣніе, сопровождаемое особыми условіями, которыхъ совсѣмъ не требуется при защитѣ простого владѣнія. Слѣдовательно, защита владѣнія, удовлетворяющаго требованіямъ ст. 533, и превращеніе его въ собственность - суть послѣдствія не владѣнія, какъ такового, а владѣнія, соединеннаго съ извѣстными опредѣленными въ той же статьѣ условіями. А что этихъ условій вовсе не нужно для защиты владѣнія, какъ такового, и что поэтому это послѣднее должно быть выдѣлено въ особый институтъ, характеризуемый только защитой принадлежащихъ къ нему отношеній и особенностями этой защиты, - эти положенія мы можемъ считать доказанными и для нашего права на основаніи ст. 531 X т. I ч. и тѣхъ законовъ Уст. Гражд. Судопр., которыхъ содержаніе было уже изложено.

Скажемъ въ заключеніе обзора нашего законодательства о владѣніи, что защита его должна быть ог-

раничена у насъ такъ же, какъ и во Франціи, одними недвижимыми имуществами. Все, что мы говорили по этому вопросу при обозрѣніи французскаго права, приложимо вполнѣ и къ нашему законодательству, такъ какъ послѣднее также содержитъ въ себѣ положеніе, приравнивающее владѣніе движимостью къ собственности на нее |ст. 534 X т. I ч.|. Слѣдовательно, искъ о возстановленіи владѣнія движимостью былъ бы равносиленъ у насъ иску о собственности, на который отвѣтчикъ могъ бы возражать ссылками на свою собственность или иное право. Принципъ владѣнія былъ бы поколебленъ тогда въ своемъ основаніи, и вотъ почему защита владѣнія движимостью у насъ не можетъ быть допущена. Въ этомъ же смыслѣ высказывается, большею частью, и наша кассаціонная практика, хотя отсутствіе принципіальности и ясности взгляда заставляетъ ее иногда и уклоняться отъ прямого пути.

Обратимся теперь ко второму вспомогательному институту вещнаго права, называемому владѣніемъ правами или *juris quasi possessio*.

В. ВЛАДѢНІЕ ПРАВАМИ.

Владѣніе правами относится къ сервитутамъ или къ такъ называемымъ правамъ на чужую вещь и служитъ

для нихъ такимъ же вспомогательнымъ институтомъ, облегчающимъ защиту по видимости права, какимъ простое владѣніе служитъ для собственности. Изъ сказаннаго уже видно, что терминъ "владѣніе правами" передаетъ не совсѣмъ точно понятіе настоящаго института, обнимающаго собою дополнительную защиту не всѣхъ правъ вообще, но только опредѣленной группы этихъ правъ. Необходимое условіе примѣненія къ тому или другому праву понятія владѣнія, т.е. защиты на основаніи видимости, есть то, чтобы право допускало внѣшнее отношеніе субъекта къ объекту, и, при томъ, отношеніе не мимолетное, а продолжительное и длящееся. Иначе не будетъ видимости, которой можно было бы довѣриться, а, слѣдовательно, не будетъ и защиты владѣнія. Послѣдняя немыслима поэтому относительно правъ по обязательствамъ, которыя прекращаются въ самый моментъ удовлетворенія, и не допускаютъ, слѣдовательно, длящагося ихъ отправленія. То же нужно сказать и о залогѣ, не соединенномъ съ держаніемъ вещи | hypotheca |, такъ какъ онъ тоже погашается при самомъ своемъ отправленіи, состоящимъ въ продажѣ заложенной вещи. Но если владѣніе возможно только относительно правъ, способныхъ къ продолжительному и повторяющемуся отправленію, то отсюда еще не слѣдуетъ, чтобы всѣ права, способныя къ такому отправленію, были пред-

метомъ владѣнія. Въ средніе вѣка, правда, дѣлались попытки примѣнить понятіе владѣнія къ такъ назыв. *jura status*, т.е. къ правамъ состоянія, вытекающимъ изъ общественнаго и политическаго положенія лица, а также - къ нѣкоторымъ отношеніямъ семейнаго права, какъ напримѣръ, къ состоянію супруговъ, добросовѣстно почитавшихъ себя въ законномъ союзѣ, который не оказывается таковымъ. Эти и многія другія отношенія права личности, права семейнаго и наслѣдственнаго - производятъ безусловно внѣшнія и длящіяся отношенія, которыя допускаютъ въ идеѣ примѣненіе къ нимъ вспомогательныхъ институтовъ права. Но несомнѣнно, что вспомогательные къ этимъ правамъ институты будутъ конструироваться лишь по мѣрѣ того, какъ въ нихъ станетъ являться надобность, и конструкція ихъ должна, во всякомъ случаѣ, соотвѣтствовать всѣ особенностямъ тѣхъ правъ, въ помощь которымъ они будутъ установлены. Что же касается примѣненія къ нимъ положеній о владѣніи, разсчитанныхъ исключительно на вещныя и имущественныя отношенія, то это примѣненіе не имѣло бы никакого оправданія, такъ какъ права личности, семейнаго союза и проч. слишкомъ различны и по своимъ условіямъ, и по цѣлямъ отъ правъ вещныхъ, для того, чтобы можно было распространить на нихъ одни и тѣ

же положенія и подчинить, напримѣръ, супруговъ дѣйствію какихъ-нибудь владѣльческихъ интердиктовъ. Вотъ почему римское право и ограничивало, - и совершенно основательно, - владѣніе правами одними сервитутами; а если новыя законодательства, какъ напримѣръ, прусское, австрійское, а также и наше, пошли въ этомъ отношеніи нѣсколько дальше, допустивъ защиту владѣнія и въ нѣкоторыхъ обязательственныхъ отношеніяхъ, какъ напримѣръ, въ случаяхъ найма, аренды, ссуды, то это явленіе объясняется тѣмъ, что приведенныя сейчасъ отношенія представляютъ извѣстное сходство съ вещными правами, и новыя законодательства смотрятъ на нихъ, большею частью, какъ на таковыя. При наймѣ, арендѣ и проч. уполномоченное лицо пользуется непосредственно предоставленнымъ ему имуществомъ; отправленіе его права - длящееся и отличается всѣми признаками видимости. Выдвигая же вещный элементъ этихъ отношеній, новыя законодательства предоставляютъ имъ и защиту владѣнія, имѣя въ виду, что наниматель, арендаторъ и проч. суть не только детенторы чужой вещи, держащіе ее въ интересахъ другого лица, но и владѣльцы, имѣющіе въ ней собственный интересъ, заслуживающій защиты права. Поэтому другіе детенторы, владѣющіе вещью въ исключительномъ интересѣ другого лица, какъ напримѣръ мандатаріи, депозитаріи и проч. не поль-

вуются защитой владѣнія и въ новыхъ законодательствахъ, (а римское право исключало, какъ мы уже знаемъ, изъ защиты владѣнія всѣ упомянутые случаи детенціи, если они не входили въ понятіе такъ называемаго производнаго владѣнія.

Но и въ этомъ послѣднемъ оно видѣло не владѣніе правами, а настоящее владѣніе, corporis possessio, что было бы необъяснимо, если бы мы не знали историческаго происхожденія производнаго владѣнія. Оно было признано тогда, когда римское право считало еще необходимымъ условіемъ владѣнія цѣлостное обладаніе физической вещью и не допускало поэтому владѣнія правами. Между тѣмъ, потребность въ защитѣ эмфитевзиса и ручного залога чувствовалась такъ настойчиво, что римскіе юристы принуждены были допустить относительно нихъ владѣніе, подобное тому, которое тогда уже существовало, хотя то и другое владѣніе существенно различались другъ отъ друга. Допустивъ же въ отдѣльныхъ конкретныхъ случаяхъ такъ называемое производное владѣніе, римская юриспруденція не измѣнила и впослѣдствіи его конструкціи, хотя, съ признаніемъ владѣнія правами, первое могло бы быть подведено съ гораздо большимъ удобствомъ подъ послѣднее, чѣмъ подъ общую категорію владѣнія. Но какъ бы тамъ ни было съ отдѣльными случаями, несомнѣнно то, что владѣніе пра-

вами имѣетъ мѣсто только при сервитутахъ, а допущеніе его при нѣкоторыхъ обязательствахъ не опровергаетъ этого положенія, а показываетъ только то, что нѣкоторыя обязательства со стороны ихъ защиты извнѣ разсматриваются теперь иными законодательствами, какъ отношенія, заключающія въ себѣ, рядомъ съ личными и вещные элементы. Измѣнилось, слѣдовательно, не понятіе владѣнія правами отъ того, что оно распространилось на такія отношенія, въ которыхъ не имѣло прежде мѣста, а измѣнился взглядъ на нѣкоторыя обязательства отъ того, что къ нимъ былъ присоединенъ вещный элементъ, сдѣлавшій возможной ихъ владѣльческую защиту.

Посмотримъ теперь, для чего служитъ владѣльческая защита сервитутовъ. Основаніе защиты здѣсь то же, что и при владѣніи въ видѣ права собственности. Какъ трудно бываетъ въ условіяхъ сложнаго, гражданскаго быта доказательство собственности, такъ же трудно дѣлается и доказательство сервитутовъ. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ оно бываетъ даже труднѣе, какъ, напримѣръ, въ спорахъ по реальнымъ сервитутамъ, гдѣ истцу приходится доказывать, во 1-хъ, право собственности сосѣда, предоставляющаго свой участокъ на службу его участка; 2, право собственности и на тотъ участокъ, который нуждается въ сервитутѣ; и въ 3, актъ установленія сервитута. Такія трудности

доказательствъ родять, естественно, потребность въ вспомогательномъ институтѣ, способномъ доставить сервитутамъ болѣе легкую и болѣе быструю защиту права, чѣмъ та, которая дается имъ обыкновенными средствами защиты. Эта потребность ощущается тѣмъ сильнѣе, что легкостью и быстротою защиты обусловливается, большею частью, вся польза, приносимая сервитутомъ его владѣльцу. Вотъ почему римляне перенесли идею владѣнія со всѣми его особенностями и на сервитуты, назвавъ такое владѣніе, въ отличіе отъ перваго, - quasi possessio, потому что послѣднее имѣло своимъ предметомъ вещь не во всей ея совокупности, какъ владѣніе въ видѣ собственности, а только ея отдѣльныя стороны, отдѣльные виды пользованія, или отдѣльныя права на вещь меньшаго объема, чѣмъ собственность. Уже терминъ quasi possessio показываетъ, что этотъ институтъ былъ созданъ по аналогіи съ владѣніемъ въ видѣ собственности, а сравненіе конструкціи обоихъ институтовъ, указывающее на примѣненіе къ нимъ однихъ и тѣхъ же средствъ защиты, съ одними и тѣми же особенностями, отдѣленіемъ поссесорнаго производства отъ петиторнаго и временнымъ значеніемъ перваго превращеніемъ видимости права при извѣстныхъ условіяхъ въ самое право, - все это не оставляетъ ни малѣйшаго сомнѣнія въ единствѣ цѣли и основной

идеи обоихъ институтовъ. Различіе между ними только въ предметѣ и подробностяхъ, а перенесеніе института на сервитуты служитъ вѣскимъ подтвержденіемъ его служебнаго или вспомогательнаго значенія, указывая, вмѣстѣ съ тѣмъ, если вспомнить особенности защиты владѣнія, на то, что оба института суть продукты юридической техники. Этимъ объясняется и позднее появленіе институтовъ владѣнія въ исторіи права различныхъ народовъ, и тѣ особенности въ ихъ строеніи, которыя ставятъ въ тупикъ всѣхъ, кто не принимаетъ указанной выше точки зрѣнія.

И такъ же, какъ владѣніе, соотвѣтствующее собственности, есть видимость, реальность собственности, такъ и владѣніе, соотвѣтствующее сервитутамъ, есть видимость или реальность сервитутовъ. Тамъ, гдѣ по видимости можно предположить, что данное лицо имѣетъ *jus in re*, потому что оно ведетъ себя, какъ обладатель такого *jus in re* тамъ признается *juris quasi possessio* и защищается, какъ таковое, независимо отъ своего титула, т.е. независимо отъ того, принадлежитъ данный сервитутъ въ дѣйствительности или нѣтъ лицу, находящемуся въ условіяхъ защиты владѣнія этимъ сервитутомъ. Таковъ общій принципъ владѣнія сервитутами, обусловливающій всѣ консеквенціи. Вмѣсто доказательства права, требуется констатированіе слѣдую-

щихъ фактовъ: I лицо, претендующее на владѣльческую защиту сервитутомъ, должно вести себя такъ, какъ бы оно вело себя, если бы имѣло дѣйствительное право на спорный сервитутъ. 2. Форма отношенія этого лица къ данной вещи должна быть такова, чтобы она напоминала собою какое-нибудь изъ признанныхъ закономъ *jura in re*, что имѣетъ особенную важность, такъ какъ сервитуты существуютъ только въ извѣстныхъ, опредѣленныхъ закономъ формахъ. Поэтому не всякое пользованіе вещью есть сервитутъ, и, не будучи имъ, оно не можетъ претендовать и на защиту владѣнія. 3. Пользованіе должно проявляться въ извѣстныхъ дѣйствіяхъ настолько часто, чтобы судья могъ сказать: это лицо, по видимости, реализируетъ свое дѣйствительное или мнимое право. Но насколько означенныя дѣйствія должны быть часты, это — вопросъ казуальный, рѣшеніе котораго въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ должно быть предоставлено судьѣ. — Вотъ общія условія защиты владѣнія сервитутами, къ которымъ римскіе юристы присоединяли въ случаяхъ нѣкоторыхъ отдѣльныхъ видовъ сервитутовъ еще особыя условія, соотвѣтствующія природѣ этихъ отдѣльныхъ сервитутовъ. Европейскіе народы видоизмѣняли такіе эти условія защиты, то облегчая, то затрудняя ихъ подъ вліяніемъ различныхъ представленій о правѣ и другихъ историческихъ обстоятельствъ.

Такъ напримѣръ, примѣненіе къ защитѣ сервитутовъ *actio spolii*, съ ея немногосложными требованіями и огромною областью примѣненія, началось еще въ средніе вѣка и продолжается въ Германіи до сихъ поръ, вмѣстѣ со всею системою римскихъ интердиктовъ. Во Франціи владѣніе сервитутомъ защищается тѣми же исками, и при тѣхъ же условіяхъ, какъ и владѣніе въ видѣ собственности. Особенности защиты владѣнія сервитутовъ одинаковы приблизительно вездѣ и совершенно сходны съ защитой настоящаго владѣнія. То же нужно сказать о пріобрѣтеніи и потери владѣнія сервитутами; этотъ вопросъ не представляетъ трудностей и разрѣшается просто на основаніи формулированнаго выше принципа. Актомъ пріобрѣтенія владѣнія будетъ моментъ, который предоставитъ наличность указанныхъ выше условій защиты, — когда, другими словами, будетъ существовать видимость права на сервитутъ. Съ прекращеніемъ видимости права прекратится и владѣніе имъ. Это случится, напримѣръ, тогда, когда лицо выразитъ ясно, что оно вовсе не имѣетъ права на вещь, или когда окажется, что пользованіе вещью совсѣмъ не было на столько часто, насколько это нужно для утвержденія какого нибудь права, или когда это пользованіе приметъ такую форму, которая не подойдетъ ни къ одному изъ признанныхъ закономъ правъ и т.п. Не будемъ распространяться далѣе, потому что

вся теорія владѣнія, изложенная нами съ достаточною полнотою, примѣняется цѣликомъ, какъ мы уже говорили объ этомъ, и къ владѣнію правами. Скажемъ только нѣсколько словъ о положеніи настоящаго института въ нашемъ законодательствѣ. Оно чрезвычайно печально, потому что наши законы не даютъ ни руководящихъ основаній, ни общаго понятія о владѣніи, ни строгихъ различій между отдѣльными вещными правами, ни даже казуальныхъ рѣшеній частныхъ случаевъ защиты владѣнія. Словомъ, институтъ владѣнія и, въ частности, владѣніе правами - не получили въ нашемъ законодательствѣ никакого развитія. Тѣмъ не менѣе, оно признаетъ владѣніе въ видѣ отдѣльнаго отъ собственности права на вещь, какъ это видно изъ цитированной уже нами статьи 514 и слѣд. X т. ч. I., гдѣ говорится о разнообразныхъ формахъ владѣнія, различающихся другъ отъ друга и по составу лицъ, и по роду вещей, и по основанію права, и по объему его. Но какъ ни разнохарактерны эти виды владѣнія, они всѣ составляютъ или чисто вещныя права съ различнымъ содержаніемъ, или такія обязательственныя отношенія, какъ имущественный наемъ, аренда и проч. отношенія, которыя указываютъ на нѣкоторую связь лица съ вещью, допускаютъ длительность отправленія въ правѣ и трактуются нашимъ законодательствомъ вообще наравнѣ съ вещными правами. Всѣ

эти отношенія подходятъ у насъ и подводятся правильно нашей судебной практикой подъ общее понятіе права владѣнія, котораго защита признается въ томъ же порядкѣ и при тѣхъ же условіяхъ, въ какихъ происходитъ защита владѣнія въ видѣ собственности. Слѣдовательно, возстановленіе владѣнія по дѣламъ настоящаго рода происходитъ у насъ у мирового судьи, въ силу цитированной выше статьи 29 Уст. Граждан. Судопр., и въ порядкѣ, указанномъ цитированной тамъ же ст. 73. Наконецъ, въ 5 пунктѣ той же 29 статьи (Уст. Гражд. Судопр., и въ порядкѣ, указанномъ цитированной тамъ же ст. 73. Наконецъ, въ 5 пунктѣ той же 29 статьи) говорится, что вѣдомству мировыхъ судей предоставлены также иски о правѣ участія частнаго, когда со времени нарушенія прошло не болѣе года. Право участія частнаго во многихъ случаяхъ относится, какъ мы знаемъ, къ сервитутамъ, которыхъ подвѣдомственность мировому судьѣ опредѣлена приведеннымъ сейчасъ закономъ. Но трудно сказать рѣшительно, о какой въ немъ говорится подвѣдомственности: о подвѣдомственности ли исковъ по возстановленію нарушеннаго владѣнія сервитутами, или о подвѣдомственности исковъ о самомъ правѣ на сервитуты? Было бы справедливѣе, еслибы нашъ законъ разумѣлъ въ данномъ случаѣ только дѣла о нарушеніи спокойнаго владѣнія, а не иски о правѣ на

сервитуты, потому что подвѣдомственность послѣднихъ мировому суду и такой короткій срокъ, какъ годовой промежутокъ времени, для погашенія исковъ о правѣ, нельзя было бы оправдать никакими соображеніями. Однако же, редакція 5 пункта статьи 29, принятая, быть можетъ, по недоразумѣнію, а, можетъ быть, и съ опредѣленной цѣлью, заставляетъ думать, какъ вѣрно замѣчаетъ Побѣдоносцевъ, что въ ней идетъ рѣчь не о возстановленіи владѣнія, а объ особой подсудности исковъ о правѣ на сервитуты и объ особо установленномъ для этихъ исковъ погашающемъ срокѣ. Такимъ образомъ, по дѣламъ о тѣхъ сервитутахъ, которые нашъ законъ подводитъ подъ понятіе права участія частнаго, мировой судъ является у насъ, въ одно время, и поссесорной и петиторной инстанціей: первой онъ служитъ на основаніи 4 пункта статьи 29, а второй — на основаніи 5 пункта той же статьи.

Перейдемъ теперь къ послѣднему вспомогательному институту вещнаго права — къ институту квалифицированнаго владѣнія.

В. КВАЛИФИЦИРОВАННОЕ ВЛАДѢНІЕ.

Между собственностью и сервитутами, съ одной стороны, и двумя разсмотрѣнными формами владѣнія,

съ другой, стоитъ въ срединѣ квалифицированное владѣніе, которое Іерингъ мѣтко называетъ "особой формой защиты собственности, возведенной на степень самостоятельнаго права" | Geist des röm. Rechts III, 381|. Это квалифицированное владѣніе не считалось до Іеринга ни самостоятельнымъ институтомъ, ни даже вещнымъ правомъ, и излагалось систематиками просто подъ рубрикою исковъ о собственности, съ наименованіемъ публиціановскаго иска | actio Publiciana|, стоящаго, какъ будто, рядомъ съ rei vindicatio. Іерингу удалось, наконецъ, разрушить предразсудокъ, настаивающій на ограниченіи системы вещныхъ правъ одними институтами собственности и правъ на чужую вещь, и указать на необходимость ввести въ эту область какъ отношенія по общественному обладанію, такъ и вспомогательные институты вещнаго права, представляющіе собою особыя юридическія отношенія, особыя формы защиты и, слѣдовательно, особые институты. Между этими послѣдними институтами квалифицированное владѣніе имѣетъ, несомнѣнно, вспомогательное относительно собственности и сервитутовъ, и, въ то же время самостоятельное относительно другихъ институтовъ владѣнія -зна-

---

ченіе. Что касается вспомогательнаго значенія этого института, то оно выражается въ двухъ его послѣдствіяхъ. Во I-хъ, собственность и сервитуты получаютъ защиту при наличности однихъ условій квалифицированнаго владѣнія въ лицѣ даннаго субъекта и независимо, какъ отъ права собственности, такъ и отъ какихъ бы то ни было условій владѣнія въ лицѣ его предшественниковъ. Это же ограниченіе доказательствъ собственности и сервитутовъ доказательствомъ условій владѣнія въ лицѣ даннаго субъекта и исключеніе доказательствъ права въ лицѣ предшественниковъ - представляютъ очень существенное облегченіе защиты, такъ какъ требуемое при виндикаціи доказательство правъ предшественниковъ сопряжено часто съ неодолимыми трудностями. Во 2-хъ, квалифицированное владѣніе ведетъ по прошествіи извѣстнаго срока къ настоящей собственности и къ полному сервитутному праву, которыя становятся внѣ всякаго спора и получаютъ, вмѣстѣ со всѣми остальными средствами защиты, и виндикаціонную защиту, отличающуюся здѣсь той особенностью, что она ставится независимо отъ доказательства права предшественниковъ. Такое превращеніе владѣнія въ собственность и сервитуты, называемое обыкновенно давностью (usucapio), есть также важное облегченіе въ защитѣ права, такъ какъ оно, во I-хъ, ограничиваетъ доказатель-

ства собственности и сервитутовъ условіями давностнаго владѣнія въ лицѣ одного владѣльца, а, во 2-хъ, устраняетъ всякую неопредѣленность и неясность во взаимныхъ отношеніяхъ людей по имуществу; полагая предѣлъ всѣмъ споramъ и недоразумѣніямъ, отзывающимся вредно на интересахъ всѣхъ, давность упрочиваетъ въ то же время окончательно существующій порядокъ правъ и оказываетъ этимъ неоцѣнимую пользу всему обществу. Вотъ преимущества давности, составляющія, въ то же время, и ея законодательное основаніе, оцѣненное по достоинству еще римлянами, которые говорили - *bono publico usucapio introducta est*. Но не слѣдуетъ упускать изъ виду, что такая безспорная и неоспоримая защита въ силу давности составляетъ не единственное послѣдствіе квалифицированнаго владѣнія. Оно сопровождается защитой и до истеченія срока давности по иску, который римляне строили на фикціи давности, начавшееся теченіе ея разсматривалось такъ, какъ бы оно уже завершилось, - называя его *actio publiciana*. Впослѣдствіи фикція, конечно, исчезла, но самый искъ и его идея сохранились и въ настоящее время, какъ во французскомъ, такъ и въ германскомъ законодательствахъ. Содержаніе иска состоитъ въ слѣдующемъ: квалифицированное владѣніе защищается до истеченія давности противъ всѣхъ третьихъ

лицъ, кромѣ настоящаго собственника, имѣющаго возможность противопоставить иску квалифицированнаго владѣльца *exceptio justi domini*, и побѣдить его въ начатомъ имъ процессѣ. Эта возможность пораженія квалифицированнаго владѣльца въ спорѣ съ собственникомъ отличаетъ искъ перваго одновременно и отъ иска о собственности, который никогда не можетъ быть парализованъ возраженіемъ изъ той же собственности, и отъ исковъ о владѣніи, не допускающихъ, какъ мы знаемъ, возраженій о собственности или другихъ правахъ. Отсюда видно, что квалифицированное владѣніе представляетъ собою не вполнѣ защиту по видимости права, такъ какъ въ первомъ своемъ послѣдствіи, въ защитѣ до истеченіи срока давности, — оно допускаетъ возраженія о собственности и другихъ правахъ, а во второмъ — въ защитѣ на основаніи истекшей давности, — оно и совсѣмъ сливается съ собственностью. Такимъ образомъ, защита квалифицированнаго владѣнія носитъ въ себѣ, въ отличіе отъ защиты простого владѣнія и сообща съ защитой собственности, всѣ признаки петиторнаго производства, что объясняется, съ одной стороны, историческимъ происхожденіемъ публиціановскаго иска, который защищалъ сначала настоящую, хотя и бонитарную, собственность, и потомъ только былъ перенесенъ на квалифицированное владѣніе, а съ другой стороны,

это обстоятельство объясняется практическими удобствами, которыя представляетъ разрѣшеніе за одно всѣхъ вопросовъ, возбуждаемыхъ сторонами по данному дѣлу, когда институтъ простого владѣнія уже существуетъ и удовлетворяетъ въ достаточной степени потребность въ защитѣ по одной видимости права. Не допустить здѣсь возраженій о собственности со стороны отвѣтчика значило бы заставить его начать новый споръ и обратить въ ничто все производство по actio Publiciana. Этотъ искъ слился бы тогда съ владѣльческими интердиктами и потерялъ бы всякое самостоятельное значеніе. Сила же его и вспомогательное по отношенію къ защитѣ собственности и сервитутовъ значеніе состоитъ именно въ томъ, что, допуская въ себѣ петиторные элементы, онъ защищаетъ, во 1-хъ, квалифицированнаго владѣльца противъ всѣхъ неквалифицированныхъ владѣльцевъ, обладающихъ меньшимъ правомъ, чѣмъ онъ самъ, и, во 2-хъ, онъ освобождаетъ его отъ доказательствъ собственности въ лицѣ предшественниковъ. Эти послѣдствія Публиціановскаго иска, въ связи съ дѣйствіемъ давности, покрывающей своей безспорной защитой, которая поставлена также независимо отъ доказательства правъ предшественниковъ, - почти всѣ индивидуальныя права; - эти послѣдствія квалифицированнаго владѣнія обрисовываютъ ясно весь его характеръ, какъ вспо-

могательнаго къ собственности и сервитутамъ института.

Что же касается его самостоятельности относительно двухъ другихъ институтовъ владѣнія, то она доказывается, во I-хъ, указаннымъ выше присутствіемъ въ немъ петиторныхъ элементовъ, которые исключены принципіально изъ всякой чисто-владѣльческой защиты; во 2-хъ, дѣйствіемъ давности, котораго также чуждо владѣніе; и, наконецъ, въ 3-хъ, требованіемъ особыхъ условій, которыхъ не нужно вовсе для обыкновенной защиты владѣнія и которыми только и опредѣляются означенныя выше послѣдствія квалифицированнаго владѣнія. Упомянутыя условія измѣняются съ теченіемъ времени и различіемъ народовъ. Если между ними стоитъ, какъ въ римскомъ и въ большинствѣ европейскихъ законодательствъ, условіе добросовѣстнаго сознанія владѣльца о законности его права, то квалифицированное владѣніе называется обыкновенно *bonae fidei possessio*, или добросовѣстнымъ владѣніемъ. Если же объективное право не требуетъ отъ владѣнія такой добросовѣстности, а предъявляетъ къ нему другія требованія, какъ это дѣлаетъ, напримѣръ, наше законодательство, то институтъ приходится называть не добросовѣстнымъ, а просто квалифицированнымъ владѣніемъ. У насъ нѣтъ времени прослѣдить историческія измѣненія условій

этого владѣнія въ правѣ различныхъ народовъ, и потому мы ограничимся изложеніемъ этихъ условій, только по дѣйствующему у насъ законодательству. Оно представляетъ, къ сожалѣнію, и по настоящему вопросу огромный пробѣлъ, такъ какъ защита квалифицированнаго владѣнія по началамъ actio Publiciana до истеченія срока давности, совсѣмъ неизвѣстна нашему законодательству. Повтому, у насъ легко можетъ случиться слѣдующее: Я - давностный владѣлецъ въ теченіе 9 лѣтъ и 364 дней, такъ что еще одинъ день, и у меня будетъ полное право собственности. Но если въ послѣдній день до окончанія срока или, все равно, въ какой бы то ни было моментъ его теченія, мое владѣніе будетъ нарушено кѣмъ нибудь, кто даже не имѣетъ на него никакого права, а мнѣ не удастся почему-либо возстановить свое владѣніе въ теченіе 6 мѣсяцевъ, то все предшествующее мое владѣніе погибнетъ безвозвратно, и я не получу его назадъ даже отъ явно-неправаго владѣльца.

Но оставляя такъ несправедливо давностнаго владѣльца безъ защиты до истеченія 10-ти лѣтняго срока его владѣнія, наше законодательство признаетъ, тѣмъ не менѣе, другое послѣдствіе квалифицированнаго владѣнія, а именно - превращеніе его по давности въ собственность |ст. 533|, и мы увидимъ ниже, что давностный собственникъ пользуется и у насъ

полной защитой права. Слѣдовательно, институтъ давности, не смотря на свои несовершенства, служитъ и въ нашемъ правѣ одновременно и для облегченія защиты собственности, и для ея пріобрѣтенія, хотя наше законодательство и не причисляетъ прямо давности къ способамъ пріобрѣтенія собственности. Но что она составляетъ собою такой способъ пріобрѣтенія, это явно видно изъ редакціи статьи 533 X тома, I-ой части, гласящей: "спокойное, безспорное и непрерывное владѣніе въ видѣ собственности превращается въ право собственности, когда оно продолжится въ теченіе установленной закономъ давности". Приведенная статья не имѣетъ, правда, корней въ исторіи нашего права, такъ какъ Указъ 1725 года о давности устанавливалъ сроки только для исковой, погашающей давности, а ст. 533, превращающая владѣніе въ собственность и вводящая, слѣдовательно, пріобрѣтающую давность, обязана своимъ происхожденіемъ составителямъ нашего Свода. Это обстоятельство дало поводъ Дерптскому профессору Энгельману въ спеціальномъ сочиненіи о давности совсѣмъ отвергнуть пріобрѣтающій характеръ нашей давности. Онъ думаетъ, что давностью владѣнія право собственности, какъ таковое, не пріобрѣтается, но что давностный владѣлецъ получаетъ только возможность отклонять направленный противъ него искъ о собственности,

другими словами, Энгельманъ признаетъ въ нашемъ правѣ одну исковую давность, которая существенно отличается отъ давности владѣнія.

Различіе ихъ состоитъ въ томъ, что посредствомъ давностнаго владѣнія я пріобрѣтаю право собственности на вещь, а право на нее прежняго собственника совершенно исчезаетъ и не можетъ болѣе возвратиться. Между тѣмъ, въ силу исковой давности я получаю только возможность парализовать искъ управомоченнаго лица за непредставленіемъ этого иска въ теченіе срока давности, но я не получаю при этомъ права на вещь, и мой противникъ не теряетъ его. Онъ теряетъ только возможность осуществить свое право противъ меня или другого лица, могущаго противопоставить ему возраженіе о давности, но онъ можетъ свободно осуществлять свое право противъ другихъ лицъ, не имѣющихъ возможности возражать ему силой давности. Слѣдовательно, это право пропадаетъ для него вовсе не такъ безвозвратно, какъ при пріобрѣтающей давности. Отсюда видно, что различіе между пріобрѣтающей и исковой давностью далеко не маловажно, а потому мы должны серьезно разобрать мнѣніе Энгельмана, отрицающаго въ нашемъ правѣ существованіе перваго вида давности.

Доказательства, приводимыя Энгельманомъ въ пользу своего мнѣнія , слѣдующія: статья 533 не имѣ-

етъ за собою историческихъ устоевъ; на основанiи ея нельзя создавать института, незнакомаго нашему праву въ его историческомъ развитiи. Противъ этого замѣчанiя слѣдуетъ возразить, что отсутствiе въ нашемъ правѣ давности владѣнiя составляло его пробѣлъ, который долженъ былъ сказаться какъ разъ въ то время, когда у насъ занялись составленiемъ новаго Свода. Этотъ пробѣлъ обнаружился тѣмъ яснѣе, что редакторы нашего Свода имѣли передъ глазами французскiй кодексъ, какъ образецъ для своей законодательной работы, и заимствовали изъ него институтъ давностнаго владѣнiя. Наша статья 533 есть почти точное воспроизведенiе статьи 2229 французскаго *Code civile*, съ исключенiемъ изъ послѣдней только нѣкоторыхъ условiй давностнаго владѣнiя, отброшенныхъ нашимъ закономъ, а именно: условiй явности и недвусмысленности владѣнiя, требуемыхъ французскимъ и опущенныхъ нашимъ законодательствомъ. Не смотря на это измѣненiе, составители нашего Свода приняли все-таки французскiй законъ, а такъ какъ послѣднiй устанавливаетъ давностью владѣнiе, какъ особый способъ пріобрѣтенiя права собственности, то ясно, что и нашъ законодатель ввелъ его, какъ самостоятельный институтъ для пополненiя существовавшаго до того пробѣла въ законодательствѣ.

2. Второй аргументъ Энгельмана состоитъ въ томъ, что нашъ законъ не требуетъ отъ давностнаго владѣльца ни титула, ни добросовѣстности владѣнія, а такое уравненіе добросовѣстнаго и недобросовѣстнаго владѣнія, по мнѣнію Энгельмана, несправедливо и не можетъ вести къ пріобрѣтенію собственности. Положимъ, - говоритъ онъ, - что недобросовѣстный владѣлецъ владѣетъ 9 лѣтъ и 364 дня, и вдругъ владѣніе его въ это время прерывается, вслѣдствіе чего онъ подвергается огромной отвѣтственности [онъ долженъ заплатить настоящему владѣльцу за всѣ убытки], между тѣмъ какъ добросовѣстный владѣлецъ не отвѣчаетъ при тѣхъ же условіяхъ ни за что. Если же какъ недобросовѣстный, такъ и добросовѣстный владѣлецъ провладѣли ровно 10 лѣтъ, то они одинаково становятся собственниками имѣнія. Спрашивается, какъ могло произойти, что по прошествіи одного дня вдругъ право недобросовѣстнаго владѣльца на его имѣніе совершенно уравнивается съ правомъ владѣльца добросовѣстнаго, тогда какъ за день передъ тѣмъ между ихъ правами было такое большое различіе. Допустить такое уравненіе можно еще, пожалуй, при исковой давности, послѣдствія которой не такъ тяжелы для управомоченнаго, чѣмъ послѣдствія давностнаго владѣнія, въ силу котораго управомоченный теряетъ безвозвратно свое право на имущество. - Все это раз-

сужденіе не имѣетъ ни малѣйшей цѣны и представляетъ собою повтореніе аргументовъ, которыми старые юристы оспариваютъ юридическій характеръ владѣнія вообще, - которыми они возражаютъ противъ послѣдствій, взысканія по формальнымъ обязательствамъ и вообще противъ институтовъ, противорѣчащихъ, по ихъ мнѣнію, "принципамъ права" и "существу правового порядка". Основная ошибка этихъ юристовъ, къ числу которыхъ принадлежитъ, несомнѣнно, и Энгельманъ, заключается, какъ было уже замѣчено, въ томъ, что они разсматриваютъ институты права съ абсолютной, а не съ релятивной или относительной точки зрѣнія, сдѣлавшейся въ настоящее время достояніемъ научнаго правовѣдѣнія. Релятивная же точка зрѣнія обязываетъ насъ думать, что практическое и соціальное значеніе институтовъ права опредѣляется не тѣмъ, что они представляютъ однѣ только выгоды, а перевѣсомъ ихъ выгодныхъ сторонъ надъ невыгодными. Если защита владѣнія вообще и переходъ владѣнія въ собственность въ частности распространяются иногда, вмѣстѣ съ добросовѣстными, и на недобросовѣстныхъ владѣльцевъ, то не слѣдуетъ никогда упускать изъ виду, что защита недобросовѣстныхъ владѣльцевъ есть только неизбѣжное послѣдствіе защиты законныхъ интересовъ добросовѣстныхъ владѣльцевъ. Это послѣдствіе представляется такимъ ничтожнымъ зломъ въ

сравненіи съ огромными выгодами, которыя защита владѣнія и обращеніе его въ собственность доставляютъ цѣной этого зла добросовѣстнымъ владѣльцамъ, что право не можетъ оставить безъ защиты интересы этихъ послѣднихъ по тому только соображенію, что той же защитой воспользуются случайно и нѣсколько воровъ и мошенниковъ. Вотъ соображеніе, вполнѣ оправдывающее уравненіе по отношенію къ давности недобросовѣстныхъ владѣльцевъ съ добросовѣстными, и недоумѣніе, которое возбуждаетъ такое уравненіе у Энгельмана, оказывается, такимъ образомъ, безпредметнымъ.

3. Третій и важнѣйшій аргументъ, на который опирается Энгельманъ въ своемъ мнѣніи, состоитъ въ томъ, что давностный владѣлецъ не пріобрѣтаетъ собственности, такъ какъ владѣніе, пріобрѣтенное имъ по давности, отличается отъ настоящей собственности тѣмъ, что первое, если только оно состоитъ въ недвижимости, не можетъ быть ни отчуждено, ни заложено. Не можетъ же оно подвергнуться отчужденію потому, что для отчужденія недвижимаго имущества должны быть представлены старшему нотаріусу акты укрѣпленія; нотаріусъ справляется о правѣ отчуждателя по крѣпостнымъ книгамъ, въ которыхъ помѣщены объявленія о вводѣ каждаго пріобрѣтателя во владѣніе недвижимымъ имуществомъ; давностный же владѣ-

лецъ не имѣетъ такихъ актовъ укрѣпленія и потому, заключаетъ Энгельманъ, нотаріусъ фактически не можетъ утвердить акты отчужденія со стороны давностнаго владѣльца. Этой бѣдѣ можно было бы помочь, если бы давностный владѣлецъ имѣлъ возможность просить о вводѣ его во владѣніе; тогда онъ былъ бы занесенъ въ крѣпостныя книги. Но Энгельманъ отрицаетъ возможность ввода во владѣніе давностнаго владѣльца. Ст. 925 X т. I ч. требуетъ, чтобы для ввода во владѣніе недвижимымъ имуществомъ пріобрѣтатель предъявилъ акты укрѣпленія на оное; при давности же такихъ актовъ нѣтъ, и потому Энгельманъ думаетъ, что собственникъ тогда только пріобрѣтается давностью, когда а| по иску бывшаго собственника состоится судебное рѣшеніе, которымъ имущество присуждено будетъ въ собственность давностному владѣльцу; въ этомъ случаѣ Энгельманъ допускаетъ возможность ввода, такъ какъ судебное рѣшеніе будетъ играть роль требуемаго для ввода акта укрѣпленія, и б| когда послѣ смерти давностнаго владѣльца наслѣдники его будутъ введены во владѣніе наслѣдствомъ; здѣсь вводъ во владѣніе наслѣдствомъ можетъ быть признанъ также достаточнымъ для предоставленія наслѣдникамъ права на отчужденіе наслѣдованнаго имъ отъ давностнаго владѣльца имущества. Во всѣхъ другихъ случаяхъ давность не даетъ, по мнѣнію Эн-

гельмана, этого права.

Приведенная аргументація опять невѣрна, и невѣрна съ трехъ различныхъ сторонъ. Во I-хъ, если предположить вмѣстѣ съ Энгельманомъ, что давностный владѣлецъ дѣйствительно не имѣетъ возможности отчуждать въ крѣпостномъ порядкѣ свое имѣніе, то такая невозможность не опровергала бы все-таки перехода его владѣнія въ собственность, потому что мы знаемъ, что содержаніе собственности бываетъ различно и можетъ обходиться безъ права отчужденія, заключая въ себѣ другія правомочія собственности. Самъ же Энгельманъ признаетъ за давностнымъ владѣльцемъ право завѣщанія, которое составляетъ, однако, видъ права распоряженія, и, слѣдовательно, прямо характеризуетъ собою право собственности, принадлежащее давностному владѣльцу. Во 2-хъ, допущенное нами сейчасъ, вмѣстѣ съ Энгельманомъ, предположеніе о томъ, что давностный владѣлецъ не имѣетъ права отчужденія, лишено всякаго основанія, такъ какъ ст. 533 говоритъ: "спокойное, бевспорное и непрерывное владѣніе, въ видѣ собственности превращается въ право собственности, когда оно продолжится въ теченіе установленной закономъ давности", а ст. 420 опредѣляетъ собственность, какъ "власть владѣть, пользоваться и распоряжаться имуществомъ". Энгельманъ же не даетъ владѣльцу права распоряженія, пря-

мо признаннаго за нимъ приведенными статьями наше-
го же законодательства. Наконецъ, въ 3-хъ, совер-
шенно невѣрно и то, что на основанiи давности нель-
зя, какъ будто, совершить ввода во владѣнiе. Это
положенiе встрѣтило отпоръ со стороны нашей судеб-
ной и кассацiонной практики, которая высказалась
особенно рельефно по слѣдующему дѣлу. Въ 1876 году
вдова Керстъ, завладѣвъ имуществомъ по давности, про-
сила о вводѣ ея во владѣнiе этимъ имуществомъ. Пе-
тербургскiй Окружный Судъ и Судебная Палата отказа-
ли ей въ просьбѣ на основанiи того, что превращенiе
давностнаго владѣнiя въ право собственности можетъ
установиться, какъ будто, не иначе, какъ по судеб-
ному рѣшенiю, для постановленiя коего нужно исковое
прошенiе. Это рѣшенiе было кассировано Сенатомъ по
слѣдующимъ основанiямъ: ст. 533, разсуждаетъ Сенатъ,
положительно устанавливаетъ, что спокойное, безспор-
ное и непрерывное владѣнiе въ видѣ собственности,
превращается въ право собственности, когда оно про-
должается въ теченiе земской давности. Очевидно, что
это превращенiе совершается само собою, въ силу за-
кона, вслѣдствiе тѣхъ условiй владѣнiя, которыя съ
точностью опредѣлены закономъ, и таковое владѣнiе
для превращенiя его въ право собственности не ну-
ждается въ судебномъ признанiи, облеченномъ въ фор-
му судебнаго рѣшенiя. Владѣнiе можетъ продолжаться

безъ всякой обязанности владѣльца просить судебнаго рѣшенія установленнымъ порядкомъ; судебное рѣшеніе тогда только необходимо, когда владѣніе, на основаніи ст. 533, сдѣлается спорнымъ, вслѣдствіе чего подлежащее судебное разбирательство и возбужденіе подобнаго производства не можетъ быть возложено на обязанность владѣльца спорнымъ имуществомъ |см. Думашевскаго I, стр. 103|. Послѣ кассаціи дѣло Керстъ передано было въ Московскую Судебную Палату, которая прямо признала возможность ввода во владѣніе имуществомъ на основаніи давности, указавъ на то, что просить о немъ нужно въ охранительномъ, а не въ исковомъ порядкѣ. Соображенія Палаты были слѣдующія: I| Если нашъ законъ смотритъ на давность, какъ на способъ пріобрѣтенія собственности, то долженъ быть допущенъ и вводъ во владѣніе по давности, такъ какъ вводъ во владѣніе признается общимъ способомъ укрѣпленія правъ на имущество. 2. Давностное владѣніе, превратившееся вслѣдствіе условій, указанныхъ въ статьѣ 533, въ собственность, ничѣмъ не ограничивается закономъ, а такъ какъ вводъ во владѣніе, по смыслу законовъ, имѣетъ значеніе передачи правъ на недвижимое имущество и укрѣпленія его, то отказъ въ немъ былъ бы нарушеніемъ общаго смысла закона, а съ другой стороны - лишеніемъ владѣльца тѣхъ правъ, которыя могутъ служить крѣпкимъ и прочнымъ основаніемъ для гражданскаго обладанія, пріобрѣтеннаго уже въ силу закона. 3. Право давности установлено съ цѣлью устраненія неопредѣленности въ поль-

---

зованіи недвижимою собственностью; отказомъ же во вводѣ во владѣніе эта цѣль не достигается, ибо вводъ есть единственное средство вывести владѣемое имущество изъ неопредѣленнаго положенія.

Такимъ образомъ, мы видимъ, что вводъ во владѣніе, какъ послѣдствіе пріобрѣтенія права собственности на недвижимое имущество, долженъ быть необходимо допущенъ и при пріобрѣтеніи собственности по давности. Этимъ выводомъ уничтожается послѣдній аргументъ Энгельмана и доказывается съ достаточною, кажется, ясностью, что давностное владѣніе пользуется у насъ судебной защитой и должно быть признано поэтому и въ нашемъ правѣ самостоятельнымъ институтомъ, служащимъ однимъ изъ способовъ пріобрѣтенія собственности, и что въ этомъ же смыслѣ вопросъ о давности рѣшенъ въ принципѣ и нашей судебной практикой.

Разсмотримъ теперь условія, которыя ставитъ нашъ законъ давностному владѣнію для того, чтобы оно могло превратиться въ право собственности.

Съ этой цѣлью мы должны, главнымъ образомъ, проанализировать ст. 533. Она требуетъ, во I-хъ, чтобы владѣніе было въ видѣ собственности, а статья 560 говоритъ еще яснѣе, что "для силы давности надо владѣть на правѣ собственности, а не на иномъ основаніи". Что значатъ эти выраженія: въ видѣ и на правѣ собственности? Были попытки объяснить ихъ такъ, что, будто, давностный владѣлецъ долженъ имѣть основаніе, по которому онъ могъ бы считать себя собственникомъ владѣемой вещи.

Такое основанiе владѣнiя, вмѣстѣ съ добросовѣстнымъ сознанiемъ владѣльца о томъ, что онъ есть собственникъ, другими словами *justus titulus* и *bona fides* составляютъ дѣйствительно условiя давностнаго владѣнiя, *possessio ad usucapionem*, какъ въ римскомъ правѣ, такъ и во многихъ изъ современныхъ законодательствъ. Но наше право не говоритъ ничего ни о законномъ основанiи владѣнiя, ни объ его добросовѣстности, какъ объ условiяхъ давностнаго владѣнiя. Напротивъ, нѣкоторыя статьи нашихъ законовъ прямо уравниваютъ по отношенiю къ давности добросовѣстныхъ владѣльцевъ съ недобросовѣстными. Такъ, напримѣръ, въ статьѣ 164 Уложенiя о Наказ. говорится, что "права на имущества, пріобрѣтенныя посредствомъ преступленiя, подчиняются правиламъ о давности, въ законахъ гражданскихъ опредѣленныхъ". Отсюда видно, что не только владѣнiе безъ *justus titulus* и безъ *bona fides*, но и владѣнiе, прямо основанное на преступленiи, покрывается у насъ давностью и переходитъ въ право собственности. Къ этому же заключенiю приводитъ и статья тысяча двѣсти сорокъ вторая Десятаго тома части первой:

„Относительно правъ соучастниковъ въ наслѣдствѣ о б щ а г о и м ѣ н i я наблюдаются слѣдующiя правила:

1| Соучастники въ наслѣдствѣ общаго имѣнія теряютъ права свои тогда, когда не предъявятъ ихъ въ теченіе 10 лѣтъ со дня учиненнаго публичнаго вызова, буде таковой былъ сдѣланъ, считая началомъ срока послѣднее пропечатаніе въ вѣдомостяхъ.

2| Владѣніе одного изъ соучастниковъ общимъ ихъ имѣніемъ по заключенной между ними добровольной записи или иной сдѣлкѣ, или по узаконенной довѣренности, какъ зависящее отъ актовъ условныхъ, не можетъ быть прекращаемо черезъ давность въ право единственной или исключительной для сего владѣльца собственности.

3| Если соучастникъ, владѣвшій имѣніемъ, хотя бы то было и безъ надлежащаго уполномочія, показывалъ оное передъ присутственными мѣстами собственностью, обще съ другими ему принадлежащею, или выплачивалъ соучастникамъ ежегодно доходы, а впослѣдствіи то же самое имѣніе началъ показывать исключительной своей собственностью, то въ семъ случаѣ давность считается для отсутствующихъ соучастниковъ не со дня публикаціи, а со дня, въ который общее имѣніе показано единственной собственностью владѣющаго или въ который сдѣлана послѣдняя уплата доходовъ, смотря по тому, что было позднѣе.

4| Что же касается до споровъ, возникающихъ изъ управленія общимъ имѣніемъ, независимо отъ права собственности на оное, то споры сіи, какъ и всѣ

вообще гражданскіе иски подлежатъ дѣйствію общей давности". Здѣсь законъ допускаетъ пріобрѣтеніе права собственности, когда владѣлецъ измѣняетъ самовольно характеръ |титулъ| своего владѣнія, безъ всякаго отношенія къ добросовѣстности его дѣйствій. Изъ смысла приведенной, равно какъ и ст. 560, мы можемъ точно опредѣлить, что разумѣетъ нашъ законъ и подъ требованіемъ владѣнія "на правѣ собственности". Ст. 560: "Для силы давности надобно владѣть на правѣ собственности, а не на иномъ основаніи. Какъ посему одно пользованіе не составляетъ основанія къ праву собственности, то государственные крестьяне, городскія общества и духовныя установленія, равно всѣ тѣ, которымъ даны казенныя земли, въ пользованіе на извѣстныхъ условіяхъ или для извѣстнаго употребленія, не могутъ пріобрѣсти въ свою собственность по праву давности, казенныхъ земель, состоящихъ въ ихъ пользованіи, какъ бы долго то пользованіе ни продолжалось". Не допуская того, чтобы простое пользованіе вещью переходило въ силу давности въ право собственности на нее, нашъ законъ требуетъ, очевидно, отъ давностнаго владѣльца того, чтобы отношеніе его къ предмету владѣнія было независимое, а не производное отъ существующаго и признаваемаго имъ за другимъ лицомъ права собственности на ту же вещь. Если владѣніе соединено съ признаніемъ собственности въ другомъ лицѣ, то такой владѣлецъ, какимъ является, напримѣръ, арендаторъ, не можетъ никогда

сдѣлаться собственникомъ, сколько бы лѣтъ онъ ни владѣлъ арендуемой имъ землей. Но если онъ останитъ зависимое владѣніе и начнетъ владѣніе въ видѣ собственности, т.е. станетъ предпринимать такія дѣйствія, которыя предпринимаетъ одинъ лишь собственникъ, напримѣръ, выдавать владѣемое имъ имущество за свое, принимать касающіеся его иски, отправлять лежащія на немъ повинности, не платить арендной платы и т.п., то съ этого времени онъ дѣлается владѣльцемъ въ видѣ собственника и можетъ поэтому превратиться по истеченіи давностнаго срока въ настоящаго собственника. Слѣдовательно, ясно, что подъ выраженіемъ "въ видѣ собственности" нашъ законъ разумѣетъ не добросовѣстность и не законное основаніе владѣнія, а только его самостоятельность и независимость. Владѣніе должно по своей рельефности не отличаться отъ права собственности, выражаться въ тѣхъ же дѣйствіяхъ, въ какихъ собственникъ выражаетъ свое отношеніе къ принадлежащей ему вещи, - и тогда оно превращается въ право собственности безъ всякихъ соображеній о законномъ основаніи и о добросовѣстности. 2. Далѣе, законъ нашъ требуетъ отъ давностнаго владѣнія того, чтобы оно было "спокойно, безспорно и непрерывно". Спокойное владѣніе разумѣется здѣсь въ смыслѣ его фактической, а не юридической ненарушимости, какъ это полагаетъ Побѣдоносцевъ, потому что, если бы подъ спокойствіемъ понималась юридическая ненарушимость владѣнія со сто-

роны третьихъ лицъ, то этотъ признакъ подошелъ бы подъ понятіе безспорности, и тогда различіе этихъ словъ въ нашемъ законѣ потеряло бы всякій смыслъ. При пониманіи же спокойнаго владѣнія въ смыслѣ только фактически безмятежнаго владѣнія, требованіе безспорности его получаетъ большое значеніе, опредѣляемое въ ст. 558 и слѣд. Безспорнымъ владѣніемъ называется тутъ такое владѣніе, на которое нѣтъ притязаній отъ сторонникъ лицъ, и это условіе, какъ мы увидимъ, совершенно необходимо для пріобрѣтенія по давности права собственности. Наконецъ, подъ непрерывностью владѣнія слѣдуетъ разумѣть, согласно съ буквальнымъ смысломъ этого слова, такое владѣніе, которое, разъ начавшись, продолжается безъ перерыва въ теченіе всего давностнаго срока, во время котораго не должно быть такого момента, когда владѣніе можно было бы считать прекратившимся или потерянымъ.

Сравнивая между собою три названныхъ сейчасъ признака давностнаго владѣнія, легко увидѣть, что непрерывность владѣнія составляетъ родовое понятіе, а спокойствіе и безспорность - видовые, частные случаи непрерывности, а именно - спокойствіе есть непрерывность въ фактическомъ отношеніи, а безспорность - въ юридическомъ. Такимъ образомъ, выходитъ, что давностное владѣніе для того, чтобы обратиться въ право собственности, должно быть непрерывно, какъ юридически, такъ и фактически. Спрашивается, чѣмъ

нарушается эта непрерывность владѣнія? Какія препятствія можетъ встрѣтить теченіе давности? Эти препятствія слѣдующія: а| потеря владѣнія, которая можетъ быть какъ вынужденная, когда владѣлецъ вытѣсняется изъ владѣнія другимъ лицомъ противъ своей воли, такъ и добровольная, когда онъ самъ по своей волѣ оставляетъ владѣніе вещью. Относительно вынужденной потери владѣнія Побѣдоносцевъ замѣчаетъ, что если владѣлецъ подастъ въ 6-ти мѣсячный срокъ просьбу о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, и оно будетъ возстановлено, то давность не считается прерванной. Согласиться съ этимъ замѣчаніемъ довольно трудно, такъ какъ изъ него видно, что Побѣдоносцевъ сводитъ всѣ требованія закона относительно давностнаго владѣнія къ одной безспорности его, что едва ли допустимо въ виду употребленія въ нашемъ законѣ для характеристики давностнаго владѣнія трехъ различныхъ названій: "непрерывности, спокойствія и безспорности". Какъ допустить, что законъ употребляетъ эти названія, не придавая имъ никакого значенія? б| Владѣніе считается, далѣе, прерваннымъ, когда владѣлецъ признаетъ прямо или косвенно за другими лицами право собственности на то-же имѣніе, если онъ проситъ, напримѣръ, собственника объ отсрочкѣ арендной платы, или уплачиваетъ ее, или допускаетъ другихъ лицъ дѣлать такія распоряженія по имѣнію, которыя противорѣчатъ владѣнію въ видѣ собственности. Въ этомъ смыслѣ нашъ законъ и говоритъ въ статьѣ

567 слѣдующее: "давность владѣнія считается съ того времени, когда началось безспорное владѣніе имуществомъ. Владѣніе не считается начавшимся, когда прежній владѣлецъ можетъ доказать актами, что въ сіе самое время онъ еще управлялъ и распоряжался тѣмъ имуществомъ, какъ своей собственностью". Наконецъ, в| "владѣніе прерывается споромъ, предъявленнымъ ко владѣльцу въ установленномъ порядкѣ".Но притязанія постороннихъ лицъ тогда только по нашимъ законамъ дѣлаютъ владѣніе спорнымъ,"когда въ судебныя мѣста поступили не только явочныя, но и исковыя прошенія" |ст. 559|.

Послѣдствія перерыва давностнаго владѣнія,если оно потомъ и возстановляется, заключаются въ томъ, что все прежнее время спокойнаго владѣнія исключается изъ теченія давности. Если по отпаденіи препятствій, послужившихъ къ ея перерыву, начинается новое владѣніе, то давность исчисляется съ момента этого новаго владѣнія; вся же прежняя давность въ счетъ не идетъ.

3| Третье условіе, требуемое нашими законами отъ давностнаго владѣнія, состоитъ въ томъ, чтобы предметъ его подлежалъ дѣйствію давности. Объ этомъ условіи не говорится въ статьѣ 533, но мы уже знаемъ изъ предшествующаго изложенія, что наши законы изъемлютъ изъ дѣйствія давности заповѣдныя имѣнія, чрезполосное владѣніе |въ отношеніяхъ чрезполосныхъ владѣльцевъ между собою|, предметы общественнаго

обладанія и проч. Къ этимъ извѣстнымъ намъ примѣрамъ исключенія давности присоединимъ еще постановленіе нашей статьи 563, по которой не подлежатъ дѣйствію давности межи генеральнаго межеванія и соединенныя съ ними права. Смыслъ этого запрещенія таковъ, что межевая черта дачи, генерально обмежеванной, должна быть ненарушима. Она не можетъ быть измѣнена или перенесена въ другое мѣсто по праву земской давности. Но изъ этого запрещенія вовсе не слѣдуетъ, что владѣнія разныхъ лицъ и въ предѣлахъ обмежеванной дачи должны постоянно оставаться неизмѣненными и изъятыми изъ подъ дѣйствія земской давности. Напротивъ, эти владѣнія могутъ измѣняться на основаніи признанныхъ закономъ способовъ пріобрѣтенія собственности, а слѣдовательно, и на основаніи давности, но подъ условіемъ ненарушимости генеральной межи и различенія права собственности отъ межеваго права |Подробности см. у Побѣдоносцева, стр. 628 и слѣд.|:

Наконецъ, 4-ое и послѣднее условіе давностнаго владѣнія составляетъ истеченіе извѣстнаго срока владѣнія, который нашъ законъ опредѣляетъ въ 10 лѣтъ, безъ всякаго различія въ этомъ отношеніи между отдѣльными видами имущества и между движимыми и недвижимыми вещами |стр. 565|.

Этотъ срокъ называется срокомъ давности или просто давностью, почему въ прежнихъ судебныхъ рѣшеніяхъ, да и теперь, встрѣчается часто выраженіе,

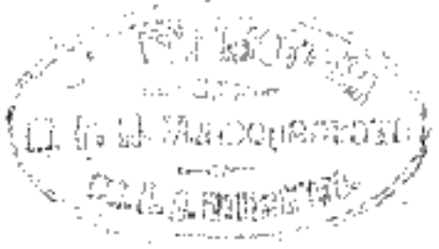
что такое-то лицо владѣло въ теченіе, напримѣръ, трехъ давностей: это значитъ - что владѣніе его продолжалось 30 лѣтъ и т. п. Теченіе давностнаго срока - сплошное, т.е. въ него не входятъ и изъ него не исключаются никакіе особенные сроки. Только въ видѣ исключенія, теченіе давности пріостанавливается въ пользу лицъ недѣеспособныхъ |умалишенныхъ, малолѣтнихъ, глухонѣмыхъ и т.п.| и въ пользу лицъ находящихся на военной службѣ во время войны. Теченіе давности здѣсь не прерывается, какъ въ предыдущемъ случаѣ, но пріостанавливается. При перерывѣ, прежнее время владѣнія пропадаетъ, становится безполезнымъ, и продолженіе его будетъ началомъ новаго владѣнія, которое тогда лишь превратится въ право собственности, если оно будетъ снова въ теченіе 10 лѣтъ спокойно, безспорно, непрерывно и въ видѣ собственности. Напротивъ, при пріостановленіи давности настаетъ только промежуточное время, въ теченіе котораго она не дѣйствуетъ, но по истеченіи этого времени возобновляется, а съ нею вмѣстѣ возобновляется и то самое владѣніе, которое существовало до наступленія этого промежуточнаго періода, - такъ что время прежняго владѣнія здѣсь не пропадаетъ, а прилагается къ новому. Примѣръ: я владѣю землей съ I января 1830 года. Собственникъ молчитъ до 1837 года; къ 1837 году I января умираетъ, оставя сына на первомъ году. Въ день его смерти оставалось ровно три года до истеченія давности.

Тутъ на все время несовершеннолѣтія сына умершаго собственника теченіе давности пріостанавливается. Этому сыну будетъ 21 годъ въ 1857 году. Положимъ, что онъ до совершеннолѣтія умеръ въ 1856 году, передавъ наслѣдство племяннику 10 лѣтъ. Опять пріостановка. Этому новому наслѣднику будетъ 21 годъ въ 1867 году. Во все это время владѣніе мое не могло укрѣпить за мною право собственности; но прежнее время моего владѣнія до 1837 года сохраняется за мною неприкосновенно и неотъемлемо. Съ наступленіемъ совершеннолѣтія послѣдняго наслѣдника, т.е.1867 года, начинается снова теченіе давности. Еще бы три года провладѣть мнѣ такъ же, какъ владѣлъ прежніе 7 лѣтъ и право будетъ за мною въ 1870 году. Но вдругъ въ 1869 году наслѣдникъ предъявляетъ споръ - и все погибло: теченіе давности здѣсь уже п р е р в а н о, и для того, чтобы пріобрѣсти собственность, мнѣ надо снова начать, если удастся, спокойное, безспорное и непрерывное владѣніе въ видѣ собственности.

Здѣсь мы касаемся вопроса о переходѣ давности, вмѣстѣ съ переходомъ вещныхъ правъ путемъ преемства |Successio|. Нашъ законъ |ст. 566| говоритъ объ этомъ слѣдующее: " Наслѣднику или преемнику правъ вотчинника, не искавшаго о принадлежащихъ ему имуществахъ менѣе 10 лѣтъ, должно оставаться столько времени для начатія иска, сколько оставалось въ день смерти его предшественника или въ день

перехода къ нему имущества.

Подробности относятсякъ наслѣдственному праву.



---ooOoo--