

Проф. В. М. ГОРДОНЪ.

ИСКЪ О ВОСПРЕЩЕНІИ.

(Литературное обозрѣніе).



С.-ПЕТЕРБУРГЪ.

Типографія т-ва „Общественная Польза“, Б. Подъяческая, 39.

1913.

Очередные вопросы въ литературѣ гражданского процесса.

(Литературное обозрѣвіе).

Искъ о воспрещеніи.

«Предупрежденіе и пресѣченіе» нарушеній гражданского права; иски о признаніи; «Wartrecht»; иски о воспрещеніи. Извѣстны ли иски о воспрещеніи русской судебной практикѣ? Германская литература объ *Unterlassungsklage*. Всякое ли гражданское право можетъ быть защищаемо такимъ искомъ? Универсальность иска о воспрещеніи; возрѣнія литературы; положеніе вопроса въ германской судебной практикѣ. Есть ли искъ о воспрещеніи искъ о присужденіи или же искъ о признаніи? Условія допущенія иска о воспрещеніи. Maximum правовыхъ эффе́ктовъ такого иска. Искъ о воспрещеніи безъ закона о карательномъ воздѣ́йствіи? Эффе́кты иска о воспрещеніи; побудительный штрафъ и уголовная кара; искъ о воспрещеніи уголовно-наказуемыхъ дѣ́йствій.

Prof. K. Hellwig, *System des deutschen Zivilprozessrechts*, I [1912], § 104: Die Klage auf Unterlassung und Duldung.—Dr. Hans Jacobson, *Die Unterlassungsklage*, Berlin, 1912, XII+173.—Dr. Alfred Stephan, *Die Unterlassungsklage*, München, 1908.—Dr. Paul Eltzbacher, Prof. an d. Handelshochschule, Berlin, *Die Unterlassungsklage, ein Mittel vorbeugenden Rechtsschutzes*, Berlin, 1906, XI+267.

Германская литература послѣдняго времени удѣлила не мало вниманія вопросу о защитѣ гражданскихъ правъ отъ такихъ нарушеній, которыми грозитъ будущее. Такія стремленія, выдвинутыя практикою, поддержанныя доктриною, нашли опору и откликъ также и въ законодательствѣ. Достаточно указать на инсти-

тутъ исковъ о признаніи. Допущеніе уже ихъ знаменуетъ торжество принципа предупредительной защиты гражданско-правовыхъ позицій. Къ проведенію такого принципа направлено ученіе о «Wartrecht». Нашъ русскій ученый, приватъ-доцентъ Мюнхенскаго университета Семека-Максимовичъ, одинъ изъ первыхъ изслѣдователей этого понятія, опредѣляетъ Wartrecht какъ юридически обеспеченную возможность возникновенія въ будущемъ полного права. Къ выясненію правового характера такой возможности направлено вниманіе и германскихъ ученыхъ. Вопросу о Wartrecht'ѣ прив.-доц. Семека-Максимовичъ посвятилъ двѣ статьи, помѣщенные въ солидныхъ юридическихъ журналахъ ¹⁾

Въ одной изъ нихъ авторъ выясняетъ понятіе «Wartrecht» и примѣняетъ его для объясненія сущности «hereditas jacens». Въ другой производитъ опытъ примѣненія понятія «Wartrecht» къ объясненію различныхъ явленій, разбросанныхъ въ разныхъ частяхъ современнаго гражданскаго права, ограничиваясь при этомъ правомъ германскимъ. Было бы, конечно, желательно, чтобы подобный пересмотръ ученій былъ произведенъ въ примѣненіи и къ нашему руссiйскому праву; пытливость автора и богатый запасъ знаній и опыта, почерпнутый въ западно-европейской школѣ, дадутъ ему возможность распространить и въ русской юриспруденціи плодотворную идею. Такой шагъ былъ бы желателенъ именно по той причинѣ, что отъ подобнаго теченія науки нельзя не ожидать богатыхъ практическихъ послѣдствій; оно приводитъ къ сознанію необходимости оказывать защиту праву уже въ ту пору, когда оно еще находится въ процессѣ сложенья, но когда есть уже нѣчто большее, чѣмъ простая надежда на возникновеніе права, хотя и нѣтъ еще права полного. Знаменательный моментъ въ дѣлѣ проведенія въ жизнь *предупредительной* защиты гражданскаго права представляетъ и институтъ *исковъ о воспрепятствованіи*, исковъ, направляемыхъ на то, чтобы предупреждать въ будущемъ дѣйствія, совершеніе которыхъ было бы нарушеніемъ правъ истца.

И русской судебной практикѣ не чужда идея исковъ, направленныхъ къ той цѣли, чтобы предупреждать въ будущемъ дѣйствія, совершеніе которыхъ было бы нарушеніемъ правъ истца.

¹⁾ Dr. Gregor Semeka: 1) Aus der Lehre vom Wartrecht, — въ Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliches Recht, томъ 36 [1909 г.], стр. 611—660 и 2) Das Wartrecht, въ Archiv für das bürgerliche Recht, томъ 35 [1910 г.], стр. 121—190.

Практика правительствующаго сената уже отразила въ себѣ случаи, когда передъ нашими судебными установленіями возникалъ вопросъ о допустимости исковъ о воспрещеніи нарушенія правъ истца въ будущемъ.

Въ 70-хъ годахъ истекшаго столѣтія въ русской судебной практикѣ было такое дѣло. Крестьянинъ Воронковъ устроилъ водяную мельницу у небольшого протока. Для того, чтобы она могла лучше работать, онъ сталъ рыть каналъ для соединенія протока съ главнымъ русломъ рѣки. На берегу ея, выше того мѣста, куда направленъ былъ каналъ, стояла другая мельница, приводившаяся въ дѣйствіе водою главнаго русла рѣки. Владѣлецъ этой второй мельницы предъявилъ искъ, прося судъ обязать Воронкова прекратить дальнѣйшее рытье канала. Если отвѣтчикъ, — объяснилъ истецъ, — этого не исполнить и доведетъ каналъ до конца, то вода въ главномъ руслѣ рѣки уменьшится и не въ состояніи будетъ приводить въ дѣйствіе мельницу, у этого русла стоящую. Въ этомъ дѣлѣ, — раздался протестъ, — ничего не говорится о нарушеніи правъ истца въ *настоящее* время, а толкуется о какомъ-то мнимомъ, имѣющемъ быть еще когда-то, въ *будущемъ*; подобные иски никакимъ закономъ не предусмотрѣны, а потому и не подлежатъ разбору суда.

Правительствующій сенатъ рѣшительно не согласился съ такимъ взглядомъ ¹⁾. Не можетъ быть правильнымъ, — высказалъ онъ, — чтобы нарушеніе права могло быть предметомъ иска лишь въ томъ случаѣ, когда черезъ это произошелъ бы вредъ въ *настоящемъ*, а не предвидѣлся только въ *будущемъ*. Не представляется законныхъ основаній прійти къ заключенію, — подчеркиваетъ сенатъ, — что *ожидаемый вредъ отъ предпринятыхъ уже отвѣтчикомъ дѣйствій* не открывалъ бы для противной стороны права иска къ *прегражденію* такихъ дѣйствій. *Опасность* вреда или убытковъ въ *будущемъ*, — разъяснилъ сенатъ, — можетъ дать справедливое основаніе къ *иску о воспрещеніи* отвѣтчику извѣстныхъ дѣйствій, направленныхъ къ произведенію этихъ послѣдствій.

Допустимость иска о воспрещеніи сенатъ мотивировалъ тѣсною связью между вредомъ въ *настоящемъ* и тѣмъ вредомъ, который грозитъ въ *будущемъ*. Дѣянія, могущія нанести вредъ и убытки, — говоритъ онъ, — столь разнородны, что только немногія

1) Рѣшеніе граждан. кассацион. департамента 1881 г. № 84.

изъ нихъ совершаются мгновенно и столь же мгновенно наносятъ вредъ или убытки. Весьма часто дѣянія сего рода слагаются изъ цѣлаго ряда разныхъ дѣйствій, которыя только въ общей ихъ совокупности приводятъ къ вреду или убытку въ то время, когда окончательно будутъ завершены. Чѣмъ сложнѣе извѣстное дѣяніе, чѣмъ болѣе продолжительнаго времени оно требуетъ для его осуществленія, тѣмъ въ послѣдствіи оно можетъ нанести болѣе обширный и существенный вредъ и вызвать тѣмъ большіе убытки. Въ подобныхъ случаяхъ *угрожаемый* отъ предпринятыхъ дѣйствій вредъ въ *будущемъ* уже дѣлается *вредомъ въ настоящемъ*, ибо нарушаетъ спокойное обладаніе принадлежащимъ правомъ. Указавъ сенатъ и *условія удовлетворенія* исковъ о воспрещеніи. Отъ суда, — разъяснилъ онъ, — зависитъ по доказательствамъ, представленнымъ сторонами, *опредѣлить*, дѣйствительно ли *основательны опасенія истца*.

Уже приведенное рѣшеніе показываетъ, что искъ о воспрещеніи давно выдвинутъ русскою судебною практикою. Явившись у насъ безъ велѣнія законодателя, онъ существуетъ какъ натуральное дѣтище, порожденное нашею судебною практикою и воспринятое сенатомъ. Онъ не имѣетъ и имени, которое было бы за нимъ окончательно закрѣплено. Не изслѣдована и природа его.

Эти обстоятельства, однако, не только не уменьшаютъ, но, какъ-разъ обратно, повышаютъ интересъ къ ряду работъ, посвященныхъ германскому иску, имѣющему наименованіе «*Unterlassungsklage*». Отправнымъ моментомъ въ развитіи литературы этого вопроса является 1906 годъ, когда появился трудъ проф. Eltzbacher'a, выдвинувшаго *Unterlassungsklage*, какъ предметъ научнаго изслѣдованія въ качествѣ самостоятельнаго института. Кромѣ книги Eltzbacher'a, въ настоящее время есть еще двѣ работы монографическаго характера Stephan'a и Jacobsohn'a. Задолго до монографическихъ изслѣдованій уясненіе сущности этого иска производилось уже по отдѣльнымъ вопросамъ, его касающимся. Въ этомъ отношеніи надлежитъ отмѣтить роль изслѣдованій проф. Hellwig'a. Уже въ первомъ изданіи своего огромнаго и богатаго мыслями труда «*Anspruch und Klagerecht*», появившемся въ 1900 году, онъ ввелъ «*Unterlassungsklage*» въ кругъ изслѣдованія природы иска и примыкающихъ къ нему понятій. Въ многотомномъ *Lehrbuch'e*, первый томъ котораго появился въ 1908 году, въ недавно (1912 г.) изданіи первомъ томѣ «Системы германскаго процессуальнаго права» Hellwig вводитъ

этотъ новый видъ иска въ общее ученіе объ искѣ и, вмѣстѣ съ тѣмъ, въ общую схему процессуальнаго права. Право гражданства новый искъ получилъ, но природа его еще не изслѣдована. Работы, названныя выше, и представляютъ научно-практическій интересъ освѣщенія цѣлаго ряда вопросовъ, рѣшеніе которыхъ необходимо для жизни новаго явленія. Двѣ стороны проблемы выдвинуты въ этихъ работахъ. Одна касается *матеріально-правовой* стороны иска о воспрещеніи. Это—вопросъ о томъ, какія гражданскія права могутъ быть защищаемы такими исками? Рядъ вопросовъ въ этихъ работахъ направленъ къ освѣщенію *процессуальной стороны* дѣла. Прежде всего, выдвинутъ вопросъ о природѣ иска о воспрещеніи: есть ли это искъ о присужденіи или искъ о признаніи? Съ этимъ вопросомъ тѣсно связаны и два другихъ: объ условіяхъ, при которыхъ можно допускать искъ о воспрещеніи и, засимъ, объ исполнительномъ эффектѣ рѣшенія по такому иску, иначе говоря, объ *executio ad non faciendum*.

Что касается *матеріально-правовой* стороны проблемы, то нельзя не отмѣтить усиленнаго вниманія къ ней со стороны германскихъ изслѣдователей. Это объясняется особенностью положенія исковъ о воспрещеніи въ германскомъ законодательствѣ. Процессуальный уставъ вовсе не упоминаетъ о такомъ видѣ иска, но предусматриваетъ способы понужденія не только позитивныхъ дѣйствій, но и негативныхъ, говоря объ «*Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen*». Гражданское же уложеніе Германіи (BGB) въ цѣломъ рядѣ случаевъ (насчитываютъ ихъ 27) спеціально рекомендуетъ прибѣгать къ искамъ такого вида. Несмотря на различіе выраженій, всѣ эти разрозненные случаи сводятъ, — напр., Jacobsohn, — въ такую формулу: если произошло нарушеніе права и есть основаніе ожидать дальнѣйшихъ нарушеній, то можетъ быть предъявленъ искъ о неучиненіи ихъ (*auf Unterlassen*). Такимъ образомъ, новый искъ появился въ Германіи при посредствѣ *матеріальнаго*, а не *процессуальнаго* права. Этимъ можно объяснить прежде всего самый терминъ «*Unterlassungsklage*». Здѣсь указывается на то поведеніе, котораго путемъ иска добиваются отъ отвѣтчика, отмѣчается содержаніе той *матеріальной* обязанности, которая на немъ лежитъ: «*Unterlassung*» — несовершеніе или непротивленіе. Между тѣмъ съ *процессуальной* стороны искъ этотъ долженъ характеризоваться своею *цѣлью*; а она заключается въ томъ, чтобы судъ, подтвердивъ означенную обязанность, *воспретилъ* уклоненіе отъ ея соблюденія. Эта черта не

отразилась на германскомъ терминѣ; выраженіе же «*Verbotsklage*»,—соотвѣтствующее нашему «иску о воспрещеніи», встрѣчается рѣдко, носитъ случайный характеръ. Причина кроется въ исторіи появленія этого иска, именно, черезъ матеріальное, а не процессуальное право. Обстоятельство такое примѣчательно для російскихъ юристовъ. Оно должно подтвердить правильность термина «искъ о *воспрещеніи*», какъ подчеркивающего признакъ, характеризующій искъ по тому дѣйствию, котораго добиваются *отъ суда*, а не отъ отвѣтчика; это именно отъ суда добивается истецъ рѣшенія, которое побудило бы отвѣтчика либо не совершать данныхъ дѣйствій («*ne me turbet*»), либо не препятствовать истцу въ совершеніи чего-либо («*ne me impediat*»). Отсутствіе въ германскомъ законодательствѣ указанія на *общую* допустимость такихъ исковъ не могло не заставить германскихъ юристовъ сосредоточить вниманіе на вопросѣ, каковы же тѣ права гражданскія, въ защиту которыхъ можно обращаться къ иску о воспрещеніи. Если, какъ отмѣчено, законъ называетъ нѣкоторыя изъ нихъ, то должно ли ими и ограничиваться, или же возможно предьявлять его и внѣ этихъ случаевъ? Не слѣдуетъ ли признать, что отдѣльные случаи, закономъ указанные, воспроизводятъ для всѣхъ нихъ и для имъ подобныхъ единое начало—допустимость иска о воспрещеніи, какъ самостоятельнаго института?

Искъ о воспрещеніи, какъ общій институтъ, допустимый въ видѣ общаго правила всюду, гдѣ въ немъ окажется необходимость, а не въ однихъ специально предусмотрѣнныхъ случаяхъ, нашелъ изслѣдователя и защитника уже нѣсколько лѣтъ тому назадъ въ лицѣ *Eltzbacher'a*. Онъ рѣшительно выступилъ противъ возрѣнія, отводившаго иску о воспрещеніи узкія границы предусмотрѣнныхъ закономъ случаевъ ¹⁾. Въ основѣ ихъ,—*доказывалъ онъ*,—лежитъ общая идея; коль скоро законодатель про-

¹⁾ Такую точку зрѣнія проводилъ особенно энергично проф. *H. Lehmann*, *Die Unterlassungspflicht*, стр. 81 сл. Когда, засимъ, появился трудъ *Eltzbacher'a*, *Lehmann* рѣшительно заявилъ, что попытка *Eltzbacher'a* представить искъ о воспрещеніи какъ общій институтъ стоитъ въ прямомъ противорѣчій съ германскимъ закономъ; *Neumann's Jahrbuch des deutschen Rechtes* 5. Jahrgang (1907), стр. 68. Противъ конструкціи *Eltzbacher'a* выступилъ также *v. Lippmann* въ статьѣ „*Zur Frage der Unterlassungsklage*“, помѣщенной въ *Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung*, zunächst in Bayern, X, стр. 125 сл.; см. также *v. Blume*, *Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage*, въ *Festgabe der Königsberger Juristenfakultät für K. Güterbock*, 1910, стр. 383—400.

явилъ ее въ отдѣльныхъ случаяхъ, этого достаточно, чтобы допускать искъ о воспрещеніи *всюду*, гдѣ только смѣются правовыя притязанія, направляющіяся на несовершенно или на допущеніе чего-либо. А такія притязанія,—по объясненію его,—имѣются и безъ прямого указанія въ законѣ, тамъ, гдѣ предоставляется кому-либо требовать возмѣщенія вреда и убытковъ за понесенную неправду; такое притязаніе указываетъ рефлекторно на то, что эта неправда воспрещается въ пользу даннаго лица и, такимъ путемъ, существуетъ у него право на противоположное дѣйствіе или несовершенно.

Это положеніе *Eltzbacher*'а вызвало сомнѣніе въ своей правильности. Здѣсь сказано,—говорили (*Bunsen*),—либо слишкомъ много, либо ничего. Если правильно то, что сказалъ *Eltzbacher*,—говорилъ одинъ изъ противниковъ,—то собственникъ не только въ случаѣ нарушенія, уже происшедшаго, можетъ предъявить искъ о несовершенно дальнѣйшихъ нарушеній, но можетъ предъявить его уже въ случаѣ основательнаго опасенія еще предстоящаго перваго вторженія въ сферу своего права. Можно ли,—ясно выражалось сомнѣніе,—вести такъ далеко мѣры предупрежденія и пресѣченія нарушенія правъ гражданскихъ?

На эту сторону вопроса обратили вниманіе послѣдующіе исследователи. Произведя пересмотръ матеріаловъ, бывшихъ въ виду у предшественниковъ, авторъ новѣйшей работы по этому вопросу *Jacobsohn* пришелъ, однако, къ выводу иному. О проблемѣ общаго, объемлющаго все гражданское право иска о воспрещеніи,—рѣшительно заявляетъ онъ,—не можетъ быть и рѣчи; область примѣненія такого иска ограничивается лишь нѣкоторыми видами относительныхъ правъ и правами абсолютными. Еще болѣе суживаетъ эту область *Stephan*. Аналогичное примѣненіе случаевъ, указанныхъ въ законѣ, считаетъ онъ возможнымъ не далѣе того, чтобы допускать искъ о воспрещеніи только по отношенію къ абсолютнымъ правамъ. Идти дальше этого считаетъ онъ дѣломъ, не имѣющимъ опоры въ дѣйствующемъ (германскомъ) правѣ. Ошибку со стороны *Eltzbacher*'а видитъ онъ въ томъ, что по взгляду того достаточно наличности обязанности для того, чтобы признавать право на соблюденіе этой обязанности. Точку зрѣнія *Eltzbacher*'а считаетъ онъ практичною и даже желательною. Но,—находить,—для принятія ея необходима реформа, а она должна быть произведена не судомъ, а законодательнымъ путемъ введенія новыхъ нормъ въ систему права.

Попытку доказать общую допустимость по германскому праву единого иска о воспрепятствовании сдѣлать и проф. *Hellwig*. Онъ опирается на статью 259 германскаго устава гражд. судопроизводства. По ней можетъ быть предъявленъ искъ о будущемъ исполненіи, если по обстоятельствамъ дѣла надо опасаться, что должникъ уклонится отъ своевременнаго исполненія. Подъ понятіе исполненія подводятъ *Hellwig* и несовершенство. Искъ о воспрепятствовании, поэтому, можетъ быть предъявляемъ на общемъ основаніи, которое представляетъ статья 259; отдѣльныя же постановленія германскаго уложенія утратили свое значеніе, стали излишни со введеніемъ въ 1898 году названной статьи.

Воззрѣніе *Hellwig*'а нашло сторонниковъ; таковъ, напримѣръ *Wendt* ¹⁾. Не мало имѣется и противниковъ. Среди нихъ долженъ быть упомянутъ прежде всего проф. *Friedrich Stein*, давно уже высказавшійся по этому вопросу ²⁾ Послѣ него выступилъ противъ *Hellwig*'а *Eltzbacher*. Свои сужденія онъ направилъ въ самый корень воззрѣнія *Hellwig*'а, подвергнувъ интерпретаціи статью 259 германскаго устава въ связи съ двумя предшествующими, составляющими всѣ вмѣстѣ одно нераздѣльное цѣлое.

Статьи эти таковы:

Ст. 257. Если право требовать денегъ не обусловлено предварительнымъ исполненіемъ другого, взаимнаго требованія, или право требовать выѣзда изъ имѣнія либо освобожденія какого-либо помѣщенія связано съ наступленіемъ опредѣленнаго дня, то можетъ быть предъявленъ искъ о будущемъ платежѣ или о выѣздѣ въ будущемъ.

Ст. 258. При періодическихъ исполненіяхъ можетъ быть предъявленъ искъ и о тѣхъ изъ нихъ, срокъ которыхъ наступитъ лишь послѣ того, какъ состоится судебное рѣшеніе.

Ст. 259. И въ случаевъ, указанныхъ въ ст. 257—258, можетъ быть предъявляемъ искъ о будущемъ исполненіи, если обстоятельства дѣла оправдываютъ опасеніе, что должникъ уклонится отъ своевременнаго исполненія.

Эти статьи,—объясняетъ *Eltzbacher*,—имѣютъ лишь то значеніе, что къ болѣе раннему моменту приурочиваютъ право на

¹⁾ *Wendt*, Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerlichen Recht, въ Archiv für die civilistische Praxis, томъ 92 (1901), стр. 85 и сл.

²⁾ *Fr. Stein*, Ueber die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, insbesondere bei der Verurteilungsklage, Halle, 1903; на точку зрѣнія *Stein*'а сталъ также проф. *Heinrich Lehmann*, Die Unterlassungspflicht, 1906, стр. 131.

искъ; лицо, имѣющее такое право на искъ, при извѣстныхъ условіяхъ, еще до наступленія срока требованія можетъ добиться рѣшенія, которое дастъ ему возможность въ порядкѣ принудительнаго исполненія *устранить нарушеніе* права, какъ только наступитъ срокъ требованія, а исполненіе не будетъ произведено. Таково же, въ частности, значеніе статьи 259; она, какъ и ей предшествующія статьи, предусматриваетъ искъ, направляющійся къ *устраненію* уже *послѣдовавшаго* нарушенія права, къ подготовкѣ условія для примѣненія принудительнаго исполненія, для того, чтобы устраненіе нарушенія могло послѣдовать непосредственно за наступленіемъ нарушенія. Искъ о воспрещеніи же, — сопоставляетъ Eltzbacher, — служитъ всегда дѣлу *предупрежденія* *грозящаго* нарушенія права; даже въ томъ случаѣ, когда такой искъ предъявляется лишь послѣ того, какъ послѣдуетъ нарушеніе, онъ направляется не на устраненіе послѣдствій нарушенія, но на то, чтобы *воспрепятствовать повторенію* нарушеній. Въ виду этого, искъ о воспрещеніи не можетъ быть подводитимъ подъ статью 259. Правда, — поясняетъ онъ, — эта послѣдняя имѣетъ нѣчто общее съ статьями германскаго гражданскаго уложенія, допускающими въ отдѣльныхъ случаяхъ искъ о воспрещеніи; это общее заключается въ томъ, что всѣ онѣ предусматриваютъ право на искъ для защиты притязаній, срокъ осуществленія которыхъ еще не наступилъ. Но есть существенная черта различія. Искъ о воспрещеніи предназначается для *предупрежденія* нарушенія права въ будущемъ; искъ же о будущемъ по ст. 259 германскаго устава гражданскаго судопроизводства служитъ къ тому, чтобы доставить возможность *немедленнаго устраненія* будущаго нарушенія права.

Противъ ученія Hellwig'a по данному вопросу высказываются также и авторы другихъ работъ, выше указанныхъ, Stephan (стр. 68—78) и Jacobsohn (стр. 53, прим.).

Такія выступленія противниковъ не повліяли, однако, на воззрѣніе проф. Hellwig'a. По крайней мѣрѣ, и въ первомъ томѣ «Системы германскаго процессуальнаго права» онъ продолжаетъ держаться прежняго взгляда, прямо заявляя, что доводы, высказывавшіеся до сихъ поръ противниками, не убѣждаютъ его. Ст. 259, — говоритъ онъ, — *можетъ* относиться къ негативному исполненію. Впрочемъ, на соотношеніе между этою статьею и отдѣльными случаями допущенія иска о воспрещеніи по германскому гражданскому уложенію Hellwig измѣнилъ свой взглядъ. Статьи

уложенія, — объясняетъ онъ, — примѣнимы къ тому случаю, когда грозить *повтореніе* правонарушенія, статья же 259 устава вводитъ дополнение, предусматривая тотъ случай, когда обнаруживается *злая воля* со стороны отвѣтчика.

Рѣшеніе вопроса о тѣхъ гражданскихъ правахъ, которыя могутъ быть защищаемы *искомъ* о воспрещеніи, имѣетъ важное практическое значеніе; оно должно указать естественные предѣлы области примѣненія такого иска: съ одной стороны, *всѣ тѣ права*, которыя *можно* защищать при посредствѣ такого иска, и *должны* быть защищаемы имъ; съ другой стороны *не долженъ* быть примѣняемъ такой искъ въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ онъ служилъ бы не для защиты правъ, а для причиненія затрудненій и беспокойствъ противной сторонѣ.

Попытки провести правосудіе между такими Сциллою и Харибдою представляетъ практика германскаго рейхсгерихта. Онъ признаетъ искъ о воспрещеніи, какъ общій институтъ для всей области гражданского права, а не для отдѣльных лишь случаевъ, закономъ прямо указанныхъ; съ другой стороны, для отдѣльных отраслей права, въ силу особенностей, въ нихъ самихъ заключающихся, не допустилъ онъ такого иска.

Отправнымъ пунктомъ въ практикѣ германскаго рейхсгерихта по данному вопросу является рѣшеніе его, состоявшееся въ 1901 году ¹⁾. Сущность дѣла, вызвавшего это рѣшеніе, заключалась въ слѣдующемъ. Пароходное общество угрожало экспедиціонной конторѣ, состоявшей въ дѣловыхъ отношеніяхъ съ группою парусныхъ судовъ, что оно будетъ вредить ей особымъ тарифомъ для того, чтобы побудить мореходцевъ, конкурирующихъ съ пароходнымъ обществомъ, дать иное направленіе транспортируемымъ грузамъ. Рейхсгерихтъ уважилъ искъ, объяснивъ, что въ поведеніи отвѣтчика надо видѣть нарушеніе статьи 826 BGB. («добрые нравы»). Хотя законъ, — разсуждалъ рейхсгерихтъ, — прямо говоритъ (въ ст. 826) только объ обязанности возмѣщать вредъ, но «по существу дѣла» здѣсь содержится указаніе и на обязанность «не совершать» (*Verbindlichkeit zur Unterlassung*). А если законъ устанавливаетъ право или обязанность, то долженъ онъ дать и возможность осуществлять путемъ иска соотвѣтственное притязаніе на несовершенство со стороны обязаннаго. Нормировавъ притязаніе на несовершенство для отдѣль-

¹⁾ Reichsgerichts Entscheidungen in Zivilsachen, томъ 48 (1901).

ныхъ случаевъ, германское гражданское уложеніе не исключило допустимости его и для другихъ случаевъ, относящихся къ области уложенія. Поэтому притязаніе на несовершенно, примѣнительно къ ст. 823 и 826, надо допустить по крайней мѣрѣ тамъ, гдѣ недозволенное поведеніе уже имѣло мѣсто и надо опасаться дальнѣйшихъ нарушеній.

Точка зрѣнія рейхсгерихта нашла сторонниковъ и въ литературѣ. Рѣшительнымъ образомъ, однако, выступилъ противъ такого воззрѣнія Eltzbacher.

Можно ли считать правильнымъ,—ставить онъ вопросъ (стр. 81), чтобы съ правомъ на какое-либо дѣйствіе или допущеніе съ чьей-либо стороны было непременно связано право на искъ, т. е. право по отношенію къ государству на присужденіе обязаннаго. Право на искъ,—отвѣчаетъ онъ,—существуетъ лишь въ томъ случаѣ, когда рѣчь идетъ о дѣйствіи, срокъ исполненія котораго уже наступилъ. Между тѣмъ, предметомъ иска о воспрещеніи такіа дѣйствія никогда не являются. Право требовать исполненія такихъ дѣйствій наступаетъ въ тотъ моментъ, когда должно имѣть мѣсто несовершенно чего-либо.

Широко признаетъ германская практика искъ о воспрещеніи, какъ институтъ, пригодный для *всѣхъ* отраслей права. Германскому рейхсгерихту пришлось, однако, не такъ давно убѣдиться въ необходимости положить предѣлъ примѣненію искъ о воспрещеніи. Нѣкій господинъ предъявилъ къ другому искъ о воспрещеніи состоять въ интимной связи съ его, истца, женою. Одинъ изъ судовъ низшей инстанціи призналъ такой искъ не подлежащимъ принятію, разсуждая, что искъ о воспрещеніи допустимъ только въ защиту отъ угрожающаго имущественнаго вреда и только для устраненія созданнаго отвѣтчикомъ длящагося состоянія. Когда [вопросъ дошелъ до рейхсгерихта, онъ прежде всего констатировалъ то обстоятельство, что онъ уже многократно признавалъ искъ о воспрещеніи недозволеннаго поведенія допустимымъ, если оно уже бывало въ прошломъ и надо было опасаться дальнѣйшихъ проявленій его въ будущемъ. Эти сужденія,—пояснилъ рейхсгерихтъ,—имѣютъ общій характеръ и ограниченія не подлежатъ. Но въ данномъ дѣлѣ,—рѣшительно заявилъ онъ,—искъ о воспрещеніи не допустимъ въ силу *основаній, заключающихся въ содержаніи самой предъявленной претензіи*. Искъ мужа о воспрещеніи отвѣтчику быть въ связи съ женою истца не допустимъ по тѣмъ основаніямъ, по которымъ

нельзя было бы допустить такого иска со стороны одного изъ супруговъ къ другому супругу; оскорбленному супругу остается на выборъ либо требовать развода, или же мѣрами увѣщанія воздѣйствовать на другого супруга и склонить его къ ненарушенію супружеской вѣрности; гражданского же иска онъ не можетъ предъявлять ни къ супругу, ни къ 3-му лицу. Выводить интимныя отношенія супружеской жизни на арену суда, вѣ бракоразводнаго процесса, противорѣчило бы нравственному существу брака. Оскорбленному супругу поэтому не дозволено искать судебной защиты отъ нарушеній брачной неприкосновенности какъ со стороны другого супруга, такъ и 3-го лица. Если такъ, то нельзя допустить и иска о воспрещеніи ¹⁾.

Вторая группа вопросовъ, освѣщаемыхъ въ обозрѣваемой литературѣ, касается *процессуальной* стороны проблемы. Прежде всего надо отмѣтить здѣсь вопросъ о томъ, составляетъ ли искъ о воспрещеніи *искъ о присужденіи* или же *искъ о признаніи*?

Для рѣшенія этого вопроса, понятно, подвергаютъ предварительно сравненію эти два вида иска. Искъ о признаніи,—говоритъ Eltzbacher (стр. 212 сл.),—направляется на то, чтобы судъ что-либо подтвердилъ, что-либо осудилъ; искъ же о присужденіи идетъ дальше, къ тому, чтобы судъ что-либо приказалъ, къ чему-либо присудилъ; рѣшеніе по первому иску касается лишь настоящаго, рѣшеніе по второму касается будущаго; въ первомъ случаѣ государство объявляетъ, какъ обстоитъ что-либо, во второмъ—что должно быть что-либо совершено или не совершаемо; первое не можетъ быть подвергаемо принудительному исполненію, второе—принципіально можетъ.

Въ рѣшеніи по иску о воспрещеніи Eltzbacher считаетъ характернымъ не то, что судъ подтверждаетъ обязанность отвѣтника чего-либо не дѣлать, но именно то, что онъ приказываетъ ему не дѣлать чего-либо. Видя въ такомъ рѣшеніи *приказъ*, который можетъ служить основаніемъ для принудительнаго исполненія, онъ и приходитъ къ рѣшительному выводу: искъ о воспрещеніи есть искъ о присужденіи.

Къ такому окончательному выводу приходятъ и многіе другіе; здѣсь и предшественники Eltzbacher'a, здѣсь и послѣдующіе

¹⁾ Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, томъ 71 (1909), № 25.

ислѣдователи: Stephan, цит., стр. 46 сл., 160—161; Jacobsohn, цит., стр. 42 сл.

Противоположный взглядъ,—по которому искъ о воспрещеніи есть искъ о признаніи,—имѣетъ авторитетнаго защитника въ лицѣ лейпцигскаго профессора Адольфа Ваха ¹⁾. Eltzbacher объясняетъ это «удивительно поверхностнымъ» воззрѣніемъ на существо того исполненія, на которое направляется искъ о присужденіи. Полагаютъ,—приписываетъ онъ своимъ противникамъ,—что несовершенство не представляетъ собою ничего настолько осязательнаго, чтобы быть предметомъ исполненія, что это просто ничто, а ничто не можетъ быть предметомъ иска о присужденіи. Но,—убѣждаетъ Eltzbacher,—если проникнуть въ дѣло глубже, такой выводъ не состоятеленъ. Когда я что-либо дѣлаю, то произвожу измѣненіе въ существующемъ; если же я чего-либо не совершаю, оставляю существующее безъ измѣненій либо допускаю, чтобы это измѣненіе существующаго производилось безпрепятственно. Какъ первое, такъ и второе, какъ несовершенство, такъ и совершеніе въ одинаковой мѣрѣ реально, одинаково можетъ быть полезнымъ и вреднымъ для меня и другихъ, въ одинаковой мѣрѣ можетъ зависѣть отъ моей рѣшимости; если же такъ, то въ одинаковой степени какъ то, такъ и другое могутъ быть предметомъ иска о присужденіи.

Вопросъ о томъ, видѣть ли въ искѣ о воспрещеніи искъ о присужденіи или же—о признаніи, требуетъ вниманія именно къ тому признаку различія между этими двумя категоріями, который является основнымъ. Не приказъ судебнаго рѣшенія и не принудительное исполненіе его характеризуютъ искъ о присужденіи. Все это лишь слѣдствія того, что является предметомъ подтвержденія, требуемаго истцомъ. Таковымъ предметомъ по иску о признаніи является наличность правоотношенія, иски же о присужденіи направляются на подтвержденіе притязанія, на подтвержденіе наличности права требовать исполненія ²⁾. Цѣль иска о воспрещеніи, какъ это отмѣчается и въ самомъ названіи состоитъ въ томъ, чтобы судъ подтвердилъ право требовать отъ отвѣтчика исполненія того, къ чему онъ обязанъ; это такъ, ибо несовершенство чего-либо и есть та обязанность, на исполненіе

¹⁾ A Wach, Feststellungsanspruch, 1889 г., стр. 39—41.

²⁾ Объ этомъ подробнѣе въ моей книгѣ «Иски о признаніи», 1906, стр. 127 сл., особ. 129, 146.

которой направляется право истца. Характеризуемый по предмету судебного подтвержденія, котораго добивается истецъ, искъ о воспрещеніи не можетъ быть иначе понимаемъ, какъ искъ о присужденіи. Въ этомъ смыслѣ высказывается въ первомъ томѣ своего «Курса гражданского судопроизводства» и *Е. В. Васковскій*. Преметомъ исковъ о прекращеніи дѣйствій или воздержаніи отъ дѣйствій (*Unterlassungsklagen*),—говоритъ онъ,—является матеріально-правовое требованіе отрицательнаго содержанія: воздерживаться отъ дѣйствій. На этомъ основаніи онъ и относитъ такіе иски къ числу «исполнительныхъ» (стр. 611, прим. 1). Такъ именуетъ онъ тѣ иски, которые «направлены на присужденіе опредѣленнаго гражданско-правового требованія» (стр. 605), не отрицая, однако, того, что «точнѣе всего было бы назвать ихъ исками о присужденіи» (стр. 594). Какъ бы, однако, ни называть такіе иски, важно имѣть въ виду, что признакъ, отличающій ихъ отъ исковъ о признаніи, заключается именно въ предметѣ того судебного подтвержденія, къ которому искъ направляется; исполнительный эффектъ рѣшенія по иску стоитъ въ зависимости отъ этой основной черты; послѣдняя, поэтому, и должна быть на первомъ планѣ при характеристикѣ исковъ. Въ этомъ отношеніи противоположной точки зрѣнія придерживается *проф. А. Х. Гольмстенъ* въ послѣднихъ двухъ изданіяхъ своего Учебника русскаго гражданского судопроизводства (изд. 1907 г., стр. 138; изд. 1913 г., стр. 148).

Практическое значеніе выясненія процессуально-правовой природы иска о воспрещеніи обнаруживается въ двухъ пунктахъ. Первый—условія, при которыхъ искъ этотъ можетъ быть допускаемъ. Второй—максимумъ правовыхъ эффектовъ, къ которымъ можетъ приводить искъ о воспрещеніи.

Для того, чтобы искъ о воспрещеніи не могъ служить средствомъ причинять излишнее безпокойство отвѣтчику, должны быть точно установлены признаки, по которымъ можно судить о дѣйствительной необходимости для истца. Иначе говоря, если искъ о воспрещеніи *можетъ* быть допускаемъ, то лишь при наличности данныхъ, говорящихъ о *необходимости* въ немъ. На установленіе такихъ условій допущенія иска о воспрещеніи направлены усилія всѣхъ изслѣдователей. Сдѣлано это уже *Eltzbacher'омъ*; послѣдующія работы не внесли въ эту сторону проблемы существенно новаго.

Eltzbacher установилъ необходимость наличности *трехъ* главныхъ условий.

Первое изъ нихъ заключается въ томъ, чтобы у истца было *право гражданское*, въ силу котораго онъ могъ бы требовать отъ отвѣтчика *несовершенія* чего-либо.

Для наличности этого условія требуется слѣдующее. Прежде всего, должна существовать *правовая норма*, воспрещающая извѣстный образъ дѣйствій; на примѣръ, если нѣтъ нормы, которая воспрещала-бы выставлать снятаго съ меня фотографическаго портрета, я не могу предъявить и иска о воспрещеніи этого. Засимъ, правовая норма должна воспрещать что-либо *ради истца*; на примѣръ, покупатель дома, которому онъ еще не передалъ, не можетъ предъявить иска о воспрещеніи владѣльцу сосѣдняго участка углублять почву во вредъ дому; это воспрещается лишь въ пользу того, для кого существуетъ собственность или иное вещное право на недвижимость, подвергшуюся поврежденію, но не въ пользу того, кто на основаніи договора купли имѣетъ право требовать передачи недвижимости.

Далѣе, правовая норма должна воспрещать что-либо *отвѣтчику*; на примѣръ, собственникъ имѣнія не можетъ направить искъ о воспрещеніи къ собственнику, основываясь на томъ, что никто не можетъ мѣшать собственнику вещи въ дѣлѣ пользованія ею. Наконецъ, норма права должна предписывать *несовершенство* чего-либо; на прим., собственникъ имѣнія не можетъ построить иска о воспрещеніи на томъ, что чужая собака не должна раскапывать его сада,—ибо законъ направленъ лишь на то, чтобы тотъ, кто имѣетъ животное, возмѣщалъ вредъ, имъ причиненный: предписывается, въ интересахъ истца, дѣйствіе, а не воздержаніе отъ дѣйствія.

Вторымъ условіемъ для иска о воспрещеніи является *нарушеніе* со стороны отвѣтчика права истца, а если это есть *право требованія*, необходимо, сверхъ того, чтобы послѣдовало *дальнѣйшее нарушеніе*, несмотря на *предостереженіе* со стороны истца. Для наличности этого условія, прежде всего необходимо *нарушеніе* и, при томъ, упорное; поэтому искъ о воспрещеніи не допустимъ, если кому-либо въ видѣ исключенія дозволено было какое-либо вообще недопустимое дѣйствіе, равно какъ и тамъ, гдѣ о недозволенномъ дѣйствіи лишь возмѣщено, либо оно подготовлялось, но отнюдь еще не начато. Засимъ нарушеніе должно исходить отъ *отвѣтчика*. Далѣе нарушеніе права *можетъ* состоять

не только въ *дѣйствіи*, но и въ несовершеніи чего-либо, ибо какъ въ первомъ случаѣ, такъ и во второмъ можетъ появиться *опасность нарушенія въ будущемъ*. Наконецъ, нарушение права можетъ быть разнообразнымъ: можетъ заключаться въ томъ, что отвѣтчикъ мѣшаетъ истцу въ пользованіи, предоставляемомъ истцу по закону; также и въ томъ, что отвѣтчикъ *противозаконно угрожаетъ* благу, пользованіе которымъ предоставляется истцу закономъ.

Третьимъ условіемъ является то, чтобы истцу, въ виду послѣдовавшаго нарушенія, надо было *опасаться* въ будущемъ нарушающаго его право дѣйствія отвѣтника.

Значеніе воспроизведеннаго перечня подрываетъ самъ же авторъ, добросовѣстно указывая неизбѣжныя *исключенія*; въ нѣкоторыхъ случаяхъ,—говоритъ онъ,—не допустимъ искъ о воспрещеніи, хотя и имѣются налицо означенныя условія, и, наоборотъ, онъ бываетъ иногда допустимъ, хотя и нѣтъ названныхъ условій (стр. 193—195).

Рецептъ Eltzbacher'a, несмотря на свою детальность и богатое освѣщеніе пояснительными примѣрами, не удовлетворилъ германскую практику. Дѣятели ея продолжаютъ свои поиски точнаго критерія допустимости исковъ о воспрещеніи. Германскій Рейхсгерихтъ въ одномъ изъ недавнихъ своихъ рѣшеній вводитъ съ этою цѣлью признакъ «вѣроятность»; признавъ недостаточность прежняго условія «возможности» повторенія недозволенныхъ дѣйствій, Рейхсгерихтъ требуетъ *конкретной вѣроятности* такого повторенія. Дѣло, по которому было это высказано, заключалось въ слѣдующемъ. Нѣкій бургомистръ въ дѣловой бумагѣ, представленной въ общественное управленіе, сдѣлалъ неправильное сообщеніе о дѣйствіяхъ одного изъ подчиненныхъ. Этотъ послѣдній, установивъ неправильность, обратился въ судъ съ искомъ о воспрещеніи бургомистру дѣлать впредь такіа оскорбительныя заявленія. Когда дѣло это дошло до Рейхсгерихта, онъ и далъ слѣдующія разъясненія. Одной *возможности* повторенія нарушительныхъ дѣйствій,—высказалъ онъ,—недостаточно для обоснованія иска о воспрещеніи, необходима *вѣроятность* повторенія ихъ, основанная на фактахъ; обстоятельства должны быть таковы, чтобы изъ нихъ безъ дальнѣйшаго доказыванія со стороны истца обнаруживалась достаточная вѣроятность повторенія. Опорный пунктъ представляетъ поведеніе отвѣтника; въ этомъ отношеніи нѣтъ общей нормы; руководящимъ является конкретное положеніе дѣла; ни

въ коемъ случаѣ *недостаточно абстрактной возможности* повторенія ¹⁾).

Если искъ о воспрещеніи есть искъ о присужденіи, слѣдствіемъ этого является возможность примѣненія мѣръ понужденія къ исполненію обязанности, подтвержденной судебнымъ рѣшеніемъ. Въ чемъ могутъ заключаться эти мѣры, зависятъ отъ соответствующихъ нормъ закона. *Maximimъ правовыхъ эффектовъ, къ которымъ можетъ приводить искъ о воспрещеніи*, въ Германіи великъ. Здѣсь имѣется рядъ нормъ, предоставляющихъ гражданскому суду право принудительнаго воздѣйствія на отвѣтчика, не подчиняющагося рѣшенію.

Въ германскомъ уставѣ гражданского судопроизводства есть слѣдующій относящійся сюда матеріалъ. По ст. 890, если должникъ дѣйствуетъ вопреки обязанности не совершать дѣйствія или не препятствовать совершенію дѣйствія, то, по требованію кредитора, онъ присуждается за каждое неправомѣрное дѣйствіе къ денежному штрафу до 1500 марокъ или къ наказанію арестомъ до 6 мѣсяцевъ; мѣра всего наказанія не можетъ превышать двухъ лѣтъ ареста. Присужденію должна предшествовать угроза наказаніемъ, исходящая, по требованію, отъ суда первой инстанціи, если ея не сдѣлано уже въ рѣшеніи, подтверждающемъ обязанность. По требованію кредитора, должникъ можетъ быть присужденъ къ представленію на опредѣленное время обезпеченія вреда, который могъ бы быть причиненъ послѣдующими неправомѣрными дѣйствіями.

По ст. 892, если должникъ будетъ противодѣйствовать совершенію *дѣйствія, которому онъ долженъ не препятствовать*, для устраненія противодѣйствія кредиторъ можетъ пригласить судебного пристава, которому надлежитъ поступить по правиламъ ст. 758 п. 3. и 759 у. г. с. По этимъ же послѣднимъ статьямъ, приставъ, если встрѣтитъ противодѣйствіе, имѣетъ право примѣнить силу и для этой цѣли можетъ обратиться за помощью къ органамъ исполнительной полиціи; если нужна военная помощь, то надлежитъ обратиться къ суду; приставъ долженъ пригласить присутствовать въ качествѣ свидѣтелей, при совершеніи имъ принудительныхъ дѣйствій, двоихъ взрослыхъ мужчинъ или одного полицейскаго.

На основаніи этихъ данныхъ Elitzbacher устанавливаетъ, въ

¹⁾ Reichsgerichts Entscheidungen in Zivilsachen, томъ 78 1912 г., № 46.

чемъ можетъ заключаться цѣль иска о воспрещеніи (ст. 212). Во 1-хъ, судъ въ рѣшеніи по этому иску *воспрещаетъ неправо-
мѣрное дѣйствіе*, котораго истцу, въ виду послѣдовавшаго нару-
шенія права, надо опасаться. Во 2-хъ, за каждое дѣйствіе вопреки
запрещенію судъ *грозитъ наказаніемъ*—денежнымъ штрафомъ
или арестомъ. Къ большимъ эффектамъ,—подчеркиваетъ Eltzba-
cher,—искъ о воспрещеніи не ведетъ; такъ, не можетъ истецъ
требовать, чтобы отвѣтчикъ былъ присужденъ къ представленію
обезпеченія за вредъ, который произойдетъ отъ неправомерныхъ
дѣйствій; лишь въ томъ случаѣ, когда отвѣтчикъ окажетъ проти-
водѣйствіе при исполненіи рѣшенія, истецъ можетъ требовать
представленія обезпеченія того вреда, который произойдетъ отъ
дальнѣйшаго противодѣйствія.

Въ аналогичномъ видѣ могли бы быть изображены правовые
эффекты иска о воспрещеніи и въ Австріи, въ законодательствѣ
которой имѣются и соотвѣтствующія данныя.

По ст. 355 закона 27 мая 1896 г. о порядкѣ взысканія и
обезпеченія,—должника, обязаннаго допустить извѣстныя дѣйствія
или воздержаться отъ дѣйствій, судъ подвергаетъ денежнымъ
штрафамъ или личному аресту до одного года каждый разъ,
когда должникъ окажетъ сопротивленіе. Кромѣ того, судъ можетъ
возложить на должника обязанность представить залогъ въ обез-
печеніе убытковъ, которые причинило бы дальнѣйшее сопроти-
вленіе.

Германскій и австрійскій методы воздѣйствія на непокорнаго
должника, обязаннаго допустить дѣйствія другого или воздержаться
отъ какихъ-либо дѣйствій, приняты и проектомъ измѣненій
нашего устава гражданскаго судопроизводства сенатора А. Г.
Гасмана. Въ случаяхъ указаннаго рода, судъ особымъ опредѣле-
ніемъ,—*намѣчено* въ проектѣ (ст. 1583—1584),—назначаетъ
штрафъ не свыше 300 рублей въ пользу общихъ мѣстъ заклю-
ченія. Предусмотрѣна возможность требовать отъ должника
обезпеченія убытковъ. Присужденія должника къ личному задержа-
нію проектъ не предусматриваетъ.

Наличность подобныхъ данныхъ въ указанныхъ законодатель-
ствахъ и проектированная возможность введенія ихъ въ наше
право могутъ внушить мысль о недопустимости иска о воспре-
щеніи тамъ, гдѣ нѣтъ такихъ нормъ.

Въ работѣ Eltzbacher'a имѣются, однако, указанія, устраня-
ющія эту мысль. Въ этомъ отношеніи заслуживаетъ особаго вни-

манія та часть работы его, въ которой произведено изслѣдованіе допустимости исковъ о воспрещеніи въ районахъ дѣйствія *французскаго code civil*. Въ этомъ законодательствѣ вовсе не упоминается о такихъ искахъ, не имѣется вообще во французскомъ законодательствѣ правилъ о судебной карѣ за нарушение чужого гражданскаго права. Тѣмъ не менѣе, какъ показываетъ Eltzbacher, практикѣ судебныхъ установленій, живущихъ подъ дѣйствіемъ французскаго закона, извѣстны иски о воспрещеніи: молчаніе закона не только не помѣшало, но и прямо содѣйствовало развитію такихъ исковъ,—ибо не связывало суды стѣснительною аналогіею примѣненія отдѣльныхъ случаевъ. Если, при отсутствіи указаній въ законахъ, суды допустили иски о воспрещеніи, то могла бы явиться мысль, что они признали такой искъ, какъ общедопустимый. Оказывается же, этого не сдѣлано, несмотря на богатство случаевъ, гдѣ такіе иски были допущены. Работу обобщенія и въ этой области, какъ и по отношенію къ германскимъ искамъ о воспрещеніи, взялъ на себя Eltzbacher. Для предьявленія ихъ,—выводитъ онъ изъ обзорѣнія французскихъ рѣшеній,—необходимо, чтобы гражданское право было нарушено и надо было опасаться дальнѣйшихъ нарушеній. Цѣль же такихъ исковъ по даннымъ французской практики представляется двоякою. Иски о воспрещеніи, предьявляемые въ защиту исключительныхъ правъ, направляются къ тому, чтобы отвѣтчику было воспрещено нарушеніе въ будущемъ и чтобы на случай дѣйствій вопреки этому воспрещенію была сдѣлана угроза платежемъ денежнаго штрафа въ пользу истца. Иски же о нарушеніи правъ требованія направляются только къ одной цѣли, только къ тому, чтобы были воспрещены нарушенія въ будущемъ.

Система штрафовъ, введенная французскими судебными установленіями, оказывается, не осталась безъ осужденія. Указывалось на незаконность ея, на нарушеніе принципа, что безъ закона о наказаніи не можетъ быть налагаемо наказаніе. Eltzbacher высказывается противъ подобнаго осужденія. Приведенный принципъ,—объясняетъ онъ (стр. 58),—относится лишь къ наказаніямъ уголовнаго права; онъ гласитъ лишь то, что уголовный судъ не имѣетъ права осудить безъ уголовного закона, но никоимъ образомъ не препятствуетъ суду гражданскому грозить штрафами и назначать ихъ. Впрочемъ, Eltzbacher дѣлаетъ существенную оговорку; такіе штрафы онъ ваходитъ недопустимыми

при искахъ о воспрещеніи, касающихся правъ требованія. Несмотря на господство такого же мнѣнія и во французской литературѣ, были, однако, случаи во французской судебной практикѣ, — констатируетъ Eltzbacher (стр. 60), — когда суды гражданскіе назначали штрафы также и по искамъ о воспрещеніи нарушенія правъ требованія.

Это изслѣдованіе французской практики имѣетъ для Россіи особо острый интересъ. Не надо ли *нашимъ* судебнымъ установленіямъ воспользоваться французскимъ примѣромъ?

Примѣръ Франціи не долженъ, однако, вызвать подражанія. Нельзя мириться съ мыслью о незаконности мѣръ, которыя принимали бы судебныя установленія, хотя бы и съ благою цѣлью ввести въ жизнь необходимый для нея способъ защиты гражданскихъ правъ. Но зато стремленія французскихъ судовъ пусть дадутъ толчокъ къ тому, чтобы была съ полною силою понята необходимость такой мѣры, какъ назначеніе судомъ гражданскимъ денежнаго штрафа или наказанія за уклоненіе отъ исполненія гражданской обязанности. Пусть французскій примѣръ подчеркнетъ необходимость скорѣйшаго созданія у насъ соответствующаго закона ¹⁾ или, иначе, своевременность осуществленія, хотя бы въ видѣ частичной новеллы, названнаго выше проекта измѣненій нашего устава гражданского судопроизводства. До тѣхъ же поръ не можетъ быть осуществляема цѣлая масса гражданскихъ притязаній, если они направляются на несовершеніе дѣйствій, хотя бы опасность ихъ учиненія была очевидна. Очереднымъ дѣломъ русской юриспруденціи является введеніе системы штрафовъ, при посредствѣ которыхъ судъ гражданскій могъ бы побуждать къ несовершенію воспрещаемыхъ дѣйствій. При этихъ условіяхъ для русскихъ юристовъ представляетъ остроту практическаго интереса такой вопросъ: каково отношеніе между карою, которою грозитъ гражданскій судъ по иску о воспрещеніи, и уголовнымъ наказаніемъ, которому подвергнется отвѣтчикъ, совершивъ воспрещенное дѣйствіе, если оно является уголовно-наказуемымъ?

Такая тема выдвинута была практикою германскихъ судебныхъ установленій. Вызвала она откликъ и въ литературѣ германской. Явилась она въ связи съ вопросомъ о томъ, допустимъ ли искъ о воспрещеніи такого дѣйствія, за которое полагается уголовное наказаніе? Обнаружилось два противо-

1) На это уже указывалось въ нашей печати; см. С. Бялякинъ, О воспрещеніи будущихъ нарушеній, Право 1908 г., № 20,

положныхъ воззрѣній: по одному вопросу рѣшается въ отрицательномъ смыслѣ, другое категорически отвергаетъ такой отвѣтъ. На сторонѣ перваго взгляда стоитъ германскій Рейхсгерихтъ въ рѣшеніи, послѣдовавшемъ въ 1911 году ¹⁾, и авторъ одной журнальной статьи ²⁾. Вопросъ возникъ по слѣдующему дѣлу. Нѣкій владѣлецъ аптекарскаго магазина продавалъ товары, которые, по германскимъ законамъ, можно продавать лишь въ аптекахъ. Хозяинъ одной изъ аптекъ, для огражденія своихъ интересовъ предъявилъ къ владѣльцу магазина искъ о воспрещеніи торговли названными товарами подѣ страхомъ штрафа за каждый случай нарушенія запрета. Всѣ германскія судебныя установленія, въ томъ числѣ и рейхсгерихтъ, признали такой искъ недопустимымъ. Въ тѣхъ случаяхъ, — высказалъ рейхсгерихтъ, — когда дѣйствіе воспрещено уже закономъ, установлена за то уголовная кара, нѣтъ надобности и нѣтъ мѣста для угрозъ цивильно-правовымъ штрафомъ. Въ обоснованіе этого положенія Рейхсгерихтъ привелъ такой взглядъ на юридическое значеніе штрафа, налагаемаго судомъ гражданскимъ. Это есть, по его разъясненію, способъ для приведенія въ исполненіе рѣшенія, направленнаго на недопущеніе недозволенныхъ дѣйствій. Хотя штрафъ такой имѣетъ цѣлью воздѣйствовать на волю, но, въ противоположность другимъ способамъ приведенія рѣшенія въ исполненіе, представляетъ собою дѣйствительное наказаніе, возмездіе за допущенную неправду и потому долженъ быть обсуждаемъ по принципамъ уголовного права. Исходя изъ такихъ соображеній, рейхсгерихтъ заключилъ: коль скоро государство, охраняя общественный порядокъ, установило наказаніе, оно не можетъ, наряду съ этимъ, допускать частныхъ наказаній, которымъ государство, въ качествѣ органа принудительнаго исполненія, оказывало бы свое содѣйствіе; существуетъ лишь *одно* наказаніе за дѣйствіе, поставленное подѣ публичную кару, и это есть наказаніе уголовного закона; наказаніе цивильно-правовое должно отступать передъ нимъ.

Противникомъ приведенныхъ воззрѣній выступилъ берлинскій

¹⁾ Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, томъ 77 [1911], № 58.

²⁾ D-r. Lau (Гамбургскій судья), Der Unterlassungsanspruch aus des §§ 823 ff. BGB, въ Gruchot's Beiträge zur Erläuterung d. dtsch. Rechts. Томъ 47 [1903 г.], стр. 503 слѣд.

юристъ-практикъ *D-r. Delius* ¹⁾). Наказаніе и побудительный штрафъ,—высказываетъ онъ,—совершенно не зависятъ другъ отъ друга и приводятся въ исполненіе самостоятельно. Кто приговоренъ уголовнымъ судомъ къ штрафу въ 10 марокъ, а гражданскимъ судомъ за то же дѣйствіе—къ аресту на недѣлю, тому, быть можетъ, придется круто, но этому непріятному результату приходится ему подвергаться за собственное недозволенное дѣйствіе. Въ этой двойной карѣ не видитъ онъ отступленія отъ принципа «*ne bis in idem*», усматривая въ обоихъ случаяхъ различіе цѣлей; цѣль уголовного наказанія—возмездіе; цѣль, преслѣдуемая искомъ о воспрещеніи—преодоленіе воли нарушителя. Нѣтъ никакого основанія,—полагаетъ онъ,—чтобы уголовно-правовая защита была единственнымъ и исключительнымъ средствомъ противъ недозволенныхъ дѣйствій. И вполне законнымъ, съ точки зрѣнія германскаго права, и практически-цѣлесообразнымъ находитъ онъ, чтобы искъ о воспрещеніи допускался и въ такихъ случаяхъ, когда рѣчь идетъ о дѣйствіяхъ, за которые грозитъ уголовная кара.

Воспроизведенная контроверза выдвинула вопросъ, требующій полного вниманія къ себѣ. Рѣшеніе его необходимо для того, чтобы институтъ иска о воспрещеніи имѣлъ лишь цѣлесообразные предѣлы примѣненія. Лицо, предъявляющее искъ о воспрещеніи отвѣтчику дѣйствія, являющагося уголовно-наказуемымъ, можетъ, понятно, считать это цѣлесообразною для себя мѣрою. Но развѣ судъ въ такомъ случаѣ сказалъ бы своимъ рѣшеніемъ что-либо, что уже не сказано? Гражданскій судъ выразилъ бы «воспрещеніе», уже выраженное въ уголовномъ законѣ, когда онъ установилъ кару за данное дѣйствіе. Авторитетъ воспрещенія не сталъ бы инымъ, ибо въ обоихъ случаяхъ проявляется воля одного и того же носителя ея—государства. Въ такомъ случаѣ воспрещеніе, котораго добивается истецъ, было бы повтореніемъ того, что уже сказано властью. Повтореніе это было бы излишнимъ, ибо кара, установленная уголовнымъ закономъ, не можетъ не имѣть значенія предупрежденія и угрозы. Штрафъ, который бы установленъ былъ судомъ гражданскимъ, явился бы лишь увеличеніемъ мѣры уголовной, но не далъ бы ничего, что отсутствовало бы въ этой послѣдней. Если же все дѣло заключается лишь въ количествѣ, а

¹⁾ *D-r. Delius*, Kammergerichtsrat,—Giebt es eine Klage auf Unterlassung wenn die zu untersagende Handlung durch ein Strafgesetz unter Strafe gestellt ist?—въ *Juristische Wochenschrift*, 1913 г., № 1, стр. 6 сл.

не въ самомъ принципѣ, то штрафъ гражданскій представлялъ бы *testimonium paupertatis* уголовного закона. Рѣшеніе и штрафъ по иску о воспрещеніи не оказали-бы на отвѣтчика иного воздѣйствія, чѣмъ то, которое имѣлъ въ виду и уголовный законъ, установивъ свою кару. Въ такомъ случаѣ искъ о воспрещеніи уголовно-наказуемаго дѣйствія есть мѣра излишняя и по этой причинѣ не цѣлесообразная для истца. Съ другой стороны, такой искъ недопустимъ и съ точки зрѣнія политики права. Разъ законодатель установилъ опредѣленную кару за данное дѣйствіе, не умѣстно повышать мѣру воздѣйствія черезъ присоединеніе однородной санкции со стороны гражданского суда; а это именно и было бы въ томъ случаѣ, если бы по иску о воспрещеніи назначенъ былъ штрафъ за дѣйствіе, и безъ того влекущее за собою уголовную кару. Здѣсь нужны мѣры «предупрежденія и пресѣченія преступленій и проступковъ», искъ же о воспрещеніи къ нимъ не относится.

Литература проблемы иска о воспрещеніи,—надлежитъ отмѣтить въ заключеніе,—находится въ такомъ состояніи, что судебная практика, не исключая и нашей, можетъ пользоваться ею при проведеніи въ жизнь этого новаго пути для защиты правъ гражданскихъ; компетентный судъ надѣтъ тѣмъ, что въ этомъ дѣлѣ требуетъ реформы, даетъ эта литература и для законодательныхъ работъ. Своимъ состояніемъ разработка проблемы иска о воспрещеніи обязана главнымъ образомъ профессору берлинской высшей торговой школы Eltzbacher'у. Цѣнный взносъ въ литературу вопроса представляетъ и книга Stephan'a; ея значеніе умалывается лишь тѣмъ, что появилась она позднѣе книгъ Eltzbacher'a. Этого нельзя сказать о новѣйшей работѣ Jacobsohn'a: не будь первыхъ двухъ, настоящая необходимость въ нихъ давала бы себя остро чувствовать и послѣ того, какъ появилась эта книга.

Влад. Гордонъ.
