

20034

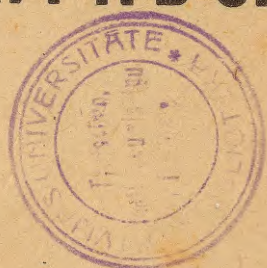
D

Проф. В. И. Синайскій.

У/9598

В. И. Синайскій

РУССКОЕ
ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО.



ВЫПУСКЪ I.

Общая часть. Вещное право.
Авторское право.

Издание второе, исправленное и дополненное.



КІЕВЪ.

Типо-Литографія «Прогрессъ» Б.-Владимирская 61. Телефонъ 12—32.
1917.

Sur. 26105 (57)

ПРЕДИСЛОВІЕ КЪ ПЕРВОМУ ИЗДАНІЮ.

Настоящій выпускъ русскаго гражданскаго права обнимаетъ собой двѣ части: общую часть (первыя 32 страницы — введеііе) и вещное право. Моей задачей было дать, хотя и въ тѣсныхъ рамкахъ, возможно полную картину русскаго гражданскаго законодательства, подчеркнуть основныя положенія столь важной для насъ сенатской практики и затронуть общіе вопросы современнаго западно-европейскаго и русскаго гражданскаго права. Попутно я давалъ указанія на нашу новѣйшую научную литературу, въ которой теперь замѣчается большое оживленіе. Погрѣшности и недочеты, конечно, неизбѣжны, но если настоящая моя работа выполнена хотя отчасти, то пополненіе и улучшеніе ея составитъ мою задачу въ будущемъ.

В. Сухайскій.

Ворзель, 24 іюня 1914 г.

ПРЕДИСЛОВІЕ КО ВТОРОМУ ИЗДАНІЮ.

Въ настоящемъ второмъ изданіи, значительно дополненномъ (въ частности, литературой) и во многомъ заново написанномъ, авторъ въ общемъ преслѣдовалъ тѣ же цѣли, что и въ первомъ изданіи. Въ отличіе отъ предыдущаго изданія, 1) выдѣлены петитомъ тѣ мѣста текста, которыя, представляя общій или даже спеціальнѣйшій интересъ и давая цизилистическое развитіе, въ то же время не составляютъ главнаго матеріала, подлежащаго усвоенію изучающаго гражданское право. Конечно, не всегда удавалось правильно провести указанное разграниченіе. 2) Значительно увеличены примѣчанія, какъ имѣющія исключительно спеціальнѣйшій интересъ при изслѣдованіи различныхъ контроверзъ и при справкахъ. Посильно мѣстами авторъ пытался высказать и свое мнѣніе. 3) Использованы, наконецъ, узаконенія спеціально военнаго времени. Разумѣется, многія изъ нихъ отпадутъ съ окончаніемъ міровой войны. Но они служатъ хорошимъ матеріаломъ для того, чтобы изучающій гражданское право научился цѣнить это право, какъ живое, постоянно развивающееся и безусловно нужное людямъ. Недостатки настоящаго изданія авторъ, конечно, сознаетъ: многое надо еще сдѣлать для улучшенія, но, отчасти, вина въ этомъ падаетъ не только на автора, но и на обстоятельства переходнаго времени, въ частности, и на техническія условія печати и на быстро мнѣняющій въ нѣкотарыхъ вопросахъ правовой матеріалъ*.

В. Сухайскій.

Ирпень, 2 августа 1917 г.

* Такъ, напр., въ частности, недавно взамѣнъ Особаго въ Государственномъ Совѣтѣ Присутствія по дѣламъ о принудительномъ отчужденіи образовано при Правительственномъ Сенатѣ Особое Присутствіе и установленъ новый порядокъ производства дѣлъ объ отчужденіи (С. У. 1917 г., ст. 656. Пост. Врем. Прав. отъ 31 мая 1917 г.). См. у насъ В. I, стр. 182. См. также Постан. Времен. Правит. отъ 27 іюля 1917 г. о приостановленіи землеустроительныхъ дѣйствій по ликвидаціи общиннаго землевладѣнія, а равно только что появившееся запрещеніе т. н. «земельныхъ сдѣлокъ», хотя въ обоихъ случаяхъ и безусловно.

ЧАСТЬ I.

ОБЩІЯ ПОНЯТІЯ.

Глава I. Русское гражданское право. Его виды и источники. Толкованіе гражданскихъ законовъ.

§ 1. НАУКА РУССКАГО ГРАЖДАНСКАГО ПРАВА*.

О наукѣ русскаго гражданскаго права можно говорить не ранѣе половины XVIII в., когда въ 1755 г. возникъ разсадникъ русскаго просвѣщенія — Московскій университетъ. Эта наука, какъ и слѣдовало ожидать, сразу попала въ руки иностранныхъ ученыхъ, которые немало поработали, преподавая болѣе западно-европейское право, чѣмъ русское, пользуясь преимущественно римскимъ и естественнымъ правомъ. Въ сущности С. Десницкій первый началъ преподавать «россійское законоискусство» и въ то же время попытался выработать методы его научнаго изученія. Отсюда съ именемъ С. Десницкаго и его преемниковъ слѣдуетъ связать первыя попытки научнаго изученія русскаго гражданскаго права. Съ того времени до половины XIX вѣка разработка гражданскаго права происходитъ неуклонно и характеризуется за это время господствомъ римскаго права.

1. *Римское право не только вліяетъ на содержаніе русскаго гражданскаго права, но даетъ ему систему и методологію.*

Правда, наше право отличалось и еще отличается отъ западно-европейскаго права многими самобытными чертами и въ этомъ отношеніи не лишено оригинальности, но тѣмъ не менѣе, за отсутствіемъ общихъ теоретическихъ положеній, оно вынуждено было обращаться къ римскому праву, какъ къ общей теоріи гражданскаго права. Тяготѣніе это, характерное для перваго столѣтія науки русскаго гражданскаго права, наложило свой рельефный отпечатокъ не только на сводъ гражданскихъ законовъ, но и на науку, романизовавъ ее. Блестящимъ завершеніемъ такой романизации является въ половинѣ прошлаго столѣтія учебникъ проф. Мейера. Въ этомъ учебникѣ, классическомъ по формѣ, но нынѣ уже устарѣвшемъ, теорія римскаго гражданскаго права нашла свое полное признаніе и широкое распространеніе въ юридическомъ мірѣ, ибо на этомъ учебникѣ воспитались цѣлыя поколѣнія нашихъ юристовъ.

Указанное значеніе римскаго права для нашего права и нашей науки тѣмъ болѣе знаменательно, что на первыхъ порахъ римское право подвергалось у насъ гоненію: «понеже... въ Россійской имперіи гражданскаго права древнихъ римлянъ... юношеству изыскать неприлично». Для юношества признавалось достаточнымъ одного лишь «руководства къ россійскимъ правамъ». Тѣмъ не менѣе (такова была сила римскаго права) не только первые иностранные профессора (Ф. Дильтей и др.), но и первый профессоръ отечественнаго законовѣдѣнія, воспитанный на юридическомъ мышленіи позитивной Англій — русскій ученый С. Е. Десницкій, и ученикъ его, Алексѣй Артемьевъ, давшій первый опытъ построенія русскаго гражданскаго права¹, и другіе ихъ современники не могли обойтись безъ науки римскаго права, вводили

* Литературу см. Г. Поповъ, Наука русскаго гражданскаго права въ первое столѣтіе ея существованія (Труды Цив. Студ. Круж. при Унив. Св. Влад. II, 43). Шершеневичъ, Наука гражданскаго права въ Россіи. Каз. 1893. Гинсъ, Старые русскіе цивилисты (В. Г. П. 1916, № 7).

¹ Артемьевъ, Краткое начертаніе римскихъ и россійскихъ правъ съ показаніемъ купно обоихъ (1777). О Десницкомъ см. подробнѣе Г. Поповъ, 47 и сл.

ее усиленно в нашу науку, хотя и съ нѣкоторой опаской¹. Но уже въ началѣ прошлаго столѣтія правительство создало все важное значеніе римскаго права и въ одномъ указѣ (1809 г.) было даже предписано знать римское право чиновникамъ, не проходившимъ университетской науки. Въмѣстѣ съ тѣмъ романистическая метода изученія и разработки русскаго гражданскаго права окончательно восторжествовала. Г. Терлаичъ, Кукольникъ, Вельяминовъ-Зерновъ, Цвѣтаевъ широко пользовались римскимъ правомъ для построенія науки русскаго гражданскаго права. Въ ихъ трудахъ произошло оплодотвореніе науки русскаго гражданскаго права наукой римскаго права, столь благотворное, что съ того времени можно говорить о наукѣ русскаго гражданскаго права въ подлинномъ значеніи этого слова, а не формально, какъ то было прежде². Въ особенности заслуживаетъ вниманія въ этомъ отношеніи Кукольникъ. Его «Начальныя основанія російскаго частнаго гражданскаго права», вышедшія въ 1813 году и переработанныя нѣсколько позже въ «Російское частное гражданское право» были цѣнной попыткой научно изложить наше матеріальное и процессуальное гражданское право по институціонной системѣ, какъ самостоятельную дисциплину³. Правда, романистическая метода не исключала и другихъ направленій въ наукѣ нашего права, въ частности, естественно-правового, практико-догматическаго и историческаго. Но первое направленіе сказалось слабо въ нашей наукѣ (нѣсколько иначе въ настоящее время)⁴. Второе же хотя и пышно расцвѣло, но выродилось въ чисто утилитарное направленіе и низвело науку русскаго гражданскаго права на степень практическихъ руководствъ⁵. Напротивъ, третье направленіе—историческое—являясь въ сущности у насъ направленіемъ историко-догматическимъ, не разрывая связь съ практикой, положительнымъ правомъ, снова вернулось къ римскому праву⁶. Болѣе того, этому направленію наука русскаго гражданскаго права обязана своимъ ростомъ. Молодежь, отправленная гр. Сперанскимъ къ знаменитому проф. Савиньи на выучку, создаетъ, въ особенности въ лицѣ Неволина, науку русскаго гражданскаго права на прочной базѣ отечественной исторіи, какъ науку историко-догматическую⁷. Наконецъ, догма римскаго права прямо восторжествовала въ лицѣ Никиты Крылова и

¹ Г. Поповъ, 49.

² Терлаичъ, Краткое руководство къ систематическому познанію гражданскаго частнаго права Россіи (собственно 2-ая часть, Спб. 1810). Въ 1814—15 гг. въ Спб. выходитъ въ 2-хъ частяхъ работа Вельяминова-Зернова, Опытъ начертанія російскаго частнаго гражданскаго права (то же Спб. 1821—1823 гг.). Левъ Цвѣтаевъ, Первая начала права частнаго и общаго (М. 1823), Основанія права частнаго гражданскаго (М. 1825).

³ Г. Ф. Блюменфельдъ, Изъ исторіи русской цивилистики (В. Г. П. 1913, № 3, 12).

⁴ Г. Покровский, Александръ Куницынъ, И. Майстренковъ, А. Корсунъ, Н. Демидовъ выразили въ своихъ работахъ естественно-правовое теченіе. Подробнѣе Г. Поповъ, 64 и сл. Очеркъ исторіи доктрины естественнаго права въ Россіи данъ у Благовѣщенскаго (въ Ж. М. Н. Просв. за 1835, № 7). См. также Bunge (въ Kritik für R. W. und G. G. des Auslandes, Bd. II (1830). Изъ отдѣльныхъ работъ: А. Куницынъ, Право естественное (2 части, Спб. 1818—1820); см. у Поворинскаго, Систематическій указатель русской литературы по гражданскому праву (2 изд. Спб. 1904), стр. 3 и сл.

⁵ Гражданское право или сводилось къ практическимъ словарямъ (Л. Демисъ, Опытъ практическаго словаря гражданскаго права, преимущественно частнаго. Вып. 1 и 2. Спб. 1856—1857 г.; Е го же, Практическій юридическій словарь гражданскаго права, преимущественно частнаго. Ч. I, Спб. 1859), или къ изложенію по Своду Законовъ (Павель Быковъ, Русское гражданское право, основанное на Сводѣ Законовъ. М. 1860). Руководства по догмѣ (Проскурякова, Преображенскаго) не шли далѣе сокращенія Свода законовъ. Но особаго упоминанія заслуживаетъ Захаръ Горюшкинъ, современникъ Десницкаго, выпустившій въ 1811 г. „Руководство къ познанію російскаго законоискусства“ въ четырехъ огромныхъ переплетахъ. Этотъ самородокъ, при всемъ своеобразіи его руководства, далъ опытъ изложенія чисто русскаго права во всей его полнотѣ, чего никто до него не сдѣлалъ.

⁶ Оставляя въ сторонѣ правовѣдовъ-археологовъ (Г. Поповъ, 78), слѣдуетъ среди историко-догматиковъ назвать Алексѣя Куницына, М. Рождественскаго, П. Рѣдкина, Лешкова, А. Крапихфельда (подробно Г. Поповъ, 80).

⁷ Въ духѣ историко-догматической метода появился первый опытъ системы русскаго гражданскаго права, принадлежащій ученику Савиньи, проф. А. Крапихфельду: «Начертаніе російскаго гражданскаго права въ историческомъ его развитіи» (Спб. 1843), но лишь трехтомная «Исторія російскихъ гражданскихъ законовъ» (1851 г.) К. Неволина дала лучшую и полную историко-догматическую систему нашего права.

Д. Мейера¹. Последний, какъ было уже замѣчено, создавъ свой знаменитый учебникъ на основѣ теоріи римскаго права, положилъ прочное основаніе господству римскаго права въ нашей наукѣ, практикѣ и законодательствѣ.

2. а) *Догматическая разработка гражданскаго права преобладаетъ и во второй половинѣ прошлаго столѣтія, но б) вліяніе римскаго права постепенно слабѣетъ.*

а. Догматическая разработка гражданскаго права происходитъ не только въ довольно многочисленныхъ монографіяхъ, но появляются курсы и учебники. При чемъ, «Чтенія» Мейера находятъ въ это время свое дополненіе въ «Курсѣ» Побѣдоносцева². Именно, въ «Чтеніяхъ» Мейера преобладаетъ римскій элементъ; русское право занимало въ нихъ скромное мѣсто. Напротивъ въ «Курсѣ» Побѣдоносцева была дана глубокая, тщательная разработка отечественнаго права, съ особымъ подчеркиваніемъ оригинальныхъ его сторонъ, по сравненію съ римскимъ и западно-европейскимъ правомъ.

Кр. Малышевъ издаетъ первый томъ своего Курса общаго гражданскаго права Россіи (Спб. 1878 и особый томъ приложенія къ нему, Спб. 1880), въ которомъ онъ, какъ показываетъ и самое названіе курса, пытается охватить все гражданское право Россіи, включая и обычное право. Въ то же время П. Цитовичъ печатаетъ также первый томъ Курса русскаго гражданскаго права, посвященный ученію объ источникахъ права (Одесса, 1878), и позже—превосходные конспекты лекцій по русскому гражданскому праву (Обязательства. К. 1887 и Общая часть. К. 1889, то же 1894). Кавелинъ выпускаетъ свой оригинальный трудъ: «Права и обязанности по имуществамъ и обязательствамъ въ примѣненіи къ русскому законодательству» (Спб. 1879), а Н. Л. Дювернуа издаетъ свои «Чтенія» по гражданскому праву (Спб. 1898—1899 гг.) въ видѣ монографической разработки, преимущественно общей части.

Въ то же время, западно-европейское право вводится усиленно въ учебники. Такъ, Васильевскій пишетъ свой Учебникъ гражданскаго права, легко и свободно вставляя содержаніе общей части и вещнаго права въ общія рамки римскаго и западно-европейскаго права (Спб. Вып. I, 1894 и Вып. II, 1896 г.). Одновременно съ этимъ выходитъ и Учебникъ русскаго гражданскаго права Шершеневича (Каз. 1894). Принятый въ началѣ не очень благосклонно, онъ сравнительно въ короткое время выдерживаетъ 11 изданій, дѣлаясь настольной книгой русскаго юриста. Для Шершеневича русское гражданское право есть прежде всего «гражданское право вообще». Въ этомъ отношеніи, несмотря на разную манеру письма, Шершеневичъ, какъ и Мейеръ, прежде всего теоретики гражданскаго права: первый на фонѣ современнаго западно-европейскаго права, второй—на фонѣ римскаго права³.

б. Но понятно, съ ростомъ правовыхъ идей на Западѣ, обусловленномъ сложностью современнаго правопорядка въ условіяхъ капиталистическаго хозяйства, значеніе римскаго права медленно, но постепенно слабѣло. Начались поиски за новой методологіей и новыми направленіями. Въ частности, и у насъ это явленіе можно констатировать. Правда, догматическая метода нашла себѣ сильную поддержку въ ученикахъ знаменитаго Берлинскаго семинарія, гдѣ, подъ руководствомъ въ особенности Дернбурга, молодые русскіе ученые штудировали пандектное право. Тѣмъ не менѣе, ученикъ семинарія проф. Петражицкій создаетъ позже новое направленіе *политико-правное*, а другой ученый, С. Муромцевъ, является у насъ представителемъ *соціологическаго*

¹ Г. Поповъ, 85. вмѣстѣ съ тѣмъ и методологія, какъ соединеніе методовъ философскаго, историческаго и догматическаго, находить своего яркаго и сознательнаго выразителя въ лицѣ Ф. Морошкина; въ то же время появилась одна изъ первыхъ работъ по догмѣ римскаго права К. Кавелина, «О теоріяхъ владѣнія».

² К. Побѣдоносцевъ, Курсъ гражданскаго права. Три части (Спб. 1868—1880 гг.; новое изд. Спб. 1896 г.).

³ Шершеневичу же принадлежитъ первый томъ Курса гражданскаго права (К. 1901). Первый выпускъ этого курса посвященъ понятію о правѣ и гражданскомъ правѣ, правовѣдѣнію и источникамъ гражданскаго права; второй—исторіи источниковъ гражданскаго права въ Россіи и въ Россіи.

направленія (нынѣ Гамбаровъ). Въ сущности оба направленія и въ особенности *направленіе естественной школы* (Новгородцевъ и др.) являются *философскимъ* направленіемъ и пытаются вывести науку гражданского права на широкое поприще социальной науки, а не узкой, технической, догматической юриспруденціи¹. Но философское направленіе, будучи освобожденіемъ науки отъ догмы римскаго права, не ослабило догматическаго изученія. Въ самое послѣднее время *догма русскаго гражданскаго права* стремится даже освободиться отъ вліянія западно-европейскаго права. Дѣлаются попытки подготовить и создать *самостоятельную догматическую науку русскаго гражданскаго права*.

Политико-правное направленіе, или направленіе т. н. политики права стремится изучать право съ точки зрѣнія не права положительнаго, существующаго, а права должнаго, соответствующаго тѣмъ или инымъ требованіямъ идеальнаго правопорядка.² Направленіе это нашло себѣ сильную поддержку въ работахъ надъ проектомъ русскаго гражданскаго уложенія. Каждый институтъ въ немъ приходится оцѣнивать и сравнивать съ дѣйствующимъ правомъ. Школа естественнаго права въ сущности имѣетъ дѣло также съ правомъ должнаго, идеальнаго порядка, но это право не преслѣдуетъ непосредственно узкихъ, техническихъ задачъ политики права. Соціологическое направленіе грѣшитъ тѣмъ, что оно право смѣшиваетъ съ соціологіей. Впрочемъ, на Западѣ соціологическое направленіе свободно отъ этого упрека. Оно является вѣтвью социальнаго направленія въ правѣ, какъ самостоятельной системы права, а не какъ отрасли соціологіи³. Что касается новаго теченія въ нашемъ правѣ, направленнаго на созданіе самостоятельной науки русскаго гражданскаго права, на большую эмансипацію ея отъ римскаго и западно-европейскаго права, то это теченіе въ особенности слѣдуетъ привѣтствовать. Если это направленіе будетъ имѣть успѣхъ, а ему благоприятствуютъ усиленное правотворчество и подготовка проекта гражданскаго уложенія и въ особенности богатая практика, то русская наука займетъ свое почетное мѣсто въ семьѣ системъ западно-европейскаго права, а не будетъ приспособляться къ готовымъ формуламъ и положеніямъ западно-европейскаго права. Во главѣ этого направленія стоитъ А. В о р м с ь, который пытается подготовить матеріалъ для самостоятельной науки русскаго гражданскаго права⁴. Подъ его редакціей, а также Е л ь я ш е в и ч а, предпринятъ большой трудъ Теоретическаго и практическаго комментарія къ нашимъ гражданскимъ законамъ (вышло нѣсколько выпусковъ) и не менѣе большой трудъ подъ редакціей только А. В о р м с а,—научный комментарий сенатской текущей практики, подъ заглавіемъ «Архивъ судебной практики и законодательства».

Наконецъ, вопросъ о методахъ разработки гражданскаго права отчасти совпадаетъ съ вышеуказанными направленіями (методы: догматическій, историческій, или сравнительно-историческій, соціологическій, критическій или политико-правный). Въ частности, спорный вопросъ о томъ, *можно ли догму гражданскаго права считать чистой наукой или прикладной, искусствомъ* (послѣдняго мнѣнія держится Муромцевъ), правильнѣе рѣшать въ утвердительномъ смыслѣ. Догма не есть только описаніе явленій и ихъ систематика. Она стремится въ то же время изучать основные принципы гражданскаго права, хотя и въ состояніи покоя, въ опредѣленный моментъ. Какъ бы ни считались эти принципы: за

¹ П. Новгородцевъ, Кризисъ современнаго правосознанія. М. 1909. Его же, Современныя проблемы естественнаго права (Юрид. Вѣст., I, стр. 18—24). Erich Jung, Das Problem des natürlichen Rechts, Leipzig, 1912 (рецензія въ Zeitschrift für Rechtsphilosophie Bd. I, Heft I, S. III ff.).

² Но самый вопросъ о томъ, что должно при этомъ служить критеріемъ: интересы народнаго хозяйства, экономическій матеріализмъ, естественное право, «правильное» право, общественный идеалъ, индивидуализмъ, какъ идеальный предѣлъ права, интуитивное право или что другое—остается открытымъ.

³ Б. Кистяковскій, Соціальныя науки и право. Москва 1916, 340 и сл. Подробнѣе о соціологическомъ направленіи см. Ш е р ш е н е в и ч ь, Курсъ, I, 106 и сл. «Цивилистическая соціологія» нашла себѣ мѣсто въ трудахъ Дюги и Шармона (В. Г. П. 1913 г. № 1, 129 и сл.). Любопытна попытка Е р л и х а расширить предѣлы юриспруденціи, включивъ въ нее «соціологію права», какъ совокупность нормъ, регулирующихъ внутренній строй общественныхъ союзовъ (Eug. Erlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts. Münch. 1913, S. 33, 383).

⁴ См. предисловіе къ Архиву Суд. Прак. Вып. 1 стр. IV.

законы или нѣтъ, но принципы эти сами по себѣ могутъ составить предметъ чистаго знанія¹.

3. *Монографическая литература и въ особенности учебная у насъ очень скромная.*

а. Указатель *монографической литературы* данъ *Поворинскимъ*, именно до 1904 г. Съ этого же времени монографическую литературу приходится разыскивать по журналамъ². Пособіемъ въ этомъ отношеніи можетъ служить «Юридическая Библиографія», издаваемая съ 1907 г., какъ самостоятельный органъ, Демидовскимъ Юридическимъ Лицеємъ. Библиографическій указатель дается время отъ времени Журналомъ Министерства Юстиціи. Нынѣ новости литературы печатаются въ «Вѣстникъ Права» и «Правъ», и такимъ образомъ новѣйшую литературу приходится самостоятельно разыскивать, а вмѣстѣ съ тѣмъ назрѣла нужда въ новомъ изданіи, аналогичномъ изданію Поворинскаго.

б. *Учебная литература* распадается на учебники, пособія и комментаріи. Среди учебниковъ слѣдуетъ назвать учебники, не утратившіе значенія для настоящаго времени, и прежде всего учебникъ проф. Шершеневича (11 изданіе) и учебникъ проф. Мейера (10 изд.). Въ противоположность названнымъ теоретическимъ руководствамъ, учебникъ проф. Гуляева (4 изд.) представляетъ собой «Обзоръ» нашихъ гражданскихъ законовъ и сенатской практики безъ какой бы то ни было теории. Но въ учебникъ проф. Гуляева дается одновременно обзоръ проекта гражданского уложенія, чѣмъ открывается возможность подходить къ дѣйствующему законодательству и практикѣ съ нѣкоторой критикой. Замѣчательный фактъ, что учебная литература въ особенности небогата курсами. Единственно сравнительно полный (именно недостаетъ общей части)—это вышеназванный курсъ *Побѣдоносцева*. Курсъ этотъ—выдающійся, но нынѣ устарѣлъ. Курсъ же новѣйшій *Гамбарова* пока обнимаетъ общую часть, и чѣмъ представляется скорѣе теоріей гражданского права, чѣмъ курсомъ русскаго гражданского права. Среди *пособій практическаго характера* надо назвать извѣстную Систему *Анненкова*³ и практическій комментарий на обязательства,—коллективный трудъ *Исаченко* (отца и сына)⁴. Но въ особенности приходится горячо рекомендовать «Практической и теоретической комментарий» къ гражданскимъ законамъ подъ ред. *Вормса* и *Ельяшевича*, а также вышеназванный «Архивъ судебной практики и законодательства». Наконецъ, имѣются еще комментированныя изданія т. *Хч.* I разныхъ авторовъ. Лучшіе изъ нихъ: *Гаугера*, *В. В. Исаченко*, *Тютюмова* (съ выдержками изъ литературы), *Боровиковскаго* (полнѣйшій устарѣлъ) и *Роттенберга* (карманное изданіе). Для практическихъ работъ: *Васъковскаго*, *Задачи по русскому гражданскому праву*;

¹ Подробнѣе о методахъ см. Шершеневичъ, Курсъ, В. I. стр. 84, 99. Малышевъ, Курсъ т. I. 1878, 1 и сл. Муромцевъ, Что такое догма права? 1885. Петражицкій, Введеніе въ кругъ политики права («Кіев. Унив. Изв.» 1896, №№ 8 и 10, 1897, № 9); Гредескулъ, Соціологическое изученіе права («Ж. М. Ю.» 1900 № 10) и Къ вопросу о способахъ изученія права (Ж. М. Ю. 1904, № 4). Ю. Гамбаровъ, Задачи современнаго правовѣдѣнія (Ж. М. Ю. 1907 янв.). В. Кистяковскій, Соц. науки, 672, 662.

² Нынѣ издаются: Юридическій Вѣстникъ, Вѣстникъ Гражданскаго Права, Право, Вѣстникъ Права (органъ адвокатуры, суда и нотаріата), Журналь Министерства Юстиціи, Юридическая Библиографія, а также выходятъ выпусками Труды студенческихъ научныхъ кружковъ при Университетѣ имени Шанявскаго, Варшавскомъ Университетѣ (нынѣ Ростовъ на Дону) и Университетѣ Св. Владиміра. Сравнительно недавно издавались «Юридическія Извѣстія» Кружкомъ студентовъ Юрьевскаго Университета. Все это указываетъ на оживленіе у насъ цивилистической работы, на подъемъ русской цивилистики.

³ К. Анненковъ, Система русскаго гражданского права. Т. I. (Спб. 1910). IV (1909), VI (1909), II (1900). III (1901). Его же, Начала русскаго гражданского права (Спб. 1900).

⁴ В. Л. Исаченко и В. В. Исаченко, Обязательства по договорамъ. Т. I Спб. 1913 и Т. II, Спб. 1914.

10 вопросов и ответов изъ практики подъ ред. Вормса (М. 1913); Гордона, Пособіе для практич. усвоенія гражд. права. Типы дѣлъ и актовъ (1917).

Литература по западно-европейскому праву указана въ Курсѣ Шершеневича (т. I, в. 2, 207—383). Въ частности, 1) по французскому праву: Planiol, Traité élémentaire de droit civil (русскій переводъ обязат. права 1912). Baudry-Lacantinerie, Précis de droit civil, 3 тома; Aubry et Rau, Cours de droit civil français (8 томовъ). 2) По германскому праву: Бернгейфъ и Колеръ, Гражданское право Германіи. Перев. подъ редакціей В. М. Нечаева. С.-П.-Б. 1910. Очеркъ гражданского права 3 тома въ Systematische Rechtswissenschaft. Leipz. 1906. Endemann, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 3 тома; Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 2 тома (имѣется французскій переводъ); Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens, 5 томовъ; Cromé, System des deutschen bürgerlichen Rechts, т. I—IV. 1900—1912. Въ частности, обзоръ учебной литературы германскаго права данъ F. Hellmann'омъ въ Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (Dritte Folge Bd. XV, N. 3 S. 375 ff). 3) По швейцарскому: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, herausg. von Dr. M. Gmür, выходящій выпусками въ сотрудничествѣ профессоровъ и ученыхъ. 4) По австрійскому: Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. 5) По англійскому: Das Bürgerliche Recht Englands. Kommentar von Schirmeister und Prochownik, Berlin 1905—1913 (общая часть и обязательственное право); Stephen, New Commentaries of the Law of England, 4 тома. Lehr, Eléments de droit civil anglais. См. еще ниже, отдѣльно.

§ 2. ОБЩЕЕ ПОНЯТІЕ О РУССКОМЪ ГРАЖДАНСКОМЪ ПРАВѢ*.

1. Три элемента входятъ въ общее понятіе русскаго гражданского права, какъ предмета науки (§ 1): а) право, б) право гражданское, в) русское.

а. Но что такое *право*, однимъ изъ видовъ котораго является право гражданское, вотъ вопросъ, на который до сихъ поръ юристы ищутъ отвѣта. Трудность опредѣленія права объясняется тѣмъ, что право слишкомъ сложное явленіе, чтобы можно было охватить различныя стороны его одной формулой, однимъ опредѣленіемъ². Болѣе того, спорять даже о реальности права, т. е. о томъ, су-

¹ По исторіи гражданского права: 1) французскаго въ хронологическомъ порядкѣ Esmein, Cours de l'histoire du droit français; въ систематическомъ — Violette, Histoire du droit civil français; 2) германскаго права: въ хронологическомъ порядкѣ Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgechichte; Thudichum, Geschichte des deutschen Privatrechts (въ систематическомъ порядкѣ), 3) — англійскаго права — Glasson, Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre, 6 томовъ, — 4) итальянскаго права: Salvioli, Manuale di storia del diritto italiano, — 5) швейцарскаго права: Huber, System und Geschichte.

* Шершеневичъ. Курсъ гражданского права, в. I. §§ 9—17; Муромцевъ, Опредѣленіе и основное раздѣленіе права, 1879, стр. 183—250; Дювернуа, Чтенія по русскому гражданскому праву, 1898, т. I, стр. 31—59; Кавелинъ, Что есть гражданское право и гдѣ его предѣлы, 1864; Умо въ, Понятіе и методы изслѣдованія гражданского права («Моск. Унив. Изв.» 1872, т. II, кн. 4). Михайловъ, Новое ученіе о частномъ и публичномъ правѣ. Яр. 1912. Тарановскій, Учебникъ энцикл. пр. (1917).

² Такъ, во второй половинѣ XIX в. изучалось право съ социально-экономической, политической, антропологической, психологической и другихъ точекъ зрѣнія. Нынѣ знаніе о правѣ сводятъ къ четыремъ теоретическимъ понятіямъ права: социально-научному, психологическому, государственно-организационному и нормативному. Первые два понятія охватываютъ право, какъ явленіе причинно-обусловленное, послѣднее — какъ явленіе телеологическаго порядка, т. е. обусловленное цѣлью. Но и причинное, или казуальное познаніе права и цѣлевое познаніе права не исключаютъ государственно-организационнаго понятія права, какъ правопорядка, опредѣляемаго государствомъ. Всѣ четыре перечисленные понятія, какъ чисто-научныя теоретическія противоплагаются, далѣе, техническимъ понятіямъ о правѣ, какъ средствѣ, техническомъ орудіи, и въ этомъ отношеніи различаютъ въ свою очередь понятія юридико-догматическое и юридико-политическое. При этомъ, догматическая юриспруденція имѣетъ дѣло съ системой правовыхъ нормъ, дѣйствующихъ въ какомъ либо обществѣ, государствѣ, и располагаетъ совершенно опредѣленнымъ матеріаломъ. Б. Кистяковскій, Соціальныя науки, 670 и сл.

ществует ли оно на самомъ дѣлѣ¹; неясны и конечныя судьбы права, его идеаль².

Какъ бы ни рѣшать указанные сложные вопросы, для юриста-догматика право остается совокупностью *юридическихъ нормъ*, регулирующихъ отношенія лицъ въ обществѣ, и, въ частности, въ гражданскомъ правѣ-частныя отношенія лицъ.³

6. Не менѣе сложно и понятіе права **гражданскаго**.

1) Прежде всего чрезвычайно трудно *разграничить право гражданское отъ права публичнаго*, хотя такое разграниченіе безусловно необходимо: «всякій споръ о правѣ гражданскомъ подлежитъ разрѣшенію судебныхъ установленій» (ст. 1 У. Г. С.). Слѣдовательно, уже для этой цѣли надо знать, какое отношеніе есть гражданское. Но всѣ предложенныя теоріи для разграниченія права публичнаго и гражданскаго (частнаго) вызываютъ серьезныя сомнѣнія въ своей правильности.

Такъ, разграниченія гражданскаго и публичнаго права съ точки зрѣнія организаци защиты—по инициативѣ частнаго лица (гражданскимъ искомъ) и по инициативѣ публичной власти (формальная теорія) или по содержанію охраняемаго права, точнѣе, частнаго и публичнаго интереса (материальная теорія)—не могутъ претендовать на опредѣленность и ясность. Первая теорія собственно представляетъ вопросъ: она не объясняетъ, почему же именно данное право защищается гражданскимъ искомъ. Вторая теорія не всегда объясняетъ, въ свою очередь, почему такой то интересъ, лежащій въ основѣ даннаго права, есть частный, а не общій, публичный интересъ. Между тѣмъ, граница между частнымъ и общимъ, публичнымъ интересомъ весьма условна. Такъ, интересы, связанныя, напр., съ семьей, съ частной собственностью, не только частныя интересы, но и общественныя интересы. Если обѣ теоріи не даютъ яснаго и опредѣленнаго признака для разграниченія права публичнаго и гражданскаго, то попытку соединить обѣ эти теоріи въ одну теорію нельзя признать удачной. Искать разграниченіе публичнаго права и гражданскаго въ направленіи защиты (формальный признакъ) или въ содержаніи самого интереса, какъ частнаго, гражданскаго, а не публичнаго (материальный признакъ)—значитъ не только соединять достоинства обѣихъ теорій, но и усиливать ихъ недостатки. Совсѣмъ невѣрна, далѣе, та теорія, которая ищетъ разрѣшенія вопроса въ направленіи основаній

¹ Одни (Петражицкій) видятъ реальность права въ особыхъ психическихъ явленіяхъ, въ томъ, что право есть «психическій факторъ общественной жизни», что право дѣйствуетъ психически. П. Михайловъ, О реальности права (Юрид. Вѣст. 1914 V (1) и въ особенности Петражицкій, Теорія права, стр. 514 (рецензія Ю. Б. № 3, 1). Другіе признаютъ право «особымъ юридическимъ міромъ», отличнымъ отъ физическаго и психическаго существованія человѣка и считаютъ этотъ міръ лишь частью болѣе широкаго міра человѣка—«моральнаго міра». Е. Спекторскій, Къ спору о реальности права (Юрид. Вѣст. 1914 V (1)). Третьи зачисляютъ право въ духовныя продукты и объединяютъ эти продукты общимъ понятіемъ «культурнаго блага». (Б. Кистяковскій, Кризисъ юриспруденціи и диллетантизмъ въ правѣ (Юрид. Вѣст. 1914 V (1)). Его же, Реальность объективнаго права и право, какъ социологическое явленіе (Вопросы права 1914 г. VIII (4)). Рациональное и иррациональное въ правѣ (Философ. Сбор. М. 1911), и, какъ общій итогъ, Его же, Соціальныя науки (257 и сл.). Какъ бы ни понимать и ни конструировать положительное право, несомнѣнно одно, что оно дѣйствительно, какъ явленіе, сосуществующее гражданскому порядку, призванное нормировать общественную жизнь. Оно дѣйствуетъ не только непосредственно, психически на человѣка, устанавливая его отношеніе къ другимъ лицамъ, опредѣляя его поведеніе къ нимъ, возвышая его существо (unus homo nullus homo), но и посредственно, созданіемъ тѣхъ правовыхъ учрежденій (юридическаго обихода), которыми регулируется поведеніе человѣка въ отношеніи другихъ лицъ и вещей въ гражданскомъ оборотѣ.

² Такъ, напр., по ученію Петражицкаго, идеаль права сводится къ совершенствованію «человѣческой психики», достиженію «совершеннаго господства дѣйственной любви въ человѣчествѣ.» Въ конечномъ итогѣ право стремится исчезнуть, т. к. оно существуетъ «изъ-за невоспитанности, дефектности человѣческой психики», идеаль права, поэтому, не внутривправный, а сверх-правный. (Л. Петражицкій, Къ вопросу о социальномъ идеаль и возрожденіи естественнаго права (Юрид. Вѣст. 1913. II). О цѣли права см. Б. Кистяковскій, Соціальныя науки, 670.

³ Въ частности, существуютъ три главныя опредѣленія права по содержанію юридическихъ нормъ: 1) какъ нормъ, устанавливающихъ и разграничивающихъ свободу (школа естественнаго права и нѣмецкіе философы-идеалисты), 2) нормъ, защищающихъ интересы (Герингъ) и 3) нормъ, создающихъ компромиссъ между различными требованіями (Адольфъ Меркель).

возникновения права путем напр., договоров, правонарушений, давности и т. д. Публичное и гражданское право могут возникать в силу одних и тех же оснований, напр. закона, правонарушения.

4. Наконец, сомнительна попытка разграничить право публичное и гражданское (частное) по признаку децентрализованности последнего и централизованности первого¹. В этом случае речь идет скорее об общей тенденции, чем о разграничительном признаке. К тому же, тенденция эта характерна лишь для государства абсолютно-монархического, а не правового².

В результате, с точки зрения теории права, вопрос о разграничительном признаке области гражданского и публичного права остается открытым. Практически же он решается перечислением гражданских институтов (метод перечисления). При чем, если и таким образом нельзя решить вопроса, то суду остается обратиться к анализу сомнительного отношения. Если данное отношение рассматривается гражданским оборотом³ как отношение, входящее в него, то, на основании общего смысла гражданских законов, оно будет правом гражданским. Этим признаком гражданского оборота гражданское право отличается также от права торгового, и именно там, где существует, как у нас, дуализм частного права⁴.

2) Прежде спорен был также вопрос о содержании гражданского права. Именно, думали, что содержание его исчерпывается гражданско-имущественными отношениями (у нас Мейеръ) или также и публично-имущественными отношениями (Кавелинъ). При таком понимании, из гражданского права исключалась целая область личных отношений; и гражданское право рассматривалось, как чисто имущественное право. Узость такого понимания очевидна и продиктована неправильным представлением о цели гражданского права. Гражданское право стремится регулировать частные отношения лиц, независимо от того, личные ли эти отношения или имущественные.

В современном праву личные отношения все более и более привлекают внимание законодателя и науки. Объясняется это не только тяжестью для людей современного капиталистического хозяйства, но и ростом человеческой личности, с ее более чуткой и нервной организацией. Поэтому ныне не только усиливается защита личных благ человека: здоровья, жизни, свободы и чести, но дается защита нравственным интересам, вознаграждается в некоторых случаях нравственный вред, выдвигается на очередь вопрос о субъективных публичных правах, как напр., о праве на существование, праве на вознаграждение государством. Хотя эти права и другие подобные им не относятся специально к гражданскому праву, тем не менее передовое гражданское право не может пройти мимо этих прав. Дело не в том, относить ли эти права к публичному или к частному праву, а в том, чтобы регулировать эти права наилучшим образом с помощью того и другого права⁵. Ко-

¹ I. Покровский, Основные проблемы гражданского права. М. 1915 (отдельный оттиск из «Итоги науки»), стр. 10, 12 сл.

² Ср. Б. Кистяковский, Социальные науки и право, 586.

³ Термин «гражданский оборот» общепринят, но неудачен. Частно-правовой порядок шире понятия «обмѣна». Поэтому узко определение Колера (Введение, стр. 18): «Кругъ правовыхъ дѣйствій, целью которыхъ является обмѣнъ, называется оборотомъ.»

⁴ Шершеневичъ, Курсъ гражданского права. Казань 1901 (у него же литература), стр. 50—78; Гамбаровъ, Курсъ гражданского права. СПб. 1911, стр. 39—54; Grote, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Tübing. u. Leipzig. 1900. Bd. I § 14 (у него же литература). Удинцевъ, Дуализмъ частно-прав. системъ (Киев. Ун. Из. 1894, VI).

⁵ Вопрос о субъективных публичных правах далеко еще не выяснен, но тем не менее эти права, будучи публичного характера и затрагивая непосредственно государство, все же права частного лица, и они не могут быть переданы на разрешение только публичного права. Политика права требует, чтобы гражданское право в свою очередь занялось регулированием так называемых субъективных публичных прав. И не только индивидуалистическая тенденция перебрасывается на смежные области публичного права (I. Покровский, Основ. проб. 270, стр. 20), но и публично-правные тенденции перебрасываются на гражданское право и расширяют его пределы. Социальный элемент в форме субъективных публичных прав есть элемент передового гражданского права.—Разборъ отечественной литературы о субъективных публичных правах (также труда Теллинека, имѣется русский перевод) см. у Б. Кистяковского, Социальные науки, 515 и сл. 536 и сл.

лоссальное развитие публичнаго права отражается на всемъ правопорядкѣ, въ томъ числѣ и на гражданскомъ. вмѣстѣ съ проникновеніемъ публичнаго элемента въ гражданское право, становится шире и глубже его содержаніе. Анахронизмомъ вѣтъ отъ теорій, что гражданское право исчерпывается имущественными отношеніями.

Но вопросъ о томъ, *какія частныя* отношенія—*правовыя* и *какія бытовыя*, житейскія, не имѣющія вообще юридическаго характера, представляется сложнымъ. Въ концѣ концовъ, и здѣсь, какъ при разграниченіи частнаго права отъ публичнаго, приходится обращаться къ существующему правопорядку и въ его воззрѣніяхъ искать отвѣта на основаніи «общаго смысла законовъ».

3) Спорятъ еще о *названіи* права «*гражданскимъ*». Названіе это, дѣйствительно, неудачно. Гражданское право регулируетъ не только отношенія гражданъ, но иностранцевъ, пребывающихъ на территоріи государства; болѣе того: не только людей, но и юридическихъ лицъ. Поэтому правильно предложено называть право гражданское «*частнымъ*» въ противоположность праву «*публичному*». Однако, какъ разъ у насъ такое предложеніе не можетъ быть принято, потому что частнымъ правомъ будетъ и право торговое (у насъ дуализмъ частнаго права).

в. Наконецъ, названіе нашего гражданскаго права *рускимъ* выдѣляетъ его изъ ряда другихъ правъ, какъ иностранныхъ, такъ и мѣстныхъ. Дѣйствительно, въ нашихъ гражданскихъ законахъ не изложено гражданское право Царства Польскаго и губерній Прибалтійскихъ. То и другое право составляетъ самостоятельную систему дѣйствующаго въ предѣлахъ россійской территоріи мѣстнаго гражданскаго законодательства, а равно, еще болѣе самостоятельная система гражданскаго права Великаго Княжества Финляндскаго. Все это говоритъ о *партикуляризмѣ* у насъ гражданскаго права, каковой партикуляризмъ удерживается и проектомъ гражданскаго уложенія.

При всей цѣлесообразности единаго права государства съ точекъ зрѣнія политической и гражданскаго оборота, слѣдуетъ, однако, принять во вниманіе всю сложность и болѣзненность уничтоженія партикуляризма въ правѣ. Правда, изъ трехъ основъ самобытности народовъ: языка, религіи и права—последнее наименѣе устойчиво, менѣе тѣсно связано съ человѣческой личностью и потому легче поддается измѣненію, въ сторону объединенія права. Однако, въ общемъ, право все же глубоко коренится въ психикѣ и экономикѣ народа, чтобы можно было быстро, безъ потрясенія самого оборота, уничтожить право какой либо мѣстности или растворить его въ общемъ правѣ. Поэтому, для настоящаго момента, было бы правильнѣе, при созданіи гражданскаго уложенія, ограничить задачу объединенія права лишь областью обязательственнаго права, какъ менѣе своеобразнаго по сравненію съ семейнымъ, вещнымъ и наследственнымъ правомъ¹.

Итакъ, анализъ трехъ составныхъ элементовъ показалъ, что *строго научное* сложеніе этихъ элементовъ въ общее понятіе (синтезъ) въ настоящее время еще невозможно. Съ точки зрѣнія юридико-догматической, *руское гражданское право есть совокупность юридическихъ нормъ, регулирующихъ частныя отношенія лицъ въ нашемъ гражданскомъ обществѣ въ качествѣ общаго права.*

2. *Гражданское право въ каждую эпоху имѣетъ свои особенности и потому нуждается въ характеристикѣ.*

Безъ такой характеристики самое понятіе о правѣ гражданскомъ (§ 2.1) представлялось бы блѣднымъ, нежизненнымъ. Современное право характеризуется слѣдующими признаками:

а. Оно стремится осуществить *соціальную справедливость* и, въ частности, поддержать «*соціальный миръ*», защищая нынѣ интересы средняго человѣка²

¹ А. Гуляевъ, Единство гражданскаго права и проектъ гражданскаго уложенія. Кіевъ, 1903.

² Средній человѣкъ служитъ масштабомъ въ творествѣ гражданскихъ нормъ. Этотъ масштаб можетъ быть выше и ниже въ зависимости отъ той культурной среды, въ которой дѣйствуетъ установленное для нея гражданское право. Но этотъ масштаб средняго человѣка едва ли правильно считать абстрактнымъ человѣкомъ, ибо средній человѣкъ есть, въ сущности, человѣкъ большинства данной общественной среды. Отсюда, гражданское право, заботясь преимущественно о большинствѣ людей, не можетъ не нарушать интересовъ меньшинства людей. Противъ I. Покровскій (Абстрактный и конкретный человѣкъ передъ лицомъ гражданскаго права. Вѣст. Гр. Пр. 1913, № 4, стр. 30—50).

не формально, а по существу, принимая во внимание различие в экономическом положении людей.

Передовая законодательства (германское и еще в большей степени швейцарское) принимают на себя защиту экономически слабого. В этой защите слабого видят высокое призвание гражданского права—смягчить борьбу имущих и неимущих классов, выработать нормы, примиряющие интересы среднего человека—экономически сильного и среднего же человека—экономически слабого¹. Чувство социальной справедливости не было чуждо и христианской императорской эпохе Рима, но лишь современное гражданское право, правда, робко, но все же возводит это чувство в определенный принцип правотворчества, в особенности в области договоров о личном найме. В наших гражданских законах защита должника против кредитора наша себе, повидимому, признана в ст. 1539 п. 5, 1548 и н.к. др.; но эта защита носит совершенно случайный характер. Вообще же нашим гражданским законам, за исключением новейших, чужд принцип социальной справедливости.

б. Стремясь быть правом социальным², современное гражданское право усиленно подчеркивает в то же время *автономию человеческой личности*.

Так, указывают (Гедеманн³), что современное гражданское право представляет собою все большее и большее признание роста автономии личности, и что вследствие этого роста идет параллельное усиление ограниченной личности в интересах цѣлаго. Этимъ объясняется, почему в современном гражданском праве, основа которого—свободная конкуренция, с одной стороны, повышены меры юридической защиты личности: возмещение нематериального вреда, охрана прав иностранцев, охрана права на имя юридического лица, девичьей фамилии жены и т. п., а с другой стороны, вводятся принципы «деловой порядчности», большей необходимости считаться с чужими интересами, усиления ответственности за вредоносные действия (принцип причинения), возможности уменьшения и обратно неосвобождения от ответственности, в зависимости от состоятельности обязанного лица (принцип конкретной справедливости)³, возможности вообще обращения к началам нравственности и добросовестности (борьба с шиканой, с эксплуатацией, широкое толкование запрещения безнравственных сделок)⁴.

в. Принципы социальной справедливости (а) и автономии личности (б) осуществляются в условиях *капиталистического хозяйства*. Поэтому гражданское право не могло не отразить характерных его черт: свободной конкуренции и вообще свободы гражданского оборота. Поэтому же современное гражданское право отличается подвижностью обязательств, ослаблением формализма и стремлением к правовой мобилизации недвижимости. Это последнее явление означает, что недвижимости стремятся к обращению в гражданском обороте наравне с движимостями, тем же самым порядком. Вследствие этого, гражданское право приобретает характер капиталистического права, а не права землевладельца. Нашим гражданским законам, созданным в эпоху крепостного права и натурального хозяйства на Руси, чужда идея правовой мобилизации недвижимости. До сих пор, напр., не возможна у нас передача закладных по подписям (ст. 2058).

¹ А. Менгеръ, Гражданское уложение и неимущие классы. Ср. Покровский, Гражд. судъ и законъ (В. Пр. 1905, № 1). Яблочковъ, Гражданское право и экономическое неравенство. Яр. 1912. Isaу, Юридическая сдѣлка и экономическое неравенство. Законодательная охрана экономически болѣе слабыхъ. 1909.

² Некоторые ученые (Дюги), в признании социального принципа правотворчества, идут так далеко, что для них все гражданское право будто бы стремится приобрести характер социалистического гражданского права. Эта точка зрения на современное гражданское право неверна. Такие институты современного права, как признание ответственности за профессиональный риск, «предназначенная собственность», т. е. контракты через присоединение (contrats d'adhésion) и т. д. далеко еще не говорят за социалистическую тенденцию гражданского права. Léon Duguit, Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon. Paris (Alcan) 1912. Joseph Charron, Les transformations du droit civil. Paris (Collin) 1912 (изъ серии: Le mouvement social contemporain). Критический обзоръ этихъ работъ данъ у бар. Нольде (въ Вѣст. Гр. Пр. 1913 г. № 1 стр. 129 и сл.)

³ Бар. А. Нольде, Очередные вопросы в литературѣ гражданского права (въ В. Г. Пр. 1913 г. № 3 стр. 124 и сл.); у него же литература. Сrome I. S. 165.

⁴ I. W. Hedemann, Die Fortschritte des Zivilrechts in XIX Jahrhundert. I Theil, Die Neuordnung des Verkehrslebens. Berlin 1910. См. А. Нольде (В. Г. П. 1913 № 1). Перечисленные явления найдут свое разъяснение при дальнейшемъ изложении.

г. Господство капиталистическаго хозяйства съ его уравнивающей тенденціей постепенно уничтожаетъ національный характеръ права, вслѣдствіе чего современное гражданское право характеризуется стремленіемъ къ *космополитизму*, въ особенности въ вексельномъ и обязательственномъ правѣ.

Было бы, однако, неправильно преувеличивать космополитизмъ права. Гражданскій правопорядокъ зависитъ отъ многихъ условій жизни; въ частности, національныя черты народовъ, ихъ нравы и даже религія могутъ оказать замѣтное вліяніе на гражданскій правопорядокъ. Поэтому, такіе мыслители, какъ Г у б е р ь, подчеркиваютъ національный элементъ даже передоваго кодекса, какимъ является швейцарское гражданское уложеніе, по крайней мѣрѣ, въ отношеніи вещнаго права¹. Наше вещное право также представляетъ до настоящаго времени большія особенности, какъ страны преимущественно земледѣльческой. Конечно, въ вещномъ правѣ, а въ особенности въ семейномъ и наследственномъ, много архаичнаго, нуждающагося въ коренномъ обновленіи, но и за всѣмъ тѣмъ остается у насъ еще значительная доля своеобразнаго въ строеніи земельныхъ отношеній и въ строеніи семьи. Наконецъ, и въ обязательственномъ правѣ имѣются свои характерныя черты, какъ напр., слабое развитіе у насъ дѣловой порядочности въ западно-европейскомъ смыслѣ, вслѣдствіе чего необходима иногда особая осторожность при введеніи нормъ западно-европейскаго права. Въ концѣ концовъ, какъ неправильно подчеркивать націонализмъ въ современномъ гражданскомъ правѣ, такъ нельзя въ то же время, изъ опасенія націонализма, закрывать глаза на своеобразіе гражданскаго правопорядка².

§ 3. ВИДЫ ГРАЖДАНСКАГО ПРАВА.

Виды гражданскаго права или совпадаютъ съ видами права вообще или являются спеціально видами гражданскаго права. Въ первомъ отношеніи приходится различать объективное и субъективное право, кодифицированное право, писанное и неписанное (обычное); во второмъ—довольно многочисленные виды въ зависимости отъ разныхъ признаковъ (4).

1. *Объективное право относится къ субъективному, какъ правовая норма къ праву конкретнаго лица.*

Объективное право—это, напр., наша ст. 420 о правѣ собственности; субъективное—это, напримѣръ, право собственности Петрова на такой то домъ. Указанное отношеніе между объективнымъ и субъективнымъ правомъ характерно: оно говоритъ, что объективное право, какъ юридическая норма, не есть правовое жизненное явленіе, конкретная правовая жизнь, что изучая юридическія нормы, мы не изучаемъ тѣмъ самымъ реально существующій правопорядокъ. Отождествленіе права, выраженнаго въ нормахъ (объективное право) съ правомъ, осуществляемымъ въ жизни, въ правоотношеніяхъ (субъективное право), есть условная фикція³. Юристъ никогда не долженъ забывать этого и въ особенности юристъ-догматикъ, которому приходится преимущественно имѣть дѣло съ правовыми нормами. Кто думаетъ, что право заключается въ нормахъ, тотъ забываетъ, что право есть жизненное явленіе и что оно существуетъ не въ книгахъ, а въ самой жизни.

Въ теоріи понятіе субъективнаго права спорно. Такъ, 1) пониманіе субъективнаго права, какъ господства воли, власти (общепринятое воззрѣніе) вызываетъ возраженія. Указываютъ, что такое пониманіе слишкомъ формально (рѣчь идетъ о волѣ, о власти, а не о самыхъ благахъ) и даже противорѣчитъ фактамъ жизни (субъективныя права имѣютъ люди, лишенные вполне или отчасти воли, безумные, дѣти и т. п.). Возможность представительства не устраняетъ противорѣчія (иначе Регельсбергеръ). Въ виду этого выдвигаютъ 2) понятіе о субъективномъ правѣ, какъ о благѣ, точнѣе, жизненномъ интересѣ лица, защищенномъ объектив-

¹ E. Huber, Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartaments; Bd. II. Bern 1914 S. 16.

² Ср. бар. А. Фрейтагъ-Лоринговень, Национальность въ гражданскомъ правѣ и проектъ гражданскаго уложенія (Ж. М. Ю. 1911 дек.) и I. Покровскій, Основныя проблемы, 20 и сл. Положеніе, что въ настоящее время основаніе всѣхъ культурныхъ правопорядковъ составляютъ универсальныя, а не національныя элементы—слишкомъ общее положеніе.

³ Б. Кистяковскій, Соціальныя науки, 356 и сл.

нымъ правомъ (Герингъ, Дернбургъ). Данное понятіе разрываетъ, однако, связь между правомъ и субъектомъ. Оно допускаетъ защиту благъ, или интересовъ лица помимо его воли, какъ субъекта права. Въ этомъ случаѣ уничтожается, слѣдовательно, и самое понятіе субъективнаго права, какъ связаннаго съ лицомъ, его волей. Поэтому, 3) сдѣлана еще одна попытка—соединить оба элемента (волю и интересъ) въ одно понятіе (Леллинекъ, Регельсбергеръ и др.). Именно, субъективное право есть власть лица (въ этомъ существе субъективнаго права), направленная на удовлетвореніе признаннаго интереса (въ этомъ его содержаніе). Таковы наиболѣе распространенныя теоріи субъективнаго права. Надо, однако, замѣтить, что въ современной литературѣ пробивается новое теченіе, противное построенію субъективнаго права, какъ власти, и даже вообще признанію субъективнаго права¹. Кромѣ того, самое понятіе власти возбуждаетъ немалыя сомнѣнія и далеко еще не выяснено². Наконецъ, выдѣляется еще особая группа субъективныхъ правъ, какъ власти, въ области семейныхъ господскихъ и тому подобныхъ отношеній, которая также далеко еще не выяснена³. Наши гражданскіе законы знаютъ понятіе субъективнаго права, какъ власти вообще (ст. 420), такъ и власти, какъ особаго вида субъективныхъ правъ: власти супружеской (ст. 107), родительской (ст. 164 и сл.) и хозяйской (ст. 2230)⁴.

Спорно также взаимное отношеніе между субъективнымъ и объективнымъ правомъ. Именно, нужно ли, чтобы субъективное право было обезпечено нормой (объективнымъ правомъ), и не существуетъ ли оно безъ такого обезпеченія, являясь само основаніемъ для нормы (объективнаго права). Слѣдуетъ, однако, отмѣтить что вопросъ о приоритетѣ того или другаго права не имѣетъ практическаго значенія. Но и исторически правильно признать сосуществованіе того и другаго права, а самый вопросъ о приоритетѣ того или другаго права отнести къ рефлекторной дѣятельности нашего разума⁵.

2. Объективное право существуетъ въ формѣ права кодифицированнаго и некодифицированнаго.

Въ правѣ кодифицированномъ объективное право является системой правовыхъ нормъ, проникнутой юридическими принципами, сообщающими всей правовой системѣ внутреннее единство и цѣльность⁶. *Гражданское право* почти вездѣ приняло форму *кодифицированнаго права* и сдѣлало это не безъ основанія. Хотя кодификація права кладетъ предѣлы развитію права и въ этомъ отношеніи нежелательна⁷, но въ то же время, благодаря кодификаціи, сложное и разнообразное

¹ Въ особенности Дюги, который прямо отрицаетъ существованіе субъективнаго права, замѣняя его «соціальною функціей», какъ обязанностью лица (критику см. Нольде, В. Г. П. 1913 г. № 1, 135 и сл.).

² См. у Талья, Проблема власти надъ человѣкомъ въ гражданскомъ правѣ (Ю. В. 1913 г. III, 108 и сл.); у него же здѣсь литература; см. тамъ же 104 прим. 2.

³ Власть понимается, какъ возможность автономнаго проявленія управомоченнымъ своей воли (Кожошкинъ), какъ «собственное» право (Розинъ, Ремъ и др.), какъ мотивъ поведенія другихъ (Шершеневичъ), какъ правоотношеніе (Петражицкій, Пухта и Виндшейдъ), или даже какъ представительство и попеченіе имѣющаго право личной власти (Гирке), или, наконецъ, какъ правовое положеніе во внутреннемъ строѣ соціальнаго союза или организаци (Таль)—подробнѣе см. Таль, 111—120, 139. Былъ высказанъ также взглядъ, что власть не юридическое понятіе, а фактическое отношеніе, т. е. фактическая мощь (Herzfelder, *Gewalt und Recht*. 1890).

⁴ Вопросъ о власти, какъ субъективномъ правѣ въ нашихъ законахъ и другихъ законодательствахъ, см. у Талья, стр. 120 и сл.

⁵ Колеръ, Введеніе, 7 и сл. См. еще Гамбаровъ, 371—380, Б. Кистяковскій, Соціальныя науки, 361 (ссылки на литературу). R. Loening, *Ueber Wurzel und Wesen des Rechts*. Jena 1907, S. 22.

⁶ Принципы эти создаются самой жизнью. Поэтому, кодексы по существу, а не по формѣ, появились въ эпоху господства въ оборотѣ опредѣленныхъ новыхъ принциповъ. Такимъ кодексомъ въ свое время былъ, напр., кодексъ Наполеона.

⁷ Въ частности, подчеркиваютъ, что, съ изданіемъ кодекса, юридическая мысль понижается, направляясь въ сторону комментированія новаго законодательства. Если юристы, которые работали до изданія кодекса, подходили къ нему вооруженные эрудиціей, съ широкими взглядами, съ пониманіемъ относительности кодекса, то юристы, прошедшіе школу кодекса, видятъ въ немъ «альфу и омегу юриспруденціи». Творчество уступаетъ мѣсто механической разработкѣ кодекса: выводятся правила изъ закона, комментируется каждый абзацъ статьи, перефразируются статьи закона, наука превращается въ голое знаніе закона, право дѣлается механическимъ агрегатомъ наукъ, на законъ смотрятъ, какъ на нѣчто, не подлежащее критикѣ, послѣдняя считается не лойальной, связь съ прошлымъ правомъ забывается; Unger, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, Bd. I. S. 638 (В. Г. П. 1914 № 12, 9 и сл.)

разное по содержанию гражданское право легче примѣнять на практикѣ, чѣмъ значительно выкупаются отрицательныя стороны кодификаціи. Кодификаціонное движеніе началось въ Европѣ въ половинѣ XVII в. и прошло нѣсколько стадій, завершившихся въ началѣ XVIII в. знаменитымъ французскимъ кодексомъ (*гражданскимъ кодексомъ 1804 г. или кодексомъ Наполеона*), а въ концѣ того же столѣтія—германскимъ уложеніемъ (1896 г.) и нынѣ—швейцарскимъ уложеніемъ 1907 г. (обяз. пр. 1911 г.), наиболѣе совершеннымъ и передовымъ.

1) Началомъ кодификаціи можно считать проектъ германскаго общеземскаго уложенія, составленіе котораго на основаніи только разума и основныхъ законовъ было поручено въ 1764 г. Фридрихомъ Великимъ канцлеру Фонъ-Кокцею. Проектъ уложенія (*Corpus juris Fridricianum*) являлся, по мысли его составителя, «гражданскимъ кодексомъ естественнаго права», но, въ сущности, содержаніе этого права было взято изъ римскаго права. Такой же приблизительно характеръ имѣлъ другой проектъ «частнаго права» (т. н. *Codex Theresianus*), выработанный комиссіей, учрежденной въ 1753 г. въ царствованіе Маріи-Терезіи. Но силу закона впервые получилъ Баварскій кодексъ (*Codex Maximilianus* 1756 г.), обязанный своимъ происхожденіемъ вице-канцлеру Крейтмайру, который поставилъ себѣ довольно скромную задачу—привести въ извѣстность дѣйствовавшее въ Баваріи право. Такую же скромную задачу ставило себѣ и Общее Земское Право Прусскихъ Провинцій (*Прусскій Ландрехтъ* 1794 г.). Написанное въ части гражданскаго права преимущественно Клейномъ, это право было проникнуто началами просвѣщеннаго абсолютизма, гуманной опеки надъ личностью человѣка.

2) Положеніе рѣзко мѣняется въ XIX вѣкѣ. Человѣкъ признается свободнымъ, не нуждающимся въ особомъ покровительствѣ со стороны закона. Провозглашается принципъ равенства всѣхъ передъ закономъ—создается въ 1804 г. великій образецъ для всего XIX в.—Французскій кодексъ 1804 г. (*Кодексъ Наполеона*, или *Гражданскій Кодексъ*)¹. Источниками для него послужили римское право (въ области вещнаго и обязательственнаго права) и обычное право, главнымъ образомъ, парижское (въ области семейныхъ и наследственныхъ правъ), а также ордонансы по различнымъ правовымъ институтамъ. Но не эти источники создали славу кодекса, а тѣ новые принципы, которые были положены въ основу его: принципы равенства людей передъ закономъ и свободы земельной собственности отъ оковъ феодализма. Напуганные событіями во Франціи конца XVIII в., австрійцы не рѣшились взять за образецъ кодексъ Наполеона. Австрійское Уложеніе 1811 г. можетъ быть отнесено, поэтому, по способу кодификаціи къ XVIII в. На немъ такъ же, какъ и на Прусскомъ Ландрехтѣ, лежитъ печать естественнаго права; но кодексъ этотъ, небольшой и проникнутый общими началами, не казуистиченъ и, въ общемъ, былъ хорошъ для своего времени. Своеобразное положеніе въ исторіи кодификаціи XIX в. занимаетъ также Саксонское Уложеніе 1865 г.,—написанное по пандектной системѣ, въ сущности, учебникъ римскаго права. За этими исключеніями и еще немногими другими, господство кодекса Наполеона было общимъ въ Европѣ. Въ однихъ государствахъ Европы онъ дѣйствовалъ какъ положительный законъ, въ другихъ—былъ положенъ въ основу ихъ кодексовъ.

3) Однако, за сто лѣтъ своего существованія кодексъ Наполеона, естественно, отсталъ отъ жизни. Его вліяніе перешло къ уложеніямъ XX вѣка: Общегерманскому уложенію 1896 г., вступившему въ силу въ 1900 г., и Швейцарскому уложенію 1907 г. (кроме обязательственнаго права) и 1911 г. (обязательственное право). Оба эти уложенія, въ особенности швейцарское, усиливаютъ охрану челоѣческой личности и ея интересовъ, принципиально признавая, что равенство передъ закономъ не есть начало формальное, а что оно должно быть проводимо на дѣлѣ путемъ особой организаціи охраны въ законѣ интересовъ экономически слабыхъ.

Наше гражданское право уже нѣсколько столѣтій стремится къ кодификаціи, но до настоящаго времени у насъ нѣтъ гражданскаго кодекса въ западноевропейскомъ смыслѣ этого слова. Въ 1832 году удалось лишь создать *Сводъ гражданскихъ законовъ*, томъ X-ый, часть первая (см. § 5). Проектъ русскаго гражданскаго уложенія пока остается проектомъ (см. § 4). Въ сторонѣ отъ кодификаціоннаго творчества осталось также англо-американское право. Впрочемъ,

¹ Въ научной литературѣ кодексъ обозначается кратко первыми его буквами. С. С. (*Code civil*); общегерманское уложеніе BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*), швейцарское уложеніе ZGB (*Zivilgesetzbuch*).

попытка создать уложение не была чужда С.-Ам. Штатамъ (Ньюйоркскій проектъ)¹,

3. Кодифицированное гражданское право надо отличать отъ писаннаго и неписаннаго (обычнаго) права.

Писанное право—это всякое законодательство, какъ кодифицированное, такъ и некодифицированное, напр., нашъ т. X ч. 1; неписанное же право—*обычное право* (послѣднее названіе общепринято). Дѣленіе это въ гражданскомъ правѣ важно, т. к. въ основѣ его лежатъ особые источники правообразования (§ 4). Въ связи съ этимъ приходится также различать *право судебной практики и право юристовъ, наука права* (§ 4).

4. Но особо важно дѣленіе спеціально гражданскаго права на виды по объекту*.

Объектомъ можетъ быть: вещь, дѣйствіе лица (обязательство), личность человека (члена семьи) и наследство. Соответственно этому различаютъ права: *вещное, обязательственное, семейственное и наследственное*. Различаютъ также нематеріальныя права, предметомъ которыхъ служатъ «безтѣлесная вещь, напр. авторское право. Нынѣ признаютъ еще *право лицъ*, объектомъ котораго являются высшія блага человека, въ частности, индивидуальныя права (на имя и т. д.). Важность изложеннаго дѣленія гражданскихъ правъ выражается не только въ томъ, что каждое изъ указанныхъ правъ обуславливаетъ *юридическую природу* гражданскихъ правъ, но въ томъ, что это дѣленіе положено въ основу *системы* всего гражданскаго права. Именно, согласно *пандектной системѣ*, вслѣдъ за общей частью, излагаются: вещное право, обязательственное, семейное и наследственное право.

Въ Германскомъ уложеніи обязательственное право идетъ впереди вещнаго. Въ швейцарскомъ уложеніи введено еще право лицъ. Въ нашемъ проектѣ соблюдена пандектная система въ чистомъ видѣ, хотя, по примѣру Ш. У., слѣдовало бы также ввести право лицъ (личныя права). Пандектная система проникла и въ курсы, и учебники. Однако, въ наукѣ противъ нея начинаютъ раздаваться голоса. Дѣло въ томъ, что ея основа—дѣленіе гражданскихъ правъ по объекту вызываетъ серьезныя сомнѣнія въ правильности. Указанное дѣленіе упрощаетъ дѣленіе гражданскихъ правъ. Нерѣдки случаи, когда гражданскому праву, какъ напр., арендѣ, присущи элементы не только обязательственнаго, но и вещнаго права. Далѣе, сомнительна вещная природа такихъ правъ, какъ залога, и въ особенности авторскаго права. Неточно, наконецъ, что объектомъ вещнаго права является вещь, т. к. въ действительности объектомъ является здѣсь дѣйствіе лица, именно, обязанность всѣхъ не препятствовать субъекту вещнаго права осуществлять свое право. Впрочемъ, такое отрицательное дѣйствіе есть объектъ не только вещнаго права, но и всякаго другого абсолютнаго права въ противоположность праву относительному. Абсолютныя права это тѣ, которыя направлены противъ всѣхъ, какъ лицъ обязанныхъ воздерживаться отъ вторженія въ юридическую сферу управомоченнаго лица; относительныя—противъ определенныхъ лицъ и при томъ положительно обязанныхъ особымъ правоотношеніемъ. Къ абсолютнымъ относятся: права личности, вещное право, права на нематеріальныя блага, семейное право и отчасти наследственное право (право на приобрѣтеніе наследства и право, возникающее изъ приобрѣтенія наследства)². Относительныя права—главнымъ образомъ—обязательственныя права. Но дѣленіе правъ на абсолютныя и относительныя еще менѣе пригодно для системы гражданскаго права вслѣдствіе еще большей суммарности. Такимъ образомъ, вопросъ о системѣ гражданскаго

¹ Имѣются въ русской литературѣ переводы уложеній: австрійскаго, саксонскаго, германскаго и швейцарскаго (обязательственное право напечатано въ Ж. М. Ю. за 1912 г.). Законы Царства Польскаго—въ большой части—переводъ Кодекса Наполеона. Гражданскіе законы Калифорніи сравнительно съ другими американскими и англійскими законами см. Малышевъ, Т. I—II, 1906.

* Малышевъ, Курсъ общаго гражданскаго права, I, 318—355; Шершеневичъ, Къ вопросу о системѣ гражданскаго права («Юр. Лѣт.» 1892, № 9).

² Подробнѣ Регельсбергеръ, стр. 246 и сл.; у него же здѣсь и другіе виды гражданскихъ правъ.

права, въ связи съ тѣми или другими его видами, представляется совершенно неразработаннымъ; между тѣмъ важность этого вопроса для науки очевидна. Впрочемъ, неразработана и классификація видовъ гражданскихъ правъ. Виды эти многочисленны¹. Замѣчательнъ и тотъ фактъ, что для нѣкоторыхъ видовъ гражданскихъ правъ не разработана даже терминологія. Это слѣдуетъ сказать въ особенности о нашей наукѣ².

§ 4. ИСТОЧНИКИ ПРАВА*.

Какъ показываетъ самое названіе: «источники права», вопросъ идетъ объ образованіи, возникновеніи права. Названіе это, однако, нельзя признать опредѣленнымъ. 1) Подъ источникомъ права можно разумѣть силу, факторъ, производящій право, наприм., законодателя, 2) форму, въ которой выразилась эта сила, напр., законъ, и даже 3) средства ознакомленія съ правовой нормой, напр. книгу законовъ. Въ первомъ смыслѣ говорятъ объ органахъ правообразованія, во второмъ—о формахъ правообразованія и въ третьемъ—объ источникахъ правопознанія, или правовѣдѣнія. Въ собственномъ смыслѣ подъ источниками права разумѣются обыкновенно формы правообразованія.

Это объясняется тѣмъ, что юристу-догматику приходится имѣть дѣло преимущественно съ формами правообразованія, характерную черту которыхъ составляетъ обязательность ихъ для судей и вообще для всѣхъ лицъ. Напротивъ, для юриста-соціолога, психолога и т. д. первенствующее значеніе приобрѣтаютъ органы правообразованія, правообразующія силы.

Въ частности, психологическая теорія отрицательно относится къ формамъ правообразованія, называя ихъ лишь «нормативными фактами», и противопоставляетъ ихъ нормамъ права, какъ объективированнымъ психическимъ переживаніямъ особаго рода. Указанный взглядъ правильно подмѣчаетъ, что формы правообразованія, строго говоря, не есть источники права. Ими должны быть признаны правообразующія силы. Но здѣсь упускается изъ вниманія, что форма правообразованія для догматика больше, чѣмъ нормативный фактъ и что «психическія переживанія», какъ источникъ правообразованія конкретизируются въ органахъ правообразованія, которые обладаютъ различной степенью правотворчества. Наконецъ, правильно возражаютъ противъ психологической теоріи, подчеркивая, что хотя каждый гражданинъ и долженъ быть творцемъ права, но что въ обществѣ и въ самомъ правѣ дѣйствуютъ другія правотворящія силы. Этими силами, а не только одной индивидуальной психикой, обусловливается правопорядокъ³. Однако, какъ бы ни понимать правотворческіе органы (индивидуальные, социальныя и чисто правовыя), несомнѣнно одно, что нельзя упускать изъ вниманія обязательность, какъ самую характерную черту формъ правообразованія. Поэтому для юриста—догматика только правовыя органы съ ихъ обязательными формами могутъ считаться источниками правообразованія. Жизненное право творится, правда, и помимо ихъ. Но правообразующая сила стремится приобрѣсть обязательную форму, которая и считается въ такомъ случаѣ дѣйствительнымъ источникомъ права. Пока правообразующая сила не воплотится въ формѣ правообразованія, до тѣхъ поръ она не можетъ считаться источникомъ права въ смыслѣ догматическомъ.

¹ Права передаваемые и непередаваемые, самостоятельныя (напр. заемъ) и акцессорныя (напр. поручительство) и т. д. будутъ попутно изложены въ соответствующихъ мѣстахъ.

² Правами безъ опредѣленнаго названія остаются право отреченія, отказа отъ договора и т. п., осуществляя эти права, лицо измѣняетъ свое юридическое состояніе. Ихъ можно называть вспомогательными, второстепенными, организационными (sekundäre Rechte, Gestaltungsrechte). Примѣръ—ст. 1547 т. X ч. 1. Остаются также безъ названія права, которыя неизмѣнно возникаютъ по закону, вслѣдствіе опредѣленнаго степенія обстоятельство (Zustandsrechte). Примѣръ—ст. 458.

* Шершеневичъ, Курсъ гражданского права, т. I. §§ 30—39, 56—61; Его же, Примѣненіе нормъ права («Ж. М. Ю.» 1903, № 1); Малышевъ, Курсъ общаго гражданского права, I, 48—317; Гамбаровъ, Курсъ Т. I. Виноградовъ, Очерки, стр. 73, Тарановскій, Учебникъ энциклопедіи права, 1917 г. 165.

³ Свообразную теорію источниковъ права съ точки зрѣнія «соціологіи права» развиваетъ Эрлихъ (стр. 4 прим. 3). См. еще Б. Кистяковскій. Соціальныя науки, 690.

1. *Въ современномъ правѣ первенствующее мѣсто среди источниковъ права занимаетъ а) законодатель б) съ соответствующей формой правообразованія—закономъ.*

а. Это объясняется тѣмъ, что въ современномъ обществѣ борьба общественныхъ и экономическихъ силъ достигла большой напряженности, и что примиреніе многоразличныхъ экономическихъ и духовныхъ интересовъ требуетъ болѣе, чѣмъ прежде, сознательной, вдумчивой правообразующей работы, каковой является работа законодателя. Къ этому присоединяется еще то, что въ процессѣ законодательнаго творчества нынѣ участвуютъ представители различныхъ группъ населенія—чѣмъ достигается возможное при современной организаціи государства примиреніе классового и сословнаго антагонизма¹. На этотъ путь вступило и наше государство.

Цѣлый рядъ законопроектовъ, существенно измѣнившихъ наше гражданское право, прошелъ уже въ порядкѣ новаго правотворчества. Въ области вещнаго права измѣнено положеніе крестьянства (зак. 14 іюня 1910 г.), создано право застройки (зак. 23 іюня 1912 г.), реформированы авторское право (зак. 20 марта 1911 г.) и находка (зак. 23 марта 1912 г.). Въ области обязательственнаго права улучшено положеніе неимущихъ классовъ (новые законы о страхованіи рабочихъ 23 іюня 1912 г., железнодорожныхъ служащихъ и т. д. зак. 28 іюня 1912 г.). Въ области семейнаго права создана опека надъ сельскими обывателями волѣдствіе расточительности (зак. 18 мая 1911 г.), улучшено положеніе замужней женщины (зак. 12 марта 1914 г.) и, наконецъ, въ области наследственнаго права—расширены право наследованія по закону лицъ женскаго пола и право завѣщанія родовыхъ имѣній (зак. 3 іюня 1912 г.).

б. Законъ, какъ форма правообразованія, понимается различно. Такъ, въ тѣсномъ смыслѣ подъ закономъ разумѣется юридическая норма, изданная съ участіемъ народнаго представительства². Въ широкое же значеніе закона считаются распоряженія (указы) надлежащей государственной власти объ исполненіи закона и на случай необходимости, поскольку это дозволено государственнымъ устройствомъ страны³. Въ частности, требуется для этого наличность чрезвычайныхъ обстоятельствъ, оправдывающихъ необходимость, и наличность ихъ только во время прекращенія занятій Государственной Думы (ст. 87 осн. Зак.). Наконецъ, въ самомъ широкомъ смыслѣ слово законъ употребляется для обозначенія всякой вообще юридической нормы, безразлично отъ источника ея возникновенія, какъ это, напр., имѣетъ мѣсто въ германскомъ правѣ (ст. 2 зак. о введеніи въ дѣйствіе гражд. улож.). Въ этомъ смыслѣ и обычно-правовая норма называется закономъ. Впрочемъ, такое смѣшеніе понятій нежелательно.—Въ какомъ бы смыслѣ ни понимать законъ, но въ первыхъ двухъ случаяхъ для его дѣйствительности необходимо соблюденіе установленнаго въ законахъ порядка изданія, а для дѣйствія еще и объявленіе его, распубликованіе въ Собраніи Узаконеній и Распоряженій Правительства (С. У.). И законъ получаетъ дѣйствіе, или подлежитъ примѣненію, когда соотвѣтствующій выпускъ Собранія Узаконеній и Распоряженій Правительства «полученъ въ присутственныхъ мѣстахъ даннаго города» (О. С. ¹⁰/₃₇ къ толкованію ст. 93 Зак. Осн.). Законодатель можетъ, однако, отсрочить примѣненіе распубликованнаго закона (*vacatio legis*). Въ этотъ промежутокъ времени, законъ хотя существуетъ и можетъ быть измѣненъ или отмѣненъ не иначе, какъ всякій дѣйствующій законъ, но онъ не дѣйствуетъ.—Область примѣненія закона (матеріальнаго права) ограничивается тѣмъ, что законъ дѣйствуетъ на будущее время

¹ Впрочемъ, задача законодателя гораздо шире задачи примиренія классового антагонизма. Она состоитъ въ томъ, чтобы обезпечить человѣку со всѣми его психическими свойствами (дурными и хорошими) проявленіе въ общеніи съ другими этихъ свойствъ, такъ какъ само право, въ конечномъ результатѣ, есть продуктъ социальнo-психологическаго приспособленія (Е. Губеръ, О реальностяхъ законодательства (въ Zeitschr. f. Rechtsphilosophie, I Bd. 1 Heft); см. Право, 1913, № 43).

² Впрочемъ, въ формальномъ смыслѣ закономъ называется у насъ и государственная роспись (бюджетный законъ), хотя роспись и не есть юридическая норма.

³ Я. Магазинеръ, Спорные вопросы чрезвычайно—указнаго права (Право, 1914 № 9 стр. 667 и сл.). Е. Г. же, Чрезвычайно—указное право Россіи. 1911.

(т. е. не имѣть обратной силы), если при самомъ изданіи закона не оговорено противное. Дѣйствіе закона отмѣняется, измѣняется или замѣняется новымъ закономъ (ст. 94 Зак. Осн. въ изд. 1906 года).¹

Современная война рѣзко нарушила вышеизложенныя положенія о законѣ, какъ формѣ правообразованія. На основаніи обязательныхъ постановленій и военныхъ приказовъ созданъ нынѣ для отдѣльныхъ мѣстностей и частей государства цѣлый рядъ юридическихъ нормъ, рѣзко измѣнившихъ гражданско-правовую строй, въ особенности въ области экономическихъ отношеній.

2. *Вслѣдъ за законодателемъ, приобретаетъ нынѣ все большее значеніе а) судья, какъ правообразующая сила, б) съ соответствующей ей формой правообразованія—судебной практикой*.*

а. Указанное явленіе объясняется той же сложностью современной жизни, противорѣчіемъ интересовъ, о чемъ было замѣчено выше (1), и быстротой гражданского оборота. Законодатель не успѣваетъ во время подмѣтить новыя правовыя явленія жизни; суду же приходится постоянно встрѣчаться съ ними. Кромѣ того, судъ раньше, чѣмъ кто либо, видитъ противорѣчія закона и жизни. Все это вмѣстѣ особенно выдвигаетъ судью въ важной роли правотворческой силы. Но т а к а я роль не признана за судьей закономъ. У судьи нѣтъ формы правообразованія въ догматическомъ значеніи этого понятія, т. е. обязательной формы правообразованія. Отсюда судья остается двойкій путь: или нелегально творить право, подъ видомъ толкованія законовъ на основаніи ихъ общаго смысла, въ особенности широко пользуясь для этого аналогіей права, или отказаться отъ этой роли, подчиняя себя всецѣло хотя бы и отжившимъ законамъ.²

Болѣе рѣшительно поступило Ш. У., склонившись, при извѣстныхъ условіяхъ, къ признанію за судьей роли законодателя. Ш. У. отбросило фикцію—ученіе о логической законченности права, т. е. ученіе объ отсутствіи въ правѣ пробѣловъ;³ оно нашло въ себѣ смѣлость откровенно объявить, что судья не только уста закона. Именно, признавъ господство закона надъ обычаемъ, Ш. У. за недостаткомъ того и другого, дозволило судью произносить рѣшеніе на основаніи той нормы, которую онъ самъ бы установилъ, если бы былъ законодателемъ, руководясь при этомъ господствующими ученіями и практикой (ст. 1). Нѣкоторые теоретики (меньшинство) идутъ еще дальше въ признаніи правообразующей роли судьи. Они готовы во имя справедливости даровать судью право творить нормы вопреки закону. Указанное движеніе въ пользу «свободнаго права», въ особенности въ столь рѣзкой формѣ, какъ правотворчество вопреки закону, недостаточно учитываетъ, однако, благодѣтельное значеніе твердости оборота. Предоставленіе судью права творить норму вопреки закону легко можетъ повести за собой нежелательный субъективизмъ судьи, при его недостаточной образованности, слабой матеріальной обеспеченности и сословной принадлежности, и даже вызвать ослабленіе въ обществѣ правового чувства. Однако, сильная сторона новаго ученія состоитъ въ томъ, что оно пытается поставить на мѣсто фикціи судейской покорности закону то, что на самомъ дѣлѣ есть. Судья толкуетъ законъ, и это толкованіе, въ особенности по мнимой аналогіи права, есть въ сущности свободное правотворчество судьи. При этомъ судья становится въ невозможное положеніе: онъ обязанъ рѣшать дѣло, несмотря на недостатокъ закона все же по закону. Правильнѣе, поэтому, предоставить и у насъ судью право творить норму, когда нѣтъ закона, нѣтъ судебной практики, нѣтъ обычнаго права, нѣтъ возможности рѣшить дѣло, на основаніи общаго смысла законовъ, когда совѣсть судьи не позволяетъ ему прикрываться фикціей закона. Нечего бояться, что такимъ строго ограниченнымъ правотворчествомъ судьи будетъ поколебленъ гражданскій оборотъ, что правовое чувство ослабнетъ въ обществѣ. Ничто такъ не возвышаетъ судью и право, какъ

¹ Отмѣна закона возможна и безъ изданія новаго закона. Такъ, въ настоящее время появляются законы, дѣйствіе которыхъ ограничивается временемъ заключенія мира или опредѣленнымъ срокомъ по заключеніи мира. Квартирный законъ, въ частности, изданъ прямо на три года.

* Г. Демченко, Судебный прецедентъ (В. 1903). Градовскій, О судебномъ толкованіи законовъ (Ж. Гр. и Уг. Пр. 1874, кн. 1). А. Маклецовъ, Изъ замѣтокъ о кассационномъ судѣ (Ю. В. X 225).

² Васильковскій, предлагаетъ средній путь—систему относительной свободы правотворчества, или восполненія пробѣловъ по общему смыслу дѣйствующихъ законовъ (Суд. Уставы, въ изд. Министер. Юстиц. 1914 г. II, 370), но, очевидно, это не теоретическое рѣшеніе сложной проблемы.

³ Гойхбаргъ. Что такое „пробѣлы въ правѣ“ (В. Г. П. 1916, № 3,99).

достоинство судьи и соответствіе права съ жизнью. Къ тому же, судейская норма подлежитъ провѣркѣ: соответствуетъ ли она господствующимъ ученіямъ и правосознанію. Этимъ ослабляется субъективизмъ судьи. Нѣтъ сомнѣнія, что только такимъ образомъ открывається возможность субъективному праву найти свое выраженіе въ объективномъ правѣ, сблизить жизненное право съ писаннымъ правомъ¹.

б. Судебная практика, какъ форма правообразованія, нашла у насъ свое выраженіе преимущественно въ сенатскихъ опубликованныхъ рѣшеніяхъ². При чемъ сенатъ стоитъ за то, что его кассационныя рѣшенія дѣйствительно форма правообразованія, такъ какъ эти рѣшенія обязательны для всѣхъ, въ томъ числѣ и для суда по дѣламъ однороднымъ съ дѣломъ прежде разъясненнымъ сенатомъ. По существу позиція занятая сенатомъ правильна. Благодаря ей стало возможнымъ дѣйствіе у насъ несовершеннаго тома X ч. 1 въ теченіе трехъ четвертей столѣтія. Но съ формальной стороны нельзя согласиться съ сенатомъ, ибо такая позиція не можетъ быть основана на законѣ.

Согласно ст. 815 У. Г. С., «всѣ рѣшенія и опредѣленія кассационныхъ департаментовъ Сената, которыми разъясняется точный смыслъ законовъ публикуются во всеобщее свѣдѣніе для руководства къ единообразному истолкованію и примѣненію оныхъ». Сенатъ склоненъ толковать слова «для руководства» въ смыслѣ обязательности для суда преподаваемыхъ имъ въ опубликованныхъ рѣшеніяхъ разъясненій смысла закона^(09/82, 74/593). Въ одномъ случаѣ сенатъ даже кассировалъ рѣшеніе, въ которомъ судъ истолковалъ законъ не согласно съ разъясненіемъ сената^(70/1598). Однако, такое толкованіе словъ: для руководства, нарушаетъ ст. 9. У. Г. С., которая требуетъ, чтобы судья рѣшалъ дѣло «по точному разуму дѣйствующихъ законовъ» или основывалъ рѣшеніе «на общемъ смыслѣ законовъ». Правда, ст. 813 того же устава обязываетъ судей «подчиняться сужденію Сената въ разъясненіи точнаго разума закона», но эта обязательность ограничивается только данными дѣломъ при вторичномъ его рѣшеніи судомъ, и не относится къ дѣламъ однороднымъ. Нынѣ сдѣлана попытка (Васьковскій) примирить позицію сената съ отрицательнымъ къ ней отношеніемъ науки. Слова ст. 815: «для руководства» предлагаются понимать въ томъ смыслѣ, что на судью налагается не обязанность исполнять въ точности сенатскія рѣшенія, а только имѣть ихъ въ виду при обсужденіи однороднаго дѣла. Въ тѣхъ случаяхъ, когда судъ отклоняется отъ рѣшеній сената по однородному дѣлу, онъ долженъ указать, почему онъ не счелъ возможнымъ слѣдовать данному преподаанному рѣшенію сената. Это точка зрѣнія не имѣетъ однако, достаточной опоры въ законѣ и является мало обоснованной³.

Болѣе того, даже по новому закону о мѣстномъ судѣ, судъ можетъ (а не обязанъ) принимать въ соображеніе прежнія рѣшенія по однороднымъ дѣламъ, да и то лишь въ доказательство существованія обычая (ср. стг. 10¹ и 10²).

Такимъ образомъ, строго по закону обязанность суда подчиниться сенату исчерпывается даннымъ дѣломъ, т. е. тѣмъ, по которому состоялось рѣшеніе сената, но и здѣсь, при вторичномъ рѣшеніи, обязанность подчиненія отпадаетъ, если судъ положить въ основу рѣшенія другіе законы, а не тѣ, которые разъяснилъ сенатъ по данному дѣлу. Впрочемъ, съ этимъ правильнымъ соображеніемъ также не согласенъ сенатъ. Онъ обязываетъ судъ подчиниться толкованію сената, хотя бы сторона указала при вторичномъ рѣшеніи того же дѣла новое основаніе иска, напр. давность (рѣш. 7 ноября 1912 г.)⁴. Отъ сенатскихъ рѣшеній, обязательныхъ по данному дѣлу и опубликованныхъ лишь для руководства по дѣламъ однороднымъ, слѣдуетъ строго отличать такія постановленія сената,

¹ Противъ «новаго движенія въ пользу свободнаго права» І. Покровскій (В. П. 1905 № 1, 1; также Ю. В. 1916), Б. Кистяковскій, Соціалн. науки, 656 и сл.—О «новомъ движеніи» см. Штейнбергъ (Ю. З. 1913. I—II, 223), Е. Кельманъ (Т. Ц. К. В. I.).

² Пеньковскій издалъ и неопубликованныя рѣшенія съ 1897—1914 г. (Пгд. 1915). О значеніи неопубликованныхъ рѣшеній, см. В. Г. П. 15, 1, стр. 11, 116 сл. Кто рѣшаетъ вопросъ о публикаціи см. В. Г. П. 1915, 1, 123, также Арх. 15/1 Поповъ.

³ Ссылка на ст. 804² п. 4 У. Г. С., согласно которому въ резолюціяхъ Кассационнаго Департамента должны быть указаны законы и «принятія въ соображеніе кассационныя рѣшенія», —аналогія не убѣдительная (Право, 1912 № 47, стр. 2594).

⁴ См. «Право» 1912 г., (стр. 2565).

которыя состоялись не по какому либо судебному дѣлу, а вслѣдствіе неоднобразнаго пониманія законовъ различными судебными мѣстами или вслѣдствіе возникшихъ на практикѣ сомнѣній (ст. 259¹ Учрежд. Судебн. Устан., зак. 1877 г.). Такія постановленія сената носятъ административный характеръ и къ даннаго рода разъясненіямъ правильно относятся отрицательно на Западѣ. ¹

Эти разъясненія сената можно было бы считать, какъ изданныя въ порядкѣ аутентическаго толкованія, судейными разъясненіями (Шершеневичъ). Но съ этимъ нельзя согласиться, т. к. являясь съ формальной стороны судебными рѣшеніями, они по существу представляютъ собой правительственныя распоряженія (Вормсъ). Рѣшенія, состоявшіяся въ порядкѣ 259¹ ст., обязательны для кассационныхъ департаментовъ, а не для общихъ собраній сената.—Въ нашей литературѣ и въ обществѣ нерѣдко раздаются голоса вообще противъ сенатской практики. Указывается 1) на ея неустойчивость, выражающуюся въ рѣзкихъ переходахъ отъ одного рѣшенія къ другому. Такъ, напр., въ рѣшеніи ^{08/77} сенатъ отрицалъ существованіе легатовъ, а въ слѣдующемъ году, въ рѣшеніи ^{09/40} онъ призналъ ихъ существованіе. Надо, впрочемъ, отмѣтить, что такіе рѣзкіе переходы, какъ только что указанный, встрѣчаются рѣдко. Вообще же нѣкоторая подвижность сенатской практики м. б. даже полезна. Она служитъ залогомъ того, что правотворчество не превратится въ мертвое дѣло, но будетъ служить обновленію права, черпающаго свою силу въ вѣчно измѣняющемся родникѣ гражданского оборота. Далѣе 2) недостатокъ нашей практики заключается въ наличности нѣсколькихъ кассационныхъ инстанцій. И хотя въ силу 259¹ ст. министръ юстиціи обязанъ слѣдить за единообразнымъ примѣненіемъ законовъ, но фактически ему трудно, конечно, всегда услѣдить за этимъ дѣломъ. Единство кассационной практики нынѣ восстановлено закономъ 15 іюня 1912 г. ²

3. Самую ограниченную роль играетъ нынѣ а) *правопорядокъ* б) *въ формѣ правового обычая*.

а. Это странное, на первый взглядъ, явленіе объясняется тѣмъ, что современная жизнь настолько осложнилась, что обычай представляется мало пригодной формой для правообразованія. Правопорядокъ ищетъ своего выраженія въ законѣ и судебной практикѣ. Напротивъ, въ прежнія времена, правопорядокъ съ его непосредственнымъ правотворчествомъ игралъ большую роль. Историческая школа въ особенности подчеркнула это значеніе правопорядка, указывая, что право коренится въ самомъ народномъ духѣ, какъ нѣчто гото-

¹ О ст. 259¹ см. Лазаревскій (В. Г. П.) 1916, 2, 123). Нынѣ статья редактирована по зак. 26 дек. 1916 г. о реформѣ сената слѣдующимъ образомъ: «Министру Юстиціи предоставляется право предлагать на обсужденіе кассационныхъ департаментовъ Правительствующаго Сената и общаго оныхъ собранія, также общаго собранія перваго и кассационныхъ департаментовъ или перваго, втораго и кассационныхъ департаментовъ, о входящихъ до его свѣдѣнія вопросахъ, разрѣшаемыхъ неоднобразно въ правительственныхъ или судебныхъ мѣстахъ, либо возбуждающихъ при примѣненіи законовъ сомнѣнія.

Тѣ изъ состоявшихся въ семь порядкѣ рѣшеній касационныхъ департаментовъ, напечатаніе которыхъ Правительствующій Сенатъ признаетъ полезнымъ, публикуются въ особомъ сборникѣ для руководства къ единообразному истолкованію и примѣненію законовъ». См. еще Елистратовъ (В. П. 1917, № 5, 113). При чемъ слѣдуетъ замѣтить, что по ст. 205 Учр. Пр. Сен. (т. I ч. 2 изд. 1915 г.). „Правительствующій Сенатъ основываетъ опредѣленія свои во всѣхъ дѣлахъ на точномъ разумѣ изданныхъ законовъ и, въ случаѣ ихъ неясности, противорѣчія, неполноты и, кромѣ дѣлъ уголовныхъ,—также недостатка, рѣшаетъ дѣла по общему смыслу законовъ“.

Наконецъ, въ связи съ реформой сената, надо упомянуть о прилож. VII къ ст. 318 прим. Публикуются „Сборники опредѣленій перваго, втораго, третьяго и четвертаго департаментовъ и соединенныхъ собраній департаментовъ (ст. 13 сего Учр.), равно рѣшеній и опредѣленій кассационныхъ департаментовъ, когда рѣшеніями и опредѣленіями Сената разъясняется точный смыслъ законовъ, для руководства къ единообразному истолкованію и примѣненію оныхъ“.

² Въ тѣхъ мѣстностяхъ, гдѣ не введенъ новый законъ 15 іюня 1912 г., дѣйствуютъ судебно-административныя учрежденія, и кассационной инстанціей является Губернское Присутствіе. Ср. еще Бар. А. Мейендорфъ, Вопросъ о толкованіи закона и компетенція департаментовъ Правительствующаго Сената прежняго устройства (Право 1914 №№ 9 и 12). О новомъ устройствѣ сената, кромѣ кассационныхъ департаментовъ сената, см. Д. Гриммъ, Реформа сената (В. Г. П. 1917, 1, 13), Елистратовъ (В. П. 1917, № 5).

в о е. Такой взгляд, конечно, неправилен; исторія и жизнь учатъ, что право создается въ рядѣ человѣческихъ усилій, борьбы за право, что право не существуетъ гдѣ то въ готовомъ видѣ, что правосознаніе есть въ то же время результатъ развитія жизни. Но историческая школа правильно видѣла въ самомъ право-порядкѣ непосредственно правообразующую силу, хотя и неправильно объясняла ея происхождение изъ какого то мистическаго народнаго духа. Нынѣ, западно-европейское право подчиняетъ эту непосредственно правообразующую силу законодателю (также Ш. У.) или хотя формально и уравниваетъ ее съ законодателемъ (Г. У.), но дѣлаетъ это больше изъ уваженія къ исторической школѣ, чѣмъ изъ сознанія дѣйствительной важности обычнаго права. Въ нашемъ правѣ обычному праву въ общемъ отводится ббльшая роль, чѣмъ на Западѣ, но это объясняется у насъ обособленнымъ существованіемъ крестьянства. Обычное право наше въ значительной степени право крестьянское.

б. Обычай, какъ форма правообразованія, возникаетъ н е з а м ѣ т н о въ рядѣ повторяющихся дѣйствій (опредѣленіе обычая даетъ сенатъ ^{78/225}, ^{80/63}, ^{80/174}). Поэтому самое трудное при примѣненіи обычая—это его распознание, а вслѣдствіе этого происходитъ неопредѣленность обычнаго права. Вотъ почему современный порядокъ неодобрительно относится къ данной формѣ правообразованія. По этой же причинѣ въ нашихъ законахъ указываются 1) правила констатированія и 2) примѣненія обычнаго права:

1) Обычное право есть положительное право; поэтому судъ обязанъ самъ по себѣ (ex officio) примѣнять обычное право, не ожидая ссылки сторонъ (^{78/225}), п р и у с л о в и и, что это право стало извѣстно суду по прежнимъ дѣламъ или инымъ способомъ (ст. 10² У. Г. С.). Въ противномъ случаѣ необходимо ссылка сторонъ на существованіе обычая; при чемъ, не только судъ обязанъ (^{91/86}) удостоверить въ существованіи обычая, но на сторону, сославшуюся на обычай, возлагается обязанность его доказать (10¹ У. Г. С.). При доказываніи примѣняются правила, установленныя для доказыванія обстоятельствъ (10² У. Г. С.) и допускается производство дознанія черезъ околныхъ людей (ст. 412 У. Г. С.).

Указанныя постановленія о констатированіи обычая нельзя признать правильными. Правовой обычай не есть фактическое обстоятельство. Поэтому неправильно примѣнять правила для доказыванія обстоятельствъ дѣла, а также возлагать на сторону обязанность доказывать свою ссылку на обычай. Недопустимость смѣшенія права и факческаго обстоятельства ясно обнаруживается въ томъ, что неправильное толкованіе обычая или явное его нарушеніе составляетъ поводъ кассационнаго обжалованія, тогда какъ это недопустимо въ отношеніи фактическихъ обстоятельствъ дѣла (^{90/27}).

2) Примѣнимость обычнаго права ограничивается у насъ, по общему правилу, тѣмъ, что при существованіи закона обычное право должно уступить ему (ст. 84 т. I. ч. 1 изд. 1906). Это значитъ, что обычай не можетъ противорѣчить закону, ни тѣмъ болѣе отмѣнить его (^{69/175}, ^{70/308}, ^{12/91}). При этомъ нельзя смѣшивать обычнаго права съ заведеннымъ порядкомъ. Дѣло въ томъ, что заведенный порядокъ можетъ исполнять договоръ, если воля сторонъ неясно выражена (ст. 1539 п. 4 т. X ч. 1) и въ этомъ смыслѣ отмѣнять законъ, рассчитанный также на исполненіе воли сторонъ (исполнительный законъ). Само собой разумѣется, что судъ не обязанъ и не въ правѣ примѣнять заведенный порядокъ, если только стороны не ссылаются на него, такъ какъ въ этомъ случаѣ дѣйствуетъ исполнительный законъ. Итакъ, только лишь въ случаяхъ положительно неразрѣшенныхъ закономъ судъ, не только общій, но и мѣстный ¹, примѣняетъ общеизвѣстные мѣстные обычаи (ст. 10¹ У. Г. С.). Таково первое правило о примѣнимости обычая. Второе правило касается тѣхъ случаевъ, когда самимъ закономъ д о з в о л я е т с я примѣненіе обычаевъ, несмотря на существованіе закона (ст. 10¹ У. Г. С.). Область такой дозволенности, точнѣе обязательности, очень

¹ Статья 10¹ У. Г. С. помѣщена среди общихъ положеній и, поэтому, распространяетъ свое дѣйствіе на всѣ степени гражданскихъ судовъ, т. е. и мировыхъ судовъ (рѣш. 27 янв. 1916 по д. Софроновыхъ).

ограниченная, исчерпывается преимущественно крестьянским обычным правом¹ и прежде всего (исключая форму завѣщанія) наследственным правом (ст. 13 Общ. Полож. о крестьянахъ).²

Если прежде отношеніе закона и обычая въ порядкѣ наследованія крестьянъ представлялось не всегда яснымъ, то нынѣ, съ созданиемъ личной собственности крестьянъ, отношеніе это еще болѣе запуталось. Статья 13 Общ. Полож. о крест. нуждается, поэтому, въ тщательномъ анализѣ. Статья эта говоритъ: а) въ порядкѣ наследованія б) имуществомъ в) крестьянамъ г) дозволяется руководствоваться мѣстными своими обычаями.

а. Порядкокъ наследованія по обычаю (матеріальное право, ср. ^{99/10, 05/10}) охватываетъ собой порядкокъ призванія наследниковъ послѣ лицъ умершихъ безъ завѣщанія, опредѣленіе ихъ долей (мотивы къ ст. 48 зак. 14 іюня 1910 г.) и послѣдствія принятія наследства, въ томъ числѣ порядкокъ раздѣла наследства и семейной собственности, образовавшейся въ порядкѣ наследованія (^{84/105} и ст. 76 Врем. прав. о вол. судѣ 1912 г.). Но ст. 13 не м. б. распространена на порядкокъ составленія духовныхъ завѣщаній (^{85/54} см. 1082¹ т. X ч. 1 и прим. 2 къ ст. 110 Общ. Пол.). Впрочемъ, содержаніе завѣщанія (тамъ, гдѣ оно возможно—при личномъ владѣніи—^{11/35, 11/69}), должно соответствовать обычаю.³

б. Согласно ст. 54 временныхъ правилъ 1912 г. о волостномъ судѣ (прил. 1 къ прим. ст. 2 Учрежд. Судеб. Устан.) подъ имуществомъ разумѣется крестьянский надѣлъ и его принадлежности (безъ ограниченія суммы) и движимое имущество, находящееся въ предѣлахъ волостного судебного округа, не составляющее принадлежность крестьянскаго надѣла (при цѣнности не выше 500 руб.). Прежде же, послѣ значительныхъ колебаній, сенатъ подъ имуществомъ разумѣлъ и внѣнадѣльное недвижимое имущество, при условіи, что наследователь имѣлъ послѣднее передъ смертью (постоянное) мѣстожителство въ предѣлахъ территоріи, на которой дѣйствуетъ обычай, и въ предѣлахъ которой господствуетъ обычай (^{05/53}).⁴ Поэтому, напр., городское имѣніе не можетъ перейти по обычаю къ наследникамъ (ср. ^{02/37}).⁵

в. Наследованіе опредѣляется обычаемъ, если наследователь—крестьянинъ или лицо, въшедшее добровольно изъ общины (п. III Ук. 5 октября 1906 г.). При томъ, участки надѣльной земли должны переходить по обычаю, хотя бы наследователь не былъ лицомъ крестьянскаго сословія (ср. ук. 2 Деп. 22 сент. 1903 г. № 5112 и ст. 54 Врем. прав. о вол. судѣ 1912 г.). Наследованіе идетъ по обычаю, хотя бы одинъ изъ наследниковъ былъ крестьянинъ (^{02/37} иначе ^{85/74}).⁶

г. Терминъ «дозволяется» сенатъ толкуетъ въ смыслѣ обязательности примѣненія обычая (^{80/174, 85/3} ср. О. С. ^{98/2}). Въ наследственномъ правѣ обычай дѣйствуетъ вопреки законамъ (^{84/105}); при чемъ, послѣдніе (при недоказанности мѣстныхъ обычаевъ) уступаютъ мѣсто порядку, который вытекаетъ изъ существа надѣльнаго и подворнаго владѣнія (^{98/21}; ср. О. С. ^{98/2}; иначе прежде ^{85/3, 91/86}), поскольку нынѣ то и другое владѣніе не перешло въ личную собственность (ст. 17³⁹ и 37⁴ Общ. пол. о крест.—законъ 14-го іюня 1910 г.). Именно, обычаи примѣняются къ личной собственности, поскольку они не противорѣчатъ началу личной собственности (ср. ^{10/1}). Поэтому, въ частности, кровные родственники, хотя бы они не участвовали въ общемъ хозяйствѣ, наследуютъ нынѣ вопреки обычаю въ участкахъ, перешедшихъ въ личную собственность.⁷

¹ Обычай примѣняется также въ брачныхъ дѣлахъ инородцевъ (ст. 90 т. X ч. I), въ Закавказьѣ (прим. къ ст. 452 т. X ч. 1, ст. 454 и прим. къ ст. 1700); см. также о пользованіи водами (ст. 119—152 уст. сельск. хоз.).

² Объ обычаяхъ оборота, какъ средствѣ восполненія содержанія закона, см. Новицкій, (В. Г. П. 1915, 1, 67, 49), у него же здѣсь ср. обычаи оборота, какъ вспомогательное средство для примѣненія закона (стр. 73), и какъ средство восполненія содержанія договора (стр. 64).

³ ^{09/19}; опред. соед. прис. 1 и гражд. касс. деп. Сената 13 декабря 1903 и неопубл. опредѣленіе гражд. касс. деп. отъ 24 марта 1910 г. по дѣлу крестьянина Тихончукова. Подробнѣе А. Вормсъ, Законъ и обычай въ наследованіи у крестьянъ (Ю. В. 1913 г. I, 111 и сл.); здѣсь же литература.

⁴ Ср. еще п. 5 прил. къ ст. 45 Уст. Крест. Позем. Банка; приобрѣтенныя при участіи Крестьянскаго банка земли подчиняются дѣйствию обычая.

⁵ Вопросъ о внѣнадѣльномъ недвижимомъ имуществѣ не совсѣмъ ясенъ, въ особенности рѣшеніе сената ^{05/53} (см. Вормсъ, 119 и сл.). У него же см. весь вопросъ о коллизіи разномѣстныхъ и разносословныхъ нормъ современнаго крестьянскаго обычнаго права (112 и сл.; здѣсь же литература).

⁶ Подробнѣе Вормсъ, 103 и 119.

⁷ А Вормсъ, Законъ и обычай въ наследованіи у крестьянъ (Ю. В. 1913 кн. I стр. 96 и сл.; ср. также Юрид. Зап. 1912 №№ 1 и 2). Денъ, Сборникъ узак. и распоряж. по землеустр. и землевлад. крестьянъ, 1912.

Обычай примѣняется и въ другихъ областяхъ крестьянскаго права. Такъ, примѣненіе его имѣетъ мѣсто въ крестьянскомъ правѣ опеки (^{72/210})¹, при давности (О. С. ^{93/32}) и въ другихъ случаяхъ при разрѣшеніи гражданскихъ дѣлъ въ волостномъ судѣ; причемъ ссылка сторонъ не требуется (ст. 76 прилож. I къ ст. 2 прим.).

4. Спорно, можно ли считать науку права и автономію источниками права.

а. Правда, наука права въ лицѣ ученыхъ юристовъ принимаетъ самое дѣятельное участіе въ разработкѣ нормъ права, но отсюда все же далеко до признанія за наукой права значенія правообразующей силы. Дѣло въ томъ, что творческая работа юристовъ-теоретиковъ не имѣетъ за собой внѣшней обязательности для суда, нѣтъ соответствующей формы правообразования въ догматическомъ пониманіи. Авторитетъ науки права, ея положеній внутренній; этотъ авторитетъ покоится на правильности и цѣлесообразности положеній науки.

Поэтому тамъ, гдѣ на юриспруденціей не признано прямо значенія правообразующей силы, какъ это, напр., имѣло мѣсто въ Римѣ (право классическихъ юристовъ), тамъ наука права лишь косвеннымъ, точнѣе, посредственнымъ образомъ творитъ право въ формахъ правообразования другихъ созидającychъ силъ. Такъ, сенатъ, отрицавшій за судами право ссылаться на науку права (на начала г. н. теории права, ^{91/62}, иначе ^{69/1292}), самъ неоднократно ссылается на науку права, въ особенности въ мѣстномъ правѣ.² Въ формѣ судебной практики правовыя положенія науки приобрѣтаютъ, такимъ образомъ, значеніе источника права. Еще большее значеніе правовыхъ положеній науки выступаетъ въ Ш. У. (ст. 1), которое связало судью господствующими ученіями наравнѣ съ судебной практикой въ тѣхъ случаяхъ, когда въ законѣ и обычаяхъ обнаруживаются пробѣлы, и судѣ приходится создавать новую норму. Однако, и въ этомъ случаѣ, только черезъ судью положеніе науки можетъ приобрѣсти значеніе источника права. Еще менѣе можно видѣть въ наукѣ права источникъ права въ тѣхъ случаяхъ, когда она, при систематической обработкѣ права, путемъ толкованія и уясненія нормъ права, основанныхъ ли на законахъ, обычаяхъ, судебной практикѣ, выводитъ нормы права, прямо невыраженныя. Въ этомъ случаѣ наука права лишь выявляетъ существующее право, и это выявленное право все же нуждается въ формѣ правообразования, каковой является б. ч. судебная практика. Итакъ, хотя возможно, когда наука права, какъ это было въ Римѣ, признается источникомъ права непосредственно, въ формальномъ смыслѣ, но вмѣстѣ съ тѣмъ ясно, что тамъ, гдѣ нѣтъ такого признанія, наука права не можетъ считаться въ указанномъ смыслѣ источникомъ права. Быть можетъ это и цѣлесообразнѣе: чѣмъ меньше у науки права внѣшняго авторитета, тѣмъ невольнѣ долженъ быть выше ея внутренній авторитетъ.³

б. Подъ именемъ автономіи, какъ источника права, слѣдуетъ разумѣть установленіе частной волей нормъ права, хотя бы и дѣйствующихъ для опредѣленнаго круга лицъ.* Поэтому тамъ, гдѣ частной волей устанавливаются не нормы права (правоположенія), а правоотношенія для лицъ, заключившихъ сдѣлку (контрагентовъ), тамъ, очевидно, нельзя говорить объ автономіи въ смыслѣ источника права правовой нормы.

¹ Ср. зак. 18 мая 1911 г. объ учрежденіи опеки надъ сельскими обывателями вслѣдствіе расточительности.

² Сенатъ ссылается на коренныя начала (^{92/35}), на общія начала права (^{99/1292}, ^{93/50}), на литературу (^{99/66}), на курсы, учебники (^{07/18}, ^{09/35}) и даже на проектъ (^{09/5}). Сенатъ своимъ примѣромъ учить судей пользоваться при толкованіи закона положеніями науки права.

³ Высказанъ взглядъ, что науку права можно считать условнымъ источникомъ, вспомогательнымъ, при чемъ „положеніе науки права“ считается таковымъ при условіи неоспариваемости его (Губеръ). Высказано также мнѣніе (Штернбергомъ), что наукѣ права, или научному праву предстоитъ стать однимъ изъ видовъ положительнаго права въ виду всей большей сложности жизни и необходимости для ея правовой регуировки въ спеціалистахъ (ср. Тарановскій, 176 сл.). См. Гольмстенъ, Исслѣдованія (II 215).

* Терминъ автономія не имѣетъ точно опредѣленнаго значенія; не сложилось и общепризнаннаго ученія о природѣ автономіи. Литература указана у Гирке, Вильда, Штоббе и Рейса (см. Таль Ю. В. XVI 139). На русскомъ языкѣ работы Таля, Автономное правотворчество въ частномъ правѣ (Ю. В. XVI 134, разборъ различныхъ теорій); Его же, очерки промышленнаго права (М. 1916) и Его же статьи въ Правѣ (1916, 44 и Ю. В. IX, 173). Пренія по поводу доклада Таля объ автономіи въ В. П. 1916 № ^{51/52}, 1255.

Отсюда известный простор, оставляемый правопорядком каждому лицу при вступлении в юридическія сдѣлки, или, что то же, способность къ самоопредѣленію въ области оборота, хотя и называютъ частной автономіей, но ясно, что этой автономіей самой по себѣ не создаются нормы права, что она не есть источникъ права. Вотъ почему частную автономію правильно противопоставляютъ социальной автономіи (Гирке, у насъ Таль) въ смыслѣ способности социальной организаціи посредствомъ нормативныхъ актовъ создавать для себя правовыя нормы, опредѣляющія внутренній порядокъ данной организаціи.

Впрочемъ спорять, можно ли социальную автономію считать источникомъ права. Не слѣдуетъ ли и въ ней видѣть комплексъ конкретныхъ правоотношеній лицъ, основанный на договорномъ подчиненіи (договорная теорія). Въ такомъ случаѣ имѣется та же частная автономія, но только въ болѣе сложномъ видѣ. Дѣлаются, даѣе, попытки признать социальную автономію источникомъ права на основѣ лишь делегированной государствомъ власти (теорія делегаціи, делегированная автономія).¹ Такая делегація примѣнима въ отношеніи социальныхъ организацій публичнаго права и съ нѣкоторой натяжкой возможна въ частномъ правѣ въ отношеніи юридическихъ лицъ-союзовъ (корпоративная автономія Гирке, Регельсбергеръ). Союзы эти, на основаніи устава, опредѣляютъ отношенія своихъ членовъ въ формѣ создаваемыхъ союзами же правовыхъ нормъ. Однако, социальные организаціи не исчерпываются юридическими лицами, а между тѣмъ всѣ вообще социальные организаціи устанавливаютъ автономными актами внутренній правовой порядокъ. При такомъ положеніи остается признать, что общепризнанными правообразующими силами не исчерпываются источники права и что социальную автономію слѣдуетъ считать особымъ источникомъ права для опредѣленнаго круга лицъ и подъ условіемъ не противорѣчія автономныхъ нормъ права императивнымъ, т. е. принудительнымъ нормамъ (Таль).² Такимъ образомъ, юридическую сдѣлку, въ частности, сдѣлочный договоръ (Vertrag, contrat) надо отличать отъ нормативнаго договора, (Vereinbarung, collaboration), т. е. такого соглашенія (Грабаръ, Таль), коимъ устанавливается норма, и вообще отъ нормативнаго акта.³ Къ нормативнымъ актамъ относятся односторонніе акты (регламенты, правила, постановленія, тарифы и т. д.)⁴ и двусторонніе акты (соглашенія, коллективные или тарифные договоры).⁵

Наши гражданскіе законы не знаютъ социальной автономіи, какъ нормативныхъ актовъ, ни одностороннихъ, ни двустороннихъ. Но нашему промышленному праву (ст. 60 и 104 Уст. о пром. трудѣ) не чуждо понятіе „должнаго порядка“, какъ внутренняго распорядка, обязательнаго для предпріятія. Этимъ косвенно указывается на возможность социальной автономіи въ торгово-промышленномъ правѣ, и въ особенности въ области концессионныхъ предпріятій.⁶

Автономію, какъ источникъ права (автономный актъ), слѣдуетъ отличать отъ „обыкновенія“ (Observanz), какъ источника права. „Обыкновеніе“ есть обычное право автономной социальной организаціи. Возникши въ нѣдрахъ социальной организаціи, оно служитъ дополненіемъ къ писаннымъ нормамъ внутренняго правопорядка, нерѣдко превращаясь въ писанную норму. Но „обыкновеніе“ надо строго отличать отъ заведеннаго порядка (Geschäftsusance), ибо послѣдній какъ дѣловой порядокъ, не устанавливаетъ нормъ,

¹ У насъ за делегированную автономію социальной организаціи высказался Покровский (В. П. 1916, № 51/52, 1256).

² Таль, Очерки промышленнаго права (М. 1916), 28 и сл., Его же въ Пр. 1916, 44, 2375 и Ю. В. IX 173. Любопытно здѣсь же отмѣтить, что административная практика также выполняетъ у насъ значеніе источника права въ смыслѣ установленія внутренняго порядка социальныхъ организаціи.

³ Тарановскій, Учебн. энцикл. права, 188. Ср. Виноградовъ, Очерки, 22.

⁴ Хозяинъ дома можетъ также издавать для жильцовъ правила, но изданіе этихъ правилъ входитъ въ субъективное право собственности и не составляетъ автономнаго акта (см. пренія въ В. П. 1916 № 51/52, 1256).

⁵ Подробнѣе Таль, Очерки, 42.

⁶ Таль (Пр. 1916, 44, 2369). Его же, концессионные договоры (В. Г. П. 1915, 8, 71 сл.).

онъ необязателенъ, въ противоположность „обыкновенію“, какъ нормѣ права.¹

§ 5. ИСТОЧНИКИ ПРАВОВѢДѢНІЯ.*

1. Сводъ гражданскихъ законовъ (т. X ч. I), какъ общій законъ.

1. *Нормы русскаго гражданскаго права преимущественно² изложены въ т. X ч. I-ой Свода Законовъ, носящей названіе: Сводъ гражданскихъ законовъ,³ нынѣ въ изд. 1914 г.⁴*

Какъ показываетъ самое названіе, рѣчь идетъ о сводѣ (инкорпорации), а не объ уложеніи, или кодексѣ.

Въ литературѣ высказано мнѣніе, что т. X ч. I—«почти уложеніе», что онъ есть «своеобразный памятникъ, не имѣющій аналогій въ западно-европейскихъ кодексахъ, что онъ есть нѣчто среднее между сводомъ и уложеніемъ» (Вормсъ). Такое мнѣніе основывается на томъ, что работа Сперанскаго (сводъ 1832 г.) не была простымъ инкорпорированіемъ законовъ. Сперанскій создавалъ положенія (статьи), отличающіяся по формѣ отъ положенныхъ въ основу ихъ законовъ. Отсюда, изъ собранія законовъ, своеобразно переработанныхъ Сперанскимъ, получилось нѣчто «вродѣ уложенія». Изложенное мнѣніе, даже въ указанной формулировкѣ, все же недостаточно учитываетъ сущность настоящей кодификаціи. Своду гражданскихъ законовъ (§ 3) недостаетъ внутренняго единства, столь характернаго для кодекса. Нашъ сводъ гражданскихъ законовъ точнѣе считать все же инкорпорациею, хотя и въ болѣе сложной формѣ, чѣмъ уложеніемъ.⁵

2. *Въ связи съ понятіемъ о «сводѣ» возникаютъ вопросы: а) о его юридической силѣ, б) системѣ и в) источникахъ.*

а. Подъ именемъ «юридической силы Свода» разумѣется вопросъ о томъ, есть ли Сводъ новый законъ или только сводка законовъ, иными словами, въ случаѣ противорѣчія, слѣдуетъ ли отдавать предпочтеніе Своду, какъ подлиннику, или Полному Собранію Законовъ (П. С. З.), на основаніи которыхъ составленъ самый сводъ. Сенатъ признаетъ подлинникомъ Сводъ Законовъ въ первомъ его изданіи 1832 г. (75/516, 82/128, О. С. 90/07), если же законъ внесенъ въ Сводъ при послѣдующихъ изданіяхъ,⁶ то до 1863 г. подлинникомъ считается П. С. З., послѣ же этого года—Собраніе Узаконеній и Распоряженій Правительства (С. У.).⁷

Изложенное рѣшеніе сената о юридической силѣ свода раздѣляется большинствомъ ученыхъ. Оно основывается на томъ, что первое изданіе 1832 г. было все же переработкой законовъ, въ послѣдующія же изданія кодификаторы вносили точный и буквальный смыслъ закона, и что только первое изданіе было опубликовано, какъ законъ. Указанное мнѣніе подтверждается и резолюціей Николая I, что гражданскіе законы должны

¹ Таль, Юридическая природа организаціи или внутренняго порядка предпріятія (Ю. В. IX 177); Здѣсь же литература. Ср. объ обычномъ порядкѣ у Новицкаго (В. Г. П. 1915, 1, 53 сл.).

* Па х м а н ъ, Исторія кодификаціи гражданскаго права. т. II. и П. Т. К. I.

² См. ниже стр. 29. Виѣшняя исторія Св. Зак. Гражд. въ П. Т. К. I. 4.

³ Гражданскія узаконенія военнаго времени печатаются въ С. У. Они напечатаны также въ приложеніи къ В. Г. П. 1915 г. кн. 4 и 5. Постановленія временнаго правительства печатаются въ „Вѣстникѣ Временнаго Правительства“.

⁴ Въ противоположность прежнимъ изданіямъ, имѣется нынѣ неудачное введеніе; одѣлано также перенесеніе чуждыхъ статей и допущена перестановка. Подробнѣе А. Вормсъ, Новое изданіе Свода законовъ гражданскихъ (В. П. 1915, 2, 33). См. еще Право, 1915, 43, 2749.

⁵ Сводъ Законовъ въ цѣломъ видѣ официально издавался три раза: 1832, 1842 и 1857 гг. Сводъ Гражданскихъ Законовъ, кромѣ того, отдѣльно издавался также три раза: 1887, 1900 и 1914 г. (послѣднее изданіе). Кодификаціонный порядокъ изданія Св. Зак. изложенъ у Шейна и Блосфельда, Государственный Совѣтъ. Пгд. 1910, 515 и сл. Въ Сводѣ не вносятся сенатскіе указы (С. У. 1916, 1187). Напротивъ чрезвычайные указы не вносятся въ Сводъ Законовъ, хотя они являются законами.

⁶ См. прим. 5.

⁷ Возможны неправильная систематизація и ошибки (ст. 683, 1649¹, 1509¹, 440 и др.).

вступить въ дѣйствіе съ 1-го января 1835 г., какъ исключительный законъ. Съ этого момента отмѣнялись прежніе законы, положенные въ основу Свода законовъ.

Въ литературѣ высказаны и другія мнѣнія, впрочемъ, очень крайнія. Согласно одному мнѣнію (Коркуновъ и др.), Сводъ вообще не имѣетъ юридической силы. Напротивъ по другому мнѣнію (хотя и по разнымъ основаніяхъ, Цитовичъ, нынѣ Каминка, Ивановскій) юридическая сила присуща всѣмъ изданіямъ Свода¹. Вопросъ—запутанный, но тѣмъ не менѣе вѣрнѣе присоединиться къ мнѣнію большинства и сената по вышеуказаннымъ основаніямъ.

б. Нынѣшняя система Свода гражданскихъ законовъ нѣсколько отличается отъ прежней. Дѣло въ томъ, что Сводъ въ изданіяхъ 1832 и 1842 гг. объединялъ матеріальное и процессуальное право. Система Свода ясно совпадала, поэтому, съ институціонной, т. е. съ дѣленіемъ на отдѣлы о лицахъ, о вещахъ и объ искахъ (процессуальное право.). Дѣйствительно, Сводъ 1832 г. содержалъ матеріальное право въ первыхъ четырехъ книгахъ, а въ пятой (нумерація статей была общая) право процессуальное.

Впрочемъ, институціонная система не была послѣдовательно проведена и въ первыхъ двухъ изданіяхъ. Такъ, отдѣлъ о лицахъ (законы о состояніяхъ) изложенъ въ т. IX, и лишь семейное положеніе лица нашло себѣ мѣсто въ первой книгѣ т. X-го. Далѣе, обязательственное право выдѣлено въ особую IV книгу; причемъ, три типичнѣйшихъ договора—купля, мѣна и дареніе отнесены въ III кн. —о порядкѣ пріобрѣтенія и укрѣпленія правъ на имущество въ особенности. Выдѣленіе большей части обязательственнаго права (договорное право) въ отдѣльную книгу говорить въ особенности о невыдержанности институціонной системы, о ея отклоненіи въ сторону системы пандектной. Наконецъ, къ послѣдующимъ изданіямъ (за первыми двумя) процессуальное право выдѣлено въ особый томъ Св. законовъ (XVI ч. I).

Сводъ гражданскихъ законовъ (т. X ч. 1 въ изд. 1914 г.) дѣлится на слѣдующія четыре книги:

Книга первая. О правахъ и обязанностяхъ семейственныхъ. Раздѣлъ I. О союзѣ брачномъ ст. 1—118. Разд. II. О союзѣ родителей и дѣтей и союзѣ родственномъ ст. 119—211. Разд. III. О опеку и попечительствѣ въ порядкѣ семейственномъ ст. 212—382.

Книга вторая. О порядкѣ пріобрѣтенія и укрѣпленія правъ на имущества вообще. Разд. I. О разныхъ родахъ имуществъ ст. 383—419. Разд. II. О существѣ и пространствѣ разныхъ правъ на имущества ст. 420—695⁷⁵. Разд. III. О порядкѣ пріобрѣтенія и укрѣпленія правъ вообще ст. 696—933.

Книга третья. О порядкѣ пріобрѣтенія и укрѣпленія правъ на имущества въ особенности. Разд. I. О дарственномъ или безмездномъ пріобрѣтеніи правъ на имущества ст. 934—1103. Разд. II. О пріобрѣтеніи имуществъ наслѣдствомъ по закону ст. 1104—1373. Разд. III. О порядкѣ обоюднаго пріобрѣтенія правъ на имущества мѣною и куплею ст. 1374—1527⁶.

Книга четвертая. О обязательствахъ по договорамъ. Разд. I. О составленіи, совершеніи, исполненіи и прекращеніи договоровъ вообще ст. 1528—1553. Разд. II. О обезпеченіи договоровъ и обязательствахъ вообще ст. 1554—1678. III. О обязательствахъ по договорамъ на имущества въ особенности ст. 1679—2200³. Разд. IV. О обязательствахъ личныхъ по договорамъ въ особенности ст. 2201—2334.

Раздѣлы дѣлятся на главы; главы, правда не всѣ,—на отдѣленія, отдѣленія—на статьи (всѣхъ статей 2334). Кромѣ того, въ томѣ X ч. 1 имѣются также приложенія. Тѣмъ не менѣе, Сводъ гражданскихъ законовъ далеко не полонъ. Приходится, поэтому, обращаться къ другимъ томамъ Св. Зак. Такъ, напр., въ т. IX Св. Зак. изложены ограниченія правоспособности и вообще крестьянское право; въ т. XI ч. 1—постановленія о бракахъ между лицами неправославными, въ томъ же томѣ ч. 2—торговые законы, имѣющіе значеніе и для гражданскаго права;

¹ См. Т. П. К. I, 13 (здѣсь же литература; см. еще Г. Блосфельдтъ, «Сводъ законовъ—положительный законъ» (Ж. М. Ю. 1910, февр., 129). Его же Законная сила свода законовъ въ свѣтъ архивныхъ данныхъ (Ж. М. Ю. 1915, 2, 209, 1916, 6, 221, 1917, 1, 164). Филипповъ. Къ вопросу о составѣ перваго П. С. З. (М. 1916).

въ т. XII ч. 1—постановленія объ ограниченіяхъ права собственности, въ т. XVI ч. 1—положеніе о нотаріальной части и т. д. Болѣе того, многіе церковные законы, имѣющіе значеніе для гражданскаго права, даже не вошли въ Сводъ Законовъ, какъ то: уставъ духовн. консисторій въ перепечаткѣ 1883 года, книга правилъ 1839 года, кормчая книга 1563 года. Имѣются матеріальныя нормы и въ процессуальныхъ законахъ.¹

в. Основной источникъ Св. гражданскихъ законовъ—это указная практика². Характерная особенность всякой практики состоитъ въ томъ, что она отвѣчаетъ на насущную злобу дня; поэтому, она жизненна и казуистична. Тѣми же характерными чертами отличается и наша практика XVI—XVIII вв., проникнутая, къ тому же, казеннымъ интересомъ³. Практика эта легла въ основу русскаго землевладѣнія; поэтому, наше вотчинное и связанное съ нимъ наследственное право самобытны. Напротивъ, въ основу семейнаго права легло, по видимому, каноническое и римско-византійское право. Это объясняютъ тѣмъ, что дѣлопроизводство по дѣламъ брачнымъ, дѣламъ о рожденіи и смерти находилось въ рукахъ духовенства, а правительство съ его указной практикой этими дѣлами мало интересовалось. Вообще же вопросъ о самобытности нашихъ гражданскихъ законовъ споренъ (за самобытность—Побѣдоносцевъ, Вормсъ; противъ Винаверъ)⁴.

Въ настоящее время несомнѣнно одно, что Св. Зак. (т. X ч. 1) все менѣе и менѣе отвѣчаетъ потребностямъ современнаго правопорядка. Поэтому остро чувствуется необходимость въ гражданскомъ уложеніи.

3. *Проектъ русскаго гражданскаго уложенія составленъ и нынѣ частью внесенъ въ законодательныя учрежденія.*

Въ 1882 г., въ маѣ мѣсяцѣ послѣдовали Высочайшія повелѣнія, коими предрѣшался вопросъ объ общемъ пересмотрѣ дѣйствующихъ гражданскихъ законовъ и о составленіи проекта гражданскаго уложенія. Была образована редакціонная комиссія, предсѣдателями которой послѣдовательно состояли Н. И. Стояновскій (1883—1900), А. А. Книримъ (1900—1904), и I. И. Карницкій (съ 1904 г.). Комиссія старалась, съ одной стороны, придать проекту видъ русскаго кодекса, т. е. кодекса, основаннаго на самобытныхъ началахъ; поэтому, во избѣжаніе упрековъ въ нерусскомъ уложеніи, комиссія подчеркиваетъ связь проекта съ дѣйствующимъ законодательствомъ и сенатской практикой. Съ другой стороны, проектъ представляется въ значительной степени неудачнымъ сколкомъ съ германскаго уложенія. Указанная позиція предрѣшаетъ достоинства проекта, какъ подражательнаго, половинчатаго и проектъ въ общемъ встрѣтилъ не безъ основанія, отрицательное къ себѣ отношеніе⁵. Двойственность позиціи ни-

¹ См. Ельяшевичъ, Матеріально-правовыя нормы въ новомъ законѣ о мѣстномъ судѣ (В. Г. П. 1913 З, 43). Исторія церковныхъ законовъ, см. Ж. М. Ю. 1917 № 2/3.

² Вліяніе римскаго права, какъ источника, многими русскими юристами, также Сперанскимъ, отрицалось. Римское право просачивалось, однако, не только прямо, черезъ каноническое право, но главнымъ образомъ косвенно (см. П. Т. К. I 2).

³ Оршанскій, О роли казеннаго интереса въ русскомъ правѣ (Суд. Журн. 1875, № 1; перепечатано въ Егго Исслѣдованіяхъ по русск. пр. 1891 г., 270, см. еще В. П. 1915, 7, 530). Отсюда понятно также значеніе Положенія о казенныхъ подрядахъ и поставкахъ (офиц. изд. 1916 г.; частное изд. Элькина) для выясненія общихъ началъ т. X ч. I.

⁴ М. Винаверъ, Изъ области цивилистики (Спб. 1908): Объ источникахъ X-го тома. Ср. Синайскій, Личное и имущественное положеніе замужней женщины въ гражданскомъ правѣ (прилож. 1-е къ вопросу объ источникахъ т. X ч. I), П. Т. К. I 2 (Вормсъ). Еще раньше Л. Кассо (Ж. М. Ю. 1904 № 3). Объ источникахъ общей части обязательственнаго права см. Арх. I. О. С. 14/3, стр. 7). Фатѣевъ, Сперанскій. Вліяніе среды на составителя Свода законовъ въ первый періодъ его жизни (Ю. В. 1915, 11 133, 136, 141 и сл.).

⁵ Кромѣ довольно многочисленныхъ статей, посвященныхъ разбору проекта, слѣдуетъ еще упомянуть объ интересныхъ критическихъ замѣчаніяхъ, разбросанныхъ въ Практическомъ Комментаріи Исаченко, (отца и сына), въ частности на стр. 341, 345, 362 и сл. Въ полномъ видѣ проектъ разобранъ, правда въ общихъ чертахъ, у Зелера (работа на нѣмецкомъ языкѣ). Сводка всей критической литературы о проектѣ еще ждетъ своей очереди.

кого не удовлетворила. Въ частности, и образец—германское уложение—далеко не осуществилъ начала социальной справедливости, защиты слабых¹. Правда, въ цѣляхъ осуществленія справедливости, комиссія провозгласила принципъ усмотрѣнїя суда, но принципъ этотъ обоюдострый, и требуетъ для своего проведенія хорошо организованнаго правосудїя. Принципы матеріальной правды и быстро огражденїя правъ остались въ проектѣ не осуществленными въ желательной мѣрѣ.

Содержаніе проекта слагается изъ гражданскаго и торговаго права; уничтожается дуализмъ частнаго права, хотя удерживается неточное названіе: гражданское уложение. Объединеніе же мѣстнаго и общаго права не было проведено, сепаратизмъ права оставленъ. Даются, поэтому, правила о примѣненїи общихъ и мѣстныхъ законовъ. Система отчасти подражаетъ системѣ гражданскихъ законовъ, но все же это уже система пандектная: имѣется общая часть, вотчинное, наследственное и обязательственное право. Языкъ проекта тяжелый, не всегда ясный, статьи многословны. Число статей больше, чѣмъ въ гражданскихъ законахъ, да еще подраздѣлены на абзацы. Юридическая терминологія не всегда точна. Что касается редакціи проекта, то въ этомъ отношенїи приходится различать отдѣльныя книги проекта. Въ 1899 г. былъ выработанъ текстъ кн. V-ой—обязательственное право съ объяснительной запиской въ пяти томахъ; при чемъ, въ 1903 г. была дана этой книгѣ вторая редакція. Когда же были готовы остальные четыре книги, то въ 1905 г. всѣмъ книгамъ объединеннаго проекта была дана общая нумерація². Затѣмъ Особымъ Совѣщаніемъ при министерствѣ юстиціи, учрежденномъ въ 1910 г., составляется еще редакція V книги, особенностью которой заключается въ томъ, что въ обязательственное право вносятся нѣкоторые отдѣлы общей части, преимущественно о договорѣ, чѣмъ архитектоника, и безъ того важная, еще болѣе нарушается. Обязательственное право въ указанной редакціи внесено въ Государственную Думу, при особой запискѣ Министра Юстиціи, 14 октября 1913 г.³ Указанный проектъ предполагается распространить на всю Имперїю, сохранивъ за мѣстнымъ правомъ лишь субсидіарное значеніе. Проектъ уже послужилъ образцомъ для многихъ новеллъ и кромѣ того внесенъ въ Г. Д. проектъ вотчнаго устава⁴. Вообще значеніе проекта для науки русскаго гражданскаго права очень большое; на него постоянно ссылаются въ литературѣ.—Въ томъ видѣ, въ какомъ созданъ нынѣ проектъ, несмотря на всю желательность уложенія, ему едва ли суждено стать закономъ. Слишкомъ несовершененъ этотъ проектъ⁵. Гражданское уложеніе ждетъ еще своего творца, который наложилъ бы яркую печать своего дарованія на уложеніе, принялъ во вниманіе социальные запросы нашего времени и въ то же время учелъ потребности исклчительно нашего гражданскаго правопорядка. Матеріалъ для этого имѣется въ швейцарскомъ уложенїи 1907 г. и въ проектѣ венгерскаго уложенія, этомъ синтезѣ германскаго и швейцарскаго уложеній (оконч. редакція 1913 г.), и въ самостоятельной разработкѣ гражданскихъ законовъ и сенатской практики соединенными учеными силами (см. стр. 4).

II. Мѣстные и другіе законы. Остальные источники.

1. Мѣстные законы лишь отчасти вошли въ Сводъ гражданскихъ законовъ; въ большинствѣ они самостоятельныя системы⁶.

¹ А. Гольденвейзеръ Мнимая защита слабыхъ въ проектѣ гражд. уложенія.

² Объединенный проектъ, съ сокращенными объясненїями комиссіи, изданъ Саатчиномъ, подъ редакціей Тютрюмова, въ двухъ томахъ, подъ заглавіемъ: «Гражданское уложеніе» (Пгд. 1910).

³ Записку Министра трудно достать: ее не послали даже въ университеты, но имѣется частное изданіе проекта съ объяснительной запиской Сорина (Пгд. 1914). Текстъ проекта безъ записки печатался въ приложенїи къ журналу В. Г. П. за 1913—1914 г. (имѣется и отдѣльно въ изданїи Герценберга и Перетерскаго. Пгд. 1914). Къ общей характеристикѣ проекта см. Пергаментъ (въ Трудахъ Юр. Об. Петр. Ун. VII), А. Вормсъ, (В. П. 1913 № 40), В. Синайскій (Ю. В. 1914 V.). Външнюю исторїю измѣненїя проекта кн. V. гр. ул. см. Гойхбаргъ, (В. Г. П. 1915 4, 47, 53, и сл.

⁴ Бар. Фрейтагъ—Лоринговень, Матеріальное право проекта Вотчиннаго Устава (I—II. Ю. 1914).

⁵ В. Синайскій, Необходимо ли намъ спѣшить съ изданіемъ гражданскаго уложенія и можемъ ли мы создать его въ настоящее время. В. 1911.

⁶ Область дѣйствїя Свода Гражд. Закон. (см. Вормсъ въ В. П. 1915, 2) ограничивается областью дѣйствїя мѣстныхъ законовъ.

а. Такъ, мѣстные законы Черниговской и Полтавской губерній включены въ т. X ч. 1 изд. 1842 г. и послѣдующія изданія. Законы эти образовались въ результатѣ двухъ кодификацій: права западныхъ губерній (Западный Сводъ) и права губерній Полтавской и Черниговской (Малороссійскій Сводъ). Изъ Западнаго Свода были взяты первые 163 параграфа съ нѣкоторыми, впрочемъ, измѣненіями, остальные же статьи изъ проекта Малороссійскаго Свода. Этотъ составной, т. ск., западно-малороссійскій сводъ былъ обсужденъ и принятъ Государственнымъ Совѣтомъ, и 15 апрѣля 1842 г. В ы с о ч а й ш е утверждёнъ. Но при этомъ было постановлено размѣстить статьи свода среди статей т. X ч. 1.

Въ сущности малороссійское право есть право Литовскаго Статута. Поэтому, подъ статьями т. X ч. 1, въ коихъ излагаются малороссійскіе законы, сдѣланы ссылки на Литовскій Статутъ и мнѣніе Государственнаго Совѣта отъ 1842 г. Тѣ статьи, которыя подтверждены указаннымъ мнѣніемъ Государственнаго Совѣта, являются мѣстнымъ закономъ; всѣ же остальные статьи Литовскаго Статута могутъ имѣть лишь вспомогательное значеніе, для ознакомленія съ общимъ смысломъ какого-нибудь подтвержденнаго Государственнымъ Совѣтомъ института Литовскаго Статута. Надо замѣтить, что нѣкоторыя правила Литовскаго Статута распространены на всю Россію. Въ этихъ случаяхъ подъ статьями т. X ч. 1, уже нѣтъ ссылки на Литовскій Статутъ, а только указывается: «Изъясн. и подтв. мн. Гос. Сов. 15 апр. 1842 г.» (прим.: ст. 1548). Поэтому, вездѣ, гдѣ въ ссылкахъ приводится только мнѣніе Гос. Сов. отъ 15 апрѣля 1842 г., надо понимать, что это есть статья Литовскаго Статута, изъясненная и подтвержденная Государственнымъ Совѣтомъ, дѣйствіе которой приравнено къ общему праву. Сенатъ ^(99/131) держится того положенія, что въ случаяхъ обнаруженія неясности и неполноты въ постановленіяхъ т. X ч. 1, взятыхъ изъ Литовскаго Статута, слѣдуетъ обращаться къ Литовскому Статуту, но предпочтеніе надо отдавать статьѣ т. X ч. 1, какъ подлиннику. Всѣ же остальные статьи Литовскаго Статута мнѣніемъ Гос. Сов. отмѣнены и не могутъ служить источникомъ мѣстнаго права Черниговской и Полтавской губерній¹.

6. 1) Въ Польшѣ дѣйствуетъ Кодексъ Наполеона (II—III кн.). Семейственное же право Кодекса Наполеона замѣнено «Гражданскимъ Уложеніемъ Царства Польскаго 1825 г.» И, кромѣ того, въ Польшѣ дѣйствуютъ «Ипотечныя уставы 1818 и 1825 гг.»²

2) Въ Бессарабіи дѣйствуетъ римское, точнѣе, право греко-византійское, въ видѣ т. н. бессарабскихъ законовъ, признанныхъ въ качествѣ исключительныхъ источниковъ въ 1847 г.: Шестикнижіе Арменопула (памятникъ XIV в., имѣется русскій переводъ 1831 г.) съ Соборной Грамотой Маврокордато (1785) и, собственно, учебное руководство, — Краткое собраніе законовъ Донича 1814 г.

До послѣднихъ сенатскихъ рѣшеній ^(00/72, 09/35, 10/74, 11/78), дѣйствіе римскаго права ограничивалось указанными сборниками. Теперь сенатъ призналъ возможнымъ примѣнять и тѣ источники грековизантійскаго права, которыми разъясняется смыслъ т. н. бессарабскихъ законовъ. Такимъ образомъ, допущено историческое толкованіе. Въ остальныхъ случаяхъ недостатка и неполноты законовъ должно примѣняться общее имперское право. Общеимперское право должно примѣняться и на территоріи Измаильскаго уѣзда, или т. н. Новой Бессарабіи, присоединенной къ Россіи по Берлинскому трактату. На основаніи же румынскихъ законовъ рѣшаются лишь тѣ дѣла, которыя возникли при румынскомъ правительствѣ ^(14/37) Арх. I. 110, Рязановскій, его поправка о давности)³ — См. М. Пергаментъ (Арх. ^{15/54}).

¹ Пергаментъ и Нольде, Сборникъ мѣстныхъ законовъ западныхъ губерній (проектъ) и Обзорніе. Спб. 1910. Бар. А. Нольде, Статьи, дѣйствующія въ губерніяхъ Черниговской и Полтавской (Практ. и теорет. комментарий (П. Т. К.). Вып. I стр. 38 и сл. Статутъ В. К. Литовскаго на польск. и русск. яз. 1811 г. Бар. А. Нольде, Очерки по исторіи кодификаціи мѣстныхъ гражданскихъ законовъ при графѣ Сперанскомъ, в. I: Попытка кодификаціи литовско-польскаго права. 1906.

² Сандлеръ, Гражданскіе законы Царства Польскаго. Изд. Оросъ (неоффиц. карм. изд.). Д. Купреяновъ, Комментарій Гражданскаго Уложенія 1825 г. Варшава 1910. И. Трепичинъ, Гражданское право губерній Царства Польскаго и русское въ связи съ Проектомъ гражданскаго уложенія.—Обязательственное право. Варшава 1914. Рейнеке, Очеркъ законодательства Царства Польскаго (1807—1881) («Ж. М. Ю.» 1901, №№ 8, 9 и 10).

³ Гроссманъ, Мѣстные законы Бессарабіи съ разъясн. О. Пергаментъ, О примѣненіи мѣстныхъ законовъ Арменопула и Донича, 1905; Кассо, Византійское право въ Бессарабіи, 1907. Егго же. Петръ Манега, забытый кодификаторъ бессарабскаго права 1914. *Projet de code civil pour la Bessarabie. 1824—1825* (Пгд. 1914).

3) Въ губерніяхъ Прибалтійскихъ (Остзейскомъ краѣ) дѣйствуетъ Сводъ гражданскихъ узаконеній губерній Прибалтійскихъ 1864 г., на русскомъ и нѣмецкомъ языкѣ¹. Этотъ Сводъ, составляющій 3-ю часть всего свода мѣстныхъ узаконеній, м. б. названъ скорѣе уложеніемъ, чѣмъ сводомъ (инкорпораціей), именно, уложеніемъ старо-нѣмецкаго права на широкой базѣ пандектнаго права². Особыя поземельныя права владѣльцевъ дворянскихъ вотчинъ въ Прибалт. губерніяхъ нынѣ отмѣнены (С. У. 1916 г. 1681).

4) Въ Финляндіи дѣйствуетъ шведское уложеніе 1734 г.³ Въ 1824 г. изданъ русскій переводъ этого уложенія параллельно съ шведскимъ его текстомъ. Обще русскіе законы не имѣютъ субсидіарнаго значенія для Финляндіи⁴.

2. Мѣстные законы надо отличать отъ особенныхъ и спеціальныхъ законовъ.

а. Особенности законы исключаютъ какъ общіе законы, такъ и мѣстные, для извѣстнаго круга отношеній (на какой либо родъ дѣлъ). Сюда относятся церковныя и торговыя законы. Особенности законы содержатся также для лицъ иностранныхъ вѣроисповѣданій въ Уставѣ духовныхъ дѣлъ иностранныхъ вѣроисповѣданій (т. XI ч. 1), примѣняются и правила католической церкви (ст. 61, 65, ср. ст. 90).

б. Спеціальные законы регулируютъ опредѣленные отношенія извѣстнаго круга лицъ; ихъ примѣненіе опредѣляется, такимъ образомъ, не территоріальнымъ признакомъ (общіе и мѣстные законы), и не предметнымъ признакомъ (особенные законы), а личнымъ признакомъ. Къ этимъ законамъ относятся также и привилегіи. Законы эти разбросаны по всему законодательству. Въ частности, въ т. X ч. 1 имѣются постановленія, относящіяся къ магометанамъ и природнымъ жителямъ Закавказья. Въ частности же, магометане по дѣламъ завѣщаній и о раздѣлѣ наслѣдства руководствуются Кораномъ (ст. 1338 т. X ч. 1).

3. Приобрѣтеніе свѣдѣній о судебной практикѣ и въ особенности объ обычномъ правѣ встрѣчаетъ затрудненія.

Это и понятно, судебная практика находится въ постоянномъ движеніи и за ней приходится неукоснительно слѣдить. Рѣшенія судовъ по существу почти недоступны для теоретика и практика. Въ лучшемъ положеніи находится дѣло съ кассационными рѣшеніями Гражд. Кассац. Департ. Сената. Они печатаются и публикуются, какъ было замѣчено (стр. 18), для руководства. Кромѣ того, появляются частныя пособія къ ознакомленію съ практикой сената⁵. Еще хуже обстоитъ дѣ-

¹ Кассо, Пособіе къ лекціямъ. Ю. 1896. А. Невзоровъ, Кратк. излож. курса мѣстнаго права I—II. Ю. 1909; Эрдманнъ, Система гражданского права остзейскихъ провинцій (перев. обязательственного права Гредингера). 1910. Федоровъ, Введеніе въ курсъ гражданского права прибалтійскихъ губерній, 1898; Бѣляевъ, Общеперскій законъ и мѣстныя остзейскія узаконенія («Ж. М. Ю.» 1898. ноябрь); бар. А. Нольде, Очерки по исторіи кодификаціи мѣстныхъ гражданскихъ законовъ при гр. Сперанскомъ. Вып. II (Пгд. 1915). В. Буковскій, Сводъ гражд. узак. губ. Прибалт. съ разъясненіями. Рига 1914.

² За «Сводъ» стоитъ А. Нольде (см. прим. 1); противъ см. рецензію Синайскаго (Ю. В. XV 199).

³ Частные переводы Малышева (1894) и Н. Корево, «Общее уложеніе Финляндіи 1734 г.» съ дополнительными узаконеніями въ трехъ томахъ (Пгд. 1912).

⁴ Бѣляевъ, О субсидіарномъ значеніи права (въ Ж. М. Ю. 1898 г. № 9).

⁵ Кромѣ вышеуказанныхъ (стр.) комментированныхъ изданій т. X ч. 1, см. В. Л. Исаченко, Сводъ кассационныхъ положеній по вопросамъ русскаго гражданского матеріальнаго права за 1896—1905 г. (Пгд. 1906); сборникъ рѣшеній Г. К. Д. Сената съ 1866 г. по 1914 г. въ сокращенной обработкѣ для практики, подъ ред. Васильковскаго. Не вошедшія въ официальный сборникъ рѣшенія Г. К. Д. за 1897—1914 гг. изданы Пеньковскимъ, Кассационная практика, подъ ред. бар. Штакельберга. Тютрюмовъ, Практика Правительствующаго Сената по крестьянскимъ дѣламъ (Пгд. 1914 г.)

ло съ обычнымъ правомъ, такъ какъ это право, при своей неопредѣленности, къ тому же не приведено въ какой либо сводъ, не говоря уже объ уложеніи обычнаго права. Приходится черпать свѣдѣнія изъ рѣшеній волостныхъ судовъ.¹

§ 6. ПРИМѢНЕНІЕ И ТОЛКОВАНІЕ ГРАЖДАНСКИХЪ ЗАКОНОВЪ* СИСТЕМА ИЗЛОЖЕНІЯ.

Еще недостаточно почерпнуть свѣдѣнія о правѣ изъ тѣхъ или другихъ источниковъ (§ 5); необходимо умѣть правильно примѣнить право, какъ въ случаяхъ столкновеній (коллизій) различнаго рода законовъ, такъ и въ случаяхъ сомнѣнія въ правильномъ пониманіи тѣхъ или иныхъ нормъ правъ (толкованіе)¹.

1. *Столкновенія возможны: а) между законами общими и мѣстными, а равно б) между отечественными и иностранными.*

а. Въ первомъ случаѣ рѣчь идетъ о междуобластномъ правѣ. Именно, на практикѣ легко можетъ возникнуть вопросъ, какія нормы слѣдуетъ примѣнять къ лицамъ, живущимъ подъ дѣйствіемъ общихъ законовъ, когда они попадаютъ въ губерніи, гдѣ дѣйствуютъ мѣстные законы и наоборотъ². Гражданско-правовыя отношенія при указанномъ столкновеніи разномѣстныхъ нормъ слѣдуетъ рѣшать на основаніи личнаго закона (статута). Личный законъ— это законъ мѣстожителъства, включая сюда его разновидность: принадлежность къ коренному населенію той или другой мѣстности. Однако, указанное правило дѣйствуетъ въ болѣе или менѣе полной мѣрѣ лишь въ области личнаго и семейнаго права³. Что же касается вещнаго и наследственнаго права, то права по недвижимости подчинены законамъ той мѣстности, гдѣ находится недвижимость⁴, права же на движимость опредѣляются по мѣсту

¹ Обычное право см. Малышевъ, Курсъ, I, 77—105; Е. Якушкинъ, Обычное право (въ нѣсколькихъ выпуск.); Сборникъ народныхъ юридическихъ обычаевъ (т. I подъ ред. Матвѣева. 1878 г., т. II подъ ред. Пахмана, 1900); Сборникъ свѣдѣній, подъ ред. Харузина, 1889 г. — Народные юридическіе обычаи по рѣшеніямъ волостныхъ судовъ (въ Трудахъ Этнограф.-статист. Экспедиціи въ западно-русской край. Т. XVI ч. 2, 1872 г.); Труды комиссіи по образованію волостныхъ судовъ т. I-VII. Пгд. 1873-1874. (Подробнѣе см. литературу у Поворинскаго).

* Пущилло, Теорія толкованія законовъ (Ж. Гр. и Уг. пр. 1882 № 9); Есиповичъ, О толкованіи законовъ (Ж. М. Ю. 1894 № 10); Васильковскій, Ученіе о толкованіи и примѣненіи гражданскихъ законовъ, 1901; Шершеневичъ, Примѣненіе нормъ права (Ж. М. Ю. 1903 и 1); А. Гуляевъ, Толкованіе закона въ практикѣ Гражд. Кассац. Департ. Сената 1912; А. В. Завадскій, къ ученію о толкованіи гражд. законовъ (Уч. Зап. Каз. Ун. 1900-1913 гг.). Васильковскій, Руководство къ толкованію и примѣненію законовъ, для начинающихъ юристовъ. 1913; Т. Яблочковъ, Комментарій къ У. Г. С. Томъ I, къ ст. 9. Ученіе о столкновеніи російскаго общаго и мѣстнаго права (ст. 1279-1295) см. Нольде (П. Т. К. II). М. Брунъ, Коллизіи разномѣстныхъ законовъ о безвѣстномъ отсутствіи (Ю. В. 1914 I 147). Чрединъ, Ученіе Дильтея о толк. и прим. зак. (1916). Тарановскій, Учеб. стр. 239.

¹ М. Унковскій О неясности законодательства, какъ общественномъ бѣдствіи. Пгд. 1913. О парламентскомъ уровнѣ въ законодательныхъ работахъ по гражданскому праву см. въ В. П. 1915, 27, 793.

² Особенные законы имѣютъ свою опредѣленную область отношеній и не сталкиваются, поэтому, съ общими и мѣстными законами. Что же касается специальныхъ законовъ, то здѣсь дѣйствуетъ основное правило: какъ изъятіе изъ законовъ общихъ, мѣстныхъ, особенныхъ, специальный законъ исключительно примѣняется къ тѣмъ дѣламъ и лицамъ, для которыхъ изданъ (^{14/59, 10/102}).

³ См. П. К. Т. I, 73, 82, 242, 275, 313 (литература и частное международное право). Бар. А. Нольде, Личный законъ въ русскихъ междуобластныхъ гражданскихъ конфликтахъ (Пр. 1913 №№ 46 и 47).

⁴ См. ст. 1279—1289 т. X. I; ^{78/287}; ст. 10 прилож. къ ст. 14 т. IX (примѣч. 1) П. Т. К. II ст. 268. и сл.

нахожденія вещи, и по личному закону¹. Относительно формы юридических сделок действует правило, в силу которого применяется та форма, которая требуется по месту совершения юридической сделки (акта)². Этому же правилу сенат подчиняет и содержание юридической сделки (акта), поскольку не запрещено законом³. Вообще же правила о коллизии общих и местных законов слабо разработаны⁴.

б. Частное международное право, в противоположность междуобластному праву, регулирует столкновения норм отечественного и иностранного права. Оно составляет ближайший предмет науки международного права, хотя такая связь и несколько искусственна. В гражданских законах, в частности, содержатся нормы частного международного права (стт. 915, 1077 и др.).⁵

2. Толкование законов предполагает достоверный текст, подлежащий прежде всего буквальному истолкованию.

Поэтому, если текст закона внушает сомнение в достоверности, то прежде чем толковать закон, необходимо установить подлинный его текст (по версии текста). Как было уже выяснено, подлинным текстом считается Свод гражданских законов в издании 1832 г. Для законов же, изданных после 1832 г. подлинником считается текст, помещенный до 1863 г. в П. С. З., а после 1863 г. — в С. У. — Проверенный текст закона подлежит прежде всего толкованию словесному, или буквальному. Но толковать «буквально» не значит заниматься буквоедством. При буквальном толковании приходится также обращаться к логике для решения вопроса, будет ли данный случай подходить под букву закона. Поэтому, надо признать правильным, напр., то решение Сената (11/82), которым под понятие домашней обстановки были подведены книги, в настоящее время составляющая необходимую часть обстановки интеллигентного человека. Вообще же надо держаться естественного и буквального смысла (т. е. общепринятого, 68/355, 82/152, 07/02). В частности, термины должны быть по возможности истолкованы; но стремление истолковать единообразно термины не всегда должно иметь место, т. к. терминология т. Х ч. 1 в общем не выдержана.

Если толкование по буквальному смыслу не может выяснить встретившагося затруднения, то приходится обращаться к толкованию по общему смыслу закона.

Последовательность в указанных двух видах толкования буквального и по общему смыслу, находит свое основание в статьях 9 и 10 У. Г. С., в силу которых все судебные установления обязаны решать дела по точному разум существующих законов; а в случае неясности, неполноты и противоречий закона по общему смыслу закона. Это подтверждает и сенат: судьи обязаны выяснять точный разум законов, а если точный разум возбуждает сомнения, то надо обращаться к общему смыслу закона (79/16).

Толкование по общему смыслу распадается на две группы: толкование в собственном смысле и восполнение законов (толкование в несобственном смысле).

¹ По личному закону в отношении вещей, находящихся при временно—пребывающем, при известности и беспорности собственников этих вещей (П. К. Т. II, 272). Здесь же см. литературу.

² Это правило сенат основывает на ст. 707 т. X. ч. I (06/2, 93/50, 90/12). Анализ правила *locus regit actum* — дан у Бруна, Коллизия и материально-правовая норма о формах сделок (Ж. М. Ю. №№ 9—10 1911 г.).

³ Ср. 06/57, 08/21, иначе 95/89. Против этого Брунъ.

⁴ Высказано в литературѣ, не без основанія, мнѣніе, что ст. 1279 имѣетъ общее значеніе (П. Т. К. II. стр. 269 Б. Нольде).

⁵ Очеркъ частнаго международнаго права данъ Б. Нольде въ приложеніи къ учебнику Листа, Международное право (3 изд.).

3. Толкованіе по общему смыслу законовъ въ собственномъ смыслѣ можетъ быть: а) историческимъ и б) догматическимъ.

а. Но съ историческимъ толкованіемъ надо обращаться въ особенности осторожно. Правда, въ нашемъ правѣ это толкованіе играетъ важную роль: оно примѣняется часто сенатомъ и юристами. Историческое толкованіе, напр., было примѣнено сенатомъ, при разрѣшеніи вопроса о приобрѣтеніи церковныхъ земель по давности и въ рѣшеніи (¹²/₂₆) по дѣлу о наймѣ учителя (при толкованіи ст. 1224). При историческомъ толкованіи законовъ надо различать толкованіе по источникамъ и по мотивамъ. Толкованіе по мотивамъ встрѣчаетъ со всѣхъ сторонъ большое неодобреніе. Дѣйствительно, мотивами трудно пользоваться, такъ какъ благодаря множеству инстанцій, черезъ которыя приходится проходить закону, неизвѣстно, чьи мотивы слѣдуетъ брать для руководства. Кромѣ того, очень сомнительна обязательность мотивовъ (воля законодателя). Правильнѣе толковать законъ по волѣ закона, а не законодателя. Наконецъ, обращеніе къ мотивамъ и бесплодно, въ особенности у насъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда авторы закона сами теоретически безпомощны, лишены умѣнья воплотить свои взгляды въ текстъ составляемаго ими закона (примѣръ ¹⁴/₇₆, Арх. I. В о р м с ъ). Тѣмъ не менѣе, сенатъ прибѣгаетъ къ законодательнымъ мотивамъ, чтобы вскрыть основаніе и цѣль закона (напр., ¹⁴/₁₉, арх. I. 58.)

Съ давнихъ поръ существуетъ разногласіе, что является предметомъ для выясненія— воля законодателя или воля закона. Новѣйшая доктрина, въ противоположность прежней, обнаруживаетъ склонность признать волю закона (К о л е р ъ); средняго мнѣнія держится В а с ъ к о в с к і й (мотивы—вишніе источники не обязательны для толкованія при условіи ясности нормы. Записки Новоросс. универ. т. 84, 1901 г. стр. 112). Ср. П о п о в ъ (Право, 1914 стр. 974. въ особенности примѣчанія).

б. Толкованіе догматическое обнимаетъ собой четыре способа толкованія:

1) Систематическое толкованіе состоитъ въ толкованіи по мѣсту, которое занимаетъ законъ въ ряду другихъ законовъ. Этотъ видъ толкованія наиболѣе опасенъ, т. к. у насъ система законовъ не выдержана и допускаются прямо ошибки (напр. въ отношеніи мѣста ст. 683).

2) То же слѣдуетъ сказать о толкованіи, носящемъ названіе доказательства отъ противнаго. Такъ какъ наши статьи вообще казуистичны, то этотъ методъ можетъ привести къ совершенно противорѣчивымъ выводамъ, Способъ этотъ же все, съ большой осторожностью, можетъ примѣняться (напр., солидарность обязательства основана на ст. 1548).

3) Толкованіе по цѣли закона также можетъ быть допустимо и примѣняется сенатомъ (напр., ¹⁴/₇₀). Сенатъ высказалъ, при томъ, принципиальное соображеніе о необходимости руководствоваться началомъ справедливости, какъ въ смыслѣ «общаго начала и общей цѣли права», такъ въ смыслѣ соблюденія «начала справедливости по отношенію къ каждому данному случаю» (¹⁰/₂₅, ⁰⁵/₆₂ и др., иначе ⁰⁹/₇₉ и ⁰¹/₇₈).¹

4) Распространительное и ограничительное толкованіе примѣняются тогда, когда законъ не вполне выразилъ волю законодателя; и лица, толкующія его, хотятъ, распространяя или суживая этотъ законъ, опредѣлить точную волю законодателя.

Такъ, сенатъ истолковалъ ограничительно ст. 284 на томъ основаніи, что статья эта даетъ опекунамъ слишкомъ большія права, что противорѣчитъ волѣ законодателя, установившаго институтъ опеки въ интересахъ подопечнаго. Законы о льготахъ, также манифестъ не подлежатъ ограничительному толкованію ¹⁴/₁₇. Арх. (I, 53). Равно законы

¹ Ср. Люблинскій (Пр. 1914 № 16); Пергаментъ (Арх. I 192 ⁴/₅₆).

О толкованіи «должнаго порядка»-телеологическое толкованіе—см. Ю. В. I. 179 и прим. 2. Ср. В. Г. П. 1916, 2, 12.

исключительные не подлежат распространительному толкованию (¹³/₅₁, ¹⁴/₆₄. Ар. I 212), т. к. путем распространительного толкования эти законы превращались бы в общее правило. Но в практикѣ сената встрѣчаются отступленія отъ этого правила; такъ, исключительную ст. 1301 сенатъ истолковалъ, какъ подлежащую распространительному толкованию (см. еще ¹⁴/₁₉ Арх. I 58).

4. *Толкованіе закона въ несобственномъ смыслѣ, или вообще восполненіе закона, происходитъ путемъ аналогіи.*

Аналогія существуетъ двухъ видовъ: аналогія закона и аналогія права. Первая есть обсужденіе какого либо случая, не предусмотрѣннаго въ правѣ на основаніи того закона, коимъ рѣшается другой случай, ближе всего подходящій къ случаю непредусмотрѣнному. Основой аналогіи служитъ сходство по существу между тѣмъ составомъ фактовъ, который предусмотрѣнъ закономъ, и тѣмъ, который подлежитъ обсужденію (однородность состава фактовъ). ¹ Примѣръ: ст. 533¹ можетъ по аналогіи примѣняться и къ имуществамъ благопріобрѣтеннымъ. Аналогія права состоитъ въ томъ, что при рѣшеніи жизненнаго случая, не предусмотрѣннаго закономъ, и при отсутствіи закона, на основаніи котораго ближе всего могъ бы быть разрѣшенъ данный случай, судья долженъ найти подходящій цѣлый институтъ гражданскаго права и на основаніи его рѣшить данный непредусмотрѣнный случай. Примѣръ: созданіе сенатомъ порядка опеки по наслѣдству на основаніи института опеки вообще (⁷⁰/₂₀₆ и др., см. толкованіе ст. 1226 и 1164).

По существу, принципиальнаго различія между аналогіей закона и аналогіей права найти нельзя, т. к. и тотъ и другой способъ приходятъ къ восполненію пробѣловъ путемъ расширенія и распространенія дѣйствія нормъ или даже цѣлаго института на новый не предусмотрѣнный ими случай. Но аналогія существенно отличается отъ распространительнаго толкованія закона. Послѣднее основывается на предположеніи неточнаго выраженія закона (ошибка въ выраженіи), тогда какъ аналогія восполняетъ волю закона.

Таковы приемы толкованія, буквального и по общему смыслу (въ собственномъ и несобственномъ смыслѣ). Между двумя крайними точками, толкованіе описываетъ большую дугу отъ буквального текста до правотворчества путемъ аналогіи права. Неудивительно, что толкованіе имѣетъ громадное значеніе въ современномъ правопорядкѣ, сближая его съ жизненнымъ порядкомъ, перебрасывая мостъ между объективнымъ и субъективнымъ правомъ.²

5. *Правопорядокъ складывается изъ правоотношеній, правъ, обязанностей и притязаній.*³

¹ Регельсбергеръ, стр. 166. Другіе требуютъ для примѣненія аналогіи равенства юридическаго основанія, понимая подъ нимъ юридически существенные элементы нормы (Тибо и др.).

² Толкованіе закона не слѣдуетъ смѣшивать съ аутентическимъ толкованіемъ, т. е. въ формѣ закона, что практически сводится къ изданію новаго закона съ обратной (силой (ср. ст. 80 Осн. зак.). Лазаревскій, Законодательство подъ видомъ толкованія законовъ (В. Г. П. 1916, 2, 105). У него же здѣсь см. кодификационное толкованіе законовъ, толкованіе административныхъ учреждений, толкованіе циркуларовъ департаментовъ Пр. Сената и толкованіе въ порядкѣ ст. 259¹ Учр. Суд. Уст. Общ. административномъ правилѣ, какъ нормѣ права, см. ¹⁵/₅ (Арх. Розенталь). Здѣсь же см. вопросъ о правѣ сената провѣрять законность (¹⁵/₆₃) и о предѣлахъ провѣрки административныхъ правилъ (¹⁰/₆₂).

³ Ближайшій анализъ показываетъ, что практически значеніе правоотношенія сводится къ правамъ и обязанностямъ лицъ. Впрочемъ, существуютъ правоотношенія, которыя сами по себѣ не создаютъ ни правъ, ни обязанностей, напр., родство, свойство. Что касается, далѣе, правъ, то они, въ свою очередь, служатъ центромъ правовыхъ полномочій лица. Такъ, напр., обладая правомъ собственности, лицо имѣетъ полномочія; владѣть вещью, пользоваться ею, распоряжаться. Полномочіемъ же является и притязаніе. Оно направляется вообще на требованіе отъ другого лица какого либо извѣстнаго дѣйствія или бездѣйствія (спорно) и осуществляется всякими юридическими средствами, чаще же всего искомъ. Притязаніе не слѣдуетъ, однако, смѣшивать съ искомъ, т. к. притязаніе не всегда быть можетъ исковымъ, и есть иски, въ основѣ которыхъ нѣтъ притязанія (иски о признаніи, преюдициальные, или по терминологіи сената, предсудные иски ¹⁴/₄₅). О системѣ правъ и притязаній см. Сб. Пам. Шерш. 224. Регельсбергеръ, Общее ученіе о правѣ, перев. И. Базанова, 1897, стр. 27 и 33. стр. 259 и сл. Бар. А. Нольде. Очередные вопросы въ литературѣ гражданскаго права (В. Г. П. 1913 № 3 124 и сл.).

Въ общемъ онъ представляетъ собою сложную сѣтъ зависимости лицъ въ гражданскомъ быту. Классифицировать нити этой правовой жизненной сѣти, очевидно, невозможно. Поэтому, наука прибѣгаетъ къ искусственной классификаціи правъ и различаетъ не только отдѣльные виды правъ, но и цѣлые институты¹. Въ итогѣ, получается научная система изложенія, которой въ сущности нѣтъ соотвѣтствія въ жизни. Но эта система позволяетъ объять правопорядокъ въ нѣкоторой законченности и опредѣленности.

Такъ какъ правоотношенія устанавливаются, измѣняются и прекращаются между лицами, по поводу объектовъ на основаніи какихъ либо правовыхъ фактовъ, то прежде всего, излагается общее ученіе о лицахъ, или субъектахъ права, объ объектахъ права и юридическихъ фактахъ, равно и о защитѣ правъ. Этимъ обыкновенно исчерпывается содержаніе общей части, т. е., всего того, что можетъ быть, какъ общее, вынесено за скобки. Далѣе, какъ наиболее простыя права, излагаются вещныя права, затѣмъ болѣе сложныя—обязательственныя права, наконецъ, семейственныя и наследственныя права, см. стр. 14. Но правильнѣе въ ученіи о лицѣ изложить не только понятіе о лицѣ, но и его личныя права (см. § 12). Далѣе, вслѣдъ за вещными правами слѣдуетъ изложить другія абсолютныя права имущественнаго характера, хотя бы и неисключительно, какъ то авторское право. При этомъ возникаетъ вопросъ, куда слѣдуетъ относить залоговое право и вообще права присвоенія. Slѣдуетъ ли вовсе выдѣлить ихъ изъ вещнаго права, какъ авторскія права и др., или оставить въ системѣ вещнаго права. Правильнѣе, кажется, (см. подробнѣе ниже) излагать права присвоенія въ вещномъ правѣ, памятуя только, что залоговое право въ несобственномъ смыслѣ могло бы быть выдѣлено изъ вещнаго права. Однако, вслѣдствіе того, что залоговое право въ несобственномъ смыслѣ у насъ не существуетъ, оно изложено вслѣдъ за залоговымъ правомъ въ собственномъ смыслѣ для общаго отгнѣненія послѣдняго отъ залогового права въ несобственномъ смыслѣ. Итакъ, за неимѣніемъ лучшей системы, приходится придерживаться пандектной системы, съ нѣкоторыми измѣненіями.

I. Общая часть. Кромѣ введенія (§ 1—6), въ нее входитъ, въ частности, въ отдѣльной главѣ право лицъ, т. е. не только ученіе о субъектахъ права, но и личныя ихъ права. Правонарушенія отнесены къ обязательному праву, т. к. обязательства изъ правонарушеній составляютъ главное содержаніе правонарушеній. Часть II состоитъ изъ первыхъ четырехъ главъ, посвященныхъ вещнымъ правамъ (съ изложеніемъ въ концѣ четвертой главы залогового права въ несобственномъ смыслѣ) и пятая самостоятельная глава, которая посвящена абсолютнымъ (монопольнымъ, или исключительнымъ) правамъ: авторскимъ, патентному, фирменному и т. д. Часть III. Обязательственное право. Часть IV. Семейственное право. Часть V. Наследственное право.

Глава II. Право лицъ.

§ 7. СУБЪЕКТЫ ПРАВА И ВИДЫ ИХЪ.*

I. Общее понятіе о субъектѣ права (лицѣ, или юридической личности).

1. *Субъектъ права—тотъ, за кѣмъ правопорядокъ признаетъ способность имѣть права и обязанности (правоспособность, § 8, I).*

Отсюда ясно, что понятіе субъекта права, какъ юридической личности, относится къ правовымъ понятіямъ². И хотя права и обязанности существуютъ

¹ См. Сб. П. Ш. 203, 211. здѣсь же см. о конкретныхъ жизненныхъ отношеніяхъ и юридическихъ отношеніяхъ (213—229).

* О терминѣ лицо (persona) см. Брунъ (В. Г. П. 1915, 2, 70). Литературу см. ниже.

² Даже человѣкъ не есть лицо природы, по выраженію Донелла: servus enim homo est, non persona: homo naturae, persona juris civilis vocabulum. См. Брунъ, Юрид. лица въ межд. пр. (В. Г. П. 1916, 2, 72, 103). И нынѣ человѣкъ лицо въ границахъ правопорядка (Ш. У. ст. 11 п. 2).

для людей и осуществляются среди людей, но это не значитъ, что только человекъ имѣетъ правоспособность, что только онъ есть носитель правъ и обязанностей, есть юридическая личность. Правопорядокъ можетъ считатьъ носителемъ правъ и обязанностей, или юридической личностью, напр., благотворительное общество, учебное заведеніе и даже животное. Правда, послѣдняго правопорядокъ не дѣлаетъ, но зато, на ряду съ человекѣмъ, онъ признаетъ субъектами права союзы и учрежденія. Напротивъ, рабы хотя люди, но тотъ же правопорядокъ не считаетъ ихъ субъектами права, не признаетъ за ними юридической личности. Вышеизложенное опредѣленіе субъекта права построено на идеѣ *п р и н а д л е ж н о с т и* кому либо правъ и обязанностей; и эта идея вполне отвѣчаетъ нашимъ обыденнымъ, житейскимъ представленіямъ.

Но данную идею, во-первыхъ, отрицаютъ, указывая, что нѣтъ субъективныхъ правъ. Говорятъ (Дюги), что гражданско-правовой порядокъ знаетъ только обязанности лица (соціальныя функции) и цѣли, охраняемая правомъ, а не субъективныя права; отсюда нѣтъ и субъекта правъ¹. Воззрѣніе это, какъ слишкомъ соціальное и не отвѣчающее современному правопорядку, построенному на индивидуалистическихъ началахъ, нельзя признавать для настоящаго времени правильнымъ. Во-вторыхъ, идеѣ принадлежности правъ, противопологаютъ (Гельдеръ, Биндингъ) идею осуществленія правъ и обязанностей въ формѣ юридическихъ дѣйствій (дѣеспособность, § 8. 3)². Отсюда практически, опредѣленіе, построенное на указанной идеѣ осуществленія правъ и обязанностей, не признаетъ субъектами дѣтей и душевнобольныхъ, какъ неспособныхъ совершать юридическія дѣйствія. Наоборотъ, эти лица суть субъекты правъ, если строить опредѣленіе на идеѣ принадлежности правъ, т. к. дѣти и душевнобольные обладаютъ, напр., имѣніемъ, домомъ. Правильно замѣчено, что логически оба разобранныя опредѣленія субъекта права правильны. Дѣло въ томъ, что каждое опредѣленіе предполагаетъ анализъ правового явленія, выдѣленіе составныхъ его элементовъ. Комбинація этихъ элементовъ приводитъ, вслѣдъ за тѣмъ, къ опредѣленію. Но т. к. комбинировать составные элементы можно различнымъ образомъ, выдвигая то одинъ, то другой существенный элементъ, то легко получить разныя опредѣленія, хотя бы логически совершенно правильныя. Условность, или относительность юридическихъ опредѣленій общеизвестна, и она, какъ видно, зависитъ отъ того, что при опредѣленіи существенныхъ элементовъ нельзя избѣжать субъективизма, различныхъ точекъ зрѣнія, личныхъ вкусовъ и т. д.³ Признаніе субъектами тѣхъ, кто совершаетъ юридическія дѣйствія для другихъ въ качествѣ представителей ихъ, противорѣчитъ нашимъ обыденнымъ представленіямъ о субъектѣ, какъ лицѣ, которому принадлежать или могутъ принадлежать права и обязанности.

2. Понятіе субъекта права, какъ юридической личности (I), шире понятія юридическаго лица. Субъектомъ права можетъ быть не только юридическое лицо (III), но и физическое (II).

Въ литературѣ сдѣлана попытка разложить понятіе юридической личности на составные элементы (Ориу). Анализъ показываетъ, что здѣсь можно различать два элемента: 1) *о б ъ е к т и в н ы й*, (корпусъ, объективная индивидуальность), подъ которымъ разумѣется соціальныя индивидуальность (т. е. человекъ, соціальная организація) и 2) *с у б ъ е к т и в н ы й* (духъ), какъ способность соціальнаго индивида имѣть права (правоспособность § 8. I) и осуществлять ихъ, участвовать въ юридическихъ отношеніяхъ (дѣеспособность § 8 III). Эта способность (право-дѣеспособность) выражается въ титулѣ, имени⁴. Пояснимъ на примѣрѣ. Человекъ или союзъ суть соціальныя индивидуальности; однако, они могутъ и не быть юридическими личностями, какъ то, если человекъ есть рабъ, а за союзомъ не признана вышеуказанная способность. И наоборотъ, одна эта способность («духъ», субъективный моментъ) безъ соціальнаго индивида (корпусъ, объективный моментъ) не можетъ образовать субъекта права. Обыкновенно подъ юридической личностью разумѣютъ субъективный моментъ и игнорируютъ объективный моментъ. Вслѣдствіе этого происходитъ разрывъ между жизненными явленіями и правовыми понятіями, что,

¹ D u g u i t, Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'état (1908). См. объ идеѣ безсубъективныхъ правъ Регельсбергеръ, стр. 37.

² См. также J. H e d e m a n n, Werden und Wachen im bürgerlichen Recht. Berl. 1913, S. 20-27 (литература). У насъ А. Р о ж д е с т в е н с к і й, Теорія субъективныхъ публичныхъ правъ. М. 1913, 23, 288.

³ Б. К и с т я к о в с к і й, Соціальн. науки, 532, 385.

⁴ М. H a u r i o u, Principes de droit public. Paris 1910, p. 644, 109. См. Я. Х а й т о в и ч ъ (въ Т. Ц. К. В. II, 13).

конечно, нежелательно и неправильно¹. Поэтому же неправильно считать субъекта права лишь конструктивным приемом, юридическим представлением². За ним стоит социальный индивид—объективный момент юридической личности.

II. Физическое лицо*.

1. Физическое лицо—это всякий человек, как субъект права.

Всякий человек, потому что институт рабства отменен. Признание всякого человека субъектом права не нуждается, в сущности, в особом упоминании в гражданских законах. Если, однако, Ш. У. (ст. 11) делает это, то только для того, чтобы подчеркнуть, что право человека быть субъектом есть право личное и неотъемлемое право, как бы приращенное свойство.

Самое название—физическое лицо, неизвестное нашим законам, нельзя признать удачным, т. к. этот термин указывает не на юридическое понятие. Этим термином хотят, однако, сказать, что человек есть лицо (социальный индивид), данное самой природой, в смысле объективного момента юридической личности (I). В наших законах встречается другой термин: частныя лица (стр. 698, 2293, 982 и др.), но этот термин неудачен. Так, частное лицо может противопоставляться публичному лицу, в особенности, казна (ст. 698). Далее, частным лицом считается не только физическое лицо, но юридическое лицо (ср. ст. 2293, ^{77/254}, ^{82/151} и др.). Напротив, в других случаях частное лицо, как человек, противопоставляется юридическому лицу (обществу, ст. 982)³. Такая путаница, конечно, крайне нежелательна с точки зрения толкования законов. Проект вводит термины физическое и юридическое лицо.

2. а) Человек становится физическим лицом с момента своего рождения живым и б) перестает им быть со смертью.

а. Что ребенок должен быть живым,—это само собой понятно; гражданский порядок не может регулировать отношения мертвых между собой и их отношения к живым. Нет надобности оговаривать, что ребенок должен приобрести самостоятельное существование, отделившись от матери, с которой он соединен пуповиной. Точно также неважно, что, в противоположность некоторым законодательствам, наши законы не говорят о других условиях признания ребенка физическим лицом, как-то: его выносливости и жизнеспособности, или наличности у него человеческого образа. Молчание наших законов недопустимо толковать в смысле ограничения человеческой личности. Больше того, замѣтно стремление признать физическим лицом зачатого, но еще неродившагося (nasciturus'a).

Это признание (Альфелдъ, Эггеръ)⁴ не только отвечает высокому представлению о человеческой личности, но естественнее и логичнее, чем господствующее ныне воззрение. Законодательствам приходится прибегать к фикции, именно, предполагать рождение ребенка раньше открытия наследства, дабы он мог получить наследство, открывшееся до его рождения (ст. 1923 п. 2 Г. У.). Поэтому, правильно поступило Ш. У. (ст. 31 п. 2), которое признало за зачатым юридическую личность под условием рождения (условная правоспособность). В наших законах (см. 110⁶ п. 2) дети зачатые при жизни отца, но нерожденные до его смерти, не уstraняются от права наследования. Следовательно, за ними признается, по букве закона, юридическая личность, но источники говорят против этого.⁵ Право наследования лишь охраняется для зачатого на случай его рождения живым.

¹ Ельяшевичъ (Юрид. лицо, Пгд. 1910, 454) правильно указывает также на необходимость изучения внутренних отношений юридического лица, т. е. того, что Ориу называет „объективной индивидуальностью“, объективным моментом.

² Ср. Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reichs. 4 Aufl., Bd. I (1901) S. 89 Note. 1. I. Покровскій (В. Г. П. 1913, 4, 32).

* Азаревичъ, Физическія лица, какъ правовые субъекты (Зап. Нов. Унив. 1883 г.). Дювернуа, Чтенія I, 257. Анненковъ, Система I 122. И. Кистяковскій, Понятіе субъекта права (Ж. М. Ю. 1903, N 8). См. также Сборникъ Пам. Шершеневича, 127 и сл. 222. Гамбаровъ, I.

³ См. Пр. 1915, 49, 3140, 3151.

⁴ См. также Гедеманнъ, стр 20 и 22.

⁵ Именно, опровергается источником, на котором основана статья 1106 (П. С. З. № 14, 6-го іюня 1649 г.); см. Дювернуа, 308.

6. Положеніе, что конецъ физическаго лица наступаетъ только со смертію человѣка (Ш. У. ст. 31 п. 2) представляется единственно правильнымъ.

Правда, въ старыхъ законодательствахъ, въ томъ числѣ и нашемъ, сохранилась фикція смерти осужденнаго преступника, гражданская, или политическая смерть (ст. 1222, см. ук. 29 марта 1753 г.), но эта фикція, влекущая за собой въ формѣ дополнительной кары лишеніе личныхъ и имущественныхъ правъ (у насъ—всѣхъ правъ состоянія), нынѣ правильно оставлена новѣйшими законодательствами; и надъ имуществомъ осужденнаго назначается лишь опека для охраны его правъ. Кромѣ того, лишеніе всѣхъ правъ состоянія хотя и служить у насъ основаніемъ открытія наслѣдства, но на самомъ дѣлѣ осужденный политически не умираетъ¹.

Лишеннымъ всѣхъ правъ состоянія «дозволяется владѣть и пользоваться въ мѣстѣ ссылки своей нѣкоторыми имуществами», даже недвижимыми (ст. 218-222 уст. о ссылкн.), вступать въ бракъ и заключать договоры (В. П. 1913, 403), а сенатъ признаетъ дѣйствительнымъ и завѣщаніе ссыльно-поселенца о прибрѣтенномъ имуществѣ (08/95). Все это указываетъ, что лишенный всѣхъ правъ состоянія остается субъектомъ права, и что послѣ его смерти можетъ наступить вторичное наслѣдованіе (О. С. 04/10). Наконецъ, лишенный всѣхъ правъ состоянія не всегда теряетъ личныя права родительской власти и супружества ст. (178, 104, 50). Пожалуй, слѣдуетъ признать также неутраченнымъ и право на пенсію за увѣче, а лишь приостановленнымъ до момента выхода каторжанъ на поселеніе². Любопытно, что наши законы даютъ поводъ сомнѣваться, прекращается ли даже и смертію юридическая личность, т. к., согласно ст. 215 У. Г. С., «суду предъявляются иски къ лицу умершаго собственника, буде нѣтъ въ виду признанныхъ или вступившихъ во владѣніе наслѣдниковъ». Сенатъ допускаетъ эти иски (10/74), разъяснивъ, что въ данныхъ случаяхъ судъ обязанъ предоставить истцу право просить о назначеніи опекуна (74/829)³. Признаніе въ нашемъ процессѣ умершаго человѣка лицомъ представляется скорѣе конструктивнымъ приемомъ для предъявленія исковъ въ исключительныхъ случаяхъ, чѣмъ дѣйствительно признаніемъ юридической личности за умершимъ. Во всякомъ случаѣ, неправильно расширять случаи примѣненія этого конструктивнаго приема⁴.

Смерть лица (какъ и рожденіе) удостоверяется совершеніемъ акта о смерти, т. е. записью въ метрическихъ книгахъ и выдачей метрическаго свидѣтельства⁵. Но не всегда легко удостовѣрить фактъ смерти человѣка, а тѣмъ болѣе моментъ смерти. Между тѣмъ, моментъ смерти имѣетъ большое значеніе въ случаяхъ гибели лицъ, связанныхъ наслѣдованіемъ, при общей опасности (наводненіи, пожарѣ и т. д.). Такъ, если А могъ наслѣдовать Б, и было доказано, что смерть его наступила позже смерти Б, то А наслѣдуетъ Б, какъ пережившій наслѣдодателя. Вопросъ, однако, осложняется тѣмъ, что иногда нельзя вовсе доказать порядокъ смертей. Въ такомъ случаѣ дѣйствуетъ правило о смерти всѣхъ лицъ въ одинъ моментъ, (презумпція одновременности смерти (ст. 20 Г. У.)). Презумпція эта имѣетъ мѣсто и у насъ, т. к. наши законы не знаютъ презумпціи переживаемости (Ф. У. ст. 720). Практически это значить, что никто изъ погибшихъ при общей опасности не есть наслѣдникъ другого. Наконецъ, слѣдуетъ замѣтить, что для установленія факта смерти нѣтъ безусловной

¹ Точно также постригшійся въ монахи хотя теряетъ имѣвшіяся у него семейныя и имущественныя права, но онъ не лишается всей правоспособности. Такъ, монашествующія власти необщественныхъ монастырей могутъ составлять завѣщанія относительно своихъ частныхъ имуществъ (ст. 1025 т. X, ч. 1 и ст. 424 т. IX); вообще всѣмъ монашествующимъ дозволяется покупать или строить на свои средства кельи (ст. 419 т. IX), вносить денежные капиталы въ кредитныя установленія (ст. 424 т. IX).

² Ср. В. П. 1916, 854. О возстановленіи гражданскихъ правъ освобожденныхъ изъ мѣстъ заключенія см. Ж. М. Ю. 1915, 5, 185 и сл.

³ См. также ст. 26 Прав. о произв. суд. дѣлъ.

⁴ Иначе В. Гордонъ (В. Г. П. 1913, 1, 67—90). Ср. Левитскій (Ж. М. Ю. 1910 I, 144—164). Правильно противъ—В. Л. Исаченко (В. Г. П. 1913, 3, 28—41).

⁵ Метрическое свидѣтельство, въ случаѣ спора противъ него, повѣряется метрическими книгами. Правила веденія метрическихъ книгъ подробно регулированы проектомъ, подъ названіемъ «акты гражданского состоянія» (ст. 695 и сл.).

надобности кому либо видѣть трупъ, если только лицо исчезло при такихъ обстоятельствахъ, которыя заставляютъ считать смерть несомнѣнной (ст. 34 Ш. У.), хотя наши законы прямо объ этомъ не говорятъ.

3. Нельзя считать концомъ физическаго лица и презумтивную смерть.

Презумтивная смерть это безвѣстное отсутствіе лица, вслѣдствіе чего возникаетъ предположеніе, что человекъ уже нѣтъ на свѣтѣ. Но западныя законодательства не связываютъ съ презумтивной смертью открытіе наслѣдства. У насъ же, согласно сенатской практикѣ, хотя открывается наслѣдство послѣ безвѣстно-отсутствующаго лица (подробнѣе см. открытіе наслѣдства), однако едва ли наши законы приравниваютъ безвѣстное отсутствіе къ смерти (Б ѣ л я ц к и н ѣ, П. Т. К. III. 16), а главное, безвѣстно-отсутствующій остается лицомъ въ новомъ мѣстѣ. Точно также и право супруга безвѣстно-отсутствующаго просить о расторженіи брака и вступленіи въ новый бракъ говорить лишь о томъ, что наши законы заботятся объ интересахъ оставленнаго супруга, а не о томъ, что безвѣстное отсутствіе есть смерть (подробнѣе поводы развода). Нельзя не подчеркнуть, что институтъ безвѣстнаго отсутствія¹ возникъ на почвѣ прежней жизни, когда случаи потери человекъ изъ виду при плохихъ способахъ сообщенія были вполне возможны. Если и можно соглашаться поэтому, что общая нормировка презумтивной смерти представляется нынѣ въ значительной степени бесполезной (Б ѣ л я ц к и н ѣ), однако этого нельзя сказать о к в а л и ф и ц и р о в а н н о м ѣ безвѣстномъ отсутствіи, когда обстоятельства исчезновенія человекъ дѣлаютъ его смерть весьма вѣроятной, въ особенности на войнѣ. Въ этомъ и подобныхъ случаяхъ смертельной опасности, законъ можетъ, по истеченіи короткаго срока, объявить исчезнувшее лицо умершимъ со всѣми послѣдствіями презумтивной смерти. Идея квалифицированнаго безвѣстнаго отсутствія не чужда нашему законодательству (ст. 56¹, Пр. 1915, 1474 и сл.), но лишь въ передовомъ законодательствѣ этотъ институтъ нашелъ свое правильное признаніе (стт. 15—17 Г. У. и стт. 35, 36 Ш. У.). Современная война съ ея колоссальной техникой и громадными количествами участниковъ требуетъ отъ нашего законодательства регулировки презумтивной смерти, какъ квалифицированнаго безвѣстнаго отсутствія. (Г е й, В. П. 1915, 509)². Презумтивная смерть имѣетъ мѣсто у насъ и въ случаѣ уклоненія отъ суда и слѣдствія, которая обсуждается по правиламъ безвѣстнаго отсутствія (ст. 852 У. У. С., Р о з е н б л ю м ѣ въ Арх. I. ¹⁴/₁₆).

III. Юридическое лицо. *

Послѣ того, какъ въ самомъ началѣ 19 в. высказано было, что юридическое лицо (точнѣе, юридическая личность) есть все то, что въ государствѣ признается за отдѣльный субъектъ правъ и противопоставлены были другъ другу человекъ и другія категоріи юридическаго лица (Г е й з е), съ того времени и доннынѣ идутъ споры о томъ, что же такое юридическое лицо? Одни пытались юридическое лицо олицетворить, создавъ фикцію лица—вымышленнаго субъекта (романистическая доктрина С а в и н ѣ и), другіе опровергали эту теорію, или указывая, что въ жизни существуютъ на самомъ дѣлѣ юридическія лица (реалистическія теоріи), или опровергали тѣмъ, что на самомъ дѣлѣ нѣтъ.

¹ Исторію института безвѣстнаго отсутствія и его типы см. у Б р у н а, О безвѣстномъ отсутствіи въ международномъ правѣ. М. 1914.

² Проектъ пытается внести ясность въ институтъ безвѣстнаго отсутствія (объясн. къ ст. 12), однако постановленія проекта въ сравненіи ихъ въ особенности съ Ш. У. заставляютъ желать новаго пересмотра и болѣе точной редакціи.

* Литературу см. С у в о р о в ѣ, Объ юридическихъ лицахъ по римскому праву (2 изд. 1900) и Е л ь я ш е в и ч ѣ, Юридическое лицо, его происхождение и функціи въ римскомъ частномъ правѣ (Пгд. 1910). Г е р в а г е н ѣ. Развитие ученія о юридическомъ лицѣ (1888). Д ю в е р н у а, Чтенія, I, 372. Г а м б а р о в ѣ, Курсъ, I. Б. Б о р и с о в и ч ѣ, Законодательство о цѣлевыхъ союзахъ въ Пруссіи (Изв. Моск. Гор. Думы 1913 №№ 6-7, о законахъ 1911 г. относительно соединенія общинъ для совмѣстнаго осуществленія задачъ управленія). П. А л е к с ѣ в ѣ, Общества чиновниковъ во Франціи (Ю. В. 1913 II 215).

субъектовъ, а есть лишь безсубъектныя права, безхозяйное имущество, цѣловое имущество (Б р и н ц ь). Третьи пытались видѣть субъектовъ права въ физическихъ лицахъ: въ органахъ, администраторахъ юридическаго лица (С е р м а н ь) и въ дестинаторахъ, т. е. въ тѣхъ, которые пользуются выгодами отъ юридическаго лица, для которыхъ оно предназначено (Л е р и н г ь). Въ противоположность этому иные стремились конструировать юридическое лицо чисто формальнымъ образомъ, независимо отъ чело-вѣка и его свойствъ. Въ юридическомъ лицѣ они видѣли коллективное единство, которое выступаетъ въ оборотѣ какъ субъектъ права (С а л ь к о в с к і й) или самостоятельный, помимо чело-вѣка, пунктъ прираженія правъ и обязанностей (Г у с т. Р ю м е л и н ь). Формальная точка зрѣнія на юридическое лицо достигаетъ своего высшаго признанія, когда въ юридическомъ лицѣ видятъ уже чисто юридическое понятіе (Л а б а н д ь, Л е л л и н е к ь, у насъ Д ю в е р н у а) и находятъ вполне логичнымъ, что правопорядокъ можетъ надѣлать этимъ чисто юридическимъ свойствомъ не только чело-вѣка. Всѣ изложенныя теоріи сходятся въ одномъ: 1) онѣ не интересуются внутренними отноше-ніями юридическаго лица, тѣмъ явленіями, которыя стоятъ за юридическимъ лицомъ и 2) видятъ въ юридическомъ лицѣ лишь особую юридическую форму отношеній социаль-ной организаци (союза, учрежденія). Въ указанномъ чисто внѣшнемъ положеніи юриди-ческаго лица въ оборотѣ ключъ къ отличію его отъ товарищества (societas). Внутри и товарищество и юридическое лицо могутъ быть построены совершенно одинаково. Но товарищество не выступаетъ во внѣ какъ цѣлое, самостоятельное, почему оно не есть юридическое лицо. Отсюда:

1. *Юридическое лицо есть та социальная организаци (союзъ или учрежденіе), за которой, какъ таковой, правопорядокъ признаетъ способность имѣть права и обязанности.*

Въ этомъ опредѣленіи подчеркивается, что не всякая социальная организаци (союзъ или учрежденіе) есть юридическое лицо, а лишь та организаци, которая признана какъ таковая лицомъ въ правѣ, независимо отъ правъ и обязанностей, имущества тѣхъ лицъ, которыя принимаютъ то или иное участіе въ организаци. Но ясно также, что это опредѣленіе не можетъ дать понятія о внутреннихъ отноше-ніяхъ юридическаго лица, какъ социальной организаци (социальной индивиду), о тѣхъ жизненныхъ явленіяхъ, что скрыты за юридическимъ лицомъ¹.

2. *Юридическія лица, въ зависимости отъ различія въ ихъ социальной организаци, распадутся на два вида: а) союзы и б) учрежденія.*

а. Союзъ—это соединеніе лицъ, корпоративно организованное для какой либо цѣли, выступающее вовнѣ, какъ о т д ѣ л ь н ы й носитель правъ и обязанностей, въ границахъ правопорядка. Какъ отдѣльный носитель правъ и обязанностей, союзъ рѣзко отличается и отъ членовъ, которые имѣютъ свое имущество, свои права и обязанности, и отъ простаго товарищества (societas), которое не выступаетъ вовнѣ отдѣльнымъ носителемъ правъ и обязанностей. Имущество такого товарищества (societas) есть не его отдѣльное имущество, а имущество его членовъ, и для третьихъ лицъ (вовнѣ) нѣтъ, поэтому, отдѣльнаго имущества товарищества, а есть лишь имущество товарищей. Союзъ носитъ различныя названія: союзной личности, корпораци и общества, товарищества. Далѣе, въ зависимости отъ характера цѣли, различаютъ союзы идеальныя и хозяйственныя. Наши законы прямо не говорятъ объ идеальныхъ союзахъ, т. е. преслѣдующихъ идеальныя, а не хозяйственныя цѣли (и з в л е ч е н і е п р и б ы л и), но понятія эти имъ извѣстны. Такъ, законы говорятъ объ обществахъ, которыя, не имѣя задачей полученіе для себя п р и б ы л и отъ веденія какого либо предпріятія, избрали предметомъ своей совокупной дѣятельности опредѣленную цѣль (ст. 1 Врем. прав. о союзахъ и обществахъ 4 марта 1906 г., ст. 2140 т. X ч. 1)² Еще рѣшительнѣе выдѣляетъ

¹ Поэтому совершенно правильно высказываются нынѣ за необходимость изученія жизненныхъ, внутреннихъ отношеній лица, какъ очередную задачу юриспруденціи (О р і у, Е л ь я ш е в ч ь). Только при изученіи обѣихъ сторонъ юридической личности, внутренней и внѣшней, можно выдѣлить особую категорію юридическихъ лицъ, понять ихъ строй и значеніе, не обезличивая юридическихъ лицъ одной формулой—внѣшнимъ отношеніемъ къ третьимъ лицамъ.

² Указанныя правила оригинально противопоставляютъ «союзъ» и «общество» въ смыслѣ совокупности обществъ отдѣльному обществу (ст. 1).

идеальные союзы постановленіе Временнаго Правительства отъ 19 апрѣля 1917 г. Именно, это постановленіе не «распространяется на общества и союзы, имѣющіе своей цѣлью извлеченіе прибыли» (п. 8), чѣмъ очевидно рѣзко проводится грань между идеальными союзами и хозяйственными.

Наши законы не знаютъ дѣленія союзовъ на правоспособные и неспособные. Неправоспособные союзы это такія соединенія лицъ, которыя имѣютъ организацию, но послѣдняя приближается болѣе къ организациі простого товарищества (*societas*), чѣмъ юридическаго лица. Эти неспособные союзы извѣстны германскому праву, хотя конструкція ихъ и недостаточно ясна. Тѣмъ не менѣе, неспособные союзы имѣютъ нѣкоторыя черты организациі юридическаго лица. Къ нимъ, напримѣръ, могутъ быть предъявлены иски, какъ къ союзу, хотя самъ союзъ не можетъ вчинять иска отъ своего имени. Далѣе, выходя изъ союза, члены его не могутъ брать съ собой имущества. Но, въ отличіе отъ правоспособныхъ союзовъ, неспособные союзы не могутъ пріобрѣтать имущества на свое имя. Въ количественномъ отношеніи неспособные союзы составляютъ въ Германіи $\frac{4}{5}$ всѣхъ союзовъ. Короче, неспособный союзъ можно до нѣкоторой степени характеризовать, какъ товарищество, которое на внутренней сторонѣ строится въ видѣ юридическаго лица, а на внѣшней—въ видѣ простого товарищества¹. Въ сущности названіе «неспособный союзъ» неудачно: неспособный союзъ имѣетъ все же нѣкоторую правоспособность (также Г е д е м а н н ъ). Рѣчь идетъ о томъ, что неспособный союзъ имѣетъ внутреннее единство, но недостаточно обнаруживаетъ это единство вовнѣ, въ отношеніи третьихъ лицъ, какъ отдѣльный самостоятельный субъектъ права.²

Постановленіемъ Временнаго Правительства о союзахъ отъ 19 апрѣля 1917 г. созданъ типъ правоспособныхъ союзовъ безъ процессуальной правоспособности. Именно, общества и союзы, не имѣющіе своей цѣлью извлеченіе прибыли (идеальные союзы и общества), хотя имѣютъ право пріобрѣтать и отчуждать недвижимыя имущества, образовывать капиталы и вступать въ обязательства, но искать и отвѣчать на судѣ предоставляется лишь тѣмъ обществамъ и союзамъ, уставы которыхъ зарегистрированы судебной властью. (п.п. 5 и 6). Конечно, на практикѣ указанные общества и союзы будутъ стремиться къ такой регистраціи. Регистрація (внесеніе въ реестръ кооперативныхъ товариществъ) требуется для кооперативныхъ товариществъ (Пост. Врем. Прав. 20 марта 1917 г.), если они учреждаются на основаніи уставовъ. Если же кооперативное товарищество возникло по договору, то регистрація совершается лишь по желанію членовъ его (ст. 7), иначе они не пользуются правами юридическаго лица (ст. 6).

Существуютъ и другіе союзы, юридическая природа которыхъ иногда спорна или, по крайней мѣрѣ, недостаточно ясна. Такъ, можно ли разсматривать приходское попечительство, какъ юридическое лицо (Пр. 1915, 3118), а также земледѣльческіе пріюты и пріютскія попечительства. Въ особенности важенъ вопросъ о всероссійскихъ городскомъ и земскомъ союзахъ, какъ юридическихъ лицахъ. Союзы эти выступаютъ вовнѣ повсюду, какъ субъекты права, и, слѣдовательно, отрицаніе за ними значенія юридическаго лица грозило бы большими затрудненіями и прямо было бы несчастьемъ для громаднаго количества третьихъ лицъ, входившихъ съ ними въ дѣловыя сношенія.³ За военно-промышленными комитетами признано нынѣ значеніе юридическаго лица.⁴ Особаго рода юридическимъ лицомъ является сельскохозяйственная община (Пр. 1915, 2518, Ж. М. Ю. 1915, 8, 100—115 здѣсь же см. подворное общество, 102).⁵

¹ Въ неспособныхъ союзахъ можно видѣть подтвержденіе той мысли (стр.), что внутренняя сторона безразлична для конструкціи юридическаго лица. Ср. Мейеръ, который различалъ правоспособность внѣшнюю и внутреннюю (у Ельяшева, 15 и сл.)

² Ср. о промежуточныхъ коллективныхъ индивидахъ Спекторскій, Теорія солидарности, 4, о трѣдъ-юніонахъ, какъ квази-корпорацияхъ см. Виноградовъ, Очерки, 50 и сл.

³ См. Пр. 1915, 3054 и сл. въ особенности 3061 и сл. В. П. 1915, 654. М. Загряцковъ, Всероссійскій земскій союзъ. Пгд. 1915.

⁴ Полож. о военно-пром. комитетахъ см. С. У. 1915, 1853. См. также Пр. 1915, 2277, 2340 и 2436, и еще В. П. 1915, 1028.

⁵ О крестьянскихъ товариществахъ см. рѣш. сен. 11 марта 1915 г. Арх. $\frac{15}{20}$ Вормсъ. Есть ли синдикатъ юридическое лицо В. Г. П. 1915, 5, 122-133. Мечеть не юридическое лицо ($\frac{15}{53}$, Арх. Вормсъ, Казна, какъ субъектъ имущественнаго права (О. С. $\frac{14}{4}$ Вормсъ).

6. Учрежденіе—это самостоятельное имущество¹ организованное такъ же, какъ союзъ, для какой либо цѣли и выступающее вовнѣ, какъ отдѣльный носитель правъ и обязанностей, въ границахъ правопорядка.² Слѣдовательно, учрежденіе рѣзко отличается отъ союза тѣмъ, что оно не есть соединеніе лицъ, а самостоятельное имущество, организованное для какой либо цѣли. У насъ терминологія видовъ юридическаго лица не выдержана.³

3. Такъ какъ союзы и учрежденія признаются юридическими лицами въ границахъ правопорядка, то а) начало ихъ (возникновеніе) и б) конецъ (прекращеніе) опредѣляются особыми условіями.

а. 1) Прежде всего для возникновенія,⁴ какъ союзовъ, такъ учреждений, необходима наличность самостоятельной цѣли, которая, само собой разумѣется, не можетъ быть безнравственной и притивозаконной (Ш. У. ст. 52 п. 3) Наши законы въ примѣненіи къ компаніямъ говорятъ, что компанія къ учрежденію не допускается, если предметъ ея представляется явно несбыточнымъ, или противенъ законамъ, нравственности, доброй вѣрѣ въ торговлѣ и общественному порядку или соединенъ съ важнымъ ущербомъ государственнымъ доходамъ, либо съ вредомъ для промышленности (ст. 2151). Слѣдовательно, наши законы указываютъ еще на недозволенность цѣли, убыточной для государства, чѣмъ подчеркивается также казенный интересъ, доминирующей вообще въ нашемъ гражданскомъ правѣ.

2) Далѣе для возникновенія юридическаго лица требуется въ нѣкоторыхъ случаяхъ разрѣшеніе правительственной власти (концессионная система). Разрѣшеніе это, преслѣдующее цѣли контроля надъ хозяйственной жизнью страны, требуется обыкновенно для возникновенія торгово-промышленныхъ акціонерныхъ обществъ и товариществъ на паяхъ. Постановленіями Временнаго Правительства (отъ 28 марта 1917 г.) возникновеніе такого рода юридическихъ лицъ значительно упрощено. Именно министру торговли и промышленности предоставлено право утверждать своею властью уставы вновь возникающихъ торгово-промышленныхъ акціонерныхъ обществъ и товариществъ на паяхъ и измѣнять дѣйствующие уставы существующихъ уже товариществъ и обществъ. Для возникновенія другихъ юридическихъ лицъ достаточно явки договоромъ или уставомъ для регистраціи (система явки или система внесенія, регистраціи). Регистрація, какъ было замѣчено выше, признана обязательной для идеальныхъ союзовъ и обществъ, если они хотятъ пріобрѣсти процессуальную правоспособность и вообще право судебной защиты. Напротивъ хозяйственные союзы всегда требуютъ регистраціи ихъ уставовъ. Такъ, уставныя кооперативныя товарищества (Пост. Врем. Прав. отъ 20 марта 1917 г.) могутъ возникать не иначе какъ путемъ регистраціи (внесенія въ реестръ кооперативныхъ товариществъ, ст. 6). Точно также если кооперативное товарищество возникаетъ не по уставу, а по договору (простое товарищество) и если оно пожелаетъ пользоваться правами юридическаго лица, то опять обязательно внесеніе такого договорнаго товарищества въ реестръ кооперативныхъ товариществъ (ст. 7 п. 2). Безъ этого внесенія договорное товарищество остается простымъ товариществомъ. Напротивъ идеальные союзы и безъ регистраціи—правомочные союзы и лишь не имѣютъ въ

¹ Посвященіе имущества цѣли, уже осуществляемой въ качествѣ юридическаго лица, не поведетъ къ возникновенію новаго учрежденія (Губеръ, Объясненія, I, 92).

² О предпріятии, какъ юридическомъ лицѣ, см. Пр. 1915, 1395 и см. Ю. В. IX, 155 и сл.

³ Такъ, терминъ «учрежденія» у насъ встрѣчается для обозначенія земскихъ учреждений (ст. 698 и вообще ст. 986), но рядомъ съ нимъ имѣются другіе термины: «заведенія» (богоугодныя, ученныя и учебныя), «установленія» (загол. къ ст. 406); «управленія» (дворцовыя). Равнымъ образомъ, въ нашихъ законахъ нѣтъ термина «союзы» (ср. однако прим.), а есть терминъ «общества» для союзовъ лицъ гражданскаго права и «товарищества» для союзовъ лицъ торговаго права. Эти товарищества торговыя называются у насъ довольно своеобразно—«сословіями лицъ».

⁴См. Пр. (1915, 3057, въ особенности здѣсь прим. 2) и В. П. (1915, 621).

этомъ случаѣ процессуальной правоспособности. Они возникаютъ, слѣдовательно, сами собой (система самозарожденія, самообразованія).

Слѣдуетъ, наконецъ, подчеркнуть, что началомъ юридическаго лица при концессионной системѣ служитъ не моментъ утвержденія, а постановленіе общаго собранія о признаніи общества состоявшимся (ст. 2198¹²)¹.

Если для учрежденій и нѣкоторыхъ видовъ хозяйственныхъ союзовъ концессионная система нынѣ отрицается и, во всякомъ случаѣ, польза ея сомнительна, то система регистраціи для идеальныхъ союзовъ должна быть отвергнута безусловно. Идеальные союзы, какъ показываетъ самое названіе, служатъ идеальнымъ цѣлямъ, и въ этомъ отношеніи слѣдуетъ облегчить ихъ возникновеніе. Правильно поступаетъ, поэтому, Ш. У. (ст. 52 п. 2), когда оно освобождаетъ отъ внесенія въ реестръ (система внесенія) не только публично-правовыя корпораціи и учрежденія, но и союзы, преслѣдующіе нехозяйственныя цѣли, а также учрежденія церковныя и семейныя (система самозарожденія, самообразованія). Въ самомъ дѣлѣ, ничто не мѣшаетъ государству наложить свою руку на юридическое лицо, если оно уклоняется отъ цѣли, но зачѣмъ же государству мѣшать возникновенію идеальныхъ союзовъ.

3) Для возникновенія юридическаго лица необходима, далѣе, организація². Положеніе это остается правильнымъ какъ для союзовъ такъ въ особенностяхъ для учрежденій.³

4) Необходима, далѣе, въ частности, для «учрежденія» наличность и имущество, въ то время какъ «союзъ», являющійся соединеніемъ лицъ, можетъ имѣть и не имѣть.⁴

5) Наконецъ, само собой понятно, что для возникновенія юридическаго лица необходимъ учредительный актъ (завѣщаніе, проектъ договора, возможно воспользоваться и образцовымъ уставомъ). Какъ актъ воли, учредительный актъ долженъ удовлетворять условіямъ дѣйствительности юридическаго акта. —Таковы пять условій (четыре —для союзовъ) при наличности коихъ возникаетъ юридическое лицо.

б. Прекращается юридическое лицо самими разнообразными способами. Въ частности, принудительное закрытіе идеальныхъ союзовъ и обществъ у насъ (Пост. Врем. Правит. о союзахъ ст. 7) можетъ послѣдовать не иначе какъ по суду и при томъ лишь въ томъ случаѣ, если дѣятельность общества или союза оказалась направленной къ достиженію цѣлей, воспрещенныхъ уголовными законами. Вообще же моменты прекращенія юридическаго лица аналогичны различнаго рода случаямъ смерти физическаго лица.

Такъ, возможна естественная смерть юридическаго лица, вслѣдствіе осуществленія имъ своей цѣли до конца, или съ наступленіемъ срока.⁵ Возможно и своего рода само-

¹ Товарищества (полное и на вѣрѣ ст. 2128 и сл.) возникаютъ у насъ довольно своеобразно. Началомъ ихъ въ отношеніи 3-хъ лицъ является оглашеніе договора (ст. 65 и 76 Уст. Торг. и рѣш. ^{89/109}). Товарищества артельные—въ порядкѣ утвержденія ихъ уставовъ (ст. 81 Уст. Торг.).

² Если организація недостаточна, то органъ надзора дѣлаетъ надлежащія распоряженія (Ш. У. ст. 83 п. 2).

³ Правда, возможны учрежденія безъ своей организаціи. Къ нимъ можно отнести фидуціарныя учрежденія, какъ связанныя съ какимъ-либо другимъ учрежденіемъ, и не имѣющія, поэтому, собственной организаціи (напр., стипендіи). Но эти несамостоятельныя учрежденія все же нуждаются въ организаціи, хотя бы и чужой.

⁴ Возникаетъ вопросъ, какъ быть въ томъ случаѣ, если имущества оказывается недостаточно для возникновенія учрежденія? Вопросъ разрѣшенъ правильно Ш. У. (ст. 83 п. 3): при извѣстныхъ условіяхъ, недостаточное имущество м. б. передано другому учрежденію, преимущественно съ однородной цѣлью. Напр. недостаточныя средства для возникновенія госпиталя могутъ быть употреблены на учрежденіе больничныхъ коекъ въ существующемъ госпиталѣ (см. объясненія Губера, I, 94). Нашъ проектъ считаетъ достаточность имущества условіемъ возникновенія юридическаго лица. Наши законы дѣлаютъ исключеніе, повидимому, для учрежденій общественнаго характера (ст. 981).

⁵ Узуфруктъ не можетъ продолжаться для юридическаго лица болѣе ста лѣтъ (Ш. У. ст. 749).

убійство, когда юридическое лицо не въ силахъ болѣе существовать изъ за недостатка имущества или членовъ и добровольно закрывается; возможна, образно выражаясь, и насильственная смерть, когда правительство закрываетъ юридическое лицо, вслѣдствіе уклоненія его отъ тѣхъ цѣлей, ради осуществленія которыхъ оно возникло (ст. 11 и ст. 35 и сл. Врем. Прав.). Интересенъ вопросъ, прекращаетъ ли свое существованіе юридическое лицо, если у него нѣтъ болѣе необходимыхъ органовъ для осуществленія его правоспособности. Несомнѣнно, что такое юридическое лицо недѣеспособно, но правоспособность его слѣдуетъ признать все же существующей, т. к. предполагается возможность восстановленія органовъ. Въ періодъ же фактической недѣеспособности возможно представительство.¹

Но т. к. прекратившее свое существованіе юридическое лицо не можетъ распоряжаться своимъ имуществомъ, то отсюда возникаетъ правило: въ уставѣ должна быть заранѣе предусмотрена судьба имущества на случай закрытія юридическаго лица.² Если бы этого не было сдѣлано, то имущество поступаетъ въ вѣдѣніе правительства для употребленія по назначенію, наиболѣе отвѣчающему цѣли общества (ст. 29 Врем. правилъ; ст. 986);³ при чемъ, однако, если имущество юридическаго лица было пожертвовано, то для правительства обязательно считается въ этомъ случаѣ съ волей жертвователя.

Именно, надо испросить согласіе жертвователя для обращенія имущества на иное назначеніе (^{98/34}) или, если жертвователя нѣтъ въ живыхъ, то обязательно исполненіе сдѣланныхъ имъ заранѣе распоряженій на этотъ счетъ (ст. 986). Интересъ жертвователя такъ строго охраняется, что если не осталось никакихъ распоряженій (или исполненіе ихъ также невозможно), то должно быть испрашиваемо для иного назначенія особое разрѣшеніе черезъ Первый Департаментъ Государственнаго Совѣта (та же статья). Кромѣ того, предварительно за четыре мѣсяца до представленія въ Государственный Совѣтъ, правительство обязано сдѣлать публикаціи, дабы даже посторонніе люди могли подать заявленія по предмету пожертвованнаго имущества въ цѣляхъ охраны воли жертвователя (та же ст.). Если бы весь указанный порядокъ измѣненія назначенія пожертвованнаго имущества не былъ правительствомъ соблюденъ, то жертвователь, а по смерти его наслѣдники⁴ въ правѣ требовать возвращенія пожертвованнаго; та же ст. (^{98/34}). Все это показываетъ, что законы стремятся охранить интересы жертвователей и тѣмъ самымъ побудить ихъ безбоязненно жертвовать. Само собой понятно, что пожертвованное имущество можетъ вернуться къ жертвователю, если онъ предусмотрѣлъ это въ учредительномъ актѣ (при дареніи подъ условіемъ ст. 976).

Въ видѣ исключенія, имущество не идетъ въ распоряженіе правительства, когда юридическое лицо преслѣдовало личныя выгоды, какъ то компаніи на акціяхъ (ст. 2188), или когда общества имѣли своимъ назначеніемъ служить опять таки личнымъ выгодамъ и удобствамъ ихъ членовъ (ст. 29 Врем. Прав.). Имущества такихъ обществъ, по постановленію общаго собранія, или жертвуются для какой либо благотворительной (а общепользительной?) ср. ^{15/57} Арх.) цѣли, или, если этого не сдѣлано, распределяются поровну между всѣми членами, входящими въ составъ общества во время его закрытія (та же ст.).

¹ Въ случаѣ необходимости, опекунскія установленія обязаны назначить представителя юридическому лицу (см. Ш. У. ст. 393 п. 6). См. E r n. H a f t e r въ Kommentar von G m ü r l S. 184 art. 55.

² Послѣ юридическаго лица невозможно наслѣдованіе (П л а н і о л ь, Droit civil t. 3. p. 319, 833). Поэтому, если бы даже въ иномъ уставѣ было сказано, чтобы переходъ имущества къ другому учрежденію совершался примѣнительно къ правиламъ о наслѣдованіи, то такое указаніе не влечетъ за собой наслѣдственнаго преемства (S t a u d i n g e r s Kommentar zum B G B, 10 S. 8).

³ При этомъ, имущество поступаетъ не прямо въ казну, а въ тѣ учрежденія, которыя по характеру и задачамъ своей дѣятельности ближе всего подходятъ къ прекратившему свое существованіе юридическому лицу.

⁴ Неясно, какъ рѣшать тотъ случай, когда жертвователь зналъ о новомъ назначеніи его имущества и молчалъ; въ правѣ ли наслѣдники требовать возвращенія имущества? Правильнѣе рѣшать вопросъ отрицательно. Но наслѣдники могутъ всегда требовать возвращенія имущества, если имущество пожертвовано было въ духовномъ завѣщаніи, т. к. правила ст. 986 распространяются и на этотъ случай (^{98/25}).

§ 8. ПРАВОСПОСОБНОСТЬ И ДѢСПОСОБНОСТЬ.

I. Правоспособность физического лица и ея ограниченія. *

1. *Правоспособность—это признанная правопорядком способность имѣть права и обязанности, или, что то же, быть субъектомъ права.*

Отсюда ясно, что правоспособность дѣйствительно составляетъ существенный моментъ юридической личности (есть ея «духъ»), и безъ правоспособности нѣтъ субъекта права. Отсюда же ясно, что такъ какъ всѣ люди признаны нынѣ субъектами права безъ какихъ бы то ни было исключеній, то всѣ они обладаютъ правоспособностью, какъ самымъ существеннымъ и основнымъ своимъ правомъ, составляющимъ, поэтому, своего рода свойство человѣка.

Какъ терминъ «правоспособность» (ст. 146), такъ и понятіе правоспособности извѣстны нашему законодательству (ст. 698 и въ особенности примѣчанія къ ней). Однако, законы, сенатъ и даже литература не всегда правильно употребляютъ терминъ «правоспособность» въ настоящемъ его значеніи¹.

Хотя правоспособенъ каждый человѣкъ, однако, это не значитъ, что всѣ люди одинаково правоспособны, т. е. въ одинаковой мѣрѣ способны пріобрѣтать права и обязанности. Положеніе, что всѣ люди правоспособны означаетъ только то, что безъ спеціальной нормы, человѣкъ не предполагается ограниченнымъ въ правоспособности. Отсюда ограниченія правоспособности физическаго лица должны быть предусмотрѣны правопорядкомъ. Напротивъ, т. к. юридическія лица различаются по своей организациіи и цѣлямъ, то юридическія лица не имѣютъ, какъ человѣкъ, общей правоспособности, а лишь спеціальную правоспособность, которая для каждаго юридическаго лица спеціально предусматривается правопорядкомъ. Поскольку правопорядокъ не предусмотрѣлъ правоспособности для даннаго юридическаго лица, постольку это лицо предполагается неправоспособнымъ (подробнѣе II). Указанное различіе въ общей и спеціальной правоспособности важно для толкованія нормъ, регулирующихъ правоспособность физическихъ и юридическихъ лицъ.

2. *Ограниченія правоспособности физическаго лица, связанныя съ его національностью и върой исчезли въ наиболѣе культурныхъ государствахъ.*

Въ частности и у насъ съ новымъ государственнымъ строемъ также пали ограниченія правоспособности въ зависимости отъ принадлежности лица къ той или иной національности или въроисповѣданію (Пост. Врем. Прав. 20 марта 1917 г.). Въ соотвѣтствіи съ этимъ, отмѣнены узаконенія, устанавливающія ограниченія въ отношеніи: 1) водворенія, жительства и передвиженія; 2) пріобрѣтенія права собственности и иныхъ правъ на всякаго рода движимыя и недвижимыя имущества, а равно владѣнія пользованія и управленія этими имуществами, и предоставленія либо принятія ихъ въ залогъ; 3) всякаго рода занятія ремеслами, торговлей, промышленностью, не

* Литература ниже указана въ соотвѣтствующихъ мѣстахъ изложенія.

Систематическій указатель литературы о евреяхъ на русскомъ языкѣ съ 1708 г. по 1889 г. Пгр. 1892. М. Мышъ, Руководство къ русскимъ законамъ о евреяхъ. Изд. 4 Пгр. 1914. Гимпельсонъ, Законы о евреяхъ (съ разъясн. сената и централн. правит. установленій), подъ ред. Брамсона I—II. Пгр. 1914 и 1915 гг. (здѣсь же дана характеристика еврейскаго безправія), И. Кельберинъ, Черта осѣдлости 1915. Оршанскій, Русское законодательство о евреяхъ. Пгд. 1877. М. Мышъ, О наймѣ и пріобрѣтеніи евреями недвижимыхъ имуществъ (В. Г. П. 1913. 4, 69). Ю. Гессенъ, Исторія еврейскаго народа въ Россіи. Пгд. 1916. Бошко (Право 1916 г.).

¹ Такъ, терминъ правоспособность употребленъ неудачно въ законѣ 18 мая 1911 г. (ст. 1460²⁴ У. Г. С.) въ зак. 12 марта 1914 г. (ст. 1345⁴ У. Г. С.) и также въ ст. 83 Пол. нотар. См. подробнѣе В. Бошко, Правоспособность и дѣеспособность (Т. Ц. К. В. II. 34).

исключая горной, а равно участія въ казенныхъ подрядахъ и поставкахъ и публичныхъ торгахъ; 4) участія въ акціонерныхъ и иныхъ торгово-промышленныхъ обществахъ и товариществахъ, а равно занятія въ этихъ обществахъ и товариществъ всякаго рода должностей, какъ по выборамъ, такъ и по найму;¹ 5) найма прислуги, приказчиковъ, подмастерьевъ, рабочихъ и принятія къ себѣ ремесленныхъ учениковъ; 6) исполненіе обязанностей опекуновъ, попечителей. Въ частности, право узаконять своихъ внѣбрачныхъ дѣтей послѣдующимъ бракомъ предоставлено также и нехристіанамъ (отд. II пост. Врем. Прав. отъ 20 марта 1917 г.). Наконецъ, отмѣна вѣроисповѣдныхъ и національныхъ ограниченій распространена и на иностранцевъ не принадлежащихъ къ гражданамъ воюющихъ съ Россіей державъ (отд. IX),

3. *Что касается сословныхъ ограниченій правоспособности, то и въ этомъ отношеніи Россія уравнивается съ наиболее культурными государствами.**

Главные сословныя правоограниченія въ Росіи,—это ограниченія крестьянъ.

Важность этого ограниченія для нашего права сказывается въ томъ, что крестьяне образуютъ многомилліонную массу нашего населенія, до сихъ поръ не уравнивающую въ правахъ съ остальнымъ населеніемъ². Поэтому у насъ существуетъ особое сословное крестьянское право, и это служитъ немалымъ препятствіемъ къ созданію гражданскаго уложенія. Самое понятіе крестьянина недостаточно ясно въ нашихъ законахъ, въ частности, спорно, означаетъ ли сельскій обыватель и крестьянинъ одно и то же (противъ Бутовскій, В. П. 1913, 742). Правильно считать, что наличие двухъ терминовъ есть лишь пережитокъ прежняго различія, нынѣ потерявшаго свое значеніе (Вормсъ В. П. 1913, 744). Такимъ образомъ, подъ крестьянами не слѣдуетъ разумѣть только лицъ, вышедшихъ изъ крѣпостной зависимости и владѣющихъ надѣльной землей (см. также ст. 685 т. IX). Но это еще не значитъ, что подъ крестьянами слѣдуетъ разумѣть лицъ, живущихъ въ деревнѣ и занимающихся земледѣліемъ (Гамбаровъ). Наше крестьянство образуетъ неземледѣльческій классъ, а сословіе, и подъ крестьянами разумѣются всѣ люди, не принадлежащіе къ другимъ правамъ состоянія, приписанные къ сельскому обществу или волости въ качествѣ единственнаго признака ихъ состоянія. Правда, нынѣ послѣ указа 5 октября 1906 г., сословныя рамки крестьянства значительно сломлены, но, тѣмъ не менѣе, гражданско-правовая обособленность крестьянства, какъ сословія, остается. Главныя ограниченія правоспособности крестьянъ установлены законами 14 декабря 1893 г. (ст. 18-20 Общ. Полож. о крест.) и связаны съ владѣніемъ надѣльной землей. Понятіе надѣльной земли, какъ объектъ крестьянскихъ правоограниченій, также не совсемъ ясно. Подъ надѣльными землями сената разумѣются всѣ вообще земельные участки, которые, на основаніи особыхъ узаконеній о земельномъ устройствѣ крестьянъ различныхъ наименованій, были предоставлены имъ въ собственность для обезпеченія ихъ быта и лежащихъ на нихъ обязанностей въ отношеніи правительства и бывшихъ помѣщиковъ (О. С. ⁰²/₂₇ Г. Д. ¹¹/₅₃, ¹³/₉₄, также Вормсъ, нѣсколько иначе Бошко)³.

Цѣль ограниченія крестьянъ оградить ихъ отъ обезземеленія. Поэтому нѣкоторые юристы не видя здѣсь ограниченія въ собственномъ смыслѣ (Гамбаровъ, Кассо). Однако, здѣсь упускается изъ вниманія, что крестьяне все же юридически ограниченны, какіе бы мотивы ни лежали въ основѣ ограниченія ихъ гражданской правоспособности.

¹ Объ ограниченіяхъ поданныхъ воюющихъ съ Россіей державъ см. ниже II: правоспособность юридическаго лица.

* Литература см. Бошко. Ограниченія гражданской правоспособности крестьянъ 1917. Дворяне не только не ограничены, но ихъ правоспособность даже расширена по сравненію съ другими состояніями напр., право кредита въ Госуд. Двор. Зем. Банкѣ—ст. 1 устава этого банка; право учрежденія заповѣдности имѣній. Духовенство христіанскихъ вѣроисповѣданій ограничено въ правѣ обязываться векселями (ст. 2 уст. о векс.). Правоспособность городскихъ обывателей—есть общая гражданская правоспособность.

² Леонтьевъ, Крестьянское право, стр. 95; ср. докладъ Маклакова въ Г. Д. по законопр. объ отмѣнѣ нѣкоторыхъ ограниченій въ правахъ сельскихъ обывателей, стр. 50 и сл. Его же (въ В. Г. П. 1917 № 1 и сл.).

³ Надо считать неудачной формулировкой О. С. ¹⁴/₇ (Арх. Вормсъ), въ коемъ сенатъ ограничиваетъ понятіе надѣльной земли лишь полученной крестьянами по Полож. 19 февр. 1861 г. Вообще же сенатъ правильно опредѣляетъ понятіе надѣльной земли (см. Бошко, у. с. 17, у него же здѣсь литература и возраженія Вормсу).

1) Прежде всего, надѣльные и подворные участки не могутъ быть отчуждаемы посредствомъ даренія и продажи (добровольной, и съ торговь) кому угодно, а только лицамъ, приписаннымъ или приписывающимся къ сельскимъ обществамъ (ст. 19), къ какимъ безразлично (О. С. 93/15),¹ и даже приписаннымъ къ волости². Тому же ограниченію подчинены и участки надѣльнаго и подворнаго владѣнія, нынѣ перешедшіе въ личную собственность (ст. 39 зак. 14 іюня 1910 г.).³

2) Крестьянамъ прямо воспрещены далѣе, отдача въ залогъ вышеуказанныхъ участковъ частнымъ лицамъ и частнымъ учрежденіямъ (ст. 20). Залогъ же крестьянскому банку хотя и разрѣшенъ, но не для меліоративныхъ цѣлей и не для оборотныхъ средствъ (ст. 140 и сл. уст. Крест. Банка изд. 1912 г.)⁴ Залогъ въ кооперативныхъ товариществахъ едва ли возможенъ (ст. 3 ср. ст. 25 Прав. о зал. въ учрежд. мелкаго кредита).⁵ Наконецъ, вопросъ о правѣ вексельнаго кредита (право обязываться векселями) рѣшается въ зависимости отъ признанія за указомъ 5 окт. 1906 силы закона.⁶

3) Въ наслѣдственномъ правѣ хотя и возможенъ свободный переходъ вышеуказанныхъ участковъ ко всѣмъ лицамъ по закону (рѣш. 2 Деп. 5 ноября 1896 г. и 20 мая 1897 г. № 1803), но такіе участки не утрачиваютъ характера надѣльной земли (рѣш. 2-го Деп. 22 сент. 1903 г. № 5120, О. С. 05/26 и Ук. Общ. Собр. 29 окт. 1907 г. № 4856). Напротивъ, по завѣщанію возможенъ свободный переходъ только участковъ, обращенныхъ въ личную собственность (11/53, 11/69, Ср. О. С. 70/29, 00/27), хотя бы и путемъ давностнаго пріобрѣтенія (11/99 ср. 93/7 и О. С. 97/29).⁷ Участки же надѣльной земли не подлежатъ распоряженію по завѣщанію, т. к. домохозяинъ есть лишь представитель крестьянскаго двора (О. С. 97/29).⁸

4) Наконецъ, въ цѣляхъ предотвращенія скупки участковъ, обращенныхъ въ личную собственность, воспрещено сосредоточеніе ихъ въ предѣлахъ одного уѣзда выше опредѣленнаго максимума (ст. 19¹ Общ. Пол. по прод. 1910 г.). Равнымъ образомъ, въ цѣляхъ неизмельчанія хозяйствъ личныхъ собственниковъ, вырабатываются проекты ограниченія завѣщательной ихъ свободы⁹.

Общій вопросъ о томъ, не отпали ли вышеизложенныя ограниченія свободы распоряженія надѣльными землями съ окончаніемъ выкупной операціи, правильнѣе разрѣ-

¹ Иначе Гордыскій (Ж. М. Ю. 1902 № 10) и Гуляевъ, Учебникъ 1913 г. стр. 57);

² Вормсъ (В. П. 1913 № 24), иначе Бутовскій (тамъ же), съ чѣмъ нельзя согласиться, ибо цѣль закона состоитъ въ томъ, чтобы земля не выходила изъ крестьянскаго сословія, а не изъ рукъ даннаго общества.

³ Вопросъ о томъ, достаточно ли приписаться для того, чтобы пріобрѣсти землю, и потомъ выписаться, слѣдуетъ рѣшать съ точки зрѣнія обхода закона. Если припиской имѣютъ въ виду обойти законъ, то пріобрѣтеніе можетъ быть оспорено. При чемъ, споръ о недействительности сдѣлокъ объ отчужденіи надѣловъ, можетъ быть заявленъ не только со стороны Губернскихъ по дѣламъ Присутствій, но и Казенными палатами (11/10 и 11/12, противъ Бутовскій, В. П. 1915 № 33).

⁴ О юридическомъ положеніи Крест. Позем. Банка, какъ органа поземельнаго устройства крестьянъ, см. Вормсъ (Арх. 14/33).

⁵ Иначе думаетъ Вормсъ, Залогъ надѣльныхъ земель (въ Библ. коопер.) 1914.

⁶ Поскольку этому не препятствуетъ мѣстный обычай (Вормсъ, Башмаковъ, О. С. 10/1), иначе Паренаго.

⁷ Вопр. Пр. 1912 XII, 76, В. П. 1915, 36); А. Бутовскій (В. Пр. 1914 №№ 21—22). Ш. М-тъ (В. Пр. 1915, № 1).

⁸ Иначе Павловъ (Пр. 1911 N 25); ср. также бар. Фрейтагъ-Лоринговень (Ж. М. Ю. 1910 № 7). См. ниже.

⁹ А. Вормсъ, Проекты закона о наслѣдованіи въ крестьянскихъ земляхъ (Ю. В. 1913 III); Т. Яблочковъ, Новѣйшіе законопроекты о наслѣдованіи и раздѣлѣ земель мелкаго владѣнія (Ю. Э. 1913 № 3). Н. Цытовичъ, Проектъ закона о предупрежденіи дробленія мелкой земельной собственности (докладъ) К. 1914.

шать отрицательно. Законъ 14 дек. 1893 г. не былъ развитіемъ Положенія 19 февраля 1861 г., а проводилъ новую идею отрицанія земельной свободы за крестьянами и по окончанія выкупа надѣльной земли.¹ Какъ бы то ни было, но несомнѣнно одно, что на надѣльную землю слѣдуетъ смотрѣть какъ на собственность, и сенатъ правильно конструировалъ ее, какъ собственность неполную.² Общій вопросъ о томъ, слѣдуетъ ли дать крестьянамъ свободу распоряженія надѣльной землей и надѣльной землей, перешедшей въ личную собственность, вызываетъ еще споры.³

Таковы ограниченія правоспособности крестьянъ. Но съ новымъ государственнымъ строемъ эти ограниченія уже осуждены на паденіе. Сословныя перегородки замѣняются классовыми, а классовыя перегородки не помѣшаютъ широкому развитію производительныхъ силъ страны,—развитію столь необходимому для гражданского правооборота. Вообще же рѣшеніе въ цѣломъ земельного вопроса, съ которымъ тѣсно связаны правоограниченія крестьянъ, есть дѣло учредительнаго собранія.

4. Въ поземельномъ же правѣ существенно ограничены: а) иностранцы и въ особенности б) непріятельскіе подданные и в) выходцы.*

а. Понятіе иностранца, какъ лица, не состоящаго въ русскомъ подданствѣ, противопоставляется всѣмъ русскимъ подданнымъ, въ томъ числѣ и въ х о д ц а м ъ. Подъ послѣдними разумѣются лица иностраннаго происхожденія, пришедшія въ Россію и принявшіе подданство. Современное право уравниваетъ всѣ три указанныя категоріи: иностранцевъ, подданныхъ-выходцевъ и коренныхъ подданныхъ. Поэтому общая правоспособность иностранцевъ всегда предполагается, а тѣмъ болѣе выходцевъ и не можетъ быть выведена изъ ограничительнаго закона путемъ распространительнаго толкованія. Такое принципиальное уравненіе слѣдуетъ привѣтствовать. Оно говоритъ о высотѣ современной культуры, о признаніи интересовъ человѣческой личности независимо отъ государственныхъ перегородок⁴. Наши законы провозглашаютъ также уравненіе въ гражданскомъ правѣ иностранцевъ съ подданными (стт. 822, 830 и 833 т. IX ^{09/75}), а сенатъ не допускаетъ къ тому же распространительнаго толкованія ограничительныхъ законовъ объ иностранцахъ (^{94/62}).⁵

¹ См. въ особенности Гуляевъ, Вопросы частнаго права въ проектахъ законоположеній о крестьянахъ, стр. 8, 44, 55, 263, а также рѣчь Ермолова (въ протоколахъ Височ. утвержд. Особ. Сов. о нуждахъ сельско-хоз. промыш. № 28 стр. 33). Напротивъ, другіе стоятъ за то, что по Положенію 19 февр., крестьяне по выкупѣ собственники земли, и что въ этомъ смыслѣ предпочтеніе надо отдавать положенію. Готье. Очеркъ исторіи землевладѣнія въ Россіи 1915, 183. Ср. Семеновъ, Освобожденіе крестьянъ I 602.

² ^{78/166}, ^{78/97} и т. д. ^{96/110} и ^{96/119}. Иначе О. С. ^{97/29}. Нынѣ законъ 14 июня 1910 г. говоритъ прямо о собственности на надѣльную землю. См. также Ельяшевичъ въ П. Т. К. II 277 (къ ст. 420).

³ Противъ А. Билимовичъ, Землеустроительныя задачи и землеустроительное законодательство Россіи. К. 1907. Однако, нельзя не видѣть многихъ отрицательныхъ сторонъ крестьянской обособленности и въ правовомъ, и въ экономическомъ отношеніяхъ. Обезземленіе крестьянства къ тому же, не наблюдается въ земляхъ ненадѣльныхъ. Обезцѣниваніе же надѣльной земли фактъ несомнѣнный. См. Бошко, ук. соч. К. 1917.

* Мышь, Новое направленіе русскаго законодательства объ иностранцахъ (Ж. Гр. и Уг. Пр. 1891 № 6). Егго же, Объ иностранцахъ въ Россіи. Егго же, Юридическое положеніе евреевъ сравнительно съ иностранцами въ Россіи (Пр. 1915, 3232). Пгд. 1911. Гессенъ, Подданство, его установленіе и прекращеніе. А. Гойхбаргъ, Землевладѣніе и землепользованіе подданныхъ враждебныхъ державъ и нѣмецкихъ выходцевъ. Вып. I (1915 г.) и II (Пгд. 1916). Криличевскій, Новѣйшія ограниченія землевладѣнія и землепользованія въ Россіи (Пр. 1915, 1941). Бар. Б. Нольде, Законодательство о частныхъ правахъ непріятельскихъ подданныхъ (Пр. 1915 №№ 17-19). Антипа, Землевладѣніе и землепользованіе по закону 2 февр. 1915 г. (1916). Хейфицъ Ж. М. Ю. 1916 № 8 и сл.).

⁴ Уравненіе гражданской правоспособности иностранцевъ съ подданными, въ связи съ развитіемъ т. н. частнаго международнаго права, создало нынѣ условія возможности «международнаго оборота».

⁵ Ст. 822 Брунъ считаетъ за коллизіонную норму, а не за матеріально-правовую норму о равноправіи иностранцевъ. Съ этой нормою расходится сенатская практика ^{81/183}, ^{05/1} (Ю. В. 1915, II 107 и 1914 г. I).

Но иное отношеніе къ иностранцамъ было у насъ прежде. Въ до-Петровской Руси иностранцы съ трудомъ допускались въ Россію и подвергались различнымъ стѣсненіямъ. Напротивъ, Петръ Великій не только открылъ свободный доступъ иностранцамъ, но и пригласилъ особымъ манифестомъ (16 апрѣля 1702 г.) иностранцевъ, предоставивъ имъ многія права и привилегіи. Екатерина II въ свою очередь заявила въ манифестѣ (4 дек. 1762 г.) о монаршей милости и благоволеніи къ иностраннымъ выходцамъ, имѣющимъ поселиться въ Россіи. Эти выходцы образовали сплошныя обширныя колоніи преимущественно нѣмецкія. Приглашеніе было повторено и для заселенія владѣльческихъ въ Крыму земель заграничными выходцами, но на этотъ разъ, не цѣлыми массами, или сплошными округами, образуемыми, благодаря своей обособленности какъ бы государство въ государствѣ, а лишь селеніями и деревнями на ряду съ русскими поселенцами. Существенныя ограниченія иностранцевъ начались только съ французской революціей, въ связи съ политическими соображеніями, а въ началѣ 19 в. эти ограниченія выразились преимущественно въ торговлѣ (манифестъ 1 января 1807 г.). Но уже при Александрѣ II (ук. 7 іюня 1860 г.) гражданское полноправіе иностранцевъ было снова восстановлено, подъ условіемъ взаимства (П. С. З. Т. XXV, № 35880). Впрочемъ, вслѣдствіе обострившагося международнаго политическаго положенія, вскорѣ, начиная съ 1864 г., для обезопасенія нашей западно-европейской границы издавались ограничительныя законы, пока не былъ изданъ Высочайшій указъ 14 марта 1887 г., положившій основаніе нынѣ дѣйствующимъ ограниченіямъ иностранцевъ во владѣніи и землепользованіи недвижимыми имуществами въ пограничныхъ губерніяхъ. Нынѣ указомъ 2 февраля 1915 г. и дополненіями къ нему, въ связи съ современной войной, ограниченія иностранцевъ достигли наивысшаго развитія, вызвавъ (по неправильному разъясненію сената) лишеніе иностранцевъ воюющихъ съ Россіей державъ даже с у д е б н о й з а щ и т ы *.

По нынѣ дѣйствующему указу 14 марта 1887 г., иностранные подданные ограничены въ правѣ пріобрѣтенія (какими бы то ни было способами и на какомъ бы то ни было основаніи, права собственности на недвижимыя имущества, а равно права владѣнія и пользованія этими имуществами, хотя бы даже на основаніи договора найма и аренды. Изложенныя ограниченія не допускается обойти ни путемъ залога иностранцамъ недвижимыхъ имуществъ (имъ нельзя на торгахъ оставить эти имущества за собой), ни путемъ наслѣдованія по закону и по завѣщанію, т. к. недвижимыя имущества, полученныя такимъ путемъ, должны быть проданы русскому подданному въ теченіе трехъ лѣтъ по пріобрѣтеніи наслѣдства. Болѣе того, въ губерніяхъ Царства Польскаго иностранные подданные не могутъ и завѣдывать недвижимыми имуществами въ качествѣ повѣренныхъ или управляющихъ. Впрочемъ, всѣ ограниченія распространяются лишь на опредѣленныя мѣстности, именно: на десять губерній Царства Польскаго и одиннадцать западныхъ губерній (Бессарабскую, Волынскую¹, Кіевскую, Подольскую, Гродненскую, Ковельскую, Витебскую, Минскую, Курляндскую и Лифляндскую); при чемъ, и въ этихъ 21 губерніяхъ изъ ограничительнаго закона изъяты портовые и другіе городскія поселенія (кромѣ Ревеля съ окрестностями и г. Гродно (по ук. 19 окт. 1912 г.)², и, въ частности, разрѣшенъ повсюду наемъ домовъ, квартиръ и дачъ для временнаго пользованія и личнаго жительства. Съ теченіемъ времени, и въ другихъ пограничныхъ мѣстностяхъ иностранцы были ограничены въ направленіи, предусмотрѣнномъ указомъ 14 марта 1887 г.³

* См. рѣш. 20 іюля 1916 г. по 1 отдѣленію. Вольманъ (В. Пр. 1915, 1306), бар. Б. Нольде (Пр. 1915, 1384).

¹ Въ Волынской губерніи ограниченія распространяются и на выходцевъ, а равно и на лицъ, переселяющихся изъ Привислянскихъ губерній (Прил. къ ст. 698, прим. 3).

² Городское поселеніе есть территорія, находящаяся въ предѣлахъ городской черты (О. С. 93/33), и тѣ мѣстечки, которыя состоятъ на городскомъ положеніи (О. С. 91/10). См. еще Гойбаргъ, Землевладѣніе и т. д. I. 30.

³ Именно, иностранцамъ воспрещается пріобрѣтеніе недвижимыхъ имуществъ въ Степныхъ областяхъ, Туркестанскомъ краѣ, въ Амурской и Приморской областяхъ (ст. 830 прим. 2 т. IX по прод. 1906 г.). 2) Воспрещается иностранцамъ пріобрѣтеніе недвижимыхъ имуществъ въ собственность и временное (срочное) владѣніе и пользованіе въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ Кавказскаго края внѣ портовыхъ и другихъ городскихъ поселеній

Сомнительно ограничивает ли иностранцев ст. 1247 т. X ч. 1, которая устанавливает двухлѣтній срокъ для принятія послѣ иностранца наслѣдства находящимися за-границей наслѣдниками иностранцами, или она предоставляет имъ льготу. Вѣрнѣе послѣднее (за это—ratio legis и источники, также составители проекта—по аналогіи ст. 1241; противъ Шершеневичъ). Что же касается ограниченія иностранцевъ въ области с е м е й н а г о права, то и здѣсь иностранцы скорѣе не ограничены. Едва ли есть основаніе отказывать иностранцамъ въ правѣ усыновленія русскихъ подданныхъ (иначе Анненковъ). Сенатъ по дѣлу супруговъ Гюнтеръ, признавъ за иностранцами право узаконенія^(94/62), отсюда косвенно можно заключить, что нѣтъ препятствій и для усыновленія¹. Слѣдуетъ еще замѣтить, что права личныя и имущественныя иностранцевъ регулируются международными трактатами и конвенціями, изъ коихъ въ особенности важны трактаты и конвенціи о наслѣдствахъ (см. Мышь). Правда, и въ т. X. ч. 1 имѣются стт., относящіяся къ наслѣдствамъ (ст. 1248 и 1248⁴), но ими разрѣшается лишь частный случай наслѣдованія послѣ иностранцевъ—азіатцевъ. Конвенціи и трактаты съ воюющими державами утратили нынѣ значеніе. Но это не значитъ, что потеряли силу законы о равноправіи иностранцевъ, какъ они формулированы нашимъ отечественнымъ правомъ.

6. По указу 2 февраля 1915 г. ограниченія иностранцевъ въ правѣ землевладѣнія и землепользованія лишь усилены въ отношеніи непріятельскихъ подданныхъ (австрійскихъ, венгерскихъ, германскихъ и турецкихъ)². Усиленіе ограниченій выражается въ распространеніи ихъ на всю Россію и въ повсемѣстномъ же запрещеніи непріятельскимъ подданнымъ завѣдывать недвижимыми имуществами въ качествѣ повѣренныхъ или управляющихъ (распорядителей, ст. 7). При чемъ, указъ имѣетъ обратную силу, вслѣдствіе чего права землевладѣнія и землепользованія, по истеченіи опредѣленныхъ сроковъ, прекращаются.

Именно, по смерти непріятельскихъ подданныхъ пожизненныя права землевладѣнія и землепользованія, какъ напр. пожизненное владѣніе, прямо прекращаются; пожизненныя же права, въ случаѣ перехода ихъ къ наслѣдникамъ—непріятельскимъ же подданнымъ, должны быть послѣдними отчуждены въ теченіе 2 лѣтъ имѣющимъ право приобрѣтать, иначе продаются съ публичнаго торга (ст. 2)³. Права же, вытекающія изъ договоровъ найма или аренды,⁴ за исключеніемъ найма квартиръ, домовъ и иныхъ помѣщеній (ст. 1), утрачиваютъ силу съ истеченіемъ одного года по обнародованіи указа, а права по завѣдыванію и управленію даже по истеченіи двухъ мѣсяцевъ (III). Но усиленіе ограниченій непріятельскихъ подданныхъ достигаетъ высшей степени въ т. н. запретныхъ мѣстностяхъ въ отношеніи внѣгородскихъ недвижимыхъ имуществъ. Къ этимъ мѣстностямъ отнесены Финляндія, Кавказъ, Пріамурское генералъ-губернаторство, область Войска Донскаго и 24 губерніи. Въ запретныхъ мѣстностяхъ указанныя имущества, принадлежащія непріятельскимъ подданнымъ (кромѣ турецкихъ), на правѣ землевладѣнія и землепользованія должны быть

(прил. II къ ст. 830). Въ предѣлахъ Пріамурскаго и Иркутскаго генералъ-губернаторствъ и Забайкальской области воспрещается иностранцамъ сдача казенныхъ подрядовъ и поставокъ, сдача въ аренду и для поселенія казенныхъ земель и оброчныхъ статей и наемъ иностранцевъ на работы для надобностей казеннаго управленія, если только возможно произвести работы при помощи подданныхъ (по зак. 21 іюня 1910 г. По прод. 1910 г. т. IX ст. 828, прим. 4, ст. 830 прим. 4 и ст. 830-1).

¹ Ст. 163 казуистична и на ней нельзя основывать прочнаго вывода. Приложение къ ст. 156 имѣетъ также казуистическій характеръ, и, кромѣ того, въ немъ дозволяется усыновленіе не только иностранцамъ, но и русскимъ подданнымъ, чѣмъ не имѣется, конечно, въ виду ограничить иностранцевъ. Ограниченія правоспособности должны быть положительно выражены въ текстѣ.

² Поэтому допустимо комментированіе ук. 2 февр. 1915 г. на основаніи сенатскихъ разъясненій ук. 14 марта 1887 г., какъ это имѣетъ мѣсто у Гойхбарга.

³ Взысканіе по долговымъ требованіямъ не можетъ повлечь за собой оставленіе недвижимаго имущества (ст. 6, см. комментарий Гойхбарга).

⁴ Но не договоръ продажи лѣса на срубъ (О С. ^{88/9}, Гойхбаргъ). Иначе по ук. 13 дек. 1915 г.

немедленно отчуждены въ теченіе 6 мѣсяцевъ, по истеченіи какового срока они продаются принудительно съ публичныхъ торговъ (IV, ст. 5). Кромѣ того, изъ указанныхъ мѣстностей почти изгоняются непріятельскіе подданные, т. к. внѣ городскихъ поселеній имъ воспрещается наемъ квартиръ, домовъ и иныхъ помѣщеній; существующія же отношенія утрачиваютъ силу по истеченіи одного года (IV ст. 11). Наконецъ, обходъ ук. 2 февр. 1915 г. карается вообще строго, — высылкой за границу (ст. 15); понятно, что давность ни исковая, ни приобрѣтательная не имѣютъ значенія (ст. 12). Ограниченія еще болѣе усилены по дополнительному указу 13 дек. 1915 г. Именно, къ непріятельскимъ подданнымъ приравнены бывшіе подданные Германіи, Австро-Венгрии и Турціи, а равно и ихъ потомки по мужской линіи, если переходъ ихъ въ какое либо иностранное подданство имѣлъ мѣсто послѣ 1 января 1880 г. (IV, 2). Къ вышеупомянутымъ 24 губерніямъ прибавлены: Кіевская и Витебская, Псковская и Новгородская (IV)¹. Увеличено также число, случаевъ когда права утрачиваются безъ всякаго вознагражденія (лѣсорубочный договоръ по истеченіи года и фиденкомисное имѣніе). Нынѣ всѣ ограниченія непріятельскихъ подданныхъ распространены и на болгарскихъ подданныхъ (ук. 5 мая 1916).*

в. По указу же 2 февр. 1915 г., ограничены не только непріятельскіе подданные, но и русскіе подданные — выходцы нѣмецкаго и венгерскаго происхожденія и ихъ потомки по мужской линіи (11 ст. 2), развѣ они принадлежали къ колоніямъ, товариществамъ и обществамъ, образованнымъ не изъ указанныхъ выходцевъ (по ук. 13 дек. 1915 это не имѣетъ значенія), или удостовѣрили свою благонадежность, доказавъ принадлежность къ православному вѣроисповѣданію, или участие свое или предковъ въ дѣйствіяхъ русской арміи и флота, или переходъ въ русское подданство до 1 янв. 1880 г. (подробнѣе ст. 3 ср. ст. 2).

Къ такимъ подозрительнымъ русскимъ подданнымъ не отнесены вдовы (ст. 3). Указанные подозрительные подданные подвергаются ограниченіямъ въ правѣ землевладѣнія и землепользованія въ предѣлахъ всей Россійской Имперіи внѣ городскихъ поселеній (11 ст. 2), при чемъ не имѣютъ даже права залога, но не лишены, однако, права наслѣдованія. Договоры же найма и аренды сохраняютъ силу до истеченія срока, но не долѣе 6 лѣтъ. Но въ особенности важно то, что тѣ же лица въ приграничныхъ полосахъ обязаны добровольно отчудить свои недвижимыя имущества внѣ городскихъ поселеній въ теченіе 10 мѣсяцевъ для 150 верстной пограничной полосы и 16 мѣсяцевъ для стоверстной полосы (III ст. 1).² Договоры найма и аренды въ указанныхъ мѣстностяхъ прекращаются съ истеченіемъ года и всякое арендованіе и наемъ впредь воспрещается. Указъ 13 декабря 1915 г. въ отношеніи выходцевъ значительно усилилъ ограниченія. Именно, ограниченія распространены на всѣхъ нѣмецкихъ выходцевъ, въ какомъ бы обществѣ они ни состояли, и на надѣльныя земли. А равно нѣмецкіе выходцы не могутъ въ мѣстностяхъ принудительнаго отчужденія недвижимостей у правлять и завѣдывать недвижимостями внѣ городскихъ поселеній (Б. I 1). Наконецъ, Крестьянскому Поземельному Банку съ большими льготами предоставлено преимущественное право приобрѣтенія недвижимыхъ имуществъ, подлежащихъ отчужденію (Г. 1-III).

Значительныя измѣненія внесены въ гражданскую правоспособность непріятельскихъ подданныхъ и выходцевъ Инструкціей о примѣненіи законеній 2 февр. и 13 дек. 1915 г. (С. У. 1916, 1933, ст. 349-351 и 2749).³ Именно, воспрещено право залога, право выкупа казенной оброчной земли, право развѣдки нѣдръ на казенныхъ земляхъ (существующія права недѣйствительны); давность не имѣетъ значенія, хотя бы срокъ истекъ до ук. 2 февр. Воспрещеніе завѣдыванія недвижимыми имуществами распространено на приказчиковъ, конторщиковъ, дворниковъ и т. п. Выяснено, что понятіе

¹ Тѣ же губерніи Западной полосы Россіи, за исключеніемъ Кіевской и Витебской (включены вновь по ук. 13 дек. 1915 г.), и съ добавленіемъ Петроградской, Эстляндской, Херсонской, Таврической и Екатеринославской.

* Актомъ 21 февр. 1915 г. (ст. 1) непріятельскіе подданные лишаются права приобрѣтать права промышленной собственности. Ранѣе, указомъ 5 ноября 1914 г. запрещенъ платежъ непріятельскимъ подданнымъ и учрежденіямъ, обществамъ и товариществамъ. При чемъ, платежи по желанію плательщика могутъ быть вносимы въ особый фондъ въ государственномъ банкѣ. Просрочки, во всякомъ случаѣ, нѣтъ (бар. В. Но ль де, Пр. 1915. 1394).

² Именно, вдоль границы съ Германіей и Австро-Венгріей и полосы стоверстной — на сѣверъ вдоль побережья Балтійскаго моря и на югъ вдоль Бессарабіи и по побережью южныхъ морей съ ихъ заливами.

³ Инструкція эта издана на основаніи VIII отдѣла ук. 2 февр. въ цѣляхъ его примѣненія, но на самомъ дѣлѣ она содержитъ новыя ограниченія.

в н ѣ г о р д с к о г о имущества распространяется на городскіе патримоніальные округа Прибалтійских губерній и на мѣстечки вообще; къ запретнымъ мѣстностямъ отнесена Ставропольская губернія. Договоры найма, аренды недвижимыхъ имуществъ и на рубку лѣса не могутъ быть передаваемы третьимъ лицамъ. Славянское происхождение даетъ лишь право на отсрочку на время войны исполнительныхъ дѣйствій по принудительной продажѣ. Надѣльныя земли должны быть отчуждаемы въ цѣломъ составѣ, хотя бы и не всѣ участники были выходцы (см. ук. 27 авг. 1916 г.). Участіе въ войнахъ должно быть непосредствен. участіемъ въ военныхъ дѣйствіяхъ лицъ сражающихся, а не входящихъ лишь въ боевой составъ арміи и флота, при предположеніи доблестнаго поведенія. Инструкція благопріятно истолковала положеніе ж е н щ и н ѣ , в ы ш е д ш и х ѣ замужъ за выходцевъ, принявшихъ подданство послѣ 1 января 1880 г. Жены эти не подчиняются черезъ бракъ дѣйствію ограничительныхъ правилъ 2 февр. и 13 дек. Напротивъ непріятельскія подданныя, вступившія въ бракъ съ русскимъ подданнымъ послѣ обнародованія узаконенія 2 февр. и 14 дек., не освобождаются отъ ограниченій.

Строгое и неуклонное ограниченіе правоспособности непріятельскихъ подданныхъ и выходцевъ угрожало интересамъ обороны. Поэтому сдѣланы нѣкоторыя отступленія. Такъ, дѣйствіе ограничительныхъ узаконеній приостановлено на время не свыше двухъ лѣтъ въ отношеніи участковъ, на коихъ находятся промышленныя предпріятія, выполняющія преимущественно заказы для нуждъ государственной обороны либо обслуживающія потребности, связанныя съ военнымъ временемъ (С. У. 1916, 1869, ук. 19 авг.).¹ Точно также непріятельскимъ подданнымъ славянскаго, итальянскаго и французскаго происхожденія, а болгарскимъ и турецкимъ подданнымъ-христіанамъ можетъ быть Министромъ Внутреннихъ Дѣлъ по соглашенію съ Министромъ Земледѣлія въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ разрѣшено арендовать земли не свыше 2 лѣтъ для разведенія земледѣльческихъ культуръ, необходимыхъ для нуждъ обороны или потребностей сельскаго хозяйства (Ук. 19 авг. С. У. 1916, 1868).

Вышеизложенные ограничительные указы правоспособности непріятельскихъ подданныхъ и выходцевъ рассчитаны на мирное время и въ этомъ самый существенный ихъ недостатокъ. Современный правопорядокъ не можетъ мириться съ такимъ рѣзкимъ нарушеніемъ принципа равенства лицъ. Неудивительно, что нынѣ постановленіемъ Временнаго Правительства (отъ 11 марта 1917 г.) приостановлено исполненіе узаконеній о землевладѣніи и землепользованіи в ы х о д ц е в ѣ изъ странъ, нынѣ воюющихъ съ Россіей. Такая приостановка исполненія ограничительныхъ узаконеній сдѣлана впредь до пересмотра ихъ Учредительнымъ Собраніемъ или въ установленномъ имъ законодательномъ порядкѣ. Поэтому въ отношеніи именно выходцевъ приостановлены указы 2 февраля и 13 декабря 1915 г., какъ равно и другіе, изданные въ измѣненіе и дополненіе этихъ указовъ.

5. *Ограниченія правоспособности физическаго лица далеко не исчерпываются вышеизложенными случаями.*

На размѣръ правоспособности могутъ вліять такія обстоятельства, какъ честь,² образованіе, родство, свойство и т. д. Прежде значительны были о г р а н и ч е н і я правоспособности замужней женщины³. Но нынѣ такъ называемая половая опека почти исчезла въ современномъ гражданскомъ правѣ. У насъ личность женщины признана равной въ правахъ и обязанностяхъ съ личностью мужчины. И если сохранились еще нѣкоторыя ограниченія правоспособности замужней женщины, то только жены, совмѣстно живущей съ мужемъ (ст. 103), что указываетъ и на характеръ ограниченія. Ограниченіе это вызвано

¹ Не подлежатъ отчужденію больницы, школы, богадѣльни и т. д. (ст. 2 ук. 19 авг. 1916 г. С. У. 1916, 1869).

² Честь принимается во вниманіе современнымъ правомъ въ различныхъ случаяхъ (E n d e m a n n, I, 112, D e r n b u r g, I, 148). Преимущественно лишеніе чести влечетъ за собой потерю права на отправленіе почетныхъ должностей и вообще такихъ функцій, которыя предполагають довѣріе, какъ то свидѣтельствованіе при совершеніи юридическихъ актовъ, опека, попечительство (Г. У. стг. 1318 п. 2, 1781, 2237 п. 2 и др. Ш. У. стг. 139, 370, 384, 503). У насъ образъ жизни и вообще репутация принимается въ вниманіе при выборѣ опекуновъ (ст. 256). Подробнѣе Г а м б а р о в ѣ, Курсъ, I 564.

³ В. С и н а й с к і й, Личное и имущественное положеніе замужней женщины въ гражданскомъ правѣ. Ю р ѣ в ѣ 1910 (литература).

не принадлежностью лица къ женскому полу, а положеніемъ жены въ семьѣ. Этимъ же положеніемъ объясняется и другое ограниченіе—жена не можетъ няться безъ согласія мужа (ст. 2202), точнѣе, мужъ въ правѣ прекратить досрочно договоръ личнаго найма, заключенный женой, совмѣстно съ нимъ живущей безъ его согласія.—Иногда ограниченія правоспособности переходятъ прямо въ пораженіе правоспособности, какъ то при лишеніи всѣхъ правъ состоянія, постригѣ. Однако, и при указанномъ пораженіи правоспособности, она все же сохраняется, ибо только смерть прекращаетъ правоспособность физическаго лица.—Разнообразіе и богатство ограниченій и пораженій правоспособности ставитъ вопросъ, существуетъ ли на самомъ дѣлѣ общая правоспособность, какъ жизненное явленіе? Пожалуй, правильнѣе усумниться въ существованіи общей правоспособности, хотя гражданскій порядокъ и стремится къ ея признанію. На пути къ этому признанію стоитъ публичное право. Оно властно нарушаетъ гармонію частнаго правопорядка съ его равными юридическими личностями, съ его ученіемъ объ общей правоспособности, которая, и по ученію сената (^{81/183}) есть врожденное качество каждаго человѣка, она съ нимъ рождается и съ нимъ умираетъ.

II. Правоспособность юридическаго лица и ея ограниченія. *

1. *Правоспособность юридическаго лица—спеціальная, но это не значитъ, что она исключительно имущественная правоспособность.*

Исключительно имущественную правоспособность юридическаго лица признавали прежде, исходя изъ того положенія, что юридическое лицо, какъ социальная организація, а не человѣкъ, не можетъ обладать всѣми тѣми правами и обязанностями, которыя тѣсно связаны съ человѣческой природой, въ частности, не можетъ обладать семейными правами и вообще личными правами и обязанностями.

Эта старая точка (за—Шершеневичъ) нынѣ правильно оставлена. Правда, юридическое лицо не можетъ имѣть семейныхъ правъ, и оставлять завѣщаніе, но, тѣмъ не менѣе, оно обладаетъ другими личными правами, какъ то, право на имя, правомъ на честь, мѣстожителство и т. п., и болѣе того—юридическое лицо (союзъ) обладаетъ правомъ властвованія, которое, какъ личное право, не можетъ быть отнесено къ имущественнымъ правамъ.

Съ особой силой власть союза проявляется въ правѣ исключенія своихъ членовъ окончательно, и даже безъ какой-либо повѣрки правильности такого дѣйствія другими учрежденіями, если только по самому уставу это право предоставлено союзу. Идея власти союза обнаруживается также въ правѣ большинства измѣнять уставъ союза, хотя бы этимъ измѣненіемъ могли быть нарушены права меньшинства (спорно). Недавно сенатъ призналъ власть большинства измѣнять уставъ по любому вопросу, хотя бы такое измѣненіе и не было предусмотрено уставомъ (^{14/1, 82/96}). Однако, такая громадная власть большинства нарушила бы основныя индивидуальныя права (Sonderrechte) членовъ, основанныя на договорномъ вступленіи въ союзъ¹ Правда, при концессионной системѣ возникновенія у насъ акціонерныхъ обществъ, договорный характеръ поглощается утвержденнымъ уставомъ—актомъ управленія или даже закономъ, почему, казалось бы, нѣтъ и индивидуальныхъ правъ, основанныхъ на договорѣ. Тѣмъ не менѣе,

* М. Пергаментъ, Къ вопросу о правоспособности юридическаго лица. Пгд. 1909 (Пр. 1909, №№ 9 и 10). Нубер, Erläuter. I. Сліозбергъ, Города и земства, какъ юридическія лица (В. П. 1899 I). Мышь, Городъ, какъ собственникъ и контрагентъ (Жур. гр. и уг. Пр. 1886 VII). Суворовъ, Архіерейскій домъ и епархія, какъ юридическія лица (Жур. Юр. Об. XII 95). Шалландъ, Юридическое положеніе иностранныхъ акціонерныхъ обществъ въ Россіи (Пр. 1902 № 5). Мышь, О судебной защитѣ иностр. акц. компаній въ Россіи (Жур. гр. и уг. Пр. 1883, 10). Бѣлякинъ, Война и правосудіе. М. 1915. И. Брунъ, Юридическія лица въ международномъ частномъ правѣ (В. Г. П. 1915, 5, 61). Jos. Pergamainte, De la condition légale des sociétés étrangères en Russie. 1899. L. Rastoroff, The legal position of English Companies in Russia. 1911.

¹ По англійскому праву не могутъ быть измѣняемы основныя положенія (memorandum of association). Напротивъ, германское право допускаетъ измѣненіе даже цѣли товарищества, требуя для этого квалифицированного большинства.

договоръ лежитъ въ основѣ устава, и законность послѣдующихъ измѣненій устава по волѣ большинства, а тѣмъ болѣе измѣненій, затрагивающихъ цѣль союза,¹ должна подлежать судебной провѣркѣ². Точно также спорно, въ какомъ объемѣ принадлежитъ юридическому лицу право защиты своей чести. Принципиально не слѣдуетъ ограничивать защиту чести, поскольку она необходима для поддержанія хозяйственной репутаци и. Идеальные союзы, какъ не преслѣдующіе хозяйственныхъ цѣлей, тѣмъ не менѣе, для успѣха своего дѣла могутъ дорожить своею честью не менѣе, чѣмъ хозяйственные союзы³. Во всякомъ случаѣ, если и можно сомнѣваться, принадлежитъ ли честь юридическому лицу, какъ понятіе, связанное съ достоинствомъ человѣка, съ его личностью въ нравственномъ отношеніи, то все же возможно другое понятіе о чести въ смыслѣ экономической репутации. И не подлежитъ сомнѣнію, что это послѣднее понятіе о чести есть личное право юридическаго лица (Губеръ, Объясн. I 60). Честь тѣсно связана съ именемъ, хотя имя можетъ имѣть и самостоятельное экономическое значеніе. Поэтому право на имя не есть только имущественное, но и личное право. Точно также Ш. У. (ст. 53). Признавая, что юридическія лица могутъ быть носителями всѣхъ правъ и обязанностей, необходимымъ условіемъ которыхъ не являются естественныя свойства физическаго лица, каковы, полъ, возрастъ или родство, оно тѣмъ самымъ признаетъ личное право на имя у юридическаго лица, каковое право подлежитъ защитѣ такъ же, какъ имя физическаго лица (ст. 29 и 30). Болѣе того въ одномъ случаѣ— продолжительности пользованія юридическаго лица, Ш. У. (ст. 749) установило даже какъ бы „возрастъ“ юридическаго лица въ сто лѣтъ. Вообще широкій взглядъ Ш. У. на правоспособность юридическаго лица составляетъ большое достоинство этого уложенія. Проектъ (см. объясненія къ ст. 13) признаетъ также личныя права за юридическимъ лицомъ, какъ то публичныя права, права на гербъ, имя, форму, печать, защиту чести и т. д. Однако, соответствующая этому редакція статьи 13 неудачна.

Спеціальная правоспособность юридическаго лица выражается, такимъ образомъ, не въ томъ, что оно не можетъ имѣть личныхъ правъ, а въ томъ, что какъ личныя, такъ и въ особенности имущественныя права, ограничиваются предѣлами той цѣли, для достиженія которой юридическое лицо возникло. Какъ опредѣлить эти предѣлы въ конкретныхъ случаяхъ,—это вопросъ уже практики, и здѣсь возможны большіе споры. Наши законы въ отдѣльныхъ случаяхъ (ст. 2153 и ст. 23 правилъ 4 марта 1906 г. объ обществахъ) и въ особенности сенатъ признаютъ лишь спеціальную правоспособность юридическаго лица (11/95, 09/106, 08/67 и 08/105, 82/42, 80/246 и др.)⁴. Поэтому, хотя юридическое лицо въ правѣ оказывать услуги (74/597) и дѣлать пожертвованія, но все это—не выходя за предѣлы своей цѣли (неважно, чтобы эти предѣлы были прямо поименованы въ уставѣ).

Впрочемъ въ литературѣ иногда отрицаютъ спеціальную правоспособность юридическаго лица, исходя изъ тѣхъ соображеній, что правопорядокъ можетъ надѣлать юридическое лицо и общей правоспособностью. Теоретически такая точка зрѣнія возможна, ибо правопорядокъ создаетъ и самое юридическое лицо. Напр. теоретически (иначе на самомъ дѣлѣ) можно признать право полка усыновить себѣ дочь. Ш. У. (ст. 53), какъ было замѣчено, стоитъ за общую правоспособность, ограниченную лишь тѣми правами, которыя неразрывно связаны съ естественными свойствами человѣка. Однако, большинство ученыхъ (въ особенности въ Германіи, Гирке, Дернбургъ и др., у насъ—Шершеневичъ, Пергаментъ) отстаиваютъ спеціальную правоспособность юридическаго лица, и это правильно. Цѣль сообщаетъ индивидуальность, опредѣленность юридическому лицу. Съ этой опредѣленностью, по многимъ соображеніямъ, не можетъ не считаться правопорядокъ, въ особенности въ тѣхъ случаяхъ, когда учрежденія возникли по волѣ лица умершаго, каковая воля не должна быть нарушена. Расширенію правоспособности лица предшествуетъ, поэтому же, измѣненіе устава и даже измѣненіе цѣли, гдѣ это, какъ въ Германіи, допустимо.

¹ И еще въ больше мѣрѣ самую природу союза, также (сенатъ 93/18).

² См. подробнѣе Вормсъ (Арх. I 2, здѣсь же западно-европейское право и литература). Противъ В. Макаковъ (В. Г. П. 1914 № 2). Ср. еще Венедиктовъ (рец. въ Ю. В. 1915 I. 258).

³ См. Er. Hafter (въ Kommentar. von Gmür) I S. 180.

⁴ Спеціальная правоспособность юридическаго лица подтверждена рѣш. Сен. 27 янв. 1916 г. (см. В. П. 1916, № 31, 749, дѣло № 5184—1915 г.).

2. Спеціальна правоспособность юридическаго лица можетъ бытьъ еще ограничена.

Такъ, юридическія лица, напр. церковь, не въ правѣ быть сельскимъ вѣчнымъ чиншевикомъ (ук. 2 деп. 13 ноября 1914 г., № 7950, В. П. 1915, 1458). Равно и общества, образованныя на основаніи иностранныхъ законовъ, хотя бы они дѣйствовали въ предѣлахъ Россіи, получивъ на то разрѣшеніе, ограничены въ правахъ пріобрѣтенія недвижимостей наравнѣ съ иностранцами (прил. къ ст. 830, т. IX, ст. 6, прил. 1-го и ст. 4 прил. 2-го).

Но въ особенности важны ограниченія правоспособности всякаго рода обществъ и товариществъ, хотя и допущенныхъ къ дѣйствию въ Россіи, но образованныхъ на основаніи законовъ, воюющихъ съ нами странъ, а также товариществъ полныхъ и на вѣрѣ, хотя и образованныхъ по нашимъ законамъ, но имѣющихъ въ своемъ составѣ въ качествѣ товарища или вкладчика подданнаго одного изъ воюющихъ съ нами государствъ. Всѣ они подлежатъ по ук. 2 февр. 1915 г. (стт. 8 и III) ограниченіямъ правоспособности, установленнымъ въ отношеніи иностранныхъ подданныхъ воюющихъ съ нами государствъ.¹ При чемъ, товарищества на паяхъ и акціонерныя общества, имѣющія право пріобрѣтенія недвижимыхъ имуществъ, не въ правѣ имѣть указанныхъ иностранныхъ подданныхъ на какихъ либо должностяхъ (ст. 11). Точно также всякаго рода общества колонистовъ — выходцевъ венгерскаго и нѣмецкаго происхожденія лишаются права пріобрѣтенія недвижимыхъ имуществъ на всемъ протяженіи Россіи;² договоры же найма и аренды, заключенные указанными обществами, теряютъ силу по истеченіи одного года по обнародованіи ук. 2 февр. 1915 г. (III). Тѣ же общества подчинены принудительному отчужденію въ приграничныхъ полосахъ наравнѣ съ непріятельскими подданными (IV). По ук. 13 дек. 1915 г. ограниченія правоспособности непріятельскихъ подданныхъ распространены въ соответствующихъ случаяхъ и на вышеуказанныя общества и товарищества, въ частности, они не въ правѣ предоставлять должности и выходцамъ. Нынѣ всѣ ограниченія распространены на болгарскія учрежденія, общества и товарищества (ук. 7 мая 1916 г.).³

Постановленіемъ Временнаго Правительства (отъ 10 марта 1917 г.) не только устранены изъ акціонерныхъ уставовъ національныя и вѣроисповѣдныя ограниченія, но и постановлено не распространять на акціонерныя общества и товарищества на паяхъ содержащихся въ законахъ ограничительныхъ постановленій относительно иностранныхъ подданныхъ и евреевъ (отд. II). Такимъ образомъ ограниченія правоспособности юридическихъ лицъ въ зависимости отъ участія въ нихъ лицъ иностраннаго подданства принципиально отпали. Данъ широкой выходъ къ развитію акціонерныхъ предпріятій.

Далѣе, казна и различнаго рода заведенія (ст. 981) могутъ пріобрѣтать имущества по даренію и завѣщанію съ разрѣшенія правительственной власти въ установленномъ для того порядкѣ (ст. 981, ¹⁴/₈₂). Церквямъ же, монастырямъ и архіерейскимъ домамъ для пріобрѣтенія въ даръ и по завѣщанію

¹ Ср. Вольманъ (В. Пр. 1915, 1308). Ограниченія не распространяются на общества и союзы, учрежденные по временнымъ правиламъ 4 марта 1906 (см. Инструкцію I 3, II, 3, III 3).

² Здѣсь разумѣются волостныя, сельскія, селенныя и мірскія общества; напротивъ товарищества, какъ и отдѣльныя лица, ограничены лишь внѣ городскихъ поселеній (Инструкція, II ст. 1).

³ Непріятельскія предпріятія (понятіе своеобразное, обнимающее какъ юридическое лицо, такъ и физическое) подвергаются надзору (ук. 16 марта 1915 г.), принудительному управленію или секвестру (циркуляръ Министра юстиціи 14 нояб. 1914 иначе цирк. 3 нояб. 1914 г.). Принудительное управленіе можетъ имѣть и характеръ ликвидаціи. Но въ чистомъ видѣ принудительная ликвидація непріятельскихъ предпріятій предусмотрена ук. 11 января 1915 г.; ее надо отличать отъ принудительной ликвидаціи правъ недвижимой собственности (подробнѣе см. бар. В. Нольде, Пр. 1915, 1395 и сл.).

недвижимыхъ имуществъ необходимо даже исходатайствовать разрѣшеніе объ укрѣпленіи ихъ въ церковную собственность (ст. 985 ср. ^{12/97}). Указанное ограниченіе направлено противъ экономическаго могущества церкви, каковое могущество въ свое время оказалось опаснымъ для свѣтской власти и повлекло за собой секуляризацию (отобраніе) церковныхъ имуществъ.¹

3. Наконецъ, заслуживаетъ вниманія вопросъ о томъ, считаются ли по нашимъ законамъ (а не въ силу конвенцій) субъектами права иностранныя юридическія лица?

Согласно установившейся за послѣднее время практикѣ, иностраннымъ лицомъ должно считаться такое юридическое лицо, которое учреждено по иностраннымъ законамъ и притомъ не получило спеціальнаго разрѣшенія производить свои операціи въ Россіи (прим. 2 къ ст. 2139, ^{83/44}, ^{09/75}, неопуб. рѣш. 4 нояб. 1913). Общества же, получившія такое разрѣшеніе, а также товарищества полныя и на вѣрѣ, зарегистрированныя у насъ въ установленномъ порядкѣ, должны считаться русскими, независимо отъ національности лицъ, входящихъ въ ихъ составъ (иностранное государство не нуждается въ признаніи ^{09/75}). Противъ такого взгляда, отрицающаго въ сущности субъектность у насъ иностранныхъ юридическихъ лицъ и, въ частности, право на судебную защиту Б ѣ л я ц к и н ѣ (Война и правосудіе, ср. Ю. В. XII, 177) и въ особенности И. Б р у н ѣ. Послѣдній правильно считаетъ иностранное юридическое лицо субъектомъ правъ безъ предварительнаго признанія со стороны русскаго правительства, т. к. законодатель не приказывалъ дѣлать различіе между иностранцами и иностранными юридическими лицами, какъ субъектами права, имѣющими право на судебную защиту и общую правоспособность (В. Г. П. 1915, 5, 84 и 96).

III. Дѣеспособность физическаго лица и ея ограниченія. *

1. Дѣеспособность есть способность лица совершать юридическія дѣйствія.

Способность эта въ сущности является правомъ лица и въ этомъ смыслѣ ее слѣдовало бы включить въ понятіе правоспособности, какъ права совершать юридическія дѣйствія (праводѣйность)¹. Однако, практичнѣе противопоставлять понятіе дѣеспособности понятію правоспособности, и это по многимъ основаніямъ. Такъ, различныя обстоятельства кладутся въ основу ограниченій правоспособности и дѣеспособности. Смѣшеніе понятій никоимъ образомъ здѣсь недопустимо. Далѣе, лицо правоспособное можетъ быть недѣеспособнымъ, напр., душевнобольной, малолѣтній. Тотъ и другой въ правѣ обладать имуществами и въ то же время оба не могутъ совершить, продажи своего имущества. Наконецъ, и дѣеспособный можетъ быть неправоспособнымъ въ какомъ либо отношеніи. Такъ, лицо ограниченное въ правѣ пріобрѣтенія земли для себя, тѣмъ не менѣе можетъ купить тамъ имѣніе для другого. Иногда, впрочемъ, трудно отл и ч и т ь на практикѣ, правоспособность отъ дѣеспособности. Напр., способность вступать въ бракъ—есть ли правоспособность или дѣеспособность? Въ этомъ и подобныхъ случаяхъ указанное различіе не имѣетъ однако практическаго значенія, т. к. оба понятія неразрывно связаны съ однимъ лицомъ: осуществленіе дѣеспособности не м. б. передано другому лицу, какъ представителю. Въ связи съ этимъ и теоретически легко провести различіе между правоспособностью и дѣеспособностью. Именно, правоспособность принадлежитъ къ неотъемлемымъ правамъ личности, которыя не допускаютъ представительства (Губеръ, Кроме и др., у насъ Васьковскій, Шершеневичъ, Гамбаровъ и др.). Между тѣмъ, дѣеспособность допускаетъ представительство.

Терминъ «дѣеспособность» встрѣчается въ У. Г. С. ст. 1681, но вообще наши законы не знаютъ этого термина. Сенатъ же хотя и различаетъ термины ^{95/42}, ^{96/44}, ^{01/22}, ^{01/120}, но не всегда удачно ^{09/14}. Составители проекта также различаютъ правоспособность и дѣespo-

* Исаченко, Лица въ договорѣ (Ю. В. 1882 № 8 и 1883, 6-7). Дебольскій, Дѣеспособность по русскому праву до конца XVII в. 1903. В. Бошко, Правоспособность и дѣеспособность (Т. Ц. К. В. II 30; здѣсь же литература). И. Брунъ. Коллизіонныя нормы о дѣеспособности физическаго лица (Ю. В. 1915, X. 83). Трамбицкій, Дѣеспособность по рѣшеніямъ сената (В. П. 1916, № 26).

¹ Праводѣйность въ противоположность „праводостойности“ (правоспособности, Мейчикъ, В. П. 1915, 544).

способность, но дают неудачныя опредѣленія указанныхъ понятій. Яснѣ всего терминологія проведена въ германскомъ правѣ (Rechtsfähigkeit, правоспособность и Handlungsfähigkeit дѣеспособность). Французское законодательство не различаетъ указанныхъ понятій, обнимая ихъ однимъ терминомъ *saracité civile*, но въ литературѣ пытаются обозначить правоспособность терминомъ *saracité de jouissance* и дѣеспособность—*saracité d'exercice*. Французскій терминъ *saracité*, т. е. способность, связанъ своимъ происхожденіемъ съ римскимъ терминомъ *saracitas*, по этотъ терминъ не означалъ у римскихъ юристовъ ни абстрактной правоспособности субъектовъ (юридической личности), ни абстрактной дѣеспособности (*saracitas agendi*). Римскіе юристы не говорили о «способности имѣть права», а о тѣхъ правахъ, которыя конкретно принадлежали гражданину. Совокупность этихъ правъ составляла его «*saracit*». Точно также и *status* означаетъ лишь фактическое состояніе, на которомъ основаны права и положеніе лица. Придуманнѣйшимъ терминъ дѣеспособность въ качествѣ абстрактной способности, удачный по идеѣ, неудаченъ по формѣ, ибо въ основѣ термина лежитъ волевая теорія, которая не можетъ быть приложена вполне къ сдѣлкамъ, а тѣмъ болѣе къ деликтамъ.

Различаютъ, далѣе и виды дѣеспособности. Способность совершать: дозволенныя юридическія дѣйствія называется сдѣлкоспособностью (*Geschäftsfähigkeit*), недозволенныя—деликтоспособностью, вмѣняемостью, и наконецъ, процессуальныя дѣйствія—процессуальной дѣеспособностью, которая въ этомъ, смыслѣ противопоставляется гражданской правоспособности (сдѣлкоспособности и деликтоспособности, или вмѣняемости). Различаютъ еще дѣеспособность неограниченную и ограниченную, въ зависимости отъ того, дѣйствуетъ ли лицо самостоятельно или съ согласія кого либо, напр. опекуна, попечителя¹.

2. *Въ зависимости отъ возраста, люди или вовсе недѣеспособны (дѣти) или ограничены въ дѣеспособности (малолѣтніе и несовершеннолѣтніе) или дѣеспособны вполне.*

Такъ какъ совершеніе юридическихъ дѣйствій требуетъ отъ лица сознательнаго и свободнаго выраженія воли, дабы наступили юридическія послѣдствія, то очевидно, нельзя признать дѣеспособными дѣтей, какъ фактически неспособныхъ сознательно и свободно формулировать свою волю. Если же дѣеспособность дѣтей трактовать съ точки зрѣнія правоспособности, именно, какъ ихъ права совершать юридическія дѣйствія, то конечно дѣти дѣеспособны, т. к. за нихъ данное право осуществляется ихъ представителями. Слѣдовательно, когда говорятъ о недѣеспособности дѣтей (и въ друг. случаяхъ), недѣеспособность надо понимать какъ личную недѣеспособность, въ смыслѣ невозможности лично осуществлять правоспособность*. Наши законы не говорятъ, что дѣти до опредѣленнаго возраста лишены дѣеспособности, какъ это имѣетъ мѣсто въ Г. У. (до 7 лѣтъ, ст. 104). Они различаютъ три возраста: 1) съ рожденія до 14 лѣтъ, когда дѣти находятся подъ опекой, 2) отъ 14 до 17 лѣтъ, когда они въ правѣ просить себѣ назначенія попечителя, но попечитель дѣйствуетъ на правахъ опекуна (ст. 219) и 3) отъ 17—21 года, когда несовершеннолѣтніе находятся подъ попечительствомъ. Выходитъ такимъ образомъ, что до 17 лѣтъ малолѣтніе² признаются недѣеспособными, такъ какъ за нихъ дѣйствуетъ опекунъ. На

¹ Различаютъ также дѣеспособность завѣщательную (на случай смерти), брачную и т. д., называемую личной дѣеспособностью, т. к. она не допускаетъ вообще представительства и въ этомъ смыслѣ ее трудно отличить отъ правоспособности. Не надо, однако, упускать изъ вниманія, что для современнаго права, съ его мобилизаціей недвижимости и съ возрастаніемъ значенія движимыхъ цѣнностей въ народномъ богатствѣ, первенствующее мѣсто занимаетъ способность совершать сдѣлки между живыми, и правильное ея регулированіе есть надежная охрана сложнаго нынѣ гражданскаго оборота и вообще гражданскаго правопорядка.

* Гантверъ, О силѣ договоровъ, заключенныхъ малолѣтними и несовершеннолѣтними безъ участія ихъ опекуновъ и попечителей (Суд. В. 1869 № 52). Мышь, Право несовершеннолѣтнихъ совершать акты и сдѣлки (Суд. В. 1873 № 75).

² Въ этомъ значеніи Планіоль (I 115) не безъ основанія называетъ неправоспособными въ собственномъ смыслѣ малолѣтнихъ и состоящихъ подъ запрещеніемъ, разумѣя, что они не имѣютъ права личной дѣеспособности.

дѣлѣ, суровое правило о лишеніи до 17 лѣтъ малолѣтнихъ дѣеспособности, конечно не проводится. Абсолютно лишены дѣеспособности только малыя дѣти, которыя вообще неспособны къ какимъ либо юридическимъ дѣйствіямъ. Въ другихъ случаяхъ малолѣтніе все же имѣютъ дѣеспособность и ихъ правильнѣе назвать лицами, ограниченными въ дѣеспособности въ самой сильной степени¹. Да и по буквѣ закона малолѣтніе лишены только имущественной дѣеспособности (ст. 217 и 218). Кромѣ того, 1) по сенатской практикѣ, имущественныя сдѣлки, совершенныя малолѣтними, дѣйствительны, поскольку онѣ выгодны для нихъ (⁷⁵/₉₀₀, ⁷⁶/₃₇₈); при чемъ контрагенты малолѣтнихъ вообще не могутъ добиваться недѣйствительности заключенныхъ ими съ малолѣтними сдѣлокъ или актовъ (⁷¹/₉₃₃, ⁷⁹/₁₁₈ и др.). Далѣе, 2) прямо по закону, малолѣтніе могутъ лично дѣлать в к л а д ы въ Госуд. сберегательныя кассы и распоряжаться вкладами самостоятельно (ст. 38 Уст. Госуд. Сбер. Кассы). 3) Малолѣтній, дѣйствовавшій самостоятельно и съ разумніемъ, совершаетъ юрид. дѣйствія, при условіи согласія и вѣдома своихъ опекуновъ, попечителей (⁸⁵/₆₄), родителей (⁷¹/₄₄₂).² Наконецъ, помимо имущественной дѣеспособности, существуетъ еще б р а ч н а я дѣеспособность, которой обладаютъ лица, достигшія брачнаго возраста (ст. 3); они дѣеспособны и въ другихъ случаяхъ личной правоспособности, какъ то для дачи согласія на свое усыновленіе (ст. 149), отдачу себя въ личный наемъ (ст. 2203) и въ др. случаяхъ. Да и вообще было бы странно, чтобы граждане до 17 лѣтъ были лишены вовсе дѣеспособности.

Что касается лицъ несовершеннолѣтнихъ въ собственномъ смыслѣ, т. е. въ возрастѣ отъ 17 до 21 г. включительно (стт. 213, 221), то они прямо признаются дѣеспособными, но дѣеспособность ихъ терпѣть значительныя ограниченія. Такъ, они не могутъ самостоятельно, т. е. безъ согласія и подписи попечителей, совершать нѣкоторыхъ сдѣлокъ, перечисленныхъ въ законѣ (ст. 220)³. Именно, они ограничены въ самостоятельномъ установленіи долговыхъ отношеній (⁷⁵/₃₉₈ и др.), распоряженіи капиталами (ст. 220)⁴ и недвижимыми имуществами и вообще въ свободномъ принятіи на себя обязательствъ (ст. 221, 222, 770). Далѣе, несовершеннолѣтніе не способны дѣлать завѣщанія, хотя бы и съ согласія своихъ попечителей (ст. 1019, ср. П. С. З. 1831 № 4844 § 7). Вполнѣ понятно, что они не могутъ самостоятельно вступать въ какія либо сдѣлки со своими попечителями (⁰³/₈₈ ср. ⁹³/₈).⁵ Не ограниченная же дѣеспособность несовершеннолѣтнихъ, какъ исключеніе, опредѣляется кругомъ лишь такихъ сдѣлокъ, которыя необходимы для «управленія имѣніемъ» (ст. 220). Понятіе «управленіе имѣніемъ» (т. е. имуществомъ) обнимаетъ собой дѣятельность для извлеченія изъ него выгодъ и доходовъ, также $\frac{0}{0}\frac{0}{0}$ (⁷¹/₈₅₆). Поэтому, самостоятельная отдача несовершеннолѣтнимъ своего имущества въ аренду дѣйствительна, развѣ судъ признаетъ убыточность и явный вредъ отъ

¹ Термины малолѣтній и съ 17 лѣтъ несовершеннолѣтній строго въ законахъ не соблюдаются (прим. къ ст. 213).

² Такое признаніе дѣеспособности малолѣтнихъ сенатъ основываетъ на ст. 222 путемъ заключенія отъ обратнаго. Въ статьѣ этой рѣчь идетъ о томъ, что сдѣлки, совершенныя безъ согласія опекуновъ, недѣйствительны, отсюда, говоритъ сенатъ, можно заключить, что сдѣлки, совершенныя съ согласія опекуновъ, дѣйствительны. Исаченко (Лица въ договорѣ, Ю. В. 1882 г. № 7) видитъ подтвержденіе въ ст. 217, въ коей рѣчь идетъ только о запрещеніи непосредственной, т. е. самостоятельно проявляемой дѣеспособности (спорно). Ср. Исаченко Обязательства по договорамъ 1. Пгд., 1914, 110.

³ Согласіе дается для каждой сдѣлки въ отдѣльности, недостаточно общаго согласія попечителя (⁷⁵/₉₈₁, ср. ⁸⁵/₆₄).

⁴ Ст. 220 распространяетъ свою силу и на несовершеннолѣтнихъ дѣтей крестьянъ (О. С. отъ 19 декабря 1905 г. № 33).

⁵ А не съ женой попечителя, развѣ бы послѣдній дѣйствовалъ недобросовѣстно (¹²/₁₀₄).

такой отдачи (^{69/116})¹. Этой оговоркой значительно ограничивается дѣеспособность несовершеннолѣтняго (Ш е р ш е н е в и ч ъ)².

Вообще въ такомъ вопросѣ, какъ опредѣленіе круга сдѣлокъ по управленію имуществомъ, приходится разбираться практикѣ, довѣряться ея такту и пониманію жизненныхъ отношеній. Но практика, руководствуясь защитой интересовъ несовершеннолѣтняго, въ то же время не должна излишне стѣснять свободы совершенія сдѣлокъ. Тѣмъ болѣе, что совершеннолѣтній контрагентъ не въ правѣ оспаривать сдѣлку, т. к. право оспариванія принадлежитъ несовершеннолѣтнему и его правопреемникамъ (^{76/378, 79/118, 83/118}). И кромѣ того, признаніе неограниченной дѣеспособности въ предѣлахъ управленія имуществомъ вообще недостаточно. Необходимо признать эту свободу въ области профессіи или ремесла (ст. 412 Ш. У.), въ сдѣлкахъ, заключеніе которыхъ необходимо для удовлетворенія потребностей жизни (проектъ 505 ст.) и, въ частности, предоставитъ для данныхъ цѣлей право кредитоваться. Правда, сенатъ разрѣшаетъ кредитоваться при условіи о б щ а г о согласія попечителя на заборъ товара въ кредитъ (^{85/с4}). Облегченіе сдѣлано также для лицъ, отдающихъ свой трудъ въ сельскомъ хозяйствѣ (ст. 10 Полож. о наймѣ на сельскія работы т. XII ч. 2; изд. 1906), имѣющихъ видъ на жительство. Впрочемъ, и для лицъ, не имѣющихъ вида, не требуется при самомъ заключеніи найма разрѣшенія родителей: договоръ м. б. заключенъ условно-до вытребованія дѣтей родителями. Значительно ухудшаетъ положеніе несовершеннолѣтнихъ проектъ, признавая возрастную дѣеспособность лишь по достиженіи 21 года (ст. 6 п. 2), и тѣмъ самымъ оставляя все время несовершеннолѣтняго подъ опекой, какъ малолѣтняго.

Правда, нашъ проектъ в о д и т ъ неизвѣстный нашему праву и н с т и т у т ъ э м а н с и п а ц і и, т. е. объявленія несовершеннолѣтняго самостоятельнымъ. По проекту это возможно съ достиженіемъ 18 лѣтъ и съ согласія несовершеннолѣтняго; при томъ все же исключается самостоятельность заключенія сдѣлокъ по отчужденію недвижимости, обремененію ея залогомъ и другими вещными правами. Проектъ повторяетъ здѣсь старую ошибку о преувеличенномъ значеніи недвижимости въ сравненіи съ движимостью. Наконецъ и сохраненіе возраста совершеннолѣтія въ 21 г. едва ли желательно. Ш. У. не только понижаетъ его до 20 лѣтъ, но, что въ особенности важно, признаетъ вступившихъ въ бракъ совершеннолѣтними (ст. 14).

3. Дѣеспособность не признается: а) за нѣмыми, глухонѣмыми и б) душевнобольными, т. к. вѣсь эти лица приравняются къ малолѣтнимъ.*

а. Дѣеспособность нѣмыхъ и глухонѣмыхъ (а не слѣпыхъ и имѣющихъ какіе либо иные физическіе недостатки) не расширяется съ достиженіемъ 17 лѣтъ. Они остаются на положеніи малолѣтнихъ (т. е. подъ опекою) до 21 г. Правда, съ достиженіемъ этого возраста, они (по толкованію сената—грамотные)³ тѣмъ самымъ сразу приобретаютъ всю дѣеспособность совершеннолѣтнихъ лицъ (^{99/116}, иначе

¹ Прежде сенатъ пытался найти разграничительный признакъ для опредѣленія круга сдѣлокъ по управленію имѣніемъ или въ формѣ сдѣлокъ письменныхъ, требуя лишь для нихъ согласія попечителя, или въ объектѣ, понимая подъ имѣніемъ только недвижимость и освобождая движимость (^{69/324, 74/670}). Но правильно Шершеневичъ указываетъ на противорѣчіе указанныхъ разграничительныхъ признаковъ закону (ст. 220) и значенію капитала въ правооборотѣ.

² Несовершеннолѣтній обладаетъ также самостоятельной процессуальной дѣеспособностью (^{73/1355, 75/205, 78/122, 79/118, 79/279} и др.). Иначе Шершеневичъ, который ограничиваетъ процессуальную дѣеспособность предѣлами матеріальной неограниченной дѣеспособности, т. е. кругомъ сдѣлокъ по управленію имуществомъ.

* Георгіевскій, Признаніе гражданской неправопоспособности по причинѣ безумія, сумасшествія, глухонѣмоты и нѣмоты (Ж. М. Ю. 1903 № 1). Бринкманъ, Имущественная отвѣтственность сумасшедшихъ за убытки (Ж. М. Ю. 1909 Іюнь ср. Пр. 1910 № 6). Кони, Освидѣтельствованіе сумасшедшихъ. Слонимскій, Положеніе душевнобольныхъ по законамъ гражданскимъ (Жур. гр. и уг. Пр. 1885, VIII). Л. Фишманъ Опека надъ душевнобольными (Пр. 1911 № 11).

³ Точка зрѣнія сената, что только грамотные приобретаютъ съ достиженіемъ 21 года немедленно полную дѣеспособность—сомнительна (иначе Исаченко, Обязательства, I стр. 122). Эта точка зрѣнія вопреки прямому смыслу ст. 381-ой ограничиваетъ тѣхъ неграмотныхъ, которые не лишены возможности другими средствами, помимо грамотности, приобрести понятія и выражать свою волю.

^{96/44} и Ш е р ш е н е в и ч ь ¹. Однако, т. к. такое предоставленіе полной дѣеспособности вредно отражается на глухонѣмыхъ и нѣмыхъ, то они могутъ быть освидѣтельствованы тѣмъ же порядкомъ, какъ и душевно-больные (см. 4). При чемъ, если окажется, что глухонѣмые и нѣмые не обучены грамотѣ и лишены всякаго средства пріобрѣтать понятія и выражать свою, волю, то, по предписанію Правительствующаго Сената, надъ ними учреждается о п е к а (ст. 381).

Изъ правила о приравненіи нѣмыхъ и глухонѣмыхъ къ малолѣтнимъ, дѣлаются, слѣдовательно, исключенія: 1) когда нѣмые и глухонѣмые, достигнувъ совершеннолѣтія, не были освидѣтельствованы. Ихъ сдѣлки дѣйствительны и могутъ быть оспариваемы на общемъ основаніи (^{99/116}). 2) когда освидѣтельствованіе имѣло мѣсто, но было признано, что нѣмые и глухонѣмые могутъ выражать сознательно свою волю; тогда ихъ дѣеспособность приравнивается къ несовершеннолѣтнимъ, т. е. имъ назначается попечитель (ст. 381).

б. Душевн о б о л ь н ы е не только приравниваются къ малолѣтнимъ, но ихъ недѣеспособность признается безусловной, хотя бы душевнобольные дѣйствовали съ разумніемъ ². Такая постановка вопроса о душевнобольныхъ въ нашемъ правѣ не можетъ быть признана правильной. Прежде всего, 1) возможны с в ѣ т л ы е п р о м е ж у т к и, т. е. временное выздоровленіе, когда душевнобольной дѣйствуетъ съ разумніемъ. Очевидно, было бы крайне жестоко и несправедливо въ такое время просвѣтленія не признавать за душевнобольнымъ дѣеспособности, но сенатъ (законы не говорятъ о свѣтлыхъ промежуткахъ) какъ разъ не признаетъ здѣсь дѣеспособности, даже и ограниченной (^{01/120}). И это несмотря на то, что самъ законъ признаетъ возможность для душевнобольного дѣйствовать съ р а з у м ѣ н і е м ъ (ст. 653 ср. 654), хотя бы и въ смыслѣ его д е л и к т н о й д ѣ е с п о с о б н о с т и . ³

Господствующее мнѣніе стоитъ, однако, на точкѣ зрѣнія сената. Новое освидѣтельствованіе считается е д и н с т в е н н ы м ъ доказательствомъ возстановленія дѣеспособности душевно-больныхъ; отсюда, никакія другія доказательства выздоровленія не могутъ имѣть мѣста. Сенатъ при этомъ ссылается на ст. 378 (конецъ). Однако, другіе юристы (особенно Г о л ь м с т е н ь, отчасти Г о й х б а р г ъ) правильно высказываютъ противоположную мысль. Они исходятъ при томъ изъ тѣхъ соображеній, что ст. 378 вмѣстѣ съ ст. 380 и 379 имѣютъ въ виду п о л н о е выздоровленіе; значить ст. 378 не имѣетъ въ виду временнаго выздоровленія, а такъ какъ ограничительные законы нельзя толковать распространительно, то и сенатское распространительное толкованіе.

¹ Точку зрѣнія Ш е р ш е н е в и ч а, что нѣмые и глухонѣмые, во всякомъ случаѣ до освидѣтельствованія, остаются на положеніи малолѣтнихъ нельзя считать правильной. Въ ст. 381 (т. е. въ законѣ 1842 г.) рѣчь идетъ о томъ же с а м о м ъ п о р я д к ѣ освидѣтельствованія (съ ссылкой на ст. 368, 371 и 372), въ какомъ производится освидѣтельствованіе душевно-больныхъ, а оно производится лишь по заявленію семейства и лицъ близкихъ. Отсюда, и глухонѣмые, и нѣмые, съ достиженіемъ совершеннолѣтія, пріобрѣтаютъ дѣеспособность и могутъ быть только лишены ея путемъ освидѣтельствованія.

² Наши законы не знаютъ термина «душевнобольные», а употребляютъ термины «сумасшедшей» и «безумный» (ст. 365); при чемъ лишь подъ «сумасшедшими» можно понимать душевнобольныхъ. Безумные же считаются не больными, а имѣющими органической недостатокъ ума отъ рожденія. Въ настоящее время указанное различіе значенія не имѣетъ. Встрѣчаются въ законахъ также термины «умалишенный» (ст. 371 и 1017) и «слабоумный» (ст. 371, ^{79/90}). Нѣкоторыя законодательства, напр., германское, относятъ къ душевнобольнымъ также п р и в ы ч н ы х ъ п ь я н и ц ѣ и, при нѣкоторыхъ условіяхъ, ограничиваютъ ихъ въ дѣеспособности. Что касается м о р ф и н и с т о в ѣ, то вопросъ этотъ до сихъ поръ не выясненъ и его не рѣшаетъ. Проектъ. Вообще же проектъ понимаетъ душевную болѣзнь въ самомъ широкомъ смыслѣ (моральнаго помѣшательства, психопатіи, слабоумія и т. д.).

³ Возможное возраженіе, что рѣчь идетъ о душевнобольныхъ не о с в и д ѣ т е л ь с т в о в а н н ы х ъ и не признанныхъ душевнобольными, парализуется содержаніемъ статьи 654. На основаніи ея, въ сопоставленіи со ст. 653, отвѣтствуютъ тѣ, которые по з а к о н у о б я з а н ы и м ѣ т ь н а д з о р ѣ, при условіи если душевнобольной дѣйствовалъ б е з ъ р а з у м ѣ н і я (ср. ст. 653). А надзоръ по закону обязаны имѣть также лечебницы и заведенія, въ коихъ находятся признанные освидѣтельствованіемъ душевнобольные. Кромѣ того, признанные же душевнобольными могутъ быть оставлены и у близкихъ. — Объ освидѣтельствованіи несовершеннолѣтнихъ въ степени разумія см. С т у д е н ц о в ѣ (Пр. 1916, № 31, 1735).

неправильно. Эти же юристы допускают, что завѣщаніе можетъ быть составлено во время просвѣтлѣнія (ст. 1016 и 1017)¹.

Если же признать деликтную дѣеспособность душевнобольныхъ, когда они дѣйствуютъ съ разумѣніемъ (ст. 653 ср. 654), то едва ли есть большія основанія не признавать отвѣтственности душевнобольныхъ, когда они дѣйствовали съ разумѣніемъ послѣдствій сдѣлки и хотѣли причинить имущественный вредъ контрагенту, пользуясь своей недѣеспособностью. Для гражданского права вообще не имѣетъ значенія: причиненъ ли вредъ преступленіемъ или инымъ образомъ. Важна наличность правонарушенія.

Вообще вопросъ о томъ, какъ обезопасить контрагентовъ (большей частью банки) въ тѣхъ случаяхъ, когда лицо ввело н а м ѣ р е н н о ихъ въ убытокъ, пользуясь тѣмъ, что оно душевно-больное, вслѣдствіе чего сдѣлка недѣйствительна, не предусматривается современными законодательствами (нѣсколько иначе въ Англии)². Въ литературѣ же высказано мнѣніе (Р ю м е л и н ъ), что сдѣлка душевнобольного тогда лишь недѣйствительна, когда будетъ доказано, что въ моментъ ея созданія у больного не было разумѣнія (сознанія). Въ такомъ рѣшеніи выдвигается не столько интересъ самого душевно-больного, сколько интересы 3-ихъ лицъ³. Поэтому съ данной точки зрѣнія, сдѣлки, въ которыхъ сознательная воля налицо, должны быть признаны дѣйствительными.

Недѣйствительность сдѣлокъ душевнобольныхъ существуетъ силой закона, когда человекъ признанъ душевнобольнымъ въ официальномъ порядкѣ, будучи подвергнутъ о с в и д ѣ т е л ь с т в о в а н і ю. Освидѣтельствованіе производится во врачебномъ отдѣленіи губернскаго правленія или на мѣстѣ (ст. 368, 372). Самая опека налагается: въ отношеніи крестьянъ—окончательно губернскимъ правленіемъ, въ отношеніи прочихъ сословій—Правительствующимъ Сенатомъ, по представленіи о томъ губернскаго правленія (ст. 374). Сенатъ требуетъ при этомъ, чтобы ему былъ представленъ не только актъ вопросовъ и отвѣтовъ (ст. 373), но свѣдѣнія объ имущественномъ и семейномъ состояніи душевнобольного. Благодаря этому, сенатъ имѣетъ возможность глубже проконтролировать правильность представленія губернскаго правленія. Что же касается сдѣлокъ душевнобольныхъ, необъявленныхъ таковыми официально, то ихъ сдѣлки предполагаются дѣйствительными, пока не будутъ оспорены (69/19), хотя бы путемъ свидѣтельскихъ показаній (73/1139, 77/209), и даже послѣ смерти душевнобольного (68/311).

4. *Ограничено-дѣеспособными признаются: а) расточители и б) несостоятельные.* *

а. Правда, дѣеспособность расточителей ограничена у насъ такимъ образомъ, что примѣняются правила о недѣеспособности малолѣтнихъ (ст. 302 Уст. Благ. и Безоп. и 98/104). Поэтому, въ частности, добровольная продажа недвижимаго имущества расточителя возможна лишь съ разрѣшенія сената⁴.

¹ См. пренія по поводу доклада Бринкмана въ Пгд. юрид. общ.: законодательство и практика по ограниченію дѣеспособности безумныхъ и сумасшедшихъ (Пр. 1910 г. № 6).

² См. слѣдующее примѣчаніе.

³ Р ю м е л и н ъ, Die Geisteskranken im Rechtsgeschäftsverkehr, Tübingen 1912. Иная нормировка въ Англии; для недѣйствительности сдѣлки душевнобольного необходимо, чтобы другая сторона знала о душевномъ недугѣ своего контрагента; также Нейбеккеръ (Haftung für Wort und Werk. Breslau 1910), который выступаетъ горячимъ защитникомъ 3-хъ лицъ, т. е. гражданского оборота. Ср. еще Юнгъ, Geschäftsabschluss mit nicht erkennbar Geisteskranken (Recht und Wirtschaft 1912 Oktober). См. рецензію М. Пергамента (въ В. Г. П. 1913 № 5 127).—О желательности новеллы, реформирующей законодательство о душевнобольныхъ, см. доклад Бринкмана въ Пгд. юрид. обществѣ (Пр. 1910 № 6).

* I. Покровскій. Проблема расточительства (Сб. пам. Шерш. 127). Зыковъ, О правѣ опекуна надъ расточителемъ совершать дѣла безъ его участія (Ю. В. 1877 III—IV), Волманъ, Завѣщательная дѣеспособность расточителей (В. П. 1905, № 9, 152). Шершеневичъ, Ученіе о несостоятельности. 1890.

⁴ Ст. 277 опред. судебн. департ. отъ 7-го сентября 1899 г. по д. Семенова и рѣш. 2-го деп. Прав. Сен. отъ 9 февраля 1910 г. по д. Козлова.—Ср. еще Исаченко, Обязательства, д стр. 126.

Но такое приравненіе расточителей къ малолѣтнимъ не проведено, однако, послѣдовательно. Малолѣтніе не въ правѣ оставлять завѣщаній; между тѣмъ право такое имѣютъ расточители (^{76/389}, ^{99/56})¹. Кромѣ того, расточители, въ отличіе отъ малолѣтнихъ, имѣютъ хотя и ограниченную процессуальную дѣеспособность (ст. 20 У. Г. С.; ^{90/66}). Указанныя ограниченія дѣеспособности расточителей наступаютъ, однако, не ранѣе признанія ихъ таковыми въ особомъ порядкѣ. Въ этомъ же порядкѣ возстанавливается ихъ дѣеспособность.²

Возникаетъ вопросъ, не слѣдуетъ ли относить наступленіе ограниченной дѣеспособности расточителей къ болѣе позднему моменту, чѣмъ признаніе,—послѣдующему учрежденію опеки надъ расточителями. Сенатъ послѣ довольно большихъ колебаній далъ все же неправильно отрицательный отвѣтъ (^{95/53}, ^{05/42})³. Законъ предписываетъ налагать за прещенія на имѣнія лицъ, признанныхъ расточителями, до момента учрежденія надъ ними опеки (ст. 301 Уст. благоч. и безоп. или же наложенія ареста (ст. 9 зак. 18 мая 1911 г. и ст. 1460¹⁶ У. Г. С.). Отсюда, указанные предупредительныя мѣры показываютъ, что для третьихъ добросовѣстныхъ лицъ моментомъ ограниченія дѣеспособности расточителей должно служить время учрежденія опеки, а не признанія лица расточителемъ.

Неясенъ вопросъ объ основаніи ограниченія дѣеспособности расточителей и въ связи съ этимъ вопросъ о лишеніи расточителя имущественной дѣеспособности (опека) или лишь ея ограниченіи (попечительство). Основаніемъ м. б. или интересъ расточителя и его семьи (семейный принципъ), или общая польза, интересъ общественный (публичный принципъ). По нашимъ законамъ въ основу института расточительства кладутся оба основанія.

Такъ, идея общей пользы, хотя и въ рамкахъ сословности, нашла себѣ признаніе въ возможности, по инициативѣ начальника губерніи, или губернатора, «предупреждать и пресѣкать роскошь безмѣрную и разорительную» (ст. 299 Уст. благоч. и безоп.) Далѣе, новый законъ объ учрежденіи опеки по расточительности надъ сельскими обывателями (зак. 18 мая 1911 г.), основанъ какъ разъ на данномъ принципѣ общественной пользы (ст. 3 указанного закона и кодифицированная уже ст. 1460¹³ У. Г. С.) Въ то же время подъ мотовствомъ законъ разумѣетъ обыкновенно безцѣльную и бесполезную трату имущества, грозящую нищетою расточителю и его семьѣ. Это показываетъ, что у насъ недостаточно ясно самое понятіе «расточительности».

Что касается сената, то онъ разумѣетъ подъ расточительностью цѣлый рядъ повторяющихся дѣйствій невыгоднаго пользованія имуществомъ для домашнихъ расточителя (^{10/220}), чѣмъ, повидимому, отвергаетъ принципъ общественной пользы.

Созданное сенатомъ понятіе расточительности не согласуется нынѣ съ тѣмъ, которое можно вывести, основываясь на мотивахъ къ закону 18 мая 1911 г.: расточительность есть

¹ Правда, такая практика сената можетъ вызывать сомнѣніе, ибо она противорѣчитъ ст. 1018, согласно которой духовныя завѣщанія дѣйствительны въ томъ случаѣ, если они составлены лицами, имѣющими по закону право отчуждать свое имущество; между тѣмъ, ст. 1383 говоритъ, что не дѣйствительна продажа, учиненная расточителями. На этомъ основаніи полагаютъ, что расточители не могутъ оставлять завѣщаній (Вольманъ). Правильнѣе, однако, согласиться съ сенатомъ, т. к. статья 302 Уст. благ. ограничиваетъ расточителей въ отчужденіи своего имущества и въ заключеніи всякаго рода обязательствъ, куда невозможно подвести завѣщаніе, какъ актъ на случай смерти, а ограничительный законъ не подлежитъ распространительному толкованію. Слѣдовательно, въ этомъ отношеніи ст. 302 должна примѣняться лишь въ тѣхъ предѣлахъ, которые установлены содержаніемъ самой статьи.—Иначе рѣшаетъ вопросъ проектъ (ст. 1384).

² 303 Уст. благ. и безоп. изд. 1916 г. Учрежденіе опеки надъ расточителями дворянами зависитъ отъ главныхъ начальниковъ губерній, а гдѣ ихъ нѣтъ—отъ собранія предводителей и депутатовъ дворянства; надъ не дворянами опеки учреждаются по «приговорамъ» губернскаго правленія (ст. 43 § 42 Учр. губ.). Опека надъ расточителями—сельскими обывателями учреждается судомъ (зак. 18 мая 1911 г.).

³ Противъ этого Исаченко, Обязательства, I стр. 128 и сл. Ограниченіе дѣеспособности не имѣетъ значенія для утвержденія акта старшимъ нотариусомъ, если актъ былъ совершенъ у младшаго нотариуса лицомъ дѣеспособнымъ и если переходъ права собственности не противорѣчитъ публичнымъ интересамъ, какъ напр. при расточительности (Розенблюмъ см. Арх. I. рѣш. ^{14/16}). О возможныхъ злоупотребленіяхъ при этомъ см. Ложнинъ (Ж. М. Ю. 1914, 10, 221 и сл.).

разорительное, рѣзкое нарушеніе хозяйственныхъ интересовъ ¹ и подъ расточительность подводится привычное пьянство ². Еще болѣе оно не согласуется съ уставомъ благочинія: расточительность есть безмѣрная роскошь, граничащая съ преступленіемъ. Вся эта несогласованность объясняется не только одновременностью самыхъ взглядовъ на расточительность, но и неясностью основанія ограниченія расточителя. Въ л и т е р а т у р ѣ высказанъ взглядъ, что расточительность или подходитъ подъ душевную болѣзнь и тогда она регулируется какъ душевная болѣзнь, или расточитель вовсе не долженъ быть ограниченъ, т. к. никто не имѣетъ права во имя государственной пользы ограничивать расточителя, врываться въ его частную жизнь (І П о к р о в с к і й). Такой взглядъ, продиктованный величайшимъ уваженіемъ къ человѣческой личности расточителя, упускаетъ изъ вниманія личность близкихъ расточителя. Расточительность нерѣдко вызывается порочнымъ образомъ жизни расточителя и государство обязано поэтому, во имя защиты личности близкихъ расточителя, ограничить его въ дѣеспособности (семейный принципъ, охрана близкихъ расточителя). Проектъ пошелъ слишкомъ далеко, когда вслѣдъ за германскими, а не романскими законодательствами, призналъ о п е к у по расточительности (также Ш. У. ст. 370). Слѣдовало бы представить суду право назначать попечителя, чѣмъ не стѣснялась бы рѣзко личность расточителя и въ то же время достиглась бы охрана интересовъ его семьи.

б. Несостоятельные ограничиваются лишь въ имущественной дѣеспособности, поскольку это необходимо въ интересахъ ихъ кредиторовъ, участвующихъ въ конкурсѣ (^{903/22}, ср. ^{06/30}). ³

Именно, эти кредиторы могутъ оспорить обязательную для себя силу заключенныхъ несостоятельнымъ сдѣлокъ (^{99/49}). ⁴ Ограниченіе дѣеспособности несостоятельныхъ наступаетъ съ момента о б ъ я в л е н і я судомъ лица несостоятельнымъ (ст. 21 У. Г. С. ^{75/164}), и лишь на время существованія к о н к у р с а (^{06/9}). Однако, и здѣсь, въ интересахъ третьихъ лицъ, признано что, до пропечатанія публикацій о несостоятельности, кредиторы не лишены права предъявлять иски къ должнику въ порядкѣ искового производства (^{79/366}, ср. ^{95/58}, ^{81/32}; иначе ^{74/869}).

Таковы основныя ограниченія дѣеспособности физическаго лица. Они безусловно необходимы какъ въ интересахъ самого челоѣка, какъ и гражданскаго правопорядка. Въ этомъ обнаруживается существенное различіе между ограниченіями дѣеспособности и ограниченіями правоспособности. Послѣднія для гражданскаго права даются извнѣ, первыя черпаютъ свою силу въ самомъ гражданскомъ правѣ.

IV. Дѣеспособность юридическаго лица.

1. *Юридическое лицо само по себѣ недѣеспособно, т. к. для дѣеспособности необходима воля, которой юридическое лицо не обладаетъ.*

Таковъ господствующій взглядъ. Правда, въ нѣкоторомъ условномъ смыслѣ можно было бы говорить о дѣеспособности союза, видя въ общей волѣ членовъ волю союза, но этого уже никоимъ образомъ нельзя сказать про учрежденія. Поэтому дѣеспособность юридическаго лица создается искусственно въ формѣ организации, представляющей юридическое лицо. Именно, о б щ е е с о б р а н і е членовъ образуетъ высшій органъ союза. Оно созывается правленіемъ, согласно предписанію устава. Общее собраніе постановляетъ о принятіи и исключеніи членовъ, избираетъ правленіе и разрѣшаетъ всѣ тѣ вопросы, которые не подлежатъ вѣдѣнію другихъ органовъ союза. Общее собраніе имѣетъ надзоръ за дѣятель-

¹ О разорительномъ нарушеніи хозяйственныхъ интересовъ говорить и циркуляръ министра внутр. дѣлъ отъ 11 іюня 1911 г. за № 35. Какъ широко понимаютъ расточительность сами крестьяне, см. Л е ж н и н ѣ (Ж. М. Ю. 1914, 10, 219).

² О привычномъ пьянствѣ, какъ самостоятельнымъ основаніи лишенія имущественной дѣеспособности пьяницы, говорить проектъ (ст. 7 и 4).

³ Хотя статья 770 говоритъ объ опредѣленныхъ случаяхъ ограниченія несостоятельныхъ, но она толкуется въ смыслѣ ограниченія вообще ихъ имущественной дѣеспособности (^{82/167} и ^{96/19}). Ср. З а б ѣ ж и н с к і й (В. П. 1916, 26, 621).

⁴ Но ни объявленный несостоятельнымъ, ни его наслѣдники не могутъ требовать признанія сдѣлокъ недѣйствительными (^{95/19}).

ностью органовъ управленія и можетъ ихъ уволить. Правленіе имѣетъ право и обязано сообразно полномочіямъ, предоставляемымъ ему уставомъ, вести дѣла союза и представляетъ его. Что касается организациі у ч р е ж д е н і й, то она опредѣляется учредительнымъ актомъ, и органы учреждений (они могутъ быть самые разнообразныя) представляютъ учрежденіе вонѣ согласно уставу. Такова въ общихъ чертахъ организациа юридическаго лица (подробнѣе ее даетъ Ш. У. стт. 60 и сл.). Наши законы говорятъ объ организациі отдѣльныхъ юридическихъ лицъ и не знаютъ, къ сожалѣнію, общихъ постановленій о юридическомъ лицѣ. Поэтому у насъ нѣтъ общихъ нормъ о правахъ членовъ союзовъ (иначе Ш. У. ст. 70 и сл.), и на практикѣ приходится каждый разъ рѣшать много важные вопросы примѣнительно къ уставамъ юридическихъ лицъ.

Признаніе юридическаго лица, какъ такового, недѣеспособнымъ (господствующее мнѣніе) неизбѣжно приводитъ къ положенію, что органы юридическаго лица суть его представители, подобно тому, какъ опекуны представляютъ недѣеспособныхъ же малолѣтнихъ.¹ Но такая конструкціа представителя юридическаго лица деликтной дѣеспособности. Это значитъ, что юридическое лицо не несетъ отвѣтственности за недозволенные дѣйствія своихъ органовъ, какъ не несетъ этой отвѣтственности малолѣтній за своихъ опекуновъ. Отсюда вступающей въ сдѣлку съ юридическими лицами, въ случаѣ неправильныхъ дѣйствій органовъ, можетъ искать убытки только съ нихъ (личная отвѣтственность представителей), что подрываетъ довѣріе въ оборотѣ къ юридическому лицу. Поэтому правильно поступило Ш. У. (ст. 55), которое признало отвѣтственность юридическаго лица за недозволенные дѣйствія своихъ органовъ, если только органы совершили эти недозволенные дѣйствія въ качествѣ именно органовъ (установить это дѣло практики). Но само собой понятно, что отвѣтственность юридическаго лица не исключаетъ тѣмъ самымъ рядомъ съ личной, деликтной же отвѣтственности органовъ какъ частныхъ лицъ, и не только имущественной, но и уголовной.² Если же признать деликтную отвѣтственность юридическаго лица, то это уже значитъ отбросить конструкцію представительства и рассматривать органы юридическаго лица, какъ часть самаго же юридическаго лица. т. е. признать юридическое лицо, какъ таковое, дѣеспособнымъ. Поэтому Ш. У. (ст. 54) послѣдовательно, когда признаетъ юридическихъ лицъ дѣеспособными, какъ только образованы органы, необходимыя для этого, согласно закону и уставу. Напротивъ, проектъ придерживается конструкціи представительства (ст. 23), почему по сдѣлкамъ, совершеннымъ съ превышеніемъ полномочій, юридическое лицо не несетъ отвѣтственности (ст. 24). Деликтную дѣеспособность слѣдовало бы, по крайней мѣрѣ, признать для тѣхъ юридическихъ лицъ, которыя въ оборотѣ стремятся приобрести большую прочность, довѣріе или обладаютъ значительной экономической силой.³

2. Не совсѣмъ ясенъ вопросъ, можетъ ли быть ограничена дѣеспособность юридическаго лица.

Если придерживаться господствующаго воззрѣнія, что юридическія лица сами по себѣ лишены дѣеспособности, то, очевидно, отпадаетъ самый вопросъ объ ограниченіи дѣеспособности юридическаго лица. Но если признать, что органы юридическаго лица есть часть лица, а не только его представители, то можно говорить объ ограниченіи дѣеспособности юридическаго лица. Въ этомъ смыслѣ понятно, напр., ограниченіе дѣеспособности городского общественнаго банка городскимъ

¹ Въ Англіи обосновываютъ деликтную отвѣтственность корпорацій по аналогіи съ отвѣтственностью хозяевъ за своихъ слугъ (Виноградовъ, Очерки, 49). Однако, такимъ рѣшеніемъ вопросъ, очевидно, далеко не исчерпывается.

² Hafter, I S. 185. и сл. Понятно, что упущенія органовъ юридическаго лица и вообще недозволенные ихъ дѣйствія не освобождаютъ юридическое лицо отъ отвѣтственности передъ третьими лицами, при условіи добросовѣстности этихъ лицъ.

³ Кассационный судъ (Reichsgericht) призналъ правильнымъ рѣшеніе суда, что университетъ (рѣчь идетъ о Боннскомъ университетѣ) отвѣчаетъ за небрежность своихъ профессоровъ при производствѣ демонстрацій надъ больными. Но здѣсь отвѣтственность университета конструируется по образцу отвѣтственности хозяевъ за не надлежащій выборъ своихъ служащихъ. слѣдовательно, нѣтъ деликтной отвѣтственности юридическаго лица, какъ такового. — у насъ за деликтную отвѣтственность города высказывается Г о р е н б е р г ъ (Пр. 1916 № 24, 1390).

управленієм, согласіе котораго въ нѣкоторыхъ случаяхъ требуется для сдѣлокъ банка¹. Отъ сказаннаго слѣдуетъ отличить ограниченную дѣеспособность отдѣльныхъ органовъ того же самаго лица. Такъ, напр. правленіе акціонерной компаніи недѣеспособно къ осуществленію полномочій, предусмотрѣнныхъ ст. 2182, даже если бы общее собраніе делегировало свои полномочія (¹⁴/₁). Делегация возможна по англо-американскому праву и невозможна, съ незначительными исключеніями, по континентальной практикѣ (подробнѣе В о р м с ь, Арх. I 3).

§ 9. ЛИЧНЫЯ ПРАВА.*

1. *Право лицъ не есть только право личности, но и тѣ права, которыя связаны съ этой личностью, какъ таковой (личныя права).*

Постановленія о правоспособности и дѣеспособности лицъ, началъ ихъ и концѣ, образующія въ общей совокупности понятіе и содержаніе юридической личности, различны въ каждомъ законодательствѣ, и нѣтъ единой юридической личности. Но если въ каждомъ законодательствѣ имѣются постановленія о правѣ личности, болѣе или менѣе сгруппированныя, то личныя права, какъ это ни странно, слабо разработаны. Имъ даже не отводится отдѣльнаго мѣста въ кодексахъ, какъ будто личныя права имѣютъ для человѣка второстепенное значеніе. Здѣсь, повидимому, сказалось вліяніе римскаго права² и пандектной системы. И лишь въ Шв. уложеніи сдѣлана первая попытка создать цѣльный отдѣлъ о правѣ лицъ (ст. 11 и сл.)³. Но несомнѣнно, что будущіе гражданскіе кодексы включаютъ личныя права въ систему, и эти права будутъ привлекать въ ней вниманіе законодательства практики и науки самымъ живымъ образомъ.⁴

Къ сожалѣнію, до настоящаго времени далеко не выяснены ни понятіе, ни содержаніе, ни природа личныя правъ. 1) Несомнѣнно, что личныя права должны быть отнесены къ абсолютнымъ правамъ въ томъ смыслѣ, что лицу дается защита противъ всѣхъ и каждого, что всѣ кромѣ управомоченнаго, суть пассивные субъекты, обязанные воздерживаться отъ опредѣленныхъ дѣйствій. Здѣсь нѣтъ, какъ при относительныхъ правахъ, индивидуализированнаго, опредѣленнаго лица. Но далѣе, спорно, обнимаютъ ли личныя права въ то же время и права исключительныя, въ смыслѣ монопольности

¹ Указанная идея ограниченія дѣеспособности юридическаго лица не понята сенатомъ къ его рѣшенію ¹⁴/₂, и дано, поэтому, неправильное толкованіе. Нѣсколько иначе относится въ данному рѣшенію и Генкинъ (Арх. I 7). О процессуальной дѣеспособности монастырей и церкви, см. рѣш. 14 янв. 1916 г. (В. П. 1916, 11, 290).

* Литература указана въ примѣчаніяхъ къ этому параграфу. У насъ нѣтъ ни одной монографіи, посвященной въ цѣломъ вопросу о личныя правахъ.

² Личныя права, какъ имущественныя права, не могли быть оцѣнены на деньги, и не подлежали защитѣ.

³ Въ качествѣ внутренняго основанія объединенія нормъ, опредѣляющихъ положеніе лица, какъ такового, Губеръ указываетъ на расширеніе правъ личности. Это расширеніе въ наше время достигло такихъ размѣровъ, что нельзя уже ограничиваться нормами о лицѣ, какъ только субъектѣ права, не излагая въ то же время его личныя правъ.

⁴ Къ этому побуждаетъ все болѣе и болѣе развивающееся въ современномъ обществѣ чувство личности. О ростѣ личности въ трехъ направленіяхъ см. Покровскій, Основн. проблемы гражд. права (реценз. А. Нольде въ В. Г. П. 1916, 2, 161 сл.). Выдвигается идея личности на ея правѣ, а не изъ милости государства. Однако, формально неотъемлемыхъ правъ личности пока все же нѣтъ (о неприкосновенности т. н. приобретенныхъ правъ см. В. Г. П. 1915, 7, 47, 45 сл. Пр. 1915, 1990). Зато право нынѣ удѣляетъ болѣе вниманія конкретной личности, т. е. защитѣ нѣкоторыхъ проявленій индивидуальности cadaго человѣка.— Къ вопросу о принудительной операциі см. Пр. 1916, 1113, о косвенномъ принужденіи къ леченію ¹⁵/₂₆ (Арх. I о а н и с ь). Наконецъ, любопытенъ вопросъ о правѣ человѣка на существованіе (ср. В. П. 1916, 40, 950), какъ личномъ гражданскомъ правѣ человѣка, въ связи съ вопросомъ о сохраненіи за должникомъ права на минимумъ средствъ для его существованія (Покровскій, см. Новицкій въ В. Г. П. 1916, 6, 87).— Къ правамъ личности слѣдуетъ относить и право неприкосновенности жилища (ср. Шатуновскій Ж. М. Ю. 1915, 2, 97), т. н. домовое право.

ихъ, каковыми являются, напр., авторскія права, права на изобрѣтенія и т. д. Правильнѣе держаться болѣе широкаго понятія личныхъ правъ, включая въ нихъ и исключительныя права,¹ тѣмъ болѣе, что важна не исключительность правъ, а связь ихъ съ личностью.

2) Несомнѣнно, далѣе, что личныя права суть права, связанныя съ личностью, но и здѣсь возникаетъ вопросъ, какъ далеко идетъ эта связь. Достаточно ли всякой связи или только такой, при которой личныя права неразрывно связаны съ личностью, вслѣдствіе чего они по общему правилу не передаваемы. И здѣсь болѣе предпочтительно широкое пониманіе личныхъ правъ. Ихъ передаваемость, какъ и передача пользованія ими, возможны въ исключительныхъ случаяхъ, если это не противорѣчитъ праву и нравственности (ср. Ш. У. ст. 27).

3) Далѣе, личныя права суть неимущественныя права, хотя бы они имѣли имущественное значеніе для управомоченнаго лица, напр., личное авторское право.² Поэтому они не передаваемы по наследству и не подлежатъ давности. Но неимущественная природа личныхъ правъ не препятствуетъ совершенію въ отношеніи ихъ нѣкоторыхъ сдѣлокъ.³

Спорно и самое существованіе личныхъ правъ, какъ гражданскихъ правъ. Однако, нынѣ цѣлый рядъ авторитетныхъ ученыхъ (Регельсбергеръ, Дербургъ, Гирке, Салейль и др.) признаютъ личныя права гражданскими, т. е. частными правами⁴. Дѣйствительно, защита указанныхъ правъ уголовнымъ судомъ, какъ публичныхъ правъ, не исчерпываетъ всегда содержанія и значенія личныхъ правъ для субъекта, какъ частнаго лица. На этотъ путь признанія личныхъ правъ гражданскими правами вступило и передовое законодательство. Такъ, германское уложеніе признало личнымъ правомъ право на имя (ст. 12). Еще далѣе пошло Ш. У., которое прямо дало исковую защиту всѣмъ личнымъ правамъ (ст. 28). Именно, если личныя права противозаконно нарушаются, то возможно предъявить искъ объ устраненіи и нарушеніи (ст. 28 п. 1). При чемъ для такой защиты не требуется чтобы нарушеніе было виновнымъ, т. е., искъ вытекалъ изъ правонарушенія (деликтный искъ (искъ изъ правонарушенія) о возмѣщеніи убытковъ или объ уплатѣ денежной суммы въ качествѣ нравственнаго удовлетворенія (ст. 28 п. 2).

Что касается нашихъ законовъ, то имъ извѣстны нѣкоторыя личныя права, какъ право на свободу, жизнь, здоровье, честь, трудоспособность, но они рассматриваютъ эти права съ точки зрѣнія деликтной защиты и, болѣе того, какъ права на содержаніе (алименты). Это послѣднее обстоятельство почти сводитъ на нѣтъ защиту личныхъ правъ. Такъ, если оскорблена женская честь, то оскорбленная въ правѣ требовать себѣ содержаніе, если она не

¹ Гирке противъ Колеръ, *Die Idee des geistigen Eigentums*. (Arch f. civ. Praxis) Bd. 82 (см. Агарковъ, Право на имя, 73). Въ личномъ авторскомъ правѣ защищается идеальныи интересъ автора. Правда, имущественный интересъ присущъ авторскому праву, но въ личномъ авторскомъ правѣ онъ не доминируетъ. Далекое не сразу было признано личное авторское право. Еще труднѣе прививается мысль о личномъ правѣ изобрѣтателя, въ частности о его правѣ быть указаннымъ въ патентѣ, выданномъ на чужое имя (*Erfinderehre*). Право это признано англо-американскимъ законодательствомъ, австрійскимъ и др. (Хейфецъ, Личныя права изобрѣтателя въ В. П. 1916, №№ 20 и 22). Искъ о признаніи авторства, какъ и искъ о признаніи права изобрѣтенія, суть иски, защищающіе личныя права.

² Имущественныя права тѣ, которыя принадлежатъ къ кругу отчуждаемыхъ правъ, или хотя и неотчуждаемы, но возникли путемъ распоряженія изъ неотчуждаемыхъ правъ (Зомъ, см. Ю. Б. 40 ств. 111). Напротивъ личныя права, какъ неимущественныя, неотчуждаемы.

³ Perreau. *Les droits de la personnalité* (Revue trimest. de droit civil 1909). См. подробнѣе Агарковъ, Право на имя (Сб. Пам. Шерш. 83).

⁴ Литература указана въ монографіи Шпеккена, *Die Persönlichkeitsrechte* и въ комментаріи Эггена, 29 и 30, *Gmür'a* (Hafters, ст. 29 и 30).

⁵ Иначе въ Германскомъ уложеніи. Кромѣ защиты правъ на имя (ст. 12), остальные личныя блага охраняются въ порядкѣ ст. 823 деликтной защитой, т. е. не имѣютъ полной защиты.

имѣетъ средствъ (ст. 663, 664). Отсюда ясно, что сама по себѣ женская честь, какъ личное право, не защищается. Однако, права на алименты все же личныя права (Синайскій, Арх.).

2. *Личныя права суть абсолютныя, неимущественныя права, связанныя съ личностью и пользующіяся исковой защитой, какъ гражданскія права.*¹

Хотя личныя права преимущественно принадлежатъ людямъ, ибо только люди имѣютъ такія блага какъ жизнь, здоровье, свобода, честь, трудоспособность и т. д., но и юридическія лица обладаютъ нѣкоторыми личными правами, какъ-то, честью, правомъ на имя и т. д.²

3. *Наибольше разработано въ законодательствѣ и наукѣ личное право на имя.*

При чемъ, защита имени дается не только вслѣдствіе правонарушенія, причиненія убытковъ (деликтная защита), но и съ точки зрѣнія защиты права на имя, какъ такового. Такъ, право на имя есть по существу право на социальное обособленіе своей индивидуальности, право быть самимъ собой.

Поэтому правильно поступаетъ Ш. У., которое не требуетъ для защиты имени въ указанномъ смыслѣ не только наличности убытковъ, но и какого либо интереса. Отсюда ясно, что право на имя защищается какъ таковое, какъ личное право. Самый искъ носить названіе иска о признаніи права на имя, если это право къмъ либо оспаривается (ст. 29 п. 1). При чемъ, право на защиту имени, въ смыслѣ фамиліи, принадлежить и родственникамъ лица (по франц. судебной практикѣ).³ Но защита праву на имя дается и въ томъ случаѣ, когда кто либо неправомѣрно пользуется чужимъ именемъ. Защита противъ неправомѣрнаго пользованія не предполагаетъ непременно виновности (деликтная защита), но требуется нарушеніе интереса въ лица причиненіемъ ему матеріальнаго или моральнаго ущерба (Ш. У. ст. 29). Неправомѣрное пользованіе выражается не только въ присвоеніи имени, но и въ другихъ формахъ, напр. въ обозначеніи именемъ лица товара. Наконецъ, возможенъ искъ не только о прекращеніи неправомѣрнаго пользованія именемъ, но искъ о предупрежденіи въ будущемъ нарушенія права на имя (ст. 12 Г. У. п. 2). Все изложенное показываетъ, что право на имя есть дѣйствительно гражданское право.

Къ сожалѣнію, наши законы, хотя и употребляютъ нерѣдко имя, какъ способъ обозначенія личности, но не говорятъ, считаютъ ли они его гражданскимъ правомъ. Тѣмъ не менѣе, въ отдѣльныхъ случаяхъ можно найти на это нѣкоторыя указанія.⁴ Такъ, жена не только именуется по мужу,⁵ но это именованіе составляетъ ея право (ст. 101), которое, какъ гражданское право, подлежитъ по сенатской практикѣ защитѣ гражданскаго суда. Сенатъ идетъ такъ далеко, что не признаетъ за мужемъ права лишить разведенную жену приобрѣтеннаго права—фамиліи мужа.⁶

Наши законы не говорятъ также о присоединеніи имени (фамиліи), напр., жены къ фамиліи мужа и наоборотъ, хотя въ жизни это нерѣдко встрѣчается, ни о перемѣнѣ имени.

Иначе поступаетъ Ш. У. (ст. 30). Оно не только подробно регулируетъ этотъ вопросъ, но и предоставляетъ лицу, коему перемѣной имени нанесенъ ущербъ, оспаривать судебнымъ порядкомъ такую перемѣну въ теченіе одного года, послѣ того

¹ Опредѣленіе личныя правъ представляетъ большія трудности. Направлены ли они на сохраненіе неприкосновенности личныя блага или и еще на что либо, напр. на использование ихъ. Но во всякомъ случаѣ не слѣдуетъ опредѣлять личныя права какъ господство лица надъ самимъ собой.

² Агарковъ, 89. Спорно распространяется и ст. 12 Г. У. и на юридическія лица.

³ Право на имя конструируется въ французской практикѣ какъ право собственности особаго рода. Разумѣется, это неправильно. Право на имя есть личное право. Противъ признанія права на имя гражданскимъ правомъ Планіоль (см. Агарковъ, 74).

⁴ За признаніе у насъ права на имя личнымъ гражданскимъ правомъ стоитъ Вормсъ (П. Т. К. I 247; противъ Агарковъ, 73).

⁵ Слово «именуется» въ смыслѣ фамиліи см. Гойхбаргъ (Пр. 1914, № 37).

⁶ Проектъ лишь упомянулъ о правѣ на имя (ст. 4), не разработавъ даннаго права.

как онъ узнаеть о перемѣнѣ (ст. 30 п. 3)¹. Проектъ также ничего не говоритъ о перемѣнѣ имени. Между тѣмъ, вопросъ этотъ затрагиваетъ существенно человѣческіе интересы.² Ничего не говоритъ проектъ и о псевдонимѣ, какъ гражданскомъ правѣ. Псевдонимъ есть обозначеніе лица въ какой либо опредѣленной сферѣ его дѣятельности, б. ч. въ литературной, артистической³. Поэтому въ противоположность гражданскому имени псевдонимовъ у лица м. б. нѣсколько. При этомъ спорно, достаточно ли для приобрѣтенія права употребленія псевдонима одинъ разъ (Oret) или необходимо неоднократное его употребленіе, чтобы лицо приобрѣло такимъ образомъ индивидуальность (Ferreaux, Kohler)⁴. Нѣтъ основанія не признавать субъектомъ псевдонима и юридическое лицо⁵.

Наши законы упоминають о псевдонимѣ въ авторскомъ правѣ, но и только (см. автор. право). Несомнѣнно, однако, что псевдонимъ въ авторскомъ правѣ у насъ приобрѣтается и однократнымъ его употребленіемъ; слѣдуетъ допустить и псевдонимъ автора юридическаго лица и защиту псевдониму, хотя у насъ не указано, какъ и кто защищаетъ псевдонимъ. Въ частности, остается открытымъ, возможна ли защита псевдонима по довѣренности, но нѣтъ основаній не допустить ея. Псевдонимъ надо отличать отъ анонима, коимъ обыкновенно авторъ сохраняетъ свое инкогнито, и отъ ложнаго имени, коимъ какое либо лицо пытается открыть свое настоящее имя. Псевдонимъ стоитъ рядомъ съ именемъ; ложное же имя замѣняетъ. Далѣе, право на имя надо отличать отъ права на фирму. Фирменное право слѣдуетъ признать личнымъ правомъ (вообще спорно) только въ томъ случаѣ, если подъ фирмой разумѣется торговое имя купца, а не предпріятія. Только въ этомъ случаѣ фирма, какъ личное право, не переходитъ въ другія руки (принципъ истинности фирмы).

Вотъ почему Швейцарское обязательственное право (ср. ст. 866, 872, 874), при переходѣ фирмы въ другія руки, требуетъ измѣненія фирмы, допуская только упоминаніе о преемственности предпріятія. Напротивъ, по германскому праву. (ср. ст. 22 Н. Г. В.) допускается свободный переходъ по договору и наслѣдству (принципъ свободного образованія фирмы); также и нашъ проектъ (ст. 1337).

Въ дѣйствующемъ законодательствѣ вопросъ о фирмѣ споренъ. Однако, правильнѣе считать фирму именемъ купца, а не предпріятія.⁶

Наконецъ право на имя (быть самимъ собой) надо отличать и отъ права на честь. Существуютъ также личныя права въ семейственномъ правѣ (см. тамъ).

Глава III. Объекты права.

§ 10. ПОНЯТІЕ ОБЪЕКТА, ИЛИ ИМУЩЕСТВА ВЪ ПРАВѢ.* НЕДВИЖИМЫЯ И РОДОВЫЯ ИМУЩЕСТВА.

Осуществляя свою правоспособность, субъекты, или лица въ правѣ (§§ 7—8) становятся въ самыя разнообразныя юридическія отношенія другъ къ другу.

¹ Перемѣна имени возможна по серьезнымъ уважительнымъ мотивамъ, опредѣляемымъ по субъективному масштабу (ст. 30 Ш. У. см. комментарий Эггена и Гмюра (къ ст. 29 у Hafter), также Erläuterungen Губера I 68 и сл.).

² Въ частности, нынѣ, въ связи съ войной, издавъ въ Англии указъ, запрещающій иностранцамъ, подданнымъ непріятельскихъ государствъ, мѣнять свои имена (ст. Ж. М. Ю. 1914. 10, 311).

³ Возможенъ псевдонимъ и для путешественника (Ср. Hafter въ комментарий Гмюра I 127). Псевдонимъ защищается въ швейцарскомъ правѣ (OR. Art. 49, иначе думаетъ Hafter, тамъ же, стр. 127).

⁴ У насъ Агарковъ, 88. Едва ли можно дать общее правило по указанному вопросу. Въ литературной дѣятельности достаточно употребить псевдонимъ одинъ разъ, чтобы создать индивидуальность автору въ особенности при выдающейся работѣ. Напротивъ, въ артистической дѣятельности скорѣе требуется неоднократное употребленіе, чтобы фиксировать псевдонимъ артиста.

⁵ Такъ, во французской практикѣ, спорно въ германскомъ правѣ (Агарковъ, 89).

⁶ См. ниже фирменное право. Даниловъ въ В. Г. П. 1916.

* Гриммъ. Къ ученію объ объектахъ правъ (В. Пр. сент.-окт. 1905). П о б ѣ д о н о с ц е в ѣ, Курсь, I § 3 и сл. Д ю в е р н у а, Чтенія, I 602. К а с с о, Русское поземельное право. Г а м б а р о в ѣ, Курсь I (Пгд. 1911) 571.

Какъ участники этихъ отношеній, они обладаютъ, поэтому, правами и несутъ обязанности.

1. *Предметъ, относительно котораго устанавливаются права и обязанности лицъ, и есть объектъ права.*

Такимъ объектомъ являются, очевидно, дѣйствія лицъ. Не говоря уже объ обязательствахъ, которыя состоятъ въ обязанности лица и соответствующемъ правѣ другого, но и въ такомъ правоотношеніи, какъ собственность, объектъ права составляютъ дѣйствія всѣхъ третьихъ лицъ не мѣшая собственнику о т р и ц а т е л ь н ы я дѣйствія). По господствующему мнѣнію объектомъ права считаются, однако, и вещи; такъ, напр., въ правѣ собственности на домъ объектъ права есть самый домъ. Господствующее мнѣніе соответствуетъ обычнымъ нашимъ представленіямъ и потому оно невольно подкупаетъ своего наивной реальностью. Но наши обычные представленія могутъ не соответствовать юридическимъ представленіямъ, и потому одно соответствіе не есть еще доказательство въ пользу признанія вещей объектами права. Гораздо серьезнѣе доказательство, чисто юридическое, что порядокъ опредѣляетъ не только отношенія лицъ, но и предѣлы, въ коихъ долженъ дѣйствовать собственникъ въ отношеніи вещей. Въ этомъ случаѣ на сцену выступаетъ публичный моментъ, а не частно-правовой. Такъ напр., порядокъ можетъ запретить собственнику бессмысленно уничтожать свою вещь, въ особенности если такое уничтоженіе, какъ напр., сожженіе вещи, грозитъ общественному благу. Границы собственности въ публичномъ интересѣ устанавливаются такимъ образомъ отношеніе собственника къ вещи, и въ этомъ смыслѣ объектомъ права становятся и вещи¹. Признаніе вещи объектомъ права не означаетъ, однако, что всякій физическій предметъ есть вещь въ правѣ. Съ одной стороны, подъ понятіе вещи не подойдутъ всѣ предметы, которые, какъ напр., солнце, не доступны человѣческому обладанію, а равно и тѣ, которые порядокъ изъялъ, какъ говорятъ, изъ гражданскаго оборота (внѣоборотныя вещи).

Изъятіе вещей изъ оборота (вещи внѣоборотныя), дѣлается по различнымъ соображеніямъ.² Такъ, 1) по соображеніямъ государственнымъ должны быть отнесены къ вещамъ внѣоборотнымъ, напр., фальшивыя монеты, запрещенныя цензурой книги, рисунки, ноты, иностранныя игральныя карты. Неточно, однако, считать вещами внѣоборотными тѣ вещи, которыя хотя и находятся въ собственности государства или общественныхъ учреждений, но предназначены для общаго пользования, наприм., большія дороги, площади, озера, судходныя рѣки (ср. ст. 406 и сл.)³. Въ этихъ случаяхъ рѣчь идетъ объ ограниченіяхъ права собственности, 2) По соображеніямъ религіознымъ: овященные предметы богоговѣнія православной церкви (наприм., иконы, кладбища, жалованные духовнымъ лицамъ пантеи и кресты). 3) По естественнымъ причинамъ: воздухъ, вода проточная и морская, солнечный и лунный свѣтъ и т. д. Такимъ образомъ, понятіе внѣоборотной вещи должно быть противопоставлено понятію оборотной вещи, или, что то же, объекту права (терминологія эта неудачна).

Съ другой стороны—вещами считаются силы природы, напр., электричество⁴. Наконецъ, не только дѣйствіе (права и обязанности) и вещи (также силы природы),

¹ Указаннаго средняго мнѣнія держатся Берингъ, Дербургъ, Колеръ, Регельсбергеръ и др. См. Регельсбергеръ. 26,

² Анненковъ, Система, I 366. Гамбаровъ, Курсъ, I 580. Huber. Syst. III 11-17. Неточенъ Гамбаровъ, когда онъ говоритъ о пассивной правоспособности вещи (стр. 586).

³ Правильно Ш. У. (ст. 664 и, 2) подчеркиваетъ, что подъ публичными вещами разумются только тѣ, которыя не находятся въ чьей либо собственности. Государственнымъ верховенствомъ опредѣляется правовой положеніе такихъ вещей, какъ и безхозяйныхъ (res nullius). Такимъ образомъ рѣчь идетъ не о частной собственности государства, а о публичной-оправовой (Губеръ, Объясн. II 353). Къ сожалѣнію, проектъ не различаетъ указанныхъ понятій.

⁴ Электричество, какъ объектъ права, см. Гавриловъ (Ю. В. 1914, VII-VIII, 287, 293); здѣсь же литература. Сенатъ приравниваетъ электричество къ матеріальной вещи (Ук. 12 сент. 1902 г. № 5147), съ чѣмъ нельзя согласиться. Ш. У. (ст. 713) говоритъ о силахъ природы, которыя могутъ быть подчинены правовому господству и не принадлежать къ недвижимостямъ. См. Объясненія Губера II, 116 и сл. D e r n b u r g, Deutsche Juristenzeitung, 1896 s. 473.

но и личныя блага челоуѣка (свобода, здоровье, жизнь, честь и т. д.) составляютъ объектъ права.¹

Наши законы для обозначенія «вещи», какъ объекта права, пользуются терминомъ и имуществомъ². При чемъ, различаютъ дѣйствія (права и обязанности) и вещи (физическіе предметы). Первые они называютъ долговымъ имуществомъ, вторыя—наличнымъ имуществомъ. Къ первымъ относятъ обязательственныя права (ст. 418, ^{83/64}, ср. ^{79/317}), иски обязательственные (ст. 419) и вещныя (^{70/545}), также исполнительные листы по нимъ (^{08/82}). Ко вторымъ—физическіе, или тѣлесные предметы (точнѣе, вещныя права на нихъ, ср. ст. 416).³

2. Среди дѣленія вещей, или имущества, главное мѣсто занимаетъ и нынѣ безспорно дѣленіе ихъ: а) на недвижимыя и б) движимыя.⁴

Это правильно, несмотря на возросшее значеніе капитала. Значеніе этого дѣленія настолько велико, что оно сказывается во всѣхъ областяхъ права гражданскаго.⁵ Система укрѣпленія правъ на недвижимость, ихъ обращаемость въ гражданскомъ оборотѣ,⁶ различіе въ объемѣ правъ опекуна и въ порядкѣ наслѣдованія недвижимостями и движимостями, все это и многое другое говоритъ о важности даннаго дѣленія имущества. Въ частности ограниченія правоспособности лицъ тѣсно связаны съ обладаніемъ недвижимостями. Отсюда, въ высшей степени важно установить правильныя критеріи для отличія недвижимости отъ движимости. Такой критерій видѣли раньше въ возможности перемѣщенія вещи безъ утраты своей цѣлости и вида, короче—безъ поврежденія. При успѣхахъ современной техники въ перемѣщеніи предметовъ, указанный критерій нельзя считать вполне надежнымъ. Поэтому, современное право выдвигаетъ новый критерій—понятіе недвижимости, какъ земли и всего того, что является ея составной частью.

Наши законы, перечисляя примѣрно недвижимость и движимость (стт. 384 и 401), не даютъ общаго критерія для отличія недвижимыхъ имущества отъ движимыхъ. Однако, изъ сопоставленія отдѣльныхъ статей (ст. 384, 386 и 401) этотъ критерій можно вывести: недвижимое имущество—это земля и

¹ Объ интересѣ, какъ объектѣ права, см. Виноградовъ, Очерки 52; о дѣловыхъ секретяхъ и шансахъ, фактическихъ моментахъ В. Г. П. 1915 139, ср. 26—42. Нѣкоторые (Гедеманъ, 28) думаютъ, что въ семейномъ правѣ объектомъ является непосредственно челоуѣкъ, напр., ребенокъ въ спорѣ о немъ. Но въ данномъ пониманіи сказывается старое воззрѣніе, что предметъ права составляютъ вещи, а не дѣйствія лицъ. На самомъ дѣлѣ споръ идетъ о томъ, чтобы устранить дѣйствіе третьяго лица на ребенка.

² Именно, въ смыслѣ единичной вещи, а не совокупности вещей (см. однако ст. 1010, 1104, 1513, 1670). Терминъ имущество указываетъ на идею цѣности, блага, bien (Planio I 663), bona, «добра» (П. Т. К. 4 Ельяшевичъ). На терминологіи нашего права, сказано такимъ образомъ вліаніе французскаго права, а не австрійскаго съ его противоположеніемъ объекта субъекту (Австр. Ул. ст. 285 и сл.). Правильно замѣчаетъ Виноградовъ (стр. 53), что имуществомъ именуется тѣ объекты права, которые обладаютъ рыночной цѣнностью. Поэтому честь, свободу, какъ объектъ права, нельзя называть имуществомъ.

³ Дѣленіе на наличныя имущества и долговыя (спорный вопросъ въ нашей доктринѣ, Анненковъ), соответствуетъ дѣленію на тѣлесныя и нетѣлесныя вещи, но не вполне совпадаетъ съ римскимъ дѣленіемъ, т. к. всѣ вещныя права, кромѣ собственности, относились въ Римѣ къ нетѣлеснымъ вещамъ. Проектъ правильно отбрасываетъ дѣленіе вещей на долговыя и наличныя, какъ не имѣющее серьезнаго значенія и чисто доктринальное, хотя и не всегда послѣдователенъ (см. объясн. къ ст. 31). Германское уложеніе подъ вещами разумѣетъ только тѣлесные предметы (ст. 90). Мейчикъ, Наличныя и долговыя имущества (В. П. 1912 № 43).

⁴ Ельяшевичъ, О движимыхъ имуществахъ (П. Т. К. II 140), о золотыхъ приискахъ и горныхъ отводахъ (П. Т. К. II 160), о недвижимыхъ имуществахъ (П. Т. К. II 16), О принадлежностяхъ (П. Т. К. II 82). Савельевъ, О принадлежностяхъ недвижимыхъ имѣній (Ю. В. 1877 №№ 11 и 12). Ельяшевичъ, Отчужденіе составныхъ частей земельного участка (П. 1913 №№ 25, 26). Литературу о зданіяхъ на чужой землѣ см. Ельяшевичъ (П. Т. К. II 16), и ниже у насъ. Мейчикъ, Къ понятію принадлежности (В. П. Н. 1913, № 5).

⁵ Нубер, Syst. IV, 681 см. также Ю. В. X 90.

⁶ Впрочемъ, указанное различіе въ обращаемости движимыхъ и недвижимыхъ вещей нынѣ нѣсколько ослаблено, благодаря т. н. мобилизаціи недвижимостей, т. е. обращенію въ гражданскомъ оборотѣ недвижимостей наравнѣ съ движимостями. О мобилизаціи недвижимости см. Бар. Фрейтагъ-Лоринговенъ, Матеріальное право проекта вотчиннаго устава. Т. II. (Юрьевъ 1914) стр. 429, 434 прим. литературу.

все, что является ее составной частью (П. Цитович)¹. Сенатъ же придерживается неправильной, отжившей точки зрѣнія, понимая подъ недвижимостью все то, что невозможно перемѣстить безъ утраты цѣлости и вида вещи (⁷⁴/₅₁₅). Итакъ, чтобы ясно представлять себѣ недвижимыя имущества, необходимо выяснитъ, всѣ ли земли суть недвижимости, и что такое составная часть.

1) Подъ «землями» въ нашихъ законахъ надо понимать участки не только пахотные, но и всякіе сельскохозяйственные (угодья)², а равно и тѣ земли, на которыхъ находятся строенія: дома (для жилья), заводы и фабрики (для промышленности), лавки (для торговаго помещенія), желѣзныя дороги (для желѣзнодорожныхъ сооружений). Неясенъ вопросъ, всякія ли строенія суть недвижимое имущество? Постоянныя строенія для всякаго рода надземныхъ и подземныхъ сооружений, а не для переходящихъ, временныхъ цѣлей, правильно относятъ къ недвижимостямъ (⁷⁵/₇₀₃). При чемъ, временныя строенія должны имѣть своимъ основаніемъ не субъективное намѣреніе лица, построившаго ихъ, а хозяйственную цѣлостность строенія и земли, объединяющую то и другое. Эта цѣлостность не исключаетъ возможности объединенія строенія и земли, принадлежащихъ разнымъ собственникамъ. Но сенатъ послѣ значительныхъ колебаній признаетъ строенія постоянныя и временныя на чужой землѣ движимостью (¹⁰/₄₈, ¹⁴/₂₅ и др.)³. Наши законы относятъ къ недвижимостямъ строенія чиншевика (зак. 24 дек. 1912); о строеніяхъ застройщика см. право застройки. *

Среди недвижимыхъ имуществовъ нынѣ особо выдѣлено такъ называемое земельное (внѣгородское) имущество (зак. 3 іюня 1912 г., ст. 1128 т. X ч. 1). Именно, наслѣдственная доля женщинъ опредѣлена въ размѣрѣ $\frac{1}{7}$ земельного (внѣгородскаго) имущества. Понятіе земельного имущества уже понятія недвижимаго имущества, т. к. земельное имущество есть лишь сельско-хозяйственное имѣніе съ своимъ инвентаремъ (ср. ст. 1128 прим.). Слѣдовательно, всѣ другія недвижимости (фабрики, заводы, дачи и пр.) не будутъ земельнымъ имуществомъ, хотя бы онѣ и были внѣгородскимъ имуществомъ, т. е. лежали внѣ черты города. Отсюда же, сельско-хозяйственное имѣніе, вошедшее въ черту города, не перестанетъ быть земельнымъ имуществомъ.⁴ Если указанное пониманіе земель-

¹ П. Т. К. II 13. Указанный критерій, усвоенный проектомъ и новѣйшимъ западно-европейскимъ законодательствомъ, требуетъ, однако, чтобы въ гражданскомъ оборотѣ было точно установлено понятіе составной части, а это какъ разъ до сихъ поръ не удается сдѣлать.

² Подъ «угодьями» понимаютъ и право угодій, т. е. право на промыслы въ чужихъ участкахъ (Ельяшевичъ, П. Т. К. II, 13). Дѣленіе въ ст. 385 земель на ненаселенныя и населенныя (т. е. тѣ земли, на которыхъ были поселены крѣпостные крестьяне, перешедшіе потомъ въ разрядъ временно-обязанныхъ) нынѣ утратило всякое практическое значеніе (⁰³/₆₂ и ⁷⁵/₇₀₃, ⁰⁴/₈₈).

³ П. Т. К. II, стр. 16 и сл.: здѣсь же и литература по данному весьма спорному вопросу. Въ частности Кассо, Зданія на чужой землѣ. М. 1905. Челищевъ. Зданія на арендованной землѣ (Ю. В. 1913, 1). В. Ельяшевичъ, Продажа строеній на чужой землѣ (В. Г. П. 1916, 1, 66). Франценсонъ, Продажа строеній, воздв. на чужой землѣ (Ж. М. Ю. 1905, 10, 138, 158).

* Правильно доказываетъ Ельяшевичъ (67), что строенія на чужой и собственной землѣ можно и вообще разсматривать, какъ цѣлое, съ правомъ оставленія ихъ на землѣ, а не только какъ строенія на сносъ или сломъ.

⁴ См. А. Гойхбаргъ, Законъ о расширеніи правъ наслѣдованія и пр. (Спб. 1912 стр. 43 и сл.). Это показываетъ, что неправильно смѣшивать внѣгородское имущество съ «землями въ уѣздѣ находящимися». Впрочемъ, по толкованію сената (О. С. ⁹⁴/₄, ⁹⁶/₁₇, ⁰⁰/₁₀₄ и Г. К. Д. ⁰⁵/₂₇ и др.), земли въ уѣздахъ суть земли сельско-хозяйственнаго характера. Въ этомъ же смыслѣ надо понимать терминъ «земля внѣ городскихъ поселеній» въ Врем. Прав. объ оказаніи ссудной помощи (докладъ подъ тѣмъ же названіемъ Е. Кельмана).

наго (внѣгородского) имущества можетъ вызывать сомнѣніе въ своей правильности, въ виду неясности закона, то нѣтъ никакихъ сомнѣній, что земельнымъ (внѣгородскимъ) имуществомъ м. б. какъ родовое, такъ и благопріобрѣтенное имущество (ст. 1128).

Наши законы не знаютъ понятія «земельнаго участка» (Grundstück), какъ особаго объекта права. Подъ «земельнымъ участкомъ» въ техническомъ значеніи разумѣется не просто участокъ земли, но внесенный въ вотчинную книгу. Отсюда понятіе «земельнаго участка» въ указанномъ чисто юридическомъ смыслѣ (юридической недвижимости) нельзя смѣшивать вообще съ недвижимостью. Впрочемъ, Г. У. (ст. 94) производитъ такое смѣшеніе, вслѣдствіе чего недвижимость, невнесенная въ вотчинную книгу, оказывается не недвижимостью. Проектъ чуждъ такого смѣшенія, но вводя понятіе «земельнаго участка» подъ названіемъ «имѣніе» (ст. 33), проектъ имѣніемъ же называетъ и участокъ земли, невнесенный въ вотчинную книгу, (ст. 33), Правильнѣе поступило Ш. У. (ст. 655 и 943), которое къ недвижимости относитъ земельные участки, а также внесенныя въ вотчинную книгу постоянныя и самостоятельныя права и горные пріиски.¹

2) Къ недвижимостямъ относятся составныя части земли, Понятіе составной части казалось бы само по себѣ чрезвычайно простое. Однако, т. к. существуютъ еще принадлежности (недвижимости по назначенію), то и въ теоріи и практикѣ не легко провести различіе. Въ особенности же у насъ, т. к. наши гражданскіе законы, вслѣдъ за австрійскимъ уложеніемъ, смѣшиваютъ составныя части недвижимости съ ея принадлежностями (ст. 386 и сл.). Между тѣмъ такое смѣшеніе недопустимо (также сенатъ ^{84/75, 12/41}). Составная часть не имѣетъ самостоятельнаго существованія въ оборотѣ, вслѣдствіе невозможности отдѣленія ея безъ поврежденія или измѣненія сущности всей вещи, напр. лѣсъ, строенія (ср. ст. 389, 611).² Такимъ образомъ, идея составной части сводится къ недопустимости разрушенія вещи. Критеріемъ для этого служить не столько физическая, органическая или механическая связь (^{79/248}), сколько возможность, по возрѣніямъ оборота, поврежденія или измѣненія сущности вещи. Отсюда, временная случайная связь, хотя бы она была и механической связью, не образуетъ составной части. Напротивъ, принадлежность есть вещь сама по себѣ самостоятельная въ гражданскомъ оборотѣ, но въ цѣляхъ хозяйственныхъ³ обслуживающая другую вещь—главную (ст. 1110 У. Г. С. и ст. 1182. ^{12/71}). Критеріемъ при этомъ служатъ также возрѣнія оборота⁴. Отсюда, главная вещь предназначена въ оборотѣ для хозяйственной экономической цѣли, принадлежностная—та, которая, несмотря на свою самостоятельность, фактически обслуживаетъ главную вещь, хотя бы и непостоянно (напр., кресло при кафедрѣ). Изъ различія данныхъ понятій составной части и принадлежности, какъ несамостоятельной

¹ Объяснен. Губера, II 78.

² Возможность отчужденія составныхъ частей земли, напр., лѣса, урожая, какъ движимости, объясняется тѣмъ, что составныя части, не будучи еще отдѣлены отъ земли, отчуждаются такъ, какъ будто онѣ уже отдѣлены (это т. н. движимости «по предваренію»). П. Т. К. II 23. Равнымъ образомъ, составная вещь, будучи отдѣлена, м. б. самостоятельнымъ объектомъ (П. Т. К. объясн. къ ст. 384). О составной части предпріятія см. В. Г. П. 1915, 1, 33.

³ Наши законы знаютъ принадлежности и въ чисто юридическихъ цѣляхъ, безъ всякой хозяйственной цѣли. Это—1) документы какъ доказательства права собственности на недвижимое имущество (ст. 390, ^{79/348} ср. ^{76/251}), и 2) вещи, перечисленныя въ актѣ учрежденія заповѣднаго имѣнія (ст. 391, ср. ст. 493²⁴). Что касается страхового полиса, то онъ вовсе не составляетъ принадлежности имѣнія и, въ частности, заложеннаго имѣнія (^{00/105, 83/116}). Право на страховой полисъ регулируется дополнительнымъ обязательствомъ (^{95/51}). О принадлежности предпріятія см. В. Г. П. 1915, 1, 35.

⁴ По швейцарскому уложенію (ст. 644), еще ясно выраженная воля собственника главной вещи.

и самостоятельной вещи, проистекает различие и въ юридическомъ положеніи той и другой. Составная часть всегда¹ раздѣляетъ юридическую судьбу цѣлой вещи; принадлежность же лишь предполагаетъ (если обратное не оговорено) одинаковость юридической судьбы съ главною вещью.

Поэтому, принадлежностная вещь можетъ имѣть и свою отдѣльную юридическую судьбу въ гражданскомъ оборотѣ (^{79/315}). При чемъ, самое прекращеніе юридической связи главной вещи и принадлежностной вполне зависитъ отъ воли собственника главной вещи² (^{93/40}), какъ равно принадлежностная вещь можетъ принадлежать другому лицу (^{30/52}, ^{96/52}). Подъ указанное понятіе принадлежности подойдетъ, въ частности, сельско-хозяйственный инвентарь въ имѣніи. Дѣйствительно, новый законъ (3 іюня 1912 г. ст. 1128 примѣч. т. X. ч. I) урегулировалъ судьбу сельско-хозяйственного инвентаря, какъ принадлежности имѣнія (ср. ст. 54 п. 5 зак. о волостномъ судѣ 15-го іюня 1912 г., ст. 1110 У. З. С. ср. ст. 613 т. X. ч. I)³. Напротивъ, мебель, какъ квартирная обстановка, обслуживающая субъекта, а не зданіе, подъ принадлежность не подойдетъ (^{75/115} ср. ^{76/150}). Наши законы говорятъ о принадлежностяхъ физическихъ или тѣлесныхъ вещей (наличное имущество). Поэтому остается открытымъ вопросъ, возможно ли отношеніе принадлежности къ главной вещи и не между тѣлесными вещами.⁴ Что же касается отношенія принадлежности къ главной вещи между недвижимостями, то—оно вполне возможно (^{901/129}), съ той оговоркой, что понятіе «земельнаго участка» (Grundstück) исключаетъ принадлежностное отношеніе между отдѣльными его недвижимостями, напр., домомъ и дворомъ, или садомъ (иначе Шершеневичъ и др.).

6. Понятіе движимаго имущества устанавливается отрицательнымъ путемъ—все, что не составляетъ недвижимаго имущества, есть имущество движимое.

Такое понятіе основывается на томъ, что у насъ (въ противоположность германскому праву) въ сѣ имущества дѣлятся на недвижимыя и движимыя имущества (ст. 383). Поэтому и перечисленіе отдѣльныхъ движимостей (ст. 401 и 402) будетъ лишь примѣрнымъ. Движимыя имущества такъ же, какъ и недвижимыя, знаютъ понятія составной части (ср. ст. 611, ст. 640) и принадлежности, при чемъ принадлежностью м. б. также и документъ (^{01/88}, ^{72/938}; аттестатъ по отношенію къ лошади ^{79/315}). Впрочемъ, не всегда возможно установить, которая изъ движимыхъ вещей главная вещь (напр., вилка, ложка и ножикъ въ приборѣ).⁵

Къ движимымъ имуществамъ наши законы относятъ также права, или долговое имущество (ст. 402)⁶. Но всѣ ли права суть движимыя имущества? По закону, обязательственныя права (ст. 402) и залоговыя права ст. (402, ^{11/24}) относятся у насъ къ движимымъ имуществамъ (иначе Анненковъ и Кассо).⁷ Что же касается вещныхъ правъ, то этотъ вопросъ остается открытымъ. И лишь право застройки прямо по закону отнесено къ недвижимымъ имуществамъ (юридическая недвижимость).

¹ Этимъ не исключается, однако, возможность возникновенія обязательственныхъ сдѣлокъ на составныя части (наемъ этажа, продажа лѣса на срубъ и т. д.). Т. П. К. II 52.

² Сенатъ неправильно лишаетъ собственника права отдѣлить по завѣщанію принадлежность отъ родового имущества (^{84/75}). Въ литературѣ данный вопросъ споренъ (Т. П. К. II 55 прим. 1), и тѣмъ болѣе, что законъ знаетъ неразрывность принадлежности (ст. 391 прим.).

³ Подробнѣе Т. П. К. II 63.

⁴ За возможность права быть принадлежностью Побѣдоносцевъ, Курсъ I стр. 43. Противъ—Ельясевичъ (въ Т. П. К. II стр. 65 и сл.). Митлино же (Право застройки, К. 1914 стр. 182 и сл.) допускаетъ возможность строеній быть принадлежностью права застройки—какъ главной вещи (сомнительно, В. Г. П. 1916, 176 прим.) Ср. Гриммъ (В. Г. П. 1915 I, 36). Слѣдуетъ признать право участія въ передѣляемыхъ угодьяхъ принадлежностью полевой надѣльной земли (В. П. 1915, 1460 и 529), а это говорить, что право м. б. принадлежностью вещи.

⁵ Т. П. К. II 142.

⁶ Приравненіе правъ къ вещамъ знаютъ Г. У. 1068 и сл. Ш. У. 745, 773 (въ вопросѣ о пользованіи).

⁷ Они относятъ права на чужія вещи къ движимымъ и недвижимымъ имуществамъ въ зависимости отъ того, съ какимъ имуществомъ связано право. Указанная точка зрѣнія извѣстна австрійскому и французскому праву (Т. П. К. II стр. 147).

Высказано мнѣніе, что вообще слѣдуетъ относить права къ недвижимымъ имуществамъ, поскольку ихъ обращеніе въ гражданскомъ оборотѣ связано съ крѣпостной системой, т. к. только земельные участки имѣютъ въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣль особые листы. Однако права на нѣдра земли, въ частности, права на золотые приiski (^{05/108}, ^{12/96}) и вообще права на горные отводы на казенныхъ земляхъ (распор. засѣд. 29 янв. 1913 г. Г. К. Д. по предл. оберъ-прокур. отъ 15 дек. 1912 г. № 356), хотя и движимыя имущества (ср. ст. 403), но сенатомъ подчинены режиму для недвижимыхъ имуществъ.¹

Правильный критерій для различія правъ движимыхъ и недвижимыхъ даетъ Ш. У. (ст. 655). Къ недвижимостямъ оно относитъ лишь права, внесенныя въ вотчинную книгу, и при томъ не всѣ права, а только самостоятельныя и постоянныя. Слѣдовательно, обеспечивающія отмітки, а также залоговое право, какъ право несамостоятельное, не подойдетъ подъ понятіе недвижимости. Правильно также поступило Ш. У., прямо отнеся къ недвижимостямъ горные приiski (та же статья). Постановленія проекта не отличаются ясностью и опредѣленностью, хотя и проектъ относитъ постоянныя права къ недвижимостямъ (ст. 37 п. 2).

3. Въ нашемъ правѣ большую роль играетъ дѣленіе имуществъ на родовыя и благопріобрѣтенныя.*

Родовое имущество предполагаетъ своего особаго субъекта—родъ, связанный не только кровнымъ происхожденіемъ, но и общностью интересовъ. Такое понятіе рода, какъ родового союза, извѣстное древнему праву народовъ, понятно, не существуетъ въ современномъ правѣ, въ томъ числѣ и нашемъ. При томъ, у насъ родовыя имущества сохранились до настоящаго времени только потому, что въ московскій періодъ институтъ родовыхъ имѣній превратился въ сословно-дворянскій, въ связи съ помѣстной службой, а въ 18 вѣкѣ—принялъ всесословный характеръ, служа цѣлямъ преимущественно укрѣпленія семейныхъ связей, являясь обезпеченіемъ законной наслѣдственной доли. Вотъ почему, съ введеніемъ у насъ обязательной наслѣдственной доли, институтъ родовыхъ имуществъ долженъ отпасть, какъ совершенно отжившій и безъ надобности затрудняющій свободу гражданского оборота (Также Проектъ ст. 1460).

Вслѣдствіе идейной связи родового имущества съ родомъ, экономическое значеніе котораго покоится преимущественно на владѣннй недвижимостью,—родовыми имуществами признаются только недвижимости на правѣ собственности, включая сюда и ихъ принадлежности, хотя бы движимыя имущества², (^{84/75}) и при томъ лишь недвижимости физическихъ лицъ (^{07/61}).

Родовой характеръ недвижимаго имущества исключительно связывается только съ правомъ собственности (^{98/99}, ^{99/56} и др.). Поэтому, хотя бы другое вещное право относилось къ недвижимымъ имуществамъ, оно не можетъ быть родовымъ имуществомъ.³ Напротивъ, институтъ родового имущества распространяется и на надѣльные участки, перешедшіе въ личную собственность отдѣльныхъ домохозяевъ (ст. 47),⁴ въ дальнѣйшемъ наслѣдственномъ пріобрѣтеніи⁵ и поскольку нѣтъ противорѣчій мѣстному обычаю (сомнительно).

¹ О горномъ правѣ см. Ельяшевичъ (въ П. Т. К. II стр. 153). Исторію вопроса и освѣщеніе его de lege ferenda даетъ В. В. Исаченко, Право на горные отводы (въ Вѣст. Гр. Пр. 1914 № 4 стр. 49. и сл.).

* Ельяшевичъ, Имущества родовыя и благопріобрѣтенныя (П. Т. К. II 138). А. Нольде, О родовыхъ имуществахъ въ Черн. и Полтав. губ. (П. Т. К. II 133) и Пергаментъ (Ж. М. Ю. 1907, 9, 288). Литературу о родовыхъ имуществахъ см. П. Т. К. II 106. Брандъ, О родовыхъ имуществахъ (Ж. Гр. и Уг. Пр. 1888, №№ 6 и 7), Башмаковъ, Очерки права родового, наслѣдст. и обычнаго (Пгд. 1911, 1). Змирловъ, Значеніе родовыхъ имуществъ для будущаго гражданскаго уложенія (Ж. Гр. и Уг. Пр. 1889, № 3). Еггоже, Отмѣна или преобразование нашихъ законовъ о родовыхъ имуществахъ (Ж. М. Ю. 1896, № 4). Ильяшенко, Институтъ родовыхъ имуществъ съ точки зрѣнія будущаго гражд. улож. (Ж. М. Ю. 1900, №№ 2-4). Dufour, Les biens patrimoniaux en Russie P. 1913.

² Противъ Ельяшевичъ (П. Т. К. II 114).

³ Иначе Гойхбаргъ, Законъ о правѣ застройки. 1913, стр. 31. Противъ правильно Ельяшевичъ (П. Т. К. II стр. 109).

⁴ Сенатъ распространилъ институтъ родовыхъ имуществъ также на мусульманскія провинціи Закавказья (^{74/126}) и на имущества, принадлежащія бывшимъ ямщикамъ въ Ямскихъ слободахъ городовъ Москвы и Петрограда (^{97/11}, ср. ^{11/53}). А. Гедда, Крестыанскіе надѣльные подворные участки, какъ имущество родовое (Ж. М. Ю. 1913 нояб. 203).

⁵ См. ниже о моментѣ пріобрѣтенія свойства родового имѣнія.

Вслѣдствіе же указанной связи, родовыя имущества могутъ быть названы наслѣдственными имуществами, такъ какъ, въ порядкѣ наслѣдованія кровныхъ родственниковъ, благопріобрѣтенныя имѣнія приобрѣтаютъ свойства родовыхъ (см. примѣч. къ ст. 1011). Именно, согласно ст. 399, родовыя имущества суть: 1) всѣ имущества, дошедшія по праву законнаго наслѣдованія; 2) имущества, дошедшія отъ перваго ихъ приобрѣтателя хотя и по духовному завѣщанію, но къ такому родственному³ лицу, которое имѣло бы по закону право наслѣдованія⁴; 3) имущества, доставшіяся по купчимъ крѣпостямъ⁵ отъ родственниковъ, коимъ дошли по наслѣдству изъ того же рода, и, наконецъ, 4) родовымъ имѣніемъ должны быть почитаемы всякаго рода зданія и постройки⁶, возведенныя владѣльцемъ въ селеніи или городѣ на землѣ, дошедшей къ нему по наслѣдству. Итакъ недвижимость приобрѣтаетъ характеръ родовой въ случаѣ перехода ея на основаніи законнаго наслѣдованія отъ одного физическаго лица, владѣющаго на правѣ собственности, къ другому лицу, связанному съ первымъ кровнымъ родствомъ. Сенатъ признаетъ за родовое имущество также имѣніе, доставшееся дѣтямъ⁷ по выдѣлу (^{88/74}), т. к. сенатъ смотритъ на выдѣлъ, какъ на предваренное наслѣдство (^{06/15} и др.). При этомъ, для сената безразлично, сдѣланъ ли выдѣлъ изъ родового или благопріобрѣтеннаго имущества (^{88/74}). Положеніе это очень спорно. Къ выдѣлу приравнивается и приданое (ст. 1001), но не дареніе (^{97/68} и др.). Всѣ остальные недвижимыя имущества суть благопріобрѣтенныя.⁸

Главное юридическое значеніе родовыхъ имуществъ сводится къ тому, что они, за немногими исключеніями, и при томъ б. ч. лишь видимыми, не подлежатъ безвозмездному переходу при жизни и на случай смерти помимо ближайшихъ кровныхъ наслѣдниковъ (ст. 967, 996, ср. 1001), а проданныя⁹ чужеродцамъ подлежатъ выкупу (ст. 1346 и сл.). Нынѣ права распоряженія родовымъ имуществомъ на случай смерти нѣсколько расширены (ст. 1068, 1068^{1—2} по закону 3 іюня 1912 г.).

Мѣстное право (право Полтавской и Черниговской губерній, ст. 400) знаетъ также родовыя имущества, но исключительно «имѣнія, дошедшія по праву законнаго наслѣдованія» послѣ родственниковъ¹⁰. Всякій иной

¹ Т. е. по праву кровнаго родства и при томъ брачнаго родства.

² Указанная доля пережившаго супруга не будетъ родовымъ имуществомъ, хотя бы супруги были изъ одного рода (^{05/96}).

³ А не къ усыновленному (^{97/72}).

⁴ Т. е. къ такому лицу, которое и безъ завѣщанія должно было бы наслѣдовать по закону (^{07/90}, ^{77/168} и др.), и только въ той части, которая слѣдовала бы ему по закону (^{07/90}, ^{79/3}, и ^{97/68}).

⁵ Рѣчь идетъ собственно о сохраненіи за имуществомъ родового характера при куплѣ-продажѣ его въ предѣлахъ рода.

⁶ Казуистично указывается на то, что составныя части родового имущества суть родовыя имущества.

⁷ О моментѣ приобрѣтенія имѣніемъ родового свойства см. ниже стр.

⁸ Къ благопріобрѣтеннымъ же имуществамъ относятся имущества благонажитыя, т. е. «собственнымъ трудомъ и промысломъ нажитыя» (п. 5. ст. 397). Сдѣлана попытка расширить терминъ: «приобрѣтенное имущество (ст. 1141 и 1142) въ смыслѣ родового имущества, полученнаго не отъ родителя. Мациневъ, Яблочковъ, въ Вопр. права 1911 кн. VII (3) стр. 114.). Правильно противъ Рязановскій, Преемство въ линіи восходящей по русск. пр. Яр. 1916. стр. 94.

⁹ Имущество, проданное съ публичнаго торга, не подлежитъ выкупу (^{92/80}), какъ равнымъ образомъ—и приобрѣтенное по давности лицомъ, получившимъ имущество не въ порядкѣ законнаго наслѣдованія (^{06/88}). Мѣна родовыми имуществами не уничтожаетъ характера ихъ, какъ родовыхъ имуществъ.

¹⁰ Свойство имѣнія у владѣльца, родовое или благопріобрѣтенное, опредѣляется по моменту приобрѣтенія и по тѣмъ законамъ, которые дѣйствовали въ тотъ моментъ, рѣш. 20 янв. 1916 г. (В. П. 1916, 164), также ^{80/217}, ^{71/1256} и ^{01/97}. Также и литература (В. П. 1916, 168), вопреки П. Цитовичу, мнѣніе котораго о гражданской оборотности вещей заслуживаетъ, однако, большаго вниманія, и тѣмъ болѣе, что вопросъ затрагиваетъ свойство надѣльныхъ земель, перешедшихъ въ личную собственность.

способъ пріобрѣтенія права собственности исключаетъ родовой характеръ имѣнія. Такой исключительности соотвѣтствуетъ и широкая свобода распоряженій собственника родовымъ имуществомъ. Ограниченія сводятся только къ завѣщательнымъ распоряженіямъ и дареніямъ на случай смерти (ст. 522 и 991). Родовыя имущества не подлежатъ, поэтому, и выкупу (ст. 1354).

§ 11. ВИДЫ ВЕЩЕЙ ВЪ ЗАВИСИМОСТИ ОТЪ ФИЗИЧЕСКИХЪ СВОЙСТВЪ, ПРИНАДЛЕЖНОСТИ ИХЪ ЛИЦАМЪ И ЧИСТО ЮРИДИЧЕСКИХЪ СВОЙСТВЪ.*

1. Въ современномъ правѣ дѣленіе имуществъ по физическимъ свойствамъ (кромя недвижимости) имѣетъ сравнительно малое значеніе; и при томъ обыденныя понятія не вполне совпадаютъ съ юридическими понятіями.

1. *Дѣлимыми (нераздробляемыми) вещами право признаетъ только тѣ вещи, которыя могутъ быть раздѣлены на части безъ поврежденія ихъ существа или пониженія цѣнности.*

Это значитъ, что если вещь перестаетъ быть тѣмъ, чѣмъ она была прежде, или ея цѣнность уменьшается, вслѣдствіе дѣленія ея на части, то такая вещь будетъ въ правѣ недѣлимой.

Примѣромъ можетъ служить недѣлимость алмаза. Разбитый на части, онъ не перестаетъ быть алмазомъ, т. е. сохраняетъ свое существо, но цѣнность всѣхъ его частей въ гражданскомъ оборотѣ будетъ меньше цѣнности его, какъ цѣлаго алмаза. Слѣдовательно, алмазъ для права—недѣлимое имущество. Наше право хотя различаетъ «нераздѣльность» вещи по существу и по закону (ст. 393) но, въ действительности и у насъ имѣется въ виду не физическая невозможность дѣлимости вещей, а экономическая, дабы не было несоразмѣрнаго пониженія цѣнности, или политико-правная, дабы и дѣлимыя имущества обращались въ гражданскомъ оборотѣ безъ всякаго раздробленія и, тѣмъ самымъ, безъ всякаго измѣненія ихъ назначенія ^(01/89).

Къ недѣлимымъ или нераздробляемымъ имуществамъ нашъ законъ относитъ фабрику, заводъ, лавку (какъ недвижимости, предназначенныя для предпріятія), золотыя пріиски, маіоратныя имѣнія и вообще имѣнія, объявленныя нераздѣльными, желѣзныя дороги (единныя линіи) и т. д. (ст. 394 и 395). Перечисленіе это, понятно, примѣрное, и при томъ, оно распространяется на имущества, какъ недвижимыя, такъ и движимыя (напримѣръ, золотыя пріиски, аренды на казенныхъ земляхъ).

Спорныя вопросы о дѣлимости городского двора (прим. 1 къ ст. 394) и дѣлимости дома. Первый вопросъ рѣшенъ сенатомъ положительно. Собственникъ «безусловно» (спорно) можетъ раздѣлить дворъ ^(12/8), ср. ^(89/40). Второй вопросъ правильнѣе рѣшать отрицательно, поскольку рѣчь идетъ о возможности горизонтальнаго (поэтажнаго), а не вертикальнаго (брандмауеромъ) дѣленія дома ^(12/8).¹

Юридическое значеніе нераздробляемыхъ, за исключеніемъ маіоратныхъ, имуществъ обнаруживается преимущественно при раздѣлѣ наслѣдства (особый порядокъ раздѣла). Дробленіе нераздѣльныхъ имуществъ воспрещается (ст. 1396), какъ равнымъ образомъ невозможенъ и залогъ ихъ по частямъ (ст. 1633 и 1635).

* Ельяшевичъ, О нераздѣльныхъ имуществахъ (П. Т. К. II 94). Анненковъ, Система, I (изд. 1910), 354. Любавскій, Имущества тлѣнныя и нетлѣнныя (Юрид. моногр. т. III). Ельяшевичъ, О плодахъ (П. Т. К. II 311). Гамбаровъ, Курсъ, I 620. Дювернуа, Чтенія 642. Петражицкій, Права добросовѣстнаго владѣльца на доходы, стр. 343. 144 и сл. Petražycki, Fruchtvertheilung. 1892. Егo же. Die Lehre vom Einkommen. Th. I (1892) и II (1895).

¹ На этой же точкѣ зрѣнія стоитъ современное передовое право (П. Т. К. II. 101, 104). Действительно, дѣленіе дома по этажамъ хотя бы и по подваламъ ^(69/10) повлечетъ за собой пониженіе цѣнности дома. Этимъ не предрѣшается, однако, вопросъ о возведеніи дома съ правомъ на квартиру. По мѣстному праву, у насъ возникали до 1840 г. «участки въ раздробительныхъ владѣемыхъ домахъ» ^(14/74) эксдизивіи, что указываетъ не только на возможность института права собственности по этажамъ, но и на существованіе у насъ по-этажной раздробляемости домовъ (Вормсъ (Арх. I 238). Участки надѣльной земли раздробимы (ср. В. П. 1915, 529).

2. Потребляемая вещь, въ противоположность непотребляемому, при пользованіи ими сразу уничтожаются (напр., вино, дрова).

Отсюда, тѣ вещи, которыя уничтожаются при продолжительномъ ими пользованіи, напр., одежда, составляютъ видъ непотребляемыхъ вещей. Такое дѣленіе вещей, правда, не отвѣчаетъ обыкновеннымъ представленіямъ объ уничтожаемости вещей, но для права оно имѣетъ нѣкоторое значеніе. Напр., нельзя отдать въ ссуду потребляемую вещь. Потребляемая вещь не слѣдуетъ, однако, смѣшивать съ дѣленіемъ вещей на тлѣнныя и нетлѣнныя. Тлѣнныя вещи это тѣ, которыя подвержены скорой порчѣ. Между тѣмъ наше законодательство не проводитъ указанного различія.

Къ тлѣннымъ имуществамъ оно относитъ: «жемчугъ, мѣховыя и другія платья, съѣстные и всякіе припасы, подверженные скорой порчѣ» (ст. 405 т. X ч. I). Очевидно, что понятія о потребляемыхъ и тлѣнныхъ вещахъ различны. Такъ, мѣховыя и другія платья хотя и подвержены порчѣ, но они не потребляются немедленно отъ пользованія и будутъ вещами непотребляемыми. Поэтому, тлѣнныя вещи, поскольку онѣ непотребляемыя вещи, могутъ быть объектомъ ссуды, напр., мѣховое платье. Специально же дѣленіе вещей на тлѣнныя и нетлѣнныя имѣетъ значеніе въ области опеки. Опекуны не нуждаются въ разрѣшеніи для продажи тлѣнныхъ вещей (ст. 277 п. 1). Причемъ, тлѣнными, какъ и нетлѣнными вещами, могутъ быть только движимыя вещи (ст. 405).

3. *Замѣнимыя вещи тѣ, которыя имѣютъ свое родовое названіе и опредѣляются мѣрою, числомъ и вѣсомъ.*

Поэтому, замѣнимыя вещи называются также генерическими (т. е. опредѣляемая родомъ), напримѣръ, хлѣбъ, вино, бутылки. Напротивъ, незамѣнимыя вещи опредѣляются присущими именно этимъ предметомъ свойствами и качествами. Незамѣнимыя вещи называются также индивидуальными. Различіе между замѣнимыми и незамѣнимыми вещами нельзя проводить слишкомъ строго.

Стороны могутъ придать замѣнимымъ вещамъ значеніе незамѣнимыхъ вещей; напримѣръ, деньги—вещи замѣнимыя, но если стороны почему либо придаютъ значеніе опредѣленнымъ, даннымъ денежнымъ знакамъ, то эти денежные знаки получаютъ характеръ вещей незамѣнимыхъ, индивидуальныхъ. Какъ дѣленіе вещей на тлѣнныя и нетлѣнныя не совпадаетъ съ дѣленіемъ на потребляемыя и непотребляемыя, такъ точно замѣнимыя и незамѣнимыя вещи не совпадутъ съ дѣленіемъ на потребляемыя и непотребляемыя вещи. Бутылка—замѣнимая вещь, а непотребляемая.

Но юридическое значеніе дѣленій вещей на замѣнимыя и незамѣнимыя важно. Оно выражается въ томъ, что «родъ по г и б н у т ь н е м о ж е т ь». Поэтому, напр., продавецъ извѣстнаго количества замѣнимыхъ вещей, въ случаѣ ихъ гибели, не освобождается отъ лежащей на немъ обязанности ее выполнить, передавъ покупателю другія вещи того же рода и качества. И еще, предметомъ з а й м а могутъ быть т о л ь к о замѣнимыя вещи (у насъ по закону д е н ь г и).

4. *Плодами называется въ гражданскомъ правѣ все то, что вещь даетъ, какъ правильный, постоянно-повторяющійся доходъ,¹ соответственно назначенію вещи.²*

Подъ такое понятіе плода, какъ дохода, подойдутъ: 1) о р г а н и ч е с к і й приростъ вещи, даваемый ею самой въ силу естественныхъ свойствъ (наприм., приплодъ животныхъ), 2) доходы и выгоды, извлекаемые изъ вещи искусственнымъ путемъ черезъ совершеніе различныхъ юридическихъ актовъ (наприм., арендная плата, проценты и пр.).³ Перваго рода плоды, именно,

¹ Идея правильности и періодичности дохода, какъ плода, повидимому, косвенно выражена въ томъ, что наши законы «плоды, доходы» отличаютъ отъ «прибылей и выгодъ», какъ случайнаго дохода (ср. Ельяшевичъ, П. Т. К. II 314).

² Назначеніе вещи, какъ и регулярность и періодичность дохода, опредѣляются обычнымъ представленіемъ (см. Ш. У. 643). Вмѣстѣ съ тѣмъ ясно, что понятіе плодовъ относительно, и въ этомъ оно заключаетъ въ себѣ субъективный элементъ, на что обратилъ вниманіе и что доказалъ Петражицкій.

³ Безусловно неправильно относитъ плоды къ принадлежностямъ (Савельевъ, Побѣдоносцевъ, Анненковъ, противъ Ельяшевичъ), т. к. даже произведенія земли, напр., лѣсъ, разсматриваются или въ качествѣ составныхъ частей, или въ качествѣ доходовъ (ср. ⁸⁰/₁₅₁, ⁹²/₃₉, ⁸⁰/₄₅, ср. ⁰³/₁₄₂).

органической приростъ вещи, противопоставляются, какъ естественныя плоды, плодамъ юридическимъ.

Органическая точка зрѣнія на плоды, какъ на естественныя плоды, а не просто доходъ, уступила правильно мѣсто новой точкѣ зрѣнія—экономической, точнѣе, юридической—дохода, какъ гражданского плода, При чемъ, Петражицкій идетъ такъ далеко, что для него самое противоположеніе капитала и дохода или вещи и плода (объективный моментъ въ понятіи плода) не имѣетъ юридическаго значенія (правильно противъ Киппъ, у насъ Гамбаровъ), равно для него несущественно и различіе плодовъ естественныхъ и юридическихъ (противъ господствующая доктрина).

Наши законы усвоили новую точку лишь въ 1851 г. До этого времени плоды рассматривались какъ составная часть плодоносящей вещи и входили въ пространство права собственности (статическая точка зрѣнія, Дювернуа), Нынѣ плоды входятъ въ общее понятіе дохода съ точки зрѣнія хозяйства, производства, какъ правильнаго и постоянно повторяющійся доходъ, соотвѣтственно назначенію вещи (динамическая точка). Различіемъ старой и новой точекъ зрѣнія на плоды объясняется нѣкоторая неопредѣленность постановленій о плодахъ закона и нашей практики.

О плодахъ, какъ органическомъ приростѣ вещи, говоритъ нашъ законъ, отличая ихъ отъ доходовъ, какъ юридическихъ плодовъ (ст. 425, ср. 465); однако, указанная терминологія не выдержана въ законѣ: терминъ доходъ употребляется въ немъ для обозначенія и естественныхъ плодовъ (ст. 626). Точно также и сенатъ хотя различаетъ плоды и доходы (^{81/40}, ^{80/301}), но пользуется терминомъ «доходъ» въ значеніи общаго понятія, покрывающаго собою и естественныя плоды (^{92/39}, ^{80/151}). Юридическое значеніе доходовъ (плодовъ) сказывается въ вопросахъ о способахъ приобрѣтенія собственности и отвѣтственности незаконныхъ владѣльцевъ передъ собственниками (см. ниже).

II. Юридическое значеніе различнаго рода вещей обнаруживается также въ зависимости отъ принадлежности ихъ тѣмъ или другимъ субъектамъ. Дѣло въ томъ, что субъекты, или лица въ правѣ, выполняютъ въ обществѣ различныя функціи, занимаютъ неодинаковое положеніе и это влечетъ за собою различіе въ юридическомъ положеніи принадлежащихъ имъ вещей.

1. Здѣсь приходится различать имущества: а) государственныя, б) удѣльныя и дворцовыя, в) разныхъ установленій, г) общественныя и д) частныя (ст. 406—415).*

а. Государственныя имущества могутъ 1) обращаться въ гражданскомъ оборотѣ въ качествѣ объекта хозяйственной дѣятельности государства (т. наз. Finanzvermögen),— у насъ казенныя имущества (ср. ст. 406, ^{85/86}, ^{82/90}; Ельяшевичъ, противъ Шершеневичъ, Анненковъ). Далѣе, 2) государственныя имущества могутъ имѣть своимъ назначеніемъ служить непосредственно государственнымъ и общественнымъ цѣлямъ (т. наз. Verwaltungsvermögen).

При этомъ спорно, составляютъ ли государственныя имущества въ общественныхъ цѣляхъ, напр., большія дороги, подлежащія нѣкоторымъ ограниченіямъ въ интересахъ общаго пользованія (право участія общаго), особыя видъ государственныхъ имуществъ. Въ частности, къ составу государственныхъ имуществъ относятся имущества

* В. Ельяшевичъ, Къ ученію о государственныхъ имуществахъ въ русскомъ правѣ (П. 1913 №№ 36 и 37). Селифонтовъ, О правѣ собственности на землю изъ-подъ упраздненныхъ трактовъ (Ж. Гр. и Уг. Пр. 1873, кн. 4). Лютыхъ, Кому принадлежитъ право собственности на земли, подъ общественными дорогами находящіяся (тамъ же 1883, кн. 6). Нефедьевъ, Очерки по водному праву. Право на рѣки общаго пользованія. М. 1889. Затворницкій, Право городовъ на рѣки (П. 1902, 4). Никоновъ, О пользованіи морскимъ берегомъ въ Россіи (Ж. М. Ю. 1912, 4, 51). Б. Нольде. Имущества императорскаго дома (В. Г. П. 1913, 5, 73). Исторія удѣловъ, I-III. 1897; 200-лѣтіе кабинета Е. И. В. 1911. А. Вормсъ, О церковныхъ имуществахъ въ П. Т. К. II. 209 (литература о церковныхъ имуществахъ подробно приведена въ П. Т. К. II 196 и сл.). Литература объ общественныхъ имуществахъ дана въ П. Т. К. II. 222 (городовъ), 235 (сельскихъ обывателей).

¹ Противъ Ельяшевичъ, иначе Анненковъ (имущества, предназначенныя для общаго пользованія) и Шершеневичъ (общественныя, публичныя вещи). Подробнѣе П. Т. К. II стр. 176 и сл. В. Ельяшевичъ, Къ ученію о госуд. имущ. въ русскомъ правѣ (П. 1913 №№ 25, 37).

выморочныя (ст. 408), метеориты (ст. 410¹), и вообще безхозяйныя недвижимыя имущества (ст. 406).¹

б. Удѣльныя имущества (земельный и денежный фондъ), образованныя изъ государственныхъ имуществъ (5 апр. 1797 г.) и обезпечивавшія содержаніе Императорской фамиліи (ст. 411), также удѣлы въ собственномъ смыслѣ (заповѣдныя имущества лицъ Императорскаго дома—ст. 178, 209 и сл. Осн. зак.) и дворцовыя имущества, какъ имущества Государевы (т. е. царствующаго Императора) (ст. 412) объявлены нынѣ государственной (національной) собственностью.²

в. Имущества разныхъ установленій, т. е. учреждений, какъ юридическихъ лицъ, перечислены въ законѣ (ст. 413). Это 1) имущества церковныя,³ монастырскія и архіерейскія домовъ; 2) государственныхъ кредитныхъ установленій, 3) богоугодныхъ заведеній, 4) учебныхъ и ученыхъ заведеній, 5) войсковыя капиталы казачьихъ войскъ. Юридическое значеніе перечисленныхъ имуществъ сводится къ вопросамъ о приобрѣтеніи этихъ имуществъ, въ частности по давности, объ ихъ отчуждаемости и вообще распоряженію и пользованію ими.⁴

г. Имущества общественныя, т. е. имущества публично-правовыхъ корпорацій, какъ вида юридическихъ лицъ, перечислены въ законѣ (ст. 414). Это—имущества 1) дворянскихъ обществъ, 2) городовъ и городскихъ обществъ, 3) обществъ сельскихъ обывателей и 4) земельныхъ учреждений.⁵

д. Наконецъ, имущества частныя, т. е. лицъ частныхъ (физическихъ и частных-правовыхъ корпорацій, или сословій лицъ) имѣютъ для гражданскаго оборота значеніе типичныхъ имуществъ, основныхъ для оборота. Нашъ законъ относитъ къ частно-правовымъ корпораціямъ конкурсы. Противъ этого большинство ученыхъ, но, тѣмъ не менѣе, такъ говоритъ законъ (ст. 415).⁶

III. Съ точки зрѣнія чисто-юридическихъ свойствъ объектовъ права, слѣдуетъ различать: имущество, какъ цѣлое, и деньги.

1. *Имущество, какъ цѣлое, есть обособленный имущественный комплексъ въ смыслѣ особаго объекта права*.*

Понятіе это (Sondervermögen) расплывчатое и обнимаетъ самые разнообразныя институты, какъ напр., наслѣдство, приданое, имущество въ видѣ сбора или пожертвованія, имущество товарищества, конкурсная масса и т. д.⁷ Несомнѣнно, однако, что имущество, какъ цѣлое, есть въ сущности выраженіе идеи единства объекта въ правѣ, независимо отъ единства естественнаго (составная вещь, напр., домъ, или собирательная вещь, напр., стадо, библиотека).⁸ Эта идея нашла себѣ нѣкоторое признаніе въ отношеніи одной вещи къ другой, какъ главной къ принадлежностной (§ 10). Однако, настоящимъ, полнымъ выраженіемъ указанной идеи служить понятіе въ правѣ имущества, какъ цѣлаго,—понятіе исключительно юридическое. Оно было извѣстно и древнему праву, преимущественно въ области наслѣдованія (различныя наслѣдственныя массы), но широкое признаніе получило въ современномъ правѣ.

¹ Подробнѣе см. ч. II, вѣчное право.

² Постановленіемъ Временнаго Правительства отъ 27 марта 1917 г. земли кабинета бывшаго императора, нѣдры земель кабинета и права кабинета на нѣдра чужихъ земель, фабрики, заводы, рудники, пріиски, источники минеральныхъ водъ и т. д., денежные капиталы кабинета признаны государственной собственностью.

³ Къ церковнымъ не относятся земли приходскаго попечительства (В. П. 1915, 764).

⁴ Отвѣты на эти вопросы даны въ соответствующихъ мѣстахъ (въ ученіи о давности и въ вѣчномъ правѣ).

⁵ Подробнѣе изложено въ вѣчномъ правѣ.

⁶ Подробнѣе П. Т. К. II 248 и сл.

* Г р и м м ъ, Переходъ торг. и пром. предпріятій (В. Г. П. 1915 144). Т а л ь, Юрид. природа организацій или внутр. порядка предпріятія (Ю. В. IX. 156). I w e n s k y, Die Verfügung über den Miterbenanteil. 1910, гл. I

⁷ См. В. Г. П. 1915, 1, 44.

⁸ Къ собирательнымъ вещамъ (universitates rerum distantium), какъ особымъ объектамъ права, современная доктрина въ общемъ относится отрицательно. Также Г р и м м ъ (В. Г. П. 1915, 1, 42).

Наши законы знаютъ обособленные имущественные комплексы, называя ихъ и м у щ е с т в о м ъ (напр., ст. 219, 1226), имѣніемъ (напр., ст. 220, 1027) въ смыслѣ совокупности имущественныхъ отношеній. Комплексы эти м. б. различныхъ видовъ. «Все» имущество, т. е. совокупность в с ѣ х ъ имущественныхъ отношеній (^{10/51}),¹ или какая либо часть имущества (все родовое, все благопріобрѣтенное, все земельное, приданое, имущество «яко даръ» и т. д.), или, наконецъ, какъ особый комплекс имущественныхъ отношеній, объединенныхъ одной цѣлью—предпріятіе, напр., фабрика, желѣзная дорога.² Предпріятіе въ смыслѣ комплекса имущественныхъ отношеній не слѣдуетъ смѣшивать съ предпріятіемъ въ значеніи соціальной организаціи. Предпріятіе въ этомъ случаѣ является организованнымъ сотрудничествомъ людей, а не только комплексомъ имущественныхъ отношеній,³ почему и не м. б. объектомъ права.

Юридическое значеніе имущества, какъ цѣлаго, существенно. 1) Имущество во всемъ объемѣ несетъ отвѣтственность за долги. 2) Наслѣдникъ получаетъ не только наслѣдство, но и всѣ цѣнности, которыя были пріобрѣтены наслѣдникомъ въ связи съ этимъ наслѣдствомъ (*res succedit in locum pretii et pretium in locum rei*). 3) Случается, что предпріятіе, какъ объектъ права, захватываетъ чужую вещь. Если эта вещь тѣсно съ нимъ связывается, то она не м. б. возвращена собственнику.⁴ Вообще, имущество, какъ цѣлое, составляетъ самостоятельный объектъ въ гражданскомъ оборотѣ, напр. при куплѣ—продажѣ, залогѣ и т. д.

2. Деньги—это имущество, какъ мѣрило цѣнности всѣхъ другихъ имуществъ по закону, въ частности, законное средство платежа.*

Поэтому, неправильно мнѣніе (Мордухай-Болтовской), что деньги (и процентныя бумаги) сами по себѣ не подходятъ подъ понятіе имущества. Противъ этого и законъ (ст. 402 и 1027), и сенатская практика (^{10/51}). Выраженіе «все имущество» обнимаетъ собой и деньги (и процентныя бумаги). Поэтому въ имущество, какъ цѣлое, входятъ деньги (и процентныя бумаги).

Иностранныя деньги не м. б. законнымъ средствомъ платежа, развѣ на это послѣдуетъ согласіе самихъ лицъ, но и то не иначе, какъ по установленному курсу и цѣнности (ст. 1542, ср. ст. 3 Общ. Уст. счетн.).⁵ Основной денежной единицей россійской монеты служить золотой рубль (ст. 3. Уст. монетн. изд. 1912 ср. 1540, 1464, 2013). Серебряная и мѣдная монета имѣетъ лишь вспомогательное значеніе (ст. 27 Уст. монетн.). Частныя лица не обязаны принимать серебряную полноцѣнную монету свыше 25 руб., а 20 коп. и ниже и мѣдную монету—свыше 3 руб. при каждомъ платежѣ (29 Уст. монетн.). Подъ понятіе денегъ подведены у насъ и государственныя кредитныя билеты (бумажныя деньги, какъ знаки, или символы звонкой монеты).

¹ Въ ст. 456 и 458 У. С. Т. рядомъ съ имуществомъ стоятъ «и долги», но отсюда не слѣдуетъ, что въ понятіе имущества, какъ цѣлаго, не входятъ долговыя отношенія (спорно).

² Противъ Гриммъ (В. Г. П. 1915, 1, 42). За—Таль (Ю. В. IX 156), ср. Удинцевъ. Русск. торгово-пром. право, стр. 41). Въ нашихъ законахъ, хотя и идетъ рѣчь о фабрикахъ и желѣзной дорогѣ, но въ смыслѣ земельной недвижимости, а не предпріятія. Тѣмъ не менѣе, нашей судебной практикѣ хорошо извѣстно понятіе о предпріятіи (^{77/175}, ^{96/52} ср. ^{69/325}).

³ См. Л. Таль. Очердные вопросы (Вѣст. Гр. Пр. 1914 № 1 стр. 144). Bruggelles. Essai sur la nature juridique de l'entreprise (Révue trimest. 1912 p. III et suiv). Pisko, Das Unternehmen, als Gegenstand des Rechtsverkehrs. Ann. 1 (здѣсь же литература). См. въ особенности Д. Гриммъ. Переходъ торговыхъ и промышлен. предпріятій (В. Г. П. 1915, 1, 32-43). Очень интересна, но неясна природа обособленнаго имущества товарищества полного и на вѣрѣ (здѣсь же, стр. 45) и природа имущества единоличнаго предпріятія (стр. 48).

⁴ Напротивъ, различныя сооруженія предпріятія на чужой землѣ или въ чужихъ строеніяхъ не перестаютъ принадлежать предпріятію, напр., провода, трубы телефонныхъ электрическихъ и другихъ предпріятій.

* Литовченко, Деньги въ гражданскомъ правѣ. 1887. Цитовичъ, Деньги въ области гражданского права. X. 1873; Его же, Обязательства. К. 1887 стр. 8. и сл. П. Т. К. II стр. 153 и сл. (здѣсь же литература).

⁵ Денежное обязательство, возникшее за границей, при платежѣ въ Россіи подлежитъ перчисленію на единицу россійской монеты по курсу.

Юридическое значеніе денегъ, которыя у насъ относятся къ наличному, а не долговому имуществу, или правамъ (ср. ст. 416, 418 и 402; ⁸³/₁₀₂), очень большое. Являясь орудіемъ оборота, законнымъ средствомъ платежа, деньги въ то же время обладаютъ способностью къ наращенію (проценты).

Глава IV. Юридическія отношенія и сдѣлки.

§ 12. ВОЗНИКНОВЕНІЕ, ИЗМѢНЕНІЕ И ПРЕКРАЩЕНІЕ ЮРИДИЧЕСКИХЪ ОТНОШЕНІЙ И ЮРИДИЧЕСКІЕ ФАКТЫ.*

Юридическія отношенія, основные элементы которыхъ субъектъ и объектъ права, не находятся въ состояніи покоя (статика), а въ постоянномъ движеніи. И это движеніе (динамика) есть правовая жизнь, выражающаяся въ томъ, что юридическія отношенія непрестанно возникаютъ, измѣняются и прекращаются. Происходитъ это, однако, не само собой, а при условіи, что наступаютъ тѣ или другіе юридическіе факты.

1. *Факты, обусловливающіе юридическія послѣдствія, т. е. возникновеніе, измѣненіе и прекращеніе юридическихъ отношеній, суть юридическіе факты.*

Факты эти могутъ быть событіями, или дѣйствіями субъектовъ. При чемъ, дѣйствія или не находятся въ соотвѣтствіи съ правопорядкомъ (недозволенныя дѣйствія, правонарушенія), или соотвѣтствуютъ ему (дозволенныя дѣйствія, юридическія сдѣлки). Отсюда—схема юридическихъ фактовъ:

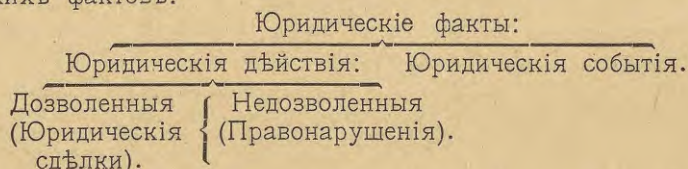


Схема эта, очевидно, не можетъ претендовать на научную классификацію, такъ какъ въ основѣ ея нѣтъ единства признака и, къ тому же, она не полна (см. ниже) и слишкомъ обща.¹ Юридическіе факты могутъ быть еще раздѣлены на 1) правопродвидающіе, 2) право измѣняющіе и 3) правопрекрещающіе факты. Въ этой классификаціи единство признака соблюдено, но признакъ этотъ чисто внѣшній. Итакъ, до сихъ поръ нѣтъ, строго научной, плодотворной классификаціи юридическихъ фактовъ.

2. *Юридическія отношенія возникаютъ обыкновенно черезъ приобрѣтеніе правъ, съ наступленіемъ юридическихъ фактовъ.*

Факты, обусловливающіе приобрѣтеніе права, называются вообще основаніемъ приобрѣтенія (кауза), титуломъ. Не всѣ, однако, существующія права, какъ права личности и вообще неотчуждаемыя права, могутъ быть приобрѣтаемы. Поэтому приобрѣтеніе права съ его титуломъ нельзя смѣшивать вообще

* Гамбаровъ, Курсъ, I 635. Кроме, System I 311 (здѣсь же литература).

¹ Къ тому же противоположеніе событий и дѣйствій не совсѣмъ точно. Юридическія послѣдствія наступаютъ обыкновенно не въ силу единичныхъ юридическихъ фактовъ, а вслѣдствіе цѣлой совокупности ихъ—юридическаго состава правоотношенія (juristischer Tatbestand). Вотъ въ этомъ составѣ на ряду съ другими фактами, право можетъ выдѣлять дѣйствіе лица, какъ необходимое условіе возникновенія юридическихъ послѣдствій, или относиться къ нему безразлично. Поэтому и событие м. б. вызвано дѣйствіемъ лица, но дѣйствіе лица не будетъ здѣсь имѣть никакого значенія. Такъ, напр., отдѣленіе плодовъ въ собственномъ саду сотрясеніемъ деревьевъ будетъ все же событіемъ, а не дѣйствіемъ лица съ правовой точки зрѣнія.

съ возникновеніемъ права (Пухта и др.). Приобрѣтеніе правъ происходитъ или такимъ образомъ, что оно не находится ни въ какой зависимости отъ предшествовавшаго права (первоначальный способъ приобрѣтенія, см. напр. ст. 420), или такимъ образомъ, что это право перешло отъ другого лица (производный способъ, ст. 420)¹. Въ послѣднемъ случаѣ имѣется правовое преемство (сукцессія). Практическое значеніе преемства, какъ способа приобрѣтенія права, большое: сила, дѣйствительность и объемъ права преемника зависятъ отъ права дателя, ибо никто не можетъ передать другому правъ болѣе, чѣмъ самъ имѣеть. Впрочемъ, въ современномъ правѣ въ интересахъ правопорядка это не всегда проводится (приобрѣтеніе движимой вещи добросовѣстнымъ владѣльцемъ отъ несобственника, ст. 534, сенатская практика).²

Преемство въ свою очередь можетъ быть конститутивнымъ и транслативнымъ, въ зависимости отъ того, приобрѣтается ли новое право, образованное или отдѣленное отъ другого права, или приобрѣтается по содержанию прежнее право (оба способа могутъ перекрещиваться). Примѣръ конститутивнаго приобрѣтенія—это установленіе собственникомъ залогового права. Залогового права не было, оно установлено вновь, но произведено изъ права собственности. Преемство же выражается въ томъ, что если залогодатель не былъ собственникомъ, то и установленное имъ право недѣйствительно. Гораздо существеннѣе дѣленіе преемства на универсальное и сингулярное. Универсальное—это преемство въ массѣ, въ цѣломъ имуществѣ, въ одномъ ли активѣ или и пассивѣ, какъ цѣликомъ, такъ и въ доляхъ массы. Вслѣдствіе универсальности преемства, самое приобрѣтеніе массы совершается однимъ актомъ (приобрѣтеніе наслѣдства стт. 1104, 1258, 1259). Сингулярное преемство есть приобрѣтеніе отдѣльныхъ правъ и обязанностей по особымъ юридическимъ актамъ. Типичнымъ примѣромъ можетъ служить уступка права (цессія), завѣщательный отказъ («легатъ»). Универсальное преемство возможно не только въ наслѣдственномъ правѣ, но и въ другихъ случаяхъ, хотя бы въ одномъ активѣ (Г. У. стт. 46, 738, 1432 и др.). Наконецъ, права возникаютъ (также прекращаются и измѣняются) и такимъ образомъ, что иногда не требуется даже никакого дѣйствія со стороны приобрѣтателя права. Такое приобрѣтеніе происходитъ само собой, въ силу права (*ipso iure*), молчаливо (*tacite*). Такъ, въ Германіи приобрѣтеніе наслѣдства происходитъ само по себѣ въ моментъ открытія наслѣдства, не требуется его принятія (иначе у насъ). Различные способы приобрѣтенія правъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ и возникновенія юридическихъ отношеній, перечислены въ законѣ въ прим. къ ст. 699, но перечисленіе это примѣрное и потому неполное.

3. *Измѣняются юридическія отношенія съ измѣненіемъ права,³ вызванымъ наступленіемъ юридическихъ фактовъ.*

При этомъ, необходимо, чтобы измѣненное право оставалось по существу прежнимъ, иначе возникаетъ на его мѣстѣ новое право (новация, делегация, см. у насъ ч. III). Измѣненіе права можетъ выражаться различно: въ перемѣнѣ субъекта, напр. кредитора (цессія, суброгация), въ перемѣнѣ объекта права, напр., замѣнѣ дѣйствія убытками отъ его неисполненія. Право можетъ быть по содержанию больше (намывъ берега), меньше (частично долгъ погашень), сила его можетъ быть значительнѣе (право обезпечено неустойкой), слабѣе (при просрочкѣ кредитора). Римское право въ общемъ индивидуализировало юридическія отношенія и неохотно допускало измѣненіе права. Современное же

¹ При этомъ иногда различаютъ титулъ, какъ комплексъ юридическихъ фактовъ-юридической составъ, въ смыслѣ притязанія на приобрѣтеніе права (продажа, дареніе), и непосредственное приобрѣтеніе (традиція, вещный договоръ). Кроме, I 318.

² Нѣкоторые думаютъ, что здѣсь идетъ рѣчь о первоначальномъ способѣ приобрѣтенія, съ чѣмъ согласиться нельзя. Гамбаровъ, I 638.

³ Также и съ измѣненіемъ обязанностей, но принципиально законодательства говорятъ въ такомъ случаѣ о новомъ правѣ (делегация).

право, наоборотъ, объективировало ихъ и въ особенности широко допускаетъ измѣненіе обязательствъ, что вполне правильно, ибо это соотвѣтствуетъ экономіи и твердости оборота. Наши законы допускаютъ также измѣненія юридическихъ отношеній (стг. 2058 и сл., подробнѣе см. обязательственное право).

4. *Юридическія отношенія прекращаются съ прекращеніемъ права, вызван- нымъ наступленіемъ тѣхъ или иныхъ юридическихъ фактовъ.*

Такими фактами являются юридическія событія, въ частности смерть, рожде- ніе, гибель вещи, время и т. д. Далѣе, сюда же относятся юридическія дѣйствія, хотя и дозволенные, но не юридическія сдѣлки, напр. конфискація, объявле- ніе лица безвѣстнотствующимъ и т. д. Но прекращеніе юридическихъ отно- шеній связано преимущественно съ юридическими сдѣлками, направленными на о т ч у ж д е н і е правъ или отреченіе отъ нихъ. О т ч у ж д е н і е не есть вообще особый институтъ гражданского права, а есть лишь обратная сторона приобрѣтенія права производнымъ способомъ. О т р е ч е н і е отъ права представляетъ собой исключительный способъ прекращенія правъ. Поэтому со- временныя законодательства, въ томъ числѣ и наше ставятъ отреченіе въ опредѣ- ленныя границы (напр. ст. 1547; подробнѣе въ обязательственномъ правѣ). Все изложенное съ достаточной ясностью показываетъ сколь велико значеніе юридическихъ фактовъ для юридическихъ отношеній въ состояніи ихъ движенія и прежде всего—юридическихъ сдѣлокъ.

§ 13. ЮРИДИЧЕСКІЯ СДѢЛКИ.

І. Общее понятіе о юридической сдѣлкѣ.*

1. *Юридическая сдѣлка, это—частное, дозволенное волеизъявленіе, направ- ленное въ предѣлахъ правопорядка на юридическія послѣдствія: возникновеніе, измѣненіе, прекращеніе юридическихъ отношеній.*

а. Волеизъявленіе ч а с т н о е, какъ изъявленіе частной воли, т. е. субъек- товъ гражданского права. Оно есть д о з в о л е н н о е, въ противоположность дѣйствію недозволенному—правонарушенію. Какъ волеизъявленіе, оно есть дѣйствіе въ противоположность событію. Оно н а п р а в л е н о на юридическія послѣдствія, т. е. цѣль волеизъявленія есть наступленіе юридическихъ послѣдствій. Дѣло въ томъ, что возможны такія дозволенные волеизъявленія, которыя все же не подойдутъ подъ юридическую сдѣлку, какъ не имѣющія цѣли вызвать юридическія послѣдствія. Такъ, напр. выборъ мѣстожительства, веденіе чужихъ дѣлъ безъ порученія, переработка чужой вещи въ новую вещь безъ доз- воленія хозяина. Въ этихъ и многихъ другихъ случаяхъ нѣтъ юридической сдѣлки. Это показываетъ, что вышеизложенная классификація фактовъ неполна. Остаются за бортомъ дозволенные дѣйствія и все же не юридическія сдѣлки. Не подойдутъ также подъ понятіе юридической сдѣлки и такія дозволенные дѣй- ствія, которыя совершаются государствомъ, какъ таковымъ, въ своихъ цѣляхъ, напр. экспроприация, конфискація и т. д. Но когда говорятъ, что волеизъявленіе въ юридической сдѣлкѣ направлено на юридическія послѣдствія, это не значитъ, что наступаютъ лишь тѣ послѣдствія, которыя воля желала (субъективная теорія). Нѣтъ, послѣдствія наступаютъ и тѣ, которыя воля б. м. не предвидѣла, если только эти послѣдствія предусмотрены правопорядкомъ. Вотъ почему правильно говорить: «волеизъявленіе, направленное въ предѣлахъ правопорядка на юриди- ческія послѣдствія», а не непосредственно направленное на тѣ или дру- гія послѣдствія, кои воля желала, какъ это неправильно учили прежде. Точно также неправильно и то ученіе (нормативная теорія), которая всѣ послѣдствія сводитъ къ нормамъ права, не оставляя никакого простора волѣ.

* Гольмстенъ, О торговыхъ сдѣлкахъ (Журн. Юр. Об. 1894, III-IV.). Гриммъ. Основы ученія о юридической сдѣлкѣ. 1900. Анненковъ, Система, I 424. Гамбаровъ, Курсъ, I 667. Дернбургъ, Пандекты, I § 91 и сл; Кроме, I 320.

Название «юридическая сдѣлка», въ смыслѣ общаго понятія дозволенныхъ юридическихъ дѣйствій, не извѣстно нашимъ законамъ. Однако, терминъ «сдѣлка» (казенная и частная сдѣлка) все же встрѣчается (ст. 1540, 2334, 1401¹, 220). Терминъ «сдѣлка» довольно неточенъ. Слово «сдѣлка» (дѣлать съ кѣмъ либо) предполагаетъ волеизъявленіе двухъ сторонъ; между тѣмъ, подъ понятіе юридической сдѣлки подходитъ и волеизъявленіе одной стороны (односторонняя сдѣлка, завѣщаніе). Поэтому правильнѣе употреблять терминъ «юридическій актъ», какъ понятіе болѣе общее, чѣмъ юридическая сдѣлка. Однако, противъ этого говоритъ специальное употребленіе у насъ слова актъ (ст. 218) въ качествѣ письменнаго документа (ст. 911 и сл. 917 и сл.). Къ тому же двухстороннее волеизъявленіе хорошо передается терминомъ «сдѣлка». Вслѣдствіе этого до сихъ поръ удерживается не вполне точный терминъ «сдѣлка» (также и П. ст. 517).

б. Т. к. юридическая сдѣлка есть волеизъявленіе въ предѣлахъ правопорядка, то понятно, что она должна удовлетворять нормамъ права: 1) о составныхъ частяхъ, или принадлежностяхъ различныхъ видовъ сдѣлки, 2) о формѣ сдѣлки и вообще условіяхъ дѣйствительности сдѣлки. Изложеніе всего этого образуетъ общее ученіе о юридической сдѣлкѣ (противъ Шлоссманъ).

II. Необходимыя принадлежности юридической сдѣлки.

Принадлежность юридической сдѣлки не слѣдуетъ смѣшивать съ вышеизложеннымъ понятіемъ о принадлежности, какъ особомъ видѣ вещей (§ 10). Принадлежность сдѣлки есть составная часть ея содержанія. При чемъ, части сдѣлки или могутъ быть столь существенны, что безъ нихъ сдѣлка не дѣйствительна (необходимыя принадлежности), или обыкновенно столь часто встрѣчаются въ сдѣлкахъ, что, при молчаніи о нихъ, сами собой предполагаются (обыкновенныя принадлежности), или, наконецъ, исключительно зависятъ отъ произвола совершающихъ сдѣлку, какъ случайныя добавленія къ сдѣлкѣ (случайныя, произвольныя принадлежности). Въ нашихъ законахъ для обозначенія составной части сдѣлки употребляется терминъ условіе (ст. 1425—1427).¹ При чемъ различаются два вида условій: необходимыя и произвольныя (ст. 1425). Но нашему закону извѣстны и условія обыкновенныя (ст. 1539 п. 2 и 4).

1. Т. к. юридическая сдѣлка есть волеизъявленіе, то наличность свободной и сознательной воли есть прежде всего необходимая принадлежность сдѣлки.*

Во второй половинѣ прошлаго столѣтія возникла теорія, отрицавшая сознательную и свободную волю въ качествѣ отправнаго начала дѣйствительности сдѣлки, отдававшая предпочтеніе внѣшнему изъявленію воли. Теорія эта, называемая теоріей оборота, теоріей волеизъявленія, теоріей довѣрія, исходила изъ того основнаго положенія, что твердость, довѣріе оборота, въ которомъ особенно заинтересовано капиталистическое развитіе хозяйства, не должны быть колеблемы отсутствіемъ въ сдѣлкѣ невидимой для добросовѣстной стороны сознательной и свободной воли, и что сдѣлка должна быть признана дѣйствительною. Довѣріе покоится на волеизъявленіи, а не на томъ, какая эта на самомъ дѣлѣ воля. Однако, современныя передовыя законодательства въ принципѣ остались на почвѣ прежней теоріи воли (волевая теорія), т. к. все же форма не можетъ быть поставлена выше существа ея—воли (Г. У. ст. 122 Ш. У. обяз. пр. ст. 26 и нашъ законопроектъ, ст. 33). Признавая сдѣлку не дѣйствительною, вслѣдствіе отсутствія надлежащей воли, передовыя законодательства возмѣщаютъ добросовѣстной сторонѣ лишь отрицательный договорный интересъ, т. е. лишь вредъ, происшедшій отъ того, что контрагентъ положился на серьезность сдѣланнаго ему волеизъявленія и понесъ вслѣдствіе

¹ Терминъ «принадлежность» также извѣстенъ нашему закону (ст. 1539 п. 4).

* Арсеньевъ. О значеніи принужденія въ дѣлахъ гражданскихъ (Ж. Гр. и Уг. Пр. 1877 № 6). Карницкій, Объ обманѣ въ договорахъ. 1879 (Ж. Гр. и Уг. Пр. 1880. Протсколы, стр. 158). Загоровскій, Принужденіе, ошибка и обманъ (Ю. В. 1890 1). Кельманъ, Пороки воли (Тр. Ц. К. В. I 60).

этого нѣкоторые расходы.¹ Впрочемъ Ш. У. значительно ослабило теорію воли тѣмъ, что въ интересахъ оборота поставило рѣшеніе вопроса о недѣйствительности сдѣлки, вслѣдствіе отсутствія надлежащей воли, въ зависимости отъ непротиворѣчія ея началу доброй совѣсти (Treu und Glauben).²

1) Очевидно, нельзя говорить о сознательной волѣ, когда лицо о ш и б а е т с я, т. е. или совсѣмъ не сознаетъ или невѣрно представляетъ себѣ содержание заключаемой имъ сдѣлки.³ Само собой понятно, что ошибка должна быть с у щ е с т в е н н о й. У насъ сенатъ предоставляетъ суду право самому опредѣлять существенность ошибки юридической сдѣлки и на этомъ основаніи признавать или не признавать дѣйствительность данной сдѣлки. Но и наши законы въ отдѣльныхъ случаяхъ говорятъ о существенной ошибкѣ въ лицѣ (ст. 1026), въ объектѣ и въ качествѣ вещи (1516, 1518). Что касается существенной ошибки въ к о л и ч е с т в ѣ, то нашъ законъ прямо объ этомъ не говоритъ, но сенатъ въ рядѣ рѣшеній (^{84/37}, ^{95/14}, ^{90/9}) признаетъ существенной ошибку и въ количествѣ объекта юридической сдѣлки.⁴ Вообще вопросъ о существенности ошибки не можетъ быть опредѣленъ ни путемъ перечня существенныхъ ошибокъ (ср. Ш. У. ст. 24) ни дачей суду какого либо критерія, напр., критерія дѣловыхъ отношеній (П. ст. 29). Для суда важно выяснить изъ конкретныхъ обстоятельствъ дѣла, можно ли считать сдѣлку дѣйствительной, если въ нѣкоторыхъ пунктахъ сдѣлки, вслѣдствіе ошибки, не было согласія сторонъ, о которомъ говорится въ нашихъ законахъ (ст. 700).

2) Нельзя тѣмъ болѣе говорить о сознательной волѣ, если ошибка вызвана намѣренно другой стороной, т. е. о б м а н о м ъ. Вполнѣ поэтому естественно, что такъ какъ въ основѣ обмана лежитъ все же ошибка, то у с т а н о в л е н і е о б м а н н ы х ъ д ѣ й с т в і й въ каждомъ случаѣ должно быть предоставлено усмотрѣнію судьи; при этомъ, судья обязанъ установить только причинную связь между обманнымъ дѣйствіемъ и заключенной подъ вліяніемъ этого дѣйствія сдѣлкой. Современное право предоставляетъ широкую защиту лицамъ, обманутымъ, развивъ в о з р а ж е н і е о б ъ о б м а н ѣ (excertio doli) и создавъ этимъ могучее средство въ борьбѣ съ недобросовѣстностью сторонъ, именно, противъ лица обманувшаго, а не третьихъ добросовѣстныхъ лицъ. Наши гражданскіе законы не содержатъ общихъ, прямыхъ постановленій объ обманѣ (ср. ст. 666). Ст. 701 говоритъ, правда, о подлогѣ, но очевидно, что понятіе подлога гораздо уже понятія обмана. Тѣмъ не менѣе, на основаніи той же ст. 701 нельзя не признать обмана, какъ обстоятельства, вліяющаго на дѣйствительность сдѣлки, т. к. очевидно, что согласіе лицъ не будетъ свободнымъ, если оно вызвано обманомъ (см. также ст. 1528). Что касается сената, то онъ въ дѣломъ рядѣ рѣшеній признаетъ обманъ вліяющимъ на дѣй-

¹ При чемъ, согласно Г. У. ст. 122, отрицательный интересъ не долженъ превышать положительнаго договорнаго интереса, т. е. того, что контрагентъ получилъ бы при дѣйствительности сдѣлки. Швейц. же ул. не только шире смотритъ на возмѣщеніе вреда (ст. 26), но освобождаетъ и отъ уплаты отрицательнаго договорнаго интереса, если лицо впало въ ошибку не по собственной небрежности (противъ правильно Покровскій, Основные проблемы, 210 и сл.).

² Въ нѣмецкой литературѣ проводится различіе между Treu und Glauben, какъ объективнымъ понятіемъ доброй совѣсти (внѣшнее мѣрило), и guter Glaube-субъективнымъ понятіемъ, добросовѣстностью въ субъективномъ смыслѣ (Эртманнъ, Эндеманнъ, Туръ). Подробнѣе см. И. Новицкій, Принципъ доброй совѣсти въ проектѣ обяз. пр. (В. Г. П. 1916 № 6 56, № 8, 94). Противъ Покровскій (стр. 211), но безъ достаточныхъ основаній, изъ соображенія неопредѣленности самого понятія «Treu und Glauben».

³ Нынѣ правильно отвергнуто ученіе Савиньи о подлинной (незнаніе) и неподлинной (неправильное знаніе) ошибокъ.

⁴ Проектъ не говоритъ объ этомъ.

ствительность сдѣлки (^{01/86}; ^{90/9}; ^{83/78}; ^{78/129}), при чемъ имъ признается обманъ не только уголовный, но и гражданскій.¹

Но хотя въ основѣ обмана лежитъ ошибка, все же обманъ сильнѣе дѣйствуетъ на недѣйствительность сдѣлки. Ошибки въ мотивахъ (побудительныхъ причинахъ) не дѣлаютъ сдѣлку недѣйствительной; напротивъ, ошибки въ мотивахъ, вызванныя намѣренно (обманъ), дѣлаютъ ее недѣйствительной.

3) Наконецъ нѣтъ свободной воли, если сдѣлка заключена по принужденію.

Современное право знаетъ единое понятіе принужденія—страха (Ш. У. ст. 29). Прежде же принужденіе понималось въ двухъ его видахъ: физическаго принужденія (*vis absoluta*)² и психическаго (*vis compulsiva*). Этотъ второй видъ принужденія называется просто страхомъ (*metus*) или даже угрозою. Римское право первоначально не допускало психическаго принужденія, но, съ теченіемъ времени, признало его и выработало цѣлый рядъ условій, довольно строгихъ, съ которыми до настоящаго времени приходится считаться современному праву. Германское уложеніе значительно смягчило эти условія, признавъ единственнымъ условіемъ недѣйствительности сдѣлки, основанной на принужденіи, недозволенность дѣйствій, т. е. противозаконность и безнравственность, и не только въ отношеніи угрозъ, но и въ отношеніи самой сдѣлки. Поэтому, напр., если законная сдѣлка (платежъ долга) совершена самоуправно, то такая сдѣлка не будетъ дѣйствительной (ср. ст. 123 Г. У. спорно). Въ отличіе отъ ошибки и обмана, принужденіе парализуетъ сдѣлку и въ отношеніи 3-ихъ лицъ.

Наши законы по вопросу о принужденіи содержатъ довольно подробныя постановленія въ стт. 700—703 и отчасти 666; причемъ, какъ эти статьи, такъ и развитая на нихъ сенатская практика въ общемъ стоятъ на точкѣ зрѣнія римской теоріи, съ ея болѣе строгими условіями понятія принужденія. «Принужденіе бываетъ, когда кто либо, бывъ захваченъ во власть другого, принуждается къ отчужденію имущества или ко вступленію въ обязательства насильственно, страхомъ настоящаго или будущаго зла, могущаго постигнуть его лицо или имущество» (ст. 702). При этомъ надлежитъ заявить о принужденіи въ тотъ же день околнымъ людямъ или мѣстной полиціи и не позже недѣли просить объ изслѣдованіи. Сенатъ, однако, разъяснилъ, что лицо, не заявившее въ теченіе семи дней о совершеніи или выдачѣ имъ акта по принужденію, имѣетъ право доказывать его недѣйствительность до истеченія уголовной давности (^{76/398}). Вопросъ о характерѣ принужденія ст. 702 въ нашей юридической литературѣ споренъ.

Будетъ ли недѣйствителенъ юридическій актъ, согласно ст. 702, если принужденіе было не физическое (не «бывъ захваченъ во власть другого»), а психическое (нравственное, путемъ угрозъ), или косвенное (если кто воспользовался опасностью, грозившей другому лицу), или, наконецъ, если принужденіе не уголовно-наказуемое? Побѣдоносцевъ, ссылаясь на букву закона и источникъ (уложеніе), понимаетъ ст. 702 въ смыслѣ физическаго принужденія; другіи же цивилисты толкуютъ ее широко, въ смыслѣ психическаго принужденія (страха, угрозъ). Проектъ правильно идетъ еще дальше и признаетъ косвенное принужденіе въ интересахъ социальной защиты слабыхъ, когда кто-либо, пользуясь нуждою или несчастіемъ другого, заключить съ нимъ чрезмѣрно невыгодную для него сдѣлку (ст. 31 законопр. обяз. пр., подробно ч. III).

Сенатъ правильно усвоилъ болѣе широкій взглядъ на принужденіе ст. 702, какъ на принужденіе психическое, а не только физическое, и требуетъ, чтобы угрозы возбуждали серьезный страхъ передъ настоящимъ или будущимъ дѣйствительнымъ зломъ (^{01/21}, иначе прежде).³

¹ Карницкій, Объ обманѣ въ договорахъ (Ж. Гр. и Уг. Пр. 1880 Протоколы стр. 158 и сл.). Понятіе гражданскаго обмана не предполагаетъ непременно проступка или преступленія. Обманъ можетъ быть созданъ и другими недозволенными дѣйствіями, напримѣръ, противными доброй совѣсти.

² Напр., кто либо насильственно подписываетъ рукой другого. Но здѣсь собственно нѣтъ сдѣлки, нѣтъ воли, а есть внѣшнее дѣйствіе. Голевинскій, О происхожденіи и дѣленіи обязательствъ, стр. 67.

³ Въ указанныхъ условіяхъ основательной угрозы напрасно сказывается римская теорія съ ея представленіемъ о среднемъ человѣкѣ съ крѣпкими нервами. По обстоятельствамъ дѣла судъ въ правѣ признать принужденіе и въ другихъ случаяхъ.

2. Вторая принадлежность юридической сделки—это надлежащее изъяснение воли*.

Недостаточно, чтобы воля не страдала пороками: ошибкой, обманом, принуждением. Для действительности сделки необходимо изъяснить ее таким образом, чтобы было соответствие между волей и ее изъяснением. Там, где нет указанного соответствия, нет юридической сделки.

1) Очевидно, нет соответствия, когда воля изъяснена несерьезно. Так, право не признает действительности юридической сделки, основанной на доброй шутке, т. к. такая шутка рассчитана на понимание ее другим лицом. В случае, если другая сторона не поймет шутки, пошутивший обязан, однако, возместить т. наз. отрицательный интерес. Иначе относится право к злой шутке и мысленной оговорке, вследствие нераспознаваемости для контрагента несерьезного изъяснения воли. Поэтому, напр., сделка дарения действительна, хотя бы даритель мысленно оговорил (мысленная оговорка), что он подарил лицу, разорившемуся и готовому покончить с собой, в целях его успокоения.—Наши законы не говорят прямо ни о мысленной оговорке, ни о шутке, ни вообще о несерьезном волеизъявлении. Тем не менее, нет оснований не признавать вышеуказанного правила существующим у нас. Мысленная оговорка есть мотив сделки; если же ошибка в мотивах, за исключением вызванной обманом, не делает сделку недействительной, то тем более болше мысленная оговорка. Шутливые же (за исключением злых шуток) и вообще несерьезные волеизъявления не могут повлечь за собой действительности сделки, т. к. таким волеизъявлениям, в случае взаимного непонимания, не достает согласия (ст. 1528), в случае же понимания,—недостает серьезности, без какой сделка не может быть признана в гражданском обороте.

2) Нет соответствия между изъяснением и волей, когда лицо симулирует. Симуляция предполагает именно серьезное изъяснение воли, чем отличается от шутки, мысленной оговорки. Но серьезное волеизъявление преследует здесь не цели данной, заключаемой сделки, а достижение каких либо иных целей, вследствие чего нарушается соответствие между волей и ее изъяснением. Цели эти могут быть различны. Так, сделка заключается для того, чтобы, передав, напр., имение другому лицу, избывать тем самым самым платежа долгов, которые могли бы быть обращены на это имение (ст. 1529 п 2, ср. ^{91/62}). Здесь стороны вовсе не желают, чтобы имение перешло на самом деле к другому лицу, и совершили сделку только мнимо, для виду (мнимая сделка)¹. Или сделка заключается с той целью, чтобы, под видом данной сделки, действительно изменить положение сторон, но не этой притворной сделкой, а прикрытой ею другой, скрытой сделкой.

* Мейеръ. О юридических вымыслах и предположениях, о скрытных и притворных действиях (Уч. Зап. Каз. Ун. 1853, IV). Оршанский, О законных предположениях и их значении (Ж. Гр. и Уг. Пр. 1874 I). Березкинъ. О симулятивных договорах (Прот. Одесск. Юрид. Об., 1882 №№ 17-19). Дормидонтовъ, Юридическія фикціи и презумпціи. 1895. А. Гойхбаргъ, Новое о мнимыхъ сделкахъ (П. 1915 №№ 45, 2867:). Гриммъ, Новый законъ объ оспариваніи сделокъ, совершенныхъ должниками во вредъ кредиторамъ (П. 1916, №№ 40 и 41), Его же, Оспариваніе актовъ, совершенныхъ во вредъ кредиторамъ (В. Г. П. 1915 № 7 53). О правѣ кредиторовъ оспаривать вредящія имъ сделки должника см. докладъ Карницкаго (Ж. Гр. и Уг. Пр. 1882, VI Прот. Юр. Общ.).

¹ В мнимыхъ сделкахъ отсутствуетъ серьезное соглашеніе контрагентовъ, и эти сделки «инсценируются», скрываютъ ни въ чемъ не изменившіяся имущественныя отношенія контрагентовъ. Ученіе это не совсемъ удачно заимствовано сенатомъ изъ теории пандектнаго права (^{91/62}, ^{91/45}). При чемъ, сделка недействительна также, если она направлена на ослабленіе эффекта публичной продажи (^{15/12}, Арх. Долматовскій).

Понятно, что и мнимая, и притворная сделки недействительны.¹ Но если скрытая сделка непротивоправна, то она, как соответствующая воля сторон, признается действительной. Впрочем, это редко бывает (ст. 991 и 2114), т. к. притворные сделки обыкновенно совершаются в обход закона. На этой же точке зрения стоит и сенат (01/62, 01/45, 05/105, 12/33).

Притворную сделку необходимо отличать от фидуциарной, т. е. основанной на доверии. Фидуциарная сделка, в отличие от притворной, действительна сама по себе и не совершается для виду, как мнимая сделка. Она несимулированная сделка и направляется чаще всего на достижение такого правового результата, для получения которого нет в праве подходящей сделки (*mancipatio, fiducia cum creditore contracta*). Сенат относит к притворным сделкам и такую, в которой выступает подставное лицо, получившее доверенность на заключение какой-нибудь сделки от имени доверителя и заключившее ее на свое имя. В этом случае доверенный—подставное лицо; поэтому, сенат признает, что доверитель может оспорить такую сделку и стать на место доверенного (01/86 по д. обь арендном договоре, заключенном на свое имя повѣренным арендаторши).² Такую фидуциарную сделку с подставным лицом правильно, однако, в интересах гражданского оборота не признавать действительной и, во всяком случае, неправильно признавать ее притворной, т. к. притворство или мнимость сделки предполагает согласие на это обеих сторон, если сделка двусторонняя, между тем, как в сделке с подставным лицом, 3-ье лицо, вступая в сделку с подставным лицом, может вступить в нее совершенно добросовѣстно, не предполагая подставного лица.

*3. Третья необходимая принадлежность юридической сделки—это наличность в ней возможной и непротивоправной цѣли.**

В самом дѣлѣ, если даже воля сознательна и свободна, и есть соответствие между ней и изъявленіем, но цѣль, которую преслѣдуютъ совершающіе сделку,—противоправна или невозможна, то очевидно, сделка недействительна. В нашихъ законахъ нетъ общаго постановленія по вопросу о невозможной юрид. цѣли (ср. ст. 2151). Невозможность цѣли—есть, впрочемъ, вопросъ факта, но о противоправности цѣли (о ея недозволенности) прямо говоритъ ст. 1528, понимая ее въ самомъ широкомъ смыслѣ, какъ цѣль, противорѣчащую закону, благочинію и общественному порядку (ср., въ частности, ст. 1666 и 2014). Изъ сопоставленія ст. 1528 съ ст. 1133 французскаго кодекса слѣдуетъ, что подъ благочиніемъ разумѣются «добрые нравы». Распространено не совсѣмъ точное мнѣніе, что добрые нравы и нравственность одно и тоже. Слѣдовательно, при такомъ пониманіи, сделка недействительна, если цѣль ея противонравственна. Повидимому, и законы наши стоятъ на той же точкѣ зрѣнія, когда вмѣсто благочинія говорятъ о «нравственности и доброй вѣрѣ» ст. (2151). Также, повидимому, и сенатъ, когда онъ говоритъ о безнравственности сделокъ.³

¹ Право оспариванія мнимой сделки не можетъ быть безусловно предоставлено всякому третьему лицу, частности покупщику съ публичнаго торга (Гойхбаргъ, П. 1915 № 45, иначе неправильно сенатъ, 15/12). О мнимой публичной продажѣ, какъ сделкѣ въ обходъ правъ кредитора см. рѣш. 27 апр. 1916, (В. Пр. 1916 842).

² Ср. также рѣшеніе по дѣлу Шавровой (отъ 29 февр. 1912 г.). Подробнѣе см. Ж. М. Ю. 1912 № 7, стр. 144.—Фиктивное уполномочіе на веденіе дѣла лица неспособнаго къ тому (передача иска) недействительно (07/86, 41/12 Арх. Вормсъ). См. однако о передачѣ векселя (15/35, Арх. Вормсъ).

* Покровскій, Основные проблемы, 212 (литература). Новицкій, Принципъ доброй совѣсти въ проектѣ обязательственнаго права (В. Г. П. 1916, № 6). Брунъ, Публичный порядокъ въ международномъ частномъ правѣ (Ж. М. Ю. 1916, 2, 76-91).

³ Однако, съ одной стороны, нравственность не покрываетъ понятія добрыхъ нравовъ: они могутъ быть безразличны въ нравственномъ отношеніи (правила приличія) или безнравственны (скупость, см. Новицкій, ук. соч. 69), съ другой стороны, неправильно отождествлять добрые нравы и съ доброй совѣстью (Штаммлеръ, противъ Эндеманъ), въ особенности, если добрую совѣсть понимать въ субъективномъ смыслѣ. Въ ст. 2151 рѣчь идетъ, однако, о доброй вѣрѣ въ торговлѣ, что, кажется, указываетъ на добрую совѣсть въ объективномъ смыслѣ. Въ такомъ случаѣ благочиніе обнимаетъ примѣнительно къ ст. 2151 не только нравственность, но и добрую совѣсть (вѣру) въ объективномъ смыслѣ.

Вопросъ о добрыхъ нравахъ принадлежитъ къ одному изъ наиболѣе трудныхъ и спорныхъ вопросовъ. Одни отождествляютъ добрыя нравы съ нравственностью (Лотмаръ и многіе др.), другіе видятъ въ добрыхъ нравахъ объективировавшіяся въ народѣ правила приличія (Леонгардъ и др.), какъ цѣнное культурное богатство, которое должно быть охраняемо; третьи просто защищаютъ добрыя нравы не ради ихъ, а ради здороваго социальнаго состоянія общества (Дернбургъ), общественнаго благосостоянія, социальнаго интереса. Все это показываетъ дѣйствительно, что понятіе добрыхъ нравовъ неопредѣленное понятіе. Тѣмъ не менѣе Г. У. сохраняетъ въ кодексѣ понятіе добрыхъ нравовъ, также и проектъ.¹

Что слѣдуетъ понимать подъ нравственностью, нашъ законъ не объясняетъ: должно ли разумѣть нравственность большинства или меньшинства—лучшихъ людей. Сенатъ, повидимому, рѣшаетъ данный вопросъ въ направленіи признанія нравственности меньшинства, каковое положеніе защищается въ литературѣ (Колеръ).² Такъ, въ извѣстномъ случаѣ со свахой, сенатъ призналъ недѣйствительнымъ договоръ вознагражденіи свахи за посредничество, какъ сдѣлку, противорѣчащую нравственности (67/70, 98/82); между тѣмъ, какъ по воззрѣніямъ большинства, такая сдѣлка не возбуждаетъ сомнѣній въ своей нравственности. Подъ общественнымъ же порядкомъ разумѣется порядокъ публичный, какъ это слѣдуетъ также изъ сравненія ст. 1528 съ ст. 1133 французскаго кодекса.³

Въ частности, наши законы считаютъ сдѣлку противоправной, когда она направлена ко вреду государственной казны (1529 п. 5 и 1215).

Здѣсь выдвигается казенный интересъ, столь характерный для нашего гражданскаго права. Напротивъ, интересъ кредиторовъ, столь важный для гражданскаго оборота, оставался слабо защищеннымъ. Сдѣлка, совершенная во вредъ кредиторамъ (фрудаторная сдѣлка), хотя въ принципѣ признавалась недѣйствительной (ст. 1529 п. 2 и ст. 1547), но только лишь недавно недѣйствительность этой сдѣлки регулирована подробно и въ соответствии съ требованіями современнаго оборота (зак. 3 июня 1916 г.).⁴ Оспариванію подлежатъ не только сдѣлки (ст. 3 и 7 и др.) возмездныя и безвозмездныя, двустороннія и одностороннія, но и всякія иныя юридическія дѣйствія и упущенія (ст. 10). Условія для оспариванія: 1) формальныя — наличие облеченнаго исполнительнѣйшей властью требованія противъ должника, (ст. 1 п. 1., ст. 2), или объявленіе должника несостоятельнымъ, 2) матеріальныя: причиненіе фрудаторнымъ актомъ имущественнаго вреда кредиторамъ (объективный моментъ) и намѣреніе причиненія имъ вреда (субъективный моментъ; не требуется въ безвозмездныхъ сдѣлкахъ).

Итакъ, возможная цѣль сдѣлки не должна у насъ противорѣчитьъ закону, нравственности и доброй совѣсти въ объективномъ смыслѣ и не должна быть

¹ Противъ добрыхъ нравовъ, какъ контролера дѣйствительности сдѣлокъ, Покровскій, 220. Съ такимъ взглядомъ нельзя согласиться, если стоять за свободное право, которое Покровскій, впрочемъ, отрицаетъ. О добрыхъ нравахъ въ практикѣ Германскаго Имперскаго Суда см. Сб. Пам. Шерш., стр. 377.

² Противъ Новицкій (В. Г. П. 1916, 68): средній уровень воззрѣній, господствующій въ средѣ (ср. Эндеманнъ).

³ Неопредѣленность понятія общественнаго порядка—*ordre public* (6 и 1133 art. С. С.) см. Брунъ (Ж. М. Ю. 1916, 2, 87). Публичный порядокъ, это—защитная оговорка; и въ конфликтномъ правѣ она постепенно исчезаетъ. Такой защитной статьей въ гражданскомъ правѣ является ст. 1528 т. X ч. 1. Передовыя законодательства выбросили, однако, общественный порядокъ изъ статей кодексовъ и сдѣлали это правильно, ибо это понятіе не имѣетъ опредѣленнаго содержанія, не будучи ни вообще законнымъ порядкомъ, ни добрыми нравами (иначе Проектъ, правильно противъ Покровскій 214). Лоранъ понимаетъ, однако, подъ общественнымъ порядкомъ общественный интересъ, съ чѣмъ трудно согласиться.

⁴ Исторію закона, обзоръ важнѣйшихъ иностранныхъ законодательствъ, общую постановку и основные моменты оспариванія фрудаторныхъ сдѣлокъ см. Гриммъ (въ П. 1916 № 40 и 42). См. также Его же (В. Г. П. 1915 № 7). Обзоръ сенатской практики въ отношеніи ст. 1529 п. 2 см. Гриммъ въ В. Г. П. 1915 № 6, 33.

направлена ко вреду казеннаго интереса и частнаго интереса кредиторовъ (франдатная сдѣлка).

Цѣль сдѣлки не слѣдуетъ смѣшивать съ мотивомъ сдѣлки. Мотивы вообще безразличны. Поэтому, когда говорятъ о цѣли сдѣлки, то здѣсь разумѣютъ каузу, т. е. юридическое основаніе, выступающее въ сдѣлкѣ и сообщающее ей опредѣленный юридическій характеръ. Такъ, напр., цѣль даренія есть желаніе одарить лицо (*animus donandi*). Мотивы же, почему дарятъ, лежатъ внѣ сдѣлки. Наши законы говорятъ о цѣли, какъ юридическомъ основаніи сдѣлки (1528): цѣль должна быть не противна закону, благочинію и общественному порядку. Во французскомъ кодексѣ, изъ котораго это постановленіе заимствовано, прямо стоитъ терминъ «кауза», т. е. юрид. основаніе.

4. Четвертая необходимая принадлежность—это способность лица совершить сдѣлку.

Способность эта прежде всего дѣеспособность, при томъ не столько общая, сколько конкретная, для данной сдѣлки. При чемъ, совершающей сдѣлку, разумѣется, долженъ быть и правоспособенъ къ ней, если онъ совершаетъ сдѣлку для себя. Въ противномъ случаѣ, необходима наличность правоспособности лица, отъ имени котораго совершается сдѣлка, т. е. правоспособность представляемаго.

5. Таковы четыре необходимыя принадлежности юридической сдѣлки: 1) свободная и сознательная воля, 2) соответствие между волей и изъявленіемъ, 3) возможная и непротивоправная цѣль сдѣлки и 4) способность лица къ совершенію ея.¹

III. Обыкновенныя и случайныя принадлежности сдѣлки. *

Обыкновенныя принадлежности—это такія составныя части сдѣлки, которыя, не будучи необходимы въ ней, тѣмъ не менѣе сами собою предполагаются, развѣ бы противное было оговорено. Отсюда, и дея обыкновенныхъ принадлежностей есть пополненіе содержанія сдѣлки и самимъ правомъ на томъ основаніи, что стороны обыкновенно предполагаютъ наличность этихъ принадлежностей.

Наши законы косвенно упоминаютъ объ обыкновенныхъ принадлежностяхъ, видя въ нихъ даже дѣйствіе обычая (заведеннаго порядка), восполняющаго законъ (ст. 1539 п. 4; ср. еще ту же ст. п. 2). Сенатъ также признаетъ обыкновенныя принадлежности; въ частности, вопреки закону (ст. 1427), но въ интересахъ оборота, сенатъ считаетъ очистку обыкновенной принадлежностью (объ очисткѣ см. часть III). Напротивъ, проценты при займѣ и по закону (ст. 2020), и по сенатской практикѣ (^{77/6}, ^{77/281}, ^{77/140}) не считаются обыкновенной принадлежностью и могутъ быть лишь обусловлены сторонами (случайная принадлежность).

На такой же точкѣ зрѣнія стоитъ и законопроектъ обязательственнаго права, не допуская лишь возвращенія добровольно уплаченныхъ безусловныхъ процентовъ (ст. 381). Правила о процентахъ, какъ случайной принадлежности, признаются и швейцарскимъ уложеніемъ въ отношеніи сдѣлокъ гражданскаго оборота (ст. 813). Между тѣмъ, если оставить въ сторонѣ римское вліяніе, было бы правильнѣе, съ точки зрѣнія современнаго права, считать проценты обыкновенной принадлежностью, такъ какъ экономическая сущность займа состоитъ не только въ пользованіи замѣнимой вещью черезъ пріобрѣтеніе на нее права собственности, но также въ полученіи другой стороной вознагражденія въ видѣ процентовъ за предоставленіе такого пользованія. Указанными двумя примѣрами очистки и процентовъ,—вопросъ объ обыкновенныхъ принадлежностяхъ, конечно, не исчерпывается. Количество обыкновенныхъ принадлежностей громадно; къ тому же, съ развитіемъ гражданскаго оборота, обыкновенныя принадлежности нерѣдко вновь возникаютъ изъ случайныхъ: то, что существовало раньше по волѣ сторонъ, начинаетъ считаться обыкновеніемъ. На такое происхожденіе обыкновенныхъ принадлежностей указываетъ и ст. 1539 (п. 4 и отчасти п. 2).

¹ Въ отдѣльныхъ случаяхъ въ законахъ указываются и другія существенныя принадлежности той или другой сдѣлки, но онѣ не имѣютъ общаго характера.

* Казанскій, Къ вопросу о значеніи условій въ юридическихъ сдѣлкахъ (Ю. В. 1881, VIII). Гордонъ, Къ вопросу объ условіи и срокѣ въ договорахъ (Суд. Вѣст. 1868, II). Гамбаровъ, Курсъ I 709. Бар. Симолинъ, Вліяніе момента возмездности въ гражд. правѣ. Каз. 1916, 32—47 153-175.

Что касается случайныхъ принадлежностей, то эти составныя части сдѣлки не только не необходимы и не только не предполагаются, но внесение ихъ въ сдѣлку исключительно зависитъ отъ воли сторонъ, почему они и носятъ названіе случайныхъ принадлежностей. Наши законы мѣтко называютъ ихъ произвольными условіями (ст. 1427 и 1425),¹ чѣмъ подчеркиваютъ произволь, или волю лицъ, какъ существенный моментъ случайныхъ принадлежностей (ст. 1530). Случайныя принадлежности, понятно, многообразны² и зависятъ отъ общаго склада гражданскаго оборота, уровня его добросовѣстности, но среди нихъ наиболѣе типичны для всѣхъ законодательствъ, въ томъ числѣ и для нашего, три принадлежности: условіе, срокъ и возложеніе (модусъ), которыя затрагиваютъ въ разной мѣрѣ осуществимость совершенной сдѣлки, ея дѣйствіе, и въ этой осуществимости скрыта ихъ идея.

Значеніе условія, какъ составной части сдѣлки, обнаруживается въ томъ, что дѣйствіе (осуществимость) совершенной сдѣлки ставится въ зависимость отъ неизвѣстнаго будущаго обстоятельства такимъ образомъ, что или сдѣлка, начавшая свое дѣйствіе, прекращается вполнѣдствіи, отмѣняется (отмѣнительное, резолютивное условіе), или сдѣлка лишь въ будущемъ начинаетъ дѣйствовать, а пока что дѣйствіе ея, до наступленія или ненаступленія обстоятельства, отлагается (отлагательное, суспензивное условіе). Отсюда ясно, какъ велико значеніе условія. Лицо не можетъ знать, что будетъ впереди, но оно можетъ на случай наступленія или ненаступленія неизвѣстнаго обстоятельства заранѣе совершить сдѣлку. Это даетъ въ руки господство надъ будущимъ, и это господство есть завоеваніе права въ области экономическихъ и иныхъ случайностей, а не самоограниченіе воли, какъ училъ Савиньи.

1. Отсюда, условіе въ техническомъ смыслѣ есть, именно, будущее и неизвѣстное обстоятельство, въ зависимость отъ наступленія или ненаступленія котораго поставлена осуществимость возникшей юридической сдѣлки (12/47).³

Обстоятельство должно быть непременно будущее, и о которомъ заранѣе вообще неизвѣстно, наступитъ оно или не наступитъ (объективная неизвѣстность, 74/179, 12/47). Отсюда, обстоятельство, наступившее до или во время составленія юридической сдѣлки, не есть настоящее условіе, хотя бы тотъ, кто совершилъ сдѣлку подъ условіемъ, не зналъ объ этомъ или ошибался (субъективная неизвѣстность, за—неправильно Мейеръ). Поэтому же суть мнимы условія: 1) когда условленное обстоятельство есть фактъ совершившійся (79/223)⁴ прежде или настоящій, 2) когда оно не можетъ не наступить, 3) когда оно невозможно физически по законамъ природы, напр., условіе достать

¹ Произвольныя условія въ терминологіи нашего закона не слѣдуетъ смѣшивать съ произвольными условіями въ терминологіи пандектистовъ, какъ такими условіями, наступленіе или ненаступленіе которыхъ зависитъ отъ воли контрагента.

² Это подтверждается и ст. 1530, которая относитъ къ случайнымъ принадлежностямъ всякія условія (14/26), въ частности, условія о платежѣ, неустойкѣ, обезпеченіи и т. п. Такое широкое понятіе случайной принадлежности не совсѣмъ, однако, правильно. Въ понятіи о случайной принадлежности мыслится понятіе о ней, какъ о составной части юридической сдѣлки, между тѣмъ какъ неустойка или поручительство и другіе виды обезпеченія юридической сдѣлки сами по себѣ являются сдѣлками. Сдѣлка же въ сдѣлкѣ не можетъ быть составной частью.

³ Наши законы не опредѣляютъ сущности условія, какъ и срока, но понятія эти заимствованы сенатомъ изъ пандектнаго права (12/47).

⁴ Превращаетъ ли невозможность наступленія отмѣнительнаго условія условную сдѣлку въ сдѣлку безусловную и прекращаетъ ли сдѣлку невозможность отлагательнаго условія—эти вопросы рѣшаются въ литературѣ неодинаково (Шершеневичъ, Учебн. 11 изд. стр. 208. Анненковъ, Сист. I 474, см. здѣсь же Мейеръ). Сенатъ же признаетъ недѣйствительность сдѣлокъ между живыми, если вообще условіе невозможно (неосуществимо) (79/223).

центр земли, или по существующему правопорядку,—юридически, напр., условие стать рабом¹ и 4) когда оно составляет необходимую, существенную принадлежность юридической сделки, напр., условие продать имение, если покупатель уплатит цену (условие о платежѣ, ст. 1530). Послѣдній родъ условий называется также молчаливыми условиями.²

Условие римскіе юристы называли кондиціей (conditio). Какъ показываетъ самое названіе, дѣло идетъ о «прибавкѣ» къ сказанному, чѣмъ удачно выражается добавочный характеръ условия, какъ добавочной, случайной принадлежности. Напротивъ, нашъ терминъ «условіе» довольно неудаченъ. Подъ понятіе условія у насъ подходятъ и необходимыя условія—существенныя принадлежности сделки (ст. 1425, 1426); а въ бытовомъ отношеніи подъ условіемъ разумѣютъ вообще двустороннюю юридическую сделку. Поэтому, приходится условіе, какъ случайную принадлежность юридической сделки, понимать технически.

Итакъ, условіе, какъ будущее неизвѣстное обстоятельство, ставитъ осуществимость сделки въ зависимость отъ этого обстоятельства, пока не разрѣшится въ ту или иную сторону будущая неизвѣстность (12/47). Было бы, однако неправильно думать, что въ этомъ состояніи неизвѣстности, нерѣшенности сделка не существуетъ и не производитъ вовсе никакихъ юридическихъ послѣдствій. Совсѣмъ нѣтъ: и въ періодъ нерѣшенности нѣкоторыя послѣдствія сделки имѣются, независимо отъ ея осуществимости. Такъ, нерѣшенная условно-суспензивная сделка входитъ въ составъ имущества, обязательна для сторонъ, и воспрепятствованіе наступленію или ненаступленію ея условія, вопреки доброй совѣсти и по винѣ лица, влечетъ за собой отвѣтственность (за правонарушеніе). Что же касается нерѣшеннаго состоянія условно-резолютивной сделки, то здѣсь это состояніе совпадаетъ съ осуществимостью сделки, т. к. резолютивная сделка сразу осуществляетъ и производитъ свои послѣдствія въ оборотѣ.

Римскіе юристы разсматривали резолютивную сделку состоящей какъ бы изъ двухъ сделок: безусловной и условной, разумѣя подъ послѣдней соглашеніе о томъ, что, если осуществится такое-то условіе, т. е. наступитъ или не наступитъ неизвѣстное будущее обстоятельство, то условная сделка прекращаетъ свое дѣйствіе. Такая конструкция, конечно, неправильна, т. к. условіе есть составная часть сделки, а не самостоятельная сделка; тѣмъ не менѣе, она характерна въ томъ отношеніи, что позволяетъ смотрѣть на резолютивную сделку по существу, какъ на сделку суспензивную. Поэтому, и большинство правилъ, регулирующихъ суспензивную сделку, примѣняется къ резолютивной сделкѣ.

Вмѣстѣ съ тѣмъ, юридическая важность состоянія нерѣшенности обнаруживается съ особой силой въ вопросѣ объ обратномъ дѣйствіи условной сделки. Конечно, предусматривая будущее, лицо можетъ выговорить себѣ право, чтобы сделка имѣла обратное дѣйствіе, т. е. чтобы лицо или лица, заключившія сделку, очутились въ первоначальномъ положеніи, какъ если бы условная сделка не имѣла періода нерѣшенности совсѣмъ ея послѣдствій. Однако, существенное значеніе вопроса объ обратномъ дѣйствіи условной сделки сводится къ другому, именно, какъ быть въ томъ случаѣ, когда изъ содержанія сделки нельзя вывести такую оговорку, намѣреніе сторонъ? Спрашивается, что въ такомъ случаѣ, за молчаніемъ сто-

¹ Въ частности, недействительно условіе, ограничивающее способы доказыванія въ спорѣ (80/71), подсудность по роду дѣлъ и постепенность судебныхъ инстанцій (90/26 и др., ср. 84/96), и въ особенности отказъ отъ судебной защиты (ср. 14/80), но юридически допустимо условіе о прекращеніи сделки безъ суда (14/26, 81/90 Арх., Долматовскій).

² Различаютъ еще условія: произвольныя, случайныя и смѣшанныя. Именно, если наступленіе или ненаступленіе условія поставлено въ зависимость отъ воли сторонъ, то—это произвольное условіе, если отъ случая—случайное условіе, отъ того и другого вмѣстѣ—смѣшанное. Произвольное условіе недействительно, когда оно находится исключительно въ зависимости отъ усмотрѣнія лица, внѣ связи съ какимъ бы то ни было его дѣйствіемъ, напр. «если лицо пожелаетъ». Напротивъ, если произвольное условіе находится въ зависимости отъ усмотрѣнія лица, но связано съ дѣйствіемъ, то такое условіе действительно, напр., «если лицо пожелаетъ ухватъ въ Африку».

ронъ, надо предполагать, перестала ли сдѣлка существовать со всѣми ея послѣдствіями съ момента заключенія сдѣлки или нѣтъ. Такъ какъ послѣдствія сдѣлки въ періодъ нерѣшенности могутъ затрагивать интересы третьихъ лицъ, то современное право, оберегая эти интересы, правильно принципиально не предлагаетъ обратнаго дѣйствія условныхъ сдѣлокъ. Обратное дѣйствіе можетъ быть лишь оговорено сторонами, за исключеніемъ немногихъ случаевъ, въ коихъ и безъ такой оговорки возможно обратное дѣйствіе условной сдѣлки.¹ Напротивъ, сдѣлки, направленные на вотчинное измѣненіе, всегда остаются въ силѣ, если ими затрагиваются интересы добросовѣстныхъ третьихъ лицъ.—Въ нашихъ законахъ имѣются лишь отдѣльныя постановленія (ср. ст. 1530) о суспензивныхъ (ст. 938 и 933) и резолютивныхъ (ст. 976) сдѣлкахъ. Вопросъ же объ обратномъ дѣйствіи этихъ сдѣлокъ совершенно не рѣшается.

Не всѣ сдѣлки допускаютъ, однако, внесеніе въ нихъ условій. Общее правило при этомъ слѣдующее: всякая сдѣлка допускаетъ условіе, поскольку это не исключено правомъ, по соображеніямъ нравственности (недопустимо условное узаконеніе), или по соображеніямъ твердости гражданскаго оборота, напр., условное принятіе наслѣдства, условные векселя и т. д. Наши законы не знаютъ постановленій по данному предмету, но сенатъ даетъ руководящія указанія. Такъ, въ духовныя завѣщанія возможно включать суспензивныя условія всякаго рода, не противныя закону (^{02/122}, ^{76/460}, ^{71/643}). Далѣе, согласно основному принципу русскаго законодательства, приобрѣтеніе права собственности окончательно; поэтому отмѣнительное или резолютивное условіе не можетъ быть включено въ завѣщаніе такъ равно не можетъ имѣть мѣста и въ другихъ способахъ приобрѣтенія права собственности, кромѣ даренія (ст. 976, 977).² На этой же точкѣ зрѣнія стоитъ и сенатъ, признавая, что не можетъ быть право собственности срочнымъ, временнымъ (^{69/583}), кромѣ даренія (^{79/27}).

Впрочемъ, въ одномъ рѣшеніи (^{79/27}) сенатъ неправильно отступаетъ отъ принятаго имъ принципа, позволяя мужу завѣщать имущество женѣ подъ условіемъ невступленія ея въ бракъ; причемъ, въ случаѣ вступленія въ новый бракъ, она теряетъ право на завѣщанное имущество. Само собой разумѣется, что юрид. сдѣлки, касающіяся правъ состоянія лица, не могутъ быть условными.

2. Въ противоположность условію, срокъ является хотя и будущимъ обстоятельствомъ, но и з в ѣ с т н ы м ъ, т. е. такимъ, о которомъ заранее можно сказать, что оно навѣрное наступитъ, если бы даже было неизвѣстно, когда наступитъ (^{12/47}).

Отсюда, нельзя считать сроками такія будущія обстоятельства, время наступленія которыхъ хотя извѣстно, но самое наступленіе обстоятельствъ сомнительно или неизвѣстно, напр., наступленіе совершеннолѣтія. Напротивъ, смерть лица будетъ срокомъ: она навѣрное наступитъ, хотя и неизвѣстно въ какой моментъ.

Слѣдовательно, различіе между срокомъ и условіемъ сводится къ тому, что срочная сдѣлка не только совершена, но и ея осуществимость не подлежитъ сомнѣнію. Незвѣстенъ лишь иногда начальный моментъ осуществимости, напр., если срокъ опредѣленъ смертью (*certus an incertus quando*). Отсюда важно практическое различіе между условной сдѣлкой и срочной. Срочная сдѣлка не сомнительна, условная сдѣлка сомнительна. Наше законодательство позволяетъ включать не противныя законамъ «условія о срокѣ» (ст. 1530, 977).

¹ Именно, въ сдѣлкахъ, направленныхъ на передачу замѣнимыхъ вещей, за исключеніемъ доходовъ (плодовъ).

² Противъ исключенія даренія Анненковъ, IV 319; неправильно, ср. Симолинъ, 175, 179.

Сенатъ же опредѣляетъ и вышеизложенную сущность срочной сдѣлки въ согласіи съ пандектнымъ правомъ (12/47). Срокъ во многомъ сходенъ въ условіемъ. Срокъ имѣетъ тѣ же самые виды: суспензивный и резолютивный (ст. 977), сходенъ онъ и въ области допустимости срока въ сдѣлкахъ и въ обратномъ дѣйствіи суспензивнаго срока.¹

Поэтому срокъ регулируется правилами, аналогичными правиламъ объ условіяхъ. Въ этомъ отношеніи нѣкоторыя законодательства, напр., германское, а вслѣдъ за имъ и нашъ проектъ (ст. 77), правильно отсылаютъ къ правиламъ, регулирующимъ условія. Сенатъ, въ отдѣльныхъ рѣшеніяхъ, говоритъ о возможности назначенія не только календарнаго срока, но и срокъ—періода (72/907). Вообще условіе о порядкѣ опредѣленія и исчисленія назначаемыхъ сроковъ зависитъ отъ контрагентовъ. но если бы они этого не сдѣлали, то примѣняются правила о порядкѣ исчисленія процессуальныхъ сроковъ (10/49).

3. *Возложеніе (наказъ, модусъ) есть юридическая обязанность, не составляющая эквивалента, которая ограничиваетъ или уменьшаетъ предоставленное право и относится къ самому содержанию сдѣлки.*²

Отсюда существенные элементы возложенія: 1) Возложеніе есть юридическая обязанность, а не всякое вообще обстоятельство, какъ срокъ или условіе, 2) Обязанность эта вліяетъ не на осуществимость сдѣлки, а на уменьшеніе предоставленнаго права или ограничиваетъ его въ какомъ либо отношеніи. 3) Юридическая обязанность не есть эквивалентъ, т. е. возмездіе за предоставленное право, иначе сдѣлка была бы обыкновенной возмездной. 4) Юридическая обязанность черпаетъ свое содержаніе въ содержаніи самой сдѣлки. Поэтому, юридическая обязанность должна относиться къ тому же самому объекту (находиться въ связи съ нимъ), на который предоставлено право. Вслѣдствіе этого нельзя считать сдѣлку съ возложеніемъ, когда отданъ лугъ въ пользованіе съ тѣмъ, чтобы выкорчеваны были пни. Напротивъ, дареніе парка, съ тѣмъ, чтобы паркъ же не застраивался, есть сдѣлка съ возложеніемъ. Точно также есть сдѣлка съ возложеніемъ, когда подаренъ капиталъ съ тѣмъ, чтобы половина 0/10 съ него шла пожизненно дарителю. Но неправильно считать возложеніемъ вообще какіе либо денежные платежи, не связанные съ содержаніемъ сдѣлки,³ какъ равно и расходы по исполненію сдѣлки, напр. кормленіе лошади, данной въ ссуду.⁴ Наши законы правильно подчеркиваютъ природу возложенія (терминъ имъ неизвѣстенъ), когда говорятъ о случайныхъ условіяхъ сдѣлки въ смыслѣ «образа пользованія и управленія даримымъ имуществомъ» (ст. 975).⁵

Возложеніе, или модусъ слѣдуетъ отличать отъ предположенія, которое, съ легкой руки Виндшейда, понимается, какъ недоразвившееся условіе.⁶ Ученіе о предположеніи оставлено нынѣ, т. к. понимаемое въ смыслѣ мотивовъ и выраженное въ сдѣлкѣ, оно колебало бы самую сдѣлку; выраженное же въ сдѣлкѣ, оно имѣло бы значеніе опредѣленной категоріи—условія, срока или возложенія. Поэтому, правильно не признавать предположеніе, какъ самостоятельную категорію случайныхъ принадлежностей сдѣлки.⁷

¹ Положеніе это отчетливо выражено въ французскомъ кодексѣ: срокъ отличается отъ условія тѣмъ, что онъ не отлагаетъ возникновенія обязательства, а только отдалаетъ его исполненіе (ст. 1185); рѣчь, очевидно, идетъ о суспензивномъ срокѣ. При резолютивномъ же срокѣ, обязательство также возникаетъ хотя на опредѣленное время. См. еще Гордонъ, стр. 4.

² О попыткахъ опредѣленія возложенія см. Симолинъ (стр. 41-47). Въ основѣ даннаго нами понятія лежитъ опредѣленіе Науманна, къ которому вообще примыкаетъ и Симолинъ.

³ Иначе Г. У. ст. 526. См. Симолинъ, 47.

⁴ Симолинъ, 44.

⁵ Пониманіе ст. 975 спорно въ литературѣ (см. Симолинъ, 173, здѣсь же сводка мнѣній).

⁶ См. Крицовъ, Абстр. и матер. обязательства (Ю. 1898), 75.

⁷ Юрид. обязанность не соединяется также непременно съ предоставленіемъ 3-му лицу имущественной выгоды. Поэтому, отказы, или легаты (денежныя выдачи, какъ говоритъ ст. 1086 и 1068¹) не могутъ быть разсматриваемы въ качествѣ возложенія обязанностей. Шершеневичъ (Учеб. I 211) не проводитъ различія между возложеніемъ (наказомъ) и отказомъ (легатомъ).

Характерной чертой, отличающей возложение от условия, есть то, что сдѣлка при возложеніи во всякомъ случаѣ осуществляется, тогда какъ при условіи осуществимость сдѣлки остается подъ сомнѣніемъ. Поэтому возникаетъ основной вопросъ, какъ различить условіе отъ возложенія, когда случайная принадлежность состоитъ въ обязанности контрагента, а не наступленіи какого либо событія (ср. 74/179). Сенатъ рѣшаетъ вопросъ въ зависимости отъ содержанія сдѣлки (04/7). Вслѣдствіе этого, въ тѣхъ случаяхъ, когда изъ содержанія сдѣлки, нельзя вывести, идетъ ли рѣчь объ условіи или возложеніи, приходится предполагать возложение, какъ наиболѣе легкое для должника (см. также 1539 п. 5).¹

Послѣдствія неисполненія возложенія таковы: лица, заинтересованныя² въ его исполненіи, 1) вправе требовать отъ обязаннаго лица исполненія возложенной на него обязанности и даже 2) возвращенія обогащенія, если обязанное лицо не желаетъ исполнить возложенной обязанности. Впрочемъ, это второе послѣдствіе должно быть прямо предусмѣтрѣно въ законѣ, чего нѣтъ у насъ. У насъ возможно требовать не возвращенія обогащенія, а исполненіе самаго возложенія по правиламъ о неисполненіи обязательства. Современное право допускаетъ возвратъ и самаго дара³. Возможно ли это по нашимъ законамъ—спорно. Признаніе этого права привело бы, однако, къ признанію возложенія резолютивнымъ условіемъ. 4) Наконецъ, въ законѣ же должно быть указано объ освобожденіи отъ исполненія возложенія въ случаѣ крайней необходимости (ст. 1410 Проекта), но наши законы этого также не знаютъ.

Что касается, наконецъ, допустимости возложенія, какъ составной части, въ сдѣлкахъ, то правильнѣе допустить возложение и въ возмездныхъ сдѣлкахъ, если только на основаніи содержанія такой сдѣлки можно установить, что рядомъ съ эквивалентомъ имѣется еще сверхъ того юридическая обязанность (возложение).⁴

На практикѣ это рѣдко можетъ случиться, но тѣмъ не менѣе возможно. Напр., продавая картину, лицо можетъ выговорить себѣ право снять копию съ нея. Включать здѣсь обязанность покупателя допустить продавца къ снятію копии съ картины въ эквивалентъ—цѣну—было бы, по меньшей мѣрѣ, странно.⁵ Въ нашихъ законахъ несодержится постановленій о допустимости модуса, или возложенія, но тѣмъ не менѣе нѣтъ основаній не допускать модусъ въ сдѣлкахъ возмездныхъ. Правда, ст. 975 говоритъ о возложеніи примѣнительно къ дару, наиболѣе частому случаѣ возложенія, но сенатъ (08/77) ограничиваетъ исключительно дареніемъ лишь ст. 976-977, а не ст. 975. Да, и помимо того, казуистичность нашихъ законовъ—известное явленіе. Наконецъ, ст. 1530 говоритъ о возможности включать въ сдѣлки всякія условія, не противныя закону. Поэтому, въ частности, не допустимо въ сдѣлкѣ возложение, противное законамъ, благочинію и общественному порядку.⁶

¹ Напротивъ, франц. кодексъ (ст. 953-955) прямо предполагаетъ возложение резолютивнымъ условіемъ и даже не признаетъ льготы возвращенія дара по правиламъ неосновательнаго обогащенія. (Ср. Г. У. 527, Ш. У. ст. 109 п. 2).

² Но кто эти лица заинтересованныя? Конечно, самъ кредиторъ и его наследники, также третье лицо, въ частности, общество, учрежденіе, если въ ихъ пользу прямо установлена юридическая обязанность (договоръ въ пользу третьяго лица). Если же учрежденіе или общество просто заинтересовано въ исполненіи возложенія, то они при жизни кредитора и его наследниковъ не въ правѣ самостоятельно требовать. Право требованія и распоряженіе этимъ правомъ принадлежатъ кредитору (см. Г. У. ст. 525 2, Ш. У. ст. 246 п. 2, противъ такого прямолинейнаго рѣшенія правильно Симолинъ, 158).

³ Именно, признается возвратъ подареннаго въ Г. У. ст. 527 и въ Ш. У. ст. 190 п. 2; притомъ, по правиламъ о неосновательномъ обогащеніи; Симолинъ, 157.

⁴ Существуютъ также обязанности собственниковъ имѣній, жалующихъ подъ именемъ маюратовъ въ Западныхъ губерніяхъ (ст. 495 и 506).

⁵ За допущеніе возложенія въ возмездныхъ сдѣлкахъ Анненковъ, Шершеневичъ, Симолинъ (стр. 153).

⁶ Винаверъ указываетъ на то, что непротивность условій законамъ не имѣетъ смысла (Изъ области цивилистики, 47), однако, этого нельзя сказать о возложеніи.

IV. Представительство.

Для возникновенія юридически дѣйствительной сдѣлки требуется наличность необходимыхъ составныхъ частей ея, или принадлежностей (II), въ частности,—наличность дѣеспособности лица, совершающаго сдѣлку. Но иногда лицо совершаетъ юридическую сдѣлку для себя черезъ представителя.

1. *Отсюда представительство есть право одного лица (представляемаго, принципала) совершить сдѣлку черезъ другое лицо (представителя).**

Такова идея представительства, какъ права личности, вслѣдствіе котораго личность способна совершать сдѣлки для себя черезъ представителя. Право это не сразу было признано за человѣкомъ, въ особенности въ Римѣ,¹ но жизнь побудила создать представительство сначала по закону—опекуновъ, попечителей и т. д. (законное, необходимое представительство) а потомъ и по доброй волѣ лицъ (добровольно представительство).

Въ чемъ различіе между законнымъ и добровольнымъ представительствомъ—спорно. Нынѣ высказано даже основательное мнѣніе, что законное представительство совершенно самостоятельный институтъ (Organschaft), на томъ основаніи, что при законномъ представительствѣ въ сущности нѣтъ представителей, а есть органы, какъ это имѣетъ мѣсто и при осуществленіи дѣеспособности юридического лица (Dniestrzansky, противъ Rosenberg и господствующая доктрина).²

Добровольное представительство возможно въ двухъ видахъ: 1) въ видѣ прямого, непосредственнаго представительства, когда послѣдствія сдѣлки возникаютъ прямо, непосредственно въ лицѣ представляемаго, или 2) такимъ образомъ, что представитель совершаетъ еще вторую сдѣлку, на этотъ разъ съ представляемымъ, чтобы перенести на него права и обязанности, пріобрѣтенныя имъ по сдѣлкѣ съ контрагентомъ (косвенное представительство). Напр., А купилъ домъ для другого у Б и перепродаетъ домъ этому другому.

Посредственное представительство (непрямое, скрытое, неполное, косвенное) господствующее мнѣніе, однако, не считаетъ за представительство (противъ Шлосманъ) и признаетъ представительствомъ только прямое представительство (непосредственное, явное, полное); Въ литературѣ высказана, однако, мысль о необходимости признавать непосредственныя отношенія между контрагентомъ и представляемымъ при посредственномъ представительствѣ, но такимъ образомъ, что представитель остается передъ контрагентомъ въ роли добавочнаго должника (теорія Мюллеръ-Эрцбахъ). Намѣреніе установить въ лицѣ представителя эту роль добавочнаго должника передъ контрагентомъ и будетъ служить критеріемъ для отличія представительства посредственнаго отъ непосредственнаго (прямого).³

2. *Прямое, непосредственное представительство есть такое совершеніе юридической сдѣлки, при которой послѣдствія сдѣлки, заключенной представителемъ, возникаютъ прямо, непосредственно въ лицѣ представляемаго.*

*А. Гордонъ, Дѣйствія повѣреннаго, выходящія изъ предѣловъ довѣренности (Ж. Гр. и Уг. Пр. 1872 кн. 3). Евецкій, О представительствѣ при заключеніи юридическихъ сдѣлокъ. 1878. Нересовъ, Понятіе добровольнаго представительства въ гражд. пр. 1878. Гордовъ, Представительство въ гражданскомъ правѣ. 1879. Его же, Представительство безъ полномочія. 1893. Гамбаровъ, Добровольная и безмездная дѣятельность въ чужомъ интересѣ. 1879. Его же, Общественный интересъ въ гражданскомъ правѣ (Ю. В. 1879. V. VI). Казанцевъ, Ученіе о представительствѣ въ гражданскомъ правѣ. 1879. Казанскій, Представительство безъ полномочія (Ю. В. 1880, II). Таль, Договоръ довѣренности или порученія въ Проектѣ Гр. Улож. 1911. А. Винаверъ, Институтъ представительства въ проектѣ обязат. права 14 окт. 1913 г. (В. П. 1915, 745). И. Шершевскій, Представительство, полномочіе и порученіе въ практикѣ Прав. Сената (Пр. 1915. №№ 40 и 41). Его же, Ученіе о представительствѣ въ соврем. германской цивилистикѣ (Ж. М. Ю. 1912 5, 36. здѣсь же иностранная литература).

¹ Въ классическомъ римскомъ правѣ уже существовало прямое добровольное представительство. Безспорно оно существовало и въ греческомъ и египетскомъ правѣ оборота въ римское время (L. Wengler, Die Stellvertretung im Rechte der Papyri. Leipz. 1906).

² Подробнѣе Шершевскій, Ученіе о представительствѣ, 47.

³ Противъ—Oertmann. За правильность основного характера предложенной теоріи Пергаментъ, (В. Пр. 1906 г. I.). Теорія Мюллеръ-Эрцбахъ формулирована въ интересахъ оборота и въ этомъ, несомнѣнно, ея сильная сторона.

Вслѣдствіе этого представляемый не только прямо получаетъ права, но и несетъ прямую отвѣтственность передъ контрагентомъ. Наши законы ясно этого не говорятъ (ср. ст. 2326, иначе думаетъ Шершевскій), но сенатъ правильно вывелъ юридическую природу прямого представительства изъ ст. 2326 (67/107 и др., 75/273 и др.). Внѣшнимъ признакомъ такого непосредственнаго представительства служитъ совершеніе сдѣлки отъ имени представляемаго и за его счетъ.

Но признакъ этотъ нынѣ оспаривается и не безъ основанія. Дѣло не въ этомъ признакѣ, а въ томъ, чтобы непосредственныя отношенія между принципаломъ и контрагентомъ возникали въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ этого требуетъ правопорядокъ (ср. выше теорію Мюллера-Эрцбахера).

3. Т. к. представительство предполагаетъ наличность трехъ субъектовъ; представляемаго (принципала), представителя и контрагента, то юридическія отношенія, связанныя съ представительствомъ, двоякія.

а. Внѣшнія — между представителемъ и контрагентомъ, — которыя основываются обыкновенно на полномочіи принципала (добровольное представительство)¹ или на полномочіи закона (законное представительство, какъ-то опека, попечительство).

Но возможно представительство и безъ полномочія — основанное на послѣдующемъ одобреніи дѣйствій представителя со стороны представляемаго (представительство безъ полномочія, фактическое).² Въ нашихъ законахъ нормируются внѣшнія отношенія также по полномочію (см. довѣренность ст. 2326) и опредѣляется власть (обязанности, ст. 262) опекуновъ и попечителей (ст. 262 и сл.). Представительство же безъ полномочія сенатъ приравниваетъ къ предварительному полномочію, въ случаѣ послѣдующаго одобренія (79/141).³

Полномочіе не требуетъ непременно внѣшняго выраженія. Полномочіе имѣется налицо и въ томъ случаѣ, когда одно лицо ставитъ юридической сдѣлкой другое лицо въ такое положеніе, съ которымъ, по общему правилу, связывается представительство другого лица. Представительство это нельзя считать представительствомъ безъ полномочія, — здѣсь полномочіе лишь прямо не выражено. Такое представительство, выводимое изъ всей обстановки дѣйствій представителя (молчаливое, конклюдентное представительство) признается западно-европейскимъ правомъ (напр. Ш. У. Обяз. пр. ст. 32 п. 2)⁴ и сенатомъ (70/635, 71/602, 74/76).⁵

¹ Въ наукѣ правильно говорятъ о полномочіи, какъ одностороннемъ волеизъявленіи (Миттисъ, Ленеель, Нирка и др. за договоръ-Лабандъ и др.). См. Пр. 1915 № 40, 2495 и въ особенности Шершевскій, Ж. М. Ю. 1912 5, 61. При чемъ, пытаются разсматривать полномочіе, какъ надѣленіе способностью ею къ представительству (Нирка, спорно). Въ сущности, полномочіемъ опредѣляются лишь границы дѣятельности представителя; послѣдствія же наступаютъ по закону, а не на основаніи полномочія (также сенатъ 67/421, 79/141).

² Напр. сосѣдъ продаетъ вещь съ воза другого хозяина, находящагося въ отсутствіи, безъ просьбы о томъ.

³ Проектъ (ст. 580) не говоритъ, въ теченіе какого времени можетъ быть дано согласіе, иначе правильно Г. У. (ст. 177), которое устанавливаетъ двухнедѣльный срокъ. Нельзя же оставлять сдѣлку долгое время въ неопредѣленномъ положеніи (см. А. Винаверъ, 746). Согласіе можетъ покрыть сдѣлку и въ тѣхъ случаяхъ, когда представитель выйдетъ изъ предѣловъ полномочія.

⁴ Проектъ въ ред. 1905 г. говоритъ о такомъ представительствѣ (ст. 69,) но законопроектъ неправильно молчитъ о немъ. Въ нашей литературѣ вопросъ о конклюдентномъ, молчаливомъ представительствѣ въ смыслѣ его допустимости, рѣшается неодинаково (Анненковъ, Система, I 522).

⁵ Полномочіе (Vollmacht) не слѣдуетъ смѣшивать съ уполномочіемъ (Ermächtigung), какъ вспомогательнымъ правомъ, которое даетъ уполномоченному право обязывать юридическимъ дѣйствіемъ уполномочивающаго отъ своего имени и даже въ своемъ интересѣ, напр. уполномочіе заполнить вексельный бланкъ (См. Вормсъ, Вексельные бланки въ Сб. пам. Шерш., 474, здѣсь же литература).

б. Внутреннія отношенія существуютъ между представляемымъ и представителемъ и основываются или на договорѣ порученія, а не на полномочіи (д о б р о в о л ь н о е представительство) или на законѣ (з а к о н н о е представительство). При чемъ, очевидно, отношеніе порученія (мандатъ) никоимъ образомъ нельзя смѣшивать съ полномочіемъ, представительствомъ.

Между тѣмъ, такое смѣшеніе извѣстно старымъ кодификаціямъ (прусскому ланд-рехту, австрійскому уложенію и французскому кодексу). Смѣшеніе выражается въ томъ, что вмѣсто договора порученія говорятъ о договорѣ полномочія (ст. 1002 и 1004 Австр. Ул.) или опредѣляютъ порученіе, какъ договоръ о полномочіи (франц. код.). Между тѣмъ, полномочіе, какъ было замѣчено не есть на самомъ дѣлѣ договоръ и не опредѣляетъ внутреннхъ отношеній представляемаго и представителя. Неправильная связь порученія съ полномочіемъ образовалась исторически: именно, въ прежнее время, при отрицательномъ отношеніи къ добровольному представительству, послѣднее выводилось косвенно изъ договора порученія. Въ прошломъ столѣтіи представительство получило всеобщее признаніе, и правильно нынѣ признана самостоятельность полномочія, и вообще проведено полное отдѣленіе полномочія отъ порученія.

Наши гражданскіе законы не содержатъ вовсе правилъ о договорѣ порученія (иначе Уст. Торг. изд. 1903 г. ст. 5 и 6). И это объясняется тѣмъ, что въ условіяхъ натурального крѣпостного хозяйства представительство оставалось у насъ долгое время мертвымъ институтомъ (П о б ѣ д о н о с ц е в ѣ). Когда же сенатъ, побуждаемый требованіями новыхъ условий нашей жизни, регулировалъ договоръ порученія, то онъ также ввелъ смѣшеніе институтовъ порученія и полномочія, подъ вліяніемъ смѣшенія этихъ институтовъ въ старыхъ кодификаціяхъ, и нынѣ учитъ о договорѣ довѣренности (полномочіе) въ смыслѣ договора порученія (70/1039, 70/800, 04/44).¹

4. *Но т.к. отношенія внѣшнія и внутреннія не говорятъ о роли представителя въ сдѣлкѣ, то спрашивается, какова же роль представителя, какъ посредника?*

Вопросъ о роли представителя принадлежитъ къ числу наиболѣе спорныхъ. Спорятъ прежде всего о томъ, всегда ли одинакова роль представителя, не является ли онъ только передатчикомъ чужого волеизъявленія, фонографомъ, говорящимъ письмомъ, не принимающимъ участія въ формулировкѣ сдѣлки, нунціемъ (глосса, Савиньи), или онъ представитель въ волѣ, контрагентъ сдѣлки (представитель). Большинство различаетъ эти понятія (В и н д ш е й д ѣ, Л е о н г а р д ѣ, М и т т е й с ѣ). Но нынѣ раздаются голоса противъ различія указанныхъ понятій (Ш л о с с м а н ѣ, Р о з е н б е р г ѣ, подробности Ш е р ш е в с к і й, въ Ж. М. Ю. 1912, 5, 56); и это правильно, такъ какъ для современнаго права безразлично, какъ участвуетъ въ сдѣлкѣ представитель, въ качествѣ ли представителя въ волѣ или волеизъявленіи (нунцій). Поэтому и всякій представитель не есть лишь соучастникъ въ сдѣлкѣ, какъ нотаріусъ, свидѣтель; представитель всегда болѣе или менѣе замѣщаетъ въ сдѣлкѣ представляемаго (принципала).

П р а к т и ч е с к о е же значеніе вопроса о роли представителя сводится къ вопросу о дѣйствительности сдѣлки вслѣдствіе пороковъ воли. Очевидно, если представитель изъявляетъ не свою волю, а передаетъ волю принципала, то пороки воли представителя не имѣютъ никакого значенія, ибо контрагентомъ является представляемый (С а в и н ь и).

Напротивъ, если сдѣлку совершаетъ только представитель, и представляемый въ сдѣлкѣ вовсе не участвуетъ, то пороки воли его не имѣютъ вліянія на дѣйствительность сдѣлки (В и с ѣ к а).—Цѣлесообразнѣе ученіе, которое основываетъ дѣйствительность сдѣлки на довѣрїи контрагента не только къ представителю, но и къ представляемому (теорія довѣрїя, Л е о н г а р д ѣ, М и т т е й с ѣ). Противъ нея Ш л о с с м а н ѣ, который правильно указываетъ, что рѣшающее значеніе должно играть не довѣрїе, но потребности юридическаго оборота, получающія выраженіе въ юридическихъ нормахъ. Въ германскомъ уложеніи усвоена теорія, что представитель выражаетъ свою волю (Repräsentationstheorie);² эта же теорія усвоена не совсѣмъ удачно и проектомъ (А. В и н а в е р ѣ, 748).

¹ Иначе правильно прежде 67/421; ср. неправильную у сената конструкцію личнаго найма, какъ договора порученія, 72/834 и др. И. Ш е р ш е в с к і й, въ Пр. 1915 № 40, 2497.

² Motive I S. 223 ff. См. также П е р г а м е н т ѣ (Вѣстн. Права. 1906 кн. 1).

Наши законы не говорятъ, понятно, о дѣйствительности сдѣлки, въ зависимости отъ участія воли въ ней представляемаго и представителя, но приходится признать, что и по нашему праву, представитель не есть только передатчикъ волеизъявленія, но представитель въ волѣ, выражаетъ свою волю, въ соотвѣтствіи съ чѣмъ пороки его воли, такъ же, какъ и пороки воли принципала, опорачиваютъ сдѣлку (теорія обоюдной воли).

Представитель, конечно, долженъ быть дѣеспособнымъ, но въ интересахъ оборота и недѣеспособный представитель можетъ совершить дѣйствительную юридическую сдѣлку. Такъ, основываясь на недѣеспособности представителя, принципалъ не въ правѣ оспаривать дѣйствительность сдѣлки (Г. У. ст. 165). Сенатъ также признаетъ, что ограниченія дѣеспособности представителя не могутъ повліять на дѣйствительность сдѣлки (^{83/118})¹.

У. Виды юридическихъ сдѣлокъ.*

Юридическія сдѣлки довольно разнообразны и дѣлятся на многіе виды, въ зависимости отъ тѣхъ или иныхъ основаній.

1. Такъ, различаютъ сдѣлки: а) одностороннія и двустороннія, б) возмездныя и безвозмездныя, в) оборотныя и внѣоборотныя, е) сдѣлки между живыми и на случай смерти.

а. Юридическія сдѣлки дѣлятся на одностороннія и двустороннія въ зависимости отъ того, выражена ли въ сдѣлкѣ воля двухъ сторонъ (юридическая сдѣлка въ собственномъ смыслѣ) или одной (юридическій актъ, напр., завѣщаніе). Одностороннія сдѣлки дѣлятся, въ свою очередь на нуждающіяся въ приѣмѣ ихъ другой стороной, напр., завѣщаніе, пожалованіе, и на ненуждающіяся въ такомъ приѣмѣ. Собственно, сдѣлки, не нуждающіяся въ приѣмѣ, и суть строго одностороннихъ, т. к. онѣ не предполагаютъ согласія другой стороны. Въ строго одностороннихъ сдѣлкахъ нѣтъ обращенія къ опредѣленному лицу, и потому право къ нимъ относится болѣе строго. Типичными примѣрами такихъ сдѣлокъ служатъ обѣтъ и публичное обѣщаніе вознагражденія всякаго за какое-нибудь дѣйствіе, сдѣлка съ автоматомъ, т. е. сказ. обязательства на предъявителя, и др.

б. Далѣе, юридическія сдѣлки раздѣляются на безвозмездныя и возмездныя. Нормальной сдѣлкой можетъ быть признана только возмездная (та, которая требуетъ эквивалента),² т. к. гражданскій оборотъ преимущественно мѣнновой оборотъ.

Въ дѣйствительности, не всегда легко установить природу сдѣлки. Такъ у насъ, въ частности, спорно, слѣдуетъ ли приданое и выдѣлъ считать дареніемъ. Впрочемъ, сомнѣніе здѣсь относится не столько къ тому, слѣдуетъ ли считать исполненіе нравственной обязанности за эквивалентъ, сколько къ тому, нельзя ли разсматривать выдѣлъ и приданое, какъ предваренное наслѣдство; и въ такомъ случаѣ, очевидно, нельзя

¹ Къ сожалѣнію, законопроектъ обходитъ молчаніемъ указанный вопросъ; иначе проектъ въ редакціи 1905 г. (ст. 508),

* Бар. С и м о л и н ъ, Вліяніе момента безвозмездности въ гражд. пр. 1916. А. К р и в о в ъ, Абстрактныя и матеріальныя обязательства въ римскомъ и современномъ гражд. правѣ. Ю. 1898. Г а м б а р о в ъ, I 678. Д ю в е р н у а, Чтенія, I 751.

² Что слѣдуетъ понимать подъ эквивалентомъ, возмездіемъ, вопросъ въ германской литературѣ спорный и неясный, см. С и м о л и н ъ, 3. Нельзя признавать за возмездіе исполненіе юридической обязанности, напр., дачу приданого (иначе господствующее мнѣніе, которое видитъ здѣсь вознагражденіе въ освобожденіи отъ обязанности). Нельзя считать также возмездіемъ и *datio in solutum* (Stampe), какъ и всякое исполненіе обязательства, такъ какъ эта вспомогательная сдѣлка должна обсуждаться въ соотвѣтствіи съ возмездностью или безвозмездностью главной (иначе господ. мнѣніе). Не можетъ быть признано эквивалентомъ исполненіе и нравственной обязанности (С и м о л и н ъ и др.). Иначе, однако Ш. У. ст. 239 (подробнѣе С и м о л и н ъ, 15); также, повидимому, у насъ У м о в ъ (Д а р е н і е 1876, стр. 110). Споренъ вопросъ о возмездности т. н. ремуераторныхъ (взаимныхъ), дареній (С и м о л и н ъ, 30).

уже говорить о применимости норм о дареніи (Любавскій, Анненковъ). Однако съ точки зрѣнія предвареннаго наслѣдства, выдѣлъ и приданое все же будутъ безвозмездными сдѣлками, хотя и не дареніемъ.¹ Еще болѣе любопытенъ вопросъ о безвозмездности абстрактныхъ сдѣлокъ. Здѣсь необходимо принимать во вниманіе основанія возникновенія абстрактныхъ обязательствъ, поскольку это допустимо закономъ, въ противномъ случаѣ абстрактныя обязательства—возмездныя сдѣлки (Симолинъ, ср. Генигеръ)². Вообще для возмездности юридическаго отношенія (а не только сдѣлки, какъ доказалъ Симолинъ) необходимо, чтобы дѣйствіе одного лица, вытекающее изъ даннаго отношенія, находилось въ синалагматической, условной или каузальной юридической зависимости отъ дѣйствія другого контрагента, короче—необходима юридическая связь (Симолинъ). Но въ литературѣ, въ особенности во французской, и даже въ практикѣ существуетъ и болѣе широкій взглядъ на понятіе возмездности, согласно которому возмездность возможна и безъ юридической связи, какъ напр. при ремуераторномъ дареніи, съ чѣмъ едва ли можно согласиться (иначе Ш. У. впрочемъ—если имѣется нравственная связь). Наконецъ, слѣдуетъ замѣтить, что и не всякая юридическая связь дѣлаетъ сдѣлку возмездной, какъ это имѣетъ мѣсто въ сдѣлкѣ съ возложеніемъ (модусомъ).³

Вслѣдствіе нѣкоторой исключительности въ мѣновомъ оборотѣ безвозмездныхъ сдѣлокъ, онѣ регулируются въ правѣ особыми правилами. Наши гражданскіе законы говорятъ также отдѣльно о дарственныхъ, или безмездныхъ сдѣлкахъ (способахъ приобрѣтенія, ст. 937—1097), противопоставляя ихъ обоюднымъ, или возмезднымъ (ст. 1374 и сл.).

в. Распространено мнѣніе, что сдѣлки могутъ быть только возмездными или безвозмездными (противъ Штейнбахъ), однако это правильно въ отношеніи лишь оборотныхъ сдѣлокъ. Подъ послѣдними разумѣются такія сдѣлки, которыя направлены на распредѣленіе благъ и разграниченіе индивидуальныхъ имущественныхъ сферъ. Но помимо оборотныхъ сдѣлокъ, существуютъ и внѣоборотныя и среди нихъ выдвинуты, нынѣ т. н. организационныя сдѣлки, коими опредѣляется правовое положеніе лица, какъ такового, въ обществѣ, семьѣ и союзахъ.⁴

г. Среди сдѣлокъ на случай смерти (посмертныхъ) различаютъ наслѣдственный договоръ, дареніе на случай смерти⁵ и распоряженія послѣдней воли (завѣщаніе, отказъ и прочее). Наши гражданскіе законы знаютъ сдѣлки на случай смерти только какъ распоряженія послѣдней воли владѣльца объ его имуществѣ (1010). У насъ нѣтъ: ни наслѣдственного договора (что можно видѣть изъ сравненія ст. 1032—о запрещеніи взаимныхъ завѣщаній—и рѣшеній 73/1372 и 79/116), ни даренія на случай смерти (991; 01/97, 71/333 и др.).⁶ Существенное значеніе распоряженій на случай смерти состоитъ въ томъ, что лицо, сдѣлавшее эти распоряженія, не связано въ ихъ отмѣнѣ (ст. 1030).

¹ Литературу см. Симолинъ, 25, прим. 1.

² Симолинъ, 29.

³ Въ особенности, указанные правила существуютъ въ западно-европейскомъ правѣ. У насъ возмездность имѣетъ значеніе преимущественно въ отношеніи родовыхъ имуществъ. Они не могутъ отчуждаться безмездными способами. О другихъ правилахъ см. Симолинъ, 87, 184, 269, 319. При чемъ, онъ вѣрно подчеркнулъ разрозненность, казуистичность и недуманность нормъ о безмездности, и не только въ нашемъ правѣ, но и западно-европейскомъ. Въ частности, о значеніи момента безвозмездности для оспариванія фраздаторныхъ актовъ см. Гримъ (В. Г. П. 1915, 76, 3, Симолинъ, 51): о значеніи момента безмездности при страхованіи жизни и вообще въ сдѣлкахъ о непрямомъ, косвенномъ предоставленіи имущества см. В. Г. П. 1915, 7, 140.

⁴ Организационныя сдѣлки (Штейнбахъ, Мешлени) создаютъ правовыя положенія, имѣющія характеръ функций. Онѣ существуютъ и въ имущественномъ оборотѣ (въ организаціи учрежденій), но главная ихъ область семья, товарищества, союзы и трудовой договоръ (Мешлени). См. правильныя замѣчанія Таля (Ю. В. IX 168) противъ излишняго отождествленія организационныхъ нормъ съ юридическими сдѣлками.

⁵ Дареніе на случай смерти отличается отъ даренія тѣмъ, что даритель сохраняетъ владѣніе подареннымъ имуществомъ до своей смерти.

⁶ Имѣется работа Курдиновскаго, Договоры о правѣ наслѣдованія (О. 1913 г.), въ коей авторъ является защитникомъ другихъ сдѣлокъ на случай смерти, кромѣ распоряженій послѣдней воли.

Въ сдѣлкахъ между живыхъ (прижизненныхъ) контрагентъ можетъ повредить себѣ, своему контрагенту и другимъ лицамъ; при сдѣлкахъ же на случай смерти повредить себѣ не можетъ, а только самое большое своимъ наслѣдникамъ, и потому въ правѣ предъявляются разныя требованія къ дѣеспособности лицъ, совершающихъ тѣ и другія сдѣлки (Баръ). Кромѣ того, и къ дѣйствительности сдѣлокъ на случай смерти законъ относится снисходительнѣе, чѣмъ къ дѣйствительности сдѣлокъ между живыми (см. § 14).

2. Юридическія сдѣлки дѣлятся также на а) каузальныя и абстрактныя, б) формальныя и неформальныя, в) вещныя, обязательственныя и др.

а. Различіе въ сдѣлкахъ каузальныхъ и абстрактныхъ находится въ зависимости отъ того, выражена ли въ сдѣлкѣ кауза, т. е. основаніе возникновенія сдѣлки.¹ Если кауза въ сдѣлкѣ выражена, то такая сдѣлка будетъ каузальной (материальной), въ противномъ случаѣ—абстрактной.² Правда, сдѣлки не могутъ существовать безъ какой-либо каузы, но въ абстрактной сдѣлкѣ кауза не существенна для ея возникновенія. Вслѣдствіе этого абстрактная сдѣлка имѣетъ для правопорядка какъ бы отсутствующую каузу. Значеніе абстрактной сдѣлки, отрѣшенной въ гражданскомъ оборотѣ отъ своей каузы, весьма большое. 1) Для третьихъ добросовѣстныхъ лицъ абстрактная сдѣлка не м. б. оспорена по причинѣ порочности ея каузы. Вслѣдствіе этого абстрактная сдѣлка пріобрѣтаетъ твердость и легкость обращенія въ оборотѣ, каковыя качества приближаютъ ее къ деньгамъ. Кромѣ того, 2) въ области процесса, вѣритель не обязанъ доказывать каузу, какъ въ материальныхъ, или каузальныхъ сдѣлкахъ. Этимъ достигается большое облегченіе для вѣрителя. Но это не значитъ, что должникъ вовсе не въ правѣ доказывать порочность каузы. Въ абстрактной сдѣлкѣ имѣется лишь переложеніе бремени доказательства съ вѣрителя на должника.

Въ приближеніи абстрактной сдѣлки къ средствамъ обращенія большая цѣнность ея, но въ этомъ же и слабая сторона: отвлеченная отъ своего основанія, абстрактная сдѣлка оторвана отъ конкретныхъ отношеній правопорядка и потому легко можетъ давать поводъ къ злоупотребленіямъ и вообще къ обходу правовыхъ нормъ. Тѣмъ не менѣе, гражданское право не только знаетъ абстрактныя сдѣлки, но нѣкоторымъ изъ нихъ придаетъ характеръ даже неотмѣняемости по волѣ лицъ, совершающихъ сдѣлку—это такъ наз. необходимо-абстрактныя сдѣлки (вексель). Въ общемъ современное гражданское право признаетъ довольно много абстрактныхъ сдѣлокъ, считая таковыми, кромѣ векселя, бумагъ на предъявителя, приказовъ, также вещный договоръ, уступку права, принятіе чужого долга, долговую расписку, признаніе долга и т. д.³

Наше право знаетъ очень немного абстрактныхъ сдѣлокъ (преимущественно вексель и бумаги на предъявителя).

б. Съ точки зрѣнія формы, сдѣлки дѣлятся на формальныя и неформальныя. Формальныя сдѣлки—это тѣ, для возникновенія которыхъ существенна форма, или форма имѣетъ значеніе опредѣленнаго, требуемаго закономъ доказательства. Неформальныя сдѣлки—это тѣ, въ вѣ коихъ форма не имѣетъ ни существеннаго значенія, ни значенія доказательства ни иного обязательнаго значенія (см. § 14).

в. Наконецъ, по содержанию сдѣлки дѣлятся на вещныя, обязательственныя, сдѣлки въ области семейнаго права (имѣющія, главнымъ образомъ,

¹ О различномъ значеніи каузы: въ смыслѣ безразличнаго для права мотива и рѣшающаго мотива, въ смыслѣ внѣшняго событія и каузы, какъ правового основанія, юридическаго факта, см. Крицовъ, 15. При чемъ, каузу въ смыслѣ причины, основанія надо отличать отъ каузы въ значеніи цѣли (credendi, solvendi et donandi causa, см. Крицовъ, 34).

² Понятно, что и въ абстрактной сдѣлкѣ можно выразить каузу, но это не дѣлаетъ абстрактную сдѣлку каузальной, или материальной. Вообще законодательства могутъ и не проводить до конца абстрактность сдѣлки (ср. Симолинъ, 28), и проводить ее нецѣлесообразно.

³ Крицовъ, 198; здѣсь же о долговомъ документѣ (стр. 204).

личный характер—усыновленіе, брачный договор¹) и сдѣлки въ области наследственнаго права (сдѣлки на случай смерти).

§ 14. ФОРМЫ И ТОЛКОВАНІЕ СДѢЛОКЪ. НЕДѢЙСТВИТЕЛЬНОСТЬ СДѢЛОКЪ*.

І. Формы юридическихъ сдѣлокъ*.

Въ противоположность старому праву, современное право держится п р и н ц и п а безформенности юридической сдѣлки. Принципъ этотъ не означаетъ, конечно, отсутствія всякой формы, для выраженія воли, но формы обязательной, несоблюденіе которой влечетъ тѣ или другія невыгодныя послѣдствія. Наши гражданскіе законы въ общемъ ближе стоятъ къ старому праву, чѣмъ къ новому, современному.

1. Они признаютъ довольно широко принципъ обязательности письменной формы.

При чемъ, наше законодательство не даетъ общихъ указаній, какія юридическія сдѣлки требуютъ письменной формы, а отсылаетъ къ книгѣ IV, въ которой при каждой юридической сдѣлкѣ требованіе формы означено въ отдѣльности (прим. къ ст. 571)². И лишь «порядокъ заключенія словесныхъ договоровъ состоитъ въ полной волѣ договаривающихся сторонъ» (ст. 571). Нашъ законъ требуетъ письменной формы для договоровъ нотаріальныхъ, явочныхъ и крѣпостныхъ, и лишь договоры домашніе могутъ составляться на письмѣ или словесно (ст. 1531).³ Въ частности, нашему праву знакомъ принципъ письменности сдѣлокъ въ зависимости отъ суммы или и срока, на который заключается сдѣлка. Именно, при наймѣ сельскими обывателями земель (ст. 1700) и наймѣ городскихъ строеній и земельныхъ участковъ въ городскихъ поселеніяхъ (ст. 1702, см. подробнѣе обяз. пр.), а равно и при займѣ (ст. 2032 т. X ч. 1 и ст. 101¹ У. Г. С.). Въ послѣднемъ случаѣ разрѣшается заключать словесно заемъ, когда сумма его (равно и зклада движимости) не свыше 30 руб.

Иначе поступаетъ нашъ Проектъ (законопроектъ ст. 14), который, слѣдуя въ принципѣ за французскимъ правомъ, устанавливаетъ, что всякія юридическія сдѣлки (договоры) на сумму свыше 300 руб., за исключеніемъ случаевъ, указанныхъ въ законѣ, должны быть удостовѣряемы на письмѣ.⁴

¹ Юридическія сдѣлки возможны и относительно личныхъ правъ, а не только имущественныхъ (въ особенности допускаетъ такія сдѣлки французская практика, противъ Р е г е а и). Въ частности, возможна, съ нѣкоторыми ограниченіями, и сдѣлка съ именемъ напр., съ псевдонимомъ и даже съ официальнымъ именемъ (Г. У. ст. 1706 п. 2). Возможны, сдѣлки и у насъ съ псевдонимомъ, поскольку это не противорѣчитъ ст. 1528. См. также ст. 132³. А г а р к о в ъ, Право на имя (Сб. пам. Ш е р ш. 83).

* П е с т р ж е ц к і й, О силѣ обязательствъ, писанныхъ на неустановленной бумагѣ (Ж. М. Ю. 1860, 10), Е г о ж е, О письменной формѣ сдѣлки по рѣшеніямъ кассационнаго сената (Ж. Гр. и Уг. Пр. 1871 IV). Д у м а ш е в с к і й, Значеніе формы договора (Ж. М. Ю. 1868, 2). З м и р л о в ъ, О недостаткахъ нашихъ гражданскихъ законовъ (Ж. Гр. и Уг. Пр. 1885, VI). З е е л е р ъ, Письменная форма договоровъ въ проектѣ гр. ул. В. (П. 1900, 1). С и н а й с к і й въ Ю. В., 1914, 5, 239.

² Словесная форма допускается въ слѣдующихъ главныхъ случаяхъ: при куплѣ-продажѣ движимости на наличныя деньги (ст. 711), мѣнѣ движимыхъ вещей (ст. 1580), наймѣ земли крестьянами у помѣщиковъ и другъ у друга (ст. 1700), наймѣ слугъ и рабочихъ, исключая фабричныхъ (ст. 2226), и вообще при личномъ наймѣ (¹²/₂₆), ссудѣ имущества (ст. 2064) и нѣкоторыхъ другихъ немногихъ случаяхъ. См. зак. 15 мая 1911 г.

³ Однако, это выраженіе ст. 1531 не совсѣмъ точно и до нѣкоторой степени противорѣчитъ ст. 571: полная воля сторонъ, о которой говоритъ названная статья, при совершеніи словеснаго договора, можетъ заключаться въ безмолвномъ выраженіи согласія: посредствомъ жестовъ, мимики и т. д. Неточенъ также и проектъ (ст. 13).

⁴ Цѣнность такого критерія сомнительна, такъ какъ 1) на дѣлѣ его трудно провести, 2) такой критерій очень условенъ и 3) вопросъ о формѣ долженъ быть разрѣшаемъ по существу каждый разъ примѣнительно къ тому или другому договору. Принятіе предполагаемаго въ проектѣ критерія не внесетъ къ тому же въ уложеніе простоты, потому что въ немъ установленъ цѣлый рядъ исключеній.

Письменно юридическая сдѣлка м. б. совершена и на разстояніи: о б м ѣ н о м ѣ т е л е г р а м м ѣ, подписанныхъ обязанной стороной, если только не было иного намѣренія.¹ Въ противномъ случаѣ, каждая сторона въ правѣ требовать облеченія юридической сдѣлки въ письменную форму. Само собой понятно, что стороны могутъ условиться о письменной формѣ подѣ страхомъ недѣйствительности сдѣлки, хотя бы законъ и не требовалъ этой формы (д о г о в о р н а я форма).

2. Несоблюденіе письменной формы сдѣлки влечетъ: а) недѣйствительность сдѣлки, б) недопустимость доказыванія ея существованія свидѣтельскими показаніями и в) необязательность для третьихъ лицъ.

а. Сдѣлка недѣйствительна, если законъ, подѣ страхомъ недѣйствительности, требуетъ соблюденія формы. Въ этихъ, правда, немногихъ случаяхъ, говорятъ о формѣ сдѣлки, какъ корпусъ сдѣлки (ad solemnitatem, ^{69/576}, ^{71/1198} и др. ^{92/8} и др.). Такъ, купчая крѣпость, письменная форма завѣщанія (ст. 1023) суть корпусы сдѣлки.²

б. Въ огромномъ же большинствѣ случаевъ письменная форма служить лишь удостовѣреніемъ, доказательствомъ существованія сдѣлки, предустановленномъ въ самомъ правѣ (ad probationem), почему сдѣлка не можетъ только быть доказана свидѣтельскими показаніями (ст. 409 У. Г. С.). Однако, если бы письменная форма такой сдѣлки не была соблюдена, то сдѣлка все же дѣйствительна. Она можетъ быть удостовѣряема другими какими либо письменными доказательствами, напр. письмами, квитанціями и т. п. Можетъ случиться, что въ доказательствахъ и не будетъ надобности, какъ то, должникъ признаетъ сдѣлку. Поэтому, заемъ на сумму 35 руб. заключенный словесно, дѣйствителенъ, но если должникъ не признаетъ его и если долгъ можно доказать только свидѣтельскими показаніями, а другихъ письменныхъ доказательствъ не будетъ, то нѣтъ и возможности получить долгъ судомъ.³

в. Наконецъ, въ нѣкоторыхъ случаяхъ законъ требуетъ не только письменной формы, но и крѣпостной отмѣтки. Такъ, сдѣлки по арендѣ съ полученіемъ или назначеніемъ къ полученію арендныхъ денегъ впередъ болѣе, чѣмъ за годъ (ст. 1703, подробнѣе обяз. пр.) должны имѣть отмѣтку о запрещеніи, подѣ страхомъ необязательности такой аренды для добросовѣстныхъ пріобрѣтателей и залогодателей имѣнія, хотя сами по себѣ сдѣлки дѣйствительны. О я в к ѣ актовъ и ея значеніи, о свидѣтеляхъ и крѣпостныхъ актахъ, о подписи см. ниже. (§ 15. II).

3. Юридическія сдѣлки совершаются не только словесно, но молчаливо и даже конклюдентно.

¹ Противоположнаго мнѣнія В. Цвингманнъ (Ж. М. Ю. 1902, 8, 156).

² По волѣ лицъ письменная форма м. б. отмѣнена, если форма есть корпусъ сдѣлки, какъ это имѣетъ мѣсто въ отношеніи крѣпостныхъ актовъ и завѣщанія (стт. 1680, 1023, 2031 и др.). Письменная форма, обязательная для договора, обязательна и для соотвѣтствующаго предварительнаго договора. Проектъ обходитъ данный вопросъ молчаніемъ, тогда какъ швейцарское уложеніе (ст. 22 п. 2) рѣшаетъ его положительно. Такое рѣшеніе слѣдуетъ признать желательнымъ, но ограничить требованіе соотвѣтствія между договоромъ и предварительнымъ договоромъ соблюденіемъ лишь письменной формы, исключивъ другія формальности, напр. участіе нотариуса.

³ Не м. б. доказываемы свидѣтелями не только письменные договоры, но измѣненіе и отмѣна ихъ. Недопустимость свидѣтельскихъ показаній, волѣдъ за сенатской практикой, признаетъ и проектъ (ст. 17.). Такое постановленіе вполне правильно, поскольку рѣчь идетъ объ отмѣнѣ договора, хотя бы въ части, и о такомъ измѣненіи, которое затрагиваетъ его содержаніе. Но едва ли правильно распространять данное постановленіе о недопустимости свидѣтельскихъ показаній на всякое измѣненіе договора, если такимъ измѣненіемъ не затрагивается содержаніе договора. Такъ, примѣръ, едва ли слѣдуетъ устранять свидѣтельскія показанія, относящіяся до дполнительныхъ постановленій, которыя не противорѣчатъ письменному акту, какъ это признаетъ швейцарское уложеніе (ст. 12). Между тѣмъ, въ проектѣ дополненіе договора требуетъ также представленія письменныхъ доказательствъ. (Ст. 17). Синайскій, 241.

Что касается приобрѣтенія движимыхъ имуществъ, то въ видѣ общаго правила сдѣлки совершаются словесно (ст. 711). При чемъ, сдѣлка по телефону—словесная сдѣлка. Что касается молчаливаго способа совершенія сдѣлки, то въ нашихъ законахъ нѣтъ прямого постановленія объ этомъ, но оно можетъ быть выведено изъ общаго смысла законовъ. Наши законы, говоря о словесныхъ и письменныхъ способахъ заключенія сдѣлки, нигдѣ не упоминаютъ что эти способы суть единственные. Наоборотъ, на ряду съ письменными и словесными договорами, ст. 711 говоритъ еще о соглашеніяхъ и этимъ самымъ указываетъ, что соглашенія могутъ возникать не только словесно и не только письменно. Сенатъ считаетъ также, повидимому, возможнымъ, по крайней мѣрѣ въ принципѣ признавать молчаливое выраженіе воли (72/152 по д. Медового). Но молчаніе только тогда м. б. признано юридически обязательнымъ, если лицо молчитъ въ то время, когда оно можетъ и должно говорить въ силу требованій права или доброй совѣсти.¹—Наконецъ, конклюдентное заключеніе юридической сдѣлки выводится косвенно изъ обстоятельствъ дѣла, независимо отъ того, выражена ли воля въ словахъ, на письмѣ, или молчаливо. Косвенное выраженіе воли признается и нашими законами (ст. 1261), но такъ какъ оно не направлено явно на заключеніе сдѣлки, то м. б. легко оспорено.²

II. Толкованіе сдѣлокъ.*

Какая бы ни была форма сдѣлки, всегда можетъ возникнуть сомнѣніе, ясно ли выражена въ ней воля. Поэтому естественно возникаетъ вопросъ о правильномъ пониманіи содержанія совершенной сдѣлки, объ ея истолкованіи и осуществленіи. Наши законы даютъ правила толкованія двусторонней сдѣлки, т. е. договора, при чемъ правила эти, заимствованныя изъ французскаго законодательства, проникнуты страхомъ передъ свободнымъ толкованіемъ сдѣлки.

Въ исторіи толкованія сдѣлки можно различать три приема толкованія. 1) Формалистическій, т. е. толкованіе сдѣлки по буквѣ, по словамъ (буквальное или словесное толкованіе). 2) Толкованіе по волѣ сторонъ, намѣренію, доброй совѣсти сторонъ. Это значитъ—толковать сдѣлку по истинному смыслу самаго договора противъ буквы его (волевая теорія, *Vertragstreue*, *Exceptio doli*, *Treu und Glauben* въ субъективномъ смыслѣ и въ субсидіарномъ значеніи).³ 3) Но возможно толкованіе сдѣлки и вопреки истинному смыслу ея, не подчиняясь волѣ сторонъ, а руководствуясь дѣловыми отношеніями, вообще доброй совѣстью не сторонъ, а правопорядка, оборота (Шлоссманъ). Такое толкованіе имѣетъ уже исправительное, коррективное значеніе, является свободнымъ толкованіемъ сдѣлки (*Exceptio doli generalis*, *Treu und Glauben* оборота, въ объективномъ смыслѣ въ коррективномъ значеніи). Ср. Г. У. ст. 157 и 242. Противъ свободнаго толкованія сдѣлки Покровскій (стр. 222 и сл.). Однако, при увлеченіи идеей судейскаго правотворчества, нынѣ свободное толкованіе сдѣлки (теорія оборота, телеологическая теорія) находитъ себѣ много сторонниковъ. Едва ли можно согласиться съ этой теоріей въ столь рѣзкой формулировкѣ. Представленія судьи о справедливости, хотя бы и опирающіяся на воззрѣнія гражданскаго оборота, нельзя ставить выше воли сторонъ. Но нельзя не согласиться, что въ извѣстныхъ случаяхъ теорія оборота должна имѣть мѣсто, и именно тамъ, гдѣ волевая теорія наиболѣе уязвима. Это тѣ случаи, когда стороны, вступая въ договоръ, въ сущности, не выразили въ немъ общей воли, какъ напр., въ договорахъ присоеди-

¹ О значеніи молчанія см. еще Симолинъ, Вліяніе момента безвозмездности, стр. 354.

² Поэтому, во избѣжаніе споровъ, слѣдуетъ оговаривать свое право, если лицо не желаетъ, чтобы его конклюдентное выраженіе воли было принято за юридическую сдѣлку. Такъ, наприм., при полученіи наемной платы за 1-ю четверть слѣдующаго года, хозяинъ, не желающій продолженія контракта на весь годъ, долженъ оговорить свое право.

* Змировъ, О недостаткахъ нашихъ гражд. законовъ (Ж. Гр. и Уг. Пр. 1885), Новикій, Обычаи гражд. оборота въ проектѣ обяз. пр. (В. Г. П. 1915, 1). Покровскій, Основн. пробл. 221.

³ Правильно Г. У. (ст. 133): при толкованіи надлежитъ изслѣдовать истинную волю сторонъ, а не придерживаться буквальнаго смысла.

нія (par adhesion, часть III). Говорить въ этихъ случаяхъ о томъ, что сторона, присоединяясь, выразила общую волю на всѣ тѣ условія, которыя имѣлись въ договорѣ, когда сторона большей частью не знаетъ этихъ условій—это значитъ поддерживать фикцію волевой теоріи. Равнымъ образомъ, сюда подойдетъ и тѣ случаи, когда одна сторона эксплуатируетъ другую, пользуясь ея стѣснительнымъ положеніемъ, неопытностью или легкомысліемъ. Во всѣхъ этихъ случаяхъ судья обязанъ смягчить строгость договора, сообразно съ требованіями справедливости, руководствуясь воззрѣніями доброй совѣсти гражданскаго оборота,¹—въ частности, природой той или другой юридич. сдѣлки, основанной на договорѣ. Нельзя не отмѣтить также, что сомнительная добрая совѣсть сторонъ можетъ дѣйствительно противорѣчить здоровой доброй совѣсти оборота. И въ этомъ случаѣ правопорядокъ не въ правѣ поступиться передъ волей намѣреніемъ сторонъ.

1. *Во главу угла ставится у насъ буквальное (словесное) толкованіе; и, въ случаѣ в а ж н а г о сомнѣнія разрѣшается изъяснять сдѣлку по н а м ѣ р е н і ю сторонъ и доброй совѣсти (ст. 1538, 1539).*

Требуя толковать договоръ «п о н а м ѣ р е н і ю и доброй совѣсти», законъ объясняетъ, что подъ этимъ онъ понимаетъ «р а з у м ѣ всего договора» (п. 3 ст. 1539). т. е. истинную волю сторонъ, поскольку она выразилась во всемъ договорѣ, въ цѣломъ. Это значитъ, что въ основу толкованія к л а д е т с я воля сторонъ (в о л е в а я т е о р і я, Vertragstreue).

Но наши гражданскіе законы не признаютъ въ принципѣ теоріи оборота при толкованіи договоровъ. Такъ, напр., при добровольной неустойкѣ, какъ бы ни были несоразмѣрно велики ея размѣры, судья тѣмъ не менѣе не можетъ уменьшить суммы неустойки. Напротивъ, новѣйшія законодательства уже примѣняютъ начала новой теоріи въ тѣхъ случаяхъ, когда нарушаются воззрѣнія оборота съ его началами справедливости и доброй совѣсти. Эти значитъ, употребленныя сторонами выраженія понимаются въ обычномъ въ дѣловыхъ отношеніяхъ смыслѣ (объективный принципъ, теорія оборота). Если же сторона не знала этихъ дѣловыхъ отношеній и употребила выраженіе въ иномъ смыслѣ, то ей предоставляется право оспаривать сдѣлку по общимъ правиламъ объ ошибкахъ.² Впрочемъ, нашъ законъ знаетъ д о п о л н и т е л ь н ы й критерій толкованія сдѣлокъ по объективному масштабу въ тѣхъ случаяхъ, когда стороны не выразили своей воли, но она въ дѣловыхъ отношеніяхъ можетъ быть предположена. Это значитъ, что за неуказаніемъ обыкновенныхъ принадлежностей въ договорѣ и не установленіемъ ихъ закономъ, примѣняются принадлежности, предусмотрѣнныя обычаемъ (п. 4 ст. 1539).³ Далѣе, заслуживаетъ вниманія п. 5 ст. 1539, въ силу котораго, при невозможности ясно истолковать договоръ, предпочтеніе отдается должнику, а не кредитору. Въ этомъ отношеніи имѣется указаніе на социальный принципъ покровительства слабымъ въ гражданскомъ правѣ.

Что касается, въ частности, обычая въ гражданскаго оборота при толкованіи сдѣлокъ, то вопросъ этотъ породилъ уже большую литературу и рѣшается, согласно тремъ теоріямъ, различно. Обычай лишь предполагаемая воля сторонъ (теорія воли). Обычай—это нормы права, съ которыми стороны обязаны считаться, какъ съ нормами закона (теорія закона, Д а н ц ь). Средняя теорія (теорія волеизъявленія), признавая за обычаями объективную мѣру толкованія сдѣлки, не считаетъ ихъ, однако, нормами права. Наши законы придерживаются, повидимому, и здѣсь теоріи воли, и въ этомъ слабая сторона ихъ (ст. 1539 п. 4).⁴

¹ Къ сожалѣнію, начала эти возбуждаютъ споры въ ихъ пониманіи. См. Т а л ь, Положительное право и нерегулированные договоры. Яр. 1912 стр. 18 и сл. 48.

² Сказанное болѣе правильно въ отношеніи Г. У. (см. Н о в и ц к і й, 60), чѣмъ Ш. У.

³ Проектъ не вноситъ существенныхъ улучшеній въ правила о толкованіи договоровъ, повторяя во многомъ правила т. Х ч. I (ст. 74—75). Въмѣстѣ съ тѣмъ, въ проектѣ замѣчается спутанность представлений. Съ одной стороны, проектъ, отрицая буквальное толкованіе договора, говоритъ рядомъ о точномъ смыслѣ договоровъ, доброй совѣсти и намѣреніи лицъ, ихъ заключающихъ (ст. 72); съ другой, повторяетъ правило т. Х ч. I о толкованіи договора «по разуму всего» договора (ст. 75). Наконецъ, несомнѣнно опасно толкованіе договоровъ по прежнимъ договорамъ тѣхъ же лицъ (ст. 75), см. Н о в и ц к і й (В. Г. П. 1915 1, 58).

⁴ Объ обычаяхъ оборота, какъ средствѣ восполненія содержания сдѣлки и закона, см. Н о в и ц к і й, 64. О пониманіи доброй совѣсти см. Н о в и ц к і й (В. Г. П. 1916, 6, 56) и выше прим. Въ частности, къ толкованію п. 4 ст. 1539 см. В. Г. П. 1915, 8, 80.

2. Правила о толкованіи двустороннихъ сдѣлокъ примѣняются и къ одностороннимъ, но съ нѣкоторыми особенностями.

Наши законы не устанавливають указаннаго правила (также проектъ), но оно можетъ быть выведено изъ общаго понятія о юридической сдѣлкѣ. Особенностью толкованія одностороннихъ сдѣлокъ на случай смерти является, напр., стремленіе сохранить по возможности волю наследодателя.

III. Недѣйствительность юридическихъ сдѣлокъ.*

Дѣйствительность сдѣлки, какъ показано, зависитъ отъ цѣлаго ряда принадлежностей и даже формы, въ тѣхъ случаяхъ, въ коихъ форма составляетъ корпусъ сдѣлки. Несоблюденіе указанныхъ конститутивныхъ элементовъ дѣлаетъ сдѣлку недѣйствительной. Это и понятно, юридическая сдѣлка играетъ столь огромную роль въ движеніи гражданского правопорядка (динамика), что право не можетъ не поставить цѣлаго ряда условій для дѣйствительности сдѣлки. Но, признавая сдѣлку недѣйствительной, право можетъ въ то же время считать недѣйствительность сдѣлки или наступившей въ силу самого же права, непосредственно, или въ зависимости отъ предьявленія спора заинтересованнымъ лицомъ.

1. Отсюда различаютъ два основныхъ вида недѣйствительности сдѣлки: а) ничтожность и б) оспоримость.¹

а. Ничтожность сдѣлки наступаетъ сама собой; судъ самъ обязанъ признать ее таковой (ex officio), хотя бы стороны и не спорили о дѣйствительности сдѣлки. Если же судъ не сдѣлалъ этого, то сторона въ правѣ ограничиться указаніемъ суду на ничтожность сдѣлки. Въ сущности, ничтожная сдѣлка не возникаетъ, и потому стороны не могутъ даже исцѣлить ее, подтвердивъ дѣйствительность (послѣдующее исправленіе). Ничтожность сдѣлки съ самаго начала ея совершенія говорить о первоначальной ничтожности. Такая строгость объясняется тѣмъ, что первоначально-ничтожная сдѣлка нарушаетъ непосредственно публичный интересъ (также сенатъ^{88/39, 01/105} и др.).²

б. Оспоримость сдѣлки возникаетъ не иначе, какъ по спору заинтересованнаго лица; это указываетъ, что здѣсь имѣется въ виду непосредственно частный интересъ (^{88/39, 01/105} и др.). Если спора не послѣдуетъ, то сдѣлка существуетъ, какъ дѣйствительная. Поэтому же стороны могутъ въ послѣдствіи придать силу сдѣлкѣ (исправить, исцѣлить ее).³

*Вербловскій, О недѣйствительности юридическихъ актовъ (Суд. Журн. 1874 II); Его же, О недѣйствительности юридическихъ актовъ по рѣшеніямъ кассационнаго сената (Суд. Вѣстн. 1875 VI). Исаченко, Лица въ договорѣ (Ю. В. 1883 VI—VII). Растеряевъ, Недѣйствительность юридическихъ сдѣлокъ по русскому праву (1901). Генкинъ, Относительная недѣйствительность сдѣлокъ (Ю. В. 1914, VII—VIII, 215). Гриммъ, Оспариваніе актовъ, совершенныхъ во вредъ кредиторамъ (В. Г. П. 1915 №№ 6 и 7). Его же, Новый законъ объ оспариваніи сдѣлокъ, совершенныхъ должниками во вредъ кредиторамъ (П. 1916 №№ 40 и 41).

¹ Во французской литературѣ указываютъ еще на одинъ видъ недѣйствительности—на несуществованіе юрид. сдѣлки прямо по закону, безъ судебного признанія ея недѣйствительности. Такое выдѣленіе не имѣетъ, однако, существеннаго значенія, т. к. послѣдствія недѣйствительности одни и тѣ же, что и при признаніи судомъ недѣйствительности сдѣлки.

² Отпаденіе вслѣдствіе публичнаго интереса дѣлаетъ сдѣлку дѣйствительной, хотя бы она была заключена въ то время, когда еще публичный интересъ охранялся (рѣш. К. Д. 27 янв. 1916 г., ср. ^{03/97}, см. Ж. М. Ю. 1916 № 9, 343).

³ Исправленіе сдѣлки слѣдуетъ, однако, отличать отъ заключенія новой сдѣлки съ содержаніемъ прежней недѣйствительной сдѣлки. Установить случаи, когда возможно исправленіе сдѣлокъ—трудно. Критеріемъ можетъ служить и здѣсь частный интересъ заинтересованнаго лица.

Въ виду неопредѣленности положенія оспоримой сдѣлки, правопорядокъ заинтересованъ также въ скорѣйшей ликвидаціи этой неопредѣленности (*schwebende Nichtigkeit*, У н г е р ь). Поэтому для оспариванія можетъ быть установлена краткая давность (ср. $10/41$).¹ Однако, было бы неправильно думать, что сдѣлка оспоримая не ничтожна. Разъ она оспорена, ничтожность наступаетъ съ момента ея совершенія (*ex tunc*), сдѣлка какъ бы не была совершена.² Наши законы не говорятъ объ этомъ прямо (иначе Г. У. 142), но ничтожность вытекаетъ изъ понятія недѣйствительности сдѣлки, вслѣдствіе отсутствія въ ней конститутивныхъ элементовъ. Отсюда и самое дѣленіе сдѣлокъ на ничтожныя и оспоримыя не выдерживаетъ критики. Та и другая сдѣлка въ сущности ничтожна, одна—первоначально, другая—впослѣдствіи (п о с л ѣ д у ю щ а я н и ч т о ж н о с т ь). Но въ обоихъ случаяхъ ничтожность относится къ моменту совершенія сдѣлки (*ex tunc*), а не къ моменту оспоримости (*ex nunc*).

Поэтому нынѣ въ наукѣ сдѣлана попытка отличать ничтожныя сдѣлки (первоначально—ничтожныя и послѣдующе-ничтожныя, или оспоримыя) отъ сдѣлокъ недѣйствительныхъ въ тѣсномъ смыслѣ. Къ послѣднимъ относятся сдѣлки, сами по себѣ дѣйствительныя, возникшія при соблюденіи конститутивныхъ элементовъ, но вслѣдствіе наступившихъ фактическихъ обстоятельствъ (истечение давности, наступленіе резолютивнаго условія, ненаступленіе суспензивнаго условія и т. д.), оказавшіяся недѣйствительными. Сюда же слѣдуетъ отнести и тѣ сдѣлки, коимъ недостаетъ извѣстныхъ добавочныхъ элементовъ, какъ то согласія на сдѣлку попечителей, родителей, мужа и т. д., послѣдующаго согласія на веденіе чужихъ дѣлъ безъ порученія.³ Послѣдующее согласіе попечителя на сдѣлку несовершеннолѣтняго или подтвержденіе имъ своей сдѣлки по достиженіи совершеннолѣтія ($03/88$, $71/795$, $69/8$) дѣлаютъ сдѣлку дѣйствительной. Отличіе указанныхъ сдѣлокъ отъ ничтожныхъ, или недѣйствительныхъ въ широкомъ смыслѣ, выражается въ томъ, что ихъ недѣйствительность не относится непременно къ моменту совершенія сдѣлки (*ex tunc*). Въ интересахъ оборота сдѣлки, заключенныя подъ резолютивнымъ условіемъ, могутъ и не имѣть обратнаго дѣйствія, т. е. недѣйствительность наступаетъ съ момента наступленія условія (*ex nunc*). Точно также недѣйствительность сдѣлокъ въ тѣсномъ смыслѣ всегда наступаетъ не иначе, какъ по заявленію заинтересованнаго лица, т. к. въ основѣ ихъ всегда лежитъ непосредственно частный интересъ.⁴ Въ силу указанныхъ отличій сдѣлокъ недѣйствительныхъ въ широкомъ смыслѣ (первоначально или послѣдующе-ничтожныхъ) отъ недѣйствительныхъ въ тѣсномъ смыслѣ, правильно проводить между ними различіе (противъ Р е й х м а й е р ь; у насъ за Г е н к и н ь, 219).

Наши законы въ отдѣльныхъ случаяхъ говорятъ о ничтожныхъ и оспоримыхъ сдѣлкахъ. Такъ, ничтожны сдѣлки по нашему праву въ тѣхъ случаяхъ, когда стороны обходятъ ограниченія правоспособности лицъ.* Это имѣетъ мѣсто, главнымъ образомъ, въ случаѣ приобрѣтенія недвижимостей въ опредѣленныхъ мѣстностяхъ Государства Россійскаго иностранцами. Правительственная власть обязана сама (*ex officio*) возбудить вопросъ о ничтожности сдѣлки, совершенной въ обходъ закона. Сдѣлка ничтожна въ нашихъ гражданскихъ законахъ и въ тѣхъ случаяхъ, когда ея недѣйствительность связана съ формой, какъ корпусомъ сдѣлки. Поэтому, напр., завѣщаніе ничтожно, если оно совершенно въ устной формѣ или, хотя и въ письменной, но безъ соблюденія предписаній закона.

Что касается оспоримыхъ сдѣлокъ, то онѣ имѣютъ мѣсто у насъ въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) Вслѣдствіе нарушенія правилъ о дѣеспособ-

¹ Ср. Г е н к и н ь, Завѣщаніе родовыхъ имуществъ (В. П. и Н. 1910 № 49).

² Нельзя считать оспоримую сдѣлку дѣйствительной до момента предъявленія спора (иначе Э н н е к ц е р у с ь, противъ Ш т р о х а л ь), см. Г е н к и н ь, 217.

³ Другіе случаи недѣйствительности въ тѣсномъ смыслѣ см. Г е н к и н ь, 218.

⁴ Такъ, у насъ судъ не можетъ отказать въ искѣ безъ ссылки заинтересованной стороны на истечение давности для иска ($04/101$, $75/970$).

⁵ Г о р е н б е р г ь (П. 1915, № 30, 1889) пытается доказать, что сдѣлки въ обходъ зак. 2 фев. 1915 г. являются не ничтожными, а оспоримыми, ссылаясь на $90/124$. Съ Г о р е н б е р г о м ь нельзя согласиться, т. к. недѣйствительность сдѣлки признана непосредственно въ публичномъ интересѣ.

ности, т. к. эти правила установлены в частных интересах недѣеспособныхъ. Поэтому дѣеспособный контрагентъ въ сдѣлкѣ съ недѣеспособнымъ не въ правѣ оспаривать дѣйствительность сдѣлки. Впрочемъ, въ нѣкоторыхъ случаяхъ сдѣлки, совершенныя недѣеспособными, все же ничтожны (ст. 1019, завѣщанія недѣеспособныхъ). 2) По общему правилу, оспоримы и тѣ сдѣлки, которыя совершены съ пороками воли—ошибкой, обманомъ, принужденіемъ, но и это правило имѣетъ исключенія. Такъ, въ случаѣ обмана стороны, вызваннаго третьимъ лицомъ, а не контрагентомъ, сдѣлка считается у насъ дѣйствительной и не подлежитъ оспариванію.

Правильнѣе поступаетъ передовое право (Г. У. 123 п. 2 и Ш. У. 28 п. 2), которое предоставляет возможность оспаривать сдѣлку, если контрагентъ зналъ или долженъ былъ знать объ обманѣ третьяго лица (проектъ, ст. 30 п. 2: только зналъ, что нецѣлесообразно).¹ Впрочемъ, и по нашему праву, знаніе обмана третьимъ лицомъ нетрудно было бы приравнять къ обману (хотя и косвенному) самого контрагента².

Далѣе, сдѣлка не можетъ быть оспорена, когда безнравственность цѣли имѣла мѣсто на сторонѣ обоихъ контрагентовъ. Въ этомъ случаѣ нѣтъ правонарушенія (*Volenti non fit injuria*), и сдѣлка остается въ силѣ въ томъ смыслѣ, что полученное не подлежитъ возврату по суду (*nemo auditur, qui propriam turpitudinem allegat*). Такъ рѣшилъ сенатъ случай съ истребованіемъ взятки (90/7).³ 3) Далѣе, оспоримы сдѣлки съ случайными принадлежностями: условіемъ и срокомъ, т. к. здѣсь имѣется въ виду частный интересъ.⁴ Юридическая сдѣлка будетъ оспорима, если въ самый моментъ совершения юридической сдѣлки ясна невозможность suspensionнаго условія. Это исключеніе не примѣняется къ сдѣлкамъ на случай смерти (безвозмезднымъ?): невозможное suspensionное условіе не влечетъ недѣйствительности акта послѣдней воли. 4) Наконецъ оспоримы сдѣлки продажи съ публичнаго торга.⁵—Что же касается размѣра отвѣтственности по оспоримой сдѣлкѣ, то недобросовѣстность контрагента повышаетъ эту отвѣтственность.⁶

Льготное отношеніе къ сдѣлкамъ на случай смерти обыкновенно объясняется уваженіемъ къ послѣдней волѣ лица, желаніемъ шадить эту волю. Предполагается, что невозможное условіе имѣетъ второстепенное значеніе. Это предположеніе нельзя считать вполне безспорнымъ: условіе можетъ быть существенно для акта послѣдней воли, и лицо не совершило бы сдѣлки, если бы знало, что условіе невозможно. Въ этомъ случаѣ правильнѣе было бы рѣшеніе вопроса о недѣйствительности сдѣлки относить къ существу дѣла.

2. По недѣйствительности сдѣлокъ, ихъ дѣлаютъ еще на абсолютно-недѣйствительныя и относительно-недѣйствительныя.

Объ относительной недѣйствительности сдѣлки прямо говорить, напр. Г. У. (ст. 135), понимая подъ этимъ дѣйствительность сдѣлки въ отношеніи всѣхъ лицъ, за исключеніемъ, по тѣмъ или инымъ основаніямъ, нѣкоторыхъ заинтересованныхъ лицъ,—кредиторовъ. Абсолютная же недѣйствительность есть недѣйствительность сдѣлки въ отношеніи всѣхъ лицъ безъ какихъ либо исключеній.

¹ Кельманъ (Т. Ц. К. В. I 80).

² Оспоримость сдѣлки вслѣдствіе пороковъ воли требуетъ у насъ иска объ оспариваніи (также франц. код. 1117). Иначе Ш. У. (обязат. пр. ст. 31). Заявленіе о порокахъ воли можетъ быть сдѣлано и частнымъ образомъ (*privatim*).

³ За правильность рѣшенія Каваліоти (В. Г. П. 1915, 1, 141). Но вообще въ литературѣ вопросъ споренъ (тамъ же, стр. 137).

⁴ Что же касается, въ частности, модуса, или возложенія, то невозможность его исполненія не дѣлаетъ сдѣлки недѣйствительной, потому что цѣль возложенія—второстепенная въ сдѣлкѣ; въ противномъ случаѣ это было бы уже не возложеніе, а условіе.

⁵ О юридической природѣ публичнаго торга см. ниже. ^{14/85} (Арх. Розенблюмъ). Рѣш. 23 марта 1916 (В. П. 1916, 33, 796). О недѣйствительности арендныхъ договоровъ при публичной продажѣ см. ^{15/12} (Арх. Долматовскій).

⁶ Такъ правильно полагаетъ Симолинъ (у. с. 64).

Въ литературѣ правильно указано на внутреннюю противорѣчивость указанной конструкции относительной недѣйствительности. Одно изъ двухъ: или сдѣлка дѣйствительна, или недѣйствительна. Цѣлый рядъ теорій (см. Генкинъ, 228) вносятъ большую неясность въ указанный вопросъ объ относительной недѣйствительности сдѣлки. Правильнѣе держаться того мнѣнія, что т. н. относительно—недѣйствительная сдѣлка всегда сама по себѣ дѣйствительна. Но заинтересованному лицу, кредитору, предоставляется право измѣнить создавшееся правовое положеніе. Поэтому, если должникъ, вопреки запрету совершилъ сдѣлку съ третьимъ лицомъ и этимъ нарушилъ права кредитора, послѣдній въ правѣ, смотря по обстоятельствамъ, или разрушить сдѣлку и возстановить первоначальное положеніе—сдѣлка ничтожна (*in integrum restitutio*), или требовать (обязательственное и акцессорное требованіе) исполненія обязательства отъ третьяго лица, поскольку сдѣлка третьяго лица съ должникомъ нарушила возможность полученія удовлетворенія (у насъ Генкинъ).

Наши законы имѣютъ дѣло съ относительной недѣйствительностью сдѣлки въ интересахъ кредиторовъ.

Сюда относятся: 1) общіе случаи внѣконкурснаго, или индивидуальнаго оспариванія сдѣлки, совершенной должникомъ съ нарушеніемъ интересовъ кредиторовъ, и конкурснаго оспариванія и 2) исключительно конкурснаго оспариванія.

1) Именно, 3 іюля 1916 г. созданъ законъ объ оспариваніи сдѣлокъ, совершенныхъ должниками во вредъ кредиторамъ (прим. къ ст. 1529 и приложение къ этому примѣчанію; С. У. 1916 г., ст. 1645). Большое вліяніе на указанный законъ оказало германское законодательство съ его удачной комбинаціей началъ римскаго права (конкурсное оспариваніе) и французскаго права (индивидуальное оспариваніе).¹

Такъ, субъектами оспариванія являются и отдѣльные кредиторы, и конкурсная масса (ст. 1). Отвѣтчики:—контрагенты должника, такъ и третьи лица, въ пользу коихъ совершена сдѣлка (ст. 1 вводная часть и ст. 3 п. 1 и 2), а равно наследники и другіе правопреемники этихъ лицъ (при наличіи особыхъ условій, ст. 8). Объектъ права оспариванія: сдѣлки, безразлично какія, а равно и другія юридическія дѣйствія и упущенія (ст. ст. 3, 7 и др. ст. 10). Объ условіяхъ оспариванія было уже изложено выше. Что касается послѣдствій осуществленія права оспариванія,² то новый законъ признаетъ т. н. относительную недѣйствительность сдѣлки, а не абсолютную. Именно, вопросъ о недѣйствительности можетъ быть возбужденъ только потерпѣвшими (кредиторами, конкурсной массой), и сдѣлка теряетъ силу лишь въ отношеніи отдѣльныхъ кредиторовъ или конкурсной массы, возбудившихъ споръ противъ сдѣлки (ст. 5). Во всемъ остальномъ онѣ сохраняютъ полную силу (ст. 5). Послѣдствіемъ признанія недѣйствительности сдѣлки является поворотъ поступившаго къ третьему лицу имущества на предметъ удовлетворенія потерпѣвшихъ отъ сдѣлки, заключенной должникомъ съ третьимъ лицомъ. При этомъ, если невозможенъ непосредственный возвратъ полученнаго съ плодами и другими доходами, то подлежитъ возмѣщенію стоимость (ст. 6): или въ часті, необходимой для удовлетворенія отдѣльныхъ кредиторовъ, или цѣликомъ въ конкурсную массу (ст. 6). Лицо же, добросовѣстно воспользовавшееся безвозмезднымъ распоряженіемъ должника, обязано возвратить полученное лишь въ предѣлахъ обогащенія въ моментъ предъявленія иска (ст. 6). Слѣдуетъ въ особенности замѣтить, что полученный должникомъ эквивалентъ, возврата котораго въ правѣ требовать третье лицо (ст. 7), не принимается въ расчетъ при удовлетвореніи кредитора. Указанное

¹ Подробнѣе Гриммъ (В. Г. П. 1915 №№ 6 и 7) и Егоже въ П. 1916 №№ 40 и 41.

² Право оспариванія слѣдуетъ отнести къ субъективнымъ правамъ, дающимъ ихъ носителямъ правомочіе одностороннимъ волевымъ актомъ создавать, измѣнять и прекращать правоотношеніе (*Rechte des rechtlichen Könnes, Zitelmann; Gestaltungsrechte*, см. Генкинъ, 247, у насъ выше). Ср. Ю. В. VII—VIII, 249.

постановленіе говорить за то, что нашъ законъ знаетъ относительную ничтожность сдѣлки въ смыслѣ разрушенія ея (in integrum restitutio), а не обязательственнаго и дополнительнаго права кредитора на довысканіе съ третьяго лица, съ учетомъ полученнаго эквивалента. Наконецъ, для оспариванія сдѣлки необходима не добросовѣстность третьяго лица (знаніе, ст. 3 п. 1). Исключеніе сдѣлано для безмездныхъ сдѣлокъ при условіи, что онѣ совершены въ теченіе послѣднихъ 5 лѣтъ до предьявленія иска отдѣльнымъ кредиторомъ или объявленія должника несостоятельнымъ. При чемъ, въ одномъ случаѣ не имѣетъ значенія и недобросовѣстность самаго должника, именно, при безмездныхъ же сдѣлкахъ (за исключеніемъ обычныхъ), не превышающихъ средняго размѣра дареній, совершенныхъ въ теченіе послѣдняго года до предьявленія иска отдѣльнымъ кредиторомъ или объявленія должника несостоятельнымъ (ст. 3 пп. 2 и 3). При этомъ во всѣхъ сдѣлкахъ, въ отношеніи указанныхъ въ законѣ родственниковъ (также по усыновленію) должника, его супруга, какъ и супруга, родственниковъ предполагается, что они, вступая въ сдѣлку съ должникомъ, были недобросовѣстны, и имъ предоставляется лишь опровергнуть эту презумпцію (ст. 4). Презумпція эта совершенно правильная, ибо близкія лица къ должнику обыкновенно знаютъ о его намѣреніи дѣйствовать во вредъ кредиторамъ, и съ ними легче всего заключить должнику фраздаторную сдѣлку.

Таковъ новый, въ общемъ цѣлесообразный законъ объ оспоримости фраздаторныхъ сдѣлокъ и другихъ дѣйствій должника, распространенный на Царство Польское, съ включеніемъ Холмской губерніи, и на губерніи Прибалтійскія. Этимъ закономъ не только замѣнены ст. 1529 п. 2 и дополняющая ее ст. 2014 п. 2 т. X ч. 1, но частью отмѣнены и частью измѣнены ст. 460-462 Уст. Суд. Тор. изд. 1903 г.¹ соотвѣт. статьи 367-369 и 373 Пол. о выиск. по беспл. дѣламъ казн. изд. 1910 г.

2) Далѣе, м. б. оспоренъ досрочный платежъ по векселямъ и другимъ актамъ, произведенный въ теченіе 10 дней до объявленія несостоятельности (ст. 485 Уст. суд. торг.). Постановленіе это имѣетъ силу и въ гражданскомъ правѣ (07/69). Наконецъ, м. б. оспорена также мировая сдѣлка, заключенная должникомъ въ теченіе 6 мѣсяцевъ до открытія его несостоятельности (ст. 540 того же устава).

3. *Наконецъ, различаютъ частичную и полную недѣйствительность сдѣлки.*

Подъ частичной недѣйствительностью разумѣется сохраненіе сдѣлки въ тѣхъ частяхъ, которыя существенно не связаны съ недѣйствительными частями сдѣлки. Это правило примѣняется обыкновенно въ актахъ послѣдней воли, чаще всего при завѣщаніи (ст. 1029).

Указанный принципъ частичной дѣйствительности сдѣлки слѣдовало бы распространить и на сдѣлки прижизненныя въ тѣхъ, однако, строго опредѣленныхъ случаяхъ—когда судья усмотритъ намѣреніе сторонъ заключить сдѣлку, несмотря на то, что отдѣльныя части сдѣлки оказались бы потомъ невозможными.

§ 15. РУССКІЙ НОТАРІАТЪ. ПИСЬМЕННЫЕ АКТЫ.

I. Устройство и основныя черты русскаго нотаріата.*

Русскій нотаріатъ возникъ 14 апрѣля 1866 г. (введенъ 15 ноября 1867 г.), какъ одна изъ пристроекъ великой реформы судебныхъ уставовъ. Въ основу

¹ Въ статьяхъ этихъ опредѣлялись тѣ условія, при наличности которыхъ имущество признается безденежно отчужденнымъ и подлежащимъ возврату въ конкурсную массу. Различіе въ примѣнимости этихъ условій въ области торговаго и гражданскаго права сводилось къ тому, что въ силу п. 2 ст. 1529 кредиторъ обязывается доказать вредъ, тогда какъ въ силу ст. 460 и сл. безденежность акта признается самимъ закономъ, и истецъ, имѣя за собой это законное предположеніе, вызываетъ отвѣтника на опроверженіе его. Слѣдовательно, бремя доказательства, въ виду родственныхъ отношеній несостоятельнаго должника съ своими кредиторами, переносилось на этихъ послѣднихъ (78/5, 80/105, 90/117). См. Симолинъ, Вліяніи момента безмездности, 53 (литература).

*Диапидевскій, Исторія нотаріата. Мандельштамъ, Учрежденіе нотаріата и его организація (Ж. М. Ю. 1895, 4). Емилиди, Русскій нотаріатъ. Исторія нота-

Нотаріального Положенія 14 апр. 1866, нынѣ изд. 1914 г., положено дореформенное право съ нѣкоторыми заимствованиями изъ уложеній Запада (французскаго, австрійскаго и баварскаго).¹

Въ московское время акты составлялись не иначе, какъ особыми довѣренными людьми-площадными подьячими, составлявшими особую организацію. Этотъ самобытный всесословный нотаріатъ отмѣненъ былъ въ Петровскую эпоху, и съ того времени нотаріальное дѣло на Руси не могло наладиться въ соотвѣтствіи съ тѣми большими требованіями, которыя предъявляла и предъявляетъ жизнь къ нотаріальной охранѣ правъ-этой своего рода санаторіи гражданскаго правопорядка.² Положеніе 14 апрѣля и послѣдующія новеллы не вывели нотаріатъ на широкій путь общественнаго служенія, т. к. въ то время и позже не было достаточно сознано громадное значеніе нотаріата. Проектъ же новой редакціи Нотаріального положенія, начертанный Особымъ совѣщаніемъ при Министерствѣ Юстиціи, не получилъ силы закона.

1. Поэтому устройство нотаріата не отвѣчаетъ у насъ тому высокому положенію, которое нотаріатъ занимаетъ на Западѣ.

Прежде всего, нотаріусы не имѣютъ корпоративной организаци, которая давала бы имъ большую самостоятельность, поднимала бы въ глазахъ общества ихъ корпоративную честь и достоинство. И болѣе того, для занятія должностей нотаріусовъ у насъ не требуется никакого образовательнаго ценза.³

1) Лицо, желающее стать нотаріусомъ, должно лишь удовлетворять нѣкоторымъ требованіямъ закона. Такъ, прежде всего, оно не можетъ состоять на государственной и общественной службѣ, (также быть присяжнымъ повѣреннымъ), должно быть русскимъ подданнымъ, совершеннолѣтнимъ и неопороченнымъ по суду или общественному приговору (ст. 5). Въ частности, члены Госуд. Думы не могутъ сохранять за собою должности нотаріуса (Общ. собр. 07/33). Далѣе, лицо, желающее стать нотаріусомъ, должно подвергнуться спеціальному экзамену

риата и дѣйствующаго нотаріальнаго положеніе 14-го апр. 1866 г. (1902). И. Вольманъ, Очеркъ организаціи современнаго Западно-европейскаго нотаріата (В. П. 1915 №№ 30-32), Б. Усинскій, Къ пятидесятилѣтію нотаріальнаго положенія (В. П. 1915, № 40), Южанинъ, Обмѣнъ конторъ (В. П. 1915, № 44, 45). Трамбичкій, О передачѣ заявленій отъ одной стороны другой (В. П. 1916 № 3). Егоровъ, Объ отвѣтственности нотаріуса (В. П. 1916 № 33). Гасманъ, Измѣненія положенія о нотаріальной части за полвѣка (В. П. 1916 № 15-16). И. Вольманъ, Юбилей русскаго нотаріата (тамъ же). Л. Виноградовъ, Историческое развитіе русскаго нотаріата (тамъ же). Н. Товстолѣсъ, О нотаріальномъ цензѣ (В. П. 1916 №№ 35, 36).—Плохотенко, Курсъ нотаріата (съ образцами, формами), изд. 2 1915. М. Казмичевъ, Памятка нотаріуса. Справочникъ по нотаріальному дѣлу, 1915. Змирловъ, Новый проектъ положенія о нотаріальной части (Ж. М. Ю. 1916, № 9, 167). А. Боборыкинъ, Опытъ реформы нотаріата, какъ сословія. Киевъ, 1917.

¹ Положеніе о нотаріальной части распадается на 6 раздѣловъ и нѣсколько официальныхъ къ нему приложеній. Въ 1-мъ раздѣлѣ его изложено устройство нотар. части; здѣсь рѣчь идетъ о нотаріусахъ, о нотар. архивахъ и старшихъ нотаріусахъ, о надзорѣ за нотаріусами и объ отвѣтственности ихъ (ст. 1—64). Во 2-мъ раздѣлѣ изложены кругъ и порядокъ дѣйствій нотаріусовъ (ст. 65—153), а въ 3-мъ—кругъ и порядокъ дѣйствій старшихъ нотаріусовъ (ст. 154—192). Въ обоихъ раздѣлахъ рѣчь идетъ, въ частности, о совершеніи различныхъ актовъ. Въ раздѣлѣ 4-мъ изложены нотаріальныя издержки (ст. 193—217²), а раздѣлы 5-й и 6-й касаются нотаріальной части въ Варшавскомъ судебномъ округѣ (ст. 218—270) и въ губ. Прибалтійскихъ (ст. 271—377). Система нотаріальнаго положенія состоитъ, такимъ образомъ, въ томъ, что I раздѣлъ заключаетъ въ себѣ общія постановленія о нотаріусахъ, II и III—дѣйствія нотаріусовъ, IV—издержки. V и VI—мѣстныя постановленія. Въ приложеніяхъ же изложены Временныя правила для руководства Мировыхъ Судей, Нотаріусовъ и Старшихъ Нотаріусовъ при примѣненіи Положенія о нотаріальной части. Частное изд. см. И. С. Вольманъ, Нотаріальное Положеніе Сгд. 1914.

² Подробнѣе см. Л. Виноградовъ, Историческое развитіе русскаго нотаріата (В. П. 1916, № 15-16, 389)—краткое извлеченіе изъ монографіи о нотаріатѣ, предназначенной для сборника: Судебная реформа т. III.

³ Это объясняется тѣмъ, что составители положенія не вѣрили въ возможность привлечь въ нотаріусы образованныхъ людей, за недостаткомъ ихъ. Но, вѣдь, съ того времени Россія шагнула въ образованіи далеко впередъ за 50 лѣтъ. Однако, Проектъ создаетъ еще образованныхъ и необразованныхъ нотаріусовъ (Товстолѣсъ, 855).

при окружномъ судѣ (ст. 15); въ этомъ отношеніи не дѣлается никакихъ изъятій ни для какихъ лицъ (Общ. соб. ⁰⁰/₃₃). Самое опредѣленіе на службу, а равно и увольненіе (зак. 1887 г., ⁸⁹/₁₈₉) зависитъ отъ старшаго предсѣдателя судебной палаты (иначе было прежде: Положеніе знало несмѣняемость), хотя совершается опредѣленіе по представленіямъ предсѣдателя окружнаго суда (ст. 15),¹ а увольненіе по заключенію окружнаго суда (въ распорядительномъ засѣданіи).² Самое же вступленіе въ должность предварительно требуетъ принесенія присяги (ст. 16) и внесенія залога (ст. 8, ср. ст. 19, 12, 14). Нотариусы за исполненіе своихъ обязанностей получаютъ вознагражденіе (плату), именно, за всякое должностное дѣйствіе по особой таксѣ, если не было добровольнаго соглашенія (ст. 208 и сл.). Часть этой платы удерживается для увеличенія залога до опредѣленнаго въ законѣ размѣра (ст. 210 и 91). 2) Нотариусы не только живутъ своимъ заработкомъ (такса нуждается въ пересмотрѣ), но, состоя на государственной службѣ, въ то же время не пользуются ея преимуществами (ст. 17).³ Число нотариусовъ устанавливается особымъ расписаніемъ, смотря по обстоятельствамъ и народонаселенію каждой мѣстности (ст. 4). При чемъ всѣ нотариусы распредѣляются по окружнымъ судамъ, въ вѣдомствѣ которыхъ они находятся (ст. 20), и въ предѣлахъ которыхъ они могутъ исполнять свои обязанности (ст. 21, 22). Указанными нотариусами не исчерпывается русскій нотаріатъ. Въ противоположность этимъ нотариусамъ, т. н. младшимъ нотариусамъ, существуютъ еще старшіе нотариусы при окружныхъ судахъ. Въ сущности, старшіе нотариусы не нотариусы, т. к. не несутъ нотаріальныхъ обязанностей, а завѣдываютъ лишь нотаріальнымъ архивомъ при окружномъ судѣ, утверждаютъ крѣпостные акты и ведутъ крѣпостные реестры, а тѣмъ болѣе они не старшіе, т. к. младшіе нотариусы вовсе не подчинены старшимъ нотариусамъ и въ зависимости отъ нихъ не состоятъ.⁴ Должность старшихъ нотариусовъ параллельная должностъ. Да и самое служебное положеніе старшихъ нотариусовъ иное, чѣмъ младшихъ. Старшіе нотариусы состоятъ на государственной службѣ. Они сравнены съ членами окружныхъ судовъ относительно содержанія, служебныхъ правъ, и преимуществъ, въ порядкѣ опредѣленія и увольнения ихъ отъ должности (ст. 43). При каждомъ окружномъ судѣ полагается одинъ старшій нотариусъ (онъ же завѣдываетъ нотаріальнымъ архивомъ), но возможны также и помощники (ст. 42 и 43). Въ связи съ мобилизаціей крестьянской недвижности и наплывомъ дѣлъ по утвержденію актовъ на надѣльные земли, помощникамъ предоставляется право самостоятельнаго утвержденія актовъ и выдачи залоговыхъ свидѣтельствъ, а также выписей и актовъ. Такое расширеніе компетенціи помощниковъ возможно по постановленію окружнаго суда (зак. 10 іюня 1910 г.).⁵

¹ Даже перемѣщеніе нынѣ не дозволяется безъ запросовъ предсѣдателей судовъ; перемѣщеніе нотариусовъ должно (рѣш. 1 и К. Д. 8 мая 1915 г.) производится въ томъ же порядкѣ, какъ и опредѣленіе впервые на должность, Сенатъ пытается этимъ способомъ предотвратить продажу нотаріальныхъ конторъ, но, разумѣется, это палліативъ (Ю ж а н и н ъ, 1259).

² При чемъ, распоряженіе старшаго нотариуса объ увольненіи безъ прошенія не подлежитъ обжалованію (ст. 59¹ Пол. нотар.; Объ отвѣтственности нотариуса см. Т р а м б и ц к і й, 787). Однако въ предѣлахъ надзора, на точномъ основаніи п. 1 ст. 249 учр. суд. уст., увольненіе безъ прошенія все же можетъ служить предметомъ обжалованія Соединенному присутствію I го и Кассац. Департ., поскольку увольненіе нотариуса состоялось при несоблюденіи порядка, установленнаго на сей предметъ законами (рѣш. 1 и Касс. Деп. 2 нояб. 1915 г.).

³ Возможно, однако, и иначе отъ правительства (ст. 7). Такіе нотариусы пользуются правами службы наравнѣ съ помощниками секретарей Окружнаго Суда (ст. 18).

⁴ Практически старшіе нотариусы, считая себя начальниками, чинятъ иногда непріятности младшимъ нотариусамъ (С а б у р о в ъ въ В. П. 1916 №№ 37 и 34. Н. У—с и н с к і й, В. П. 1915, № 40).

⁵ Помощники фактически существуютъ и при младшихъ нотариусахъ, юридическое положеніе которыхъ нуждается въ регламентаціи. Помощники старшихъ нотариусовъ приравнены къ секретарямъ окружныхъ судовъ (ст. 43¹ нот. пол.).

2. Что касается отношеній нотаріата, суда и адвокатуры, то у насъ дѣйствуетъ система т. н. судебного нотаріата.

Это значитъ, что нотаріальныя дѣйствія совершаются не только нотаріусами, но въ нѣкоторыхъ случаяхъ и судьями. Объединеніе же адвокатуры и нотаріата у насъ не допускается (т. н. адвокатскій нотаріатъ).

Судебный нотаріатъ существуетъ въ немногихъ мѣстностяхъ Германіи; въ большинствѣ же мѣстностей Германіи, въ томъ числѣ въ Пруссіи, дѣйствуетъ какъ разъ адвокатскій нотаріатъ. Каждый нотаріусъ въ то же время и адвокатъ, а не наоборотъ. Въ Германіи, въ отдѣльныхъ государствахъ дѣйствуетъ также и чистый нотаріатъ, т. е. нотаріальныя функціи совершаются почти исключительно нотаріусами. Чистый нотаріатъ существуетъ въ Австріи (зак. 1871 г.), Голландіи, Румыніи, Греціи. Но въ нѣкоторыхъ государствахъ Германіи нѣтъ нотаріата: нотаріальныя функціи выполняются исключительно судьями. Нѣтъ нотаріата и въ Турціи. Въ Англіи существуютъ нотаріусы лишь фактически, они занимаютъ высокое положеніе въ обществѣ и связаны съ церковью и адвокатурой.¹

У насъ судъ участвуетъ въ исполненіи нотаріальной части въ слѣдующихъ случаяхъ. Такъ, засвидѣтельствованіе явки актовъ возложено на единоличныхъ судей (мировыхъ, городскихъ, уѣздныхъ членовъ окружныхъ судовъ), въ тѣхъ мѣстностяхъ, въ которыхъ или вовсе не положено имѣть нотаріуса, или, хотя и положено, но должность его не замѣщена (стт. 2 и 10, ср. ст. 7 прим.). Кромѣ того, въ отдаленныхъ мѣстностяхъ Россіи (въ 7 уѣздахъ Вологодской губерніи и въ Архангельской губерніи, а также въ губерніяхъ и областяхъ Сибири и въ Закавказьи, тамъ, гдѣ нѣтъ нотаріусовъ, на мировыхъ судей возложено исполненіе всѣхъ лежащихъ на нотаріусахъ обязанностей (прим. 2 къ ст. 2 Пол. нотар. и прим. 1 къ той же ст. въ ред. зак. 15 іюня 1912 г., ст. 7 прим. Пол. Нотар.).² Кромѣ того, возможно также временно е исполненіе судомъ обязанностей старшаго нотаріуса въ случаѣ его болѣзни или отлучки. Такое исполненіе поручается, по усмотрѣнію предсѣдателя окружного суда, или секретарю, или другому чиновнику даннаго суда, или помощникамъ старшихъ нотаріусовъ тамъ, гдѣ они имѣются (ст. 44).—Наконецъ, связь нотаріата съ судомъ выражается въ томъ, что судъ надзираетъ за исполненіемъ всѣми нотаріусами своихъ обязанностей (ст. 57), имѣетъ право контроля и ревизіи книгъ (стт. 36 и 58), отпуска (ст. 38 и 39) и увольненія нотаріусовъ за упущенія по ихъ службѣ (ст. 59). Суду же приносятся жалобы на неправильныя дѣйствія нотаріусовъ (ст. 60—63), и судомъ же взыскиваются убытки, причиненные неправильными дѣйствіями нотаріуса (ст. 64). Срокъ для принесенія жалобъ на дѣйствія нотаріусовъ полагается двухнедѣльный со дня отказа нотаріусомъ или совершенія имъ того дѣйствія, на которое жалоба приносится (ст. 61). При чемъ жалобы на нотаріусовъ непосредственно подаются имъ, а они обязаны передать таковыя въ окружной судъ, не долѣе 7 дней по полученіи, съ своимъ объясненіемъ (ст. 62).

Таково устройство основныя черты русскаго нотаріата. Поставленный подъ контроль суда и неорганизованный на корпоративныхъ началахъ, основанный на специальномъ знаніи своего дѣла (безъ общаго образованія), разбитый на младшихъ и старшихъ нотаріусовъ, русскій нотаріатъ нуждается въ коренной реформѣ.

3. Кругъ дѣятельности нотаріусовъ: а) довольно широкъ и б) требуетъ веденія многихъ книгъ.

¹ Подробнѣе см. И. Вольманъ, В. П. 1915, №№ 30-33. У него же о французскомъ нотаріатѣ (В. П. 1916 № 30), который играетъ выдающуюся роль въ жизни Франціи. Нотаріусы—государственные чиновники, фактически съ высшимъ юридическимъ образованіемъ; при чемъ, требуется практической стажъ въ качествѣ помощника (клерка).

² Въ Архангельской губ., а также въ нѣкоторыхъ областяхъ Сибири (зак. 26 мая 1911 г. прим. къ ст. 43 Нот. Пол.) исполненіе обязанностей старшаго нотаріуса возлагается на одного изъ членовъ окружного суда по избранію общаго собранія суда.—Сдѣлки могутъ совершаться въ станичныхъ правленіяхъ на продажу недвижимости до 500 руб. (Пол. воен. Сов. 2 мая 1910 г. прим. 3 къ ст. 66), а равно и вообще въ вслостныхъ правленіяхъ, гдѣ имѣется особая книга для занесенія сдѣлокъ.

а. Кругъ дѣятельности нотаріусовъ обнимаетъ собою н о т а р і а л ь н у ю часть въ собственномъ смыслѣ, т. е. всякаго рода засвидѣтельствованіе и совершеніе актовъ (см. ст. 65; ^{83/111}) и т. наз. к р ѣ п о с т н у ю часть. Кромѣ того, нотаріусы принимаютъ на х р а н е н і е документы (ст. 65 п. 4), передаютъ заявленія отъ одной стороны другой,¹ с о с т а в л я ю т ь проекты раздѣловъ наслѣдства (ст. 65 п. 5), в ы д а ю т ь выписи и копии актовъ (ст. 65 п. 1) и т. д. Но у насъ нотаріусамъ не предоставлено важное право о б е з п е ч е н і я д о к а з а т е л ь с т в ь (во Франціи, отчасти въ Англіи).

б. Среди книгъ (стт. 26 и 47) слѣдуетъ различать двѣ главныя группы: 1) актовые (крѣпостныя) и 2) реестровыя. 1) А к т о в ы я книги ведутся нотаріусами и называются такъ потому, что въ нихъ вносятся акты, совершенные нотаріальнымъ порядкомъ (нотаріальные акты, ст. 79 и сл.). Такихъ книгъ двѣ: одна—для недвижимостей, другая—для всѣхъ прочихъ имуществъ (п. 2 ст. 26). Къ группѣ актовыхъ книгъ слѣдуетъ отнести также крѣпостныя книги. Онѣ составляются старшими нотаріусами изъ утвержденныхъ ими выписей изъ актовыхъ книгъ младшихъ нотаріусовъ по недвижимостямъ (ст. 52 въ редакціи 1911 г.).² Утвержденные выписи подшиваются, по порядку ихъ утверженія, въ тетради, которыя, по истеченіи года, немедленно переплетаются въ книги вмѣстѣ съ двумя алфавитными указателями по названіямъ недвижимостей и по фамиліямъ собственниковъ (ст. 52¹).³ 2) Р е е с т р о в ы я книги также ведутся какъ младшими нотаріусами, такъ и старшими. Именно, младшій нотаріусъ обязанъ вести реестръ для означенія всѣхъ вообще совершаемыхъ имъ актовъ, протестовъ и засвидѣствованій, а также явленныхъ у него заемныхъ обязательствъ и договоровъ (п. 1 ст. 26). Старшій нотаріусъ обязанъ вести д в а р е е с т р а.⁴ Одинъ для выдаваемыхъ имъ выписей и копій изъ актовыхъ и крѣпостныхъ книгъ, а также копій и актовъ, хранящихся въ архивѣ (п. 1 ст. 47). Другой—для крѣпостныхъ дѣлъ. Если реестръ выписямъ и копіямъ не представляетъ собою ничего особеннаго и ведется по правиламъ о реестрахъ для нотаріусовъ (ст. 48), то реестръ крѣпостныхъ дѣлъ заслуживаетъ особаго вниманія какъ по своему значенію, такъ и по формѣ его веденія. З н а ч е н і е этого реестра выражается въ томъ, что съ отмѣткою въ немъ акта укрѣпленія связывается моментъ перехода права собственности на недвижимость и вообще возникновеніе, измѣненіе и прекращеніе вещныхъ правъ на недвижимость. Соотвѣтственно такому значенію реестра крѣпостныхъ дѣлъ, къ нему составляются т р и а л ф а в и т н ы х ь у к а з а т е л ь : 1) по названіямъ имѣній или нумерамъ городскихъ недвижимостей, 2) по названіямъ собственниковъ и 3) по названіямъ лицъ или установленій, въ пользу которыхъ сдѣланы въ реестрѣ отмѣтки о какихъ-либо ограниченіяхъ права собственности. Что касается формы веденія реестра крѣпостныхъ дѣлъ, то форма указана министромъ юстиціи. Для каждой недвижимости назначается особый листъ (ст. 53). При чемъ изданы правила о составленіи и веденіи реестра крѣпостныхъ дѣлъ по новой формѣ. Листъ реестра крѣпостныхъ дѣлъ новой формы состоитъ изъ четырехъ отдѣловъ. Въ первый отдѣлъ вносятся свѣдѣнія, касающіяся имѣнія, во второй—собственники, въ третій—ограниченія права собственности и наложенныя запрещенія по искамъ

¹ Т р а м б и ц к і й (В. П. 1916, № 3).

² Законъ 1911 г. имѣетъ цѣлью упросить порядокъ составленія старшими нотаріусами крѣпостныхъ книгъ, что вызывается мобилизаціей крестьянской недвижимости. По этой же причинѣ допускается представленіе списка съ совершеннаго младшимъ нотаріусомъ акта, каковой списокъ старшій нотаріусъ можетъ обратитъ въ выписъ изъ крѣпостной книги.

³ Имѣется особая инструкція для руководства нотаріальныхъ установленій при примѣненіи закона объ упрощеніи порядка веденія крѣпостныхъ дѣлъ.

⁴ На старшаго нотаріуса возложена также регистрація проектовъ землеустройства, наложеніе и уничтоженіе, въ связи съ нимъ, запретительныхъ статей (ст. 123).

о правѣ собственности, въ четвертый—залогѣ, долги и другія денежные требованія, обезпеченныя запрещеніями. Каждый отдѣлъ заключаетъ въ себѣ три графы: 1) для означенія текущихъ нумеровъ по отдѣлу реестра, 2) для отмѣтокъ, вносимыхъ въ данный отдѣлъ, и 3) для примѣчаній (Правила, ст. 3)¹. О другихъ книгахъ, имѣющихъ второстепенное значеніе, см. ст. 26 и 47 Нот. пол.

II. Письменные акты; ихъ виды и особенности. *

Въ зависимости отъ участія нотаріусовъ въ совершеніи письменныхъ актовъ, наши законы (Полож. о нотар. части, разд. 2-ой и т. X ч. 1 ст. 707 и 911 и сл.), различаютъ акты домашніе, явочные, нотаріальные и крѣпостные, видя во всѣхъ ихъ укрѣпленіе правъ на имущества (ст. 707). Послѣднее выраженіе не совсѣмъ точно: письменные акты укрѣпляютъ также неимущественныя права, напр., права состоянія.²

1. Такимъ образомъ, по нашимъ законамъ письменный актъ есть документъ укрѣпленія правъ.

Сила такого укрѣпленія (достоверность) различна въ зависимости отъ различныхъ, только что перечисленныхъ видовъ письменныхъ актовъ.

1) Наименьшей силой достоверности обладаютъ домашніе акты. Они пишутся или дающимъ ихъ, или, по просьбѣ его, кѣмъ либо другимъ (ст. 917). Нашъ законъ различаетъ троякаго рода домашніе акты, но это различіе касается неодинаковаго способа удостовѣренія самихъ актовъ³, а не различной силы достоверности ихъ.

2) Ббльшей силой достоверности обладаютъ явочные акты. Это суть домашніе акты, явленные для засвидѣтельствованія нотаріусу.⁴ Такое засвидѣтельствованіе (явка актовъ ст. 65, ср. ст. 2 нот. пол.)⁵ имѣетъ своею цѣлью, кромѣ удостовѣренія самоличности участвующихъ въ засвидѣтельствovanіи, удостовѣреніе ихъ законной правоспособности (ст. 147) и непротивности содержанія самихъ актовъ закону (Врем. пр. ст. 44; ⁷⁵/₁₅₁), а главное удостовѣреніе даты засвидѣтельствованія (ст. 138 нот. пол.), которая считаетъ

¹ Нынѣ долженъ быть отведенъ еще особыи листъ для права застройки.

* Н. А в и н о в ъ, Объ актахъ на укрѣпленные въ личную собственность участки надѣльных земель, отчужд. въ крѣпост. порядкѣ (В. П. 1913, №№ 41 и 42). Н. С а б у р о в ъ, Еще объ исправленіи актовъ (В. П. 1915 № 42). Ш т р а н и х ъ, Параллель порядковъ совершенія крѣпостныхъ актовъ (В. П. 1915 № 5). Б. К р ы ж а н о в с к і й, Акты и договоры по имущественнымъ сдѣлкамъ. 1915 (рец. Ю. В. 1915, 318). А. Б у т о в с к і й, Надѣль и домашнія сдѣлки (В. П. 1916 № 14)

² Ст. 81 нот. пол.

³ Перваго рода акты удостовѣряются одной подписью дающаго актъ безъ посторонняго засвидѣтельствованія, напр. расписка (ст. 921); акты второго рода требуютъ удостовѣренія подписью не менѣе двухъ свидѣтелей, какъ то, домовое заемное письмо съ залогомъ движимаго имущества (ст. 922); акты третьяго рода (завѣщанія) требуютъ еще утвержденія (ст. 923). Спорный вопросъ въ практикѣ о томъ, слѣдуетъ ли считать домашними актами акты займа, совершенные съ отступленіемъ отъ ст. 2038, рѣшенъ положительно. (Дѣло № 6780 1915 г., см. В. П. 1917 № 10/11, 244; см. также № ⁷⁵/₆₃₂, противъ ⁷¹/₆₂ и 929, ⁷³/₉₀₅, ⁸⁰/₂₅₇).

⁴ Сенатъ приравниваетъ къ явочнымъ актамъ и акты о займѣ, совершенные по ст. 2038 по праву Полтавской и Черниговской губерній, по крайней мѣрѣ въ томъ смыслѣ, что содержаніе такихъ актовъ не м. б. опровергаемо свидѣтелями (ст. 410 У. Г. О., см. дѣло № 6780—1915 г., въ В. П. 1917 г. № 10, стр. 243, ⁷⁵/₆₃₂, ⁹⁹/₄₇).

⁵ Засвидѣтельствованіе м. б. и вообще, какъ то, удостовѣреніе вѣрности копій, подлинности подписей и т. д. (т. 128 нот. пол.). Въ этихъ и другихъ случаяхъ нотаріусъ своей подписью не удостовѣряетъ правильности всего содержанія актовъ, а лишь тѣ обстоятельства, для удостовѣренія которыхъ ему былъ предъявленъ актъ, т. е. вѣрность копій, подлинность подписей и т. д. Всѣ такіе акты являются актами домашними и имъ не присвоена сила явочныхъ актовъ (¹⁴/₄₈, Вольманъ).

ся до стовѣрною (ст. 476 У. Г. С.).¹ Отсюда, явочные акты подлежат удолетворенію прежде актовъ неявленныхъ (ср. ст. 1674 и 2039 т. X ч. 1) и въ отношеніи ихъ не допускается заявленіе сомнѣнія въ подлинности (ст. 543 У. Г. С.).

3) Еще ббльшей силою укрѣпленія обладаетъ нотаріальный актъ. Ббльшая сила его обязана тому, что нотаріальный актъ совершается самимъ нотаріусомъ (ст. 79 нот. пол.) въ присутствіи свидѣтелей² и самый актъ вносится въ актовую книгу. Нотаріальный актъ не можетъ быть, такимъ образомъ, легко утраченъ,³ какъ акты домашній и явочный. Далѣе, нотаріальные акты (также и акты засвидѣтельствованные) о денежныхъ обязательствахъ, о возвратѣ движимаго имущества подлежатъ понудительному исполненію. Нѣкоторые акты должны быть необходимо совершаемы нотаріальнымъ порядкомъ (см., напр., ст. 1070 и 1070¹ т. X ч. 1). Вообще же всѣ акты, за нѣкоторыми изъятіями (ст. 66, 81 прим. 2-ое и ст. 82 нот. пол.), могутъ быть совершаемы нотаріальнымъ порядкомъ. Главное изъ этихъ изъятій имѣетъ въ виду крѣпостные акты.⁴

4) Крѣпостные акты—это нотаріальные акты, но утвержденные старшимъ нотаріусомъ съ отмѣткою ихъ въ крѣпостномъ реестрѣ.⁵ Сила укрѣпленія ихъ самая большая, и потому крѣпостные акты имѣютъ мѣсто въ сдѣлкахъ по переходу права собственности на недвижимое имущество и вообще при возникновеніи, ограниченіи, обремененіи и прекращеніи вещныхъ правъ на недвижимость (см. также ст. 1703 т. X ч. 1).⁶ Крѣпостные акты не обладаютъ, однако, въ нашемъ правѣ всей силою укрѣпленія, какъ это имѣетъ мѣсто на Западѣ. Имъ не достаетъ принципа публичности и прежде всего безповоротности (см. ипотечную систему въ отличіе отъ крѣпостной системы). Кромѣ того, существеннымъ недостаткомъ является то, что крѣпостной актъ составляется въ двухъ мѣстахъ: у младшихъ и старшихъ нотаріусовъ, что ставитъ вопросъ о юридическомъ значеніи акта, совершеннаго предварительно у младшаго

¹ И, именно, для третьихъ лицъ. Въ домашнихъ же актахъ выставленный день совершенія считается достовѣрнымъ только для тѣхъ лицъ, которые сами въ актахъ участвовали, равно какъ для ихъ наслѣдниковъ и преемниковъ, а не для третьихъ лицъ (ср. рѣш. 4 февр. 1915 г. въ журн. «Право» 1915 г., 724).

² Двухъ (ст. 84 нот. пол.) и даже трехъ, какъ напр., при совершеніи купчихъ и завѣщаній (ст. 85, см. еще ст. 106 нот. пол. и т. 1037 т. X ч. 1).

³ Въ особенности это важно въ отношеніи нотаріальныхъ завѣщаній. Нотаріальныя завѣщанія имѣютъ вообще большія преимущества передъ домашними (см. часть V).

⁴ Другое изъятіе касается актовъ состоянія.

⁵ Ст. 79 и 53 нот. пол. Имѣются, впрочемъ, и такіе крѣпостные акты, которые не являются въ то же время нотаріальными актами, какъ «цаннья» (ст. 1165 У. Г. С.). О значеніи актовъ укрѣпленія при приобрѣтеніи недвижимости см. Побѣдоносцевъ, Курсъ, I 698, также Бутовскій (Ж. М. Ю. 1916, № 6, 48 и сл.). Съ нѣкоторыми оговорками оба автора склонны придавать и домашнему акту значеніе акта приобрѣтенія недвижимости. Нельзя не отмѣтить сложности совершенія крѣпостного акта. Онъ пишется пять разъ; четыре раза у младшаго нотаріуса проектъ (О. С. ¹⁴/₂₁), актовая книга, выпись и копія, ср. ст. 80 въ ред. 1911 г.) и одинъ разъ у старшаго нотаріуса (главная выпись). Въ особенности излишенъ проектъ крѣпостнаго акта. Цѣлесообразнѣе протокольная система. И. Вольманъ, В. П. 1916 № 15-16, 386, Штраницъ, В. П. 1915, № 5, 144.

⁶ При корроборации перехода недвижимой собственности, старшій нотаріусъ утверждаетъ не проектъ акта, а самый актъ, совершенный сторонами нотаріальнымъ порядкомъ. Но это простое само по себѣ положеніе наталкивается въ практикѣ на цѣлый рядъ препятствій при утвержденіи актовъ, въ особенности въ случаяхъ наложенія опеки на отчуждателя (ср. ¹⁴/₁₆, ст. Бутовскаго въ В. П. 1915, № 266). См. еще Сабуровъ, Права и обязанности старшаго нотаріуса по утвержденію актовъ о недвижимости (В. П. 1915, 1279). Многие спорные и сомнительные случаи при корроборации актовъ были бы уничтожены, если бы совершеніе актовъ, при децентрализаци нотаріальныхъ архивовъ было объединено въ рукахъ нотаріусовъ, какъ это правильно предлагаетъ Мацкевичъ (Настоящее, прошлое и будущее русскаго нотаріата. М. 1908). Децентрализаци нотаріальныхъ архивовъ предложена и проектомъ вотчинной реформы. См. также Синайскій, Къ вопросу объ организаци нотаріата въ Россіи (докладъ на Первомъ Кіевскомъ Сѣздѣ нотаріусовъ въ 1971 г.).

нотариуса. Вопросъ этотъ, очень запутанный, рѣшенъ въ томъ смыслѣ, что нотариальный актъ, совершенный у младшаго нотариуса, до утверждения его старшимъ нотариусомъ не есть предварительное дѣйствіе, а законченное соглашеніе сторонъ объ обязательственномъ, договорномъ моментѣ перехода права собственности на недвижимость (^{86/96} и др. ^{08/66}, ^{14/16}, Арх. Розенблюмъ). Отсюда, утверженіе старшаго нотариуса имѣетъ цѣлью лишь контроль ненарушенія публично-правовыхъ интересовъ и вещныхъ правъ третьихъ лицъ и провѣрку, что нотариальный актъ носить всѣ внѣшніе признаки, предписанные закономъ, для дѣйствительности договорнаго соглашения.¹

Среди крѣпостныхъ актовъ, какъ то, купчихъ крѣпостей, дарственныхъ, закладныхъ, рядныхъ, слѣдуетъ особо назвать данныя и залоговое свидѣтельство. Д а н н ы я — это крѣпостные акты, которые выдаются старшимъ нотариусомъ безъ совершенія сдѣлки, а какъ бы прямо отъ правительства, именно, при приобретѣніи недвижимости съ публичнаго торга, по давности владѣнія. Залоговое свидѣтельство есть актъ укрѣпленія, выдаваемый старшимъ нотариусомъ для принятія въ залогъ недвижимости, коимъ старшій нотариусъ удостовѣряетъ свободу имѣнія отъ запрещеній или наличность ихъ (ст. 192^{2,3} Пол. Нотар.). Такія свидѣтельства выдаются на имѣнія, представляемыя въ залогъ кредитнымъ установленіямъ, и на имѣнія, предназначаемыя къ обращенію въ заложенные (ст. 1613 и 478), а также для представленія въ залогъ недвижимаго имѣнія по казеннымъ подрядамъ и поставкамъ.²

2. Независимо отъ указанныхъ видовъ письменныхъ актовъ и ихъ особенностей³, наши законы требуютъ еще соблюденія общихъ условій дѣйствительности письменнаго акта.

Общимъ условіемъ является 1) подпись акта лицомъ, обязаннымъ по сдѣлкѣ (ст. 919), хотя бы актъ и былъ написанъ собственноручно (^{71/334}, ^{72/180}). Впрочемъ, сенатъ сдѣлалъ исключеніе изъ указаннаго правила для лица, написавшаго актъ собственноручно съ наименованіемъ себя въ текстѣ и заключительными словами: «Руку приложилъ» (^{70/738}). Иногда отказъ въ подписи одного лица влечетъ за собой необязательность акта и для другихъ лицъ, напр., при договорѣ полнаго товарищества (^{07/14}). За неграмотнаго, т. е. неумѣющаго подписать актъ (^{86/80}), подпись можетъ быть сдѣлана другимъ лицомъ по его порученію (919, ^{70/84} и ^{80/44})⁴. Засвидѣтельствованіе такой подписи требуется, равнымъ образомъ, и въ другихъ случаяхъ: слѣпота⁵, тяжкой болѣзни (919), а въ отношеніи крестьянъ подпись должна быть засвидѣствована сельскимъ старостой того общества, къ которому принадлежитъ крестьянинъ, а не старостой другого общества (^{04/25}). Впрочемъ, незасвидѣтельствованіе подписи не дѣлаетъ акта безусловно недѣйствительнымъ; въ случаѣ признанія его или какихъ-либо иныхъ

¹ Б у т о в с к і й (В. П. 1916, 14, 353) стремится придать указанное значеніе нотариальнаго акта и домашнимъ сдѣлкамъ о продажѣ надѣла. Попытка его не лишена основанія, ибо домашняя сдѣлка представляетъ собой законченный обязательственный договоръ.

² О формѣ залогового свидѣтельства см. Р и з н и к о в ъ (В. П. 1915, 43, 1035). Залоговое свидѣтельство выдается также и для представленія въ частное кредитное установленіе на предметъ открытія соло-вексельнаго кредита (стт. 6 и 7 прил. къ ст. 9 уст. кред.; рѣш. 28 сент. 1916 г. В. П. 1916, 44, 1071). Объ обязанности старшихъ нотариусовъ выдавать удостовѣренія о ссудѣ подъ крестьянскія земли см. законъ о землеустройствѣ.

³ Ст. 707 и сл., 911 и сл. 917 и сл. Пол. о нотар. части, куда отсылаютъ въ ст. 708 гражданскіе законы.

⁴ Было бы желательно приравнять къ подписи удостовѣренный собственноручный знакъ лица, немогущаго подписаться (см. Ш. У. ст. 15) и признать въ опредѣленныхъ случаяхъ механическую подпись (Ш. У. ст. 14 п. 2).

⁵ Шв. ул. признаетъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ дѣйствительность подписи слѣпотаго, хотя бы и незасвидѣствованной.

доказательствъ такой актъ будетъ дѣйствителенъ (72/80, 76/143 и др.). Что касается 2) присутствія свидѣтелей, то, какъ было показано (1), оно не составляетъ общаго существеннаго условія совершенія всѣхъ актовъ, а только нѣкоторыхъ (921, 922).¹ Слѣдуетъ также замѣтить, что при совершеніи иныхъ актовъ, какъ напр., при домашнемъ завѣщаніи, хотя необходимы подписи свидѣтелей, но присутствіе свидѣтелей при совершеніи самаго акта не требуется (923 и 1050, иначе—по римскому праву).²

§ 17. ЮРИДИЧЕСКІЯ СОБЫТІЯ (ПРЕИМУЩЕСТВЕННО КАКЪ ПРАВООПРЕКРАЩАЮЩІЕ ФАКТЫ).

1. Простой и квалифицированный случай (непреодолимая сила)*.

Среди юридическихъ фактовъ, помимо сдѣлокъ и вообще дозволенныхъ юридическихъ дѣйствій, большую роль играютъ недозволенные дѣйствія (правонарушенія, деликты), образующія своего рода патологию гражданскаго правопорядка. Однако ученіе о правонарушеніи цѣлесообразнѣе излагать въ обязательственномъ правѣ, въ связи съ обязательствами изъ правонарушеній (также Гамбаровъ). Напротивъ юридическія событія, какъ имѣющія общее значеніе юридическихъ фактовъ, умѣстно помѣщать непосредственно вслѣдъ за изложеніемъ юридическихъ сдѣлокъ. Среди юридическихъ событій, которыя многочисленны и не могутъ быть классифицированы, слѣдуетъ прежде всего выдѣлить такія случайныя событія, съ которыми правопорядокъ по закону связываетъ абсолютную безответственность за нихъ лица.

1. *Квалифицированный случай, или непреодолимая сила, есть такое случайное событіе, за которое никто по закону (иначе по договору) не несетъ ответственности.*

Данное положеніе можетъ показаться страннымъ, ибо вообще и за простой случай нѣтъ по закону ответственности. Однако, это общее правило о неответственности по закону за случай терпитъ серьезное исключеніе: за профессиональный рискъ, т. е. за случайныя, причинившія кому либо вредъ въ предпріятіи событія³, отвѣчаетъ хозяинъ предпріятія. Изъ этого исключенія ответственности предпринимателя за случай дѣлается въ свою очередь и исключеніе о безответственности его за особый, квалифицированный случай. Съ этой специальной точки зрѣнія, непреодолимая сила есть предѣлъ ответственности по закону хозяина предпріятія за случай, точнѣе—за профессиональный рискъ.⁴ Отсюда ясно большое социальное значеніе непреодолимой силы. Чѣмъ

¹ О свидѣтеляхъ по ст. 2038 (право Пол. и Черниг. губ.) см. рѣш. 28 сент. 1916 г. (В. П. 1916, 46, 1119).

² Что касается исправленій ошибокъ и упущеній въ актахъ и выписей изъ актовыхъ книгъ, то исправленіе возможно составленіемъ дополнительныхъ отдѣльныхъ актовъ (ст. 89 пол. нотар. О. С. 86/21, 93/7, Бутовскій; противъ Сабуровъ (В. П. 1915, № 42, здѣсь же литература).

*А. Вормсъ, Война и «форсъ-мажоръ» (В. П. 1914 №№ 38 и 39). Его же, Вліяніе войны на гражданскіе договоры (Изв. Общ. заводчиковъ и фабрик. Моск. пром. района. 1914 № 9). Каминка, Война и частное право (П. 1914 № 38). Пергаментъ, Война и непреодолимая сила (Пр. 1914 № 36 и отдѣльно). Ельяшевичъ, Война и гражданскій оборотъ (Вѣст. фин. пром. и торг. 1914 №№ 32 и 34 и отдѣльн.). Бѣляцкинъ, Граждан. оборотъ, непреодолимая сила и война (В. Г. П. 1915, 3, 47). Синайскій, Эвакуація въ современномъ правѣ (Ю. В. 1916 XIV, 41 и отдѣльно); Яблочковъ, Понятіе непреодолимой силы (Ю. З. 1911, II-III, 304). Пирвицъ, Непреодолимая сила (Ж. М. Ю. 1894 № 5 стр. 9). О непреодолимой же силѣ см. Пассекъ (въ Ученыхъ Зап. Юрьевскаго Университета). Генкинъ, Къ вопросу о вліяніи на обязательство невозможности исполненія (Сб. п. м. Шерш. 105). Гуссаковскій, Ответственность за неисполненіе договоровъ (Ж. М. Ю. 1913, 8, 1). Я. А. Канторовичъ, Война и исполненіе обязательствъ (Ж. М. Ю. 1917, № 2, 3, стр. 103; здѣсь же литература), стр. 140.

³ О профессиональномъ рискѣ см. обяз. право, ст. 683.

⁴ О неточности термина «непреодолимая сила» см. В. Г. П. 1915 3, 62 прим.

уже она понимается, тѣмъ шире отвѣтственность за случай предпринимателя и наоборотъ. Очевидно также, что въ интересахъ экономически слабыхъ желательно именно узкое, ограниченное пониманіе непреодолимой силы.

Существуютъ три теоріи (точнѣе, группы теорій), которыя пытаются съ тѣмъ или инымъ масштабомъ ограничить простой случай, за который несетъ отвѣтственность предприниматель, отъ квалифицированного случая, при наличности котораго онъ не отвѣчаетъ. 1) Такъ, простой и квалифицированный случай различаютъ по стихійному, и исключительному характеру событія, въ противоположность обыкновенному, повседневному случайному событію (объективная теорія Экснеръ). Слѣдовательно, въ примѣненіи въ предпріятіяхъ, непреодолима сила—это такой случай, который не относится къ нормальнымъ опасностямъ предпріятія (Зеккель)¹. По другой теоріи (субъективной, Гольдшмидтъ), разграниченіе сводится къ признаку виновности отвѣтственнаго лица. Именно, лицо не отвѣчаетъ, когда несмотря на самую тщательную и крайнюю осмотрительность и старательность его, случайное событіе все же не могло быть предотвращено (*diligentia exactissima, custodia*). Теорію эту, къ сожалѣнію, усвоилъ законопроектъ (ст. 125), между тѣмъ новѣйшія работы (Кюблеръ, Миттейсъ) показали, что субъективная теорія какъ разъ и злѣшнѣе въ договорныхъ обязательствахъ; кромѣ того она заключаетъ въ себѣ логическое противорѣчіе (случай и вина не могутъ противоположаться). Указанныя основныя теоріи повлекли за собой въ наукѣ двѣ группы теорій съ многоразличными оттѣнками и варіаціями, и съ ними приходится нынѣ считатьъ ся наукѣ. Сдѣлана также попытка примирить обѣ основныя теоріи (Эннекцерусъ, средняя теорія). Именно, непреодолима сила такое случайное событіе, которое приходитъ извнѣ (объективная теорія) и неотвратимо несмотря на принятіе мѣръ предосторожности, диктовавшихся разумнымъ отношеніемъ къ дѣлу (субъективная теорія).

Сенатъ считаетъ за непреодолимую силу такія событія, которыя представляются стихійными въ сферѣ природы и общественной (ср. 07/1), какъ то общія волненія въ государствѣ,² стачки, забастовки (06/1, 07/1), война съ ея послѣдствіями и (10/29, 07/26 и др., 13/13)³, пожары отъ гражданской смуты (ср. 15/36, 08/92). Это показываетъ, что сенатъ непреодолимую силу скорѣе опредѣляетъ по объективному признаку—стихійности, чрезвычайности случайнаго событія, чѣмъ субъективному.⁴ Наши законы знаютъ также понятіе непреодолимой силы (ст. 683) и какъ разъ въ смыслѣ предѣла отвѣтственности хозяина предпріятія (также хозяина торговаго предпріятія, ст. 96 и 106 Уст. жел. дор. и 779 уст. торг.). Но, какъ разъ въ данномъ случаѣ отвѣтственности хозяина предпріятія, законы не опредѣляютъ, какія же случайныя событія они относятъ къ непреодолимой силѣ.

Изъ другихъ же постановленій нашихъ законовъ слѣдуетъ, что они относятъ къ непреодолимой силѣ стихійныя «непреодолимыя препятствія» (ст. 1689 п. 2 т. X ч. 1, ст. 216, 218, Пол. каз. под. и пост.)⁵ какъ лежащія внѣ власти лица, т. е. то, что въ прежнія времена разумѣли преимущественно, какъ силы природы и дѣйствія враговъ (объективный масштабъ). Поэтому нельзя не признать, что сенатъ далъ болѣе широкое понятіе непре-

¹ Слѣдовательно, случайное событіе возникаетъ вовнѣ, а не внутри предпріятія, такъ что происходитъ вторженіе событія въ предпріятіе, и далѣе—мощь, свойство самого событія должны оставлять далеко позади себя тѣ случайности, которыя встрѣчаются въ обыденной жизни.

² Къ сожалѣнію, сенатъ не даетъ положительныхъ признаковъ для опредѣленія гражданской смуты (08/92, 15/36, Арх. Вормсъ, 108) и относитъ вообще наличность непреодолимой силы къ существу дѣла (15/36 и др.). Впрочемъ, и западно-европейское законодательство не даетъ опредѣленія понятій случая и непреодолимой силы (подробнѣе Канторовичъ въ Ж. М. Ю. 1917 г. № 2/3, стр. 149) и въ особенности Яблочковъ, Вліяніе вины потерпѣвшаго, II, 307).

³ Къ послѣдствіямъ войны слѣдуетъ относить эвакуацію, реквизицію и вообще непосредственно связанная съ войной правительственныя распоряженія, какъ напр., призывъ на военную службу (*le fait du prince*). См. Ельяшевичъ (14) и въ особенности Бѣляцкинъ (70), который ясно проводитъ различіе между самостоятельнымъ распоряженіемъ правительства (новымъ закономъ) и вызваннымъ непреодолимой силой. Понятіе эвакуаціи и значеніе ея въ современной войнѣ, какъ юридическаго событія, см. Синайскій, 41, 60.

⁴ Бѣляцкинъ говоритъ о «чрезвычайности и несоразмѣрности» событія (66 и 61).

⁵ Именно, прекращеніе сообщеній во время заразы, нашествіе непріятели, необыкновенное разлитіе рѣкъ (ст. 1689), война съ ея послѣдствіями, создающими непреодолимыя препятствія, морская язва, сильная буря, молнія и др. причины, отъ воли Божіей зависящія (ст. 216, 218 Пол. подр. и пост.).

одолимой силы, включивъ въ нее и явленія общественныя, чрезвычайныя по своимъ размѣрамъ (см. выше). Точно также и уставы страховыхъ обществъ включаютъ въ непреодолимую силу чрезвычайныя явленія общности, какъ то, возмущенія, гражданскія смуты.¹

Въ нашей литературѣ вопросъ о непреодолимой силѣ мало разработанъ. Сторонниками субъективной теории являются у насъ Гуссаковскій, Шершеневичъ, Канторовичъ²; однако, эта теорія, какъ разъ наименѣе приемлема и не отвѣчаетъ потребностямъ оборота. Яблочковъ держится того взгляда, что событіе не должно стоять въ причинной связи съ опасностью промысла, хотя бы событіе зародилось въ самомъ предпріятіи, а не пришло извнѣ.³ Указанный взглядъ наиболѣе отвѣчаетъ социальную защитѣ слабыхъ. Бѣляцкинъ опредѣляетъ непреодолимую силу, какъ чрезвычайное обстоятельство, неизмѣримо превышающее нормальный ходъ дѣлъ, въ объективномъ смыслѣ.⁴

2. *Въ отличіе отъ квалифицированнаго случая, простой случай есть всякое иное случайное юридическое событіе.*

Случайныхъ событій, влекущихъ юридическія послѣдствія,—много: рожденіе, смерть, гибель вещи, смѣшеніе вещей и т. д. Однако, для понятія случайнаго событія въ юридическомъ смыслѣ необходимо, чтобы оно не могло быть вмѣнено въ вину лицу. Для права событіе, вызванное виной лица, перестаетъ быть юридическимъ случайнымъ событіемъ. Виновное лицо, вызвавшее случай и причинившее этимъ вредъ, отвѣчаетъ за правонарушеніе.

При чемъ, право въ признаніи наличности вины идетъ такъ далеко, что за неисполненіе обязательства въ срокъ (при виновной просрочкѣ) возлагаетъ на лицо отвѣтственность и за случай. Юридическое значеніе случайныхъ событій лежитъ преимущественно въ области договорныхъ отношеній лицъ, и именно: случайная невозможность исполненія обязательства влечетъ за собой расторгненіе договорнаго отношенія, прекращеніе правоотношенія.

Этимъ объясняется и тотъ фактъ, что прекращеніе правоотношеній трактуютъ иногда въ связи съ изложеніемъ юридическихъ событій, ибо если юридическія сдѣлки преимущественно направлены на созданіе правоотношеній, то юридическія событія часто разрушаютъ ихъ, прекращаютъ. Но т. к. публичный интересъ требуетъ сохранности сдѣлокъ (pacta sunt servanda), то разрушеніе ихъ вслѣдствіе случайной невиновной невозможности исполненія должно быть строго ограничено особыми условіями невозможности исполненія (impossibilium nulla est obligatio)⁵.

Случайныя событія, въ частности, прекращаютъ правоотношенія при наличности лишь опредѣленныхъ условій: 1) невозможность должна быть, именно, случайной, а не виновной (субъективный составъ)⁶. 2) Невозможность должна относиться къ самому существу предмета исполненія, а не къ второстепеннымъ его частямъ и деталямъ (объективный составъ). Невозможность въ части исполненія сдѣлки или въ побудительныхъ причинахъ принимается во вниманіе лишь въ особыхъ случаяхъ существенности и связанности ихъ съ сдѣлкой.⁷ 3) Между случайнымъ событіемъ и невозможностью исполненія должна быть причинная связь. Данное требованіе въ особенности важно, т. к. лишь при каузальности можетъ итти рѣчь о данномъ

¹ Напр. § 100 Уст. Русск. Страх. Общ. См. еще 15/33. Въ примѣненіи къ отдѣльнымъ лицамъ упоминается о чрезвычайныхъ обстоятельствахъ (ст. 2112 т. Х ч. 1), о чрезвычайномъ приключеніи (ст. 2105), но здѣсь рѣчь идетъ скорѣе о простомъ, несчастномъ случаѣ (ст. 2106, иначе Генкинъ, 122). Напротивъ, въ ст. 542²⁰ рѣчь идетъ прямо о стихійныхъ явленіяхъ, въ смыслѣ непреодолимой силы, освобождающей застройщика отъ права застройки (Бѣляцкинъ, 56).

² Гуссаковскій, Отвѣтственность за неисполненіе договоровъ (Ж. М. Ю. 1913, 8, 7). Шершеневичъ, Курсъ торговаго права. II (изд. 1906 г.), 281.

³ Т. Яблочковъ, 304. Пирвицъ неправильно приравниваетъ непреодолимую силу къ физическому принужденію лица.

⁴ Бѣляцкинъ, 78.

⁵ Неправильное примѣненіе въ современномъ правѣ данного афоризма выяснено Рабелемъ (см. Генкинъ, 114).

⁶ Вормсъ (В. П. 1914, 39, 1134). Ср. Бѣляцкинъ, 57.

⁷ Бѣляцкинъ, 79.

случайномъ событіи, какъ юридическомъ, въ смыслѣ прекращенія правоотношенія.¹ Само собой понятно, что случайную невозможность и сполненія обязательства не слѣдуетъ смѣшивать съ невозможностью и спользованія права въ тѣхъ случаяхъ, когда нормальное использование права зависитъ исключительно отъ самого правомочнаго лица, почему такое неиспользование не даетъ права расторгать сдѣлку (10/29, 07/76, 94/99, 13/39)². Вообще же нельзя дать общаго понятія о случайной невозможности исполненія (понятіе это относительно, иррелевантно).³ Указанныя три условія прекращенія правоотношенія случайнымъ юридическимъ событіемъ должны быть доказываемы должникомъ. Напротивъ, при непреодолимой силѣ только каузальность доказывается должникомъ. Отсюда и въ области договорнаго права непреодолимая сила имѣетъ нѣкоторое значеніе.⁴

Н а ш и з а к о н ы казуистически признаютъ безотвѣтственность должника за случайное событіе, чѣмъ подчеркивается прекращеніе договорныхъ отношений простымъ случаемъ. Такъ, болѣзнь, лишаящая возможности отлучиться изъ дому, смерть родителей, мужа, жены или дѣтей или же тяжкая, грозящая смертью, болѣзнь ихъ,⁵ внезапное разореніе отъ несчастнаго случая (ст. 1689 пп. 3—5), несомнѣнно, простые случаи, освобождающіе должника. (ср. ст. 647). Точно также и с е н а т ъ,⁶ и наша литература высказались за то, что простой случай по общему правилу освобождаетъ отъ отвѣтственности должника. Лишь по договору возможна отвѣтственность за простой случай (какъ и за непреодолимую силу), да при виновномъ неисполненіи обязательства въ срокъ должникъ отвѣчаетъ и за случай (ср. ст. 2105, также и литература).⁷

3. И такъ, простой случай и квалифицированный (непреодолимая сила) прекращаютъ правоотношенія, создавая невозможность исполненія.

Но невозможность исполненія не есть общее понятіе и при томъ ясное и безспорное. Широко распространено мнѣніе, что невозможность исполненія есть самостоятельный институтъ, прекращающій правоотношенія независимо отъ виновности лица. Между тѣмъ, какъ на самомъ дѣлѣ, невозможность основана на случайныхъ событіяхъ, т. е. на невиновности лица. Поэтому съ указанной точки зрѣнія неправильно различать разные виды невозможности: первоначальную и послѣдующую (важна невоз-

¹ Точно также и война должна стоять въ причинной связи съ невозможностью исполненія. Пергаментъ (8) въ особенности опредѣленно подчеркиваетъ важность и необходимость момента каузальности.

² О трехъ отдѣленныхъ рѣшеніяхъ 1915 г. см. Синайскій, 64. Подробнѣе см. имущественный наемъ, тамъ же сенатскую практику. Я б л о ч к о в ъ, Эвакуація и квартирные договоры (В. Г. П. 1916, 3, 22). Исключенія установлены въ западно-европейскомъ правѣ (Синайскій, 64 прим.). О невозможности исполненія обязательства по причинѣ войны см. В. Г. П. 1915, 8, 162.

³ При чѣмъ, знаніе контрагентомъ невозможности исполненія влечетъ за собой все же недѣйствительность сдѣлки и отвѣтственность за отрицательный интересъ

⁴ Указанную точку зрѣнія различія простого и квалифицированнаго случая въ договорныхъ обязательствахъ отстаиваетъ Е л ь я ш е в и ч ъ (стр. 12 и сл.); противъ основательно В о р м с ъ (В. П. 1914, 1112). Но все же онъ напрасно игнорируетъ различное положеніе должника въ процессѣ доказыванія. Еще бѣднѣе значеніе различію между простымъ случаемъ и непреодолимой силой придаетъ Б ѣ л я ц к и н ъ. (58, ср. 54). Онъ связываетъ въ области имущественныхъ обязательствъ безотвѣтственность должника только съ непреодолимой силой и исключаетъ простой случай, съ чѣмъ трудно согласиться.

⁵ Въ случаѣ продолжительной болѣзни требуется посылка повѣреннаго (рѣш. 9 марта 1916, иначе 03/87). Болѣзнь квартиранта, препятствующая очистить квартиру, не влечетъ нарушенія договора (00/62). Конструкція этого рѣшенія неправильна (Сб. пам. Ш е р ш. 108, 121). Болѣзнь, а равно и другіе случаи, указанные въ пп. 3—6 ст. 1689 нельзя относить къ непреодолимой силѣ (иначе Г е н к и н ъ, 123), какъ потому, что законъ не называетъ ихъ непреодолимыми препятствіями (см. п. 2 той же статьи), такъ и потому, что доказательство событія лежитъ на должникѣ, иначе при непреодолимой силѣ. Ср. ст. 835 У. Г. С.

⁶ 13/39, 00/62, 74/34 и др. См. еще Генкинъ, 124 (05/52, 93/100, 85/112).

⁷ Побѣдоносцевъ, Анненковъ, Шершеневичъ, Пирвицъ, Ельяшевичъ, Вормсъ, Генкинъ и др. Противъ необѣдительно Бѣляцкинъ, 52, прим. (литература).

возможность лишь въ моментъ исполненія), объективную и субъективную (важна невиновность), логическую и юридическую (невозможность есть всегда понятие юридическое иначе Крюкманъ, противъ Генкинъ). Въмѣстѣ съ тѣмъ, съ точки зрѣнія юридической невозможности, понятно стремленіе въ особыхъ случаяхъ подвести подъ нее и экономическую невозможность или затруднительность исполненія обязательства. Конечно, приравненіе экономической невозможности къ юридической должно быть отнесено къ существу дѣла (также Ельяшевичъ, 18). Наконецъ, съ точки зрѣнія юридической, исполненіе денежныхъ обязательствъ всегда исполнимо (ср. 03/71); и экономическая невозможность можетъ быть ослаблена лишь путемъ мораторіевъ или разсрочкой судомъ исполненія присужденнаго обязательства.¹

Наши законы казуистичны и не даютъ общаго правила о невозможности исполненія сдѣлки. Но сенатъ придерживается стараго взгляда на невозможность, какъ на самостоятельное средство прекращенія правоотношенія независимо отъ вины и различаетъ поэтому объективную невозможность и субъективную,² признавая прекращающее дѣйствіе за объективной невозможностью, а не за той, которая зависитъ отъ личныхъ свойствъ должника (субъективная невозможностью, см. выше. Но въ то же время сенатъ не могъ не признать и такихъ экономическихъ обстоятельствъ должника, которыя уравниваютъ юридическую невозможность исполненія съ экономической (Сб. рѣш. общ. собр. т. V, № 1086, ср. 03/71).³

Въ литературѣ (Бѣляцкинъ) стоятъ за приравненіе экономической невозможности къ юридической при наличности лишь непреодолимой силы, а не простого случая (ср. Гуссаковскій, 48, 37). Повидимому, также и Ш. У. об. пр. ст. 373 и нашъ проектъ (въ обоихъ случаяхъ примѣнительно къ подряду)⁴. Иначе неправильно редактированъ законопроектъ, даже безъ упоминанія о непреодолимой силѣ (см., однако, Объясн. Зап. стр. 168).

4. *Особое положеніе занимаютъ строго личныя отношенія въ смыслѣ прекращенія ихъ юридическими событіями.*

Здѣсь достаточно измѣненія тѣхъ условий и обстоятельствъ, при которыхъ сдѣлка была заключена (clausula rebus sic stantibus). Поэтому, напр., если по соглашенію сотрудникъ А пользовался именемъ Б, какъ псевдонимомъ, то переходъ его изъ одной газеты въ другую или рѣзкая перемена направленія газеты составляютъ достаточное основаніе для прекращенія сдѣлки. Законы наши не говорятъ объ этомъ, какъ и наша практика (иначе французская), тѣмъ не менѣе указанное положеніе вытекаетъ изъ существа строго-личныхъ отношеній.⁵

II. Исковая давность*.

Время принадлежитъ къ числу юридическихъ событій, играющихъ громадную роль въ области прекращенія правоотношеній.

¹ Подробнѣе см. Генкинъ, 104 и сл. Бѣляцкинъ, 66 и сл. О мораторіяхъ Ельяшевичъ, 19.

² Неодинаковые критеріи различія данныхъ видовъ невозможности указываютъ Дербургъ, Кроме, Крюкманъ (см. Генкинъ, 110). Различіе это несущественно, какъ въ общемъ несущественно различіе и въ другихъ видахъ невозможности (категорически Генкинъ, 105, Вормсъ В. П. 1914, 39, 1134).

³ Бѣляцкинъ, 71 и сл. Ельяшевичъ, 17. Гуссаковскій, 37, 41, 48.

⁴ F i s k, Das schweizerisches Obligationenrecht vom 30 März 1911 (L. 7. 1913 s. 682), см. Бѣляцкинъ, 75, прим.

⁵ Агарковъ, Право на имя (Сб. Пам. Шерш. 84). Ср. о личныхъ обязательствахъ Бѣляцкинъ, 56.

* Любавскій, О давности въ гражданскихъ дѣлахъ (Юридич. Моногр. I. 1867, стр. 115). А. Брандтъ, Прекращеніе дѣйствіемъ давности исковъ о вознагражденіи за убытки, прич. прест. или прост. (Ж. Гр. и Уг. Пр. 1881, № 2, стр. 243). Энгельманъ, О давности по русскому гражданскому праву (1868 и 1900). Полетаевъ, Давность виндикаціи (Ж. Гр. и Уг. Пр. 1893 № 5). Боровиковскій, Давность (Отчетъ судьи т. II. 1892). Змирловъ, Приостановленіе и перерывъ исковой давности вообще и по желѣзнодорожнымъ дѣламъ въ частности (Ж. М. Ю. 1895, дек.). Анненковъ, Система, I (1899), 652. Гуляевъ, Общій срокъ земской давности (Ж. М. Ю. 1900, №№ 5 и 7) Кн. Бебутовъ, Къ вопросу о дѣйствіи погасительной давности (Т. Ц. К. В. I.). Н. Лазаревскій, Давность для денежн. требованій казны и къ казнѣ (В. Г. П. 1915, №№ 4 и 5).

Такъ, нѣкоторыя юридическія отношенія уже съ момента своего возникновенія поставлены въ зависимость отъ опредѣленнаго срока (срочности).¹ Срочность юридическаго отношенія можетъ имѣть мѣсто по з а к о н у (напр., при авторскомъ правѣ) или по д о г о в о р у—обыкновенный видъ срочныхъ правоотношеній. При чемъ законъ иногда устанавливаетъ максимумъ срока, долѣе котораго правоотношеніе не можетъ существовать (напр. при договорахъ найма, правѣ застройки). Какъ общее правило, наше право ограничиваетъ срочность выдачъ (легатовъ) жизнью наслѣдника (ст. 1011 прим. 1086 и 1068¹).² Но въ особенности велико значеніе времени въ смыслѣ погашенія права иска (погасительная исковая давность)³ и въ смыслѣ приобрѣтенія права владѣніемъ (приобрѣтательная, или давность владѣнія).

Въ средніе вѣка объединяли обѣ давности въ одинъ институтъ съ двумя сторонами. Но это неправильно. На самомъ дѣлѣ существуютъ два института давности, которые не совпадаютъ между собой. Такъ, 1) не совпадаетъ область примѣненія той и другой давности. Приобрѣтательная давность имѣетъ ограниченное примѣненіе въ вещномъ правѣ преимущественно какъ способъ приобрѣтенія права собственности.⁴ Напротивъ, исковая давность широко примѣняется и въ особенности въ обязательственномъ правѣ. 2) Приобрѣтательная давность прекращаетъ правоотношеніе, исковая давность прекращаетъ право иска, правоотношеніе же продолжаетъ существовать. 3) Приобрѣтательная давность есть давность владѣнія. Исковая давность никакого отношенія къ владѣнію не имѣетъ.⁵ Наконецъ, 4) основанія оправданія той и другой давности не совпадаютъ. Что касается, въ частности, оправданія и с к о в о й давности, какъ потери иска, то основаніемъ для этого служить то простое соображеніе, что по истеченіи болѣе или менѣе продолжительнаго времени утрачиваются доказательства права. Далѣе, въ случаяхъ краткой давности имѣется въ виду возможно скорѣе внести опредѣленность въ отношенія лица обязаннаго къ лицу управомоченному (14/19, Р о з е н т а л ь). Иное основаніе оправданія давности приобрѣтательной, или владѣнія (см. ниже). Поэтому правильно различаютъ два самостоятельныхъ института давности: погасительную, или исковую и приобрѣтательную, или давность владѣнія (89/48, 82/11, иначе 06/12).

1. *Исковая давность, или потеря права на искъ, есть въ сущности срокъ, по истеченіи котораго теряется неосуществленное право на искъ. (ст. 694).*

При чемъ различаютъ общій срокъ десять лѣтъ (о б щ а я д а в н о с т ь) и краткіе сроки (с п е ц и а л ь н а я д а в н о с т ь, (14/76).

5-лѣтній, годичный и 6-мѣсячный для предъявленія вексельныхъ исковъ (ст. 73 и 7 Векс. Уст.). Т р е х г о д и ч н ы й по искамъ объ ущербахъ и убыткахъ, причиненныхъ въ недвижимомъ имуществѣ въ губерніяхъ Черниговской и Полтавской (прил. къ ст. 694 п. 7), а равно по искамъ о выкупѣ проданнаго родового имущества (ст. 1363 г. Х ч. 1); 2) д в у х г о д и ч н ы й—для исковъ объ уничтоженіи крѣпости: купчей (ст. 1524 т. Х ч. 1)⁶ и данной (74/877, 90/9, 03/64), а также для исковъ о признаніи завѣщанія недействительнымъ и всѣхъ вообще споровъ противъ завѣщаній (ст. 1066¹²); 3) г о д и ч н ы й (и двухгодичный) для исковъ о признаніи незаконности рожденія ребенка (ст. 1350, ср. ст. 1353 У. Г. С.), при отвѣтственности за профессиональный рискъ (см. ст. 683, п. 7).

Болѣе продолжительныхъ сроковъ, чѣмъ срокъ десятилѣтній, нашъ законъ не знаетъ. Равнымъ образомъ, нашъ законъ не разрѣшаетъ ни удлинять, ни сокращать

¹ Конецъ существованія лица не прекращаетъ имущественныхъ юридическихъ отношеній.

² Ограниченіе это есть одно изъ послѣдствій общаго принципа: не приносить въ жертву интересовъ живого народа интересамъ народа мертваго (ср. П о р т а л и с ь; у Спекторскаго въ Юрид. Вѣст. 1914 II стр. 30).

³ Изложено въ приложеніи къ ст. 694.

⁴ О частномъ случаѣ приобрѣтенія по давности права угодія см. ст. 457.

⁵ Сенатъ, по частному случаю, правильно разъяснилъ, что исковая давность не прекращается и не приостанавливается, хотя бы заложное имѣніе вышло изъ обладанія залогодателя (рѣш. отъ 19 сент. 1912 г. см. Право 1912 г. № 40).

⁶ Сенатъ разъяснилъ, что двухлѣтній срокъ устраняетъ лишь споръ противъ купчей крѣпости, какъ акта укрѣпленія. Всѣ же прочіе споры могутъ быть предъявляемы не только третьими лицами, въ сдѣлкѣ не участвовавшими, но и тѣмъ, кто принималъ въ ней участіе, а также и наслѣдниками, въ теченіе общей 10-лѣтней давности (03/64, 86/96, рѣш. 29 ноября 1912 г. по иску Раздеришиной къ Глазовой, напечатано въ «Правѣ» за 1912 г. № 26).

сроки по согласію сторонъ.¹ Впрочемъ короткіе сроки давности приняты въ практикѣ страховыхъ обществъ. (О. С. 14/8, К. Д. 14/47).²

Германское уложеніе разрѣшаетъ сокращать сроки давности (ст. 225); напротивъ, швейцарское уложеніе не допускаетъ никакихъ измѣненій (ст. 129 Ш. У. Обяз.). Теоретически послѣднее рѣшеніе болѣе правильно, ибо институтъ давности есть прежде всего публично-правовой институтъ. Поэтому нормы, регулирующія его, не должны подлежать измѣненію по согласію сторонъ, поскольку у такимъ согласіемъ могъ бы быть нарушенъ публично-правовой интересъ.³ Точно также отрицательно долженъ быть рѣшенъ и другой вопросъ, тѣсно связанный съ предыдущимъ о томъ, могутъ ли стороны отменить дѣйствіе давности совсѣмъ или устанавливать ее тамъ, гдѣ она не можетъ имѣть мѣста по закону.

Какъ общій срокъ, такъ и короткіе сроки называются давностными и противопоставляются срокамъ пресѣкательнымъ (преклюзивнымъ, рѣшителънымъ). Отличіе тѣхъ и другихъ спорно въ теоріи⁴, но въ общемъ давностный срокъ поражаетъ только судебную защиту (притязаніе) и даетъ отвѣчику лишь возраженіе противъ иска (притязанія). Напротивъ, пресѣкательный срокъ поражаетъ и самое гражданское право, а не только право судебной защиты (искъ). Поэтому пресѣкательный срокъ есть предѣлъ дѣйствія самаго гражданского права. Равнымъ образомъ, пресѣкательный срокъ имѣетъ мѣсто и тамъ, гдѣ дается періодъ времени для осуществленія права независимо отъ иска. Такъ, процессуальные сроки въ этомъ смыслѣ пресѣкательные сроки. Указаннаго различія въ общемъ придерживается и сенатъ (05/10 и въ особенности 14/76, В о р м с ь).⁵

При этомъ, сенатъ правильно учитъ, что пресѣкательность срока должна быть установлена въ законѣ и не предполагается (14/76, ср. 15/36).⁶

2. *Вслѣдствіе важности пропуска сроковъ, необходимо точно установить начало и конецъ исковой давности.*

а. Давность начинаетъ течь съ момента нарушенія права, (15/66, 03/29 и др.), но на практикѣ не всегда легко установить данный моментъ.⁷ Въ частности, въ долговыхъ безсрочныхъ обязательствахъ такимъ моментомъ является день предъявленія обязательства ко взысканію.⁸

По германскому уложенію начало давности есть моментъ возникновенія притязанія (ст. 198 Г. У.). У насъ въ вещныхъ правахъ возникновеніе иска совпадаетъ съ моментомъ нарушенія права (ср. 03/28); въ правахъ же обязательственныхъ съ

¹ Также сенатъ, см. Арх. I, 160 (Р а б и н о в и ч ь); рѣш. 18 февр. 1915 г. (П. 1915, 729). Ср. еще О. С. 14/8 (В о р м с ь).

² Сенатъ допускаетъ такое сокращеніе въ виду того, что сроки эти пресѣкательные, преклюзивные (14/8, В о р м с ь), однако К. Д. (15/36) считаетъ эти сроки давностными, что болѣе правильно (также В о р м с ь).

³ За сокращеніе сроковъ давности по согласію сторонъ Ш е р ш е н е в и ч ь и Г о й х б а р г ь. Противъ Ш е ф т е л ь (въ Правѣ за 1912 № 15 и 16), хотя онъ допускаетъ измѣненіе короткихъ сроковъ давности, какъ установленныхъ въ интересахъ самихъ сторонъ (сомнительно).

⁴ Арх. I, 248, В о р м с ь.

⁵ Но теоретически сенатъ неправильно считаетъ отличительнымъ признакомъ пресѣкательныхъ сроковъ возможность ихъ сокращенія (О. С. 14/8, ср. 15/36), а также и то, что вопросъ о пропускѣ давностныхъ сроковъ не можетъ быть возбуждаемъ по инициативѣ суда (14/76, В о р м с ь), см. ст. 161 Уст. Гр. Суд. изд. 1914 г.

⁶ Пресѣкательнымъ срокомъ сенатъ считаетъ, напр., сроки на опротестованіе векселей (14/76), на обратное съ надписателѣ требованіе по векселю (14/76), но не сроки для предъявленія исковъ по векселямъ, простымъ и переводнымъ (14/76, В о р м с ь), какъ равно и не сроки для «предъявленія иска» при специальной давности (ст. 683 п. 7 и др.), по искамъ о вознагражденіи за смерть, увѣче и бользни (14/76).

⁷ См. напр. 14/28 (Ш р е т е р ь), гдѣ рѣчь идетъ о началѣ иска вкладчиковъ къ городскому обществу, или еще 15/66 о начальномъ моментѣ исковой давности при куплѣ-продажѣ съ публичнаго торга; такимъ моментомъ является опредѣленіе суда объ утвержденіи (15/66, ср. здѣсь же Р о з е н б л ю м ь).

⁸ Ст. 1549, рѣш. отъ 11 февр. 1909 г. по дѣлу Вадзинскаго; ср. прим. къ ст. 1259. Г о й х б а р г ь (П. 1910 г. № 40).

моментом, когда м. б. потребовано исполненіе обязательства. При періодическом исполненіи, напр. квартирной платы, давность течетъ съ момента каждаго просроченнаго платежа (^{80/296}); при уплатѣ по частямъ—съ момента послѣдней уплаты (ст. 1550). По срочнымъ и условнымъ сдѣлкамъ—съ момента наступленія срока или условія. Большіе споры возбуждаетъ у насъ вопросъ о началѣ давности въ искахъ о наслѣдствѣ. Сенатъ такимъ моментомъ признаетъ завладѣніе имуществомъ (^{09/82}). Публикація же о вызовѣ наслѣдниковъ не можетъ ни замедлить, ни продлить теченія исковой давности; она необходима лишь, чтобы казна могла приобрести выморочное имущество.¹

Если правонарушеніе д л я щ е е с я, какъ, напр., при подтопѣ, то истецъ не утрачиваетъ права предъявить искъ во всякое время (^{98/88}). Нарушеніе права не можетъ наступить и ранѣе окончательнаго дѣйствія договора (^{68/891}, ^{73/1119} и др.); при этомъ, необходимо принимать во вниманіе возможность осуществленія права (^{92/86}).

Такъ, напр., общество вспомошествованія студентовъ не пропускаетъ срока объ истребованіи ссуды отъ бывшаго студента, пока онъ не получитъ обезпеченнаго содержаніемъ мѣста, т. е. такого матеріальнаго обезпеченія, которое даетъ ему возможность возратить взятую ссуду (отд. рѣш. 13 янв. 1915 г. Пр. 1915, 5, 324). Невозможность осуществленія договора, напр., въ случаѣ погребенія покойника на чужомъ мѣстѣ, не лишаетъ истца права на искъ (отд. рѣш. 7 марта 1915, В. П. 1915, 22, 678).

6. Конецъ давности это послѣдній день срока. При чемъ при исчисленіи этого дня соотвѣтственно примѣняются правила объ исчисленіи процессуальныхъ сроковъ (^{97/86}, ^{83/6} и др., иначе ^{89/22}, ^{70/848}).² Было бы неправильно, однако, думать, что конецъ всегда наступаетъ съ истеченіемъ опредѣленнаго срока (см. 3).

3. Срокъ давности можетъ прерываться и приостанавливаться.

а. П е р е р ы в ѣ давности, какъ показываетъ и самое слово, протекшее время теряетъ всякое значеніе. Давность возобновляетъ свое теченіе заново (^{79/347}). При п р и о с т а н о в к ѣ же давности, протекшее время присоединяется къ тому сроку, который начинаетъ течь послѣ приостановки давности (^{97/42}). П е р е р ы в ѣ давности имѣетъ мѣсто, когда значительными дѣйствіями потерпѣвшаго или нарушителя нарушенное право выводится изъ состоянія покоя, неопредѣленности, безъ уничтоженія, однако, правонарушенія. Такимъ дѣйствіемъ со стороны потерпѣвшаго является 1) предъявленіе и с к а, не возстановившаго, однако, права истца.³

Чтобы указаный искъ прервалъ давность, для этого необходимо, чтобы искъ былъ предъявленъ въ судебныхъ установленіяхъ (ст. 559, ст. 1 прил. къ ст. 694, въ крестьянскихъ мировыхъ установленіяхъ, ^{03/138}) и былъ искъ н а д л е ж а щ и й, т. е. соотвѣтствовалъ всѣмъ требованіямъ, которыя законъ ставитъ для осуществленія иска (^{14/76}). Именно искъ долженъ быть предъявленъ въ смыслѣ подсудности въ н а д л е ж а щ е м ѣ с у д ѣ (^{73/1253}, ^{14/76}), и при томъ, помимо случаевъ публикаціи, повѣстка о вызовѣ отвѣтника должна быть ему вручена, т. к. только съ этого момента можно говорить о процессуальномъ отношеніи между истцомъ и отвѣтчикомъ (^{73/1253}, ср. ^{15/1}, В о р м с ѣ). При всемъ томъ, искъ все же не прерываетъ давности, если производство по начатому дѣлу завершилось не въ пользу истца или вовсе не завершилось разрѣшеніемъ спора по причинѣ, зависящей отъ усмотрѣнія истца, напр. его отказа (^{14/76}) или по причинѣ его бездѣйствія (^{14/76}, неходженія по дѣлу, ср. ^{79/234}, ^{74/382}, ст. 694), или даже уничтоженія производства по истеченіи трехъ лѣтъ со времени его приостановленія (692 и 689 У. Г. С.). Слѣдуетъ замѣтить, что перерывъ имѣетъ мѣсто только въ пользу лица, предъявившаго искъ (также проектъ ст. 153) и противъ надлежащаго отвѣтника (^{97/63}, ^{77/64}, ср. ^{09/144}).⁴ или привлеченныхъ къ дѣлу третьихъ лицъ (^{01/16}).

¹ Б у т о в с к і й, Открытіе наслѣдства и вызовъ наслѣдниковъ (Ж. М. Ю. 1914 г. № 1). Отчасти Д о б р и н ѣ (въ В. Гр. Пр. 1914 г. № 1).

² М у р о м ц е в ѣ, Изъ текущ. судебн. практики (Ю. В. 1886, 12, 640). Исчисленіе давности въ новой Бессарабіи см. ^{14/37} (Р я з а н о в с к і й).

³ Предъявленіе внѣсудебнаго требованія (см. также прим. 1 къ ст. 1 прил. ст. 694) не можетъ служить началомъ исковой давности. Такое правило, основанное на законѣ, слѣдовало бы измѣнить въ томъ смыслѣ, что в н ѣ с у д е б н о е требованіе удовлетворенія является началомъ исковой давности, какъ это и постановляетъ проектъ въ ст. 1664.—Къ предъявленію иска сенатъ правильно приравнялъ заявленіе въ конкурсѣ (^{14/54}, Г е н к и н ѣ).

⁴ А. Б у т о в с к і й, Давность владѣнія (1911 г.), 18. Въ практикѣ Германіи правильно признается перерывъ давности и противъ того лица, которое помѣшало прервать давность и ссылается потомъ къ своей выгодѣ на истеченіе давности (R. G. рѣш. 26 окт. 1906, —Entsch. Bd. 64, S. 220).

2) Давность прерывается признанием права со стороны нарушителя, наприм., уплатой аренды, въ отношеніи капитала $\frac{0}{0}$ ($\frac{96}{3}$, $\frac{85}{82}$), или предоставленіемъ возможности осуществлять нарушенное право инымъ способомъ, какъ-то поселиться въ домѣ, произвести постройку въ имѣніи и т. п.

б. Гораздо шире допускается приостановка давности, идея которой состоитъ въ томъ, чтобы возможныя препятствія не помѣшали воспользоваться давностною. Поэтому, пока препятствія налицо, давность и приостанавливается. Наши законы, такими препятствіями считаютъ малолѣтство, къ которому приравняютъ душевную болѣзнь, глухонѣмоту. Именно, «если наслѣдникъ или преемникъ права на имущество будетъ малолѣтній, то на все время малолѣтства его теченіе давности приостанавливается. Съ достиженіемъ же совершеннолѣтія ему предоставляется... только остальное отъ его предшественника время; но буде оно составитъ менѣе двухъ лѣтъ, то ему предоставляются полные два года» (п. 2 прил. къ ст. 694).¹

Сенатъ разъяснилъ, что теченіе давности² приостанавливается для всѣхъ исковъ малолѣтняго, а не только для исковъ, перешедшихъ къ малолѣтнему по преемству ($\frac{04}{21}$). Совершенно понятно, что приостановка давности для малолѣтнихъ имѣетъ въ виду отсутствіе у нихъ дѣеспособности. Поэтому, въ случаѣ передачи совершеннолѣтнему лицу права на полученіе удовлетворенія по обязательству, принадлежащему малолѣтнему, приобретатель въ правѣ воспользоваться для начатія иска лишь тѣмъ срокомъ давности, какой оставался несовершеннолѣтнему въ моментъ перехода къ приобретателю обязательства ($\frac{89}{81}$). Умалышенные и глухонѣмые приравняются къ несовершеннолѣтнимъ, съ тѣмъ исключеніемъ, что срокъ давности считается для нихъ со дня признанія ихъ здоровыми и дѣеспособными (п. 2 ст. 2 прил. къ ст. 694).

Напротивъ, наши законы не учли такихъ важныхъ препятствій, какъ чума, война съ ихъ послѣдствіями, создающими невозможность предъявленія иска.³ Правда, наши законы говорятъ, что состоящіе въ плѣну или на службѣ въ zahraniчныхъ походахъ пользуются приостановкой давности на все время своего отсутствія (п. 4 прил. къ ст. 694), но лишь тогда, когда это постановлено и объявлено. Рѣчь идетъ, такимъ образомъ, о специальной отсрочкѣ, о которой говоритъ законъ и въ другомъ специальномъ случаѣ (ст. 685 У. Г. С.).

Между тѣмъ, война оказываетъ громадное вліяніе на сроки,⁴ и нынѣ изданы специальные законы о приостановкѣ сроковъ. Такъ, указомъ 13 сент. 1914 г. установленъ рядъ привилегій для призванныхъ въ дѣйствующую армію и флотъ (т. н. судебный мораторій). Далѣе, указомъ 23 сент. 1915 г. приостановлено теченіе судебныхъ сроковъ въ мѣстностяхъ, въ коихъ, по военнымъ обстоятельствамъ, прекращена дѣятельность судебныхъ и судебно-административныхъ установленій (С. У. 1915, ст. 2004). Этимъ же указомъ приостановлено и теченіе давностныхъ сроковъ, по дѣламъ гражданскимъ. При этомъ, по восстановленіи приостановленнаго срока дается въ общемъ двѣ недѣли, если сроки были менѣе двухъ недѣль или и болѣе, но оставалось менѣе двухъ недѣль до конца срока. Указъ о приостановкѣ не распространяется на тѣ сроки, кои могутъ быть осуществлены въ иномъ судебномъ, нотаріальномъ, исполнительномъ или крѣпостномъ установленіи, чѣмъ тѣ мѣстности, откуда эвакуированы по военнымъ обстоятельствамъ соотвѣтствующія учрежденія,⁵ а также указъ не рас-

¹ Законъ напрасно устанавливаетъ столь продолжительную приостановку давности для малолѣтнихъ, душевнобольныхъ и глухонѣмыхъ, ибо отсутствіе у нихъ дѣеспособности восполняется дѣеспособностью ихъ опекуновъ. Напротивъ того, Проектъ (ст. 122) впадаетъ въ другую крайность, признавая, правда съ оговоркой, что теченіе исковой давности не приостанавливается въ пользу вышеуказанныхъ лицъ, хотя бы они не имѣли опекуна.

² Также давности рѣшенія (п. 6 прил. къ ст. 694 т. X ч. 1 и ст. 735 У. Г. С. $\frac{14}{22}$, А. Задский).

³ Правда, возможно восстановленіе срока судомъ, въ особенности при наличности непреодолимой силы (ст. 835 У. Г. С.).

⁴ И венскій, О вліяніи войны на процессуальные и давностные сроки (В. П. 1915, 341). И на западѣ это давно учли: ст. 245 и 247 Германскаго У. Г. С. и ст. 161 и 162 австрійскаго У. Г. С., а также ст. 203 Г. У. и ст. 1496 Австр. ул. ст. 2251 француз. код. (рѣш. фран. Кассац. Суда 10 апр. 1810 г. и 28 июня 1870 г.).

⁵ Левинъ (В. Г. П. 1915, 6, 112) подробно разсматриваетъ возможные случаи предъявленія исковъ въ другихъ мѣстностяхъ.

пространяется на сроки въ 10 лѣтъ и болѣе, если отъ начала приостановленія ихъ до ихъ окончанія оставалось менѣе (?) трехъ лѣтъ.¹

Наконецъ, нельзя не подчеркнуть, что приостановка имѣетъ мѣсто при общей давности (ср. ^{94/111}); специальная же давность течетъ все время (^{11/44} и др.).² Поэтому приостановка давности въ пользу малолѣтняго не примѣняется къ срокамъ процессуальнымъ (^{80/298}, ср. ^{14/22}, Завадскій), къ трехлѣтнему сроку для выкупа родовыхъ имѣній (^{82/48}), къ годовой давности по ст. 683 (^{94/111}) и т. д.

4. *Что касается примѣненія исковой давности, то область ея широка.*

Давности не подлежатъ лишь иски преимущественно въ области семейнаго права и вообще личныя права (права состоянія, ст. 13 т. IX). Въ частности, не подлежатъ исковой давности: 1) иски объ алиментахъ, 2) иски вдовца или вдовы объ указной части изъ имущества умершаго супруга и наследниковъ ихъ, если только просьба о выдѣлѣ подана при жизни овдовѣвшимъ супругомъ (ст. 1152 и 1153 т. X ч. 1), 3) иски о признаніи законности рожденія (ст. 1347 Уст. гр. суд.), 4) иски родителей о возвращеніи дѣтей отъ незаконно ихъ задерживающихъ лицъ. Въ области же вещнаго и обязательственнаго права не подлежатъ дѣйствию исковой давности лишь иски въ отношеніи тѣхъ вещей, кои не могутъ быть приобретаемы по давности владѣнія, сохранныя расписки между первоначальными контрагентами, а не ихъ наследниками (ст. 2113 п. 1).³

Сенатъ знаетъ также исковую давность рѣшенія, т. к. срокъ исполненія рѣшенія, согласно западноевропейскому праву и практикѣ, матеріально-правовой, а не процессуальный.⁴ При чемъ, началомъ давности является моментъ вступленія рѣшенія въ исполнительную силу, а не приступъ къ исполненію (ст. 938 У. Г. С., ^{96/59}), и погашается установленное судомъ исковое притязаніе (ср. Г. У. ст. 218), а не правоотношеніе, признанное въ судебномъ рѣшеніи. Этимъ признается юридическая природа давности рѣшенія тождественной съ природой исковой давности, какъ погашающей искъ (притязаніе).⁵

Отъ исковой гражданской давности надо строго отличать исковую административную давность, какъ публично-правовой институтъ. Административная давность у насъ совершенно не разработана, а между тѣмъ, она глубоко затрагиваетъ частныя интересы, въ частности въ области денежныхъ требованій. Сенатъ пытается въ отдѣльныхъ случаяхъ распространить начала гражданской исковой давности на административную давность, но это неправильно.⁶ Основанія и виды той и другой давности совершенно различны. Въ частности, для требованія возврата изъ казны неправильно взысканныхъ налоговъ сенатъ нецѣлесообразно установилъ 10-лѣтнюю давность.⁷ Требованіе о выслуженномъ жалованіи гражданскими чиновниками, согласно сенату, погашается также 10-лѣтней давностью,⁸ а требованіе казны о возвратѣ

¹ Левинъ (стр. 115) справедливо недоумѣваетъ, что хотѣлъ этимъ сказать указъ.

² Такъ, приостанавливается для малолѣтняго наследника теченіе срока, положеннаго на вызовъ поклажепринимателя, т. к. здѣсь дѣйствуетъ давность общая, а не специальная (^{11/44} и др.).

³ Дѣйствию исковой давности распространяется и на запрещенія, обременяющія недвижимость, какъ обезпеченіе обязательства собственника имѣнія (Пеньковскій, № 60, см. Исаченко въ П. 1915, 1712). Напротивъ, давность, погашающая искъ по главному договору, не погашаетъ тѣмъ самымъ обезпечительныхъ договоровъ (Пеньковскій, № 203, Исаченко, въ Пр. 1915, 1714).

⁴ ^{95/29}, ^{14/22}, Завадскій (здѣсь же литература). Поэтому же и давность заочныхъ рѣшеній есть матеріально-правовой срокъ, хотя о трехлѣтнемъ срокѣ рѣчь идетъ въ процессуальныхъ законахъ (ст. 735 У. Г. С.), подробнѣе Завадскій (^{14/22}).

⁵ Арх. 167 (А. Завадскій).

⁶ Лазаревскій (В. Г. П. 1915, № 4, 24).

⁷ Лазаревскій (В. Г. П. 1915 № 4, 40, здѣсь же практика).

⁸ Лазаревскій, 44 (практика). Для военныхъ чиновниковъ по закону годичная давность.

ошибочно выданнаго добавочнаго содержания совсѣмъ не допускается.¹ Само собой разумѣется, что иски казны и къ казнѣ, какъ частному лицу, подлежатъ дѣйствию гражданской исковой давности, поскольку не сдѣланы исключенія.

Глава V. Осуществленіе права и защита его.

§ 18. ОСУЩЕСТВЛЕНІЕ ПРАВА. *

1. *Осуществленіе права—это преимущественно пользованіе правомъ или правоупользованіе.*¹

Оно совершается посредствомъ фактическихъ и юридическихъ дѣйствій, и есть, поэтому, дѣятельность лица, соответствующая содержанию права (Губеръ). Осуществленіе права необязательно, хотя неосуществленія можетъ влечь вредныя послѣдствія для лица, напр. потерю права на искъ. Напротивъ, осуществленіе обязанности носитъ характеръ принудительный. Осуществляя свое право, исполняя обязанности, лицо легко можетъ причинить вредъ другому лицу. Поэтому возникаетъ существенный вопросъ о границахъ правоупользованія. Можетъ ли, напр., собственникъ выкопать у себя во дворѣ яму такимъ образомъ, чтобы это грозило обвалами для построекъ сосѣда. Или еще, въ правѣ ли лицо такъ «набивать гвозди въ саняхъ, чтобы мальчишки не становились на запяткахъ»? Конечно, правомочное лицо не въ правѣ совершать дѣйствій, которыя выходятъ за предѣлы его права. Такія дѣйствія, какъ недозволенные, суть правонарушенія, деликты, они вмѣняются въ вину управомоченному. Но въ приведенныхъ примѣрахъ нѣтъ недозволенности, нѣтъ правонарушенія. Лицо осуществляетъ свое право, не выходя за предѣлы содержания своего права. Прежде господствовалъ взглядъ, что лицо, причинившее вредъ другому, при осуществленіи своего права, не несетъ за это отвѣтственности. Такого же взгляда держался и сенатъ, на основаніи стг. 574 и 684 (70/403 и др., 94/63 и др.).² Указанное прямолинейное рѣшеніе вопроса о правѣ причинять вредъ окружающимъ при осуществленіи своего права (также обязанности) рѣзко противорѣчитъ социальнымъ требованіямъ. Сенатъ попытался, поэтому, внести ограниченіе, выставивъ новое положеніе: *никто не свободенъ пользоваться своимъ правомъ такъ, чтобы лишить другого возможности пользоваться своимъ правомъ* (02/126, 03/10, 08/62). Поэтому, очевидно, что земляныя работы во дворѣ должны производиться такимъ образомъ, чтобы это не грозило обвалами сосѣду. Но это не рѣшаетъ другого примѣра о набитіи гвоздей на запяткахъ саней, ибо мальчишки не въ правѣ скакивать на запятки саней. Кромѣ того, и внутреннее противорѣчіе бросается въ глаза: кто же и на какомъ основаніи будетъ проводить границы въ осуществленіи «моего» и «твоего» права. Поэтому впослѣдствіи сенатъ внесъ еще дополнителеный критерій: при осуществленіи не должно быть прямого воздѣйствія, напр. вѣтви моего дерева не должны расти въ воздушномъ простран-

¹ Лазаревскій, 45 (практика).

* Доманжо, Вопросъ объ отвѣтственности за вредъ, причиненный при осуществленіи права, въ проектѣ нашего гражд. улож. (Сб. пам. Шерш. 319). Сливикій, Право на честное къ себѣ отношеніе (тамъ же, 375, иностранная литература). Шретеръ, Недобросовѣстная конкуренція (тамъ же, 427). Петражицкій, Теорія права, т. I (Пгд. 1907), 147. Гуляевъ, Общія ученія системы гр. пр. въ практикѣ сената (Пгд. 1914), 75.

² Шв. ул. (ст. 2) правильно говоритъ на ряду съ осуществленіемъ права объ исполненіи обязанностей, подчеркивая этимъ болѣе широкое понятіе осуществленія права (правъ и обязанностей).

³ Для безответственности необходимо лишь, чтобы пользованіе было законнымъ правомъ и не выходило изъ законныхъ его предѣловъ (71/785, 80/255 и др.). Если бы правоупользованіе нарушило предѣлы, то это было бы уже правонарушеніе, хотя бы и въ скрытой формѣ, подъ видомъ осуществленія права.

ствѣ сосѣда (10/81, 12/51). Но здѣсь прямое воздѣйствіе есть уже выходъ изъ предѣловъ своего права, скрытое правонарушеніе. Такимъ образомъ, наша практика не выработала опредѣленнаго критерія, какое именно правопользованіе нормально и когда оно не влечетъ отвѣтственности за вредъ, причиняемый имъ окружающимъ. Вопросъ большой соціальной важности остается открытымъ.

Современное право Запада, напротивъ, развило ученіе о нормальномъ осуществленіи права. Отвѣтственность за вредъ, причиненный осуществленіемъ права, подлежитъ возмѣщенію не только тогда, когда лицо осуществляетъ свое право съ единственною цѣлью повредить другому (ш и к а н а Г. У. ст. 226; Законопроектъ, ст. 1174), но и тогда, когда такое осуществленіе есть злоупотребленіе, когда оно противорѣчитъ добрымъ правамъ, доброй совѣсти (Ш. У. ст. 3 п. 2, Г. У. ст. 826).¹ Правда, критерій этотъ субъективенъ, но все же критерій.

2. Осуществленіе права вопреки доброй совѣсти, добрымъ нравамъ признается въ передовомъ законодательствѣ за злоупотребленіе правомъ, и лицо отвѣчаетъ за причиненный вредъ окружающимъ.

Для понятія злоупотребленія существенна вина лица. Поэтому, если вредъ причиненъ вопреки добрымъ нравамъ, доброй совѣсти случайно, безъ вины, то нѣтъ злоупотребленія правомъ, нѣтъ отвѣтственности за причиненный вредъ окружающимъ. Наши законы говорятъ о явномъ злоупотребленіи правами, принадлежащимъ супругу въ силу брака (ст. 103¹), но постановленіе это казуистично и значеніе его ограничено.

На Западѣ же не только признали отвѣтственность за злоупотребленіе правомъ по винѣ (субъективная конструкция гражданской отвѣтственности), но, по крайней мѣрѣ въ литературѣ, дѣлаются попытки вовсе замѣнить принципъ злоупотребленія правомъ объективной отвѣтственностью, независимо отъ вины, отвѣтственностью за случай—за рискъ и страхъ. При чемъ, критерій такой отвѣтственности видятъ въ соціальной охранѣ интересовъ, благъ, личности и т. д. Каждое дѣйствіе, говоритъ С а л е й л ь, совершенное при такихъ обстоятельствахъ, которыя, согласно установленному обыкновению и соціальнымъ воззрѣніямъ, должны быть отнесены на рискъ и страхъ совершившаго, возлагаетъ на послѣдняго обязанность возмѣстить причиненный вредъ. Здѣсь, очевидно, рѣчь идетъ уже объ отвѣтственности за антисоціальное осуществленіе права, независимо отъ того, виновно ли или случайно причиненъ вредъ окружающимъ. Потерпѣвшему нѣтъ надобности доказывать неправомѣрность дѣйствія и вину отвѣтчика, достаточно установить причинную связь дѣйствія и вреда. Несомнѣнно, что эта теорія риска, объективной конструкции отвѣтственности за вредящее другимъ осуществленіе права наиболѣе охраняетъ общество отъ использования права противно соціальнымъ требованіямъ правопорядка. При профессиональномъ рискѣ теорія эта нашла себѣ полное признаніе. Но вопросъ о ея широкомъ распространеніи, помимо предпріятій, все же сомнителенъ. И къ сожалѣнію, законопроектъ не использовалъ богатаго опыта Запада и, заимствуя шикану (ст. 1174) изъ Г. У., не понялъ даже значенія теоріи злоупотребленія; между тѣмъ, эта теорія, принятая въ Германіи, оздоровила тамъ соціальную атмосферу началами честности и вообще доброй совѣсти.

3. Наконецъ осуществленіе права нашло себѣ на Западѣ и спеціальное ограниченіе въ запретъ недобросовѣстной конкуренціи.

Понятіе недобросовѣстной конкуренціи обнимаетъ собой всѣ дѣйствія, въ предѣлахъ права совершныя и направленныя на различнаго рода продѣлки противъ конкурента.²

Кругъ такихъ дѣйствій—продѣлокъ трудно опредѣлить (практика постепенно ихъ вырабатываетъ). Болѣе того, въ указанной спеціальной области осуществленія правъ сдѣлана попытка перейти отъ отвѣтственности за вину, злоупотребленіе правомъ къ отвѣтственности за рискъ, за случай (объективной отвѣтственности). Такъ, за объективную отвѣтственность стоитъ французская практика. Германское уложеніе хотя и признаетъ виновность, злоупотребленіе правомъ (ст. 824 п. 1), но практика и здѣсь исправляетъ велѣніе закона въ смыслѣ права прекращенія недобросовѣстныхъ дѣйствій независимо отъ вины, и лишь право на ущербъ обуславливаетъ виной недобросовѣстнаго конкурента.

¹ Доманжо, 329.

² Германское право неправильно распространяетъ понятіе недобросовѣстной конкуренціи и на дѣйствія, которыя направлены исключительно противъ публики (недобросовѣстная торговля), Шретеръ, 432 и 442.

(см. ст. 14 зак. 1909 г., специального закона о конкуренции). Еще совершенно Швейцарское обяз. право (ст. 48), которое прямо признает объективную ответственность недобросовѣстнаго конкурента, и лишь возмѣщеніе вреда обуславливаетъ его виной.

Нашъ законопроектъ и здѣсь (ст. 1200) послѣдовалъ за несовершеннымъ въ данномъ вопросѣ Г. У. (ст. 824 п. 1), признавъ, такимъ образомъ, лишь теорію злоупотребленія въ отношеніи конкурента (субъективная отвѣтственность). Дѣйствующіе же законы, помимо защиты товарнаго знака и фирмы, вовсе не знаютъ этой теоріи. ст. 670 т. X ч. 1 не использована практикой; тѣмъ болѣе, что въ ней идетъ рѣчь о правонарушеніи (ср. ст. 669).

Итакъ, отвѣтственность за ненормальное правоупотребленіе, какъ осуществленіе права, надо строго отличать отъ отвѣтственности за правонарушеніе. Хотя при злоупотребленіи правомъ (субъективная отвѣтственность) отвѣчаетъ виновное лицо, какъ и при правонарушеніи, но при правоупотребленіи нѣтъ недозволеннаго дѣйствія, каковое дѣйствіе составляетъ существо правонарушенія. Но еще большее различіе между ненормальнымъ правоупотребленіемъ и правонарушеніемъ при конструкціи отвѣтственности за рискъ (случай). Здѣсь нѣтъ уже и вины, которая сближаетъ отвѣтственность за правоупотребленіе съ отвѣтственностью за правонарушеніе.

§ 19. ЗАЩИТА ЮРИДИЧЕСКИХЪ ОТНОШЕНІЙ (ПРАВЪ, ПОЛНОМОЧІЙ).

I. Судебная защита и исковая сила гражданскихъ правъ.*

Юридическія отношенія могутъ не соотвѣтствовать фактическому положенію, и тогда возникаетъ необходимость въ ихъ защитѣ, дабы возможно было осуществленіе права (§ 18). Такая защита совершается или судомъ (судебная защита), или силами частнаго лица (вне судебна защита).

1. Судебная защита, какъ публично-правовой институтъ, составляетъ неотъемлемое право лица.¹

Поэтому она не можетъ быть ограничена ни по волѣ самого лица, кромѣ случаевъ, предусмотрѣнныхъ закономъ (71/945, 81/16, 13/75 и др.), ни по волѣ совладѣльцевъ въ общемъ имуществѣ (12/42). Поэтому же не будетъ дѣйствительнымъ условіе въ договорѣ, по которому противная сторона отказывается отъ права судебной защиты на случай нарушенія договора (76/290, 79/22).²

2. Однако, коренное начало о неотъемлемости судебной защиты знаетъ нѣкоторыя ограниченія.

1) Уст. Гражд. Суд. (ст. 1) признаетъ судебную защиту только тѣхъ юридическихъ отношеній, о которыхъ возникъ споръ, откуда слѣдуетъ, что неоспариваемое право не подлежитъ защитѣ: въ частности, не подлежатъ защитѣ т. н. иски о признаніи права (Feststellungsklage). Иначе сенатъ (82/82, 93/6, 00/35, 02/33), который не только допускаетъ иски о признаніи при наличности законаго и н т е р е с а,³ но не требуетъ даже для предъявленія иска наличности нарушенія

* Гордонъ, Иски о признаніи (изд. 1906). Гуляевъ, Обшія ученія системы гр. права въ практикѣ Г. Д. (Ж. М. Ю. 1914, 9 и отдѣльно). Хазинъ, Право судебной защиты контрагентовъ казны въ Трудяхъ Кіев. Юр. Об. (К. 1915), 137. Вольманъ, О судебной защитѣ непрятеельскихъ подданныхъ (В. П. 1915, 47, 1305), также Вормсъ (В. П. 1915, 8, 233) и Б. Нольде (Пр. 1915, 19, 1384). Левинъ, Судебная защита иностранцевъ (В. Г. П. 1915, 2, 135). См. еще Право, 1916, № 21, 1299.

¹ Судебная защита гражданскихъ правъ признана у насъ процессуальными законами (ст. 1 У. Г. С., а также ст. 690—694 т. X ч. 1) и возможна отчасти въ уголовномъ судѣ (А. Паренаго въ Ю. В. XII 76).

² Сенатъ допускаетъ условіе въ договорѣ о его прекращеніи безъ суда (14/26), но стороны не лишаются, однако, права обратиться къ суду за установленіемъ, дѣйствительно ли наступило прекращеніе договора.

³ Необходимъ законный интересъ (ср. ст. 4 У. Г. С.) въ моментъ предъявленія иска (15/80); недостаточно фактической заинтересованности (14/31, Таль). У насъ невозможны иски въ интересахъ третьяго лица (in favorem tertii), также и сенатъ; искъ не можетъ принадлежать тому, кто требуетъ защиты не своего права, а чужого, не будучи на то уполномоченъ добровольно ни по закону (09/8). Между тѣмъ на Западѣ иски въ интересахъ третьихъ лицъ по разнымъ основані-

правоотношенія: достаточно вообще одного фактическаго несоотвѣтствія (^{01/160}, ^{00/35}) и др., противъ Гуляевъ). Но понятно, что судебной защитѣ подлежатъ лишь частно-правовыя отношенія, а не публичныя, т. н. безспорныя дѣла (прим. 1 къ ст. 1 У. Г. С., ^{14/43}).

2) Право судебной защиты ограничивается исковой давностью. Слѣдуетъ, однако, замѣтить, что исковая давность (§ 17) ограничиваетъ лишь исковую защиту и то въ смыслѣ права отвѣчика сослаться на давность. Въ другихъ же отношеніяхъ не исключается возможность судебной защиты. Въ частности, право возраженія не подлѣжитъ давности¹.

3) Но въ особенности заслуживаетъ вниманія ограниченіе у насъ судебной защиты контрагентовъ казны преимущественно по подрядамъ и поставкамъ. Правда, съ реформой 1864 г., система административной защиты замѣнена судебной защитой, но замѣна эта была проведена безусловно (стт. 1300 и сл. У. Г. С.). Именно, контрагентъ казны, принеся, по объявленію ему окончательнаго расчета, жалобу по начальству, теряетъ право предъявить искъ судебнымъ порядкомъ (ст. 1304), какъ равно, до выдачи окончательнаго расчета, контрагентъ не въ правѣ былъ обращаться къ суду, а долженъ жаловаться по начальству (ст. 1301).² Нынѣ, впрочемъ, подача жалобы по начальству не лишаетъ права контрагента казны прекратитъ дѣло въ административномъ порядкѣ и искать удовлетворенія путемъ предъявленія иска въ судъ (ст. 5 п. 2 Ук. 22 апр. 1915 г.; С. У. 1915 ст. 1005). Итакъ признано право на судебную защиту подъ условіемъ прекращенія административной защиты. Но, однако, въ то же время внесено новое ограниченіе: контрагентъ казны лишается права требовать удовлетворенія въ административномъ или судебномъ порядкѣ по тѣмъ требованіямъ, которыя не были имъ заявлены въ возраженіи на расчетъ (ст. 5).³

Новымъ указомъ значительно уяснено положеніе контрагентомъ казны и въ другихъ отношеніяхъ. Точно опредѣлены моменты объявленія расчета подрячку, предварительнаго и окончательнаго, и вообще опредѣленіе урегулированъ весь порядокъ полученія расчета (ст. 1 и сл. I. отд.). Именно признано право на установленіе договорнаго срока для расчета, а за неустановленіемъ его, принять двухмѣсячный со дня приѣма заготовленныхъ предметовъ или исполненія договора (ст. 1). Далѣе, устанавливается двухмѣсячный же срокъ для заявленія возраженій на выданный расчетъ съ правомъ полученія въ то же время причитающейся суммы. Окончательный расчетъ объявляется не поздиѣ 4-хъ мѣсяцевъ (ст. 4). Не получившему вовсе расчета (или лишь окончательнаго) или недовольному расчетомъ предоставляется нынѣ годовою срокъ (ст. 5) искать удовлетворенія въ административномъ или судебномъ порядкѣ (срокъ пресѣкательный). До получения расчета жалобы на дѣйствія и упущенія казны приносятся по начальству, но, съ предъявленіемъ иска въ судъ, возможно оспаривать эти дѣйствія и упущенія, если не послѣдовало по нимъ рѣшенія сената (ст. 7).⁴

4) Нынѣ, въ связи съ войной, поставленъ вопросъ о правѣ въ р а ж д е б н ы х ъ и н о с т р а н ц е в ъ на судебную защиту. Несомнѣнно, что безъ спеціальныхъ законовъ о томъ иностранцы, хотя и враждебныхъ державъ, не подлежатъ лише-

ямъ правильно допускаются (подробнѣе Т а л ь, В. Г. П. 1915, 8, 81). Точно также у насъ невозможны и т. н. популярныя иски, въ защиту общественныхъ интересовъ.—П о к р о в с к і й, Частная защита общественныхъ интересовъ въ Римѣ (Сборн., посв. В л а д.—Б у д а н о в у, Кіевъ 1904, стр. 27).

¹ Понятіе права возраженія одно изъ самыхъ любопытныхъ правовыхъ понятій новой теоріи, являясь могучимъ средствомъ защиты юридическихъ отношеній (см. К о л е р ь, Гражданское право Германіи, стр. 86 и сл).

² См. Х а з и н ь, 148, 176.

³ Вольткѣ, О порядкѣ производства дѣлъ о каз. подр. и пост. (В. П. 1917, № 3). Во второмъ отдѣлѣ указа содержатся правила переходнаго характера. При чемъ, указъ примѣняется и къ тѣмъ дѣламъ, которыя рѣшены, но находятся еще въ кассационномъ производствѣ (д. № 5638—1915, см. В. П. 1916, № 51—52 стр. 1250).

⁴ По военному вѣдомству см. Б а к л а н о в ъ, Подряды и поставки по военному вѣдомству Кн. XVII Св. Воен. Постан. 1869 г. Изд. 2, Пгд. 1916.

нію «неотъемлемаго права» на судебную защиту. Тѣмъ не менѣе, сенатъ рѣшилъ вопросъ отрицательно (О. С. 15/1), при чемъ сенатъ не только лишилъ враждебныхъ иностранцевъ непосредственнаго права судебной защиты, но и посредственнаго—черезъ повѣренныхъ. Къ нимъ же могутъ быть предъявляемы иски не иначе, какъ въ лицѣ опеки по мѣсту нахождения истца. Дѣла, ранѣе начатыя, подлежатъ пріостановленію. Лишеніе сенатомъ права судебной защиты враждебныхъ иностранцевъ узаконено Ук. 5 ноябр. 1915 г. (С. У. 1915, 2446), но ограничено въ томъ отношеніи, что с л а в я н е и х р и с т і а н е, оставленные въ мѣстахъ постоянного жительства, пользуются правомъ судебной защиты.

3. Судебная защита (исковая сила) присуща гражданскимъ правамъ.

Лишь въ немногихъ случаяхъ гражданскія права лишены исковой защиты.

Сюда относятся т. н. не и с к о в ы я (н а т у р а л ь н ы я) о б я з а т е л ь с т в а, въ частности же тѣ права, исковая защита которыхъ погашена давностью. Правда, въ литературѣ спорно, не погашается ли вмѣстѣ съ искомъ и самое право, вслѣдствіе чего не м. б. и рѣчи здѣсь о неисковомъ правѣ. Однако, въ практикѣ вопросъ рѣшенъ правильно въ смыслѣ погашенія т о л ь к о и с к а, а не самаго права (04/101, 14/22, З а в а д с к і й).

Именно, сдѣлана попытка (Энгельманъ, Шершеневичъ и другіе)¹ доказать, что исковая давность по нашимъ законамъ прекращаетъ и гражданское право. Въ частности, ссылаются на манифестъ 1787 г., въ которомъ сказано: «дѣло да передается забвенію», и на слова Банкротскаго устава: «таковыя иски и взысканія уничтожаются». Однако, изъ ближайшаго разсмотрѣнія указанныхъ статей и источниковъ слѣдуетъ скорѣе придти къ противоположному мнѣнію—о погашеніи только иска. Въ особенности это подтверждается статьей 692, въ которой хотя говорится, что лицо теряетъ свое право, но въ началѣ ея идетъ рѣчь о п р а в ь о т ы с к и в а н і я. Слѣдовательно, подъ словами: «тотъ теряетъ свое право» разумѣется потеря права иска, а не матеріальнаго права. Гораздо труднѣе объяснить ст. 1549 въ направленіи погашенія только иска, т. к. въ ней ясно говорится о прекращеніи договора.

При этомъ, когда рѣчь идетъ объ и с к о в о й с и л ь г р а ж д а н с к а г о права, то эту силу слѣдуетъ строго отличать отъ иска въ матеріальномъ смыслѣ какъ вчиненнаго противъ отвѣтчика, ибо искъ становится здѣсь уже гражданскимъ имущественнымъ правомъ (ст. 417 и 419).² Отсюда искъ, какъ гражданское право, существуетъ самостоятельно въ оборотѣ.

Такъ, иски входятъ въ составъ наследственной массы (04/34 и др., 73/927), а равно передаются (78/256, 15/9). При чемъ сдѣлки объ уступкѣ исковъ подлежатъ дѣйствію общихъ законовъ о договорѣ (09/86), а передача исковъ о недвижимомъ имуществѣ не м. б. совершена вопреки установленному порядку перехода недвижимыхъ имѣній и вещныхъ правъ (09/86).

II. Вне судебная защита.*

Вне судебная защита, какъ защита силами частнаго лица, есть и с к л ю ч е н і е изъ правила о защитѣ государственной властью. Какъ исключеніе, она строго обусловлена въ законахъ и выражается преимущественно въ трехъ институтахъ гражданскаго права: 1) въ необходимой оборонѣ, 2) состояніи крайней необходимости и 3) дозволенномъ самоуправствѣ, или самопомощи.

¹ Новѣйшая попытка пересмотра вопроса принадлежитъ Б е б у т о в у (у него же литература). Противъ правильно рецензенты въ Ю. Б. № 41/42, стр. 218 и Ю. В. XII 186).

² «Подъ тяжбами» въ дореформенномъ процессѣ разумѣлись вотчинные иски (иски о правѣ собственности и о правѣ угодій). Нынѣ указанное различіе исковъ и тяжбъ отпало (П. Т. К. II 254).

* Анненковъ, Самоуправство и самооборона, какъ средство защиты гражд. права (Ж. Гр. и Уг. Пр. 1893, № 3). Покровскій, Основные вопросы владѣнія въ герм. гр. ул. (В. П. 1899, № 1). Малиновскій, Необходимая оборона и германское гражданское уложеніе (В. П. 1899 № 5). Шатуновскій, Осамозащитѣ въ сферѣ частно-правовыхъ отношеній (Ж. М. Ю. 1915 2, 73). Фельдштейнъ, О необходимой оборонѣ (Ж. М. Ю. 1899, 5). Курдиновскій, О владѣніи по началамъ Россійскаго законодательства (Ю. И. 1914, № 3, 159). М. Катковъ, Право удержанія въ римскомъ правѣ. 1910.

Римское право и старые кодексы относились къ вѣсудебной защитѣ въ общемъ неодобрительно; впрочемъ, право обороны широко признавалось римскимъ правомъ, какъ основанное на здоровомъ смыслѣ, естественномъ правѣ. Гораздо дальше пошло передовое законодательство. Такъ, Г. У. въ общей части, на ряду съ осуществленіемъ права, прямо говорить о самозащитѣ и самопомощи (разд. 6 кн. 1). Также и нашъ проектъ. Не слѣдуетъ, однако упускать изъ вниманія культурности общества, высоты его правосознанія, глубины правового чувства, ибо вѣсудебная защита въ недостаточно благоприятныхъ условіяхъ грозитъ нарушеніемъ высшаго блага—соціального мира.

1. Необходимая оборона есть право самозащиты, въ цѣляхъ охраны существующаго юридическаго положенія, на время лишь неправомѣрнаго нападенія вмѣняемаго лица.

Необходимая оборона характеризуется поэтому тѣмъ, что она п а с с и в н а я самозащита; лицо о х р а н я е т ь свое право противъ насилія со стороны лица вмѣняемаго. Отсюда условія необходимой обороны: 1) н а п а д е н і е, н е п р а в о м ѣ р н о е и н а л и ч н о е¹ и 2) з а щ и т а, пока длится нападеніе. Если нападеніе правомѣрно или лицо выходитъ изъ предѣловъ защиты, то нѣтъ права необходимой обороны. Обороняющееся лицо несетъ отвѣтственность.

Наши законы собственно не знаютъ п р а в а необходимой обороны. Рожденные въ этой области въ эпоху грубыхъ нравовъ, они принципиально, въ интересахъ соціального мира, воспрепятствуютъ вѣсудебную защиту вообще (ст. 690). И лишь въ видѣ исключенія, какъ реакцію противъ насилія, знаютъ с о с т о я н і е необходимой обороны (ст. 690 прим.), приналичности которой обороняющійся не несетъ за это уголовной отвѣтственности.² Это состояніе уголовной безотвѣтственности имѣетъ мѣсто при наличности: 1) невозможности прибѣгнуть къ защитѣ мѣстнаго или ближайшаго начальства и 2) сводится непосредственно къ защитѣ личности, а не имущества (ст. 101 Ул. о нак. У. Д. ⁸⁷/₃). Отсюда защита имущественныхъ правъ возможна лишь косвенно, посредствомъ, когда нарушеніе ихъ сопровождается насиліемъ противъ личности; но не существуетъ самостоятельной самозащиты имущественныхъ правъ.³ Однако, насиліе понимается сенатомъ широко; достаточно присутствія страдающей личности и ясно выраженной ея воли противиться дѣйствию нападающаго, чтобы насиліе имѣло мѣсто (У. Д. ⁸⁵/₇). Поэтому на практикѣ у насъ возможна защита имущественныхъ правъ въ широкомъ масштабѣ.

Самозащита кончается, какъ только прекратилось нападеніе. Поэтому осуществленіе своихъ цѣлей нападающимъ есть конецъ обороны. Явленіе это нежелательно въ области защиты владѣнія. Поэтому Г. У. (ст. 859) предоставляетъ и по о с у щ е с т в л е н і и нападающимъ цѣли отобрать у него вещь, застигнувъ на мѣстѣ и даже настигнувъ по свѣжимъ слѣдамъ, какъ равно немедленно выдворить его изъ участка. Противъ расширенія предѣловъ необходимой обороны П о к р о в с к і й, и это правильно, поскольку рѣчь можетъ итти о такомъ расширеніи у насъ; въ Германіи его пессимизмъ не оправдался⁴.

2. Состояніе крайней необходимости есть также самозащита, но отъ лицъ невмѣняемыхъ и вещей (въ томъ числѣ и животныхъ).

Отличіе состоянія крайней необходимости отъ права необходимой обороны сводится такимъ образомъ къ тому, что въ первомъ случаѣ нѣтъ п р о т и в о з а к о н н о с т и нападенія, нѣтъ п р о с т у п к а. Состояніе крайней необходимости признается у насъ (ст. 100 Ул. о нак.). При этомъ, лицо не отвѣчаетъ за убійство животнаго въ гражданскомъ порядкѣ (ср. ст. 684 т. X ч. 1 и ср. Уст.

¹ Неправомѣрное въ смыслѣ объективномъ, т. е. независимо отъ представленій о правомѣрности, какъ лица нападающаго, такъ и защищающагося. Наличное, т. е. нападеніе должно начаться или, по крайней мѣрѣ, должно быть налицо угрожающее положеніе, за которымъ обыкновенно слѣдуетъ актъ нападенія.

² Шатуновскій, 95.

³ Таганцевъ, Лохвицкій, Шатуновскій, противъ Анненковъ (система I, 567). Подробныя возраженія Анненкову см. Шатуновскій, 99.

⁴ Проектъ признаетъ п р а в о необходимой обороны не только личности, но и имуществу; въ общемъ онъ не всегда удачно слѣдуетъ за Г. У. (Шатуновскій, 109).

о благочиніи; А н н е н к о в ь , Ш а т у н о в с к і й). Сенатъ подводитъ подъ понятіе крайней необходимости право контрагента, не обращаясь къ суду произвести необходимыя дѣйствія и зачестъ произведенные для того расходы взаимны слѣдующей по договору платы, вслѣдствіе неисполненія другимъ контрагентомъ вытекающихъ изъ договора обязанностей (01/87). Однако, здѣсь нѣтъ нападенія, опасности.

Германское уложеніе создало г р а ж д а н с к і й институтъ крайней необходимости въ отношеніи опасности отъ вещей (ст. 228, также и проектъ ст. 101). Но оно (иначе въ проектѣ) пошло еще дальше и подвело подъ институтъ крайней необходимости о б я з а н о с т ь с о б с т в е н н и к а допустить воздѣйствіе на вещь (уничтоженіе, поврежденіе вещи), если это воздѣйствіе необходимо кому либо для предотвращенія отъ себя наличной опасности, которая угрожаетъ вредомъ, н е с о р а з м ѣ р н о п р е в ы ш а ю щ и м ь в р е д ь, причиненный собственнику означеннымъ воздѣйствіемъ. При чемъ, собственникъ въ правѣ требовать возмѣщенія понесеннаго имъ вреда (ст. 904). Здѣсь, очевидно, провозглашенъ принципъ общественной солидарности—потери меньшаго для спасенія ближнему большаго, собственникъ не въ правѣ оказывать противодействія. Состояніе крайней необходимости не должно быть однако вызвано самимъ потерпѣвшимъ.

3. *Дозволенное самоуправство есть право самопомощи, въ цѣляхъ: в о з с т а н о в л е н і я юридическаго положенія.*

Здѣсь, въ отличіе отъ необходимой обороны, дѣло идетъ не объ охранѣ юридическаго положенія, а именно о в о з с т а н о в л е н і и его. Почему самопомощь а к т и в н а, агрессивна и, какъ таковая, въ особенности строго ограничивается правопорядкомъ. Именно, она допустима: 1) при невозможности своевременно прибѣгнуть къ власти и 2) при наличности опасенія, что безъ немедленнаго вмѣшательства осуществленіе притязанія станетъ невозможнымъ или будетъ значительно затруднено.

Наши законы не знаютъ вообще дозволеннаго самоуправства, или самопомощи, т. к. условія русской жизни, напротивъ, требовали запрещенія всякой самопомощи въ интересахъ социальнаго мира (ст. 690, 627, 531 и др.). Самоуправство у насъ считается проступкомъ (ст. 142 Уст. о нак.). Однако, въ о т д ѣ л ь н ы х ь случаяхъ признана самопомощь и у насъ. 1) Такъ, по Уставу лѣсному (ст. 690) дозволяется лѣсному сторожу задерживать на мѣстѣ самовольной порубки и вообще иного истребленія лѣса скотъ, орудія и вещи лица, какъ и самое лицо. 2) Точно также разрѣшается задерживать скотъ и птицъ, причинившихъ или могущихъ причинить потраву или инья поврежденія земельнымъ угодьямъ (Уст. сельск. хоз. ст. 164, и ст. 539 прим. т. X ч. 1).¹

4. *Право удержанія (ретенціонное право) надо строго отличать отъ дозволеннаго самоуправства.*

Самоуправство есть в т о р ж е н і е въ чужую сферу, между тѣмъ какъ право удержанія *есть признанная правопорядкомъ возможность обязаннаго лица удерживать предметъ исполненія, пока не будетъ удовлетворено его встрѣчное требованіе, вытекающее изъ того же правоотношенія.* Отсюда, напр., вышеупомянутое сенатское рѣшеніе (01/87) о правѣ квартиранта удержать часть платы вслѣдствіе невыполненія хозяиномъ своихъ обязанностей, можно подвести скорѣе подъ право удержанія. Сенатъ допускаетъ установленіе права удержанія по договору (13/36). Узаконенія военнаго времени признали своеобразное право удержанія владѣльцемъ недвижимаго имущества изъ платежей по залогу кредитору въ суммѣ, равной сбору и уплаченной имъ недоимкѣ (Полож. о сборѣ съ денеж. капиталовъ, обезпеч. въ качествѣ долговъ на недвиж. имущ. ст. 4, С. У. 1915, 149).

¹ Проектъ, вслѣдъ за Г. У. (ст. 29—31), вводитъ институтъ самопомощи (ст. 101 и 1831 или нынѣ 311 законопроекта). При чемъ, въ отличіе отъ своего образца, проектъ допускаетъ задержаніе лица въ цѣляхъ не самопомощи, а лишь удостовѣренія самоличности. Точно также и въ отношеніи имущества допускается скорѣе не самопомощь, а захватъ, удержаніе имущества (мотивы къ ст. 101), находящагося уже во владѣніи. У насъ за введеніе института самопомощи въ германской формулировкѣ стоитъ Ш а т у н о в с к і й; однако, осторожиѣ поступили составители проекта. Недаромъ наше законодательство такъ упорно запрещало самоуправство.

Данное опредѣленіе права удержанія есть право удержанія въ широкомъ смыслѣ. Всякое встрѣчное и основное требованіе должны вытекать лишь изъ одного правоотношенія (также и Г. У. ст. 273 п. 1). Однако, право удержанія можно понимать въ смыслѣ лишь удержанія чужихъ вещей и при томъ въ возмѣщеніе расходовъ и издержекъ, понесенныхъ благодаря этимъ же вещамъ, напр., при ссудѣ, храненіи вещи и т. д.¹ Такое узкое право удержанія лишь чужихъ вещей, въ частности, извѣстно и Г. У. (ст. 273 п. 2). Швейц. Ул. занимаетъ какъ бы среднее положеніе. Съ одной стороны, оно говоритъ о правѣ удержанія чужихъ вещей (также и цѣнныхъ бумагъ), съ другой стороны—встрѣчное требованіе ретинента оно понимаетъ широко. Именно, какъ всякое требованіе, которое по своей природѣ стоитъ въ связи съ предметомъ удержанія, или даже если эта связь вытекаетъ изъ дѣловыхъ отношеній между купцами (ст. 895). Проектъ (ст. 1642) говоритъ, къ сожалѣнію, о правѣ удержанія въ узкомъ его пониманіи (также, хотя точнѣе законопроектъ, ст. 113).

Право удержанія по своей юридической природѣ есть не только способъ защиты правъ, но и средство реального обезпеченія встрѣчнаго требованія. Поэтому оно пользуется правомъ преимущественнаго удовлетворенія. Наши законы не знаютъ права удержанія, не знаютъ и даннаго случая преимущественнаго удовлетворенія.²

Иначе передовое законодательство, также и проектъ (ст. 1642, законопр. 116). Въ виду обезпечительнаго характера права удержанія, оно отпадаетъ, если кредиторъ представитъ другое обезпеченіе (кроме поручительства).

ЧАСТЬ II.

Вещное право.* Авторское право.

Глава I. Владѣніе и право собственности.

§ 20. ЮРИДИЧЕСКІЯ ОТНОШЕНІЯ ПО ВЕЩАМИ (НЕДВИЖИМЫМЪ И ДВИЖИМЫМЪ)**.

Юридическія отношенія по вещамъ суть отношенія между лицами, т. е. права и обязанности, изъ коихъ слагаются юридическія отношенія, могутъ су-

¹ М. Катковъ, на основаніи источниковъ римскаго права, опредѣляетъ право удержанія, какъ право временнаго неисполненія обязательства, подлежащаго исполненію, когда предметъ исполненія превышаетъ предметъ требованія. Такое превышеніе имѣетъ мѣсто при встрѣчномъ требованіи возмѣщенія расходовъ и убытковъ, понесенныхъ удерживающимъ чужую вещь, благодаря этой же вещи (стр. 132, 38, 82).

² При римскомъ пониманіи права удержанія мѣсто ему среди правилъ объ исполненіи обязательствъ (также и французская практика., *debitum cum re junctum*). Напротивъ, при средней конструкціи Ш. У. мѣсто ему рядомъ съ ручнымъ залогомъ, и при широкой, германской конструкціи мѣсто въ общей части, какъ институту защиты правъ (также проектъ, иначе законопроектъ: въ правилахъ объ исполненіи). Кроме (I, 545) правильно ставитъ право удержанія между судебной защитой и самопомощью, какъ средство защиты права, путемъ возраженія не исполнять свое обязательство, пока предъявившій искъ не удовлетворитъ встрѣчнаго требованія, вытекающаго изъ этого же обязательства.

*Побѣдоносцевъ, Курсъ I, Кассо, Русское поземельное право (1896). Практической и теоретической комментарий, подъ ред. Вормса и Ельяшевича. II. Проекты гражданскаго уложенія и вотчиннаго устава. Анненковъ, Система, II. Неволинъ, Исторія Россійскихъ гражданскихъ законовъ, ч. II. Учебники Шершеневича, Мейера, Гуляева, Васильковскаго. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. II (1905). Dernburg, Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preussens. Bd. III (1908). Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. II (1911). Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. III. (1905). Motive zu dem Entwurfe eines BGB. Bd. III. Planiol, Traité élémentaire de droit civil. L'Aubry et Rau, Cours de droit civil français. II, 5 édit. Huber, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts. Bd. III (1889). Erläuterungen zum Vorentwurf. Bd II (1914). Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch von Gmür Bd. IV: von Ostertag (1912), Leemann (1914). Rossjel et Mentha, Manuel du droit civil suisse. II.

**Ельяшевичъ (П. Т. К. II. стр. 257 и сл). Покровский, Осн. пробл. 171 и сл. Варадиновъ, Исслѣдованіе объ имущественныхъ и вещныхъ правахъ. 1855.

ществовать только между лицами. Эти отношенія между лицами по вещамъ представляются какъ право одного лица, напр. А, воспрещать всѣмъ другимъ лицамъ, Б. В. Г. и т. д., такія дѣйствія, которыя мѣшали бы ему осуществлять свое господство надъ вещью и какъ обязанность всѣхъ лицъ бездѣйствовать (обязанность отрицательныхъ дѣйствій.). Короче, одно лицо имѣетъ право воспрещенія, а всѣ другія лица несутъ обязанность воздержанія. Выходитъ, такимъ образомъ, что въ данномъ примѣрѣ лицо А устраняетъ абсолютно весь міръ, на который наложена своего рода повинность бездѣйствія въ отношеніи лица, управомоченнаго на вещь.

1. Отсюда юридическое отношеніе по вещамъ опредѣляется какъ вещное право лица въ смыслъ устраненія имъ абсолютно всѣхъ лицъ отъ данной вещи въ цѣломъ или въ какомъ либо отношеніи.

Но такое отрицательное опредѣленіе вещнаго права, какъ права абсолютнаго¹, не указываетъ еще, въ чемъ же, именно, выражается право лица на самую вещь. Поэтому вещьность (Dinglichkeit) юридическаго отношенія видятъ въ совокупности тѣхъ или иныхъ правомочій въ отношеніи вещи, въ мѣрѣ власти, господства надъ вещью. При чемъ, отношеніе представляется уже между лицомъ и вещью, какъ отношеніе непосредственнаго господства надъ вещью.

2. Отсюда вещное право, съ точки зрѣнія отношенія управомоченнаго субъекта къ вещи,—опредѣляютъ, какъ непосредственное господство его надъ вещью въ предѣлахъ правопорядка.

Въ общемъ оба опредѣленія правильны. Но признакъ вещьности въ значеніи непосредственности, юридической связи, господства надъ вещью рельефнѣе выдѣляется въ правѣ собственности, какъ принадлежности вещи лицу; признакъ же исключительности рельефнѣе выступаетъ въ правѣ лица воздѣйствовать на чужую вещь, устраняя отъ воздѣйствія въ опредѣленномъ отношеніи всѣхъ лицъ, въ томъ числѣ и собственника (вещныя права на чужую вещь).

Изъ указанныхъ опредѣленій юридическихъ отношеній по вещамъ, или вещныхъ правъ, слѣдуютъ и характерныя ихъ черты. 1) Изъ перваго опредѣленія—вещныя права направлены противъ всѣхъ (^{03/31}), а не опредѣленныхъ лицъ, какъ въ обязательственныхъ правахъ (ср. ^{12/33}). Поэтому, обязаннымъ является всякое лицо. Такой абсолютный, исключительный характеръ вещныхъ правъ подчеркиваетъ у насъ и сенатъ (^{10/101}, ^{82/59}, ^{78/216}). 2) Изъ втораго опредѣленія слѣдуетъ, что вещныя права, какъ права непосредственнаго господства надъ вещью суть активныя права, выражающіяся въ осуществленіи правомочій. Всѣ остальные лица пассивные субъекты, бездѣйствующие. Наконецъ, 3) въ силу указанныхъ чертъ вещныхъ правъ: абсолютности и активности, вещныя права преимуществуютъ передъ обязательственными правами. При столкновеніи, обязательственное право уступаетъ передъ вещнымъ правомъ (^{82/59}, ^{87/109}, ^{86/52}, ^{10/101}), а при столкновеніи вещныхъ правъ между собой, преимущество отдается въ порядкѣ возникновенія ихъ по времени (^{10/101}, ^{85/8} ср. ^{93/53}).

3. Вещныя права обыкновенно раздѣляются на право собственности и права на чужую вещь.

Такое дѣленіе прежде всего не имѣетъ признака единства классификаціи, къ тому же, оно и неточно, т. к. нынѣ право, возникшее на чужую вещь, можетъ сохраниться и у собственника (см. ниже).

¹ Вещное право, какъ абсолютное право, противопоставляютъ обязательственному праву, какъ относительному. Но это противоположеніе, правильное, само по себѣ, не отличаетъ вещнаго права отъ другихъ абсолютныхъ правъ: семейныхъ, личныхъ и др. Поэтому вещное право можно было бы опредѣлять какъ абсолютное право на вещь, а не просто абсолютное право. Кромѣ того, терминъ абсолютное право неудачно указываетъ на неограниченность права, между тѣмъ какъ даже право собственности ограничено.

Наши гражданскіе законы не знаютъ общаго термина «вещныхъ правъ» (иначе ст. 1491 У.Г. С.) и говорятъ о дѣленіи ихъ на полное и неполное право собственности. Именно, право собственности полное опредѣляется, какъ власть, господство лица надъ вещью, при которомъ нѣтъ посторонняго участія (ст. 423); неполное же—когда это постороннее участіе имѣется. При чемъ, наши законы права посторонняго участія называютъ также *неполными правами* (ст. 432).¹

Права на чужую вещь, или у насъ неполныя права посторонняго участія, обыкновенно перечисляются въ законахъ (ст. 432), и тѣмъ болѣе, что права на чужую вещь различны въ законодательствахъ. Такъ напр., у насъ существуетъ чиншевое право, котораго нѣтъ въ германскомъ уложеніи. Права на чужія вещи разнообразны и до сихъ поръ нѣтъ строго научной ихъ классификаціи. Прежде всего, выдѣляютъ группу правъ на чужую вещь, содержаніемъ которыхъ является *пользованіе* чужой вещью. Пользованіе это или охватываетъ вещь *цѣликомъ* (у насъ это выражается обыкновенно въ терминѣ «владѣніе вещью»), или направлено на какую либо сторону полезности вещи (частичное пользованіе). Къ первой подгруппѣ у насъ относятся 1) *наслѣдственное владѣніе* и чиншевое владѣніе, 2) *право застройки*, 3) *пожизненное владѣніе*. Ко второй подгруппѣ *сервитуты* (реальные и личные, права *угодій* въ чужихъ и муществахъ). Особую группу составляютъ права не столько на чужую вещь, сколько на *цѣнность* ея (залоговыя права). Здѣсь собственникъ вещи меньше всего чувствуетъ право другого лица, когда вещь остается у собственника (*залогъ недвижности*), хотя вещь впоследствии можетъ перейти временно въ пользованіе (ст. 1129 У. Г. С.) и даже въ собственность залогопринимателя (при взысканіи по залогу). Но собственникъ и сразу теряетъ пользованіе вещью, когда вещь передается во владѣніе залогопринимателя (*закладъ*, или *залогъ движимости*, иначе при *ипотекахъ* движимости). Спорно, можно ли залоговое право въ смыслѣ права на *цѣнность* вещи, а не на самую вещь, относить къ вещному праву, но конструкция залога на *недвижимость* у насъ и тѣмъ болѣе *закладъ* вещи говорятъ скорѣе за признаніе залоговыхъ правъ все же *вещными* правами (10/11, 82/59, 95/8), хотя бы и особаго рода. Наконецъ, третью группу правъ на чужую вещь составляютъ права на *пріобрѣтеніе* извѣстной вещи, т. н. *права присвоенія* (горные отводы на казенныхъ земляхъ, право разработки *нѣдръ* земли, права преимущественной покупки и выкупа, право охоты, рыбной ловли и т. д.)² И здѣсь можно сомнѣваться, относятся ли права присвоенія къ вещнымъ правамъ. Однако, вещная власть выражается здѣсь въ установленіи ея, путемъ обращенія вещи къ себѣ—въ свою собственность, у кого бы она ни находилась. И это тѣмъ болѣе, что права присвоенія входятъ также въ содержаніе права собственности, чѣмъ подчеркивается ихъ *вещный* характеръ. Установленные собственникомъ въ лицѣ другого лица, они не перестаютъ быть, поэтому, *вещными* правами.

Германское право знаетъ еще своеобразный институтъ *вотчинныхъ повинностей* (Проектъ—*вотчинныхъ* *выдачъ*), которыя являются, однако, по существу именно *повинностями*, *обязанностями*, а не непосредственнымъ господствомъ надъ вещью. Впрочемъ, слѣдуетъ замѣтить, что противоположеніе *вещныхъ* правъ *обязательственнымъ*,

¹ Классификація принятая въ нашихъ законахъ, есть система различенія въ составѣ единаго права собственности различныхъ, болѣе сильныхъ и болѣе слабыхъ формъ его (средневѣковая франко-германская система); она противопоставляется римской системѣ съ двумя типами вещнаго господства: права собственности и *вещныхъ* правъ на чужую вещь. О единомъ понятіи правового вещнаго господства см. Гирке, II 351 и сл. III. У. называетъ права на чужую вещь *ограниченными* вещными правами. Названіе это удачно въ томъ отношеніи, что собственникъ можетъ имѣть указанное право и на свою вещь. Но оно все же неудачно, т. к. заставляетъ предполагать неограниченность права собственности.

² Ельяшевичъ (П. Т. К. II 261).

какъ правамъ на дѣйствіе опредѣленнаго лица, не можетъ быть вообще послѣдовательно проведено. Такъ, аренда обладаетъ не только обязательственными, но и вещными элементами. Промежуточную же категорію составляютъ т. н. права къ вещи (*jura ad rem*), т. е. обязательственныя же права, вооруженныя однимъ изъ атрибутовъ вещнаго права—способностью слѣдовать за вещью. Обязательственному праву придается вещный характеръ посредствомъ вотчинной отмѣтки (*Vormerkung*), у насъ въ крѣпостномъ реестрѣ (п. 3 ст. 159 Пол. Нотар.). Такимъ правомъ къ вещи признаются у насъ сенатомъ лѣсорубочные контракты (^{82/59, 03/45, 8/75}, см. еще ст. 703). Такія права къ вещи въ литературѣ называютъ иногда абсолютно-относительными правами (К о з а к ъ).¹

Возникаетъ основной вопросъ, не могутъ ли лица сами создавать новые типы вещныхъ правъ, или вещныя права представляютъ собой замкнутую систему (*numerus clausus*). Современное право придерживается послѣдняго рѣшенія и дѣлаетъ это въ интересахъ охраны свободы собственности, ея функций возбуждать частную инициативу и энергію. Слѣдовательно, замкнутая система вещныхъ правъ на чужую вещь говоритъ о социальномъ, публично-правовомъ значеніи свободы права собственности. Господство принципа замкнутости вещныхъ правъ у насъ спорно (ср., однако, ст. 159 Пол. нотар. правила о сост. веденіи реестра крѣп. дѣлъ, 3, особ. 14). Сенатъ нарушаетъ этотъ принципъ (^{14/82}).²

4. Среди вещныхъ правъ особо выдѣляютъ права на движимость (мобилиарное право) и право на недвижимость (иммобилиарное право).

Выдѣленіе это проникло и въ законодательство (Ш. У. ст. 655 и 713), и въ литературу (у насъ К а с с о). Дѣйствительно, вещнымъ правамъ на недвижимости присущъ публично-правовой характеръ, вслѣдствіе важности ихъ—этого земельного капитала—для государства и для гражданъ. Земельныя недвижимости ограничены въ своемъ количествѣ, и современная война въ особенности показала государственное значеніе недвижимостей (ограничительные законы). Кромѣ того, различны формы обнаруженія вещныхъ правъ на движимость и недвижимость. Для обнаруженія правъ на движимость достаточно обладанія вещью, ея передачи; для обладанія недвижимою необходимою особая вотчинная система укрѣпленія. Поэтому, хотя нынѣ права на недвижимость стремятся уравниваться въ обращеніи съ движимостями—летучими цѣнностями (т. н. мобилизація недвижимости), но такое уравненіе наталкивается на общественный интересъ, во имя котораго проводится различіе между мобилиарнымъ и иммобилиарнымъ вещнымъ правомъ. Наши законы хотя не противопоставляютъ праву движимости право недвижимости, но имъ извѣстно коренное между ними различіе и не только догматически, но и исторически. Развитие права собственности на землю имѣло у насъ свою исторію, наложившую печать на выработку права собственности и на земельныя отношенія.³

Съ паденіемъ политическаго строя, вопросъ о націонализаци и даже о социализаци земли получилъ особую остроту въ нашей жизни. Болѣе того, слѣланъ уже первый починъ приостановить мобилизацію земли и нарушить хозяйственный строй, основанный на частной земельной собственности. Распоряженіемъ министра юстиціи (въ маѣ 1917 г.) приостановлено, впредь до распоряженія, «*созрѣшеніе отмѣтки въ крѣпостныхъ актовъ по добровольнымъ сдѣлкамъ о переходѣ права собственности и объ установленіи и переходѣ залогового и иныхъ вещныхъ правъ по недвижимымъ имуществамъ сельско-хозяйственнаго характера, расположеннымъ внѣ городскихъ поселеній*». Распоряженіе это, само по себѣ незаконное (т. X ч. 1 не м. б. отмѣняемъ распоряженіемъ министра) въ тоже время

¹ По вопросу о правахъ къ вещи сенатъ колеблется; то онъ идетъ слишкомъ далеко, вооружая по договору всякое обязательственное требованіе вещной силой посредствомъ отмѣтки въ крѣпостномъ реестрѣ (^{03/118}), то впадаетъ въ противоположную крайность (^{08/50}). Правильный путь указываетъ Е л ь я ш е в и ч ь (П. Т. К. II 264), когда говорить, что обращаема въ права къ вещи (*jura ad rem*) могутъ быть лишь тѣ обязательственныя права, которыя касаются самого имѣнія или одной изъ составныхъ частей его, что приложимо, напр., вполне къ лѣсорубочнымъ контрактамъ.

² Правильно противъ Ф р е й т а г ь-Л о р и н г о в е н ь, Арх. I 266, и Е г о-ж е, Матеріальное право, I 197, прим. Проектъ признаетъ замкнутость системы вещныхъ правъ. См. также М о т і в е к ъ В. Г. В. III 3.

³ Е л ь я ш е в и ч ь, П. Т. К. II ст. 420, также К а с с о, Русское поземельное право (М. 1906).

—и нецѣлесообразно. Оно вызоветъ такое вопіющее нарушеніе правъ и преимущественно правъ крестьянъ въ области личной собственности на надѣльныя земли, что едва ли не подвергнется ближайшему исправленію во многихъ отношеніяхъ. вмѣсто того, чтобы запретить вышеуказанныя крупныя земельныя сдѣлки съ иностранцами, распоряженіе министра обрушивается всей своей тяжестью на гражданъ новой Россіи. Нарушено кровообращеніе хозяйственного строя, и это нарушеніе грозитъ странѣ большими бѣдствіями.

§ 21. ФАКТИЧЕСКІЯ ОТНОШЕНІЯ ПО ВЕЩАМЪ. ВЛАДѢНІЕ И ЕГО ЗАЩИТА.*

1. Понятіе о владѣніи, какъ фактическомъ обладаніи, и его защита.

Распредѣленіе вещей между лицами, основанное на правѣ, можетъ не совпадать съ фактическимъ ихъ распредѣленіемъ. Поэтому, прежде чѣмъ перейти къ разсмотрѣнію юридическихъ отношеній по вещамъ въ отдѣльности, необходимо выяснитъ, какъ правопорядокъ относится къ фактическому обладанію вещами, не исключая и того случая, когда оно не совпадаетъ съ правовымъ обладаніемъ.¹

1. *Фактическое обладаніе вещами, независимо отъ того, основано ли оно на правѣ или нѣтъ, но защищаемое правопорядкомъ предварительно, до разсмотрѣнія вопроса о правѣ, называется владѣніемъ.*

Владѣніе противопоставляется не защищаемому фактическому обладанію, которое технически называется держаніемъ. Самостоятельная защита дается владѣльцу предварительно, провизорно, въ видѣ владѣльческаго (поссессорнаго) иска. Такимъ искомъ вопросъ о правѣ на владѣніе не разрѣшается, а только о фактѣ обладанія вещью, почему владѣльческій искъ лишь предшествуетъ иску о правѣ, который называется петиторнымъ искомъ. Изъ изложеннаго ясно, что хотя фактическое распредѣленіе вещей въ извѣстной мѣрѣ всегда не совпадаетъ съ юридическимъ распредѣленіемъ, но такое расхожденіе не означаетъ, что владѣніе, какъ защищаемое правопорядкомъ фактическое обладаніе вещами, всегда существовало. Оно является лишь тогда, когда органы власти начинаютъ предварительно защищать фактическое обладаніе, независимо отъ того, основано ли оно на правѣ или нѣтъ.

* Моршкинъ, О владѣніи по началамъ россійскаго законодательства (1837). Кавелинъ, О теоріяхъ владѣнія, I. 1859. Поповъ, Владѣніе и его защита по русскому гражданскому праву (Ж. Гр. и Уг. Пр. 1874, №№ 4 и 5). Юреневъ, Искъ о защитѣ владѣнія по русскимъ законамъ (тамъ же, 1875, № 2). Муромцевъ, О владѣніи по римскому праву (тамъ же, 1876 № 6). Люстихъ, О связи между владѣніемъ и правомъ собственности по русскимъ законамъ (тамъ же, 1878, № 6). Деляровъ, О владѣніи (тамъ же, 1879, № 6). Лыкошинъ, Объ отысканіи недвижимыхъ имѣній изъ чужого владѣнія (тамъ же, 1888, № 4). Наголкинъ, О защитѣ владѣнія участками неопредѣленнаго пользованія (Ю. В. 1884, № 8). Гриммъ, Къ вопросу о природѣ владѣнія по римскому праву (Ж. М. Ю. 1894, № 8). Васильковскій, Понятіе владѣнія по русскому праву (тамъ же, 1896 № 4). Покровскій, Основные вопросы владѣнія въ новомъ германскомъ уложеніи (В. П. 1899, № 1). Фриштейнъ, О владѣльческомъ искѣ по дѣйствующему русскому праву (тамъ же, 1900 № 7). Гейне, О приобрѣтеніи плодовъ добросовѣстнымъ владѣльцемъ (тамъ же) 1900, № 8). Петражицкій, Право и судъ (Пр. 1901, № 3). Егже, Права добросовѣстнаго владѣльца на доходы. 1902 (изд. 1912). Покровскій, Владѣніе въ русскомъ проектѣ гр. ул. (Ж. М. Ю. 1902, № 10). Бар. Симолинъ, Определенія владѣнія по наш. проекту и Г. У. (Труды Ю. О. при Каз. Ун.). Юшкевичъ, Исслѣдованіе изъ области ученія о владѣніи (Уч. Зап. Лиц. Цес. Ник., III, 1909, IV 1910). Курдиновскій, О владѣніи по началамъ Россійскаго законодательства (Ю. И. 1914 № 4, ср. также Ю. И. 1914 № 2, и 1913. №№ 7, 10, и сл.). Гуляевъ, Иски о возстанов. наруш. владѣнія въ практикѣ Г. К. Д. (1913 изд. 3). Покровскій, Проблема владѣнія (въ Основн. проблемахъ, 186). Гуляевъ, Матеріалы для ученія о владѣніи (Уч. Зап. Лиц. Цес. Ник., X. 1916). Гервагенъ, Характеръ и защита владѣнія. Пгд. 1916.

¹ Распредѣленіе вещей въ оборотѣ нѣкоторые сводятъ въ распредѣленію фактической силы (Митюковъ-отецъ) или экономической силы, т. е. реально-экономической власти между классами общества, почему самое распредѣленіе владѣнія понимаютъ какъ обращенную къ нему классамъ сторону распредѣленія собственности (Ант. Менгеръ).

Сказанное приложимо и къ римскому и нашему праву. Въ Римѣ предварительная защита давалась преторомъ; при чемъ, изъ формулы слѣдовало и основаніе такой защиты. Стороны пытались силой удержатъ или возстановитъ фактическое господство. Преторъ запрещалъ имъ употребленіе силы, какъ внѣсудебной защиты (*vim fieri veto*). У насъ, съ развитіемъ государственной власти въ XVI и XVII вв. принимаются также мѣры противъ внѣсудебной защиты фактическаго обладанія вещами, но въ то же время спорящимъ не давалась предварительная, п о с с е с с о р н а я защита,¹ которая была создана лишь въ Екатерининское время Учрежденіемъ о губерніяхъ (ст. 243) по образцу Литовскаго Статута (арт. 92 Разд. X). Именно, въ случаѣ отобранія къмъ либо земли насиліемъ, надлежало лишившемуся обладанія землей не управливаться собой, а обратиться къ предварительному разбору дѣла полиціей. Рѣчь идетъ, такимъ образомъ, о предварительной защитѣ фактическаго обладанія землей въ случаѣ утраченнаго владѣнія, за владѣнія ею а не о защитѣ, въ смыслѣ удержанія нарушаемаго обладанія. Съ теченіемъ времени, идея юридическаго владѣнія, какъ предварительной защиты фактическаго обладанія, была точнѣе опредѣлена. Въ началѣ 19 в. (въ 1824 г.) опредѣленъ 10-недѣльный срокъ для заявленія о завладѣніи. Указанная защита полиціей и вошла въ т. X ч. 1 изд. 1832 г. Но въ судебныхъ уставахъ предварительная защита была передана уже мировымъ судьямъ, срокъ установленъ шестимѣсячный; при чемъ, защита дана не только при завладѣніи, т. е. отнятіи силой, но и въ другихъ случаяхъ нарушенія владѣнія, съ распространеніемъ защиты и на движимыя имущества (см. ниже). Нынѣ, по закону о мѣстномъ судѣ, защита какъ утраченнаго, такъ и нарушеннаго владѣнія, дается въ теченіе одного года; при чемъ, сдѣлана попытка распространить защиту не только на вещи, но и на права, именно права участія частнаго (какъ бы юридическаго владѣнія вещами).

2. *Спрашивается, однако, въ всяко е ли фактическое обладаніе защищается, или есть юридическое владѣніе?*

Въ этомъ вопросѣ у насъ существуетъ большой споръ. Въ то время какъ одни (Васильковскій и др.) считаютъ, что достаточно одного фактическаго обладанія (*corpus*) и не требуется еще намѣренія, воли обладать вещью, другіе (большинство, Шершеневичъ, Мейеръ, Анненковъ) не только требуютъ этой воли (*animus*), но воли, направленной на обладаніе для себя (*animus rem sibi habendi*). Поэтому, не только не владѣть неволепоспособный, напр., дитя, душевнобольной, но и волепоспособный, напр., арендаторъ, какъ не владѣющій для себя, признающій хозяина. Онъ не пользуется самостоятельной защитой, не есть юридическій владѣлецъ, а лишь держатель вещи. Его защищаетъ хозяинъ вещи, его обладаніе вещью не есть юридическое владѣніе, а держаніе (*detentio*).

Споръ этотъ о необходимости для понятія юридическаго владѣнія двухъ элементовъ: не только фактическаго господства (объективная теорія), но и намѣренія господствовать для себя (субъективная теорія), имѣеть свои корни въ римскомъ правѣ. Но и римское право, повинувшись практическимъ потребностямъ жизни, давало самостоятельную защиту, правда по исключенію, залогопринимателю, суперфициару, эмфитевтѣ, хотя они и признавали хозяина, т. к. хозяинъ далеко не всегда былъ заинтересованъ или могъ защищать фактическое обладаніе указанныхъ лицъ. Еще дальше пошло новое право; оно дало защиту арендаторамъ; а современное передовое право даетъ самостоятельную защиту всякому фактическому обладателю, не различая держателя и юридическаго владѣльца въ.² Болѣе того, оно создало даже двойное владѣніе, именно, даетъ самостоятельную защиту не только всякому фактическому обладателю, но и хозяину вещи. Все это показываетъ, что защита владѣнія выросла въ защиту всякаго фактическаго обладанія и не только силами самого фактическаго обладателя, но дополнительно и силами невладеющаго хозяина.³

Сенатъ, съ одной стороны, признаетъ владѣльцемъ держателя вещи, напр. арендатора (71/600 и др., 80/235), съ другой стороны, говоритъ, что аренда не м. б.

¹ См. Курдиновскій (Ю. И. 1914, № 4), 159. Шершеневичъ, I 259.

² Ст. 854 и 855 Г. У. ср. ст. 868 и 872 Г. У. — Ст. 919 и сл. Ш. У. Исключеніе сдѣлано для слугъ въ домѣ, служащихъ въ помѣщеніи предпріятія хозяина.

³ Именно, ст. 920 Ш. У. называетъ собственника вещи самостоятельнымъ владѣльцемъ въ противоположность другимъ несамостоятельнымъ владѣльцамъ. Подробнѣе Fr. Ostertag (въ *Kommentar von Gmür Bd. IV Abth. III* стр. 18 и сл.) Ст. 868 Г. У. признаетъ посредственнымъ владѣльцемъ собственника вещи. Нашъ проектъ (ст. 879) допускаетъ также самостоятельное владѣніе лица, какъ собственника, и производное владѣніе.

приравнена къ владѣнію (^{09/6}) и что споръ между арендаторами и собственникомъ или даже арендаторами имѣнія одного и того же собственника не подлежитъ разрѣшенію на основаніи одного фактическаго обладанія вещью (^{75/123, 587; 77/244}). *Такимъ образомъ, сенатъ признаетъ, повидимому, владѣніемъ всякое обладаніе вещью безъ отношенія къ намѣренію обладателя (объективная теорія), поскольку имѣется въ виду защита его отъ третьихъ лицъ, а не отъ собственника (при договорѣ) или равно-управомоченныхъ лицъ.*

Спорность понятія владѣнія въ литературѣ и нѣкоторая неопредѣленность его въ практикѣ объясняются неясностью нашихъ законовъ. Тѣмъ не менѣе, анализъ ст. 531 въ сопоставленіи ея со ст. 533 побуждаетъ признать, что подъ владѣніемъ разумѣется въ нашихъ законахъ всякое обладаніе вещью (слѣдовательно, и держаніе), безъ какаго либо отношенія къ намѣренію лица обладать ею для себя. Въ ст. 531 рѣчь идетъ о защитѣ всякаго владѣнія и прежде всего законнаго владѣнія, что видно изъ оговорок: «даже и незаконное владѣніе». Законное же владѣніе основано на дозволенномъ въ законѣ способѣ пріобрѣтенія имущества (ст. 524). Такимъ способомъ по нашимъ законамъ могутъ быть договоры и обязательства (прим. къ ст. 699). Слѣдовательно, обладаніе вещью возможно не только по праву собственности и иному вещному основанію, но и по обязательственному, напр., при арендѣ. Что подъ владѣніемъ ст. 531 не разумѣется только владѣніе съ намѣреніемъ обладать вещью, какъ своею или для себя, а всякое владѣніе, это видно изъ ст. 533. Въ ней рѣчь идетъ спеціально о владѣніи въ видѣ собственности для пріобрѣтенія вещи по давности. Въ такомъ спеціально указаніи не было бы надобности, если бы въ ст. 531 рѣчь шла только о владѣніи, а не вмѣстѣ съ тѣмъ о держаніи вещи. Ссылка на ст. 1314 У. Г. С., которая будто бы знаетъ спеціально изъятіе для держателей имущества казенныхъ управленій, въ смыслѣ признанія только этихъ держателей владѣльцами, не можетъ считаться убѣдительною. При казуистичности нашихъ законовъ (въ особенности разновременныхъ) рисковано дѣлать заключеніе отъ обратнаго. Далѣе, нельзя не подчеркнуть, что цѣль ст. 531 есть защита фактическаго распредѣленія вещей въ оборотѣ отъ насилія и самоуправства. Эта цѣль не была бы достигнута, если бы изъ понятія владѣнія исключалось держаніе вещей. Наконецъ, и историческое толкованіе ст. 531 говоритъ также за защиту всякаго владѣнія, не исключая держанія. Именно, ссылки на уложеніе и указы подтверждаютъ, что правительство принимаетъ мѣры охраны всякаго владѣнія (недвижимостей) отъ самоуправства и насилія.

3. Спорно также и основаніе защиты фактическаго обладанія вещами.

По распространенной нынѣ теоріи, принятой и передовымъ законодательствомъ, такое основаніе есть «народная тишина», «соціальный миръ». Правопорядокъ не можетъ мириться съ нарушеніемъ сложившихся фактическихъ отношеній лицъ къ вещамъ, но пока судъ да дѣло, необходимо, во избѣжаніе недозволенной внѣсудебной защиты,¹ предварительно организовать защиту фактическаго обладанія. Теорія эта находить себѣ подтвержденіе не только въ нашей исторіи, но и въ ст. 531 которая, даетъ защиту всякому фактическому обладанію во избѣжаніе насилія и самоуправства, т. е. недозволенной самообороны и самопомощи.

Прежде большое вліяніе имѣла теорія Геринга о томъ, что защита дается фактическому владѣльцу потому, что онъ предполагается собственникомъ, т. к. въ большинствѣ случаевъ фактическіе владѣльцы собственники. Теорія эта справедливо вызываетъ возраженія, т. к. далеко не всегда такое предположеніе имѣетъ мѣсто. Эта теорія въ особенности непригодна для настоящаго времени, когда защита дается лицамъ, которые не считаютъ себя собственниками, какъ то, арендаторамъ и другимъ держателямъ вещи. Тѣмъ не менѣе, нашъ проектъ остался на почвѣ старой доктрины, признавая наличность воли владѣть для себя какъ условіе юридическаго владѣнія и основывая защиту владѣнія на Геринговской теоріи.²

¹ Любопытно, что германское уложеніе все же до нѣкоторой степени сохранило и внѣсудебную защиту владѣнія за предѣлами необходимой обороны (ст. 859 и III. У. ст. 926, также ст. 683 Св. Гр. Уз. губ. Прибалт. и проектъ, ст. 142 въ ред. 1902 г.). Иначе по ст. 99 Проекта ред. 1905 г., согласно которой защита исчерпывается только обороной, пока не прекратилось насиліе (см. выше, Гервагенъ, 49). У насъ, по дѣйствующему праву, самозащита владѣнія возможна лишь въ предѣлахъ необходимой обороны. Поссessorная же защита возможна и въ отношеніи такого владѣнія, которое возникло не вслѣдствіе насилія или самоуправства (^{73/1258}).

² Противъ этого правильно Покровскій, Основн. проблемы, 193; Е го же, Владѣніе въ рускомъ проектѣ, 35. Покровскій же пытается вообще расширить, облагородить основаніе защиты владѣнія, усматривая въ «соціальномъ мирѣ», не полицейскую защиту обще-

II. Приобрѣтеніе и потеря владѣнія. Владѣніе правами. Виды владѣнія.

Способы возникновенія и приобрѣтенія правъ могли бы примѣняться къ владѣнію въ той или другой мѣрѣ, если фактическое обладаніе вещами считать за право. Однако, этому противится, очевидно, смѣшеніе понятій фактъ и юридическаго отношенія по вещамъ. Изъ того, что владѣніе защищается (поссесорно или и въ предѣлахъ дозволенной внѣсудебной защиты) не слѣдуетъ еще, что защищаемое владѣніе есть право, а не фактъ.

У насъ за признаніе владѣнія фактомъ стоитъ Васъковскій, иначе большинство (Шершеневичъ, Кавелинъ, Муромцевъ и др.). Въ современномъ гражданскомъ правѣ владѣніе все болѣе приобрѣтаетъ характеръ права. Такъ, владѣніе переходитъ къ наслѣднику (ст. 857 Г. У.), м. б. перенесено на другое лицо (ст. 870 Г. У.), владѣніе движимой вещью предполагается въ оборотѣ собственностью. Явленія эти объясняются, однако, не тѣмъ, что владѣніе есть право, а тѣмъ, что право съ фактомъ владѣнія, какъ юридическомъ фактомъ, связываетъ юридическія послѣдствія, какъ напр., связываетъ ихъ съ давностью. Тѣмъ не менѣе, никто давность не считаетъ правомъ. Поэтому же правопорядокъ можетъ связать съ фактическимъ обладаніемъ вещами особыя условія возникновенія и потери владѣнія, перехода владѣнія, какъ и иныхъ юридическихъ послѣдствій.

1. Правопорядокъ регулируетъ условія возникновенія и прекращенія владѣнія.

а. Для возникновенія необходимы два элемента тамъ, гдѣ различается владѣніе и держаніе: именно, фактическое обладаніе (*corpus possessionis*) намѣреніе владѣть, для себя (*animus possessionis, rem sibi habendi*). Соответственно этому, и субъекты владѣнія должны быть волеспособными и болѣе того имѣть намѣреніе владѣть для себя. У насъ данный спорный вопросъ долженъ разрѣшаться въ зависимости отъ того, различаетъ ли наше право владѣніе и держаніе (см. выше I). Напротивъ, передовое законодательство опредѣленно стоитъ на той точкѣ зрѣнія, что для возникновенія владѣнія достаточно фактическаго обладанія. Поэтому и несовершеннолѣтніе и арендаторы суть субъекты владѣнія и даже лицо ограниченное въ правоспособности.¹ Не признаются субъектами владѣнія лишь такія лица, которыя, какъ напр. слуги въ домѣ, обладаютъ вещами другого лица въ обстановкѣ, исключающей всякую возможность считать ихъ владѣльцами данныхъ вещей (ст. 855 Г. У.). Самое обладаніе вещами надо понимать не только въ узкомъ смыслѣ слова физическаго обладанія, но и вообще иной дѣйствительной возможности господствовать надъ вещью. При чемъ, для возникновенія фактическаго обладанія совсѣмъ не требуется, чтобы обладаніе вещью возникло впервые въ лицѣ обладателя. Оно можетъ продолжаться у наслѣдника, и такое продолженіе, какъ при давности владѣнія, имѣетъ даже юридическое значеніе—прибавки протекшаго времени владѣнія (*accessio temporis*). Вообще владѣніе переходитъ не только съ передачей вещи, но и средствъ, кои обезпечиваютъ получателю господство надъ вещью (Ш. У. ст. 922).

Передача совершена, какъ только получатель, съ согласія прежняго владѣльца, въ состояніи осуществить свое господство надъ вещью (Ш. У. ст. 922 п. 2). Возможно передать вещь и представителю (ср. ст. 933).² Владѣніе вещью можетъ быть приобрѣтено и безъ передачи, если третье лицо, или самъ отчуждатель на основаніи особаго правоотношенія остается во владѣніи вещью (ст. 924 п. 1, ср. п. 2 и 3). Наше право, понятнo, не говоритъ о правилахъ перехода владѣнія, но многія положенія Ш. У. могутъ быть примѣняемы и у насъ, т. к. они вытекаютъ изъ природы господства надъ вещью, какимъ бы путемъ оно ни возникло.

стеннаго спокойствія, а защиту челоѳческой личности внѣ всякой связи съ деликтной теоріей Савиньи защиты личности. Однако, двойная защита владѣнія, преслѣдующая защиту экономическихъ интересовъ невладѣющаго собственника, нѣсколько противорѣчитъ идеѣ Покровскаго.

¹ Иначе Шершеневичъ (I, 262), который неправильно смѣшиваетъ субъекта владѣнія съ давностнымъ владѣльцемъ.

² Въ доказательство возможности приобрѣтенія владѣнія черезъ представителя и у насъ Шершеневичъ (стр. 266, В. I) ссылается на ст. 527. Но ничто вообще не мѣшаетъ признавать владѣніе черезъ представителя, какъ вытекающее изъ самой природы владѣнія, не только незаконнаго, но и въ особеннoсти законнаго, напр., владѣнія, опекуна.

б. Владѣніе утрачивается тѣми же способами, какими оно возникает¹. Тамъ, гдѣ для возникновенія владѣнія необходимы два элемента: фактическое господство (corpus) и намѣреніе владѣть для себя (animus rem sibi habendi), тамъ владѣніе утрачивается съ отпаденіемъ и одного изъ этихъ элементовъ.

3. *Объектъ владѣнія а) не только физическая вещь, но и б) право (владѣніе правами, квази-владѣніе).*

а. Возможно владѣніе лишь тѣми вещами, которыя не изъяты изъ оборота. Но сенатъ не признаетъ кромѣ того и владѣніе движимыми вещами (73/782, 75/26).² Передовое законодательство допускаетъ владѣніе составными частями, принадлежностями, какъ признаетъ и совладѣніе.³ Наше право не говоритъ обо всемъ этомъ. Но владѣніе долей возможно, когда имѣется нѣсколько наследниковъ. Не противорѣчитъ природѣ владѣнія владѣніе частями и принадлежностями.

б. Сенатъ не признаетъ владѣнія правами (74/270 и др. 03/31, ср. 06/86, 10/8)⁴.

Въ нашей литературѣ спорный вопросъ о владѣніи правами приобрѣлъ нѣкоторую остроту съ изданіемъ новаго закона о мѣстномъ судѣ. Комиссія Государственной Думы внесла небольшое измѣненіе въ редакцію п. 5 ст. 29 У. Г. С. (нынѣ 3 п. той же статьи). Именно, вмѣсто словъ: «иски о правѣ участія частнаго», въ новой редакціи говорится: «иски о нарушеніи права участія частнаго». Этими комиссія хотѣла ввести у насъ владѣльческую защиту правъ участія частнаго. Вопреки мнѣнію Исаченко, Ельяшевичъ основательно доказываетъ, что мотивъ комиссіи не нашелъ выраженія въ текстѣ закона. Кромѣ того, владѣльческая защита правъ участія частнаго, какъ ограниченія права собственности, а не владѣнія правами, недопустима. Слѣдовательно и искъ о правѣ участія частнаго остается искомъ о правѣ, т. е. петиторнымъ (также сенатъ 79/278, рѣш. 25 апр. 1912 г.), а не предварительнымъ, поссессорнымъ.⁵ Годовой срокъ для предъявленія исковъ о правѣ участія частнаго есть срокъ погашающій (Побѣдоносцевъ, также Ельяшевичъ, спорно). Римское право признавало владѣніе сервитутами. Но собственно здѣсь владѣніе проявляется въ фактическомъ осуществленіи права, въ ограниченномъ обладаніи вещью. (Ср. формулировку ст. 919 п 2 Ш. У. и Объясненія, стр. 378).

4. *Владѣніе, какъ защищаемое правомъ фактическое обладаніе, имѣетъ различныя виды.*

Но прежде чѣмъ говорить объ этихъ видахъ, надо строго отличать владѣніе, какъ фактическое обладаніе, защищаемое правомъ, отъ права владѣнія.⁶ Наши законы говорятъ о такомъ правѣ владѣнія, какъ правомочіи,

¹ При этомъ переходящіе по своей природѣ помѣха или перерывъ въ осуществленіи дѣйствительнаго господства не прекращаютъ владѣнія (Ш. У. ст. 921, также ст. 856 Г. У.) Правило это возможно примѣнять у насъ, какъ вытекающее изъ природы владѣнія, какъ фактическаго господства лица подъ вещью.

² Такое ограниченіе объекта владѣнія лишь недвижимостями неправильно, по закону (ср. Шершеневичъ, I. 267, см. мотивы къ Судебнымъ уставамъ), и по существу. Проектъ признаетъ защиту владѣнія движимыми вещами (ст. 877, здѣсь же мотивы). Но Шершеневичъ неправъ (стр. 268), когда онъ ограничиваетъ объектъ владѣнія вещами, способными быть предметомъ права собственности. Здѣсь опять смѣшеніе владѣнія съ давностнымъ владѣніемъ.

³ Ст. 855 Г. У., ст. 919 Ш. У. Fr. Ostertag, I. с. стр. 9. Ср. 84/107 и др. Владѣніе составной частью допустимо, поскольку возможно отдѣльное владѣніе ею, а принадлежностью—поскольку на то была направлена воля при передачѣ владѣнія.—Совладѣніе, конечно, допустимо; и обыкновенно предполагается, что каждый совладѣлецъ обладаетъ всей вещью, но возможно совладѣніе, аналогичное собственности, когда совладѣльцы сообща осуществляютъ свое владѣніе. Во всякомъ случаѣ, совладѣлецъ пользуется правомъ защиты всей вещи.

⁴ Также и проектъ; см. мотивы къ ст. 877.

⁵ В. Ельяшевичъ (Вѣст. Гр. Пр. 1913 № 3 и 1914 № 2), такого же мнѣнія Догодовъ (Право 1912 стр. 2868 и сл.), Противъ Исаченко (В. Г. П. 1913 № 8, ср. № 1, стр. 27). Мочульскій же (Пр. 1915, №№ 43 и 44) неправильно относитъ иски о правѣ участія частнаго даже къ обязательственнымъ искамъ, исключая ихъ, такимъ образомъ, изъ области вещнаго права.

⁶ Правда, въ заголовкѣ, передъ ст. 513 рѣчь идетъ о правѣ владѣнія и въ этомъ же отдѣленіи помѣщена ст. 531. Но въ этой статьѣ рѣчь идетъ не только о законномъ владѣніи, но и о незаконномъ, владѣніи. Незаконное же владѣніе отрицаетъ понятіе права владѣнія (ср. ст. 523 и сл.).

входящемъ въ содержаніе права собственности (ст. 420, 513), и какъ о вещномъ правѣ на чужую вещь (ст. 513), напр., о правѣ пожизненнаго владѣнія. Наши законы называютъ также право собственности вѣчнымъ и потомственнымъ владѣніемъ (прим. 1 къ ст. 420) ст. 513).

1) Согласно ст. 531, всякое владѣніе защищается. Отсюда владѣніе существуетъ прежде всего въ двухъ видахъ: законнаго и незаконнаго. Владѣніе признается законнымъ, когда имущество приобрѣтено способами, «въ законахъ дозволенными» (ст. 524); и если при томъ имущество не подлежитъ по суду возвращенію законному собственнику (^{83/79}, ^{87/34}, ^{91/105} и др.). При этомъ, владѣніе сохраняется съ о й с т в о з а к о н н о с т и, пока не уступитъ законному праву. Поэтому наследникъ по закону перестаетъ быть законнымъ владѣльцемъ, если наследство перейдетъ вполнѣдствіи къ наследнику другому (по закону или по завѣщанію ^{72/470}, ср. ^{03/74}). Незаконное же владѣніе есть обратное понятіе законному владѣнію. При этомъ, различаются въ свою очередь виды незаконнаго владѣнія (ст. 525). Именно: подложное владѣніе (основанное на подложномъ актѣ или иномъ обманѣ). Оно предполагаетъ знаніе подложности владѣнія, безразлично когда—при начатіи или при продолженіи владѣнія (ст. 526). Насильственное владѣніе характеризуется насильственнымъ отнятіемъ или захватомъ имущества (ст. 527—528). Самовольное же владѣніе есть владѣніе или пользование чужимъ имуществомъ «вопреки закону» (ст. 528)¹ и въ этомъ смыслѣ оно обнимаетъ собой всякое иное незаконное владѣніе, кромѣ подложнаго и насильственнаго владѣнія.

2) Дѣленіе владѣнія на законное и незаконное не совпадаетъ съ дѣленіемъ владѣнія на добросовѣстное и недобросовѣстное. Владѣніе признается добросовѣстнымъ, если тотъ, кто владѣетъ имуществомъ, не знаетъ, что право собственности на имущество принадлежитъ другому (ст. 529). При этомъ требуется дѣйствительное знаніе владѣльцемъ неправости своего владѣнія, одного сомнѣнія еще недостаточно (^{70/192}, ^{69/315} и др., ср. ст. 626). Отсюда видно, что незаконное владѣніе есть добросовѣстное при условіи незнанія владѣльца о незаконности владѣнія.

3) Существуетъ, наконецъ, какъ особый видъ, давностное владѣніе, или владѣніе въ видѣ собственности (ст. 533), т. е. съ намѣреніемъ обладать вещью, какъ своею собственной.²

Значеніе указанныхъ видовъ владѣнія различно. Такъ, дѣленіе владѣнія на законное и незаконное съ его подвидами имѣетъ лишь историческое значеніе, указывающее на мотивъ возникновенія посессорной защиты владѣнія, какъ на реакцію противъ внѣсудебной защиты. Дѣленіе же владѣнія на добросовѣстное и недобросовѣстное очень существенно, ибо отвѣтственность добросовѣстнаго владѣльца передъ собственникомъ значительно меньше по сравненію съ отвѣтственностью недобросовѣстнаго владѣльца (ст. 610 и сл., подробнѣе обяз. пр). Наконецъ, давностное владѣніе ведетъ къ приобрѣтенію права собственности (см. ниже). Таково значеніе фактическаго отношенія по вещамъ, охраняемаго посессорными исками (и дозволенной внѣсудебной защитой). Но нынѣ передовое законодательство придало владѣнію, какъ фактическому отношенію, и иное весьма важное значеніе. Во владѣніи оно стало видѣть форму права собственности на движимость. Это значитъ, что, въ интересахъ твердости оборота, всякій владѣлецъ движимой вещи въ глазахъ третьихъ добросовѣстныхъ лицъ есть собственникъ вещи и что, не будучи имъ на самомъ дѣлѣ, онъ можетъ, поэтому, передать право собственности добросовѣстному приобрѣтателю вещи.³ Основаніе этого правила и исключенія изъ него см. ниже.

¹ Точнѣ было бы сказать «вопреки праву», тѣмъ болѣе, что наши законы говорятъ о неправости владѣнія (ст. 610, 622 и 626).

² Проектъ знаетъ еще владѣніе производное, какъ владѣніе отъ имени другого напр. арендатора, противопоставляя его самостоятельному владѣнію (ст. 878, 879). О видахъ владѣнія въ передовомъ законодательствѣ см. выше.

³ Не безъ основанія поэтому проводятъ полную параллель между системою укрѣпленія недвижимостей (Grundbuch) и владѣніемъ, какъ системою укрѣпленія движимостей. См. Fr. Ostertag, 1. с. стр. 10.

§ 22. ПРАВО СОБСТВЕННОСТИ (ВЪ ЧАСТНОСТИ, НА НЕДВИЖИМОСТИ), ЕГО ОГРАНИЧЕНІЯ И ВИДЫ.

І. Опреѣленіе права собственности.*

До настоящаго времени какъ въ литературѣ, такъ и законодательствѣ, нѣтъ общепризнаннаго определѣнія права собственности.

1. *Чаще всего право собственности опредѣляютъ какъ наибольшее обширное, или наименьшее ограниченное вещное право.*

Опреѣленія эти¹ исходятъ изъ взгляда на вещныя права, какъ на права господства, непосредственной власти лица надъ вещью, и пытаются указать наибольшую мѣру этой власти, выдѣляя право собственности изъ другихъ вещныхъ правъ. Но, въ сущности, они указываютъ мѣру власти надъ вещью все же сравнительно относительно, не опредѣляютъ содержанія права собственности. Тѣмъ не менѣе, указанныя определѣнія въ общемъ приемлемы, такъ какъ ими подчеркивается наибольшая сила власти собственника, въ особенности, если принять во вниманіе принципъ эластичности, у п р у г о с т и права собственности. Именно, право собственности, будучи на дѣлѣ ограниченнымъ, стремится само собой расширяться въ объемѣ, какъ только отпадаютъ тѣ или другія его ограниченія. Этотъ принципъ указываетъ, что по своей идеѣ право собственности предполагается неограниченнымъ правомъ (80/231, ср. также 93/90, 93/50 и др.). Правда, эта идея несетъ въ себѣ противорѣчіе, ибо право собственности, осуществляясь въ обществѣ, неизбежно сталкивается съ правами другихъ собственниковъ и въ силу этого столкновенія самоограничивается (ср. ст. 648 Ш. У.). Вотъ почему также правильно подчеркиваютъ, что право собственности, какъ и всякое право, мыслится въ извѣстныхъ предѣлахъ, неограниченность права собственности неудобомыслима (Мейеръ). Проще и яснѣе определѣние права собственности съ точки зрѣнія не содержанія его, а ю р и д и ч е с к а г о о т н о ш е н і я, к а к ъ с у б ъ е к т и в н а г о п р а в а н о н а ч а л у *исключительности (эксклюзивности), а именно, какъ права, собственника на бездѣйствіе (отрицательныя дѣйствія) всѣхъ лицъ въ отношеніи его вещи.*² Но этого рода определѣнія повторяютъ въ сущности лишь то, что право собственности есть вещное право въ смыслѣ конструкціи юридическаго отношенія, какъ права воспрещенія и общей обязанности воздержанія.

Передовыя законодательства правильно, поэтому, отказываются опредѣлять право собственности и даютъ лишь описаніе его содержанія и его эксклюзивности. Такъ по Г. У. (ст. 903), собственникъ властенъ распоряжаться вещью по своему усмотрѣнію (содержаніе права собственности) и устранять другихъ отъ всякаго на нее воздѣйствія (начало эксклюзивности). Также и Ш. У. (ст. 641),—съ той разницей, что оно опредѣлительнѣе говоритъ о началѣ эксклюзивности: собственникъ имѣетъ право требовать вещь обратно отъ каждаго, кто ее удерживаетъ (право виндикаціи), и отражать всякое неправомерное воздѣйствіе. Напротивъ въ старыхъ законодательствахъ встрѣчаются определѣнія права собственности, и также неудачныя,—какъ напр., «право пользоваться и распоряжаться вещью безъ всякаго ограниченія» ст. 644 франц. код.).

Наши законы, по образцу старыхъ законодательствъ, даютъ определѣние права собственности въ ст. 420, къ сожалѣнію, неудачное. Анализъ этого легаль-

* Энгельманъ, О приобрѣтеніи права собственности на землю по русскому праву (Пгд. 1859). Полежаевъ, О правѣ собственности по русскимъ законамъ (Ж. М. Ю. 1861 кн. 3). Луницынъ, Право собственности по опредѣленію его въ Сводѣ Законовъ (Ю. В. 1871 кн. 2). Чичеринъ, Собственность и государство, 1884. Слонимскій, О земельной собственности съ точки зрѣнія будущаго уложенія (Пгд. 1885). А. Нольде, Новѣйшія ученія о правѣ собственности (В. Пр. 1904 г. кн. 7). Гамбаровъ, Право собственности (Русская Высшая Школа, Пгд. 1905). Курдиновскій (Понятіе права собственности въ Египтѣ) (Объ ограниченіяхъ права собственности, 1904 г.). Покровскій, Проблема собственности въ Египтѣ (Основн. пробл., стр. 156). Ельяшевичъ (О правѣ собственности въ П. Т. К. II къ ст. 420).

¹ Также Пр. ст. 755.

² Шлоссманъ, Другіе (Гр. Пининскій, бар. А. Нольде) понимаютъ эксклюзивное отношеніе не абстрактно, а въ смыслѣ эксклюзивной хозяйственной эксплуатаціи вещи.

наго опредѣленія показывается, что въ немъ исчерпывается содержаніе права собственности тремя составными частями: владѣніемъ, пользованіемъ и распоряженіемъ вещью. Но, прежде всего, это не части права собственности, а правомочія собственника¹, и кромѣ того, правомочій у собственника гораздо больше.² Далѣе, анализъ той же ст. показываетъ, что власть владѣнія, пользованія и распоряженія собственника, хотя и сключительная, вещная власть, но, говоря о ея независимости, вѣчности и потомственности, ст. 420 не содержитъ въ себѣ прямого указанія на ограниченность этой власти, тогда какъ на самомъ дѣлѣ право собственности, какъ всякое право, мыслится въ предѣлахъ правопорядка³. Объ этомъ прямо говорятъ передовое законодательство⁴ и болѣе удачныя опредѣленія права собственности въ доктринѣ (см. выше).⁵ Въ частности, слѣдуетъ замѣтить, что подчеркиваніе въ правѣ собственности черты независимости права указываетъ на преодоленіе въ нашей исторіи зависимой отъ государства земельной собственности (см. 2).

Сенатъ преимущественно усвоилъ опредѣленіе права собственности по содержанию съ неправильной точки зрѣнія, сложенія права собственности изъ трехъ элементовъ: владѣнія, пользованія и распоряженія (03/115). Но сенату извѣстно опредѣленіе права собственности и по началамъ исключительности (эксклюзивности) и независимости власти собственника (71/1219, 68/25, 69/1331), вѣчности, потомственности въ смыслѣ безсрочности собственности (02/2).

2. *Какъ бы ни опредѣлять право собственности, но на основаніи опредѣленія нельзя еще представить себѣ право собственности, какъ конкретное явленіе соціальной жизни.*

Болѣе того, абстрактное опредѣленіе права собственности, какъ и самый терминъ⁶ сложились у насъ лишь въ эпоху Екатерины II. До этого же времени господствовали конкретныя представленія о собственности, въ зависимости отъ субъектовъ и объектовъ собственности, съ различнымъ комплексомъ правомочій.

Такъ, въ Московскомъ государствѣ, при помѣстной системѣ землевладѣнія, отношеніе къ землѣ опредѣлялось службой, было зависимымъ землевладѣніемъ. Среди болѣе самостоятельнаго, вотчиннаго землевладѣнія различались

¹ Это видно изъ того, что собственникъ можетъ не имѣть владѣнія, пользованія и распоряженія вещью и тѣмъ не менѣе остается собственникомъ, тогда какъ если бы рѣчь шла о частяхъ, то, за исчерпаніемъ ихъ, у собственника болѣе ничего не осталось бы. Вопросъ о томъ, можетъ ли быть отдѣлено отъ права собственности право распоряженія, рѣшенъ нынѣ утвердительно (11/26). Законъ также признаетъ существованіе права распоряженія отдѣльно отъ права собственности (см. названіе отдѣленія 7-го, главы 2-й, раздѣла 2-го, книги 2-ой, а также стт. 541 и 542). См. еще Леберъ (Арх. 14/55).

² Такъ, напр., собственникъ имѣетъ право присвоенія на ископаемыя и т. д. (см. ниже).

³ А. Нольде, Новѣйшія ученія о правѣ собственности (въ Вѣст. Пр. 1904 № 7). По мнѣнію Ельяшевича (П. Т. К. II 278), ограниченность права собственности видна изъ словъ ст. 420: «получилъ власть, въ порядкѣ гражданскими законами установленномъ». Эти слова, во избѣжаніе тавтологіи, нельзя относить къ слову «укрѣпленію», т. к. передъ этимъ словомъ стоитъ слово «законное» (Ельяшевичъ). Но такое тонкое толкованіе меньше всего приложимо въ нашимъ законамъ, съ ихъ повтореніями даже цѣлыхъ статей, невыдержанностью терминовъ и т. д. Толкованіе такое желательно, но оно все же не вытекаетъ прямо изъ закона; рѣчь идетъ о полученіи власти въ порядкѣ законами (и именно гражданскими) установленномъ, а не о власти въ предѣлахъ правопорядка. О «предѣлахъ закономъ установленныхъ» скорѣе уже говоритъ ст. 423.

⁴ Такъ, о предѣлахъ правопорядка, какъ границахъ права собственности, говоритъ Ш. У. ст. 641. О распоряженіяхъ собственника безъ нарушенія закона и правъ третьихъ лицъ см. Г. У. ст. 903, также Пр. ст. 755.

⁵ Самъ Сперанскій понималъ неточность опредѣленія права собственности ст. 420 и видѣлъ существо права собственности въ законномъ укрѣпленіи вещной власти въ частную принадлежность собственника, въ законномъ титулѣ.

⁶ О терминологіи права собственности см. Курдиновскій (Ю. И. 1913 № 7).

вотчины родовыя и купленныя. Вотчины жалованныя образовывали промежуточную стадию между помѣстьемъ и вотчиной. Въ городахъ право на бѣлые и черныя дворы было также неодинаково. Наиболѣе опредѣленно приближалось къ современному праву собственности право монастырей на земли (не безъ вліянія византійскаго права). Петръ Великій уравнивалъ земельныя вадѣнія въ общемъ понятіи «недвижимаго добра», недвижимой вещи, но въ то же время онъ ввелъ цѣлый рядъ ограниченной недвижимостей. Екатерина II отбросила эти ограниченія, уравнивая правомочія собственниковъ и распространила абстрактное понятіе собственности съ дворянскаго сословія на всѣ свободныя сословія, независимо отъ конкретныхъ условій. Въ 1801 г. нормы о правѣ собственности распространены уже на всѣхъ подданныхъ, кромѣ крестьянъ. А нынѣ по закону 14 іюня 1910 г., право собственности распространено и на надѣльныя земли, хотя правомочія собственниковъ (личная собственность) значительно урѣзаны.¹

Это показываетъ, что въ конкретныхъ условіяхъ жизни нѣтъ единаго понятія права собственности, и не только въ прошломъ, но и въ настоящемъ. Въ особенности важно различіе въ правахъ собственности на движимость и недвижимость. Если въ отношеніи первой правопрядокъ предоставляетъ собственникамъ широкіѣ просторъ въ использованіи и распоряженіи ихъ вещами, такъ что правомочія въ общемъ могутъ быть охвачены абстрактной формулой права собственности, то правомочія въ отношеніи права собственности на недвижимость мыслятся преимущественно въ конкретныхъ условіяхъ. Въ прежнее время право собственности на землю, при господствѣ родовыхъ и иныхъ союзовъ, было значительно проникнуто публичнымъ элементомъ. Право собственности, какъ субъективное право на недвижимость, лишь постепенно выросло изъ рамокъ всевозможныхъ ограниченій родового, сословнаго, феодальнаго строя. Рѣзкое признаніе свое оно нашло лишь въ эпоху французской революціи, когда было провозглашено начало неограниченной частной собственности, самодовлѣющей, первородной, ни отъ кого независящей, какъ залогъ личной инициативы и личной энергіи. Прошло столѣтіе и нынѣ снова совершается рѣзкій поворотъ во взглядахъ на земельную собственность, и не только въ томъ, что недвижимости подчиняются особой системѣ (вотчинной) въ переходѣ ихъ въ оборотѣ, но и въ особенности въ томъ, что нынѣ все болѣе и болѣе возникаютъ ограниченія недвижимостей въ интересахъ соціальнаго общенія. А въ литературѣ высказываются новые взгляды на собственность, какъ на общественную повинность, на соціальную функцію (Дюги), выдвигается понятіе предназначенной и вообще публичной собственности (стр. 153, 165). Все это говоритъ, что между опредѣленіемъ права собственности и конкретнымъ представленіемъ о ней лежитъ цѣлая пропасть. Право собственности въ конкретныхъ условіяхъ жизни есть конституція самаго общества, своеобразное преломленіе индивидуальныхъ и публичныхъ началъ въ большей или меньшей мѣрѣ.²

II. Содержаніе, или объемъ права собственности (его границы).*

1. *Содержаніе права собственности есть совокупность правомочій собственника въ отношеніи всѣхъ другихъ лицъ и самой вещи въ предѣлахъ правопрядка.*

¹ Подробнѣе Ельяшевичъ (П. Т. К. II 272, литература).

² Спекторскій, Теорія солидарности (Ю. В. XIII 8). Покровскій, Осн. пробл. 169.

* Штофъ, Горное право (Пгд. 1896). Боровиковскій, Право на нѣдра земли (Ж. М. Ю. 1897, кн. 8). Кутыловскій, Право на нѣдра и отчужденіе земель подъ желѣзныя дороги (Ж. М. Ю. 1902, кн. 7). Покровскій, Принудительный альтруизмъ (В. П. 1902 кн. 2). Гуссаковскій, Право на нѣдра земли (Ж. М. Ю. 1903, кн. 3). Саладиловъ, Вопросъ о нѣдрахъ въ русскомъ законодательствѣ (В. П. 1904 кн. 4). Удинцевъ, Русское горноземельное право, 1909 г. Егъ же, Право на разработку нѣдръ земли (Ю. И. 1913 № 1 и 2). Абамалекъ-Лазаревъ, Вопросъ о нѣдрахъ и развитіи горной промышленности съ 1808-1908 гг. (1910 г.). Нефедьевъ, Очерки по водному праву, I, М. 1899. Юшкевичъ, Ученія пандектъ о намывѣ и т. д. I, Пгд. 1895. II. Ярославль 1896. Флексоръ, Дѣйствующее законодательство по водному праву. 1903. (1910 г.). Ю. Гамбаровъ, Водное право (въ Энци. Слов. Граната, т. 33). Левинъ (въ П. Т. К. II ст. 426 и сл.). Ельяшевичъ (П. Т. К. I ст. 423 и сл.).

Какъ было замѣчено, ст. 420 не говоритъ о предѣлахъ права собственности и предполагаетъ власть собственника неограниченной. Но это не значитъ, что власть собственника на самомъ дѣлѣ не имѣетъ границъ у насъ (ср. ст. 423).¹ Такія границы существуютъ и могутъ быть раздѣлены на два вида: границы собственности, какъ юридическаго отношенія, т. е. отношенія собственника къ другимъ лицамъ, и 2) границы собственности въ отношеніи собственника къ самой вещи, въ субстанціональномъ отношеніи.

2. *Въ отношеніи другихъ лицъ собственникъ ограниченъ существенно:*

Такъ, право собственности, какъ всякое право, не должно нарушать интересовъ другихъ лицъ, даже и въ томъ случаѣ, когда собственникъ, о сущест в л я я свое право,—не выходитъ за предѣлы права. Сенатъ развилъ теорію осуществленія правъ (§ 18), какъ разъ примѣнительно къ осуществленію права собственности, но это подчеркиваетъ лишь то, что даже право собственности осуществляется въ границахъ правопорядка. На Западѣ же теоріи незлоупотребленія правомъ и риска еще болѣе положили предѣлы праву собственности съ точки зрѣнія юридическаго отношенія, субъективнаго права.

3. *Право собственности имѣетъ свои границы и въ отношеніи самой вещи (въ субстанціональномъ отношеніи): а) ея составныхъ частей и принадлежностей, б) правъ присвоенія и в) правъ пользованія.*

Преимущественно, законодательства, въ томъ числѣ и наше, занимаютъ вопросомъ о предѣлахъ права собственности на недвижимости. Но какъ разъ пространственныя границы земельной недвижимости у насъ до сихъ поръ страдаютъ большою неопредѣленностью, при отсутствіи у насъ правильнаго межеванія (иначе Ш. У. ст. 686 и сл.). Правда, неизмѣнной границей служить у насъ межи генеральнаго межеванія (⁸⁵/₁₅), но генеральное межеваніе было очень давно и имѣло мѣсто не вездѣ. Поэтому границы земельныхъ участковъ приходится опредѣлять и по писцовымъ книгамъ, и инымъ актамъ на владѣніе (подробнѣе ниже).

а. Въ нашихъ законахъ казуистически говорится, что составныя части вещи (и принадлежности)² входятъ въ содержаніе права собственности (ст. 424 и сл.).

При этомъ, въ указанномъ вопросѣ, наши законы разсматриваютъ содержаніе права собственности въ состояніи покоя (статическая точка зрѣнія). Въслѣдствіе этого, къ содержанію права собственности отнесено у насъ и то, что собственникъ пріобрѣтаетъ въслѣдствіе своего права собственности: доходы (плоды), приращенія (ст. 425 сл.). Это значитъ, что наши законы смѣшиваютъ понятіе содержанія права собственности (то, что есть у собственника), съ пріобрѣтеніемъ новыхъ предметовъ,—тѣмъ, что будетъ въслѣдствіе права собственности.

Къ составнымъ частямъ отнесены у насъ всѣ произведенія на поверхности земли, и преимущественно 1) д е р е в ь я, л ѣ с ь. Первоначально право на лѣсъ было неограниченнымъ правомъ, и лишь въслѣдствіи возникли ограниченія въ интересахъ сохраненія лѣсовъ³. 2) Собственнику принадлежатъ, далѣе, в о д ы, т. е. вода, запертая въ границахъ участка. Т е к у ч а я ж е в о д а по самой своей природѣ не можетъ входить въ содержаніе права собственности; она есть ничья. 3) Далѣе, поверхность земли принадлежитъ собственнику и не только открытая (ст. 424)⁴, но и с к р ы т а я п о д ь в о д о й. Это несомнительно въ отношеніи дна, водохранилищъ (ср. ⁷²/₂₂₃, ⁷²/₃₀₄). Что же касается дна рѣкъ, въ особенности общаго пользованія, то вопросъ споренъ (утвердительно ⁰⁰/₇₆, ср. однако ⁷²/₂₂₃, ⁷²/₃₀₄).

¹ Въ литературѣ правильно указываютъ, что наши законы, понимая право собственности, какъ полное, неограниченное право, въ то же время столь широко опредѣляютъ его ограниченія (ст. 423), что въ сущности на практикѣ нѣтъ неограниченнаго права собственности, по крайней мѣрѣ на недвижимость. П. Т. К. II ст. 432 (Ельясевичъ).

² Любопытно, что провода для воды, газа, электричества и т. п. Ш. У. (ст. 678) предполагаютъ принадлежностью собственника предприятия, а не собственника чужой земли, по которой они пролегаютъ. У насъ же, въслѣдствіе молчанія закона о такомъ изъятіи, приходится указанныя провода считать принадлежностью собственника земли, поскольку не установлено иное.

³ О нѣкоторыхъ другихъ ограниченіяхъ см. Ельясевичъ, II 424, въ частности, о правѣ пользованія лѣсомъ по дорогамъ общаго пользованія см. ⁸⁹/₉₀.

⁴ Также и поверхность большихъ дорогъ, см. ниже, стр. 151.

Вообще здѣсь возможны двѣ конструкціи. Дно можно считать никому не принадлежащимъ, пока оно подъ водой, а обнажившееся дно пріобрѣтается по приращенію прибрежнымъ собственникомъ. Такова конструкція западно-европейскаго права. Или можно считать дно принадлежащимъ собственнику рѣки, каковымъ является обыкновенно прибрежный владѣлецъ. Въ литературѣ не безъ основанія указывается (Левинъ, П. Т. К. II ст. 426 и сл.), что дно рѣкъ даже общественнаго пользованія принадлежитъ прибрежнымъ владѣльцамъ (ст. 61 гл. IV Инструкціи Межевымъ Губернскимъ Канцеляріямъ и Конторамъ отъ 25 мая 1876 г.). Однако, историческое толкованіе ст. 426 не совсѣмъ согласуется съ текстомъ ст., которая говоритъ не о принадлежности дна (ср. ст. 425), а лишь о предоставленіи пользованія обсохшей землей, чѣмъ какъ бы предполагается право пріобрѣтенія по праву приращенія. Видѣть здѣсь плодъ неудачной редакціи все же нѣсколько рискованно.

Наконецъ, 4) законы говорятъ о принадлежности собственнику нѣдра земли (ст. 424); также прежде сенать (^{02/36}, ср. ^{03/67}). Но нынѣ сенать не считаетъ нѣдра земли, въ смыслѣ ископаемыхъ, составными частями (partes fundi). Право собственности на ископаемыя собственникъ земли получаетъ съ момента ихъ присвоенія. До этого же времени собственникъ имѣетъ лишь право (правомочіе) на разработку земли¹, какъ слѣдствие права собственности (^{03/67}, ^{12/96})². Что же касается 5) права собственности на воздушное пространство (воздушный столбъ), то законъ ничего не говоритъ объ этомъ. Сенать же признаетъ право собственности на воздушное пространство (^{12/129}).

Противъ такого признанія возражаетъ Ельяшевичъ. Онъ указываетъ, что нѣтъ особаго права собственности на воздушное пространство, а есть право постольку, поскольку необходимо обезпечить собственнику пользованіе поверхностью земли (ср. ^{87/93}, ^{12/51}). Проблема воздухоплавательнаго права нашла себѣ разрѣшеніе въ германскомъ законѣ. Въ частности, имъ признано право пролета черезъ чужіе земельные участки³. Между тѣмъ, сенать не дѣлаетъ никакихъ ограниченій въ отношеніи права собственности на воздушное пространство, съ чѣмъ нельзя согласиться.

Старая теорія о томъ, что собственнику принадлежитъ право собственности на землю до центра ея, а вверхъ (въ воздушное пространство) до безконечности, очевидно, противорѣчитъ самой идеѣ права, которая предполагаетъ не только возможность господства надъ вещью, но и интересъ къ этому. Передовое законодательство (Г. У. ст. 903 и Ш. У. 667) стало на указанную точку зрѣнія интереса, подчеркнувъ вмѣстѣ съ тѣмъ ограниченіе права собственности наличностью интереса, и не только матеріальнаго (Протоколы къ Г. У. III стр. 122).

б. Права присвоенія собственника входятъ въ содержаніе права собственности, какъ правомочія на субстанцію вещи. Кромѣ вышеуказаннаго права присвоенія ископаемыхъ, созданнаго сенатской практикой вопреки гражданскимъ законамъ, но въ согласіи съ горнымъ законодательствомъ, собственнику принадлежатъ, какъ права присвоенія, право рыбной ловли (^{03/100}, ^{04/69}), право охоты (^{04/69}, ср. ^{09/49})⁴.

в. Изъ правъ пользованія собственника, входящихъ въ содержаніе права собственности, заслуживаетъ особаго вниманія право пользованія водами, называемое береговымъ правомъ. Если рѣка составляетъ границу, то по береговому праву можно пользоваться рѣкой отъ своего берега лишь до середины рѣки (ст. 428)⁵. При чемъ границей служить не живое,

¹ Т. обр., у насъ, вопреки системѣ т. н. «горной свободы» на Западѣ, собственникъ можетъ воспретить искать, а тѣмъ болѣе разрабатывать нѣдра своей земли. Впрочемъ, горная свобода признана у насъ въ отношеніи казенныхъ земель для важнѣйшихъ ископаемыхъ (П. Т. К. II, стр. 296 и сл.). Заслуживаетъ также вниманія, что, въ отношеніи личныхъ участковъ бывшей надѣльной земли, право на нѣдра земли оставлено за сельскимъ обществомъ. Исключенія одѣланы для незначительныхъ ископаемыхъ: песку, торфа и т. п. (П. Т. К. II, 298).

² Указанное воззрѣніе развито Удинцевымъ, Русское горнозаводское право, 1909, стр. 37; Егоровъ въ Ю. И. 1913 № 1-2. См. также Ельяшевичъ (П. Т. К. II, 301).

³ Ср. Право 1914 № 21, стр. 1703 и сл.

⁴ О правѣ рыбной ловли говоритъ Уст. сельск. хоз., ст. 490 и 491; о правѣ охоты ст. 332. Подробнѣ Ельяшевичъ, II 305 и сл. Въ интересахъ народнаго хозяйства использованіе этихъ правъ нынѣ ограничено и регламентировано.

⁵ Середина рѣки опредѣляется посредствомъ перпендикулярныхъ линій (хорды) къ рѣкѣ; эти линіи дѣлятся пополамъ, т. е. берутъ на нихъ точки, равно отстоящія отъ обоихъ береговъ. Чѣмъ больше хорда, тѣмъ точнѣе опредѣляется середина рѣки. П. Т. К. II 324.

измѣнчивое теченіе рѣки, какъ таковой, а постоянная, точно опредѣленная линія. Поэтому измѣненіе русла рѣки можетъ сопровождаться и измѣненіемъ объема берегового права. Если же рѣка совсѣмъ уйдетъ изъ владѣнія, то береговое право само по себѣ уничтожается (ст. 464), и единственно, что остается, такъ это право на дорогу къ рѣкѣ для водопоя, при условіи, что береговой собственникъ вовсе лишился водопоя (ст. 461). Береговое право, какъ пользованіе водами рѣки до ея середины, признаетъ и сенатъ (^{00/76}), относя его къ праву собственности, и не считая какимъ то особымъ правомъ. Береговое право ограничено правомъ общаго пользованія и по содержанію своему довольно разнообразно (пользованіе водой, постройки, сооруженія на рѣкѣ, рыбная ловля и т. д.). Но и береговое право мыслится въ границахъ правопорядка (^{00/761}, ^{85/90}, ^{84/3}, ^{71/1219}). Вопросъ о правѣ собственника на водяную энергію не предусмотрѣнъ закономъ, но правильнѣе и здѣсь, поскольку рѣчь идетъ о текучей, незамкнутой водѣ, считать водяную энергію ничьей, а собственнику предоставлять лишь право пользованія энергіей (^{84/3}, ср. ^{81/84}).

III. Права участія общаго, какъ ограниченія права собственности.*

Ограниченіе права собственности можно понимать, какъ изъятіе нѣкоторыхъ правомочій, уменьшеніе содержанія (II) права собственности (Бринцъ, Виндшейдъ и др. Мейеръ) или какъ стѣсненіе (^{14/82}) въ осуществленіи имѣющихся правомочій (Ранда, Фрейндъ и др., у насъ Шершеневичъ, Курдиновскій). При первомъ пониманіи, не проводится различіе между границами собственности, какъ содержаніемъ права собственности; при второмъ, это различіе ясно устанавливается. Отпаденіе стѣсненій тѣмъ самымъ открываетъ возможность собственнику осуществлять правомочіе, которое онъ и до того имѣлъ. Указанное различіе пониманія ограниченія права собственности скорѣе доктринальное, чѣмъ практическое, ибо, при эластичности права собственности, отпаденіе границъ права собственности влечетъ также само собой расширеніе правомочій собственника, увеличеніе содержанія права собственности.

Ограниченія права собственности называютъ законными ограниченіями, какъ установленныя самимъ закономъ, и противопоставляютъ ихъ автономнымъ ограниченіямъ, какъ установленнымъ волей лицъ. Такое противоположеніе возможно, если смотрѣть на ограниченія права собственности, какъ на стѣсненіе въ осуществленіи правомочій, но оно недопустимо, при взглядѣ на ограниченія права собственности, какъ на изъятіе правомочій, ибо частной волей лицъ не можетъ быть опредѣляемо содержаніе права собственности.¹

1. Наши законы понимаютъ ограниченія права собственности въ самомъ широкомъ смыслѣ (ст. 432).

Именно, къ ограниченіямъ права собственности относятся въ нихъ не только границы права собственности, коими опредѣляется содержаніе этого права (II), но и различнаго рода стѣсненія собственника въ пользованіи или осуществленіи имъ своихъ правомочій, въ частности, въ юридическомъ распоря-

*Курдиновскій, Объ ограниченіяхъ права собственности на недвижимыя имущества по закону (Од. 1904). Селифонтовъ, О правѣ собственности на землю изъ подъ упраздненныхъ трактовъ (Ж. Гр. и Уг. Пр. 1873 кн. 4). Люстихъ, Кому принадлежитъ право собственности на земли, подъ общественными дорогами находящимися (тамъ же 1883, кн. 6). Гедримовичъ, О судоходныхъ и сплавныхъ рѣкахъ по русскому пр. (тамъ же 1878, кн. 3 и 1879, кн. 3). О: Никольскій, Воды общаго пользованія по русск. законодательству (Пгд. 1883). Нефедьевъ, Очерки по водному праву. Право на рѣки общаго пользованія (М. 1889). Щегловитовъ, Права прибрежныхъ владѣльцевъ въ отношеніи судоходныхъ пристаней (Ю. В. 1886 кн. 11). Горенбергъ, Къ вопросу о правѣ городовъ на площади, улицы, бечевники и др. предметы общаго пользованія (Пр. 1889, 22). Ельяшевичъ къ ст. 432 (П. Т. К. II, 333) и Д. Розенблюмъ къ ст. 433 и сл. (тамъ же 336).

¹ Собственно рѣчь идетъ о неполномъ правѣ собственности. Прямо объ ограниченіяхъ права собственности говорится въ ст. 159 нотар. пол., при чемъ неправильно отнесены къ нимъ сервитуты.

женіи (ст. 432 пп. 3 и сл.)¹. При чемъ, стѣсненія эти существуютъ не только оп закону (ст. 432, пп. 3-5), но и волѣдствіе возникновенія по волѣ лицъ (ст. 432 п. 2, 442 прим.) правъ на чужія вещи, угодій (автономныя ограниченія). *Все это показываетъ, что въ нашихъ законахъ содержаніе права собственности, несомнѣнно, уже понятія ограниченной права собственности.* Болѣе того, наши законы рассматриваютъ ограниченія права собственности вообще подъ угломъ зрѣнія правъ частныхъ лицъ на имущество собственника (права участія частнаго IV), и даже въ тѣхъ случаяхъ, когда ограниченія создаются въ интересахъ публичнаго порядка (права участія общаго).

2. *Права участія общаго суть особаго рода ограниченія права собственности въ публичномъ интересѣ, какъ права пользованія всѣхъ и каждаго чужой недвижимостью (ст. 433).*

Также учить и сенатъ (14/82), когда требуетъ для понятія права участія общаго не только отрицательнаго признака-стѣсненія права собственности, ограниченія его, но и положительнаго-наличности *опредѣленнаго права пользованія чужимъ имуществомъ*, отнесеннымъ закономъ къ предметамъ общаго пользованія. Отсюда ясно, что не всякое ограниченіе права собственности въ публичномъ интересѣ есть право участія общаго. Сюда не подойдутъ всѣ ограниченія права собственности, въ коихъ обратной стороной не является чье либо пользованіе чужой вещью (см. ниже 5). Пониманіе права участія общаго сенатомъ согласуется съ закономъ, но теоретически все же неправильно представленіе о правахъ участія, какъ правахъ гражданскихъ. На самомъ дѣлѣ, рѣчь здѣсь идетъ вовсе не о правахъ лицъ, гражданскихъ правахъ, а о границахъ права собственности, установленныхъ въ публичномъ интересѣ. Постороннее участіе въ выгодахъ чужого имущества есть лишь косвенное слѣдствіе ограниченія права собственности, и это тѣмъ болѣе, что вся конструкція права участія общаго есть публично-правовая. Именно, право участія общаго имѣетъ своимъ предметомъ вещи общаго пользованія: дороги, водяныя пути, бечевники, берега морей. Далѣе, права участія общаго, какъ ограниченія права собственности и исключительны въ публичныхъ интересахъ, возникаютъ лишь по закону (70/1196, 87/30, 14/82) и не могутъ быть отмѣнены иначе, какъ по закону (86/9, 85/90).² Ихъ осуществленіе и охрана находятся въ рукахъ административной, а не судебной власти (14/82, 06/39, 77/11, О. С. 08/39).³ Ихъ содержаніе опредѣляется цѣлью (12/129), не подлежитъ ни измѣненію по частной волѣ, ни распространительному толкованію (91/114). Право участія общаго есть, такимъ образомъ, дѣйствительно институтъ публичнаго, а не гражданского права.

Соотвѣтствующія постановленія не должны находиться, поэтому, въ гражданскихъ законахъ. Такъ и поступило Г. У., которое вовсе не говоритъ объ ограниченіяхъ права собственности въ публичныхъ интересахъ (см. Ш. У. ст. 702 и сл.). Если наши гражданскіе законы знаютъ эти ограниченія, то только потому, что здѣсь сказалось вліяніе французскаго права, и, главное, потому, что въ нашемъ правѣ указанная вещь общаго пользованія-дороги, рѣки, бечевники, не рассматриваются какъ публичная собственность, какъ вещи, изъятыя изъ гражданского оборота, а какъ вещи, принадлежащія частнымъ собственникамъ (частно-правовая конструкція). Слѣдовательно, ес-

¹ Среди законныхъ ограниченій выдѣляютъ особую группу ограниченій въ юридическомъ распоряженіи вещью, относя ихъ къ ограниченіямъ не права собственности, а собственника (Мотивы къ Г. У. III 258). Такое выдѣленіе основывается на томъ, что ограниченія въ распоряженіи не входятъ въ содержаніе права собственности, а касаются правоспособности и дѣеспособности собственника. Однако, право распоряженія иногда входитъ въ объемъ права собственности, напр. въ отношеніи родовыхъ имуществъ, и въ этомъ случаѣ можно говорить объ ограниченіи права собственности родовыхъ имуществъ (Курдиновскій). О такого же рода ограниченіяхъ права собственности, а не собственника, идетъ рѣчь въ ст. 432 п. 3 и сл.

² Короче, право участія общаго существуетъ «словомъ закона» (ст. 359 Уст. Пут. Сообщ.).

³ Подробное П. Т. К II, 342 и сл.

ли земли подъ дорогами и рѣками принадлежать частнымъ лицамъ, то и ограниченіе этой частной собственности постольку же находить себѣ мѣсто въ гражданскихъ законахъ. Подробныя же правила находятся въ Уставѣ путей сообщенія и Уставѣ сельск. хоз.¹

3. *Право участія общаго есть прежде всего право прохода и проѣзда: а) по дорогамъ, б) водянымъ путямъ, в) бечевникамъ.*

Такъ какъ право это есть постороннее участіе въ выгодахъ чужого имущества, то земли подъ дорогами и водяными сообщеніями, бечевниками должны находиться въ частной собственности, принадлежать частнымъ лицамъ, а не государству (публичная собственность). Нынѣ безспорно, что земля подъ дорогами составляетъ частную собственность, развѣ бы земля была приобрѣтена подъ дорогу установленнымъ порядкомъ изъ частной собственности (ст. 435¹). Поэтому, съ уничтоженіемъ или суженіемъ дороги, не возникаетъ новаго права собственности на землю подъ дорогой, а само собой отпадаетъ лишь ограниченіе. Такимъ образомъ ясно, что поддорожная земля, какъ частная собственность, лишь ограничивается, развѣ бы она была изъята изъ частной собственности. То же самое слѣдуетъ сказать и о бечевникахъ. Напротивъ, вопросъ о подводной землѣ, какъ частной собственности, представляется не совсемъ выясненнымъ (см. выше стр. 147).

а. Дороги,—это публичные сухопутные пути сообщенія, или грунтовыя дороги, въ отличіе отъ водяныхъ путей и желѣзныхъ дорогъ.

Всѣ дороги раздѣляются на пять классовъ, причемъ, первые четыре класса составляютъ большія дороги (главныя сообщенія, большія сообщенія, губернскія и уѣздныя), и послѣдній классъ—малыя дороги (проселочныя и всякія другія). Ограниченію подлежатъ и малыя дороги (ст. 523 Уст. пут. сооб.), но въ отношеніи ихъ собственнику предоставлено полное право замѣны другими, не худшими (ст. 891-892 Уст. пут. сооб.).² Кромѣ того, содержаніе и устройство малыхъ дорогъ (шириной въ 3 сажени) возлагается на владѣльцевъ земель, черезъ которыя онѣ пролегаютъ,³ тогда какъ большія дороги (шириной въ 30 саж.) содержатся и устраиваются органами публичной власти, обыкновенно земскими учрежденіями.

Такъ какъ ограниченія права собственности существуютъ въ интересахъ публичныхъ, то отсюда лишь дороги публичныя подлежатъ общему пользованію, а для этого они должны быть признаны таковыми актомъ административной власти, быть учрежденными въ государствѣ (ст. 523 Уст. пут. сооб.). *Итакъ, право прохода и проѣзда по дорогамъ предоставляется всѣмъ и каждому (независимо отъ того, большія или малыя это дороги), лишь при условіи, что онъ, какъ учрежденныя въ государствѣ, суть публичныя дороги.* Къ нимъ относятся также площади, улицы, тротуары и проходы въ городахъ (ст. 8 Гор. Пол.), дороги, проѣзжіе проулки и прогоны для скота въ селахъ и деревняхъ (п. 1 ст. 11 кн. IV Особ. Прил. къ т. IX, ⁷⁰/₁₂₇₅, ⁷⁴/₁₈₅). Доказательствомъ учрежденія публичной дороги служатъ официальные планы: городскіе планы, планы селеній. Ограниченія права собственности на поддорожную землю выражаются въ томъ, что собственникъ этой земли обязанъ не препятствовать свободному проходу и проѣзду, въ частности, и прогону скота (ст. 435, ср. ст. 1142 Уст. вѣщ.). При чемъ, на пространствѣ мѣрной большой дороги (а не малой), собственникъ не въ правѣ скашивать и вытравлять траву, а во избѣжаніе могущей быть потравы хлѣба и вообще порчи полей отъ прогоняемаго скота, обязанъ оградить большія (а не малыя, ⁷⁵/₄₂₆, ⁷⁴/₁₈₈) дороги. Лѣсъ

¹ Право участія общаго, будучи публичнымъ институтомъ, можетъ породить, однако, и частное, гражданское право, именно, особое частное право владѣльцевъ земли, смежной съ недвижимостью, обремененной правомъ участія общаго (т. н. Anliegerrecht). Въ литературѣ это спорно (П. Т. К. II 342, прим.). Но у насъ указанное право все же подлежитъ судебной защитѣ (ср. О. С. ⁰⁸/₃₉, исключеніе сдѣлано для Закавказья, П. Т. К. II, 342).

² Именно, въ предѣлахъ своего владѣнія; внѣ же предѣловъ—съ разрѣшенія губернскаго правленія (Ук. I О. С. ¹¹/_{III} 1915 № 3016, см. Пр. 1915, 2458).

³ Тотъ же указъ (см. пред. прим.): сборы не должны служить къ обогащенію владѣльцевъ.

на дорогѣ принадлежитъ собственнику, но органы власти въ правѣ срубить его (ст. 526 и сл. Уст. пут. сооб.). *За вѣсьмъ тѣмъ, собственникъ въ правѣ пользоваться поддорожной землей, поскольку онъ этимъ не нарушаетъ права прохода и проѣзда и не препятствуетъ удовлетворенію нуждъ дороги.* Поэтому, въ частности, собственникъ не въ правѣ препятствовать возведенію на дорогѣ постоянныхъ сооружений, если эти сооружения вызываются нуждами дороги.¹

б. Водныя сообщенія,—это публичныя внутреннія водныя сообщенія (рѣки, каналы, озера, ¹²/₃₀), въ противоположность морскимъ водамъ. И здѣсь возникаетъ вопросъ, какіе водные пути слѣдуетъ считать публичными, т. е. право участія общаго есть публичный институтъ. *Нынѣ не подлежитъ сомнѣнію (зак. 13 іюня 1890 г.), что публичными водными сообщеніями являются вѣсь тѣ, которыя въ естественномъ своемъ состояніи годны для судоходства, сплава или гонки* (⁰⁶/₃₉, ⁹⁶/₄₃; иначе прежде ⁸⁴/₃ и др., О. С. ¹¹/₅₁, П. Т. К. II 362). Слѣдовательно, не требуется правительственнаго распоряженія, объявленія воднаго пути публичнымъ, какъ это имѣетъ мѣсто въ отношеніи грунтовыхъ дорогъ. При чемъ, безразлично, возможно ли судоходство, сплавъ лѣса и гонка дровъ весь годъ (большія рѣки) или временно, съ помощью прибылой воды (малыя рѣки и ручьи, ст. 1069 Уст. лѣсн. изд. 1857, нынѣ исключенная). Но, само собой разумѣется, не считается публичнымъ воднымъ сообщеніемъ такой путь, по которому судоходство или сплавъ и гонка возможны съ помощью подпорной воды, т. е. посредствомъ искусственныхъ сооружений, напр., плотины (⁷⁵/₂₉₄).² Что касается о г р а н и ч е н і я п р и б р е ж н ы х ъ с о б с т в е н н и к о в ъ с у д о х о д н ы х ъ и сплавныхъ рѣкъ, большихъ и малыхъ, то они преимущественно сводятся къ обязанности ихъ не препятствовать свободному судоходству, сплаву и гонкѣ. Наши законы казуистически перечисляютъ, чего не могутъ дѣлать прибрежные собственники.

Именно, «къ обязанностямъ по воднымъ сообщеніямъ прибрежныхъ владѣльцевъ относятся между прочимъ слѣдующія: 1) на рѣкахъ судоходныхъ не строить мельницъ, плотинъ и заколовъ или другихъ перегородокъ, отъ которыхъ рѣчки засоряются и къ судовому ходу дѣлаются неудобными; 2) позволять баркамъ и другимъ судамъ останавливаться у береговъ и причаливать оныя, выгружать свои товары, не выходя за черту отведенной земли подъ бечевникъ или пристань, безъ всякой за то платы» (ст. 438). 3) «Владѣльцы мельницъ на рѣкахъ, поименованныхъ въ Уставѣ Путей Сообщенія (ст. 363, прим. 5, по прод.), обязаны по требованію мѣстнаго начальства Путей Сообщенія, спускать воду на основаніи правилъ, изложенныхъ въ томъ Уставѣ» (ст. 439). 4) «Владѣльцамъ запрещается строить черезъ малыя несудоходныя³ рѣчки мосты на козлахъ, жердяхъ и на слабыхъ сваяхъ; но дозволяется строить либо постоянные мосты, кои бы сплаву бревень и дровъ не препятствовали, либо содержать разводные живые мосты или перевозки» (ст. 440).

в. Не менѣе существенно, что въ интересахъ судоходства, сплава и гонки прибрежные собственники ограничиваются и въ прибрежной полосѣ земли, называемой бечевникомъ (ст. 437, 438). Ширина бечевника опредѣляется на постоянныхъ водныхъ путяхъ въ 10 саж. отъ гребня берега (ст. 359 Уст. пут. сооб. ⁷⁶/₃₄₁), если не послѣдовало ея уменьшеніе до 2 саж. (ст. 360 и 360¹ Уст. пут. сооб.). На рѣкахъ же и ручьяхъ временно сплавныхъ, съ помощью прибылой воды, бечевникъ оставляется въ видѣ тропы, и то на время годности рѣки или ручья къ сплаву и гонкѣ (ст. 539 Уст. пут. сооб.). Впрочемъ, и здѣсь тропа можетъ быть увеличена до 2 саж. по распор. Мин. Путей Сооб. Съ размытіемъ берега, бечевникъ перемѣщается (⁸⁵/₄₀); и это уже указываетъ, что земля подъ бечевникомъ принадлежитъ частнымъ лицамъ, но ограничивается въ публичныхъ интересахъ судоходства и лѣсопромышленности.⁴ Нынѣ

¹ См. П. Т. К. II, 354.

² Рѣка не перестаетъ, однако, быть судоходной и сплавной, если искусственныя сооружения предприняты противъ ея обмеленія (О. С. ¹¹/₅₁, см. Ж. М. Ю. 1915, 7, 243).

³ Правильно «малыя, но судоходныя» (П. Т. К. II 361, 377).

⁴ Въ частности, сенатъ призналъ, что тамъ, гдѣ нѣтъ набережной въ городѣ, берегъ принадлежитъ частнымъ владѣльцамъ (рѣш. отъ 7 ноября 1912 г. по д. Синефлагской отмели. Ср. ⁸⁸/₄₂).

бечевники существуют словомъ закона, не требуется акта учрежденія. Такъ какъ бечевникъ ограничиваетъ лишь собственность прибрежнаго собственника, то всякое иное пользованіе бечевникомъ, поскольку этимъ не нарушается цѣль бечевника, принадлежитъ только собственнику (^{91/48}, ^{91/114}, ^{84/24} и др.).

Поэтому надо признать согласными съ закономъ права прибрежнаго собственника: 1) устранять всякое неправильное пользованіе бечевникомъ, не допуская этого пользованія далѣе предѣловъ, указанныхъ закономъ (^{85/101}, ^{91/48}), 2) препятствовать возведенію на бечевникѣ постоянныхъ построекъ (^{91/48} и ¹¹⁴),¹ 3) отчуждать бечевникъ въ томъ объемѣ правъ, какой самъ имѣетъ (^{00/14}). Поэтому же право собственности на землю подъ бечевникомъ можетъ быть утрачиваемо и приобретаемо въ давностный срокъ (^{88/43}). См. также ст. 426 и 428.

4. Далѣе, въ интересахъ рыболовства законъ ограничиваетъ также собственниковъ земель, прилегающихъ къ морскимъ берегамъ и озерамъ.²

1) Въ Сѣверномъ океанѣ и Бѣломъ морѣ должна быть свободной полоса берегового пространства не менѣе десяти сажень ширины для безпрепятственнаго пристанища рыбопромышленниковъ.³ Въ Каспійскомъ морѣ должна оставаться свободной одна верста, начиная отъ заплесковъ при самой высокой водѣ, для пристанища ловцовъ и устройства промысловыхъ заведеній (ст. 394 и XII ч. 2). 2) Наконецъ, имѣется несомнѣнное ограниченіе владѣльцевъ земель, прилегающихъ къ рыболовнымъ озерамъ, въ которыхъ рыбныя ловли принадлежатъ другимъ лицамъ или же оставлены для вольнаго промысла. Въ этихъ случаяхъ «прибрежные владѣльцы должны оставить изъ своей земли десять сажень для пристанища ловцамъ и обсушки снастей ихъ» (ст. 441).

5. Кромѣ изложенныхъ ограниченій права собственности, существуютъ еще и другія ограниченія въ интересахъ общежитія и культуры.

Но эти ограниченія нашъ законъ уже не относитъ къ правамъ участія общаго. Въ частности, въ нашемъ законодательствѣ нѣтъ достаточныхъ ограниченій права собственности въ интересахъ культуры: сохраненія памятниковъ древности, охраны ландшафтовъ и т. п. (ср., наприм., Гессенскій законъ 1902 г. и Любекскій строительный уставъ 1903 г.). Напротивъ, въ нашемъ законодательствѣ имѣются многочисленныя ограниченія собственниковъ въ интересахъ общежитія. Такъ, эти ограниченія касаются нынѣ: 1) устройства и содержанія домовъ, фабрикъ и заводовъ и иныхъ сооружений (Уст. стр. въ т. XII ч. 1),⁴ 2) разработки нѣдръ земли (Уст. горн. въ т. VII), 3) охоты, рыбной⁵ и жемчужной ловли (Уст. сел. хоз. въ т. XII ч. 2), 4) пользованія лѣсами (Уст. лѣсн. въ т. VIII ч. 1), 5) пользованія землею, расположенной вдоль линіи желѣзныхъ дорогъ (Общ. уст. Росс. жел. дор. въ т. XII ч. 1) и 6) ограниченій собственниковъ въ интересахъ на-

¹ Для устройства собственникомъ вододѣйствующихъ заведеній необходимо разрѣшеніе Министерства Путей Сообщеній; при чемъ, владѣльцы вододѣйствующихъ заведеній обязаны приспособлять свои плотины и запруды къ ходу судовъ, сплаву лѣса или гонкѣ дровъ (прим. 2 къ ст. 363 Уст. пут. сооб.). Напротивъ, по разъяренію сената, на временно сплавныхъ рѣкахъ владѣльцы вододѣйствующихъ заведеній въ правѣ не пропускать черезъ свои сооруженія лѣсъ, дрова (^{06/39}, противъ Розенблюмъ).

² Ограниченія касаются только рыболовства. Въ отношеніи открытыхъ морей не можетъ быть рѣчи объ ограниченіяхъ собственности, т. к. моря изъемяются изъ сферы частнаго хозяйства (ст. 486-488 Уст. сельск. хоз. ^{80/36}, О С. ^{06/6}). Слѣдовательно, въ отношеніи открытыхъ морей у насъ усвоена западно-европейская теорія публичной собственности.

³ Въ силу недопустимости распространительнаго толкованія, 10-тисаженная береговая полоса не м. б. предоставлена въ общее пользованіе по берегамъ Чернаго и Азовскаго моря. И сенатъ отвергъ, поэтому, норму объ общемъ пользованіи морскими берегами, какъ необходимомъ послѣдствіи свободы рыболовства въ морскихъ водахъ (О. С. ^{06/5} и ^{06/6}). За общую норму правильно высказывается Розенблюмъ (П. Т. К. II 378); но возстановленіе этой общей нормы не должно колебать сложившагося порядка безвозмезднымъ отобраніемъ береговъ Чернаго и Азовскаго морей.

⁴ Въ интересахъ общественныхъ дозволяется затемнѣніе дома сооружениями (ср. рѣш. 17 фев. 1916 г.).

⁵ Временныя правила объ ограниченіи рыболовства въ Азовскомъ морѣ съ его заливами и въ Керченскомъ проливѣ см. ук. 4 мая 1915 г. (С. У. Отд. I № 139, ст. 1073).

родного здравія и личной безопасности (Уст. врач. въ т. XIII и Уст. благочинія въ т. XIV. ср. Проектъ, ст. 786).¹ Кроме того, какъ на наиболѣе существенное ограниченіе права собственности, можно указать 7) на принудительное занятіе имуществомъ (см. ниже стр. 184).

IV. Права участія частнаго, какъ ограниченія права собственности.*

Легальное опредѣленіе права участія частнаго гласитъ, что оно есть право посторонняго участія въ выгодахъ чужого имущества, установленное «единственно и исключительно въ пользу кого либо изъ частныхъ владѣльцевъ (ст. 433)». Но изъ этого опредѣленія неясно, разумѣются ли здѣсь такія права, которыя возникаютъ вслѣдствіе ограниченія права собственности въ интересахъ сосѣдей (легальные ограниченія въ интересахъ сосѣдей, т. н. сосѣдское право), или и права на чужую вещь, какъ таковыя, гражданскія права, напр., сервитуты. Высказано мнѣніе, что права участія частнаго суть сервитуты, а не ограниченія права собственности (Дювернуа, Гольмстенъ, Гуляевъ), но господствующая доктрина правильно не раздѣляетъ указанного мнѣнія, видя въ правѣ участія частнаго законныя ограниченія права собственности въ интересахъ сосѣдей (Мейеръ, Шершеневичъ, Васьковскій, Ельяшевичъ и др.). Неправильна попытка видѣть въ правѣ участія частнаго и т. н. легальныя, или принудительныя сервитуты (Гороновичъ, противъ Поповъ и др.),² ибо самая конструкція легальныхъ сервитутовъ, какъ чего то средняго между сервитутами и ограниченіями права собственности, представляется невѣрною. Легальные сервитуты все же законныя ограниченія права собственности, и какъ таковыя, устанавливаются только закономъ, а не договоромъ и вообще частной волей лицъ. Сходство данныхъ ограниченій въ интересахъ сосѣдства съ сервитутами существуетъ какъ потому, что эти ограниченія возможно отмѣнять по соглашенію (вслѣдствіе чего возникаютъ даже сервитуты съ отрицательнымъ содержаніемъ законныхъ ограниченій), такъ и потому, что въ исторіи законныя ограниченія въ интересахъ сосѣдей б. ч. возникали въ видѣ сервитутовъ, какъ это имѣло мѣсто въ Римѣ. Указанное сходство объясняется лишь тѣмъ, что ограниченія права собственности сосѣдей имѣютъ въ основѣ интересъ частный, который и роднитъ ихъ съ сервитутами. Но родство это—чисто внѣшнее и не затрагиваетъ существа ограниченія права собственности, какъ легальныхъ ограниченій въ интересахъ сосѣдей, т. н. сосѣдскаго права, суживающаго объемъ права собственности. Наконецъ, дальше своей цѣли идетъ попытка разсматривать права участія, какъ ограниченія права собственности въ смыслѣ обязательственныхъ правъ (Магальскій). Ограниченія права собственности хотя бы и въ интересѣ сосѣдства все же суть ограниченія, а не какія бы то ни было гражданскія права. Тѣмъ не менѣе, не только въ литературѣ замѣчается смѣшеніе ограниченій права собственности съ сервитутами (угодіями)³, но и въ законодательствѣ.⁴

1. Права участія частнаго суть ограниченія права собственности въ интересахъ сосѣдей.

Такъ какъ въ основѣ этого типа ограниченій права собственности лежитъ частный интересъ, то данный типъ рѣзко отличается отъ правъ участія общаго, какъ особаго рода ограниченія права собственности въ публичномъ интересѣ. Такъ, ограниченія права собственности въ частномъ, или сосѣдскомъ интересѣ, естественно могутъ быть отмѣняемы по волѣ лицъ; самая защита правъ участія частнаго также находится въ рукахъ частныхъ лицъ; административная власть этими отношеніями совершенно не интересуется.⁵ Указанныя черты от-

¹ Подробнѣе П. Т. К. II 345.

*Гороновичъ, Исслѣдованіе о сервитутахъ (Ж. Г. и Уг. Пр. 1883, кн. 9). Курдиновскій, 216 и сл. Гуляевъ, Право участія частнаго въ практикѣ сената. 1914. Исаченко, Искъ о защитѣ права участія частнаго и его защита (В. Г. П. 1913 № 8). Поповъ, Право участія частнаго въ новомъ законѣ о мѣстномъ судѣ (Пр. 1914 № 12 и 13). Еггоже, Право участія частнаго и новый законъ о правѣ застройки (В. Г. П. 1914, № 3). Еггоже въ П. Т. К. II 334). В. Магальскій, Опытъ конструкціи исковъ о нарушеніи права участія частнаго (Пр. 1915 №№ 43 и 44). Еггоже, Юридическая природа исковъ о нарушеніи права участія частнаго. Пгд. 1916.

² Поповъ въ В. Г. П. 1914 № 3, стр. 43, 48, 51.

³ См. подробнѣе Поповъ въ В. Г. П. 1914, 3, 51. Ср. еще Курдиновскій, 236.

⁴ Такъ, въ законѣ о правѣ застройки неправильно понимается право участія частнаго, какъ сервитутъ (ст. 542² т. X ч. 1). См. еще прим. 1 къ ст. 442.

⁵ Защита правъ участія частнаго предусматривается процессуальными законами.

мѣны права участія частнаго по соглашенію и частная защита сближаютъ право участія частнаго съ правами на чужую вещь, въ основѣ которыхъ лежитъ также частный интересъ. Поэтому, сенатъ вслѣдъ за закономъ смѣшиваетъ права участія частнаго съ сервитутами, угодьями и вообще правами на чужую вещь (^{13/36}, ср. ^{14/8}), хотя такое смѣшеніе совершенно недопустимо. Права участія все же ограниченія права собственности, а не гражданскія права. Это признаетъ и сенатъ, когда говоритъ о правахъ участія частнаго, какъ ограниченіяхъ осуществленія права собственности (^{02/126}, рѣш. ^{16/хI} 1911 д. Сикорскаго), но сенатъ не дѣлаетъ отсюда надлежащихъ выводовъ. Такъ, сенатъ говоритъ, что право участія частнаго возникаетъ по закону, договору (^{13/36}, ср. ^{93/90}, ^{85/125}, ^{76/152}) и судебному рѣшенію (^{76/503}). Между тѣмъ, ограниченія права собственности устанавливаются только по закону; они суть законныя, или легальныя ограниченія права собственности. Далѣе, сенатъ допускаетъ, что право участія частнаго, какъ неполное право, можетъ прекратиться по давности (^{88/83}), какъ по давности же можетъ прекратиться право собственности. На самомъ дѣлѣ, ограниченія права собственности, какъ законныя ограниченія, давности не подлежатъ, и сенатъ по частнымъ случаямъ призналъ это.¹

2. *Право участія частнаго есть прежде всего а) право на дорогу черезъ землю сосѣда и б) ограниченія въ поднятіи воды рѣки и вообще в) въ водномъ правѣ.*

а. Такъ, законъ обязываетъ сосѣда дать сосѣду же дорогу черезъ свою землю, какъ для прогона скота и водопоя (ст. 448-450), такъ вообще для прохода, проѣзда на пашни, лѣса и другія угодья (тѣ же ст.). Такъ какъ эта дорога дается при замкнутости владѣнія, т. е. если нѣтъ никакой дороги черезъ чужое владѣніе (^{70/109}, ^{75/137}, ср. ^{02/7}),² то такая дорога называется *необходимой дорогой* (Notweg). Необходимая дорога, проходя черезъ чужую землю, ограничиваетъ у насъ право собственности въ исключительно строгихъ условіяхъ. Именно, нѣтъ права на необходимую дорогу, если имѣется дальняя или неудобная дорога (^{70/10}, ^{75/137}, ^{87/10} и др.), или имѣется плановая дорога, хотя бы она фактически и не существовала,³ или если дорога можетъ быть проведена по собственной землѣ, хотя бы и съ громадными затратами.⁴ Правильно поступаетъ Ш. У. (ст. 694), которое за полное вознагражденіе предоставляетъ сосѣду право требовать удовлетворительной дороги. Необходимая дорога въ 3 саж. (ст. 449) относится къ малымъ дорогамъ, и измѣненіе ея направленія возможно по волѣ собственника, только бы дорога не была худшей (ст. 891 и 892 Уст. Пут. Сооб., см. стр. 151).

б. Владѣлецъ земель и покосовъ, лежащихъ вверху рѣки, имѣетъ право требовать, чтобы сосѣдъ за прудами не поднималъ рѣчной воды «и оною не потоплялъ его луговъ, пашней и не останавливалъ дѣйствія его мельницы» (п. 1 ст. 442). Такое же право сенатъ признаетъ и за нижнимъ владѣльцемъ (^{96/17}). Ограниченіе прибрежнаго владѣльца поднимать воду за прудами устанавливается примѣнительно къ тому уровню воды (высота подъема), который существовалъ въ моментъ возникновенія права участія частнаго, напр. при устройствѣ мельницы (^{09/76}, ^{13/80}). Однако, ограниченіе права собственности имѣетъ въ виду не только т. н. подтопъ, т. е. покрытіе земли водой, но и просачиваніе воды изъ-подъ земли (инфильтрація).⁵

¹ Такъ, подтопъ, напр., луговъ сосѣда, не можетъ по давности освободить другого сосѣда отъ обязанности не подтоплять луга. Сенатъ это объясняетъ тѣмъ, что подтопъ-длежащее нарушеніе (^{96/17}). Не подлежатъ давности и право необходимой дороги (см. также Г. У. ст. 917 и 924). Иначе Курдинъ и в с к і й. 67.

² ^{02/114} (о желѣзныхъ дорогахъ), ^{81/173} (о дворовыхъ и вообще городскихъ мѣстахъ).

³ Отд. рѣш. сен. (см. Пр. 1916. 2115).

⁴ Невозможность имѣть дорогу относится къ существу дѣла; не требуется абсолютной, физической невозможности (отд. рѣш. сен. см. Пр. 1916, 2115).

⁵ Рѣш. ^{4/II} 1915 г. ср. ^{85/341} ^{02/126} (см. Пр. 1915, 631).

Законъ ограничиваетъ сосѣда и въ правѣ примычки плотины къ чужому берегу безъ согласія сосѣда (ст. 442 п. 2).¹ Но это ограниченіе мнимое, ибо здѣсь вторженіе въ чужое право собственности составляетъ уже правонарушеніе. Если законъ говорить объ этомъ мнимомъ ограниченіи здѣсь и въ другихъ мѣстахъ, то, повидимому, онъ исходитъ изъ примитивнаго юридическаго представленія о неограниченныхъ правахъ осуществленія собственности. Строя плотину, собственникъ осуществляетъ свое право. Повидимому, примычка плотинъ къ чужому берегу широко практиковалась. Это видно изъ того, что законы нашли нужнымъ практически же разграничить интересы сосѣдей противоположныхъ береговъ (ст. 443 и прим., ст. 444).

в. Правила о дорогахъ, водопояхъ, прогонахъ для скота содержатся еще въ особомъ приложеніи къ законамъ о состояніяхъ (ст. 442 прим. 1). Однако, у насъ слабо разработаны ограниченія права собственности сосѣдей въ цѣляхъ осушительныхъ, оросительныхъ и обводительныхъ, т. е. мало разработано водное право. Между тѣмъ, въ Закавказьѣ, въ Крыму и въ казачьихъ земляхъ вопросы воднаго права—первостепенной важности.² Законъ относитъ водное право сосѣдей къ праву участія частнаго (ст. 442 прим. 2); также и сенатъ^(79/243, 15/39), но для Туркестанскаго края оно есть право участія общаго^(09/13).

3. *Гораздо многочисленнѣе права участія частнаго въ отношеніи владѣльцевъ сосѣднихъ домовъ.*

Но и здѣсь встрѣчаются ограниченія мнимыя, которыя могутъ быть поняты лишь при примитивномъ юридическомъ представленіи о правѣ собственности. Такъ, наши законы говорятъ, что хозяинъ дома не долженъ пристраивать поварни и печи къ стѣнѣ дома сосѣда, лить воду и сметать соръ на домъ или дворъ его, не дѣлать ската своей кровли на дворъ его (ст. 445). Дѣйствительнымъ ограниченіемъ является запрещеніе дѣлать окна на дворъ или крышу сосѣда, безъ согласія его, въ строящемся на самой межѣ домѣ; въ противномъ случаѣ, окна слѣдуетъ закладывать (ст. 446). Ограниченіе это, какъ право участія частнаго, можетъ отпасть по договору (отрицательный оконный сервитутъ). Впрочемъ, законъ дозволяетъ и безъ договора дѣлать окна на сосѣдніе дворы, если домъ построенъ не на самой межѣ, а съ нѣкоторымъ отступленіемъ отъ нея. Но, въ этомъ случаѣ, хозяева-сосѣды могутъ безпрепятственно воздвигать на своей землѣ всякаго рода строенія, не обращая вниманія на то, что окна сосѣдняго дома, обращенныя на чужой дворъ, будутъ имѣть недостаточный свѣтъ, благодаря новой постройкѣ (ст. 447). Само собой понятно, что окна и двери не могутъ быть дѣлаемы въ брандмауерѣ, отдѣляющемъ кровлю сосѣднихъ зданій (ст. 445).

Таковы ограниченія права собственности въ интересъ сосѣдей у насъ. Несомнѣнно, что они очень бѣдны. Было уже замѣчено, что недостаточно урегулированы стоки воды и необходимыя для этого сооруженія (ср. Проектъ, ст. 787—798), между тѣмъ какъ для осушки мѣстностей и вообще въ цѣляхъ сельскаго хозяйства и промышленности водныя сооруженія крайне необходимы. Далѣе, не предусмотрены ограниченія права собственности въ цѣляхъ разграниченія сосѣдскихъ владѣній, а равно нѣтъ правилъ о дѣревьяхъ и плодахъ, растущихъ на границѣ двухъ имѣній³ (ср. Проектъ, ст. 804—806 и

¹ О правѣ на дорогу къ рѣкѣ, вслѣдствіе измѣненія русла рѣки (ст. 451) см. выше стр. 149.

² Закономъ 3 нояб. 1890 г. созданы правила для орошенія полей въ Закавказьѣ. Правила пользованія проточными водами въ Крыму изложены въ Уст. Сельск. хоз. изд. 1903 по прод. 1912, ст. 236-320.⁵³ См. еще комментарий Гольдовскаго къ^{15/13} Гамбаровъ, Водное право (Энци. слов. Граната). Егизаровъ, О водовладѣніи въ Закавказскомъ краѣ (Киев. Унив. Изд. 1896, июль). Водный законъ Королевства Баварскаго 23 марта 1907 г., перев. съ пред. Нечаева (Ж. М. Ю. 1909 № 5. 315.). Каценельбаумъ, Земельныя улучшенія и наше водное законодательство (Пр. 1910, № 3). Флексоръ, Дѣйствующее законодательство по водному праву. 1910. Готовится къ печати сборникъ статей по водному праву Гамбарова, Нечаева, Вальтера, Гинце, Гольдовскаго и др.).

³ Сенатъ преподавалъ недостаточно правильное разъясненіе объ убыткахъ отъ тѣни вѣтвей^(12/51) и вмѣстѣ съ тѣмъ установилъ предѣлы примѣненія принципа: qui suo iure utitur, neminem laedit. Оцѣнку сенатской практики даетъ М. Винаверъ (въ Вѣст. Гр. Пр. 1913 № 3). См. выше § 18.

811—812). Далѣе, не предусмотрѣны ограниченія права собственности въ цѣляхъ сохраненія зданій, нуждающихся для своей починки въ доступѣ ихъ владѣльца на сосѣдскую землю (Проектъ, ст. 799), а равно и сохраненія зданій, добросовѣстно воздвигнутыхъ на чужой землѣ (Проектъ, ст. 808). Наконецъ, не предусмотрѣна прокладкa прохода въ, имѣющая нынѣ большое значеніе (Ш. У. ст. 691).

§ 23. ВИДЫ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ.

I. Полная собственность и личная собственность.

Какъ было замѣчено (§ 22 I), одинаго понятія о правѣ собственности не существуетъ, т. к. различный объемъ (содержаніе) и вообще различныя ограниченія права собственности дѣлаютъ это право относительнымъ понятіемъ. Вслѣдствіе этого приходится различать особые виды права собственности.

1. *Такъ, наши законы говорятъ о полной и неполной собственности, подразумеваемая подъ послѣдней ограниченное постороннимъ участіемъ право собственности (ст. 423).**

Здѣсь рѣчь идетъ, однако, о доктринальномъ дѣленіи права собственности. Въ сущности, оно чуждо нашему законодательству и заимствовано черезъ австрійское уложеніе (ст. 357) изъ средневѣковой юриспруденціи (*dominium illimitatum sive plenum* и *limitatum sive minus plenum*).¹ Въ средневѣковой юриспруденціи указанное дѣленіе права собственности на полное и неполное покоилось на особомъ поземельномъ строѣ, при которомъ право собственности дѣлилось между прямымъ собственникомъ (*dominus directus*) и пользователемъ на правѣ собственности (*dominus utile*). Разслоеніе права собственности ни теоретически, ни практически не допустимо.²

2. *Въ связи съ современнымъ крестьянскимъ законодательствомъ, различаютъ также индивидуальную и личную собственность.**

Понятіе индивидуальной собственности предполагаетъ, что собственность принадлежитъ какому либо одному лицу — индивиду, субъекту права, будетъ ли имъ физическое лицо, или юридическое. Въ законахъ гражданскихъ указанный терминъ не встрѣчается, но данный видъ собственности есть основной для современнаго общества; поэтому право собственности и индивидуальная собственность равнозначая понятія. Если индивидуальная собственность представляется какъ бы общимъ мѣриломъ права собственности, то т. н. у насъ личная собственность образуетъ особый подвидъ этой собственности. Подъ ней разумѣется *надѣльная земля, укрѣпленная вышедшему изъ общины крестьянину въ индивидуальную собственность съ значительнымъ уменьшеніемъ ея объема.*

Право на укрѣпленіе надѣльной земли³ имѣетъ крестьянинъ, не утратившій права на пользованіе надѣльной землей въ сельскомъ обществѣ. Это право утрачиваютъ переставшіе быть членами общины съ выборкой купеческаго свидѣтельства⁴ или перечислившіеся въ другое сословіе до ук. 5 окт. 1906 г.⁵ или высланные по приговору общества

*Ельяшевичъ (П. Т. К. II 280). Леберъ (Арх. I 14/55)

¹ Дѣленіе это извѣстно Прусскому Ул. и Своду Гр. Уз. Губ. Прибалтійскихъ (III часть, ст. 942, 14/55).

² Поэтому нельзя признать правильной и современную попытку, предложенную Фоссомъ, расщеплять право собственности (см. Ю. В. VII—VIII, 232).

*См. ниже общинное землевладѣніе. Озерецковскій, Выходъ изъ общины и права личного собственника на участіе въ угодьяхъ общества (Пр. 1911 № 8). Хауке, Отрубное владѣніе (Ю. В. 1915 III 132). Бошко (Труды Ц. Кр. Кіевъ, III).

³ Непремѣннымъ условіемъ укрѣпленія надѣльной земли въ личную собственность является опредѣленность правъ сельскаго общества на надѣльную землю (2 деп. 24 апр. 1912 г. № 4143), обособленность землевладѣнія (2 деп. 6 Іюля 1915 № 6204).

⁴ Ст. 17⁹ Общ. Пол. Ук. 2 деп. 29 марта 1913 г., по д. Лядова, № 3589.

⁵ Ст. 17⁹ Общ. пол. Ук. 2 деп. 31 мая 1912 г. № 6010.

(а не въ порядкѣ охраны)¹. Количество подлежащей земли въ личную собственность опредѣляется въ зависимости отъ состава семьи домохозяина въ моментъ подачи заявленія объ укрѣпленіи сельскому старостѣ.² При чемъ, если фактической размѣръ пользованія общинной землей не соответствовалъ законному приговору о передѣлѣ или и соответствовалъ, но количество членовъ уменьшилось, то излишекъ остается въ личной собственности за доплату.³ О такой доплатѣ нѣтъ рѣчи, если въ теченіе 24 лѣтъ, предшествовавшихъ заявленію отдѣльных домохозяевъ о переходѣ къ личной собственности, не имѣли мѣста законные передѣлы въ сельскомъ обществѣ (ук. 9 нояб. 1906 г.)⁴ или вовсе не было передѣловъ (зак. 14 іюня 1910 г.)⁵. Удостовереніемъ права на личную собственность тамъ, гдѣ не было общихъ передѣловъ, служить *удостоверительный актъ*, выдаваемый земскимъ начальникомъ, и только на *надѣльную землю*, находящуюся въ безспорномъ фактическомъ, постоянномъ пользованіи крестьянина, къ моменту обнародованія зак. 14 іюня 1910 г., по какимъ бы частнымъ сдѣлкамъ она къ нему до этого времени ни перешла.⁶ При чемъ, укрѣпленіе⁷ должно имѣть мѣсто въ отношеніи всей земли, обнимать *весь надѣлъ* въ полномъ составѣ, а не въ какой либо части, развѣ бы крестьянинъ отказался отъ какихъ либо частей, ибо укрѣпленіе земли въ личную собственность сопровождается выходомъ изъ общины.⁸ Крѣпостной порядокъ признается нынѣ обязательнымъ въ отношеніи и надѣльныхъ земель (ст. 123 Пол. земл.)⁹.

Уменьшеніе объема (содержанія) личной собственности выражается въ томъ, что *права на нѣдра земли* остаются за обществомъ (подробнѣе ниже). Далѣе, личный собственникъ въ общемъ связанъ пользованіемъ вмѣстѣ съ общиной въ отношеніи *непередѣляемыхъ* угодій. Именно, хотя въ виду ст. 39 Пол. земл., въ случаѣ *ходатайства* крестьянина о томъ, выдѣляются ему одновременно съ выдѣломъ пахотной земли и прочія угодья, но при невозможности произвести выдѣлъ въ угодьяхъ, состоящихъ въ нераздѣльномъ пользованіи, устанавливается *право участія въ пользованіи въ неизмѣнной долѣ*. Если же долю установить совершенно невозможно, то за домохозяиномъ сохраняется лишь *право на участіе въ пользованіи на принятыхъ въ общество основаніяхъ*.

¹ Ст. 17⁹ Общ. пол. Ук. 2 деп. 10 янв. 1913 г. № 147.

² Ст. 17¹¹⁻¹⁵ Общ. пол. Ук. 2 деп. 30 сент. 1910 г. № 5642.

³ Ст. 17¹¹⁻¹⁵ Общ. пол. Ук. 1 Общ. Собр. 12 марта 1912 г. № 3241 по д. Галкина, ук. 2 деп. 11 сент. 1913 г. № 7111 по д. Конона Колесникова. Ср. ук. 2 дек. 11 сент. 1913 г. № 7152.

⁴ Ст. 17¹¹⁻¹⁵ Общ. пол. Ук. 2 деп. 11 сент. 1913 г. № 7152.

⁵ Ст. 17² Сбщ. пол. Ук. 2 деп. 17 дек. 1914 г. № 9346.

⁶ Ст. 17² Общ. пол. Ук. 2 деп. 17 дек. 1914 г. № 9346. Уѣздные сѣзды по дѣламъ объ укрѣпленіи земли обязаны составлять подробное постановленіе, а не ограничиваться наложеніемъ штампа на постановленіе земскаго начальника (Ук. 2 деп. 2 сен. 1915 г. № 7007). Вообще существуетъ большое обиліе въ способахъ доказыванія права собственности. Такъ, по ук. 9 нояб. 1906 г., на ряду съ укрѣпительными приговорами сельскихъ и селенныхъ сходовъ и рѣшеніями судебныхъ мѣстъ, имѣютъ то же значеніе еще постановленія земскихъ начальниковъ, приговоры о переходѣ сельскихъ обществъ къ отрубному владѣнію, т. наз. *удостоверительныя* приговоры о принадлежности земли крестьянину-домохозяину и даже сдѣлки объ отчужденіи, совершенныя въ волостныхъ правленіяхъ до 25 января 1883 года (ст. 2 отд. II зак. 9 ноября 1906 г.). Указанные способы установленія права собственности значительно расширены закономъ 14 іюня 1910 года. Здѣсь, на ряду съ приведенными доказательствами права собственности, таковыми признаются и постановленія уѣздныхъ сѣздовъ и землеустроительныхъ комиссій о выдѣлѣ участковъ къ однимъ мѣстамъ, и акты землеустройства сельскихъ обывателей, и приговоры о переходѣ отъ общиннаго къ подворному землевладѣнію и проч. (ст. 51 зак. 14 іюня 1910 г.). См. Б у т о в с к і й, В. П. 1915, № 27, 799.

⁷ Сенатъ призналъ право за крестьяниномъ отказаться отъ укрѣпленія при вторичномъ разсмотрѣнн дѣла объ укрѣпленіи, за отмѣной сенатомъ первоначальнаго укрѣпительнаго постановленія; при чемъ, акты отчужденія, совершенныя въ указанномъ промежуткѣ, могутъ быть оспорены общимъ судебнымъ порядкомъ въ теченіе 10 лѣтъ (Раз. Мин. Внутр. Дѣль по зем. стд. отъ 16 марта 1914 г. № 8745, см. В. П. 1915 № 15, 467).—З е м л е у с т р о и т е л ь н ы е п р о е к т ы могутъ подвергаться измѣненіямъ лишь со стороны техническихъ подробностей, а не матеріальныхъ правъ участниковъ землеустройства (Ук. 2 деп. 6 нояб. 1914 № 6862 и 30 іюня 1915 г. № 6142).

⁸ Ук. 2 деп. 2 сен. 1915 г. № 7008.

⁹ Б у т о в с к і й, признавая мысль П о б ѣ д о н о с ц е в а о дѣйствительности неформальныхъ домашнихъ актовъ, отстаиваетъ ее также и въ отношеніи надѣльныхъ земель (Ж. М. Ю. 1916, 6, 71) Однако, такая позиція не м. б. оправдана закономъ.

Ст. 39, при всей ея неопредѣленности, ясно, однако, показываетъ, что личный собственникъ въ отношеніи угодій остается еще въ формахъ земельной общности, которую къ тому же нельзя смѣшивать съ общей собственностью. При общей собственности, для распоряженія требуется у насъ единогласіе, тогда какъ при данной земельной общности достаточно большинства голосовъ (ст. 74 Наказа)¹. Такимъ образомъ, личная собственность въ отношеніи угодій (тамъ, гдѣ нѣтъ прирѣзки взамѣнъ угодій излишка надѣльной земли) остается еще недостаточно индивидуализированной. Наконецъ, личный собственникъ значительно ограниченъ и въ отношеніи личной собственности на надѣльную землю. Онъ ограниченъ въ свободѣ распоряженія ею путемъ продажи и даренія (ст. 19¹ Общаго полож.). Именно, запрещено сосредоточивать въ предѣлахъ одного уѣзда надѣльную землю въ однихъ рукахъ (хотя бы и съ торговь)² путемъ покупки или принятія въ даръ свыше опредѣленной нормы.³

Личная собственность, разрушая общинное владѣніе, стремится принять форму отрубнаго владѣнія. Въ понятіе отрубнаго владѣнія входятъ представленія о сосредоточенности, округленности, хозяйственной устойчивости и прочности права. Но такъ какъ крестьянское земельное хозяйство состоитъ изъ нѣсколькихъ частей, находящихся въ различномъ юридическомъ положеніи, то вслѣдствіе этого трудно точно опредѣлить, что же такое отрубное владѣніе. Нынѣ пытаются подойти къ данному понятію формально, а не по существу, понимая подъ отрубнымъ владѣніемъ вновь образованное по землеустройству владѣніе, для котораго старшій нотаріусъ открылъ въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ особый листъ (ст. 123 Полож. земл.). Признакъ этотъ достаточно опредѣлителенъ самъ по себѣ, но практически и здѣсь возможны затрудненія.⁴ Понятіе отрубнаго владѣнія важно въ процессуальномъ отношеніи, т. к. иски о восстановленіи нарушеннаго или утраченнаго владѣнія въ отношеніи отрубнаго владѣнія не подсудны волостному суду (3 п. ст. 54 Правиль о вол. судѣ 17 іюня 1912 г.). Отрубное владѣніе можетъ въ свою очередь принимать форму хуторскаго владѣнія. При хуторскомъ землеустройствѣ усадьба переносится на полевой отрубъ, если послѣдній не прирѣзывается къ коренной усадьбѣ. Въ частности, отрубное владѣніе надо отличать отъ личной собственности въ формѣ череполоснаго владѣнія, не отведеннаго къ одному или нѣсколькимъ мѣстамъ. При чемъ, самый отводъ къ одному мѣсту или нѣсколькимъ зависитъ отъ возможности того или другого отвода, устанавливаемой по мѣстнымъ условіямъ землеустроительной комиссіей (Ук. 2 деп. 6 іюля 1915 г. № 6202). Усадебная земля могутъ быть разверстаны не иначе, какъ съ согласія ихъ владѣльцевъ (ст. 7 Нак. 19 іюня 1911 г. ср. ст. 36).

II. Общая собственность, общинное землевладѣніе, семейная собственность двора.

1. *Общая собственность,* въ противоположность индивидуальной, характеризуется тѣмъ, что одна и та же вещь принадлежитъ нѣсколькимъ субъектамъ.*

Такъ какъ при общей собственности каждый изъ собственниковъ имѣетъ право собственности на всякую матеріальную частицу вещи, то индивидуальная свобода

¹ См. подробнѣе Хауке, Отрубное владѣніе (Ю. В. 1915 III, 150 и сл.).

² Ук. 2 деп. 28 фев. 1914 г. № 1737, ст. 19¹ Общ. Пол.

³ Д. Яновъ, (Ж. М. Ю. 1913, 3, 226), Бошко, стр. 64.

⁴ Хауке (Ю. В. 1915 III 162). Паренаго, признавая неопредѣленность понятія отрубнаго владѣнія, понимаетъ его, какъ участки земли, отведенные при разверстаніи къ однимъ мѣстамъ земель разнаго владѣнія, включенныхъ въ одну дачу разверстанія (В. П. 1915, 845). При чемъ, подъ отрубнымъ владѣніемъ онъ разумѣетъ только участки, образованные изъ земель общиннаго пользованія.

*Градъ, О правѣ соучастниковъ на раздѣлъ общаго имѣнія (Ю. В. 1873, кн. 12). Жимовскій, Юридическія и практическія замѣтки по гр. праву и судопроизводству (I. 1872). Зеелеръ, Ученіе о правѣ общей собственности по римскому праву (1895). Товстолѣсъ, Общая собственность по русск. гражд. праву (Ж. М. Ю. 1900, № 8). Бутовскій, Право преимущественной покупки по дѣйств. праву и по проекту гр. ул. (В. П. 1905, кн. 6). Егоже, Продажа и залогъ долей въ общемъ имѣніи (Ж. М. Ю. 1907 № 10). Егоже, Давность и общее владѣніе (Пр. 1909, № 37.). Бардзскій, Согласіе совладѣльцевъ на продажу доли въ общемъ имѣніи (В. П. и Н. 1910 № 5).

каждаго изъ нихъ значительно стѣснена, что и отличаетъ по существу общую собственность отъ индивидуальной. Въ частности, распоряженіе вещью возможно у насъ только съ общаго согласія (ст. 554, 1632, ⁸⁰/₁₀₂). Но т. к. общее согласіе всѣхъ собственниковъ въ распоряженіи вещью противорѣчитъ принципу индивидуальной свободы, — основѣ современнаго частнаго строя, то, въ цѣляхъ смягченія этого противорѣчія, гражданское право предоставляетъ каждому участнику особыя права. Эти права сводятся, во 1-хъ, къ праву участника въ общей собственности продать¹ и заложить свою долю (свой жребій, ст. 555). При чемъ, участникъ не обязанъ предупредить о продажѣ другихъ соучастниковъ (⁰⁰/₅₅), но каждый изъ нихъ имѣетъ право преимущественной покупки. Поэтому, если соучастникъ узнаетъ о запроданной долѣ, то можетъ удержать ее при равныхъ условіяхъ съ покупателемъ (⁰⁰/₅₅), пока купчая еще не утверждена (⁰⁵/₄₇).² Во 2-хъ, каждый изъ соучастниковъ имѣетъ право на выдѣлъ своей доли вообще и на раздѣлъ имущества (ст. 550). Поэтому же, въ интересахъ третьихъ лицъ (кредиторовъ) доля соучастника можетъ быть продана за его долги съ публичнаго торга (ст. 1188 У. Г. С.). Въ 3-хъ, каждый соучастникъ имѣетъ неотъемлемое право обращаться къ судебной защитѣ и можетъ домогаться самостоятельно, независимо отъ другихъ совладѣльцевъ судебной защиты своего права въ общемъ имуществѣ (¹²/₄₂, ⁹⁰/₉₂, ⁹²/₇₅ и ⁹²/₉₃).

Изъ изложеннаго слѣдуетъ, что въ нашемъ правѣ общая собственность конструируется какъ собственность по долямъ (жребіямъ, ст. 555), и между собственниками нѣтъ внутреннихъ, личныхъ, связующихъ ихъ отношеній (римская конструкция).

Такъ какъ ни одинъ участникъ не въ состояніи указать своей матеріальной части вещи,³ на которую ему принадлежало бы исключительно право собственности, то вслѣдствіе этого говорятъ не о матеріальной, а объ идеальной, мыслимой долѣ каждого участника въ общей собственности, и понимаютъ эту долю въ смыслѣ известной доли цѣнности вещи. При такомъ пониманіи, идеальная доля реально выражается въ доходности вещи (ст. 554). Если, напр., домъ, находящійся въ общей собственности трехъ наслѣдниковъ, приноситъ имъ чистаго дохода девятьсотъ рублей, то идеальная доля каждого наслѣдника выразится реально, при равенствѣ ихъ долей, въ 300 руб. Поэтому же, если наслѣдники сами живутъ въ домѣ, т. е. не получаютъ дохода, идеальная доля каждого изъ нихъ (даже при неравенствѣ ихъ наслѣдственныхъ долей) оказывается равной.

Но возможно конструировать общую собственность и такимъ образомъ, что между соучастниками въ собственности имѣется внутренняя, личная связанность, и что поэтому, помимо правъ собственниковъ, между соучастниками существуютъ особыя права и обязанности. При такой конструкціи общая собственность приобрѣтаетъ болѣе сложный видъ особаго общенія, а не механической связанности однимъ предметомъ въ отношеніи права собственности. Такая совокупная собственность (Gesamteigentum), известная германскому праву (германская конструкция) можетъ быть сближена у насъ съ общей собственностью крестьянскаго двора (Гуляевъ), земледѣльческаго товарищества (для совмѣстной покупки и эксплуатаціи земли, Кассо).⁴

Наиболѣе частый случай возникновенія общей собственности по закону есть наслѣдованіе (ст. 1313); болѣе частый случай ея прекращенія — раздѣлъ. Но у насъ существуетъ также и особаго рода общая собственность на надѣльную землю. Именно, когда участки надѣльной земли находились въ нераздѣльномъ владѣніи матери и дѣтей или нѣсколькихъ лицъ, не со-

¹ Но не въ надѣльной землѣ (О. С. ¹¹/₃₁). См. Петерсонъ (въ Правѣ 1914 № 23).

² См. рѣш. ¹⁰/_v 1917 (въ Пр. 1917 № 18—26, 1045).

³ По этой причинѣ право собственности на общую вещь можетъ быть приобрѣтено другимъ лицомъ по давности только въ томъ случаѣ, когда ни одинъ изъ участниковъ не владѣетъ этой вещью въ теченіе давностнаго срока.

⁴ Товарищества крестьянъ, приобрѣвшія землю при содѣйствіи Крестьянскаго Банка — юридическія лица (¹⁰/₉₆). О собственности по Ш. У. см. ст. 646 и сл., которыя подробно и цѣлесообразно регулируютъ соотношенія сособственниковъ.

стоящих между собою въ родствѣ по прямой нисходящей линіи, то участки составляютъ ихъ общую собственность (ст. 48 Зак. 14 іюня 1910 г.).¹ Этого рода собственность подчинена режиму личной крестьянской собственности. Но общая собственность возникаетъ и вслѣдствіе ю р и д и ч е с к а г о с о б ы т і я, напр., обезлѣсенія земли (окончательная вырубка лѣса), находящейся въ юго-западныхъ губерніяхъ въ общемъ пользованіи крестьянъ и помѣщика (О. С. ⁹⁶/₄₄, Г. Д. ⁹⁸/₅₃, ¹⁵/₄₂). При чемъ, сенатъ подчиняетъ раздѣлъ общей собственности на обезлѣсенную землю судебному раздѣлу (¹⁵/₄₂).² Но съ судебнымъ раздѣломъ можетъ конкурировать административный порядокъ раздѣла (В о р м с ь, Арх. ¹⁵/₄₂). Общая собственность можетъ возникать и въ с и л у д о г о в о р а (пріобрѣтеніе имущества нѣсколькими лицами, ⁷¹/₄₃₂) и даже въ видѣ общей собственности на многоквартирный домъ (кооперативно-строительныя товарищества на квартиру въ кооперативныхъ домахъ). Указанная общая собственность возникаетъ, однако, рѣдко, т. к. если и возможно допустить продажу идеальной доли,³ такого дома, то затрудненія встрѣчаются (не говоря уже о трудностяхъ использования ипотечнаго кредита) въ томъ, что для распоряженія и управленія домомъ требуется единогласіе⁴.

2. *Общинное землевладѣніе предполагаетъ существованіе общины, какъ союза сельскихъ обывателей, и въ этомъ публично-правовомъ моментъ наиболее характерная черта самаго общиннаго владѣнія землей**.

Происхожденіе русской общины до настоящаго времени спорно: возникла ли она естественнымъ образомъ теорія естественнаго происхожденія общины (К а ч о р о в с к і й, К а у ф м а н ь), или она есть искусственный продуктъ государственной политики (теорія государственнаго происхожденія, Ч и ч е р и н ь, С е р г ѣ в и ч ь, М и л ю к о в ь). Въ послѣднемъ случаѣ обыкновенно предполагается, что она создана государствомъ сравнительно поздно, въ фискальныхъ цѣляхъ и въ связи съ крѣпостнымъ правомъ. Какъ бы ни объяснять происхожденіе у насъ общины (вѣроятно первая теорія), несомнѣнно одно, что ея новая исторія начинается съ Полож. 19 февр. 1861 г., коимъ определено поземельное устройство помѣщичьихъ крестьянъ (Положеніемъ же 24 ноября 1866 г. определено устройство государственныхъ крестьянъ). Особенностью русской поземельной общины является передѣлъ земли; при чемъ, по Пол. 19 февр. допускался выдѣлъ въ собственность надѣла по внесеніи крестьяниномъ причитающейся на его долю выкупной суммы (ст. 165 п. 2). Это указывало, что община по Полож. 19 февр. искусственно связывалась въ одно цѣлое обязанностью ея членовъ вносить выкупные платежи за надѣльную землю. Однако, вслѣдствіи указанное право крестьянина было отмѣнено (законы 1893 гг.), и община признавалась таковой, независимо отъ обязанностей вноса выкупныхъ платежей, явилась замкнутой общиной, хотя общества и получили данныя на свои земли. Ук. 4 ноября 1905 г. освободилъ надѣльные земли отъ выкупныхъ платежей. А указомъ 9 ноября 1906 г. были кодифицированы правила о переходѣ отъ общиннаго вла-

¹ Неясно, имѣетъ ли право на долю въ общей собственности мать при наличности отца домохозяйина, но едва ли сомнительно, что дяди исключаютъ племянниковъ. см. еще О. С. ¹¹/₃₁.

² Спорно, могутъ ли при этомъ примѣняться правила о раздѣлѣ наслѣдства, хотя въ законахъ не дается другихъ правилъ судебного раздѣла.

³ Ж у р а в л е в ь, Права членовъ кооперативно-строительныхъ товариществъ на квартиры въ кооперативныхъ домахъ (Ж. М. Ю. 1916, 9, 198). О правѣ постоянного пользованія, кооперативными домами, какъ обязательственнымъ правѣ, см. здѣсь же стр. 201.

⁴ Иначе правильно поступаетъ Г. У. ст. 745 и Ш. У. ст. 657, которыя ограничиваются требованіемъ большинства голосовъ.

*П а х м а н ь, Обычное гражданское право въ Россіи (I. 1877, 9-24). К о в а л е в с к і й, Общинное землевладѣніе. 1879. К а ч о р о в с к і й, Русская община (1900, 2 изд. 1906 и 1908). В. В. Къ исторіи общинъ въ Россіи (1902). Л ы к о ш и н ь, Общинное и подворное владѣніе (Ж. М. Ю. 1896, № 2). И з г о е в ь, Общинное право (1906). К а р е л и н ь, Общинное землевладѣніе въ Россіи (1893). К а у ф м а н ь, Русская община (1908). Е г о ж е, Крестьянскій строй т. III 1905 г.). В о р м с ь, Выдѣлъ изъ общины по дѣйствующему праву (В. П. 1906 № 4) Е г о ж е, Реформа крестьянскаго землевладѣнія и гражданское право (Вопр. Пр. 1911 № 4). Р о з е н б л о м ь, Частно-правовыя черты надѣльнаго землевладѣнія (1910 № 2). П о з н а к о в ь, Дареніе надѣльной земли (В. П. и Н. 1911 № 44). П а в л о в ь, Допустимость завѣщательныхъ распоряженій надѣльной землей (Пр. 1911 № 2, 25). Х а у к е, Крестьянское земельное право. 1913. Л е о н т ь е в ь, Крестьянское право (2 изд. 1914). В о р м с ь, Имущество обществъ сельскихъ обывателей (въ П. Т. К. II 235). Законъ 14 іюня 1910 г. съ подробными разъясненіями къ нему Т ю т р ю м о в а, а также В о л к о в а (Пгд. 1912). Д е н ь, Сборникъ узаконеній и разъясненій по землеустройству и землевладѣнію (Пгд. 1912). Б о ш к о, Къ аграрному вопросу въ Россіи (Труды Ц. К., Кіевъ III и отдѣльно 1917 г.).

дѣнія къ индивидуальной собственности, о выдѣленіи также надѣла въ частную собственность, чѣмъ общинное землевладѣніе утрачивало характеръ публично-правовой собственности и приближалось къ общей собственности. Закономъ 14 іюня 1910 г. пришедшимъ на смѣну вышеназванному указу, окончательно разрушалась общинное землевладѣніе. Именно, согласно ст. 1-ой зак. 14 іюня 1910 г., «общества и имѣющія отдѣльныя владѣнія селенія, въ коихъ не было общихъ передѣловъ со времени надѣленія ихъ землею, признаются перешедшими къ наслѣдственному (участковому или подворному) владѣнію»¹. Если участки во время обнародованія закона 14 іюня 1910 г. состоятъ въ безспорномъ постоянномъ (не арендномъ) пользованіи отдѣльныхъ домохозяевъ, то они признаются личною ихъ собственностью (ст. 2). Что же касается обществъ и селеній, производящихъ общіе передѣлы, то каждый домохозяинъ можетъ во всякое время требовать укрѣпленія въ личную его (ст. 2) или общую собственность (ст. 48) причитающейся выходящимъ изъ общины части общинной земли (ст. 9). Самое преобразование общиннаго землевладѣнія въ личную собственность и общую собственность совершается на основаніи землеустроительнаго закона—Положенія о землеустройствѣ 29 мая 1911 г. и Наказа 19 іюня того же года. При чемъ, землеустроительныя дѣйствія существенно затрагиваютъ гражданскія права крестьянъ².

Въ собственномъ смыслѣ подъ общиннымъ владѣніемъ слѣдуетъ понимать *право собственности*³ на мірскую (надѣльную) землю общины, какъ юридическаго лица, при чемъ отдѣльные члены общины имѣютъ право пользованія землей *совмѣстно или обособленно*. Общину юридическимъ лицомъ считаетъ и сенатъ (^{83/115, 89/656, 09/84, 80/246} и О. С. ^{03/14}), но въ литературѣ спорно, есть ли наша община юридическое лицо.⁴ Отчасти и самъ законъ способствуетъ этому, смѣшивая общинную собственность съ общей (ср. ст. 555 прим. и ст. 414 п. 3). Это смѣшеніе продолжаетъ поддерживать и новый законъ. Статьею 9 закона 14 іюня 1910 г. право на выдѣлъ предоставлено членамъ общины, и въ этомъ отношеніи общинная собственность уравнена съ общей собственностью (1 б). Общинная собственность, съ ея передѣлами, подчинена особому крестьянскому праву и представляетъ собою полную противоположность индивидуальной собственности⁵.

Именно, надѣльныя земли,⁶ составляющія предметъ общинной собственности, подчинены особому режиму. 1) Отчужденіе надѣльной земли происходитъ не иначе, какъ по особому приговору общества, и утверждается губернскимъ присутствіемъ (свыше 500 руб. Мин. Внутрен. Дѣль, ст. 18 Общ. Пол.); однако, въ случаѣ экспроприаціи не требуется утвержденія (ст. 22 Общ. Пол.).⁷ При чемъ, распределеніе вознагражденія за принудительно-отчужденную землю

¹ «Дѣйствіе настоящей (1) статьи не распространяется на общества и селенія, надѣленныя землей послѣ 1 января 1887 г.» (прим. къ ст. 1).

² Б. Мартыновъ, Понятіе землеустройства по полож. 29 мая 1911 г. (Ж. М. Ю. 1915, № 8 и № 9). Е го же, Понятіе и значеніе землеустройства (докладъ Пгд. Юрид. Общ. см. Пр. 1916 № ^{51/52}, 2852; здѣсь же возраженія). Подъ землеустройствомъ, Мартыновъ разумѣетъ, систему дѣйствій, направленныхъ на созданіе самостоятельныхъ земельныхъ владѣній, преимущественно путемъ сведенія ихъ къ одному мѣсту. Значеніе же землеустройства сводится къ расшатыванію частно-публичнаго правового союза-общины во имя частной собственности. Слѣдуетъ замѣтить, что законъ 29 мая 1911 примѣняется не только къ надѣльному землевладѣнію, но и внѣнадѣльному. Законъ этотъ имѣетъ въ виду вообще мелкое землевладѣніе и преимущественно крестьянское. — Ивероновъ, Основы землеустроительнаго дѣла. 1915. Новѣйшую практику см. В. П. 1915, № 29, 1091, В. П. 1916 № 5, 140. Маматовъ, Полож. о землеустройствѣ (комментир. изд. М. 1916).

³ Также сенатъ.

⁴ Такъ, напр., Побѣдоносцевъ не признаетъ общины юридическимъ лицомъ (почти также Изгоевъ); иначе правильно Вормсъ, Леонтьевъ, Шершеневичъ; см. подробнѣе у послѣдняго, Учебникъ, II 371).

⁵ Общинную собственность слѣдуетъ отличать также отъ крестьянской земли, какъ приобрѣтенной въ собственности крестьянскимъ обществомъ на основаніи общихъ законовъ, такъ и крестьянской земли, прибрѣтенной въ собственность товариществами при содѣйствіи Крестьянскаго Поземельнаго Банка. Законы о крестьянскомъ землевладѣніи изложены въ Положеніи о сельскомъ состояніи (прилож. къ т. IX св. зак. по прод. 1912 г.). О старозаимочныхъ земляхъ см. П. Т. К. II 287, 273.

⁶ О надѣльныхъ земляхъ см. выше. О надѣльныхъ старозаимочныхъ см. Вормсъ, (П. Т. К. II 287 прим. 1 подъ 1).

⁷ Подробнѣе П. Т. К. II 245 и сл.

отнесено сенатомъ къ вѣдомству сельскаго схода (¹⁵/₅₉, Вормсъ).¹ Надѣльныя земли вовсе не могутъ быть отчуждаемы путемъ взысканія по судебнымъ рѣшеніямъ (ст. 20 Общ. Пол., также и принадлежности земель, ⁹⁶/₁₀₂).² Постановленія объ отчужденіи земли проникнуты публичнымъ характеромъ: губернское присутствіе, а въ соотвѣтствующихъ случаяхъ и казенная палата въ правѣ оспорить сдѣлку отчужденія (¹²/₁₀, ¹²/₁₂). А судъ, по собственному почину, обязанъ не обращать взысканія на надѣльныя земли и ихъ принадлежности (О. С. ¹²/₈). Поэтому же судъ по собственному почину обязанъ возбудить вопросъ о недѣйствительности закладной крѣпости, совершенной на надѣльной земли и съ частными лицами, и частными же учрежденіями (ст. 20 Общ. пол. ⁰²/₉₄).

2) Точно также и распоряженіе надѣльной землей, принадлежащей обществу (волостному, сельскому селенному сходу)³, опредѣляется публично-правовыми нормами. Однако, если приговоръ затрагиваетъ гражданскія права членовъ общины, то неправильные приговоры не только могутъ быть отмѣняемы въ порядкѣ административномъ, но и подлежатъ непосредственной повѣркѣ судомъ (¹¹/₇₃ и др., ср. ⁰²/₁₈ П. Т. К. II 247).

3) Членъ общины въ отношеніи надѣльной земли (но не усадебной, ¹⁵/₄₁) имѣетъ лишь право пользованія землей, подлежащей передѣлу. При чемъ, дѣла, относящіеся до общиннаго пользованія мірскою землей, предоставлены вѣдѣнію самой общины, органовъ ея управленія, и не подлежатъ вѣдомству суда (О. С. ⁸⁹/₂₀, ⁰¹/₂₇, Г. Д. ¹⁵/₅₉, ¹⁵/₄₁). И здѣсь община выступаетъ, какъ органъ административной власти въ отношеніи своихъ членовъ (см. также Ук. 2 деп. 31 авг. 1905 г. № 5022).

4) На надѣльныя земли существуютъ, наконецъ, особые крѣпостные акты. Здѣсь необходимо прежде всего различать первоначальные акты. Такъ, общества владѣльческихъ (крѣпостныхъ) крестьянъ получали первоначально уставныя грамоты. Онѣ составлялись чаще всего самимъ помѣщикомъ. Въ нихъ опредѣлялись надѣльныя земли и повинности въ пользу помѣщика. Когда же крестьяне, вполнѣдствіи, перешли на выкупъ своихъ земель и оброковъ, то уставныя грамоты были замѣнены выкупными актами.⁴ Съ момента полученія этихъ актовъ, общества являлись уже собственниками (см. ст. 156 Пол. вык. изд. 1861 г., ¹⁵/₄₁).⁵ На основаніи выкупныхъ актовъ выдавали данныя, которыя отмѣчались въ крѣпостномъ реестрѣ и являются нынѣ окончательными актами укрѣпленія (Пол. о вык. ст. 45-58, О. С. ⁰¹/₁₆ и др. Г. Д. ⁰¹/₅ и др. П. Т. К. II 241). Общества бывшихъ удѣльныхъ крестьянъ получили данныя на свои надѣлы; общества же бывшихъ государственныхъ крестьянъ остались при владѣніяхъ записяхъ, которыя приравниваются, однако, къ крѣпостнымъ актамъ.⁶ Общества бывшихъ государственныхъ крестьянъ 9 западныхъ губерній получили первоначально люстраціонныя акты, замѣненные вполнѣдствіи данными (П. Т. К. II 242). Юридическіе планы почти всегда имѣются на земли бывшихъ государственныхъ крестьянъ, рѣдко на земли крѣпостныхъ, помѣщичьихъ (П. Т. К. II 241 и сл.). Все изложенное показываетъ, что надѣльныя земли рѣзко отличаются отъ крестьянскихъ же внѣнадѣльныхъ земель, приобретенныхъ крестьянскимъ обществомъ, которыя приближаются уже къ землямъ гражданскаго оборота. Въ частности, и выдѣлъ изъ общинной внѣнадѣльной земли производится въ порядкѣ ст. 12 Общ. пол. (¹⁰/₉₆), а не закона 14 іюня (ст. 37⁶ Общ. Пол.).

¹ Точнѣе, земельного схода, т. к. нынѣ, съ изд. закона 14 іюня 1910 г., земельный сходъ охватываетъ только крестьянъ земельной общины; сельскій же сходъ—и личныхъ собственниковъ. Поэтому же постановленія земельного схода могутъ быть предметомъ обжалованія въ судебномъ порядкѣ (Вормсъ, иначе сенатъ ¹⁵/₅₉). Вопросъ—споренъ.

² Возможно, однако, приобретение надѣльныхъ земель по давности (⁹⁹/₈₇, ⁹⁷/₃₆), даже и другимъ обществомъ (⁰⁹/₈₄), но не членомъ общины (О. С. ⁹⁶/₁₄). П. Т. К. II 243.

³ Именно, особые органы общины, какъ органы власти: волостной сходъ въ волостномъ обществѣ, сельскій сходъ въ сельскомъ обществѣ, селенный сходъ въ качествѣ органа общества, отличнаго и отъ сельскаго общества и также отъ земельного схода (ст. 42 Пол. зем.), какъ общины, за исключеніемъ личныхъ собственниковъ. Селенный сходъ и земельный сходъ суть, сдѣдовательно, общины не совпадающія ни съ волостнымъ ни сельскимъ обществомъ. Подробнѣе П. Т. К. II 414.

⁴ Такъ какъ уставныя грамоты замѣнялись выкупными актами также по добровольному соглашенію, то содержаніе тѣхъ и другихъ не всегда совпадаетъ. Несовпаденіе возможно и въ случаяхъ неточнаго опредѣленія уставной грамотой размѣра надѣла. П. Т. К. II 241.

⁵ Вормсъ (П. Т. К. II 243.), иначе сомнительно господствующее мнѣніе и сенатъ въ рѣшеніяхъ ⁹¹/₈₀, ср. ⁸⁹/₁₂₂, О. С. ⁰⁶/₁₆.

⁶ Владѣнныя записи имѣютъ также нѣкоторые старозаимочники (П. Т. К. II, 287).

Постановленієм Врем. Правит. отъ 27 іюля 1917 г. впредь до разрѣшенія земельного вопроса Учредительнымъ Собраніемъ приостановлено производство дѣлъ по устроению общинной земли.

3. *Особое положеніе занимаетъ крестьянская семейная, или подворная собственность.**

Понятіе о подворной собственности было неустойчиво уже въ самомъ Положеніи о крестьянахъ.

Съ одной стороны, имѣлись тамъ указанія на принадлежность подворныхъ участковъ домохозяевамъ, какъ собственникамъ (ст. 20, 108, 142 и др. Общ. Пол. и стт. 115, 116, 118—121, 128 Пол. о вык.), съ другой стороны, тамъ же говорилось о принадлежности земли отдѣльнымъ крестьянскимъ дворамъ, объ оставленіи ея въ потомственномъ пользованіи крестьянскихъ семействъ (стт. 122 Пол. о вык., стт. 101, 148, 63, 66 Пол. о крест.). Сенатъ создалъ особую подворную доктрину о принадлежности земли крестьянскимъ семействамъ, или дворамъ, признавъ въ то же время, не безъ колебаній, право домохозяина на отчужденіе земли безъ согласія членовъ семьи. Это послѣднее обстоятельство открывало большой просторъ для произвола домохозяина, и въ особенности въ связи съ тѣмъ, что вплоть до 1904 г. сенатъ не требовалъ крѣпостной формы совершенія актовъ отчужденія (04/7). Не далъ сенатъ яснаго понятія и о крестьянскомъ дворѣ. Подъ дворомъ онъ разумѣлъ то рабочій союзъ¹, то родовой союзъ, то союзъ не только рабочій, но и родовой (98/71, 94/88, 84/67, О. С. 99/1, 98/2, 95/45 и др.). Колебался сенатъ, наконецъ, и въ конструкціи крестьянскаго двора, какъ субъекта права. Признавъ его юридическимъ лицомъ, сенатъ вслѣдъ затѣмъ отказался отъ этого взгляда и сталъ видѣть въ дворѣ особаго рода союзъ (О. С. 99/1, 97/29, 92/42; Г. Д. 98/71).

Сравнительно недавно сенатъ подробно мотивировалъ свое рѣшеніе о томъ, что усадебные участки надѣльной земли,² при подворномъ и общинномъ землепользованіи, до ук. 9 ноября 1905 г. должны были принадлежать отдѣльнымъ домохозяевамъ на правѣ наследственнаго владѣнія (15/41), и вмѣстѣ съ тѣмъ подчеркнуть, что усадебные участки исключаются изъ³ общинной земли (сенатъ неточно говоритъ «изъ общественной земли»). Однако, юридически было бы правильнѣе признать право собственности общества и на усадебную землю, но такимъ образомъ, что двору принадлежитъ лишь вещное право наследственнаго владѣнія (Вормсъ). Поэтому, въ частности, общество въ правѣ, съ согласія домохозяина, отдать усадебную землю для разработки ея нѣдръ. Нынѣ вся острота и спорность сенатской практики потеряла значеніе. Въ силу закона 14 іюня 1910 г. (ст. 37 Общ. Пол.), усадебные участки составляютъ уже личную собственность домохозяина. Однако, и нынѣ

*Никоновъ, Домохозяинъ и семья (Пр. 1899, № 29). Тимофеевъ, Крестьянская усадебная осѣдлость (1902). Лозина-Лозинскій, Крестьянскій дворъ (В. Пр. 1899 №№ 3 и 5). Гуляевъ, Крестьянскій дворъ (Ж. М. Ю. 1899 № 4). Лыкошинъ, О семейной собственности у крестьянъ (Ж. М. Ю. 1900 №№ 5, 6). Пестржецкій, Крестьянскій дворъ, какъ субъектъ вотчиннаго права (Ж. М. Ю. 1905 № 1). Бар. Ламсдорфъ, Высочайшій указъ 9 ноября 1906 г. и семейная собственность у крестьянъ (1909). Мейендорфъ, Крестьянскій дворъ (1909). Шретеръ, Семейная собственность у крестьянъ (В. Пр. 1911 № 4). Мартыновъ, О семейной собственности у крестьянъ (Ж. М. Ю. 1911 № 2). Хауке, Крестьянское земельное право (М. 1914): гл. V (Крестьянскій дворъ). П. Матовъ, Положеніе о землеустройствѣ (коммент. изд. М. 1916).

¹ О рабочей семьѣ сенатъ говоритъ и тогда, когда относить пріймаковъ къ членамъ двора (О. С. 2 марта 1909 г. № 6, ст. 17⁹ Общ. Пол.). О пріймачествѣ см. рѣшенія сената въ В. Пр. 1915 г. № 51/52, стр. 1456 и сл.

² Слѣдуетъ замѣтить, что подворная собственность шире понятія усадебной земли. Подворные надѣлы полевой земли существовали въ губерніяхъ малороссійскихъ, сѣверо-и юго-западныхъ. И эти подворные участки признаны нынѣ также личной собственностью домохозяевъ, а не двора.

³ Подъ общественной землей разумѣются лишь тѣ общинныя земли, которыя, какъ выгоны, уголья, упраздненные усадьбы находятся въ непосредственномъ распоряженіи общества. Общинныя же земли, находящіяся въ пользованіи членовъ общества, суть надѣльныя земли (Вормсъ, Арх. 15/41, стр. 130).

наслѣдственныя права членовъ двора опредѣляются по обычаю, и въ этомъ отношеніи семейная собственность продолжаетъ еще оказывать свое вліяніе на личную собственность домохозяина. Именно, хотя сенатъ и призналъ право за личнымъ собственникомъ распоряжаться по завѣщанію принадлежащею ему личной собственностью, каковое право не можетъ быть устранено мѣстнымъ обычаемъ, но *емтъсть съ тѣмъ призналъ, что завѣщаніе можетъ быть оспорено по существу, если имущество завѣщанія не составляетъ мѣстныхъ обычаевъ* (рѣш. 19 ноября 1916 г. съ ссылкой на рѣш. О. С. того же года; см. В. П. 1916, № 51/52, стр. 1247). Такимъ образомъ, хотя домохозяинъ и можетъ нынѣ распоряжаться по завѣщанію (иначе прежде О. С. 09/19), но въ сущности онъ связанъ интересами двора, защищаемого мѣстными обычаями.

4. Наконецъ, заслуживаетъ отдѣльнаго упоминанія собственность: а) общественная, б) церковная и в) публичная.

Характерную черту общественной собственности составляетъ принадлежность ея обществу, какъ юридическому лицу. Въ этомъ смыслѣ общественная собственность есть индивидуальная собственность, но, въ отличіе отъ этой послѣдней, она подчинена еще правовымъ нормамъ публичнаго характера.¹ Общественная собственность дворянъ принадлежитъ дворянскому обществу, состоящему изъ дворянъ каждой губерніи или области. Городская—городу; при чемъ городская недвижимость въ предѣлахъ городского плана предполагается собственностью города;² самый же планъ не можетъ служить актомъ укрѣпленія (00/16, 92/25). Наконецъ, общественная собственность земскихъ учрежденій можетъ принадлежать какъ губернскимъ, такъ и уѣзднымъ земскимъ учрежденіямъ.³

б. Церковная собственность принадлежитъ отдѣльнымъ церквамъ, какъ самостоятельнымъ юридическимъ лицамъ,⁴ хотя и лишеннымъ процессуальной дѣеспособности.⁵ Церковная собственность подчинена особымъ нормамъ въ области пріобрѣтенія ея, управленія и прекращенія.⁶

в. Подъ институтомъ публичной собственности, не признаваемой сенатомъ (83/33, 92/25, 12/16), разумѣется собственность государства, общественного самоуправленія, какъ такового, на публичную вещь.

Теорія публичной, административной собственности находитъ себѣ многихъ поборниковъ (Майеръ, Оріу, Бернардъ и др., литературу см. въ В. Г. П. 1915, 7, 30, прим.). Правильно указываютъ, однако, что институтъ публичной собственности не есть институтъ частной собственности, хотя это понятіе и заимствовано изъ частнаго права. У насъ въ литературѣ, отвергается также публичная собственность (см. Таль въ В. Г. П. 1915, 7, 37). Право города на улицы (общественное имущество, ст. 414 т. Х ч. 1 и ст. 8 Гор. Пол. 1892 г.) есть у насъ право частной собственности. Правда, терминъ государственная собственность извѣстенъ нашимъ законамъ; да и, по мысли Сперанскаго, право собственности государства есть частная собственность, осложненная верховенствомъ государства (ст. 421, Ельяшевичъ, П. Т. К. II 288); однако, нигдѣ въ законахъ не указано значеніе этого осложненія.⁷

¹ О общественной собственности сельскихъ обывателей см. стр. 163.

² Отдѣл. ук. отъ 30 янв. 1908 г. № 535 по дѣлу г. Кіева. См. П. Т. К. II. 225 и сл. См. еще давность владѣнія.

³ Полож. о земск. учрежд. изд. 1892 г. ст. 4.

⁴ Ст. 778, 984 и 1429; 82/50.

⁵ 10/47, 90/20, 79/51; ср. 77/246, 10/72, П. Т. К. II. 211.

⁶ Вормсъ, П. Т. К. II 204 и сл. (литература стр. 196). См. у насъ выше стр. 78.

⁷ О государственной собственности на водоросли въ моряхъ см. ук. 14 іюля 1915 г. (С. У. 1915, ст. 1634).

Глава II. Приобрѣтеніе и прекращеніе права собственности (динамика).

§ 24. ПРИОБРѢТЕНІЕ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ НА НЕДВИЖИМОСТИ. ПОЗЕМЕЛЬНЫЯ КНИГИ*.

I. Общее понятіе о способахъ приобрѣтенія права собственности. Моментъ приобрѣтенія права собственности на недвижимость. Крѣпостные акты.

1. Способы приобрѣтенія права собственности не то же самое, что титулы, или основанія приобрѣтенія этого права.

Титуль-это правооснованіе. Если правооснованіе объективно дѣйствительно, то оно есть законный титуль (justus titulus); если же правооснованіе объективно недѣйствительно и лишь считается за дѣйствительное приобрѣтателемъ, то это субъективное правооснованіе есть мнимый, воображаемый, путативный титуль (titulus putativus). Способъ приобрѣтенія права собственности основанъ обыкновенно на какомъ либо титулѣ, но возможно приобрѣтеніе права собственности абстрактно (вещный договоръ), или только по воображаемому, мнимому титулу (давность владѣнія въ французскомъ правѣ), или и безъ всякаго титула (давность владѣнія по нашему праву). Отсюда ясно, что способъ приобрѣтенія и правооснованіе, или титуль не одно и то же. Между тѣмъ, въ нашихъ законахъ указанныя понятія не различаются, какъ это видно изъ прим. къ ст. 699, въ коемъ рѣчь идетъ въ сущности объ основаніяхъ приобрѣтенія правъ на имущество, а не о способахъ приобрѣтенія. Правда, по проекту Сперанскаго, предполагалось изложить способы приобрѣтенія права собственности въ книгѣ 3-ей гражданскихъ законахъ, но, на дѣлѣ, способы приобрѣтенія права собственности, перенесенные въ книгу 2-ую, растворились тамъ въ пространствѣ права собственности; книга третья, хотя и говоритъ о способахъ приобрѣтенія права собственности, дареніемъ, наслѣдствомъ, куплей и т. д., но, очевидно, это суть основанія, а не способы приобрѣтенія права собственности. Такимъ образомъ, движеніе права собственности въ гражданскомъ оборотѣ, его возникновеніе и прекращеніе, или, что то же, динамика права собственности заслонила у насъ статикой этого права, о чемъ было замѣчено выше (147).

2. До сихъ поръ не оставлено дѣленіе способовъ приобрѣтенія права собственности на первоначальные и производные.

Если право собственности на какую-либо вещь переходитъ отъ одного собственника къ другому, то это—производный способъ приобрѣтенія права собственности. Если же право собственности на какую-либо вещь возникаетъ въ гражданскомъ оборотѣ впервые или такимъ образомъ, что прежнее право собственности считается уже несуществующимъ, то такое приобрѣтеніе есть способъ первоначальный. Юридическое

*Ельяшевичъ (въ П. Т. К. II 257). Бутовскій, Переходъ недвижимой собственности по мировымъ сдѣлкамъ (Ж. М. Ю. 1907, 8, 127). Товстолѣсъ, Къ вопросу о толкованіи ст. 161 Пол. о нот. части (В. П. 1916, 409). Винаверъ (Гражд. хроника въ В. Г. П. 1916 № 1, 100 и № 5, 120). Поповъ, Роль ввода во владѣніе въ нашемъ законодательствѣ (Ж. М. Ю. 1902, № 4). Вслъманъ, Вводъ во владѣніе въ системѣ укрѣпленія права собственности на недвижимость (В. П. 1915 №№ 18—20 и 23). Станиславскій, Объ актахъ укрѣпленія правъ на имущество, 1842. Барковскій, О значеніи нотаріальныхъ актовъ на продажу недвижимыхъ имуществъ до утвержденія ихъ старшимъ нотаріусомъ (Ж. Гр. и Уг. Пр. 1886, I). Змирловъ (подъ тѣмъ же названіемъ, тамъ же, 1886, VI-VII). Минцловъ, Объ индивидуализаціи недвижимыхъ имѣній до первоначальной записи ихъ въ крѣпостныя книги (Ж. М. Ю. 1897). Бутовскій, Отчужденіе надѣльныхъ земель по неформальнымъ актамъ (Ж. М. Ю. 1916, № 6.). Н. Сабуровъ, Рѣшенія волостныхъ судовъ, какъ акты, удостовѣряющіе принадлежность участковъ надѣльной земли (В. Пр. 1913 № 43).

различіе между производнымъ и первоначальнымъ способомъ существенно. При первомъ—право собственности по общему правилу несетъ съ собой новому собственнику обремененія, лежащія на собственности; при второмъ—право собственности по общему же правилу свободно отъ нихъ. Поэтому первый способъ можно назвать преемствомъ въ правѣ собственности¹. Нашъ т. X. ч. 1 (ст. 420) различаетъ оба способа пріобрѣтенія права собственности: «Кто бывъ первымъ пріобрѣтателемъ имущества, по законному укрѣпленію его въ частную принадлежность, получилъ власть... и ли кому власть сія отъ перваго ея пріобрѣтателя дошла непосредственно, или чрезъ послѣдующія законныя передачи и укрѣпленія, тотъ имѣетъ на сіе имущество право собственности».

3. *Гораздо существеннѣе, однако, различіе въ способахъ пріобрѣтенія права собственности на недвижимости и движимости.*

Было уже выяснено, что дѣленіе имуществъ на недвижимыя и движимыя имѣетъ въ современномъ гражданскомъ оборотѣ громадное значеніе. Это значеніе сказывается также въ способахъ пріобрѣтенія тѣхъ и другихъ имуществъ². Недвижимыя имущества требуютъ для своего пріобрѣтенія укрѣпленія. Безъ этого и самый гражданскій оборотъ не имѣлъ бы твердости. Отсюда пріобрѣтеніе недвижимыхъ имуществъ тѣсно связано у насъ съ крѣпостными актами.

4. *По общему правилу, недвижимость не м. б. пріобрѣтена иначе, а) какъ по крѣпостному акту, б) вводъ во владѣніе не обязателенъ.*

а. Т. н. крѣпостные акты различны: купчая крѣпость, дарственная запись, рядная и отдѣльная запись, раздѣльный актъ, мировая сдѣлка объ уступкѣ права собственности на недвижимость и др. (ст. 158 Нот. Пол.), данная (ст. 1165 У. Г. С.).³ Перечисленіе крѣпостныхъ актовъ показываетъ, что совершеніе крѣпостного акта предполагаетъ какое либо юридическое основаніе (титуль) пріобрѣтенія права собственности на недвижимость, напр., продажу, мѣну, дареніе и т. д. У насъ невозможно, поэтому, абстрактное пріобрѣтеніе права собственности; одного простого соглашенія, какъ напр., въ Германіи⁴, заявленнаго вотчинному учрежденію, недостаточно. Самый *порядокъ пріобрѣтенія права собственности на недвижимость по крѣпостному акту слѣдующій*. Актъ пишется у младшаго нотариуса и заносится въ актывыя книги. Далѣе, выпись изъ актовъ книги представляется старшему нотариусу того судебного округа, гдѣ имущество находится, въ годовой со дня совершенія акта срокъ, лично стороною или сторонами, или, по порученію ихъ, однимъ изъ мѣстныхъ нотариусовъ того города, въ которомъ находится нотаріальный архивъ, или черезъ повѣреннаго, или выписи могутъ быть пересылаемы по почтѣ (ст. 161 Нот. Полож.). Старшій нотариусъ, удостовѣрившись въ подлинности выписи, въ законности акта и принадлежности имущества отчуждающей его сторонѣ⁵ и

¹ О понятіи преемства см. ниже § 26. III

² Такъ поступаетъ Ш. У. Оно говоритъ отдѣльно о способахъ пріобрѣтенія и прекращенія права собственности на недвижимость (ст. 656 и сл.) и движимость (ст. 714 и сл.).

³ Объ актахъ на надѣльныя земли см. выше, стр. 163.

⁴ Подробнѣе см. Кроме, II, 303 и сл. Абстрактное пріобрѣтеніе недвижимости, путемъ простого соглашенія (Einigung) отчуждателя и пріобрѣтателя и внесенія соглашенія (Eintragung) въ вотчинную книгу, относится къ вещному договору. О вещномъ договорѣ см. подробнѣ Треницынъ, Переходъ, 160—168, 192, 316.

⁵ Большинство старшихъ нотариусовъ, при представленіи имъ для утвержденія актовъ на недвижимость, требуютъ во что бы то ни стало крѣпостные акты, удостовѣряющіе право продавца. Противъ этого требованія правильно Сабуровъ, Бугаевскій (Пр. 1913 № 13, 814), за-Исаченко. Проверка права продавца должна итти по книгамъ старшаго нотариуса, хотя возможны и другія доказательства, подъ коими не слѣдуетъ разумѣть только акты укрѣпленія (^{07/12}). Ср., однако, значеніе данной при публичномъ торгѣ (^{07/60, 11/32, 15/66}, Арх. 212).

выскавъ слѣдующія въ казну пошлины, дѣлаеть на выписи на дпись о б ъ утверждени акта, приобщаетъ выпись къ крѣпостной книгѣ и отмѣчаетъ о томъ въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ (ст. 169 въ ред. 1911 г.). *Въ моментъ окончанія утвержденія акта (внесенія отмѣтки въ крѣпостной реестрѣ) право собственности переходитъ въ приобретателю.*

Итакъ приобретение недвижимости предполагаетъ по общему правилу два момента: 1) совершение акта младшимъ нотариусомъ и 2) утверждение этого акта старшимъ нотариусомъ. Сенатъ, по поводу акта купли продажи, правильно установилъ соотношеніе между указанными двумя моментами. Именно, совершивъ актъ у младшаго нотариуса, стороны не въ правѣ произвольно отъ акта отказаться, ибо совершенъ не проектъ акта, а окончательный актъ (иначе $74/470$)¹, въ силу котораго между сторонами устанавливаются обязательственныя отношенія, какъ изъ всякаго договора ($86/96$ и др., $14/60$, $14/16$, $15/16$).² Одна сторона имѣетъ право требовать переноса на нее права собственности въ томъ видѣ, въ какомъ было условлено, а другая сторона обязана перенести это право собственности ($86/96$, $99/43$, $15/16$).³ Пока существуютъ эти обязательственныя отношенія, право собственности остается у отчуждающаго, и лишь силой утвержденія акта старшимъ нотариусомъ вещное право отчуждателя прекращается и возникаетъ у приобретателя ($15/16$ и др.). Указанный переходъ права собственности, при наличности двухъ моментовъ,⁴ сенатъ называетъ особой формой сдѣлки ($15/16$). Не всегда, однако, легко установить моментъ возникновенія права собственности на недвижимость, и въ особенности при продажѣ съ публичнаго торга. Здѣсь приходится различать уже три момента: день торга, день опредѣленія суда объ укрѣпленіи имѣнія за покупщикомъ и день совершенія данной. Сенатъ указанный вопросъ, много разъ восходившій на его разсмотрѣніе ($72/923$, $72/939$ и др. $15/47$ и $15/66$), разрѣшилъ такимъ образомъ, что *право собственности переходитъ къ покупщику по вослѣдованіи опредѣленія судебной власти объ укрѣпленіи за нимъ имѣнія, но съ обратной силой со дня публичнаго торга. Выдача же данной имѣетъ специальное значеніе въ томъ смыслѣ, что покупщикъ безъ данной лишентъ права передать другому свое право, не можетъ правомъ распорядиться въ смыслѣ его отчужденія.*⁵

¹ Поэтому и послѣдующее ограниченіе дѣеспособности продавца не имѣетъ никакого значенія ($14/16$). Болѣе того, продавецъ не въ правѣ произвольно отказываться даже и тогда, когда выполненіе формальностей (выдача выписи и полученіе главной выписи) не предоставлено соглашеніемъ покупщику (ср. $86/96$, $74/175$ и $14/60$). Противъ таковаго преувеличеннаго значенія нотаріальнаго акта Розенблюмъ (Арх. $14/50$). Однако, соглашеніе объ утвержденіи акта можно видѣть не только въ добавочномъ соглашеніи, но въ и въ цѣли нотаріальнаго акта, въ общемъ соглашеніи сторонъ.

² Винаверъ (В. Г. П. 1916 №№ 1 и 2) высказываетъ тотъ взглядъ, что въ процессѣ перехода права собственности надо различать два момента такимъ образомъ, что съ первымъ моментомъ связанъ переходъ права собственности между сторонами (относительная собственность), со вторымъ переходъ этого права и въ отношеніи третьихъ лицъ (абсолютная собственность). Однако, сенатъ ближе стоитъ къ нашему закону, чѣмъ Винаверъ. Противъ взгляда Винавера же Н. Товстолѣсъ (Къ вопросу о толкованіи ст. 161 Пол. о Нот. части въ В. П. 1916, 409). Здѣсь же кратка и литература.

³ Предоставивъ добровольно приобретателю выполнить формальности по утвержденію сдѣлки, отчуждатель считается выполнившимъ свою обязанность ($74/175$). Но это не значитъ, что по минованіи срока для утвержденія (при куплѣ продажѣ-годового) отчуждатель остается обязаннымъ и далѣе. Срокъ этотъ—преклюзивный.

⁴ Возможно приобретение права собственности и безъ совершенія нотаріальнаго акта, т. к. въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ могутъ быть отмѣчаемы и акты, несовершенныя нотаріальнымъ порядкомъ ($98/20$, $13/65$), напр., данныя, полюбовныя сказки; (см. $14/33$, Арх. Вормсъ).

⁵ Розенблюмъ (Арх. $15/66$) высказываетъ противъ конструкціи сената, приравнивающаго публичный торгъ къ добровольной продажѣ. По его мнѣнію, публичный торгъ есть не договоръ, а подобный экспроприаціи публичный актъ. Поэтому моментъ перехода права собственности есть только опредѣленіе суда безъ всякаго отношенія ко дню торга. Яблочковъ (Арх. $15/47$) говоритъ объ «опредѣленіи суда» вступившемъ въ законную силу.

Право собственности на недвижимость приобретается без крепостного акта лишь в видъ исключения. Именно, у насъ по давности владѣнія или приобретательной давности. Владѣніе, съ истеченіемъ давностнаго срока, силой закона превращается въ право собственности (ст. 533, подробности ниже). Точно также у насъ не требуется акта укрѣпленія и при переходѣ права собственности на недвижимость по наслѣдству. Подворные и усадебные надѣльные участки до 1881 г. (точнѣе, до цирк. ук. сената отъ 25 янв. 1883 г.) могли быть отчуждаемы безъ актовъ укрѣпленія¹. Нынѣ для всѣхъ надѣльныхъ земель требуется актъ укрѣпленія (см. стр. 158).

б. Вводъ во владѣніе есть способъ оглашенія о новомъ собственникѣ. Спорный прежде вопросъ о томъ, не переходит ли право собственности съ момента ввода во владѣніе, нынѣ новымъ закономъ о мѣстномъ судѣ рѣшенъ отрицательно. Вводъ во владѣніе, какъ обязательный обрядъ оглашенія, отмѣненъ и сохраненъ лишь какъ дѣйствительная передача имѣнія приобретателю, которая совершается, подобно исполненію судебного рѣшенія, по желанію приобретателя.²

На практикѣ вводъ во владѣніе имѣетъ мѣсто и нынѣ въ отношеніи имѣній, перешедшихъ по наслѣдству, такимъ образомъ, что старшій нотариусъ отмѣчаетъ въ крепостномъ реестрѣ исполнительный листъ окружнаго суда о вводѣ во владѣніе. Требованіе это, сомнительное прежде, нынѣ въ особенности незаконно. Старшіе нотариусы обязаны дѣлать отмѣтки въ реестрѣ крепостныхъ дѣлъ на основаніи судебныхъ опредѣленій объ утвержденіи наслѣдниковъ въ правахъ наслѣдства по закону или объ утвержденіи къ исполненію духовныхъ завѣщаній.³ Точно также по однимъ т. н. крепостнымъ свидѣтельствамъ, совершаемымъ на недвижимыя имѣнія, подлежатъ прямо отмѣткѣ въ крепостномъ реестрѣ безъ обязательнаго ввода во владѣніе недвижимости, приобретенныя по давности, подобно тому, какъ отмѣчаются прямо же данныя на имущества, проданныя съ публичнаго торга (также полюбовныя сказки). Вводъ во владѣніе совершается нынѣ по постановленію мирового судьи (ст. 1424 У. Г. С.).⁴ Въ одномъ специальномъ случаѣ, при пожалованіи маіоратныхъ имѣній, вводъ совершается чиновникомъ, а не судомъ (ст. 497 п. X ч. 1).⁵

II. Способы приобретенія права собственности на недвижимость, въ частности, давность владѣнія.*

Уже изъ вышеизложеннаго слѣдуетъ, что способы приобретенія недвижимости распадаются на двѣ группы. Одна—приобрѣтеніе права собственности утвержденіемъ нотаріальнаго акта (общее правило), или отмѣткой только въ крепостномъ реестрѣ (напр., для данныхъ) и другая группа—приобрѣтеніе права собственности независимомъ

¹ О силѣ домашнихъ одѣлокъ для перехода права собственности на надѣльныя земли см. стр. 158. Ш. У. говоритъ о приобретеніи права собственности безъ внесенія въ вотчинную книгу при овладѣніи, переходѣ по наслѣдству, принудительномъ отчужденіи, исполненіи или же судебномъ рѣшеніи (ст. 656).

² Ст. 1424 и 1246 У. Г. С. въ новой редакціи. Нынѣ стр. 1431 и 1432 У. Г. С. отмѣнены. Соответственно должны быть отмѣнены или измѣнены и ст. 73 Врем. прав. по нот. части и 1523 т. X ч. 1 (см. Вольманъ, В. П. 1915, 578, 610).

³ Подробности Вольманъ въ В. П. 1915, 610.

⁴ О вводѣ во владѣніе земскимъ начальникомъ см. ¹⁴/₃₃ (Арх. Вормсъ).

⁵ Исторію института ввода во владѣніе и литературу см. Вольманъ, В. П. 1915, 546, и сл. См. также у насъ ниже стр. 177.

*Тыжновъ, О приращеніи по римскому праву сравнительно съ французскимъ и русскимъ законодательствомъ (1858). Юзефовичъ, О правѣ приращенія къ недвижимостямъ (1875). А. Борзенко, О правѣ на обсохшую въ прудѣ землю (въ Юрид. Вѣст. 1882 IX стр. 126 и сл.). Н. Рейнке. Наши законы о примывѣ и выпрямленіи рѣкъ (въ Журн. СПб. Юрид. Общ. 1894, стр. 81 и сл.). Виторъ Юшкевичъ, Ученіе пандектъ о намывѣ и т. д. Яросл. 1897. Левинъ (въ П. Т. К. II стр. 315 и сл.). Спорный вопросъ объ обрывѣ см. у Левина же (въ П. Т. К. II стр. 325 и сл.), здѣсь же литература. Литературу о давности владѣнія см. ниже стр. 170.

отъ укрѣпленія, силой самого закона. Среди способовъ пріобрѣтенія права собственности на недвижимости слѣдуетъ особо рассмотретьъ пріобрѣтеніе права собственности по наслѣдству, образование новой земли (приращеніе) и давность владѣнія. О принудительномъ пріобрѣтеніи собственности см. прекращеніе права собственности (§ 25).

1. Какъ было замѣчено, пріобрѣтеніе права собственности по наслѣдству происходитъ въ отношеніи законныхъ наслѣдниковъ само собой, въ моментъ открытія наслѣдства.

Утвержденія въ правахъ наслѣдства не требуется (77/1150, 80/101, 86/15 и др.). Если къ такому утвержденію прибѣгаютъ, то только для того, чтобы законъ опредѣлилъ наслѣдственныя права и чтобы можно было получить актъ укрѣпленія для распоряженія наслѣдствомъ, въ случаяхъ отчужденія недвижимости и обремененія ея разными правами. *Пріобрѣтеніе права собственности по завѣщанію происходитъ съ опредѣленіемъ суда объ утвержденіи духовнаго завѣщанія къ исполненію*, но право собственности и здѣсь считается пріобрѣтеннымъ также съ момента открытія наслѣдства.

2. *Образованіе новой земли происходитъ намывомъ, отрывомъ, засыпкой, измѣненіемъ въ теченіи рѣкъ или пониженіемъ уровня водъ и инымъ путемъ.*¹

Спорно, можно ли у насъ образованіе новой земли относить къ способамъ пріобрѣтенія права собственности, а не къ пространству права собственности.² Намывъ есть полученіе берегомъ приращенія отъ наносимаго непримѣтно водою песка, ила или другихъ образований по какой бы то ни было причинѣ (ст. 428, 84/15). Существенная черта намыва это постепенность образованія за счетъ извнѣ наносимыхъ частицъ. Измѣненія въ теченіи рѣкъ и уровня вообще воды сопровождаются обнаженіемъ дна, образованіемъ мелей, острововъ (см. выше стр. 148).³ Объ отрывѣ наши законы совсѣмъ не говорятъ. Подъ отрывомъ разумѣется прибитая къ берегу и дну владѣльца цѣлая оторванная глыба или даже полоса земли, сросшаяся затѣмъ съ берегомъ и дномъ.

Въ литературѣ одни высказываются за то, что право при отрывѣ все же остается за прежнимъ собственникомъ (Мейеръ, Кассо); другіе—за новымъ собственникомъ, со времени образованія твердой связи между глыбой или полосой и берегомъ (Анненковъ, Шершеневичъ, Левинъ). При чемъ, полагаютъ, что прежній собственникъ долженъ быть вознагражденъ по принципамъ неправомѣрнаго обогащенія (также Проектъ, ст. 727). Ш. У. (ст. 660) высказывается противъ отрыва, какъ способа пріобрѣтенія права собственности.

3. *Давность владѣнія (пріобрѣтательная давность), какъ показываетъ названіе, есть пріобрѣтеніе собственности путемъ владѣнія недвижимостью (также и движимостью), но при наличности опредѣленныхъ въ законѣ условій.*

Способъ этотъ издавна игралъ громадную роль въ жизни, т. к. имъ устранялось несоотвѣтствіе между юридическимъ и фактическимъ распредѣленіемъ вещей. Расхожденіе права и факта въ распредѣленіи вещей уничтожалось тѣмъ,

¹ Ср. Ш. У. ст. 657 и сл. Оно знаетъ и овладѣніе недвижимостью.

² См. выше стр. 147.

³ Возникшій островъ и обнажившееся дно (ст. 626, 428) принадлежать собственнику по береговому праву. Возникшій островъ, обнажившееся и вообще высохшее русло рѣки дѣлятся между сосѣдними собственниками по береговому праву (ст. 428).

* Куніцынъ, Пріобрѣтеніе права собственности по давности владѣнія (Ж. М. Ю. 1864 №№ 10—12). Любавскій, Опытъ комментарія русскихъ законовъ о давности (1865). Ангельманъ, О давности по русскому праву (1868, 3 изд. 1900). Исаченко, Давность владѣнія по рѣшеніямъ сената (Ю. В. 1888, 1). Боровиковскій, Отчетъ судьи, т. II 1892 г., 3-206. А. Гедда, Давностное владѣніе и документальное распоряженіе собственника (Ж. М. Ю. 1909 № 1). Гуляевъ, Общій срокъ земской давности (Кіев. Ун. Изв. 1902 янв.). Бутовскій, Давность владѣнія (Ж. М. Ю. 1910 № 2, отдѣльно, 1911). Поповичъ, Оправданіе давности (Вар. 1911). Френкель, Давность владѣнія (В. П. и Н. 1912, № 23). Астровъ, Городской трамвай и давность (тамъ же 1912 № 23). Поповичъ,

что за владѣльцемъ, при наличности опредѣленныхъ въ законѣ условій, признавалось право собственности, почему владѣніе и есть основа приобрѣтательной давности. Но т. к. владѣніе превращается въ право собственности прямо силой закона, то приобрѣтеніе собственности указаннымъ способомъ остается неизвѣстнымъ для третьихъ лицъ, что создаетъ большія неудобства для оборота въ отношеніи недвижимостей. Поэтому тамъ, гдѣ существуетъ вотчинная система, тамъ давность владѣнія на недвижимости утратила свое основное значеніе и служитъ лишь дополненіемъ къ вотчинной системѣ (см. ниже III). У насъ нѣтъ вотчинной системы; поэтому, давность владѣнія играетъ еще большую роль, внося, по истеченіи давностнаго срока прочность и въ распределеніе недвижимостей.

Несмотря на указанное ясное значеніе давности владѣнія, до сихъ поръ спорно о сн о в а н і е давности владѣнія—вопросъ, который обыкновенно называютъ также вопросомъ объ оправданіи давности владѣнія.¹ По одной теоріи, стороны (приобрѣтающая право и теряющая его) будто бы молчаливо согласились перенести право; такимъ, образомъ, предполагается какая то молчаливая традиція, какъ способъ приобрѣтенія права. Теорія эта неправильна; она противорѣчитъ фактамъ жизни: молчаливое соглашеніе предполагаетъ знаніе того, что другой можетъ приобрѣсти право путемъ давности; между тѣмъ, какъ приобрѣтеніе давности имѣетъ мѣсто и независимо отъ такого знанія, чѣмъ исключается по существу идея молчаливаго соглашенія, молчаливой передачи. Другая теорія оправданія приобрѣтательной давности объясняетъ существованіе ея идеей наказанія—потерей права за небрежное отношеніе къ своему праву. Теорія эта не можетъ быть признана также удачной. Хотя право можетъ ставить себѣ воспитательныя задачи, но въ данномъ случаѣ наказаніе меньше всего можетъ носить воспитательный характеръ. Болѣе заслуживаетъ вниманія та теорія, которая оправдываетъ приобрѣтательную давность интересами твердости гражданскаго оборота. Долгое неосуществленіе своего права, на ряду съ осуществленіемъ его другимъ лицомъ, естественно вызываетъ у третьихъ лицъ представленіе о томъ, что это послѣднее лицо и есть субъектъ права. Они вступаютъ съ нимъ въ тѣ или другія сдѣлки, и эти то сдѣлки въ интересахъ твердости оборота должны быть признаны заключенными съ управомоченнымъ лицомъ. Изложенная теорія находитъ себѣ подтвержденіе въ современномъ законодательствѣ. Такъ, германское уложеніе б. ч. исключаетъ приобрѣтательную давность на недвижимость, т. к. твердость оборота недвижимостей обезпечивается особой системой поземельныхъ книгъ, запись въ которыя, по общему правилу, признается безповоротной. Въ частности, высказано мнѣніе, что наша давность владѣнія вовсе не есть способъ приобрѣтенія права собственности, а ея доказательство, т. к. образцомъ для давности владѣнія послужилъ литовскій статутъ и, кромѣ того, въ гражданскихъ законахъ нашихъ не указано въ числѣ способовъ приобрѣтенія права собственности давность владѣнія (Вормсъ, Арх. I, ¹⁴/₇₂, стр. 238). Дѣйствительно, сенатъ лишь послѣдствіи установилъ, что давность владѣнія есть способъ приобрѣтенія права собственности (⁹⁶/₃₃ и др. ⁷⁵/₆₄₅). Вѣрно также, что сенатъ отождествляетъ обѣ стороны давностнаго владѣнія: приобрѣтенія права собственности и доказательства ея. Но, однако, и сенатъ строго проводитъ тотъ взглядъ, что давность владѣнія, какъ способъ приобрѣтенія, исключается лишь другими способами приобрѣтенія права собственности. Слѣдовательно, наследникъ, укрѣпившійся, напр., по давностному владѣнію, не перестаетъ быть наследникомъ, и его имущество не становится благоприобрѣтеннымъ (¹⁴/₇₃)².

Приобрѣтательная давность (Вар. 1913). Шаблинская, Объ источникахъ ст. 533 т. X ч. 1 (Ж. М. Ю. 1913 № 2 143). Говстолѣсъ, Давность и законъ 1 мая 1905 г. (Ж. М. Ю. 1913 № 8). Курдиновскій, О давности владѣнія (Ю. И. 1914, № 3). Гликинъ, Давностное владѣніе и общая собственность (В. Г. П. 1915 № 4). Мартыновъ, Новый законъ о давности владѣнія (ст. 63 пол. о земли въ Ж. М. Ю. 1914 № 4). Фаевъ, Къ вопросу о принадлежности городамъ недвиж. имущество (П. 1915, 26, 1507). Некрасовъ, Давность владѣнія и желѣзныя дороги. М. 1915. Пахманъ, О примѣненіи давности къ церковнымъ землямъ (Ж. Пгд. Юр. Об. 1894, мартъ). Карабеговъ, Давность по церковнымъ землямъ. 1894. Павловъ въ Русскомъ Обзорѣніи, 1894 дек.). Г., Подлежатъ ли церковныя имущества дѣйствію давности (Ж. Пгд. Юб. 1894, окт.). Каминка, Къ вопросу о примѣненіи давности къ церковнымъ землямъ (тамъ же 1895 июнь). Васильевскій, Давность и церковныя земли (Ж. М. Ю. 1895, май).

¹ Слѣдуетъ замѣтить, что и теорія молчаливаго отреченія лица отъ своего права въ пользу другого (П. Поповичъ, Оправданіе давности) невѣрна потому, что отреченіе не есть отчужденіе.

² Положенію этому нѣсколько противорѣчитъ рѣш. 23 сент. 1915 г. (Пр. 1915, 2508).

Но и помимо сенатской практики, есть доказательство, что давность владѣнія существовала у насъ до Свода Законовъ, какъ способъ пріобрѣтенія права собственности. Въ первой четверти 19 в. институтъ пріобрѣтательной давности былъ извѣстенъ судебной практикѣ и нашей литературѣ, какъ разъ въ томъ видѣ, въ какомъ онъ узаконенъ ст. 316 т. X ч. 1 въ изд. 1832 г. (нынѣ ст. 533)¹. Вмѣстѣ съ тѣмъ, сомнительно и мнѣніе Э н г е л ь м а н а, что давность владѣнія у насъ впервые заимствована изъ французскаго кодекса².

4. Для давностнаго пріобрѣтенія необходимы слѣдующія шесть условій: а) владѣніе въ видѣ собственности, б) владѣніе безспорное (и спокойное), в) непрерывное, г) въ теченіе 10 лѣтъ, д) вещь, способная быть предметомъ давности, и е) лицо, способное пріобрѣсти вещь по давности.

а. Необходимо, чтобы владѣніе было въ видѣ собственности (ст. 533: неправильно ст. 560: «на правѣ собственности»), т. е. отъ собственнаго имени, съ намѣреніемъ обладать вещью, какъ своею, не признавая ея хозяиномъ. Въ глазахъ третьихъ лицъ владѣлецъ долженъ выступать, какъ настоящей хозяинъ вещи.³ Поэтому арендаторъ, какъ таковой, сколько бы лѣтъ онъ ни владѣлъ вещью, не пріобрѣтетъ ее по давности. Поэтому же и надѣльную землю, до прекращенія выкупной операціи, нельзя было пріобрѣтать по давности, такъ какъ крестьяне пользовались этой землей, не владѣя ею въ видѣ собственности (⁹¹/₈₀, ⁸⁹/₁₂₂).⁴ Итакъ ясно, что только владѣніе въ качествѣ хозяина въ глазахъ третьихъ лицъ, отъ собственнаго имени, а не просто одно владѣніе, влечетъ превращеніе владѣнія въ право собственности. Наши законы очень послѣдовательно проводятъ указанное основное условіе давностнаго владѣнія. Отъ владѣльца они не требуютъ добросовѣстности и законности владѣнія. Владѣлецъ знаетъ, что онъ не имѣетъ права владѣть отъ собственнаго имени, что онъ получилъ владѣніе безъ всякаго законнаго основанія (титула), напр., обманно завладѣлъ имуществомъ, и тѣмъ не менѣе, разъ онъ ведетъ себя, какъ настоящей хозяинъ, онъ пріобрѣтаетъ право собственности.⁵

Въ этомъ отношеніи, по сравненію съ русскимъ правомъ, выгодно отличается германское уложеніе, которое требуетъ добросовѣстности не только въ началѣ владѣнія вещью, но и въ теченіе всего срока давности. Наприм., если лицо А владѣетъ вещью въ теченіе пяти лѣтъ, а на шестой годъ узнаетъ, что эта вещь чужая, то это знаніе прерываетъ дальнѣйшее теченіе давности. Напротивъ, по русскому праву то же лицо А можетъ владѣть вещью во все время давности, зная, что вещь—чужая, и тѣмъ не менѣе, давность течетъ, и А пріобрѣтетъ право собственности. Проектъ правильно требуетъ добросовѣстности для осуществленія десятилѣтней давности, но онъ допускаетъ, однако, и недобросовѣстное пріобрѣтеніе для двадцати-лѣтняго владѣнія вещью (ст. 909). Ш. У. признаетъ добрую совѣсть, какъ необходимое условіе т. н. книжной давности (Tabularersitzung). Это значитъ, что если кто либо неправомѣрно внесень въ вотчинную книгу собственникомъ и тѣмъ не менѣе добросовѣстно полагалъ, что онъ пріобрѣлъ право собственности, то онъ дѣйствительно пріобрѣтаетъ это право по истеченіи давностнаго срока (Ш. У. ст. 661, ср. ст. 662). Напротивъ, Г. У. какъ разъ не требуетъ доброй совѣсти

¹ А. Шаблинская, 160, 143; Курдиновскій (Ю. И. 1914, № 3), 109.

² Не слѣдуетъ, впрочемъ, упускать изъ вниманія что досводная практика образовывалась при существованіи французскаго кодекса и проекта гражд. ул. Сперанскаго. Поэтому выводы Шаблинской слѣдуетъ принимать съ осторожностью. Тѣмъ не менѣе, такъ какъ не требуется у насъ основанія или титула пріобрѣтенія права собственности (ср. Шаблинская, 156), то ясно, что у насъ давность владѣнія не есть доказательство собственности, пріобрѣтенной по какому либо основанію, а есть способъ пріобрѣтенія права собственности.

³ Владѣть «не въ видѣ собственности» значитъ владѣть «отъ имени другого», не «отъ собственнаго имени» (ст. 46 и 47 Уст. о банкротяхъ 1800 г.).

⁴ Оброчное владѣніе, «какъ владѣніе не въ видѣ собственности», не влечетъ давностнаго пріобрѣтенія, рѣш. О. С. Сената Московскихъ Департаментовъ 8 авг. 1825 г.; ср. рѣш. 18 янв. 1824 г.

⁵ Намекъ на добросовѣстность имѣется въ практикѣ до Свода законовъ; (рѣш. 1820 г. ср. рѣш. 8 авг. 1825 г. Шаблинская, 155). Какъ было замѣчено выше, для нашего права безразличенъ вообще титулъ, но, напр. для давности владѣнія по французскому праву имѣетъ значеніе титулъ путативный. Трепицынъ, Пріобрѣтеніе права собственности. 113. Ср. еще ¹⁴/₃₂ (Арх. Фрейтагъ-Лоринговень).

при книжной давности (ст. 900), но за то значительно удлиняет давностный срок—до 30 лѣтъ. Въ смыслѣ сближенія фактическаго и правового обладанія вещами это хорошо, но все же недобросовѣстности дается мѣсто въ оборотѣ. Напротивъ Ш. У. выдерживаетъ принципъ добросовѣстности и въ случаѣ 30—лѣтняго владѣнія недвижимостью, незанесенной въ вотчинную книгу.

б. Владѣніе должно быть безспорнымъ и спокойнымъ (ст. 533 и 557). При этомъ законъ постановляетъ, что владѣніе *становится спорнымъ тогда, когда противъ владѣльца поступили въ судебныя мѣста¹ исковыя прошенія постороннихъ лицъ* (ст. 559). Вопреки закону, сенатъ разъяснилъ, однако, что владѣніе становится спорнымъ и въ томъ случаѣ, когда самъ владѣлецъ вчинить искъ противъ посторонняго лица (^{79/358}, ^{82/25}).² Такимъ образомъ, законъ и сенатская практика опредѣляютъ понятіе безспорности, но они не говорятъ, что слѣдуетъ понимать подъ «спокойнымъ владѣніемъ».

Большинство цивилистовъ отождествляетъ, поэтому, спокойствіе владѣнія съ безспорностью (также Шаблинская). Напротивъ, другіе цивилисты (Боровиковскій, Анненковъ и Васьковскій) понимаютъ подъ спокойствіемъ фактическую ненарушимость владѣнія, въ противоположность юридической—безспорности.³

На основаніи практики до Свода законовъ, нельзя сдѣлать также опредѣленнаго заключенія, что разумѣется подъ спокойнымъ владѣніемъ, т. к. термины «спокойный» и «безспорный» употреблялись тамъ или одинъ вмѣсто другого, безразлично, или съ терминомъ «спокойное владѣніе» соединялось отсутствіе всякаго препятствія со стороны казны, а не только спора. Повидимому, терминъ спокойное владѣніе обнимаетъ и безспорность, какъ частный случай спокойнаго владѣнія. По литовскому статуту (ст. 92), подъ спокойнымъ держаніемъ разумѣлось такое обладаніе вещью, которое существуетъ на основаніи права. Конечно, отсюда нельзя дѣлать вывода, что спокойное владѣніе и у насъ означаетъ владѣніе, основанное на титулѣ, хотя бы и мнимомъ, но характерно, что съ спокойствіемъ владѣнія связывался и по литовскому статуту расчетъ на спокойное пользованіе имуществомъ.

в. Владѣніе должно продолжаться непрерывно (ст. 533 и 557).⁴ По общему мнѣнію и практикѣ, перерывъ наступаетъ вчиненіемъ иска, доведеннаго до конца, т. е. примѣняются правила о перерывѣ исковой давности (см. выше).⁵ Но сенатъ дополнилъ перерывъ давности еще однимъ обстоятельствомъ, именно, давность прерывается документальнымъ распоряженіемъ разумѣется продажа собственникомъ или залогъ и т. д. недвижимостью другому лицу, хотя бы такое распоряженіе было неизвѣстно фактическому владѣльцу, не сталкивалось съ его владѣніемъ, не препятствовало ему ни въ чемъ и выливалось въ формѣ непосредственныхъ отношеній собственника къ имѣнію (^{06/42}). Этимъ рѣшеніемъ сенатъ внесъ большое новшество въ институтъ давностнаго владѣнія по русскому праву. Такъ, оказывается, что владѣлецъ, несмотря на спокойное и безспорное владѣніе, все же не приобретаетъ недвижимости по давности, т. к. его давность прервалась даже неизвѣстной ему сдѣлкой распоряженія соб-

¹ Сенатъ разъяснилъ, что прерываетъ теченіе давности споръ, возбужденный и въ административныхъ установленіяхъ, которымъ законъ присвоилъ судебныя обязанности. Къ такимъ установленіямъ принадлежатъ крестьянскія мировыя учрежденія (^{03/138}).

² Впрочемъ, искъ владѣльца о нарушенномъ владѣніи не дѣлаетъ его владѣнія спорнымъ, если судья возстановитъ нарушенное владѣніе (^{78/113}).

³ Обзоръ литературныхъ мнѣній см. Поповичъ, Приобр. давность, 44.

⁴ Непрерывность понимается фактически (ненарушенное владѣніе или возстановленное владѣніе ^{78/113}) и юридически. Поповичъ, Приобр. давность, 50.

⁵ См. также зазд. 27 окт. 1916 г. дѣло № 5841—1914 г. (Пр. 1916, 2348); ср. В. П. 1916, 862. Противъ С. Завадскій (В. Г. П. 1916, 3), 96, и не безъ основанія. Дѣло въ томъ, что институтъ исковой давности и приобретательной суть различныя институты (также и сенатъ ^{91/68}). Между тѣмъ, законъ о давности владѣнія не говоритъ, что онъ разумѣетъ подъ перерывомъ. Поэтому оперируютъ и здѣсь съ понятіемъ перерыва исковой давности предъявленіемъ спора въ судѣ. Однако, если бы искъ и ни чѣмъ не кончился, спокойствіе все же было бы нарушено и такимъ образомъ давности недоставало бы спокойствія. Поэтому, кажется, слѣдуетъ отвергнуть условность перерыва давности владѣнія въ зависимости отъ результата иска.

ственника съ постороннимъ лицомъ о недвижимости. Несмотря на неправильность такого рѣшенія сенатъ продолжаетъ отстаивать занятую имъ позицію.¹

Болѣе того, сенатъ по (отдѣленскому рѣшенію) установилъ еще обстоятельство для перерыва давности, и также неправильно. По общему мнѣнію, признаваемому сенатомъ (^{80/41, 81/154}), перерыва давности не наступаетъ, когда владѣніе переходитъ отъ одного лица къ другому по наслѣдству или по актамъ распорядительнымъ, но не по публичному торгу (^{91/68}).² Оказывается, что нынѣ преемство по актамъ распорядительнымъ прерываетъ давность владѣнія. Такъ лицо, купившее недвижимость, начинаетъ давность сначала, хотя бы у продавца протекло уже 9 лѣтъ, почти вся давность.³ Но сенатъ правильно разъяснилъ, что платежъ собственникомъ повинностей, лежащихъ на землѣ, не прерываетъ давности.⁴

г. Срокъ давности одинъ—10 лѣтъ, какъ для недвижимостей, такъ и движимостей (ст. 565). Срокъ этотъ не подлежитъ ни сокращенію, ни удлиненію по соглашенію, т. к. давность владѣнія установлена въ общественномъ интересѣ. Срокъ, какъ было замѣчено, подлежитъ перерыву и тогда начинается снова. Однако, преемство не прерываетъ срока, какъ по наслѣдству, такъ и въ другихъ случаяхъ преемства по распорядительнымъ актамъ (ст. 666, ^{80/41, 81/151}).⁵

д. Владѣніе должно быть обладаніемъ такихъ имуществъ, которыя могутъ быть по закону приобрѣтаемы по давности. Общее правило, что всѣ недвижимыя имущества подлежатъ приобрѣтенію по давности, знаетъ исключенія, которыя указаны въ законѣ (^{14/72}) и не могутъ подлежать распространительному толкованію. Такъ, не подлежатъ давности земли, на которыя распространяется право участія общаго (^{14/72}), въ частности, улицы, проулки, площади, мосты, бечевники, переправы, тротуары (^{92/25}, ст. 434), общественные сады (^{14/87}). При чемъ, не только не подлежатъ давности земли, на которыхъ уже осуществляется право участія общаго, но и которыя лишь по официальнымъ планамъ къ тому предназначены (^{14/87}), чѣмъ подчеркивается гражданско-матеріальное значеніе плановъ.⁶ Далѣе, не могутъ быть приобрѣтаемы по давности дворцовыя имущества, именуемыя государственными (ст. 562¹, 412), заповѣдныя имущества (ст. 564), земли экспропрированныя подъ желѣзную дорогу (^{04/100}) и вообще вещи, изъятыя изъ гражданскаго оборота. Наконецъ, въ цѣляхъ прочности земельныхъ границъ, установленныхъ официальнымъ межеваніемъ, не подлежатъ приобрѣтательной давности не только межи генеральнаго межеванія (ст. 563), границы, установленныя въ порядкѣ землеустройства (ст. 563¹) и правилъ отграниченія земель (ст. 73 Прав. 2 дек. 1916 г.), но и не допускаются приобрѣтеніе сосѣднимъ владѣльцемъ по давности зе-

¹ Противъ сенатскаго толкованія ст. 567 Лангеръ (Пр. 1910, № 42), Гедда (Ж. М. Ю. 1909 дек. и 1916 № 2) и др. Возраженія Лангеру см. въ Пр. 1910 № 47.

² О недѣйствительномъ публичномъ торгѣ см. ^{14/65, 14/66} и дѣло № 5841—1914 г. (Пр. 1916, 2348).

³ Противъ Гедда (Ж. М. Ю. 1916 № 2, 210, здѣсь же ссылки на литературу и практику), Рвш. сената, впрочемъ, отдѣленское, 1915 г. по иску Мещерякова, и надо думать, что департаментъ не пойдетъ за этимъ толкованіемъ ст. 666, болѣе чѣмъ страннымъ.

⁴ Именно, хотя сенатъ считаетъ платежъ повинностей однимъ изъ существенныхъ проявленій права собственности (^{88/42}), но въ то же время не признаетъ за такимъ платежомъ значенія, поглощающаго всѣ прочіе признаки давностнаго владѣнія настолько, чтобы они потеряли всякую силу. Поэтому въ случаѣ платежа повинностей собственникомъ, владѣлецъ не лишень возможности доказывать, что его владѣніе соответствуетъ требованіямъ закона о давности (^{96/31}); въ частности, судъ въ правѣ отвергнуть ссылку собственника и на платежъ имъ выкупныхъ платежей (^{97/36}). Ср. также ук. 2 деп. 19 окт. 1915 г. № 7893 (Пр. 1915, 2900).

⁵ Ср. иначе отдѣленское рѣшеніе (стр. 174).

⁶ Планы не имѣютъ значенія предустановленнаго доказательства принадлежности земли, даже если они Высочайше утверждены (^{00/16} ср. однако, ^{93/26, 07/1}). Противъ Фуфаевъ, 1515. У него же здѣсь о давности земель, никому въ особенности не принадлежащихъ въ предѣлахъ городской территоріи (стр. 1509).

мель прилегающих (?) къ его границамъ, установленнымъ по правиламъ въ порядкѣ землеустройства¹ или отграниченія земель.

Напротивъ, подлежатъ давности надѣльныя земли, если ими завладѣло постороннее лицо (^{99/87, 97/36}), казенныя земли и церковныя земли (^{02/2}, иначе ^{93/2}), городскія выгонныя земли (^{02/108}), войсковыя и юртовыя земли казачьяго войска (О. С. ^{08/43}, иначе ^{94/54}) и вообще общественыя недвижимости (общественная собственность). Приобрѣтеніе по давности владѣнія возможно у насъ въ отношеніи только вещей (движимыхъ и недвижимыхъ), но не правъ (^{03/31}), въ частности правъ участія частнаго (^{79/381}). Что же касается возможности приобрѣтенія по давности частей нераздѣляемой недвижимости, то, въ видѣ исключенія, это допускается по мѣстному праву въ отношеніи раздробительно-владѣемыхъ домовъ (по эксдивизіямъ, ^{14/72} Вормсѣ).

е. Наконецъ, лица должны быть способны приобрести по давности ту или другую недвижимость. Не способны приобретать по давности лица, специально ограниченныя въ своей правоспособности, какъ то, въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ иностранцы, нѣкоторые выходцы (см. § 8 I). Въ частности, возникаетъ интересный вопросъ, какъ быть въ томъ случаѣ, если ограничительные законы приобретены по давности влѣдствіи отмѣнены. Могутъ ли на этомъ основаніи лица, владѣвшія недвижимостью,² при дѣйствіи запретительнаго закона приобрести недвижимость по давности за протекшее время. Сенатъ отвѣчаетъ утвердительно, и совершенно правильно, т. к. давность владѣнія есть институтъ, созданный въ публичномъ интересѣ, но въ публичномъ же интересѣ и ограниченія правоспособности вышеназванныхъ лицъ. Не менѣе интересенъ вопросъ о возможности приобретенія одной вещи нѣсколькими лицами совладѣльцами. Вопросъ сводится къ возможности приобретенія по давности общей собственности. Въ законахъ нѣтъ воспрещенія приобретать общую собственность по давности, но въ литературѣ вопросъ споренъ.³

5. Соблюденіе вышеуказанныхъ условий владѣнія влечетъ съ собой тѣмъ самымъ с и л о й з а к о н а приобретеніе права собственности съ истеченіемъ срока.

Этотъ моментъ приобретенія по давности образно выраженъ въ нашемъ законѣ, который говоритъ, что владѣніе превращается въ право собственности (ст. 533 (^{06/38})⁴. Крѣпостной документъ не нуженъ для приобретенія собственности по давности владѣнія. Онъ необходимъ лишь для того, чтобы имѣть возможность отчуждать или обременять недвижимость, уже полученную по давности въ собственность (^{72/792, 91/49} и ст. 1424 У. Г. С.).⁵ Приобрѣтеніе по давности слѣдуетъ относить, какъ было замѣчено, къ первоначальнымъ

¹ См. А. Завадскій въ Ю. В. XI 221. Иначе Мартыновъ въ Ж. М. Ю. 1914, № 4. Новое законодательство значительно укрѣпляетъ границы земельныхъ владѣній и разрѣшаетъ вопросъ о земляхъ прилегающихъ къ границамъ, какъ не подлежащихъ давности, а не только самыхъ границъ. Однако, правило это неясно сформулировано; кромѣ того, давностное приобретеніе, повидимому, возможно несмежными владѣльцами. На практикѣ послѣдніе случаи сравнительно рѣдки, хотя все же возможны.

² Рѣш. 1 мая 1913 г. Бошко (въ В. П. 1916, 3, 67), Товстолѣсъ Давность и законъ 1 мая 1905 г. (Ж. М. Ю. 1913, 8, 68, здѣсь же литература). Ср. Горенбергъ (Пр. 1915, № 29).

³ Противъ Бутовскій (Давность владѣнія, 58, здѣсь же разборъ практики), Гликинъ Давностное владѣніе и общая собственность въ В. Г. П. 1914, № 4, 123, здѣсь же возраженія Бутовскому по поводу его разбора практики. Повидимому, нѣтъ достаточныхъ основаній не признавать давностнаго приобретенія общей собственности, и въ собственности если принять во вниманіе цѣль давности владѣнія: сблизить и уничтожить противорѣчія между фактомъ и правомъ, расхожденіе права и жизни. Въ глазахъ третьихъ лицъ совладѣльцы могутъ выступать какъ настоящие хозяева, владѣть въ видѣ собственности.

⁴ Не оформленіе права собственности по давности владѣнія не имѣетъ матеріально правового значенія (О. С. ^{11/7} и К. Д. ^{87/35} и др.). См. слѣд. прим.

⁵ Такимъ образомъ, утвержденіе по давности владѣнія (оформленіе) имѣетъ значеніе декларативное, а не конститутивное. Поэтому же ограничительный законъ о давности самъ по себѣ не имѣетъ примѣненія къ истекшей до его изданія давности хотя бы и неоформленной. Горенбергъ (Пр. 1915, 29, 1944).

способамъ пріобрѣтенія права собственности. Какъ первоначальный способъ, давность не можетъ отмѣнить производнаго способа пріобрѣтенія. Поэтому, какъ было уже указано, наслѣдникъ, укрѣпившись по давности владѣнія, не перестаетъ быть наслѣдникомъ, и имущество остается наслѣдственнымъ. Сенатъ неточно выражаетъ эту мысль, когда говоритъ, что право собственности утверждается однимъ законнымъ способомъ, а не нѣсколькими способами (14/72).

III. Поземельныя книги и другія системы укрѣпленія и оглашенія (вотчинная и крѣпостная системы).*

Пріобрѣтеніе права собственности на недвижимость, связанное съ моментомъ укрѣпленія (у насъ съ крѣпостнымъ актомъ) есть необходимое слѣдствіе основной идеи публичнаго порядка укрѣпленія правъ на недвижимыя имущества. Идея публичности вещныхъ правъ на недвижимость объясняется естественнымъ стремленіемъ сдѣлать вещныя права на недвижимость прочными въ оборотѣ, т. к. съ недвижимостями соединяется цѣлый рядъ вещныхъ и обязательственныхъ правъ, существенно затрагивающихъ человѣческіе интересы. Неопредѣленность и неустойчивость вещныхъ правъ на недвижимость (и м м о б и л і а р н о е п р а в о) грозили бы, поэтому, большими бѣдствіями имущественному правопорядку.

Римское право не выработало надлежащихъ формъ, обеспечивающихъ начало публичности. Но принципъ публичности уже издавна нашелъ свое признаніе въ германскомъ правѣ, а съ 17 вѣка можно уже говорить о неуклонномъ стремленіи имобилиарнаго права Западной Европы къ публичности. При чемъ, это стремленіе къ публичности выржалось въ различныхъ формахъ. 1) Въ формѣ протоколированія сдѣлки органомъ публичной власти (Fertigung, см. Губеръ, Объясн. II, 22); 2) въ формѣ инскрипцій и транскрипцій французскаго права¹; 3) въ формѣ ипотечной² и 4) вотчинной книги (германская и швейцарская системы).³

Любопытно, что зачатки вотчинной записи существовали у насъ въ Московскомъ государствѣ, (такъ называемая д а ч а). Именно, недвижимости пріобрѣтались по актамъ, которые писались на площади у площадныхъ подъячихъ, впоследствии у дьяковъ. Публичная власть не принимала никакого участія въ писаніи этихъ актовъ или крѣпостей. Участіе публичной власти начиналось позже по написаніи акта и выражалось въ томъ, что актъ записывался въ помѣстномъ приказѣ (акты на дворы записывались въ земскомъ приказѣ и у воеводъ). Запись актовъ въ указанныхъ мѣстахъ, съ половины 17 в. (Улож. 1649 г. гл. 17 ст. 37) стала обязательной и съ ней соединялось пріобрѣтеніе вещнаго права. Поэтому такая запись, или дача, дѣйствительно, является вотчинной запиской. Для записи пріобрѣтатель обязанъ былъ предъявить актъ пріобрѣтенія имѣнія приказу (или воеводѣ) для справки имѣнія за собой. При справкѣ собирались свидѣнія по разнымъ книгамъ, иногда допрашивали лицъ, отчуждающихъ имѣніе, требовались за ручные и челобитные. Цѣль справки очевидна-убѣдиться въ томъ, что имѣніе находится въ указанномъ мѣстѣ, что оно дѣйствительно принадлежитъ отчуждателю, что составъ имѣнія въ актѣ показанъ правильно. Затѣмъ взимались пошлины, а актъ записывался въ записную вотчинную книгу. Это означало, что имѣніе справлено за пріобрѣтателемъ.

* Башмаковъ, Основныя черты ипотечнаго права (1891). Нейпертъ, Главныя основанія ипотечной системы (Ж. М. Ю. 1895, № 9). Лыкошинъ, Ипотечная реформа и межеваніе (Ж. М. Ю. 1898, № 4). Принцъ, Проектъ вотчиннаго устава (Ж. М. Ю. 1899, № 1). Сарандо, Проектъ вотчиннаго устава (Ж. М. Ю. 1900 №№ 1 и 2). Базановъ, Происхожденіе современной ипотеки (1900). Еггоже, Вотчинный режимъ въ Россіи (1910). Ельяшевичъ, Очеркъ развитія формъ поземельнаго оборота (1913). Фрейтагъ-Лоринговенъ, Матеріальное право. Проектъ вотчиннаго устава, I и II, Ю. 1914). О межеваніи см. литературу ниже (стр. 179). †

¹ Сущность этой системы состоитъ въ томъ, что вещныя сдѣлки, лишь отмѣченныя въ книгахъ или записанныя въ нихъ цѣликомъ, пріобрѣтаютъ обязательность по отношенію къ добросовѣстнымъ третьимъ лицамъ съ момента регистраціи.

² Система залоговыхъ правъ, или ипотечная система въ тѣсномъ смыслѣ слова (старонѣмецкая) состоитъ въ регистраціи только залоговыхъ правъ, а не всѣхъ вообще вещныхъ правъ на недвижимость.

³ Вотчинную систему называютъ нерѣдко ипотечной системой въ обширномъ смыслѣ слова.

Оглашение же (отказ) достигалось тѣмъ, что приобретатель по справкѣ обращался вновь съ челобитной о выдачѣ ему отказной грамоты. По этой челобитной въ приказѣ дѣлались онова справки, и затѣмъ отказная грамота посылалась мѣстному воеводѣ съ предписаніемъ переписать на мѣстѣ (публично, въ присутствіи должностныхъ лицъ и постороннихъ) имѣніе и написанное прислать въ приказъ, а списокъ оставить въ приказной избѣ для вѣдому и спору. Ясно, что отказъ имѣлъ въ виду оглашеніе на мѣстѣ. Съ отказной грамотой соединялась иногда и послушная грамота, которая должна была внушить крестьянамъ повиновеніе новому землевладѣльцу. При Петрѣ Великомъ вотчинный режимъ былъ замѣненъ постепенно крѣпостнымъ. Акты писались непосредственно въ учрежденіи крѣпостныхъ дѣлъ, здѣсь же производилась справка и записка имѣнія за новымъ приобретателемъ. Справка и совершеніе акта совпадали такимъ образомъ. При Екатеринѣ II, по совершеніи и запискѣ акта у крѣпостныхъ дѣлъ, приобретатель обязанъ былъ объявить купчую въ судѣ. Судъ прибывалъ къ своимъ дверямъ листъ, что деревня такая то куплена такимъ то, сообщалъ объ этомъ въ сенатъ для внесенія въ публичныя вѣдомости обѣихъ столицъ и, по истеченіи двухъ лѣтъ (а не съ момента записи, какъ при вотчинной записи), предписывалъ низшему суду отказать имѣніе приобретателю безспорно. Система явки въ судѣ или объявленія купчей сопровождалась фактически приказомъ полиціи о вводѣ приобретателя во владѣніе имѣніемъ. Сводъ законовъ въ изд. 1832 г. знаетъ вводъ во владѣніе (ст. 559) и отказъ недвижимаго имущества по истеченіи двухъ лѣтъ явки акта въ судѣ (ст. 560 и ст. 561). Отказъ исчезъ въ сводѣ Законовъ лишь въ изд. 1857 г. Къ изданію судебныхъ уставовъ существовалъ только вводъ во владѣніе. Съ появленіемъ нотаріальнаго положенія, учрежденія крѣпостныхъ дѣлъ замѣнены старшими и т. н. младшими нотаріусами, введены новыя формы нотаріальныхъ актовъ, появились и реестры дѣлъ. Реестры крѣпостныхъ дѣлъ суть справочники; по нимъ легко знакомиться съ юридическимъ положеніемъ недвижимости, но они не гарантируютъ достовѣрности, безповоротности записей.¹ Такимъ образомъ, крѣпостная система, отклонившись отъ вотчинной записки, не развилась въ вотчинную систему съ ея безповоротностью и достовѣрностью записей и уже поэтому совершенно недостаточна для удовлетворенія потребностей гражданскаго оборота. Закономъ 24 мая 1911 г. введено нѣкоторое упрощеніе въ порядкѣ веденія книгъ старшими нотаріусами; и все въ сущности осталось по прежнему.

1. *Наилучшая система укрѣпленія вещныхъ правъ, при которой осуществляется наиболее полно начало публичности, есть вотчинная система XIX в.—система вотчинной книги.*

При этой—системѣ, усвоенной передовымъ законодательствомъ, начало публичности, основной принципъ вотчинной книги, находитъ себѣ наиболѣе полное признаніе въ слѣдующихъ принципахъ.²

Принципъ внесенія означаетъ, что вещныя права на недвижимости возникаютъ, измѣняются и прекращаются не иначе, какъ путемъ обязательнаго внесенія въ вотчинную книгу.

Чѣмъ послѣдовательнѣе проведена обязательность внесенія вещныхъ правъ на недвижимости, тѣмъ шире область примѣненія принципа публичности.³ Принципъ публичности, или внесенія охраняется тѣмъ, что приобретатель права, не внесеннаго въ вотчинную книгу, попадаетъ въ чрезвычайное непріятное и невыгодное для него положеніе. Прежній собственникъ, внесенный въ вотчинную книгу, т. н. книжный собственникъ, можетъ распоряжаться и далѣе недвижимостями, и тотъ, кто приобретаетъ отъ него эту недвижимость добросовѣстно, окажется дѣйствительнымъ собственникомъ, будетъ ограждать принципъ достовѣрности (ст. 20 п. 2 и 8 Ц. В. У.).

¹ Волманъ, въ В. Пр. 1915 № 20, 546 и сл. Побѣдоносцевъ, Курсъ. I 268.

² Принципъ публичности, какъ основной, выступаетъ при самомъ зарожденіи вотчинной книги въ средніе вѣка.

³ Исключенія изъ принципа внесенія нѣкоторыхъ вещныхъ правъ завязаны отъ всей системы гражданскаго права, и въ этомъ отношеніи каждая вотчинная система имѣетъ свои особенности. Выше было замѣчено, какія исключенія знаетъ Ш. У. Много исключеній знаетъ нашъ Проектъ вотчиннаго устава (В. У. ст. 837). Противъ правильно возражаетъ Фрейтагъ-Лоринговенъ. Гуляевъ идетъ еще далѣе, отстаивая единство въ моментѣ приобретѣнія права собственности на недвижимость, безъ всякихъ исключеній изъ принципа внесенія.

Такимъ образомъ, принципъ достовѣрности (или безповоротности и вообще публичной вѣры) тѣсно связанъ съ принципомъ внесенія.¹ Принципъ достовѣрности дѣйствуетъ, однако только въ отношеніи третьихъ лицъ и при томъ добросовѣстныхъ лицъ, ибо весь смыслъ вотчинной системы сводится къ охранѣ интересовъ добросовѣстнаго гражданскаго оборота. Поэтому и неправильная запись, напр., отчужденіе вещи несобственникомъ, остается правильной для третьихъ лицъ, которыя добросовѣстно положились на эту запись въ вотчинной книгѣ, повѣрили ей. Но принципъ достовѣрности не означаетъ, что лица, заинтересованныя въ неправильной записи, не могутъ добиваться ея исправленія; а означаетъ лишь то, что, пока запись не исправлена, добросовѣстные третьи лица въ правѣ вѣрить ей, считать запись истинной, достовѣрной, безповоротной, основывать на ней свои права.

Вполнѣ понятно, далѣе, что для полного осуществленія основного принципа публичности (внесенія съ его необходимымъ дополненіемъ—принципомъ достовѣрности), необходимо соблюденіе и нѣкоторыхъ другихъ принциповъ второстепенныхъ, но имѣющихъ все же существенное значеніе для поземельной книги.

Это принципы: 1) *гласность*, 2) *спеціальность*, 3) *старшинство* и 4) *изъятіе записанныхъ въ вотчинной книгѣ отъ правъ дѣйствія давности*. Несомнѣнно, что принципъ публичности не достигалъ бы своей цѣли, если бы не было гласности—этой публичности въ тѣсномъ смыслѣ слова. Право заинтересованныхъ лицъ обзрѣвать вотчинную книгу, которая въ каждый данный моментъ даетъ точное изображеніе юридическаго положенія недвижимости (гласность формальная), и предположеніе знакомства ихъ съ книгой въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ (гласность матеріальная) дѣлаютъ возможнымъ на дѣлѣ проведеніе въ жизнь принципа публичности.

Точно также этотъ принципъ былъ бы подорванъ, если бы предметъ вотчинныхъ правъ не былъ бы *спеціально опредѣленъ (принципъ спеціальности)*² или не отдавалось бы преимущество порядку записей (*принципъ старшинства*). Нѣсколько сложнѣе вопросъ объ изъятіи правъ, занесенныхъ въ вотчинную книгу, отъ дѣйствія давности. Главная функція давности владѣнія есть укрѣпленіе оборота недвижимостей уничтоженіемъ той неопредѣленности въ поземельныхъ отношеніяхъ, которая создается въ жизни путемъ фактическаго обладанія недвижимостью. Вотчинная система, основанная на принципѣ публичности съ обязательностью внесенія въ книги вещныхъ правъ и достовѣрностью такого внесенія, усваиваетъ эту функцію вотчиннымъ книгамъ. Но такъ какъ книги не могутъ вполнѣ выполнять данную функцію, то дополнительно должна дѣйствовать и давность владѣнія. Такъ, всѣ невнесенныя права въ вотчинную книгу или неправильно внесенныя и подлежащія повороту могутъ приобрѣсти твердость въ оборотѣ только благодаря давности.

Таковы принципы вотчинной системы. Что касается дѣйствія вотчинной системы, то оно сводится къ положительной и отрицательной функціямъ. Положительная — означаетъ, что все внесенное въ

¹ Въ противоположность передовому законодательству, проектъ В. У. относитъ внесеніе въ вотчинную книгу исключительно къ функціи нотаріусовъ и вотчинныхъ установленій, безъ всякаго участія во внесеніи самихъ легитимированныхъ лицъ. При этомъ, повидимому, В. У. придерживается, какъ и Ш. У., принципа матеріальной сдѣлки, а не абстрактной (абстрактнаго вещнаго договора), какъ Г. У. (точнѣе, *Einigung*, см. выше). Базановъ, Вотчинный режимъ, 254, Фрейтагъ-Лоринговень, 112, 119.

² Принципъ спеціальности требуетъ, поэтому, чтобы каждое право относилось къ опредѣленной недвижимости и чтобы объемъ, содержаніе права было вполнѣ опредѣленнымъ.

книгу (правовое состояніе имѣнія, содержаніе вотчинной книги) абсолютно достоверно (безповоротно) въ отношеніи третьихъ добросовѣстныхъ лицъ. Для нихъ внесенное въ книгу дѣйствительно существуетъ, хотя бы внесеніе было и неправомѣрное. Отрицательная функція (отсутствіе записей) означаетъ: все невнесенное въ вотчинную книгу, но обязательное ко внесенію, не существуетъ въ качествѣ вещнаго права (Ш. У. ст. 971).

2. *Наша крѣпостная система какъ разъ не обладаетъ дѣйствіемъ вотчинной книги въ положительной ея функціи.*

Именно, хотя крѣпостная система знаетъ принципъ внесенія вотчинныхъ сдѣлокъ въ крѣпостную книгу, но ей чужды принципъ достоверности (безповоротности, вообще публичной вѣры). Поэтому у насъ добросовѣстный пріобрѣтатель вещныхъ правъ не можетъ быть увѣренъ, что вещное право, пріобрѣтенное имъ, не будетъ по суду у него отнято дѣйствительнымъ собственникомъ вещи, по крайней мѣрѣ, до тѣхъ поръ, пока не окончится срокъ давности владѣнія^(86/96) и др., ср. ст. 1524). Нѣтъ, такимъ образомъ, положительной функціи, которая дѣйствуетъ въ пользу добросовѣстныхъ пріобрѣтателей. И лишь отрицательная функція присуща крѣпостной системѣ: невнесенное въ крѣпостную книгу, при обязательности внесенія, не существуетъ въ вещномъ правѣ.¹ Неудовлетворительна крѣпостная система и въ отношеніи дополнительныхъ принциповъ вотчинной книги, въ частности, относительно принципа гласности; послѣдняя у насъ недостаточно обезпечена для заинтересованныхъ лицъ. Неудивительно, что уже въ 40-хъ годахъ прошлаго столѣтія въ литературѣ стали раздаваться голоса въ пользу введенія у насъ вотчинной системы.

Нынѣ, на разсмотрѣніи законодательныхъ учрежденій находится проектъ вотчиннаго устава.² Принципы вотчинной системы въ проектѣ приняты, но всѣ они, къ сожалѣнію, разсматриваются въ немъ, какъ главные, безъ подчиненія второстепенныхъ главнымъ принципамъ.

Нерѣдко противъ введенія вотчинной системы возражаютъ, указывая 1) на то, что вотчинная книга обезпечиваетъ лишь юридическую сторону землевладѣнія, а не фактическую, т. е. не гарантируетъ пространство и границъ землевладѣній въ дѣйствительности. Достоверность вотчинной книги въ фактическомъ положеніи имѣнія пытаются создать, поэтому, съ помощью земельного кадастра. Однако, опытъ Западной Европы показываетъ, что отсутствіе кадастра и вообще связи между кадастромъ и вотчинной книгой значительно не препятствуетъ благимъ послѣдствіямъ вотчинной книги, какъ юридическо³ обезпеченности недвижимостей. Въ настоящее время сдѣлана въ общемъ рѣшительная попытка улучшить фактическую сторону землевладѣнія въ Россіи—этотъ наболѣвшій вопросъ русской жизни.⁴ Закономъ 2 дек. 1916 даны правила объ отграниченіи земель. Правилами этими создается не только безспорное отграниченіе земель въ порядкѣ административномъ черезъ губернское правленіе, но, что въ особенности важно—вводится обязательное разрѣшеніе судовъ споровъ, возникающихъ при отграниченіи земель

¹ Въ литературѣ это оспаривается, въ особенности въ отношеніи надѣльныхъ земель, см. прим. 9 на стр. 158. Однако, какъ было замѣчено, оспариваніе это не основано на законѣ.

² Бар. А. Фрейтагъ-Лоринговень, Матеріальное право Проекта Вотчиннаго Устава, Т. I. Юрьевъ. 1914. стр. 76 (здѣсь же литература и исторія составленія проекта, стр. 16). Въ частности, Кассо, Понятіе о залогѣ, стр. 109 и сл.; Базановъ, Происхожденіе современной ипотеки, стр. 70 и сл.; Ельяшевичъ, Очеркъ развитія формъ поземельнаго оборота на Западѣ, стр. 37 и сл.

³ Литературу по вопросу о введеніи вотчинной книги не дожидаясь кадастра, см. Фрейтагъ-Лоринговень, I, 12. См. также Записку М. Ю. по проектамъ вотчиннаго преобразованія, стр. 16.

⁴ Все историческое развитіе межевого въ Россіи права см. въ работахъ Германова: 1) Исторія межевого законодательства отъ уложенія до генеральнаго межеванія (1893), 2) Исторія русскаго межеванія и 3) Матеріалы по исторіи генеральнаго межеванія (см. В. П. 1916, 1058). Клементьевскій, Историческое развитіе межевого дѣла въ Москвѣ и современныя его задачи (1913). Карабеговъ, О закавказскомъ межеваніи (В. Г. П. 1913, 7, 161). Кавелинъ, Межеваніе и землеустройство, теорет. и практ. руководство (М. 1914). С. Рудинъ, Межевое законодательство и дѣятельность межевой части въ Россіи (Пгд. 1915). Статьи объ отграниченіи земель Маттея и Мартынова см. Ж. М. Ю. 1917, № 5—6.

(ст. 100 и сл. Правиль). Судебное производство не требует подачи искового прошения и совершается достаточно автоматически; при чем, суду представляется большая инициатива.¹

Противъ вотчинной системы возражаютъ, указывая 2) на ея сложность и затруднительность для населенія. Въ этомъ отношеніи противопоставляютъ вотчинной книгѣ, т. н. систему Торренса, принятую въ Южной Австрали и въ нѣкоторыхъ внѣевропейскихъ странахъ. Эта система не знаетъ вотчинной записи въ поземельныя книги и представляется просто оборотомъ документовъ на недвижимости, чѣмъ чрезвычайно облегчается и самый оборотъ недвижимостей. Однако, отсутствіе вотчинной книги лишаетъ лицъ возможности обозрѣнія юридическаго положенія недвижимости. Обязанность же отмѣчать въ поземельной книгѣ передачу документовъ не достигается своей цѣли, т. к., въ случаѣ несоответствія между документомъ и книгой, предпочтение все же отдается документу. Система Торренса, обязанная своимъ происхожденіемъ громаднымъ пространствомъ колоній, недостаточной ихъ населенности, не соответствуетъ жизни Европы, гдѣ официальныя учрежденія, при густотѣ населенія, могутъ быть приближены къ населенію. Ш. У. правильно, поэтому, лишь улучшаетъ вотчинную систему, уменьшая ея формальности, при передачѣ залоговыхъ правъ и вводя передачу требованій по взаимному письму или рентному долгу безъ отмѣтки на самомъ актѣ, если актъ не именной (ст. 869, см. Объясн. II, 399). Точно также правильно Ш. У. дозволило собственнику соединять недвижимости (общій листъ) и выдѣлять отдѣльныя недвижимости изъ общаго листа (ст. 947).

Наконецъ, въ частности, у насъ возражали 3) противъ вотчинной книги въ томъ отношеніи, что она оставляетъ въ сторонѣ на дѣльныя земли. Нынѣ Министромъ Юстиціи предполагено распространить вотчинный уставъ и на надѣльныя земли, съ нѣкоторыми измѣненіями (Проектъ 7 марта 1914 г. и Объяснит. Записка къ нему).

3. Содержаніе вотчинной и крѣпостной книгъ не исчерпывается внесеніемъ въ нихъ вотчинныхъ правъ на недвижимости; имѣется еще система отмѣтокъ.

Система отмѣтокъ, принятая современнымъ законодательствомъ, есть внесеніе въ вотчинную книгу особыхъ статей объ ограниченіи права распоряженія собственника или обезпеченіи нѣкоторыхъ обязательственныхъ правъ.

Въ наукѣ различаютъ отмѣтки трехъ категорій. 1) Отмѣтка въ обезпеченіе вещныхъ правъ на недвижимости. Такого рода отмѣтка есть предварительное внесеніе въ книгу возникающаго вещнаго права, которое почему либо не можетъ быть прямо занесено въ качествѣ записи въ вотчинную книгу въ данное время. Отмѣтка здѣсь не создаетъ, слѣдовательно, новаго права, ни его измѣненія. 2) Отмѣтка въ обезпеченіе обязательственныхъ правъ, направленныхъ на установленіе вещныхъ правъ на недвижимость. Въ сущности, этого рода отмѣтки являются ограниченіями собственника въ распоряженіи недвижимостью при чемъ, обязательственное право не измѣняется въ своей сущности. слѣдовательно, съ указанной отмѣткой возникаетъ дополнительное (акцессорное) вещное право, содержаніе котораго сводится къ отрицанію у собственника власти распоряженія вещью.² Наконецъ, 3) существуетъ отмѣтка для приданія вещной силы обязательственнымъ правамъ, имѣющимъ лишь экономическое отношеніе къ недвижимости, напр. аренднымъ договорамъ, лѣсорубочнымъ контрактамъ и т. д. Если отмѣтка имѣетъ вещную силу въ отношеніи собственника такимъ образомъ, что онъ вступаетъ въ права и обязанности своего предшественника, то имѣется на лицо обязательственное право къ вещи (*obligatio in rem scripta*); если же собственникъ связанъ лишь въ распоряженіи, то на лицо отмѣтка второй категоріи, т. е. ограниченіе собственника въ распоряженіи. Ш. У. знаетъ всѣ три вышеуказанныя категоріи отмѣтокъ, объединяя ихъ общимъ названіемъ (*Vormerkungen*) и выдѣляетъ въ особенности послѣднюю группу отмѣтокъ (ст. 959), противопоставляя ее двумъ остальнымъ (ст. 960-869).³ Напротивъ Г. У. различаетъ лишь первыя двѣ категоріи отмѣтокъ (*Vormerkungen* для 2-ой категоріи, ст. 883 и сл. и *Widerprüfche* для 1 категоріи, ст. 899). Проектъ вотчиннаго устава, къ сожалѣнію, слабо разработалъ институтъ отмѣтокъ, не выяснивъ себѣ даже его сущности.⁴

¹ С. У. 1915 г. 24 дек. 1916 г. № 361 ст. 12822.

² Фрейтагъ-Лоринговень, I 176. Спорно, см. Генкинъ (Ю. В. VII-VIII 244). Ст. 1388 г. X ч. 1 (В. П. 1915, 992).

³ Ш. У. знаетъ еще особый родъ записей *Anmerkungen* (ст. 696, 805, 962). Но этого рода записи не обладаютъ вещной силой, и ихъ, поэтому, нельзя смѣшивать съ отмѣтками (*Vormerkungen*).

⁴ Подробнѣе объ этомъ Фрейтагъ-Лоринговень, I 177.

4. Нашей крѣпостной системѣ известны отмытки въ смыслѣ ограниченія собственника въ юридическомъ распоряженіи недвижимостью, а также отмытки и въ смыслѣ приданія вещной силы нѣкоторымъ обязательственнымъ отношеніямъ, экономически связаннымъ съ недвижимостью.¹

Именно, аренднымъ договорамъ (ст. 703), лѣсорубочнымъ контрактамъ и т. д. (см. права къ вещи).² Очевидно, что крѣпостная система и у насъ по содержанию своему въ этихъ случаяхъ идетъ дальше обезпеченія оборота имущественнаго права.

§ 25. СПОСОБЫ ПРЕКРАЩЕНІЯ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ НА НЕДВИЖИМОСТИ; ПРИНУДИТЕЛЬНОЕ ОТЧУЖДЕНІЕ.*

Прекращеніе права собственности на недвижимость есть въ общемъ обратная сторона приобрѣтенія права собственности. Отсюда, способы приобрѣтенія права собственности на недвижимость (у насъ или по крѣпостному акту, или и безъ него: давностью владѣнія, по наслѣдству и т. д.) суть способы прекращенія права собственности на недвижимость. Особого вниманія заслуживаютъ, поэтому, лишь тѣ способы, которые являются наиболѣе оригинальными, и въ этомъ отношеніи слѣдуетъ выдвинуть на первый планъ принудительное прекращеніе собственности, конфискацію, экспроприацію и судебное постановленіе.

1. *Конфискація есть безвозмездное отобраніе имущества осужденнаго въ казну.*

Если имущество отбирается все и это отобраніе является наказаніемъ, то такая конфискація называется общей. Она называется специальной, когда отобраніе касается лишь части имущества, именно, полученнаго преступнымъ путемъ. При чемъ, цѣль ея уже не наказаніе, а устраненіе объективныхъ послѣдствій преступленія, дабы невозможно было обогащеніе преступнымъ путемъ. Наши законы знаютъ общую конфискацію имущества государственныхъ измѣнниковъ (ст. 108 Ул. о нак.), созданную въ связи съ современной войной, какъ мѣру наказанія лицъ за государственную измѣну. Мѣра эта налагается по усмотрѣнію суда (судъ «можетъ»), распространяется на предыдущее время, если по дѣлу еще не состоялся приговоръ, и мѣра эта можетъ быть наложена даже безъ судебного слѣдствія, если мѣсто пребыванія обвиняемаго не открыто или если онъ убѣжалъ (ук. 3 окт. 1916 г. С. У. ст. 2285).

Общая конфискація правильно осуждена не только наукой, но и законодательствомъ, какъ противорѣчающая правамъ личности, какъ наказаніе собственно наслѣдниковъ виновнаго, а не его самого.³ Излюбленная мѣра обогащенія казны за счетъ осужденнаго, какъ мѣра его наказанія, конфискація была осуждена уже въ вѣкъ просвѣщенія; у насъ отмѣнена Екатериной II для дворянъ и указомъ 1802 г. для всѣхъ сословій. Возстановленная впослѣдствіи (ст. 243 т. XV изд. 1832 г., ст. 255 ул. о нак.), какъ мѣра чрезвычайная, она была отмѣнена, наконецъ, Ул. о нак. 1903 г.

¹ Ограниченіе собственника въ распоряженіи осуществляется въ видѣ запретительныхъ статей (въ одномъ экземплярѣ, С. У. 1915 ст. 1056). Такъ, напр., въ обезпеченіе требованія налагается запрещеніе на имѣніе.

² Правильнѣе поступаетъ Ш. У., которое говоритъ прямо о тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ допускается отмычка обязательственнаго права (ст. 959). Дѣйствительно, обезпеченіе всякихъ обязательственныхъ требованій повело бы, и безъ нужды въ томъ, къ обремененію содержанія вотчинной книги.

* Жижиленко, Предполагаемое возстановленіе общей конфискаціи имущества (Пр. 1916, 39, 2099). Шалфеевъ, Краткій очеркъ поставленій важнѣйшихъ иностранныхъ законодательствъ объ экспроприаціи (1872). Венеціановъ, Экспроприація съ точки зрѣнія гражданскаго права (1891). Кутыловскій, Права на нѣдра земли и отчужденіе земель подъ желѣзныя дороги (Ж. М. Ю. 1903, № 7). Весновскій, Принудительное отчужденіе (В. Пр. 1916 № 11 283). Выдринъ, Отчужденіе недвижимыхъ имуществъ (изд. 2. Пгд. 1914).

³ Жижиленко (Пр. 1916 г. № 39, 2097).

2. Экспроприация есть принудительное отчуждение, а) на основании Правительственного указа, б) недвижимости для общепольной цели, в) за вознаграждение и вообще съ возможной пощадой интересовъ собственника.

а. Отъ конфискаціи экспроприация рѣзко отличается тѣмъ, что она есть отчужденіе за вознагражденіе для общепольной цѣли. По своей идеѣ экспроприация есть косвенное признаніе неприкосновенности права собственности, какъ частнаго права, по отношенію къ государству (ст. 77 Осн. Зак.). Именно, государство не въ правѣ принудительно отчудить недвижимость безвозмездно, хотя бы и въ публичномъ интересѣ. Возмездное же отчужденіе допускается лишь въ видѣ исключительной мѣры. Поэтому и Правительственный Указъ, являясь актомъ отчужденія, по своей формѣ напоминаетъ законъ, коимъ учитываются и опредѣляются отношенія собственника также къ различнымъ лицамъ по обязательствамъ. Поэтому же и споры между собственникомъ и контрагентами его, напр., арендаторами, должны опредѣляться не по началамъ отвѣтственности за невозможность исполненія (иначе неправильно ^{13/39}), а по началамъ учета правъ заинтересованныхъ актомъ отчужденія лицъ. Къ сожалѣнію, наши законы не говорятъ ясно, какихъ владѣльцевъ они вознаграждаютъ (ст. 576 и 606), собственниковъ ли (ст. 577), пожизненныхъ владѣльцевъ (п. 2 ст. 589), владѣльцевъ заповѣдныхъ имѣній и маіоратовъ (см. прилож.), или арендаторовъ¹ и другихъ лицъ, интересы которыхъ связаны съ владѣніемъ недвижимостью. Все это показываетъ, что институтъ экспроприации, какъ принудительнаго возмезднаго отчужденія въ общественномъ интересѣ, есть по природѣ публичный институтъ. И дѣйствительно, вознагражденіе опредѣляется въ административномъ порядкѣ, а не судебномъ (рѣш. 16 нояб. 1916 г., Пр. 1916, 2715). При этомъ, право собственности прекращается независимо отъ фактическаго занятія учрежденіемъ, въ пользу котораго сдѣлана экспроприация,² и право это не можетъ быть нарушено даже приобрѣтеніемъ фактически незанятой недвижимости съ публичнаго торга (то же рѣш.).

Чтобы отчужденіе недвижимости могло произойти по Правительственному указу, для этого необходимо изготovitъ предварительно проектъ указа и представить его на возвращеніе Правительства подлежащими Министрами и Главноуправляющими отдѣльными частями черезъ особое въ Государственномъ Совѣтѣ присутствіе по дѣламъ о принудительномъ отчужденіи недвижимыхъ имуществъ и вознагражденіи ихъ владѣльцевъ. Въ представленіи излагаются данныя, указывающія: 1) на общепольное значеніе предпріятія и 2) на необходимость принудительнаго отчужденія недвижимаго имущества, а если испрашивается отчужденіе съ отступленіемъ отъ общаго порядка (ст. 594 и слѣд.), то 3) объясняется и необходимость подобнаго отступленія (ст. 576).³

б. Экспроприация есть исключительно способъ прекращенія права собственности на недвижимость, ибо лишь недвижимость и собственности составляютъ предметъ экспроприации.⁴ Въ такомъ ограниченіи предмета экспроприации заключается большой недостатокъ нашихъ законовъ объ экспроприации, ибо въ современной жизни, въ особенности въ чрезвычайныхъ обстоятельствахъ, нерѣдко возникаетъ необходимость въ экспроприации предпріятій, напр. трамвая и т. д. Между тѣмъ, наши гражданскіе законы не знаютъ экспроприации предпріятій.

¹ См. мнѣніе Госуд. Сов. 11 февр. 1891 г.

² Иначе мнѣніе Государственнаго совѣта 25 февр. 1885. г., см. Весновскій, (В. П. 1916, № 11, 295), который считаетъ также, что день занятія имущества надо считать начальнымъ моментомъ экспроприации.

³ Обь отношеніи экспроприации, основанной на купчей крѣпости, къ приобрѣтенію казной см. ^{14/82} ^{14/35} (Вольманъ).

⁴ Ст. 575, 588, 606. Правила объ экспроприации распространены и на лечебныя мѣста, имѣющія государственное значеніе (ук. 5 авг. 1916 г.) Проселочныя дороги подь желѣзныя дороги переходятъ также въ порядкѣ экспроприации (д. № 8555—1914, см. В. П. 1917 № 4, 97). Обь экспроприации специально для нуждъ военнаго и военно-морского вѣдомствъ см. ст. 595⁴; подь желѣзныя же дороги—594 и сл.

Принудительное отчужденіе привилегій на изобрѣтенія и усовершенствованія, какъ и самыя правила для такого отчужденія (аналогичныя вышеизложеннымъ) созданы у насъ закономъ 28-го іюня 1912 г. Сущность даннаго принудительнаго отчужденія сводится къ запрещенію, подъ угрозой уголовного наказанія, сообщать кому либо и вообще опубликовывать тѣ изобрѣтенія или усовершенствованія, сохраненіе которыхъ въ тайнѣ признано необходимымъ по соображеніямъ государственной необходимости (ст. 1 и 3).

в. Вознагражденіе собственника и вообще возможная пощада его интересовъ подчеркнуты старательно въ законахъ объ экспроприаціи.¹ Вознагражденіе, по слову закона (см. 575), должно быть «справедливымъ и приличнымъ». Первое дѣйствіе начальства по воспослѣдованіи указа есть сношеніе съ собственникомъ недвижимости о крайней цѣнѣ недвижимости (ст. 577). Если просимая цѣна признана будетъ несоотвѣтствующей дѣйствительной стоимости имущества, то имуществу производится опись и оцѣнка (ст. 580).

Опись совершается по правиламъ, постановленнымъ въ У. Г. С. чиновникомъ мѣстной милиціи, при двухъ или трехъ свидѣтеляхъ, преимущественно изъ сосѣдей по имѣнію. Къ описи вызывается владѣлецъ или его повѣренный, для чего назначается имъ шестимѣсячный со дня полученія повѣстки срокъ; за неявкою ихъ по истеченіи сего срока производство описи не останавливается (ст. 581).

Оцѣнка производится комиссіею, которая образуется, подъ предсѣдательствомъ Уѣзднаго Предводителя Дворянства, изъ мѣстнаго Мироваго Судьи, или Земскаго Начальника, или Городскаго Судьи, по принадлежности, Уѣзднаго Исправника, Предсѣдателя или Члена Уѣздной Земской Управы и Податнаго Инспектора; при отчужденіи имуществъ, находящихся въ городахъ, взаменъ Предсѣдателя или Члена Земской Управы приглашается одинъ изъ Членовъ Городской Управы или гласныхъ Думы, по назначенію послѣдней (ст. 582). Если отчужденіе производится для казны (ст. 583) или изъ государственныхъ земель частнымъ предпріятіямъ (ст. 582), то опись и оцѣнка производятся при участіи представителя подлежащаго вѣдомства (депутата). Въ законѣ дается цѣлый рядъ правилъ при производствѣ оцѣнки (ст. 584). Такъ, стороны или ихъ повѣренные могутъ участвовать при производствѣ оцѣнки и давать свои объясненія. Самая оцѣнка производится или по доходности имуществъ, или по мѣстнымъ и особымъ условіямъ, въ коихъ имущества находятся. Оцѣнка имущества по доходности производится, по требованію владѣльца, на основаніи представленныхъ имъ свѣдѣній и данныхъ, признанныхъ комиссіею достовѣрными. Въ этомъ случаѣ цѣна имущества опредѣляется капитализаціею изъ пяти процентовъ средняго чистаго дохода, исчисленнаго за послѣднія передъ оцѣнкою пять лѣтъ (У. Г. С. ст. 1119 и 1120). Въ другихъ случаяхъ оцѣнка производится по мѣстнымъ цѣнамъ и особымъ условіямъ, въ коихъ имущество находится.²

При чемъ, законъ, оберегая справедливые интересы собственника отчуждаемой недвижимости, широко формулируетъ его права на вознагражденіе. 1) Если отчуждается часть недвижимости, то вознагражденіе должно состоять не только изъ цѣны этой части, но изъ всей той суммы, на которую, вслѣдствіе отчужденія, уменьшается стоимость остающагося у владѣльца имущества. Поэтому принимаютъ въ соображеніе, лишь аетъ ли владѣлецъ, съ отобраніемъ участка, только получаемаго съ него дохода, или этотъ участокъ такого свойства, что остающееся за отрѣзкою пространство не можетъ уже приносить соразмѣрной ему выгоды; а также, приносить ли отходящее въ цѣлостномъ видѣ строеніе от дѣльный доходъ, какъ напримѣръ, жилой флигель, лавочка и т. п., и, слѣдовательно, имѣетъ нѣкоторое вліяніе на уменьшеніе общаго дохода. Но при оцѣнкѣ не должно быть принято маемо въ расчетъ увеличеніе цѣнности имуществъ, могущее произойти

¹ При отчужденіи долженъ торжествовать гражданскій законъ, который «материнскими глазами взираетъ на каждаго гражданина, и въ убыткѣ человѣку должно сдѣлать удовольствіе» (Нак. 30 іюля 1767 г.).

² Всякая неточность въ оцѣнкѣ равносильна безвозмездному отобранію имущества именемъ государства (соображеніе Госуд. Совѣта отъ 19 мая 1887 г.).

отъ самаго предпріятія, для коего они отчуждаются. 2) Владѣлецъ можетъ требовать отчужденія имущества въ полномъ составѣ, если остающаяся за отрѣзкою часть его дѣлается безполезной для владѣльца. 3) Независимо отъ производства опредѣленнаго оцѣнкою вознагражденія, предприниматель обязанъ устроить и содержать на свой счетъ въ указанныхъ мѣстахъ мосты, дороги, плотины, переѣзды, водостоки и тому подобныя сооруженія, возведеніе которыхъ представляется необходимымъ для устраненія убытковъ и неудобствъ, могущихъ произойти отъ осуществленія предпріятія, для котораго производится отчужденіе (ст. 594). 4) Охраняя тѣ же справедливые интересы собственника, законъ признаетъ за нимъ право на возвратъ отчужденной недвижимости, если предпріятіе не состоялось или прекратилось (ст. 590). Право это осуществляется въ видѣ выкупа и преимущественной покупки. Право выкупа можетъ имѣть мѣсто въ теченіе лишь 10 лѣтъ со дня отчужденія и производится уплатой полученнаго вознагражденія. По истеченіи же 10 лѣтъ, собственникъ можетъ или преимущественно передъ другими купить отчужденное имущество по соглашенію (купчая крѣпость), или, за отсутствіемъ такого соглашенія, купить имущество по новой оцѣнкѣ (данная, ст. 593).¹

Независимо отъ того, какъ опредѣленъ размѣръ вознагражденія оцѣночною комиссіей, правильно или неправильно, справедливо или нѣтъ, дѣло поступаетъ, по совершеніи оцѣнки, въ то министерство или главное управленіе, отъ коего оцѣнка была назначена,² съ приложеніемъ мнѣнія губер. комиссара (ст. 587). Если не требуется для вознагражденія особаго кредита, и владѣлецъ и предприниматель не возражаютъ противъ оцѣнки, то дѣло о вознагражденіи окончательно утверждается подлежащимъ министромъ или главноуправляющимъ. Въ противномъ случаѣ дѣло восходитъ на утвержденіе правительства, проходя предварительно черезъ Совѣтъ Министерства или Главноуправленія и Особое въ Государственномъ Совѣтѣ присутствіе по дѣламъ о принудительномъ отчужденіи недвижимыхъ имуществъ (ст. 588). Вознагражденіе (съ 0% со дня занятія по день уплаты, ст. 589) назначается деньгами (и выдается немедленно)³ или по соглашенію производится обмѣномъ на другое недвижимое имущество (ст. 578).

Отъ экспроприаціи, какъ принудительнаго отчужденія, необходимо строго отличать принудительное пользованіе чуждой недвижимостью.

Послѣднее признано у насъ въ двухъ формахъ: занятія имущества и права участія. Занятіе имущества есть принудительное, за вознагражденіе и не долѣе 3-хъ лѣтъ пользованіе чужимъ имуществомъ (ст. 602 и сл. ст. 575). Такое временное занятіе совершается въ порядкѣ Правительственнаго Указа (ст. 576), а вознагражденіе назначается въ размѣрѣ 6% стоимости имущества. Эта стоимость опредѣляется или добровольнымъ соглашеніемъ или оцѣнкой по общимъ правиламъ (ст. 602). Отъ временнаго занятія отличается, въ частности, еще принудительно устанавливаемое право участія въ пользованіи чужимъ имуществомъ (ст. 576, 606 и сл.). Это право участія устанавливается по общимъ правиламъ объ экспроприаціи недвижимыхъ имуществъ: для безпрепятственнаго производства работъ по устройству подъѣздныхъ путей, для добыванія при производствѣ работъ матеріаловъ, для устройства снѣговыхъ зашитъ и т. д. О принудительномъ занятіи для разработки лѣса на топливо см. С. У. 1917, ст. 144.

¹ Право на возвратъ имущества важно въ томъ отношеніи, что имъ въ особенности подчеркивается исключительный характеръ экспроприаціи, т. е. съ отчужденіемъ недвижимости бывшее право собственности еще сохраняетъ нѣкоторое значеніе для бывшаго собственника.

² При чемъ, обращеніе дѣла къ переоцѣнкѣ зависитъ отъ Государственнаго Совѣта, если бы министерство нашло, что оцѣнка не правильна и преувеличена (д. 1912, г. № 110 по рапорту военнаго министра, см. Ж. М. Ю. 1915, 7, 219 и сл. приложенія).

³ При отчужденіи заповѣднаго или маіоратнаго имѣнія, вознагражденіе обращается въ неприкосновенный капиталъ (ст. 589 п. 3). Вознагражденіе за отчуждаемую у крестьянъ обществу (а не усадебную) землю обращается также въ капиталъ, который, съ разрѣшенія правительства, можетъ быть обращенъ на приобрѣтеніе общественной недвижимой собственности. (15/11, 15/50). Вознагражденіе за недвижимость, находящуюся въ пожизненномъ владѣніи, или въ случаяхъ спора, вносится въ мѣстное казначейство (ст. 589 п. 2 и 1).

3. Судебное постановленіе принудительно прекращаетъ право собственности на недвижимостъ (также и движимостъ) во исполненіе судебного рѣшенія.

При этомъ, при обращенія взысканія на недвижимостъ, дается должнику время добровольно исполнить присужденное по исполнительному листу. Въ конечномъ результатѣ, недвижимостъ продается съ публичнаго торга. Въ литературѣ правильно указываютъ, что публичный торгъ, какъ способъ прекращенія права собственности, представляется институтомъ публичнаго права, дѣйствіемъ публичной власти (иначе сенатъ).¹ Дѣйствительно, принудительность отчужденія говоритъ скорѣе о власти, чѣмъ о договорномъ отношеніи, при которомъ представителемъ должника выступаетъ власть. О прекращеніи права собственности на родовыя имущества см. выкупъ.²

Таковы три основные вида принудительнаго прекращенія права собственности, которые знаетъ наше законодательство. Но нынѣ, въ связи съ войной, созданъ четвертый видъ принудительнаго отчужденія, и именно недвижимостей и предприятий (принудительная ликвидация).

4. Принудительная ликвидация т. н. нѣмецкаго землевладѣнія есть принудительное прекращеніе права собственности.

Въ противоположность экспроприаціи, съ ея рѣзко выраженной охраной законныхъ интересовъ собственника, съ ея справедливымъ и приличнымъ вознагражденіемъ, ликвидация т. н. нѣмецкаго землевладѣнія (указы 2 февраля и 13 дек. 1915 г.) преслѣдуетъ цѣли прекращенія собственности на земли вынужденной продажей, съ прямымъ нарушеніемъ интересовъ какъ враждебныхъ иностранцевъ и выходцевъ, такъ и всѣхъ третьихъ лицъ, которыя въ качествѣ залогодателей существенно заинтересованы въ охранѣ своихъ правъ при ликвидации. Въ особенности, рѣзкое нарушеніе интересовъ собственниковъ и третьихъ лицъ создалъ ук. 13 дек., предоставившій крестьянскому поземельному банку большія преимущества по приобрѣтенію ликвидируемыхъ земель. При чемъ, въ противоположность экспроприаціи, банкъ не обязанъ платить вознагражденіе немедленно и деньгами, а платить долгосрочными и, при томъ, именными свидѣтельствами банка. Самая передача этихъ свидѣтельствъ ограничена переходомъ ихъ по наследству или по выдѣлу нисходящимъ (ст. 2 Отд. 2). Принудительная ликвидация въ другихъ случаяхъ совершается продажей съ публичнаго торга, что не является, конечно, гарантіей справедливаго и приличнаго вознагражденія.³

Принудительная ликвидация непріятельскихъ предприятий введена у насъ въ чистомъ видѣ ук. 11 янв. 1915 г. (С. У. ст. 157).⁴ Точно также широко практикуется нынѣ и принудительное управленіе предприятиями (секвестръ) въ чистомъ видѣ или съ цѣлью прекратитъ, ликвидировать предприятие (ликвидация не въ чистомъ ея видѣ). Понятно, что секвестръ⁵ нельзя смѣшивать съ принудительной ликвидацией, какъ способомъ прекращенія права собственности, а принудительную ликвидацию съ принудительнымъ пользованіемъ (ук. 9 июня 1916 г., зак. 17 авг. г., 1915 С. У. ст. 1760).

¹ См. Вып. II.

² О раздѣлѣ наследства см. наслед. право.

³ Высказано мнѣніе, что принудительная ликвидация есть нѣчто промежуточное между конфискаціей и экспроприаціей (Давыдовъ, въ Пр. 1916, № 14, 854); но едва ли есть основаніе видѣть идею наказанія въ принудительной ликвидации. Принудительная ликвидация имѣетъ самостоятельное значеніе обезопаситъ границы государства отъ населенія, связаннаго съ враждебнымъ государствомъ. Принудительная ликвидация, какъ самостоятельный институтъ, противорѣчитъ ст. 77 Основныхъ Законовъ, и въ этомъ отношеніи представляется институтомъ незаконномѣрнымъ.

⁴ См. ук. 10 мая 1915 (С. У. ст. 1113 и 2003) и ук. 17 дек. 1915 г. (С. У. 1916, ст. 3) и дополненіе къ нимъ ук. 1 окт. 1916 г. О порядкѣ ликвидации промышленныхъ предприятий, расположенныхъ на подлежащихъ отчужденію земляхъ непріятельскихъ подданныхъ и выходцевъ см. ук. 25 окт. 1916 (С. У. ст. 2407). См. еще указы Суд. Деп. (Пр. 1916, 19, 1183).

⁵ С. Никоновъ, Секвестрація въ гражданскомъ правѣ (Врем. Дем. Юрид. Лиц. кн. 82—83, и отдѣльно 1900). Е. Троицких, Sequestres et sequestrés, P. 1916.

5. *Право собственности на недвижимость может прекратиться, наконецъ, и ея гибелью.*

Правда, такой способъ прекращения права собственности чаще встрѣчается въ отношеніи движимости, но онъ вполне возможенъ и въ отношеніи недвижимости, въ особенности построекъ. Нынѣ, въ связи съ войной, нерѣдко имѣетъ мѣсто уничтоженіе имущества по распоряженію военныхъ властей, и именно, строеній, посѣвовъ, лѣсовъ и т. д. Въ частности, до окончательнаго опредѣленія стоимости уничтоженныхъ строеній, выдается 25% предварительной оцѣнки этого имущества (Гл. 1 ст. 1 г. Правиль 6 окт. 1916 г.). Подробнѣе объ уничтоженіи имущества см. ниже (стр. 197).

§ 26. ПРИОБРѢТЕНІЕ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ НА ДВИЖИМЫЯ ВЕЩИ.*

I. Значеніе владѣнія движимыми вещами.

Система поземельныхъ книгъ имѣетъ свою цѣлью обезпечивать твердость оборота недвижимости (§ 24 III). Но система эта не приложима къ движимостямъ, въ виду особой быстроты обращенія движимостей и крайняго ихъ разнообразія. Между тѣмъ, необходимость въ твердости оборота движимостей, при большой ихъ роли въ современной жизни, очевидна. Передовое законодательство достигаетъ твердости оборота движимостей тѣмъ, что оно владѣнію движимыми вещами, какъ явленію для всѣхъ очевидному, придаетъ роль, равную роли вотчинной записи для недвижимости.

1. *Отсюда, добросовѣстный приобретатель движимой вещи, получившій ее во владѣніе, можетъ не опасаться иска собственника о ея возвратѣ (виндикація), если приобретенная вещь оказалась чужой.*

Ясно, что владѣніе приобретенной движимой вещью, переданной отчуждателемъ, обезпечиваетъ принципъ публичности приобретения, который въ отношеніи недвижимости осуществляется внесеніемъ вещныхъ правъ въ вотчинную книгу. Владѣніе и запись въ отношеніи третьихъ добросовѣстныхъ лицъ выполняютъ одну и ту же роль: первое въ отношеніи движимостей, вторая въ отношеніи недвижимости,¹ почему оказывается возможнымъ приобретение правъ собственности отъ несобственника.

Указанное значеніе владѣнія движимостью есть институтъ современнаго права, принятый германскимъ и швейцарскимъ уложеніями, а также и нашимъ проектомъ (ст. 751 и сл.). Институтъ этотъ стоитъ въ рѣзкомъ противорѣчій съ римскимъ правомъ, которое не допускало возможности приобретения вещи отъ несобственника на томъ основаніи, что никто не можетъ перенести другому правъ больше, чѣмъ самъ имѣетъ. Т. к. это основаніе вполне правильно (нельзя передать другому того, чего самъ не имѣешь), то современное право отступаетъ отъ него лишь поскольку это необходимо въ интересахъ твердости вещныхъ сдѣлокъ. Именно, 1) приобретатель получаетъ право собственности на движимую вещь отъ владѣющаго ею несобственника, при

* Васильковскій, Приобрѣтеніе движимости отъ несобственника (Ж. М. Ю. 1895 № 1). Бардзкій, О правѣ потерпѣшаго отъ преступленія собственника движимаго имущества на возвращеніе его отъ добросовѣстнаго приобретателя (1898). Люстихъ, О связи между владѣніемъ и правомъ собственности на движимыя вещи по русскимъ законамъ (Ж. Гр. и Уг. Пр. 1878 № 3). Трепицынъ, Приобрѣтеніе движимостей въ собственность отъ лицъ, не имѣющихъ права на ихъ отчужденіе (Варш. 1907 у него же литература стр. 440). А. Бардзкій, Добросовѣстное приобретение движимости (Од. 1909). Г. Гинсъ, Правомѣрно ли приобретение собственности отъ несобственника (Пр. 1909, № 28). См. еще ниже литературу о передачѣ и виндикаціи.

¹ Ш. У. ст. 930, 933 и сл. Fr. Ostertag, l. c. стр. 10.

условіи добросовѣстности пріобрѣтателя; при чемъ добросовѣстность всегда предполагается. 2) Далѣе, цѣлый рядъ вещей (потеряныя, краденыя и вообще добытыя преступленіемъ) въ теченіе опредѣленнаго срока подлежатъ возвращенію собственнику (виндикація) и при условіи добросовѣстности.¹ Проектъ гражданскаго уложенія (также австрійское ул.) допускаетъ возвращеніе вещи отъ пріобрѣтателя (хотя бы и добросовѣстнаго), если вещь пріобрѣтена имъ безвозмездно.² Слѣдуетъ, однако, замѣтить, что указанное значеніе владѣнія не исчерпывается областью пріобрѣтенія права собственности, а находитъ свое примѣненіе въ области пріобрѣтенія другихъ вещныхъ правъ.³

Корни современнаго права о значеніи владѣнія, какъ укрѣпляющей формы права собственности, находятся въ древне-германскомъ правѣ, которое давало, при извѣстныхъ условіяхъ, защиту пріобрѣтателямъ движимыхъ вещей, вышедшихъ изъ рукъ собственника по его волѣ. Собственнику же предоставлялось право искать убытки съ того, кому онъ довѣрилъ свою движимую вещь. Положеніе это выражалось въ юридическихъ поговоркахъ: Hand muss Hand wahren; Hand wahre Hand; Trau, schau wem и т. д.⁴ Спорно, обоснованіе пріобрѣтенія движимыхъ вещей отъ неуправомоченнаго лица. Несомнѣнно, что многочисленныя теоріи способствовали углубленію даннаго спора, хотя каждая изъ нихъ въ отдѣльности не можетъ претендовать на исключительное признаніе. Заслуживаютъ упоминанія т. н. владѣльческія теоріи, ставящія пріобрѣтеніе отъ несобственника въ связь съ институтомъ владѣнія (Gewere) по германскому праву, въ силу котораго владѣніе было не только фактомъ, но и правомъ распоряженія. Почему отчуждающій вещь владѣлецъ, хотя бы и не собственникъ, былъ все же управомоченнымъ лицомъ въ силу права владѣнія.⁵

Роль владѣнія въ упроченіи мобилиарнаго оборота впоследствии, подъ вліяніемъ римскаго права съ его неограниченной виндикаціей, была ослаблена, но потомъ германнистическія начала взяли верхъ, сначала въ торговомъ правѣ, а потомъ и гражданскомъ. При чемъ, эта роль владѣнія нашла широкое признаніе въ французскомъ правѣ, которое прямо провозгласило владѣніе титуломъ права собственности (С. С. art. 2279: en fait de meubles la possession vaut titre).⁶ Правильнѣе, однако, поступило Германское уложеніе, (ст. 932), которое признало указанную роль за владѣніемъ, не какъ таковымъ, а за передачей, и при томъ связанной съ добросовѣстнымъ пріобрѣтеніемъ и законнымъ титуломъ⁷ (Петражицкій, Трепицынъ, 495 и 498).

2. Наши законы говорятъ: *«движимыя вещи почитаются собственностью того, кто ими владѣетъ, доколь противное не будетъ доказано»* (ст. 534).

Слѣдовательно, если будетъ доказано, что пріобрѣтатель, получилъ вещь отъ несобственника и вообще отъ неуправомоченнаго лица, то пріобрѣтатель не почитается собственникомъ и обязанъ возвратить вещь собственнику. А это значитъ, что владѣніе по ст. 534-ой не можетъ быть приравнено къ записи недвижимостей въ поземельную книгу. Пріобрѣтатель, получившій вещь во владѣніе, не можетъ быть спокойнымъ за свое пріобрѣтеніе. Вещь м. б. возвращена (виндицирована) собственникомъ въ теченіе десятилѣтней давности. Все значеніе

¹ См. напр., Ш. У. ст. 934.

² Ст. 752 П. Правило это сомнительно, иначе И. Трепицынъ, Пріобрѣтеніе движимостей, стр. 544.

³ Ш. У. ст. 933; Проектъ, ст. 751 п. 2. («право собственности или иное вотчинное право»).

⁴ Трепицынъ, 27, у него же см. различный объемъ примѣненія указаннаго положенія стр. 33 и сл.), и споръ о древности его возникновенія (стр. 30).

⁵ Подробный разборъ указанной теоріи и возраженія противъ нея см. Трепицынъ, стр. 58 и сл. (понятіе о Gewere, стр. 56). У него же приведены и разобраны теоріи процессуальныя, чисто-цивильныя, политико-правныя и экономическія (стр. 56). При чемъ самъ авторъ хотя не высказывается опредѣленно за ту или иную теорію, но правильно подмѣчаетъ, что указанный принципъ владѣнія въ исторіи пріобрѣтатель разное значеніе, въ зависимости отъ той или иной его конструкціи въ законодательствѣ и практикѣ (стр. 79, 503). Швейцарское уложеніе въ данномъ вопросѣ построено, въ сущности, на германнистическомъ ученіи о Gewere. E u g. H u b e r, Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht. Berner Festschrift für Halle, 1894, См. Fr. O s t e r t a g, I. с. стр. 3.

⁶ Споръ о пониманіи даннаго положенія см. Трепицынъ, 480 и сл., здѣсь же литература.

⁷ По французскому же праву достаточно и путативнаго титула.

владѣнія сводится лишь къ опровержимой презумпціи собственности владѣльца, вслѣдствіе чего бремя доказательства падаетъ на того, кто ищетъ своей собственности, а не на владѣльца.¹ Понятно, что такое пониманіе ст. 534 стоитъ въ рѣзкомъ противорѣчій съ современными требованіями твердости оборота вещей движимыхъ; и неудивительно, что сенатъ вопреки ясному смыслу ст. 534 истолковалъ ее въ духѣ современнаго права. Именно, *добросовѣстный приобретатель*² чужой движимой вещи, владѣющей ею, становится ея собственникомъ, если только вещь не была краденая и вообще не добыта преступленіемъ.³

Къ указанной практикѣ сенатъ пришелъ, однако, не безъ большихъ колебаній (Трепицынъ, 426); его доводы изложены преимущественно въ рѣш. за 1884 г. № 6. Въ этомъ рѣшеніи сенатъ распространилъ на гражданское право ст. 569 У. С. Т., которой, дѣйствительно, признается безповоротность добросовѣстнаго приобрѣтенія вещей, отданныхъ на комиссію. Но ясно, что такое распространеніе принципиально недопустимо. По той же причинѣ неправильно и привлеченіе процессуальной статьи 1213 У. Г. С. Неубѣдительно и противопоставленіе ст. 534 и ст. 1512. Хотя въ ст. 1512 говорится о вѣдикаціи только краденыхъ вещей, и этимъ какъ бы показывается, что вещи некраденныя не возвращаются отъ добросовѣстнаго приобрѣтателя, но доказательство отъ обратнаго здѣсь менѣе, чѣмъ гдѣ либо приложимо, не говоря уже вообще о казуистичности нашихъ законовъ, о слабой ихъ систематичности.⁴ Въ литературѣ сенатскую точку зрѣнія въ особенноти обосновалъ Люстихъ (ранѣе Пестржецкій, также прежде Анненковъ), но большинство высказывается у насъ противъ сомнительной законности практики.⁵ Дѣйствительно, и содержаніе ст. 534 и ст. 609, 691 и 640 опредѣленно говорятъ противъ сената.⁶ Нынѣ въ защиту сенатской практики приводятъ ст. 1527³ (Ельяшевичъ), видя въ ней указаніе на защиту добросовѣстнаго приобрѣтенія движимости, проданной въ разсрочку. Однако, какъ разъ спорно, остается ли продавецъ движимой вещи въ разсрочку собственникомъ; вѣроятнѣе же, что нѣтъ; также и сенатъ, см. обяз. право. Правда, и отчуждатель хотя бы онъ и былъ собственникомъ, все же не есть управомоченный и въ этомъ смыслѣ можно было бы говорить о добросовѣстномъ приобрѣтеніи движимости отъ неуправомоченнаго собственника,⁷ но здѣсь вопросъ уже переносится въ другую плоскость, отличную отъ той, которую защищаетъ сенатъ.

3. Но, въ видѣ специальныхъ изъятій, наши законы знаютъ добросовѣстное приобрѣтеніе отъ несобственника движимыхъ вещей, и даже добытыхъ преступленіемъ: именно, съ публичнаго торговаго бумага на предъявителя, а равно и денегъ.

Эти изъятія, очевидно, сдѣланы въ интересахъ прочности оборота, дабы всякій могъ спокойно въ указанныхъ случаяхъ приобрѣтать вещи, не опасаясь ихъ вѣдикаціи дѣйствительнымъ собственникомъ, хотя бы вещи его и были украдены, или добыты инымъ преступленіемъ.

Бумаги на предъявителя (безыменныя) сами по себѣ служатъ представителями извѣстной цѣнности и имѣютъ свободное обращеніе въ публикѣ подобно денежнымъ знакамъ. Этимъ объясняется, что бумаги на предъявителя, являющіяся по существу обязательственными правами, о веществе представляются и считаются, въ противоположность другимъ правамъ

¹ Ст. 534 въ указанномъ значеніи соотвѣтствуетъ ст. 930 п. 1. Ш. У.

² 80/291, 80/303, 84/6; О. С. 96/31; иначе 73/1583, 76/431, 85/27, 87/34. Подробнѣе И. Трепицынъ, стр. 416 сл.

³ О. С. 96/31 и 06/26; К. Д. 97/73, 02/22, 08/85, 15/55 (Арх. Синайскій).

⁴ Трепицынъ, 434. Васьковскій, Ученіе о толкованіи, стр. 237.

⁵ Также Трепицынъ, 440 (здѣсь же литература).

⁶ Цѣлесообразность института добросовѣстнаго приобрѣтенія движимости отъ неуправомоченнаго оспаривается въ особенноти Биндингомъ съ точки зрѣнія политики уголовнаго права (см. Поповъ въ Ж. М. Ю. 1903 мартъ) и А. Менгеромъ. Послѣдній видитъ въ этомъ институтѣ постоянно дѣйствующую экспроприацію ради обезпеченія свободы торговаго оборота (Германское право и неимущіе классы населенія, 122.). Жизнь правильно показала, однако, что данный институтъ составляетъ существенное социальное благо (Колеръ). См. Покровскій, Осн. проблемы 163.

⁷ Симолинъ, Вліяніе момента безвозмездности, (69) склоненъ ограничить принципъ добросовѣстнаго приобрѣтенія лишь возмездными сдѣлками на основаніи той же ст. 1527³; однако, построеніе это рискованное.

требованія, заемнымъ письмамъ, вексямъ и т. д.¹—вещами, а не обязательствами. Бумаги на предъявителя появляются у насъ съ 1859 г., и рѣчь идетъ тамъ о безыменныхъ билетахъ государственныхъ займовъ, которые передаются изъ рукъ въ руки безъ надписей, и владѣльцемъ ихъ признается держатель вещи (ст. 73 разд. I Уст. Кред. т. XI ч. 2 изд. 1903 г.). Сенатъ распространилъ защиту пріобрѣтенія на всѣ бумаги на предъявителя, выпускаемая не только государствомъ, но и частными учреждениями, съ разрѣшенія правительства.²

Отличительной чертой бумагъ на предъявителя является неизвѣстность кредитора при извѣстности и неизмѣнности личности должника. Разъ такая бумага выпущена въ обращеніе,³ то всякій держатель ея считается въ силу одного этого обстоятельства ея собственникомъ. Онъ въ правѣ требовать по ней удовлетворенія, а лицо, выпустившее бумагу, не только обязано, но имѣетъ безусловное право совершить уплату всякому фактическому держателю бумаги. Это не значить, конечно, что, напр., похититель бумаги имѣетъ право собственности на эту бумагу, а только то, что всякій добросовѣстный пріобрѣтатель бумаги на предъявителя имѣетъ на нее право собственности, и къ нему не могутъ быть предъявлены возраженія, проистекающія изъ личныхъ отношеній прежняго собственника къ лицу, выпустившему бумагу (^{85/27}). Допустить обратное, значить подорвать довѣріе къ обрацаемости бумагъ на предъявителя, уничтожить значеніе ихъ, какъ документовъ, аналогичныхъ денежнымъ знакамъ. Болѣе того, даже публикація Министерства Финансовъ о признаніи недействительными, напр., похищенныхъ купонныхъ листовъ, не можетъ имѣть обязательнаго значенія для пріобрѣтателей такихъ листовъ. Короче, каждой бумагѣ на предъявителя должно быть оказано полное довѣріе, если она отвѣчаетъ установленнымъ для нея внѣшнимъ признакамъ, ибо единственно этими внѣшними признаками опредѣляется довѣріе къ ней.

Что касается денегъ, какъ орудія обращенія, то не подлежитъ сомнѣнію невозможность ихъ виндикаціи отъ лица, добросовѣстно ихъ получившаго, ибо все сказанное о бумагахъ на предъявителя еще въ большей мѣрѣ приложимо къ деньгамъ, хотя бы они были краденныя и вообще добыты преступленіемъ (О. С. ^{84/18}, ^{84/42}).⁴ Само собой понятно, что деньги старинныя, иностранныя и вообще деньги, не принятые въ нашемъ государствѣ за орудіе обращенія и не выполняющія болѣе этой функціи, подлежатъ общему правилу, какъ и всѣ движимыя вещи. Что касается, наконецъ, продажи движимыхъ вещей съ публичнаго торга, хотя бы и добытыхъ преступленіемъ, то здѣсь также, въ силу спеціальнаго предписанія закона, пріобрѣтатель съ публичнаго торга получаетъ право безповоротной собственности (ст. 1061 У. Г. С.).⁵ При этомъ, сенатъ держится того мнѣнія, что неправильный почему либо торгъ разъ только онъ состоялся, не влечетъ поворота проданной движимости.⁶ Этимъ признается ненужность законнаго титула; достаточно путативнаго.

¹ Дѣло въ томъ, что самъ по себѣ документъ, напр., заемное письмо, акція, вексель и т. д., есть выраженіе лишь обязательственнаго права. Права же эти могутъ быть только уступаемы (цессія), но не продаваемы. Поэтому, если нельзя пріобрѣсть право собственности на требованіе, то и владѣніе соотвѣствующимъ документомъ не м. б. титуломъ права собственности на требованіе.

² Указъ 1-го Д. Прав. Сен. 5. дек. 1908 г. № 16042; ^{85/27}, ^{86/33}. О. С. ^{92/18}; о безыменныхъ процентныхъ бумагахъ см. ^{80/302}, О. С. ^{84/43} и ^{92/18}; о выигранныхъ билетахъ см. ^{98/15}. Въ литературѣ большинство высказывается за такое распространеніе (литературу см. Трепицынъ, 459 и сл.). Проектъ говоритъ лишь о возмездномъ добросовѣстномъ пріобрѣтеніи бумагъ на предъявителя, какъ не подлежащихъ виндикаціи, ст. 668 (см., однако, Об. Зап. М. Ю., подробнѣе, Н о в и ц к и й въ В. Г. П. 1916, 8, 97).

³ По вопросу о моментѣ возникновенія обязательства, выраженнаго въ бумагѣ на предъявителя, нынѣ существуютъ разныя теоріи, въ частности договорная.

⁴ Такъ и Трепицынъ (462)—по правилу заключенія а majori ad minus, отъ большаго къ меньшему. Иначе Оксѣ и Анненковъ (см. Трепицынъ 461). Ср. рѣш. 11 февр. 1911 г. по д. Цыценковыхъ; о билетахъ государственныхъ учреждений ^{84/6}, ^{80/303}. Проектъ не допускаетъ возвращенія отъ добросовѣстнаго пріобрѣтателя не только денегъ и бумагъ на предъявителя, но и заемныхъ вещей (ст. 776).

⁵ ^{82/10} Ст. 1061 У. Г. С. не распространяется, однако, на случай покупки съ аукціоннаго торга въ частномъ ломбардѣ (^{96/70}).

⁶ Иначе отдѣл. рѣш. (противъ него не безъ основанія В и н а в е р ь); см. В. Г. П. 1915, 7, 132.

☐ Все вышеизложенное о приобрѣтеніи движимыхъ вещей (и даже, въ видѣ исключения, вещей добытыхъ преступленіемъ) имѣеть въ виду добросовѣстнаго приобрѣтателя. Поэтому знаніе, что вещи добыты преступленіемъ дѣлаеть приобрѣтеніе недопустимымъ. Положеніе это очень важное; оно показываетъ, что не только не всякое владѣніе, но и не всякая передача служить у насъ способомъ приобрѣтенія права собственности отъ лица неуправомоченнаго.

II. Производные способы приобрѣтенія права собственности на движимость и моментъ приобрѣтенія.*

Среди производныхъ способовъ приобрѣтенія права собственности на движимость въ современномъ правѣ особое мѣсто занимаетъ передача (традиція). Дѣйствительно, въ силу вышеуказанной роли владѣнія для укрѣпленія права собственности на движимость, роль передачи, какъ установленія владѣнія, занимаетъ выдающееся мѣсто. При этомъ, передачу, какъ способъ приобрѣтенія права собственности, не слѣдуетъ смѣшивать съ соглашеніемъ, какъ способомъ же приобрѣтенія права собственности.

1. *Передача или традиція есть фактическое дѣйствіе (передача), посредствомъ котораго воля одного (традента) переноситъ собственность на другое (акципиента), выразившее на то свое согласіе.*

Отсюда видно, что тамъ, гдѣ нѣтъ согласной воли лицъ (animus tradendi et accipiendi) перенести собственность, нѣтъ и традиціи, какъ способа приобрѣтенія права собственности. Но вмѣстѣ съ тѣмъ ясно, что и тамъ, гдѣ есть эта воля, но нѣтъ передачи, также нѣтъ перехода права собственности. Въ виду такой конструкции традиціи, спорна ея природа.

Именно, спорять о томъ, не есть ли традиція все же договоръ, направленный непосредственно на вещное послѣдствіе, и въ этомъ смыслѣ, не есть ли она вещный договоръ. Римскіе юристы не признавали вещныхъ договоровъ; неудивительно, что и традицію они не считали договоромъ. Между тѣмъ, въ литературѣ имѣются защитники договорной природы традиціи.¹ Въ современныхъ законодательствахъ, традиція, какъ способъ приобрѣтенія права собственности, признается группой германскихъ законодательствъ, въ частности, и германскимъ уложеніемъ (ст. 929). При чемъ, соглашеніе о передачѣ обозначено словомъ одиначество («Einigung»), вмѣсто слова договоръ («Vertrag») перваго проекта германскаго уложенія. Однако, такое словоупотребленіе существа дѣла не мѣняетъ. Ш. У. (ст. 714) не различаетъ приобрѣтенія передачей вещей въ собственность отъ собственника и неуправомоченнаго лица, и этимъ подчеркиваетъ въ особенноти ясно, что въ германскихъ законодательствахъ передача коренится во владѣніи движимыми вещами. Напротивъ, англо-французское законодательство не признаеть традиціи, и одно соглашеніе считаетъ достаточнымъ для приобрѣтенія права собственности. Система традиціи существовала въ англійскомъ правѣ до половины 15 вѣка. Во французскомъ же правѣ система соглашенія была санкціонирована лишь французскимъ кодексомъ (стт. 711, 1138, 938, 1703). При чемъ возникъ вопросъ, не устанавливаетъ ли соглашеніе по французскому праву т. н. относительную собственность, т. е. только въ отношеніи сторонъ сдѣлки. Что же касается третьихъ лицъ, то право собственности считается перешедшимъ къ приобрѣтателю послѣ передачи (абсолютная собственность). Большинство правильно противъ такого половинчатаго рѣшенія, хотя это рѣшеніе и подкупаетъ своей примирительной тенденціей.²

Для того, чтобы традиція перенесла право собственности, необходимы, кромѣ намѣренія сторонъ перенести право собствен-

* Загоровскій, О приобрѣтеніи права собственности на движимыя имущества посредствомъ передачи (Ю. В. 1890 кн. 6). Трепицынъ, Переходъ права собственности на движимыя имущества посредствомъ передачи и соглашенія (1903). У него же литература.

¹ У насъ Трепицынъ (Переходъ, 175, 186); у него же подробный разборъ литературы за и противъ. Дѣйствительно, исходя изъ понятія вещнаго договора, приходится считать традицію такимъ договоромъ, аналогично вещному договору перенесенія права собственности на недвижимость.

² Трепицынъ, 248, 258. Въ частности, онъ видитъ въ побѣдѣ соглашенія надъ традиціей побѣду духа надъ матеріей, спиритуализацію способовъ приобрѣтенія права собственности.

ности, слѣдующія условія: 1) Приобрѣтатель и отчуждатель должны быть легитимированы, то-есть, способны перенести право собственности. Неправоспособность отчуждателя, при добросовѣстности приобретателя и его правоспособности, создаетъ лишь квалифицированное овладѣніе (III. 1), но послѣднее не есть уже традиція, какъ производный способъ приобретѣнія права собственности. 2) Передаваемая вещь должна быть способной стать предметомъ права собственности. 3) Отчуждающая сдѣлка (если традиція не абстрактна) должна быть объективно дѣйствительной. 4) Самая передача вещи не требуетъ, однако, непременно фактической передачи (врученія). Передача можетъ выражаться и въ предоставленіи лицу возможности распорядиться вещью по своему усмотрѣнію (ст. 993, 1510).

Такому предоставленію одной возможности, безъ дѣйствительной передачи (*traditio longa manu*), противопоставляются другіе случаи, когда въ передачѣ вовсе нѣтъ надобности. Такъ, приобретатель уже до того имѣлъ вещь въ своемъ обладаніи (*traditio brevi manu*) или отчуждатель по соглашенію съ приобретателемъ оставилъ себѣ вещь во владѣніе (*constitutio possessorium*). Возможна передача владѣнія и передачей (цессіей) виндикаціоннаго иска. Указанные способы передачи владѣнія, признанные германскимъ уложеніемъ, въ сущности ослабляютъ значеніе традиціи въ пользу системы соглашенія, но, кромѣ того, Г. У. знаетъ прямо отступленія отъ системы традиціи, дѣлающія сомнительной господство традиціи въ Г. У. (Колеръ).

2. Сенатъ, по общему правилу, не признаетъ передачи, какъ способа приобретѣнія права собственности, и учитъ, что право собственности приобретается прямо соглашеніемъ.¹

Положеніе это говоритъ за то, что у насъ роль владѣнія, при приобретѣніи собственности отъ уполномоченнаго лица, отрицается сенатомъ. Проданная вещь должна, поэтому, считаться принадлежащей приобретателю съ момента соглашенія о куплѣ-продажѣ, а не съ момента передачи покупателю проданной вещи. Слѣдовательно, и искъ о передачѣ вещи есть не искъ изъ договора (личный искъ), а вещный (виндикаціонный). Съ момента заключенія договора, приобретатель въ правѣ распорядиться вещью, хотя бы она и не поступила въ его обладаніе (71/618).

3. Лишь въ видѣ исключенія, сенатъ признаетъ передачу способомъ приобретѣнія права собственности въ отношеніи купли-продажи вещей: 1) опредѣляемыхъ родовыми признаками (80/91),² а равно 2) при продажѣ движимыхъ вещей въ кредитъ или съ задаткомъ (75/951).

Въ нашихъ гражданскихъ законахъ не дано яснаго рѣшенія вопроса, въ какой моментъ переходитъ право собственности на движимую вещь.³ Большинство ученыхъ, повидимому, склоняется къ признанію такимъ моментомъ передачи владѣнія вещь, а не соглашенія, короче, признаетъ передачу способомъ приобретѣнія права собственности на движимую вещь⁴ (также проектъ).

Ближайшій анализъ статей законовъ, матеріальныхъ и процессуальныхъ, приводимыхъ защитниками и противниками традиціи въ нашемъ правѣ, показываетъ, дѣйствительно, что положительныхъ данныхъ въ пользу традиціи у насъ нѣтъ. Аргументъ, что традиція, подобно вводу во владѣніе, есть моментъ перехода права собственности, и въ этомъ смыслѣ называется укрѣпленіемъ, отпадаетъ потому, что вводъ во владѣніе не является у насъ способомъ приобретѣнія права собственности, а служитъ лишь цѣлямъ оглашенія. Кромѣ того, понятіе укрѣпленія не есть у насъ синонимъ перехода права собственности (см. ст. 707, 1380), да и не совпадаетъ съ понятіемъ передачи (ст. 420). Ст. 993 и 1510 объясняютъ лишь, въ чемъ состоитъ передача, но не говорятъ о передачѣ, какъ способѣ приобретѣнія права собственности. Ст. 699 прим., перечисляя способы приобретѣнія правъ на имущества, не называетъ среди нихъ передачи. Конечно, противъ

¹ 72/897, 77/206, 79/283, 98/85; независимо отъ того, состоялась ли фактическая передача имущества или нѣтъ (77/206, 79/283).

² Точнѣе, когда проданное имущество опредѣляется «родомъ и качествомъ» (ст. 1516).

³ Ср. ст. 416 и 707, 993, 1380, 1510, 1737 и 1744. См. еще ст. 420, 1513 и 1514.

⁴ Противъ Тр е п и ц ы н ь, 399, у него же литература, 340, 361.

всѣхъ этихъ доводовъ возможны и возраженія. Но важно то, что нѣтъ положительныхъ опредѣленныхъ данныхъ за передачу.¹

III. Первоначальные способы пріобрѣтенія права собственности на движимости.*

Владѣніе, какъ обладаніе движимыми вещами, создаетъ право собственности не только передачей, но квалифицированнымъ овладѣніемъ, простымъ овладѣніемъ (оккупация), находкой, кладомъ и давностью владѣнія. О давности владѣнія было уже изложено выше, какъ о пріобрѣтательной давности, примѣняемой одинаково у насъ къ движимымъ и недвижимымъ вещамъ.

1. *Квалифицированное овладѣніе есть добросовѣстное пріобрѣтеніе права собственности на движимость посредствомъ передачи, но отъ неуправомоченнаго лица.*

Понятіе это было уже выяснено выше (I). Здѣсь ставится лишь общій вопросъ, можно ли такое пріобрѣтеніе считать первоначальнымъ способомъ пріобрѣтенія права собственности, а не производнымъ. Первоначальный способъ характеризуется тѣмъ, что при немъ нѣтъ преемства; право собственности возникаетъ не только не при содѣйствіи прежняго собственника, но вопреки его праву, одной дѣятельностью пріобрѣтателя. Между тѣмъ, при добросовѣстномъ пріобрѣтеніи отъ неуправомоченнаго лица имѣется налицо дѣятельность неуправомоченнаго лица, какъ передатчика (традента). При чемъ, дѣятельность эта должна выразиться съ обѣихъ сторонъ въ совершеніи законной сдѣлки: единственный ея недостатокъ—отсутствіе правоспособности у отчуждателя передать право собственности на вещь. Овладѣніе вещью пріобрѣтателемъ квалифицируется какъ законная передача, которой недостаетъ только легитимации отчуждателя.² Тѣмъ не менѣе, такое квалифицированное овладѣніе есть все же первоначальный способъ пріобрѣтенія права собственности, т. к. здѣсь нѣтъ на самомъ дѣлѣ преемства между дѣйствительнымъ собственникомъ и пріобрѣтателемъ, нѣтъ внутренней связи и зависимости между правомъ отчуждателя и правомъ пріобрѣтателя.³ Впрочемъ, вопросъ этотъ спорный;⁴ и законодатель можетъ въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ пріобрѣтеніе отъ неуправомоченнаго разсматривать какъ нѣкоторое преемство, перенося на пріобрѣтателя обремененія, лежащія на вещи.⁵

2. *Въ противоположность добросовѣстному двустороннему пріобрѣтенію отъ неуправомоченнаго лица, простое овладѣніе, или оккупация есть одностороннее пріобрѣтеніе и притомъ вещи, вовсе не имѣющей собственника (безхозяйной вещи).*

Здѣсь пріобрѣтеніе ограничивается исключительно дѣятельностью одного пріобрѣтателя. Существенными моментами оккупации явля-

¹ См. Трепицынъ, 340, 361.

*Суворовъ, О находкѣ по русскимъ законамъ (Ж. пр. и Уг. Гр. 1875 № 2). Пестржецкій, О находкѣ (тамъ же 1876 № 1). Товстолѣсъ, Находка и мѣсто ея въ системѣ русскаго законодательства (Ж. М. Ю. 1901 № 9). Его же, Находка по проекту гражданскаго уложенія (тамъ же, 1903, № 4). Кассо, Незвѣстность хозяина найденной вещи. Москва. Муловъ, Кладъ и находка (Ж. М. Ю. 1863 № 1). Лаврентьевъ, Спецификація (В. Пр. 1902 № 9—10). О. Завадскій, О спецификаціи по русскому праву (Ж. М. Ю. 1912, № 12). Духанъ, Ученіе о спецификаціи въ практикѣ правительствующаго Сената (Пр. 1913 № 8). Ельяшевичъ, (Пр. 1913, 541). Синайскій. Юридическая загадка (Труды Киев. Юр. Общ. 1915, 125).

² По французскому праву достаточно и путативнаго титула.

³ Регельсбергеръ, Пандекты, I, стр. 185, 377 (см. Трепицынъ, 486). Здѣсь же подробнѣе понятіе преемства въ правѣ (формулировка Лессинга).

⁴ Теоріи подробно изложены у Трепицына, 489 и сл.

⁵ Однако, обремененія могутъ не переходить и при производномъ способѣ (см. Трепицынъ, 496). Было замѣчено, что дѣленіе на способы первоначальные и производные значительно потеряло нынѣ свое значеніе. Проектъ признаетъ пріобрѣтеніе отъ неуправомоченнаго первоначальнымъ способомъ.

ются: 1) одностороннее приобретение фактического господства, 2) безхозяйная вещь и 3) намерение иметь ее в своей собственности. Безхозяйными же вещами считаются вещи, никогда не имевшие собственника, или имевшие, но намеренно покинутые собственником. Т. Х ч. I не устанавливает прямо овладения, как способа приобретения права собственности. Однако, на основании ст. 406 т. Х ч. I, можно заключить, что лишь недвижимая имущество, «как не принадлежащая никому в особенности» не подлежат овладению. Напротив, овладение есть способ приобретения права собственности на движимость во многих случаях.

Так, 1) при охоте на дичь и диких животных (т. XII ч. 2 ст. 164—174), 2) при ловле рыбы в морях и озерах, не состоящих в частном владении (т. XII ч. 2 Уст. сельск. хоз. ст. 490—499), а равно при ловле жемчуга в морях (т. XII ч. 2 Уст. сельск. хоз. ст. 770, 771) и пиявок в прудах и озерах (там же ст. 780), 3) при собирании грибов и вообще лесных плодов в казенных лесах, если нет на то особого запрещения (т. VIII ч. 1 Уст. лесного ст. 325, 327).

На основании указанных статей тома XII и VIII можно заключить, что овладение движимыми вещами допускается нашим законодательством. Это заключение находит себе дальнейшее подтверждение в ст. 539² т. Х ч. I, которая устанавливает изъятие о тносительно метеоритов. Лицо, овладевшее метеоритом, обязано передать его в правительственный музей. Что касается военной и морской добычи, как вещей неприятельских, то такая добыча принадлежит государству. Немногие вышеприведенные постановления нашего законодательства об овладении, к сожалению, не дают ясного ответа на вопрос о том, кому принадлежат убитые зверь или дичь в чужом лесу без дозволения хозяина.¹ Проект же постановил: «Кто охотится на чужой земле или ловит рыбу в чужих водах, не имея на то права, тот не приобретает права собственности на убитое или пойманное животное и обязан возместить убытки собственнику земли или воды» (п. 1. ст. 856).

3. *Находка, или «обрътение» чужой движимой вещи, превращается в право собственности при условиях: а) полной потери вещи, б) неизвестности ее хозяина и в) неявки его в течение шести месяцев по розыску.*

а. Вещь приобретает находкой, если она совершенно, т. е. в полном утрачена, Псутому не могут быть предметом находки вещи, оставленные или забытые пассажирами при переездах по железным дорогам (^{97/16}) и, в частности, на станции железной дороги (^{02/51}), так как в этих случаях служащие железных дорог обязаны наблюдать за вещами пассажиров. Было бы весьма последовательно распространить вышеуказанные сенатские разъяснения и на потерю вещей в присутственных местах.

б. Далее, необходимо, чтобы хозяин потерянной вещи был действительно неизвестен, т. е. нашедший вещь не знал и не мог знать хозяина.² Поэтому не могут быть предметом находки вещи, потерянные: на глазах нашедшего их (^{76/45}), в дом хозяина или в его помещении (^{69/562}), найденные: на лестнице, хотя бы она вела в несколько помещений (^{69/562}) и в стенах дома (^{73/1670}); равным образом не могут быть предметом находки и денежные бумаги и вообще долговые документы (^{69/73}).

в. Наконец, необходимо, чтобы хозяин не был разыскан, не явился за вещью.

По закону 23-го марта 1912 г., нашедший чужую вещь должен в целях розыска заявить о находке полиции (милиции), которая выставляет у дверей полицейского управления (милиции) объявление о находке и принимает меры для отыскания собственника вещи. О найденных же вещах стоимостью свыше ста рублей производится публикация в

¹ Ср. ст. 174 Уст. сельск. хоз. и ст. 539 прим. т. Х ч. I, где речь идет о прежнем владельце диких животных.

² Субъективная неизвестность хозяина недостаточна (^{12/44}, ср. ^{11/19}).

мѣстныхъ губернскихъ вѣдомостяхъ, а въ мѣстностяхъ, лежащихъ внѣ губернскихъ городовъ, въ наиболѣе распространенныхъ мѣстныхъ газетахъ. По истеченіи 6 мѣсяцевъ по объявленіи или публикаціи, находка превращается въ право собственности.

Любопытно, что наши законы, до обращенія находки въ право собственности, называютъ ее особымъ правомъ пользованія (ст. 539). Прежде до зак. 23 марта 1912 не было установлено срока, въ теченіе котораго розыскъ оказывается безрезультатнымъ; вслѣдствіе этого право пользованія продолжалось 10 лѣтъ и превращалось въ собственность силой давности. Нынѣ установленъ шестимѣсячный срокъ явки владѣльца; поэтому бесспорно, что находка, при соблюденіи указанныхъ условій, есть сама по себѣ способъ приобрѣтенія права собственности, независимо отъ давности владѣнія.

Если же хозяинъ до истеченія 6 мѣсяцевъ явится, то находчикъ получаетъ въ награду третью часть цѣны вещи¹. Для полученія этой награды не требуется, однако, ни заявленія о находкѣ милиціи, ни публикаціи (90/99, иначе 70/798, 76/45).

Вопросъ объ основаніи вознагражденія не ясенъ. Имѣется ли въ виду вознаграждать нашедшаго вещь за добросовѣстность или за трудъ при объявленіи (90/99) вещи, или, наконецъ, побудить его наградой къ возвращенію вещи хозяину. Послѣднее основаніе болѣе вѣроятно, если принять во вниманіе столь высокую награду, какъ одну третью цѣнности вещи. Но это основаніе въ то же время несправедливо, такъ какъ оно лишаетъ собственника значительной части цѣнности потеряннаго имущества.² Правильнѣе, поэтому, поступаетъ общегерманское уложеніе, которое понижаетъ вознагражденіе за находку до размѣра 5% съ вещей стоимостью до 300 марокъ, а свыше этой суммы до 10%, и предоставляетъ собственнику вещи въ теченіе трехъ лѣтъ требовать отъ находчика, сдѣлавшагося собственникомъ вещи, вознагражденія въ размѣрѣ его обогащенія этой вещью (неправомѣрнаго обогащенія). Въ этомъ отношеніи постановленіе нашего Проекта, признавашаго вознагражденіе за находку въ размѣрѣ десятой части стоимости найденной вещи (ст. 865) болѣе отвѣчаетъ требованіямъ современнаго гражданскаго права, чѣмъ постановленіе т. X. ч. 1.

4. *Кладъ есть «сокровище», скрытое намѣренно такъ давно, что нѣтъ возможности опредѣлить его собственника.*

Поэтому для приобрѣтенія нашедшимъ права собственности на кладъ не требуется и розыска хозяина. Нашедшій кладъ становится непосредственно собственникомъ. Наши законы, при статической точкѣ зрѣнія на право собственности, не признаютъ, однако, обрѣтеніе клада способомъ приобрѣтенія права собственности, а считаютъ, что кладъ всегда принадлежитъ собственнику земли, даже и найденный (ст. 430). При чемъ наши законы понимаютъ кладъ въ наиболѣе его распространенномъ понятіи, какъ сокровища, скрытаго въ землѣ. Очевидно, однако, что кладъ не перестанетъ быть кладомъ, если онъ будетъ скрытъ и не въ землѣ, а въ другомъ мѣстѣ, напр., въ стѣнѣ дома, въ переплетѣ книги³. И лишь по мѣстному праву Полтавской и Черниговской губерній, при условіи случайнаго обрѣтенія клада въ чужой землѣ нашедшій приобрѣтаетъ право собственности на половину клада; другая же половина остается собственнику земли.

Проектъ подводитъ подъ понятіе клада не только вещи, зарытыя въ землю, но и сдѣланныя въ стѣнѣ (ст. 874), и предоставляетъ нашедшему кладъ, случайно или съ дозволенія собственника, право собственности на одну десятую часть его или, если таковая не можетъ быть выдѣлена безъ поврежденія клада,—право на вознагражденіе въ размѣрѣ одной десятой стоимости его (ст. 875).

¹ За найденныя старыя монеты или другія древности, представленныя (законъ не обязываетъ представлять) подлежащему начальству, уплачивается вся настоящая цѣна золота, серебра или иного вещества, изъ коего онѣ сдѣланы (539¹). Объ особомъ порядкѣ вознагражденія за пригубный скоть (одна шестая часть) см. приложение къ ст. 539.

² Сенатъ говоритъ объ обязанности находчика вернуть найденную вещь, и что вещь не должна служить для него источникомъ обогащенія (12/44).

³ Въ ст. 269 т. X ч. 1 изд. 1832 г. было сказано: «въ землѣ или строеніяхъ», и въ ст. 2126 ул. наказ. изд. 1845 г. было прибавлено: «или иной чужой собственности».

Изложенные способы приобрѣтенія права собственности на движимую вещь квалифицированное овладѣніе, оккупация, находка и даже кладъ основаны на приобрѣтеніи фактическаго господства надъ существующей вещью, какъ таковой. Но имѣется и другая группа способовъ приобрѣтенія движимостей, при которой рѣчь идетъ о приобрѣтеніи права собственности на новыя вещи (переработка, плоды) или о присоединеніи вещей (приращеніе).

5. *Переработка (спецификація) есть способъ приобрѣтенія права собственности на новую вещь, созданную трудомъ переработчика изъ чуждаго матеріала.*

Наши законы не рѣшаютъ вопроса, кто является собственникомъ новой вещи, хозяинъ ли вещи въ ея прежнемъ видѣ (матеріала) или переработчикъ.

Герм. ул., въ разрѣшеніи даннаго вопроса, обращаетъ вниманіе на цѣнность работы по сравненію съ цѣнностью матеріала (ст. 950); Ш. У. прибавляетъ къ этому еще добросовѣстность лица, переработавшаго вещь (ст. 726). Въ нашей литературѣ вопросъ о томъ, кто собственникъ вещи, переработчикъ или хозяинъ вещи, чрезвычайно споренъ. Тогда какъ одни (Шершеневичъ и др.), на основаніи ст. 609 рѣшаютъ вопросъ въ пользу собственника матеріала, другіе (Васьковскій, Анненковъ, Лаврентьевъ и др.) стоятъ за собственность переработчика, если вещь не м. б. приведена зъ прежнее состояніе, и ссылаются преимущественно на ст. 673 (также на ст. 618, 634 т. X ч. 1, и ст. 168 Уст. о наказ.)¹. Къ сожалѣнію, оба мнѣнія не рѣшаютъ, въ концѣ концовъ, даннаго вопроса. Ст. 609 обязываетъ возвратить имущество хозяину, но при переработкѣ нѣтъ болѣе этого имущества, а есть новая вещь: слѣдовательно, нѣтъ того, что нужно возвратить. Ст. 673 имѣетъ въ виду истребленіе или поврежденіе какого-либо имущества, между тѣмъ какъ переработка не есть истребленіе или поврежденіе, а созданіе новаго имущества. Напр., виноградъ нельзя считать истребленнымъ или поврежденнымъ, если изъ него сдѣлано вино; равнымъ образомъ виноградъ нельзя вернуть хозяину, такъ какъ его болѣе нѣтъ. Поэтому слѣдуетъ обратиться къ общимъ принципамъ нашихъ законовъ. Признаніе права собственности за переработчикомъ есть орицаніе в и д и к а ц і и. Послѣднее же должно быть прямо установлено въ законѣ. Слѣдовательно, если такого постановленія нѣтъ, то новая вещь должна принадлежать хозяину матеріала.

Сенатъ считаетъ собственникомъ новой вещи переработчика (¹²/₃), но обосновываетъ свое рѣшеніе слабо, и въ особености въ томъ отношеніи, что онъ признаетъ право собственности за переработчикомъ лишь при наличности о с о б о й ц ѣ н н о с т и вещи, сообщенной ей трудомъ. Никакихъ указаній въ законахъ на такое условіе положительно нѣтъ. Что касается, наконецъ, с у щ е с т в е н н ы хъ м о м е н т о въ спецификаціи, то необходимо, чтобы прежняя вещь отъ переработки приняла такой видъ (species), чтобы въ правооборотѣ можно было говорить уже о новой вещи. Спорно, можно ли относить къ спецификаціи обработку поверхности чужой вещи, напр., писаніе, черченіе, гравированіе, рисованіе, вышиваніе и т. д. Привильнѣе видѣтъ и при такомъ способѣ переработки спецификацію, т. е. новую вещь (также передовое законодательство и сенатъ ¹²/₃).

Но къ сожалѣнію, сенатъ не обращаетъ вниманія на добросовѣстность, какъ другой существенный моментъ переработки (иначе Ш. У. ст. 726 п. 2), а говоритъ лишь о моментѣ цѣнности новой вещи, и притомъ объективной цѣнности. Между тѣмъ, субъективная цѣнность вещи для хозяина можетъ иногда во много разъ превосходить объективную цѣнность новой вещи, и въ этихъ исключительныхъ случаяхъ слѣдовало бы рѣшать вопросъ въ интересахъ собственника.²

Переработка не въ указанномъ, техническомъ значеніи спецификаціи, возможна, конечно, и въ отношеніи с о б с т в е н н ы хъ м а т е р і а л о въ. При этомъ очевидно, что служебный персоналъ того или другого хозяина является лишь представителемъ хозяина, почему и собственность на новыя вещи, созданныя этимъ персоналомъ, приобрѣтаетъ хозяинъ предприятия.

¹ Отдаютъ предпочтеніе переработчику въ зависимости также отъ болѣе цѣнности новой вещи (Кавелинъ и Дювернуа). Мейеръ же разрѣшаетъ вопросъ съ точки зрѣнія приращенія. Наконецъ, по мнѣнію Ельяшевича, въ нашихъ законахъ имѣется прямое указаніе на спецификацію въ ст. 626 и 630 (см. Право 1913, 541). Однако, въ указанныхъ статьяхъ рѣчь идетъ о правахъ добросовѣстнаго владѣльца, а совѣмъ не о спецификаціи, подробнѣе Синайскій, 126.

² Подробнѣе Синайскій, 132.

6. Въ силу той же статической точки зрѣнія, наши законы не говорятъ: а) о плодахъ и доходахъ и б) соединеніи вещей (приращеніи), какъ способахъ приобрѣтенія права собственности на движимость.

а. Право собственности на натуральные плоды приобрѣтается въ моментъ отдѣленія ихъ отъ плодоносящей вещи.*

Отсюда, кто владѣетъ законно ($99/80$) плодоносящей вещью въ моментъ отдѣленія плодовъ, тотъ получаетъ право собственности на нихъ ($75/427$ и др., ср. $75/1037$).¹ Что касается доходовъ (т. н. гражданскихъ плодовъ), то, при смѣнѣ собственниковъ недвижимости, они дѣлятся пропорціонально времени ($81/40$, иначе $43/365$).² Причѣмъ, право новаго собственника на доходы съ недвижимости возникаетъ съ момента полученія имъ крѣпостного акта ($75/1031$, $74/316$, ср. $96/38$), при публичной продажѣ—со дня продажи ($81/111$ и др.). При куплѣ-продажѣ движимости покупатель, согласно сенатской практикѣ, получаетъ плоды и доходы съ момента заключенія договора. Здѣсь сказывается общій взглядъ сенатской практики на соглашеніе, какъ на способъ приобрѣтенія права собственности на движимыя вещи. Напротивъ, въ Г. У., которое признаетъ традицію способомъ приобрѣтенія права собственности, плоды и прибыль остаются у продавца до передачи вещи (ст. 446).

Сложнѣе вопросъ о правѣ собственности добросовѣстнаго владѣльца на плоды, натуральные и гражданскіе. Моментомъ, до котораго добросовѣстный владѣлецъ въ правѣ приобрѣтать собственность на тѣ и другіе плоды, вообще на доходы, есть объявленіе ему объ открытіи спора, или моментъ, когда неправость владѣнія сдѣлалась ему извѣстной (ст. 626). Тогда какъ гражданскіе плоды (также деньги) приобрѣтаются пропорціонально времени добросовѣстнаго владѣнія (т. е. за истекшее время), для натуральныхъ плодовъ устанавливается моментъ полученія (перцепція); именно, добросовѣстный владѣлецъ приобрѣтаетъ собранные до указаннаго момента плоды и убранные съ полей хлѣбъ, сѣно и прочее (ст. 626). Что же касается приплода отъ жиivotныхъ, и разнаго рода продуктовъ отъ скота: шерсть, снятая съ овецъ, масло и т. п. продукты сельскаго хозяйства, то одной перцепціи недостаточно. Надо, чтобы эти продукты было проданы или, по крайней мѣрѣ, не находились болѣе въ имѣніи. Относительно же металловъ и матеріаловъ требуется добыча ихъ и обработка (ст. 526). Неясно, достаточно ли здѣсь перцепціи (добычи) или необходимо еще и трудъ (обработка) для приобрѣтенія права собственности добросовѣстнымъ владѣльцемъ.

б. Соединеніе вещей, какъ способъ приобрѣтенія собственности, можетъ быть выведено у насъ изъ юридической природы составной вещи.

При составной вещи, отдѣльныя ея части не имѣютъ самостоятельнаго значенія въ гражданскомъ оборотѣ. Поэтому, если чужая вещь присоединяется къ другой въ качествѣ составной части, то, очевидно, она должна раздѣлить юридическую судьбу составной вещи, а это влечетъ для собственника главной вещи право собственности и на составную часть. Также смотритъ и сенатъ ($90/52$). Отсюда, для понятія соединенія вещей, какъ способа приобрѣтенія права собственности, необходимы слѣдующія отрицательныя условія. Соединеніе вещей не должно влечь за собой: 1) образованія новой вещи, какъ при переработкѣ (спецификація),

* Литературу см. выше стр. 75. Въ частности Петражицкіи. Право добросовѣстнаго владѣльца на доходы (Пгд. 1902). Гейне (въ Вѣст. Пр. 1900 VIII). Ельяшевичъ (въ П. Т. К. II стр. 311 и сл.).

¹ Иначе Ш. У. ст. 756. П. Т. К. II 303.—О законности владѣнія см. Трепицынъ, Приобрѣтеніе, 422—430.

² Моментъ сбора доходовъ (перцепція) признавался сенатомъ ($73/365$), но эта точка зрѣнія меньше всего приложима къ доходамъ, какъ гражданскимъ плодамъ. Напр., арендная плата, полученная впередъ, все же должна быть возвращена, и сенатъ отказался отъ указанной точки зрѣнія на перцепцію гражданскихъ плодовъ ($81/40$).

2) быть соединеніемъ болѣе или менѣе однородныхъ предметовъ въ безразличную массу (смѣшеніе вещей), или 3) быть такимъ соединеніемъ, при которомъ нѣтъ возможности опредѣлить, какая изъ соединившихся вещей есть главная. Въ послѣднихъ двухъ случаяхъ образуется общая собственность.¹ Наконецъ, соединеніе двухъ случаевъ приобрѣтенія права собственности, не должно 4) быть и такимъ, которое допускаетъ физически или экономически (безъ несоразмѣрныхъ затратъ) разьединеніе вещей (ст. ст. 611 и 640), и вообще 5) быть временнымъ соединеніемъ. Такимъ образомъ, понятіе о соединеніи вещей дѣйствительно тѣсно связано съ понятіями главной вещи и составной ея части. Какая же изъ неразрывно соединившихся вещей есть главная вещь, — это рѣшается въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, согласно воззрѣніямъ оборота. Соединеніе вещей возможно не только въ отношеніи движимыхъ вещей, но и въ недвижимой: застройка, посѣвъ, насажденіе (*superficies solo cedit*).²

§ 27. СПОСОБЫ ПРЕКРАЩЕНІЯ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ НА ДВИЖИМЫЯ ВЕЩИ.*

Право собственности на движимыя вещи прекращается прежде всего приобрѣтеніемъ ихъ другимъ лицомъ, а также гибелью, изытіемъ ихъ изъ оборота и вообще уничтоженіемъ объекта собственности. Такое уничтоженіе возможно не только случайно, но и по волѣ собственника, а иногда оно даже является необходимымъ послѣдствіемъ осуществленія самаго права собственности, напр., при горѣннн дровъ. Но особаго разсмотрѣнія заслуживаютъ лишь способы прекращенія права собственности, при которыхъ имѣется налицо моментъ намѣренного уничтоженія вещи или принудительнаго отчужденія права собственности на движимыя вещи. Такіе способы: 1) намѣренное уничтоженіе движимыхъ вещей частныхъ лицъ государствомъ, 2) реквизиція, 3) конфискація и 4) косвенно возмездная виндикація.

1. *Намѣренное уничтоженіе движимыхъ вещей частныхъ лицъ государствомъ происходитъ не иначе, какъ за вознагражденіе и въ общихъ цѣляхъ.*

Такъ, намѣренное уничтоженіе чужого имущества государствомъ возможно при эпидеміяхъ скота (ст. 1166 Врѣч. Уст.) и въ другихъ случаяхъ. Но, въ особенности, такого рода уничтоженіе имѣетъ мѣсто во время войны, по распоряженію военныхъ властей. Именно, военныя власти надѣлены правомъ: «распорядиться уничтоженіемъ строеній и истребленіемъ всего того, что по военнымъ соображеніямъ, можетъ затруднять движеніе

¹ Однако, при рѣзкомъ количественномъ перевѣсѣ вещи одного собственника надъ вещью другого, возможно признаніе главной вещи, напр., мѣшка муки, въ который попала горсть чужой муки (П. Т. К. II стр. 141).

² Въ статьяхъ 364 и 370 т. X ч. 1 и з д. 1832 г. прямо было признано право собственности земельного собственника на застроенное и засаженное другимъ лицомъ безъ позволенія хозяина земли. Хотя обѣ статьи были отмѣнены закономъ 1851 г., но изъ другихъ статей (386, 611, 622 и 628) и сенатской практики (⁷³/₁₁₈₀ и др. ⁸²/₆₀ и относительно засѣва ⁷⁴/₈₂₆) явствуетъ, что право собственности на застроенное и засѣянное кѣмъ бы то ни было возникаетъ въ лицѣ собственника участка въ моментъ соединенія. Вопросъ о вознагражденіи за соединенныя движимыя вещи рѣшается на основаніи ст. 574, 628, 633 (П. Т. К. II стр. 62).

* Справка по вопросу о вознагражденіи за уничтоженіе имущества (Пр. 1916 № 31, 1753). Эвакуація и реквизиція (Справочникъ, изд. Воен. Пром. Комитета), 1916 г. Е. Кельманъ, Къ вопросу о вознагражденіи за реквизированное и уничтоженное имущество (Ежемѣсячникъ Киев. Отд. Татьян. Комит. за 1916 г. и отдѣльно). Е го же, Вознагражденіе за реквизированное и уничтоженное имущество (переработка предыдущей статьи съ добавленіемъ Правиль 6 окт. 1916 г., въ Пр. 1916 №№ 49 и 50). Б ѣ л я ц к и н ѣ, Война и государственное вознагражденіе. Пгд. 1915, 46. О. З—е р ѣ, Къ вопросу о правѣ желѣзныхъ дорогъ реквизиловать топливо (Пр. 1916, № 7). А. Н е н р у. Du droit à réparation pour les réquisitions. 1915.

или дѣйствіе нашихъ войскъ или благопріятствовать непріятелю (Общ. Учр. Губ. ст. 11 Прил. къ ст. 23 т. II Св. Зак.). За всякое имущество, уничтоженное и истребленное по распоряженію русскихъ военныхъ властей, какъ частнымъ лицамъ, такъ и учрежденіямъ, выдается по ихъ заявленіямъ вознагражденіе (тамъ же).¹

Отъ вознагражденія за намѣренно уничтоженное государствомъ имущество слѣдуетъ отличать вознагражденіе за т. н. военные убытки. Именно, за имущество, уничтоженное безъ приказанія военныхъ властей и вообще безъ вины войскъ, какъ то, убытки, причиненные непріятелемъ и артиллерійскимъ огнемъ. За эти убытки вознагражденіе у насъ не выдается. Однако, вопросъ о вознагражденіи ихъ положительно рѣшенъ на Западѣ, а у насъ принципиально предрѣшенъ.² Весь вопросъ сводится къ способамъ, размѣрамъ возмѣщенія и времени возмѣщенія. Во всякомъ случаѣ, слѣдуетъ желать, чтобы вопросъ этотъ разрѣшился скорѣе и не на основѣ благотворительности, а на основѣ гражданскаго права потерпѣвшаго, дабы убытки и потери однихъ равномѣрно пали на всѣхъ гражданъ.³

2. Реквизиція есть возмездное отобраніе отъ жителей всякаго рода мѣстныхъ средствъ въ военныхъ и иныхъ государственныхъ цѣляхъ.

Указанное понятіе реквизиціи есть способъ прекращенія права собственности.

Законъ знаетъ также реквизицію труда, подъ которой разумѣется нарядъ жителей по распоряженію властей для работъ, вызываемыхъ военными обстоятельствами, въ частности, для перевозки грузовъ (ст. 1 гл. 1 б. Правиль 6 окт. 1916 г.). Далѣе, законъ знаетъ также и реквизицію недвижимостей въ смыслѣ принудительнаго занятія помѣщеній (п. 5 ст. 10 Полож. объ Особ. Совѣщ. для обсужд. и обед. мѣропр. по оборонѣ государства отъ 17 авг. 1915 г.). Въ законахъ различаются также реквизиціи общія и частныя, реквизиціи на театрѣ военныхъ дѣйствій и въ мѣстностяхъ, состоящихъ на положеніи чрезвычайной охраны.

Для реквизиціи, какъ способа прекращенія права собственности необходимы слѣдующія условія:

1) Отобраніе вещи, т. е. принудительный актъ государства, коимъ лица лишаются права собственности на вещи. Правда, въ законахъ реквизиція опредѣляется, какъ «принудительное приобрѣтеніе» (ст. 139 гл. VI кн. XVIII Св. В. П.), однако, отобраніе вещей, характерно для понятія реквизиціи.⁴

2) И такъ какъ реквизиція есть нарушеніе принципа неприкосновенности собственности, то, дабы она не противорѣчила ст. 77 Осн. Законовъ, необходимо вознагражденіе, справедливое, съ немедленной его выдачей, какъ равно необходимо, чтобы самая реквизиція примѣнялась въ случаяхъ безусловно необходимыхъ. Дѣйствительно, реквизиціи примѣняются тогда, когда нѣтъ иного способа для удовлетворенія нуждъ военного времени (ст. 139

¹ Такое уничтоженіе практикуется нынѣ у насъ главнымъ образомъ въ отношеніи хлѣбовъ. При чемъ, въ особо привилегированное положеніе поставлены какъ разъ вознагражденіе за уничтоженные посѣвы. См. справку (Пр. 1916, 1753), здѣсь же порядокъ полученія вознагражденія. См. также Кельманъ (Пр. 1916, 2757).

² Ст. 5 Правиль 6 окт. 1916 г.; ст. 13 Правиль 13 мая 1916 г. Кельманъ. (Пр. 1916 г. 2766).

³ Бѣляцкинъ, 50. Синайскій, Эвакуація (Ю. В. XIV 72).

⁴ Реквизиція, какъ и экспроприація, есть прежде всего актъ власти, нарушающій неприкосновенность частной собственности. Потому ее правильнѣе излагать среди способовъ прекращенія права собственности. За пониманіе реквизиціи, какъ принудительнаго договора, высказался Бѣляцкинъ; противъ Кельманъ (Пр. 1916, 2699). За то, что реквизиція есть актъ власти и что казна не контрагентъ говорить и административная, а не судебная защита гражданъ въ дѣлахъ о реквизиціи (О. С. ¹⁵/₂₂ ср. ¹⁵/₂₃, Вормсъ). Судебная защита не дается даже и при неправильныхъ реквизиціяхъ (О. С. ¹⁵/₁₂).

Св. В. П.). Расчет¹ производится тотчас же² по сборѣ необходимыхъ вещей (та же статья); самое производство реквизиціи происходитъ при условіи уравнильной раскладки (прилож. къ ст. 139⁵), въ строго необходимомъ количествѣ (тамъ же), властями, а не воинскими чинами, развѣ бы жители оказали противодѣйствіе. Размѣръ вознагражденія (тамъ же) опредѣляется особыми комиссіями.³ При этомъ нельзя не привѣтствовать, что въ т. н. случаяхъ а н о м а л ь н ы х ь р е к в и з и ц і й (неправильныхъ реквизицій по винѣ должностныхъ лицъ), о с н о в н а я обязанность вознагражденія падаетъ все же на казну, а не на чиновниковъ⁴.

3) Все изложенное о вознагражденіи показываетъ, что реквизиція есть дѣйствительно исключительный способъ прекращенія права собственности, затрагивающій принципъ неприкосновенности частной собственности. Поэтому реквизиціи могутъ имѣть мѣсто только въ строго опредѣленныхъ цѣляхъ, и прежде всего въ военныхъ (ст. 1 гл. I Прав. 6 окт. 1916 г.), но нужды войны побудили ради надлежащей организаціи тыла создать реквизиціи и въ цѣляхъ вообще государственной пользы, что въ особенности сближаетъ этотъ родъ реквизиціи, по ихъ идеѣ, съ экспроприациями. Реквизиціи не въ чисто военныхъ цѣляхъ, а ради государственной пользы созданы для топлива (ук. 31 марта 1915 г.), оборудованія промышленныхъ предприятий, запасовъ ихъ (Ук. 7 іюня 1915 г.) и въ другихъ случаяхъ.

4) Объектъ реквизицій всякія мѣстныя средства и преимущественно, конечно, предметы довольствія и фуража.¹ Субъекты, съ одной стороны, казна, съ другой, жители. Законъ говоритъ только о ж и т е л я х ь (ст. 139 гл. VI кн. XVIII Св. Воен. Пост. 1869 г., измѣн. 3 авг. 1914 г.), но, очевидно, что подъ жителями слѣдуетъ разумѣть всякихъ ч а с т н ы х ь л и ц ь, т. е. и юридическихъ лицъ.

3. *Право собственности на движимости прекращается принудительно также и другими способами: а) продажей съ публичнаго торга и б) конфискаціей.*

а. Во исполненіе судебного рѣшенія продажа съ публичнаго торга прекращаетъ право собственности на движимость съ момента ея передачи покупщику, по взносѣ имъ сполна предложенной на торгахъ суммы (ст. 1058), и самая продажа, хотя бы чужой и краденой вещи безповоротна (ст. 1601 У. Г. С., ⁹⁶/₇₀ и др.). Иначе при продажѣ недвижимости съ публичнаго торга, именно, если продано съ публичнаго торга недвижимое имущество, не принадлежащее должнику, а чужое, то торгъ признается недѣйствительнымъ (ст. 1180 п. 1 У. Г. С.); право собственности, слѣдовательно, не прекращается.

б. Представляетъ нѣкоторый интересъ вопросъ о допустимости конфискаціи о т о б р а н н ы х ь п р и о б ы с к а х ь единичныхъ экземпляровъ запрещенныхъ произведеній печати. Дѣло въ томъ, что У. У. С. не допускаетъ конфиска-

¹ Въ мѣстностяхъ непріятельскихъ, занятыхъ по праву войны, а равно въ нейтральныхъ государствахъ, занятыхъ непріателемъ, могутъ назначаться и безплатныя реквизиціи. Если безплатныя реквизиціи назначены въ цѣляхъ воздѣйствія на мѣстное населеніе, то указанныя реквизиціи приближаются уже къ конфискаціи. Производство платныхъ реквизицій за наличный расчетъ или реквизиціонными квитанціями съ подданными воюющихъ державъ предписано приказомъ главнокомандующаго юго-запад. фронта отъ 26 окт. 1916, № 1772. К е л ь м а н ь (Пр., 1916, 2703).

² Плата, однако, производится и реквизиціонными квитанціями, притомъ иногда и безъ означенія въ нихъ слѣдуемой суммы. Выдача квитанцій въ сущности не есть немедленная уплата; полученіе по нимъ денегъ затруднительно. Нынѣ, правилами 6 окт. 1916 г. оплата квитанцій по общему правилу исключительно сосредоточена въ реквизиціонныхъ и ликвидаціонныхъ комиссіяхъ. К е л ь м а н ь, см. Пр. 1916, 3705.

³ Ук. 29 авг. и 8 дек. 1914; ук. 6 нояб. 1915 г. Понятно, что здѣсь имѣются въ виду реквизиціи не на театрѣ военныхъ дѣйствій.

⁴ Подробнѣе К е л ь м а н ь (Пр. 1916, 2707).

⁵ Въ ст. 139⁴ Св. В. П. гл. VI кн. XVIII рѣчь идетъ не только о предметахъ продовольствія, но о «всякихъ средствахъ». О порядкѣ производства реквизицій см. ук. 17 февр. 1915 г.

ції единичныхъ экземпляровъ, если противъ владѣльца не возбуждается уголовнаго преслѣдованія за распространеніе ихъ. Однако, сенать вопреки закону (ст. 132 У. У. и ст. 1213¹³ У. У. С.) разрѣшаетъ нынѣ конфискацію единичныхъ экземпляровъ, хранимыхъ и безъ цѣли ихъ распространенія, но при условіи, е с л и о н и и з д а н ы н е л е г а л ь н ы м ъ п у т е м ъ (О. С. ^{15/13}). Подъ указанное разъясненіе попадали всѣ произведенія «преступнаго» содержанія, изданныя т. н. явочнымъ порядкомъ, въ особенности въ 1904 году. Такимъ образомъ, для единичныхъ экземпляровъ нелегальныхъ произведеній вводилась конфискація а д м и н и с т р а т и в н а я (^{15/13})¹. Нынѣ это потеряло значеніе.

4. *Право собственности на движимыя вещи прекращается, наконецъ, косвенно возмездной виндикаціей.**

Дѣло въ томъ, что собственникъ можетъ виндикаціоннымъ искомъ вернуть свою вещь у кого бы она ни находилась, ибо виндикація есть одно изъ существенныхъ полномочій права собственности. Что касается н е д в и ж и м о с т е й, то право собственника отыскивать свою недвижимость у насъ н е о г р а н и ч е н о.³ Напротивъ, виндикація движимыхъ вещей ограничена по закону для спеціальныхъ случаевъ и по сенатской практикѣ—при приобрѣтеніи добросовѣстнымъ лицомъ отъ неуправомоченнаго лица (стр. 186). Такое ограниченіе не означаетъ, однако, что, именно, потеря виндикаціоннаго иска прекращаетъ право собственности. Нѣтъ, потеря виндикаціоннаго иска есть слѣдствіе приобрѣтенія права собственности другимъ лицомъ. Но въ одномъ случаѣ, именно, при в о з м е з д н о й в и н д и к а ц і и, дѣйствительно имѣется потеря права собственности на часть цѣнности виндицируемой вещи. Въ интересахъ привилегированныхъ залогодержателей, каковыми являются нѣкоторыя кредитныя установленія (банки, ломбарды, общества и т. д., согласно ихъ уставамъ), собственникъ не можетъ виндицировать отъ нихъ заложенныхъ помимо его воли вещей иначе, какъ по уплатѣ ссуды и $\frac{0}{100}$ по ней. Такимъ образомъ, собственникъ вынужденъ лишиться нѣкоторой денежной суммы. Такая виндикація правильно, поэтому, названа возмездной. Исключеніе изъ нея сдѣлано лишь для тѣхъ заложенныхъ вещей, которыя были добыты какимъ либо преступленіемъ, и когда событіе преступленія будетъ доказано судомъ (приговоромъ, рѣшеніемъ и даже частнымъ опредѣленіемъ, въ послѣднемъ случаѣ—если при разбирательствѣ участвовалъ привилегированный залогодержатель, ^{15/55})⁴.

Проектъ знаетъ возмездную виндикацію. Именно, лицо, приобрѣвшее похищенную или потерянную вещь съ публичнаго торга, или отъ лица, производящаго торговлю однородными предметами, обязано возвратить вещь собственнику лишь по возмѣщеніи уплаченной за нее цѣны и произведенныхъ на нее издержекъ (ст. 775). Вопреки французскому (ст. 2280) и итальянскому (ст. 709 и сл.) законодательству, проектъ не предусматриваетъ покупки на ярмаркѣ или рынкѣ. Иначе Ш. У., которое знаетъ возмездную виндикацію и при покупкѣ украденаго или потеряннаго на рынкѣ (ст. 934). При этомъ правильно Ш. У. оговариваетъ, что въ остальномъ возвратъ производится по правиламъ о правахъ добросовѣстнаго владѣльца.⁵

¹ Противъ указанной сенатской практики правильно Черномордикъ, въ В. П. 1917, № 4, 78.

* Оксъ, Виндикація (Ж. Гр. и Уг. Пр. 1874 № 3). Елеонскій, О предѣлахъ виндикаціи движимыхъ вещей (Ж. Гр. и Ур. Пр. 1893, № 1). Синайскій, Возмездная виндикація въ нашемъ правѣ и проектѣ (В. П. 1916 № 26).

² Ubi rem meam invenio ibi vindico.

³ Ст. 1301 составляетъ лишь мнимое ограниченіе начала виндикаціи и объясняется тѣмъ, что наличный наслѣдникъ, явившійся по вызову и принявшій наслѣдство, а потомъ отчуждившій его, или заложившій, когда впослѣдствіи явится настоящій наслѣдникъ, дѣйствуетъ въ глазахъ закона, какъ дѣйствительный собственникъ. Такъ рѣшаетъ вопросъ, въ частности, Трепильнъ, Приобрѣтеніе движимостей, стр. 445, Розенблюмъ (въ Арх. ^{14/30}). Вопросъ впрочемъ спорный, ср. противъ Розенблюма Яблочковъ (Ю. В. 38, 288). Подробнѣе наслѣд. право.

⁴ Синайскій, Арх. ^{15/55}.

⁵ Оцѣнку института возмездной виндикаціи см. Синайскій, 619.

Таковы способы приобрѣтенія и потери права собственности на недвижимость и движимость въ нашемъ правѣ. Нетрудно видѣть, что движеніе права собственности въ распредѣленіи вещей (его динамика) дѣйствительно слабо разработано въ нашемъ законодательствѣ, что статическая, «пространственная» точка зрѣнія господствуетъ у насъ. Неудивительно, что большая работа какъ разъ въ указанной области выпала на долю сената. Сенатъ въ цѣломъ рядѣ рѣшеній пытался обезпечить и оборотъ вещей, и его твердость. Но лишь законодатель, введя вотчинную систему и квалифицированное овладѣніе, а равно создавъ и другіе способы приобрѣтенія и прекращенія права собственности, можетъ выполнить очередную задачу улучшенія динамики права собственности.

Глава III. Вещныя права отдѣльнаго владѣнія и пользованія (права на чужую вещь).

§ 28. БЕЗСРОЧНОЕ ПРАВО ОТДѢЛНАГО ВЛАДѢНІЯ.*

I. Наслѣдственное, или безсрочное владѣніе. Поссесіонное право.

Какъ было уже замѣчено (стр. 136), помимо основного вещнаго права—собственности существуютъ также вещныя права въ чужомъ имуществѣ. Существованіе этихъ правъ объясняется тѣмъ, что распредѣленіе вещей на правѣ собственности, несмотря даже на быстроту и легкость движенія этого права (динамика), все же недостаточно для удовлетворенія потребностей гражданско-правовой жизни. Правда, собственникъ можетъ предоставлять на правѣ обязательственномъ свои вещи въ пользованіе другихъ лицъ. Но обязательственное право, какъ основанное на довѣріи къ лицу, ненадежное и б. ч. кратковременное. Между тѣмъ, потребность жизни удовлетворить въ иныхъ случаяхъ можно лишь такимъ пользованіемъ вещами, которое обладаетъ прочностью и непосредственностью господства лица надъ вещью, исключительностью вещнаго права. Такое право на чужое имущество возможно и въ чужой собственности и въ правѣ на чужое имущество, въ отношеніи сервитута, права застройки и т. д. При чемъ, приобрѣтеніе правъ на чужую вещь требуетъ соблюденіе крѣпостной формы. При вотчинной системѣ возможно приобрѣтеніе вещныхъ правъ на чужую вещь, какъ-то сервитута, заклада и отъ неуправомоченнаго лица. Т. к. права на чужія вещи стѣсняють, отягчаютъ собственность и другія права, то въ цѣляхъ охраны ихъ и преимущественно собственности, положительныя законодательства лишаютъ лицъ свободы договора въ установленіи вещныхъ правъ на чужое имущество. И въ современномъ правѣ, какъ было уже замѣчено, существуетъ поэтому замкнутая система вещныхъ правъ на чужое имущество, дабы избѣжать т. н. засоренія права собственности вещными на него правами.¹ У насъ, при замкнутости си-

* Ельяшевичъ въ П. Т. К. II 149, 261. Фрейтагъ—Лоринговенъ (Вопр. Пр. XII и Его же, Матеріальное право, I 230). Гомолицкій, Можетъ ли быть признано правомъ собственности предоставленное по завѣщанію безсрочное право пользованія (В. Пр. 1902, № 9-10). Незабитовскій, Замѣчанія по вопросу о чиншевомъ владѣніи въ запад. губерніяхъ (Кіев. Ун. Изв. 1879 г. окт., 1883 года окт. и отдѣльно 1883). Гантоверъ, О происхожденіи и сущности чиншеваго владѣнія (1884). Дыбовскій, О чиншевомъ правѣ (Ж. Гр. и Уг. Пр. 1884, кн. V-VI). Рембовскій, Исторія и значеніе чиншеваго владѣнія въ западномъ краѣ (1886). Спасовичъ, Источники чиншеваго права (1886). Шимановскій, О чиншевыхъ правоотношеніяхъ (1886). Пихно, О чиншевомъ владѣніи въ западныхъ губерніяхъ (Ж. Гр. и Уг. Пр. 1887 № 5). Боровиковскій, Отчетъ судьи, т. I (1891). Кутыловскій, Казенные чинши въ Варшавѣ (Ж. М. Ю. 1901 № 9). Рейнке, Очеркъ вѣчночиншеваго права, дѣйствующаго въ губерніяхъ Царства Польскаго (Ж. М. Ю. 1900, № 6). Зачинскій, Чиншевое право (Судебн. Обзор. 1904, № 15). Андриевскій, Чиншевое право (Ж. М. Ю. 1913, № 6). Бутовскій, Прекращеніе чиншевыхъ правоотношеній (тамъ же). Проектъ Вотчиннаго Устава и измѣненія къ нему, предложенныя М. Ю. 7 марта 1914 г. (съ объясн. запиской).

¹ Замкнутость вещныхъ правъ на чужое имущество—романистическая точка зрѣнія; въ средне-вѣковомъ же правѣ господствовала противоположная точка зрѣнія множественности самыхъ разнообразныхъ вещныхъ правъ на чужое имущество.

стемы вещныхъ правъ на чужое имущество, кругъ этихъ правъ значительно уже, чѣмъ въ современномъ западно-европейскомъ правѣ. При чемъ, наши гражданскіе законы не только не знаютъ правъ на чужую вещь въ лицѣ собственника (см. ниже), но и западно-европейской терминологіи этихъ правъ, какъ равно имъ неизвѣстенъ и общій терминъ: права на чужую вещь (*jura in re aliena*). Въмѣсто того, исходя изъ трехчленной формулы права собственности по содержанию, они говорятъ о вещныхъ правахъ на чужое имущество, какъ правахъ владѣнія и пользованія, отдѣльныхъ отъ права собственности (ст. 513, заголовокъ къ ней), или, что то же, объ отдѣльномъ владѣніи и пользованіи, какъ особыхъ правахъ (ст. 514, 535).¹ Къ правамъ отдѣльнаго владѣнія, коимъ охватывается пользованіе чужой вещью въ цѣломъ, а не въ какой либо сторонѣ полезности вещи (частичное пользованіе, право отдѣльнаго пользованія), относятся: 1) наследственное, или безсрочное владѣніе, 2) посессіонное право, 3) чиншевое право, 4) право застройки (§ 29. I), 5) пожизненное владѣніе (§ 29. II).²

1. *Наслѣдственное, или безсрочное владѣніе есть вечное право условнаго пользованія въ цѣломъ недвижимостью.*

Слѣдовательно, наследственное владѣніе, какъ безсрочное (вѣчное), рѣзко отличается отъ пожизненнаго и срочнаго владѣнія. Сенатъ (по дѣлу Зондеррегера, ^{81/99}) призналъ, что безсрочное владѣніе можетъ возникать по договору, но позже рѣшительно отвергъ это и призналъ право безсрочнаго владѣнія, основанное лишь на законѣ (^{92/76}, ^{03/60}, ^{02/105}, ^{04/41}). При этомъ, сенатъ правильно исходилъ изъ того принципиальнаго взгляда нашего законодательства, что собственникъ не въ правѣ опредѣлять юридическое положеніе своего имущества за предѣлами жизни своихъ правопреемниковъ (ст. 1011). Дѣйствительно, если завѣщать можно только на временное владѣніе, то нельзя устанавливать безсрочное, владѣніе актомъ прижизненнымъ.³

Что же касается основаннаго на законѣ права безсрочнаго, или наследственнаго владѣнія, то сюда относятся: 1) безсрочное владѣніе (въ формахъ безсрочнаго, безпереоброчнаго содержанія); 2) посессіонное владѣніе и 3) чиншевое право.

1) Безсрочное владѣніе дозволено устанавливать казнѣ въ отношеніи оброчныхъ статей (безпереоброчное содержаніе)⁴ и городамъ въ отношеніи городскихъ земель (потомственное оброчное содержаніе). Безсрочное владѣніе относится у насъ къ движимымъ имуществамъ, т. к. для него не открывается листа въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ, какъ это предусматрѣно въ отношеніи права застройки.⁵ Однако, установленіе и распоряженіе указаннымъ правомъ требуетъ крѣпостной формы.⁶ Безсрочное владѣніе устанавливается у насъ на недвижимыя имущества⁷ и за соб-

¹ По мысли гр. Сперанскаго, именно—право недвижимости, иначе по Пол. нотар. (П. Т. К. II, 148).

² О классификаціи проекта В. У. см. Фрейтагъ-Лоринговень (Вопр. Пр. 1912, XII, 19).

³ Гомолицкій, 360, 368.

⁴ Ст. 123 Уст. каз. обр. стат. и ст. 2 сл. прил. къ ст. 28 Уст. сельск. хоз.

⁵ Ст. 43 Уст. город. и сельск. хоз. изд. 1857 сохранила свою силу и нынѣ (О. С. ^{90/72}, ср. ^{910/69}, ^{92/82}, ^{92/116}). П. Т. К. II 159, 261. Соглашенія могутъ быть доказываемы всякими письменными документами и конклюдентными дѣйствіями. Передача усадебъ, полученныхъ отъ города на правѣ безсрочнаго владѣнія, должна совершаться крѣпостнымъ порядкомъ (О. С. ^{81/47} и пр. К. Д. ^{92/116}, ^{94/67} и др.).

⁶ Ельяшевичъ, П. Т. К. II 150.

⁷ О. С. ^{90/69}, ст. 237 Уст. о пош. и ст. 31 прил. къ ст. 28 Уст. сельск. хоз., ср. ст. 1 зак. 24 дек. 1912 о взыск. крѣп. пошлинъ съ актовъ объ уст. и отчужд. безсрочнаго владѣнія и пользованія недвижимыми имуществами; С. У. 1912 отд. I, 7. Ельяшевичъ, 150.

⁸ См. пред. прим.

ственникомъ ихъ сохраняется, какъ условіе владѣнія, получение платы (о б р о к ъ).¹

2. *Поссессионное владѣніе есть вѣчное право безсрочнаго, условнаго пользованія казенной землей и лѣсами, приписанными къ горнымъ заводамъ, именно, подъ условіемъ постояннаго ихъ дѣйствія (ср. ст. 1393).*²

Поссессионному владѣльцу (содержателю или заводчику) принадлежит не только право пользованія казенной землей и лѣсами для постояннаго дѣйствія горнаго завода, но и право отчужденія ихъ на поссессионномъ правѣ. Поэтому земли и лѣса, приписанные къ горнымъ заводамъ, возвращаются въ прежнее положеніе лишь съ прекращеніемъ дѣйствія горныхъ заводовъ; и только тогда казна становится полнымъ ихъ собственникомъ.³ Сенатъ признаетъ поссессионное право вещнымъ правомъ на чужую вещь (1 Деп. Пр. Сен. 20 мая 1887 г., см. Г. К. Д. (89/56) и даетъ держателямъ поссессионныхъ заводовъ защиту ихъ правъ (87/9).

II. Чиншевое право.

1. *Чиншевое право есть а) вѣчное право безсрочнаго (вѣчнаго, наследственнаго) владѣнія чужой землей, б) за вознагражденіе (чиншъ), в) обширное по содержанию, хотя свободно не отчуждаемое.*

Исторически по своей идеѣ, чиншевое право это своего рода равнодѣйствующая интересовъ собственниковъ незаселенныхъ земель и людей, ищущихъ приложить свой трудъ на чужой землѣ такимъ образомъ, чтобы плодами ихъ трудовъ могли пользоваться ихъ потомки. Закрѣпившись въ народной психикѣ указанная отношенія вылились въ форму обычнаго чиншеваго права, почему и договоръ, заключенный словесно, считался дѣйствительнымъ. Письменная грамота служила лишь обезпеченіемъ права. Чиншевое право возникло у насъ въ губерніяхъ Западныхъ и Бѣлорусскихъ подъ дѣйствіемъ польскаго и литовскаго права, въ цѣляхъ заселенія вновь учреждаемыхъ королевскихъ городовъ и владѣльческихъ мѣстечекъ поселенцами (77/109-115, 77/119, 85/106), а равно въ цѣляхъ колонизаціи незаселенныхъ земель (89/131). Отсюда различаются два вида чиншевиковаго: городскихъ и сельскихъ.⁴ Въ 1840 г. былъ изданъ указъ о замѣнѣ въ Западныхъ губерніяхъ⁵ дѣйствія Литовскаго статута общими русскими узаконеніями, но сенатъ разъяснилъ, что и послѣ 1840 г. продолжаетъ еще дѣйствовать обычное право, коимъ устанавливаются чиншевыя отношенія (89/131). Однако, по положенію 9 іюня 1886 г., сельскія чиншевыя отношенія могутъ быть признаны вѣчно-чиншевыми лишь въ томъ случаѣ, если они возникли за 10 лѣтъ до изданія Положенія (т. е. до 9 іюня 1876 г.).⁶

а. Сенатъ опредѣляетъ чиншевое право, какъ право на чужую недвижимость (12/2), какъ особое вещное, безсрочное право на недвижимое имущество (72/109, ср. 81/111), по существу своему, совмѣщающее всѣ признаки владѣнія на правѣ собственности (О. С. 14/7). Законъ прямо говоритъ о вѣчно-чиншевомъ правѣ (Пол. о крест. гл. IV, разд. VII).

¹ См. еще объ арендахъ, какъ пожалованныхъ имѣніяхъ, или замѣнившихъ ихъ денежныхъ выдачахъ (ст. 394, П. Т. К. II, ст. 89, 149). Этого рода аренды никоимъ образомъ нельзя смѣшивать съ аренднымъ правомъ, которое есть отношеніе обязательственное, а не вещное (86/67, 10/48 и др.; ср., однако, 80/301 и 78/234). Аренднымъ правомъ будетъ аренда изъ выстройки (02/62, 98/92) и срочное содержаніе казенныхъ оброчныхъ статей. П. Т. К. II, стр. 144.

² Поссессионное право сохранилось у насъ послѣ 1853 г. только въ отношеніи горныхъ заводовъ; въ отношеніи же фабрикъ прекращено. Подробнѣе Побѣдоносцевъ, I 506, 525, Ельяшевичъ, П. Т. К. II 261. См. ст. 54, 5, 223 и сл. Уст. Горн.; ср. ст. 472 прим., 1396 п. 2, 1634 т. X ч. 1; ср. 99/56, О. С. 902/36, иначе, 87/9.

³ В. С. Удинцевъ, Русское горнозаводское право, 1909 стр. Его же, Поссессионное право (Кіев. Ун. Изд. 1896 и отдѣльно). Савичъ, Русское горное законодательство (1905).

⁴ Полож. о сельск. сост. Кн. IV разд. VII посвященъ Положенію о поземельномъ устройствѣ сельскихъ вѣчныхъ чиншевиковаго въ губерніяхъ Западныхъ и Бѣлорусскихъ, см. ст. 680 и сл.

⁵ Въ губерніяхъ Бѣлорусскихъ—въ 1831 г.

⁶ Полож. о сельск. сост. Кн. ст. IV, 669.

б. Если повышение чина не предусмотрено в самом учредительном акте о чиншевом владении, то собственник не вправе увеличивать чинш (неизменный чинш)¹ без согласия чиншевика (О. С. 12/19, К. Д. 04/54 и др.), как равно и обуславливать повышением чинша свое согласие на отчуждение чиншевого права. Чинш может выражаться (в отличие от права застройки) не только в денежном платеже (постоянном и периодическом), но и в натуральных повинностях.

в. Содержание чиншевого права, т. е. прав чиншевика, очень обширно. Чиншевик вправе пользоваться в целом чужой землей как строительной площадью, и в полях сельского хозяйства, и иным образом. Его право не только безсрочно, потомственно, но и отчуждаемо,² правда, с согласия собственника, т. к. для собственника важна исправность во взносе чинша. Без такого согласия чиншевик может отчуждить, но остается обязанным за чинш перед собственником.³ Сенат предоставляет чиншевику право залога (77/110), несмотря на то, что право это может повлечь за собой отчуждение чиншевого права без согласия собственника.⁴ Наконец, чиншевик не может быть лишен своего права за невзнос чинша.⁵

Такое обширное по содержанию право чиншевика естественно делает право собственности призрачным, создает голую собственность. Наши законы, относясь отрицательно к такому стеснению собственности, сделали решительную попытку ликвидировать чиншевые отношения. Именно, ликвидация сельского чиншевого права предписана законом 1886 г.

Цель Полож. 1886 г. была — уничтожить обостренность отношений между чиншевиком и собственником, придать прочность отношениям, превратив чиншевые владения в право собственности путем обязательного выкупа (О. С. 14/7). Именно, согласно ст. 676 кн. IV Полож. о крест., предоставлялось, в течение трех лет по издании закона 1886 г., добровольно так или иначе ликвидировать сельские чиншевые права, в пользу ли собственника или в пользу чиншевика, признав его собственником. По истечении трех лет, чиншевики приобретают право собственности посредством обязательного выкупа при содействии правительства (ст. 679).⁶ Особый случай прекращения и при том лишь сельского чиншевого права представляет принудительный выкуп при содействии Правительства по положению 1886 г. Для этого созданы Уездные по чиншевым делям Присутствия и Губернские или Губернские по крестьянским делям Присутствия (ст. 694 и сл. Пол. о с. с. кн. IV). Порядок производства чиншевых дел определяется общими правилами, изложенными в Положениях об установлении, заведывающих крестьянскими делями (ст. 700 Пол. о с. с. кн. IV). Выкупная сумма определяется капитализацией из 6% годовой стоимости всех лежащих на земельном участке чиншевых повинностей (ст. 680). Если чиншевику принадлежал сервитут, то в выкупном акте делается о том оговорка (ст. 691). Выкупной акт со всем делопроизводством представляется на утверждение в Департамент Окладных Сборов Министерства

¹ Так понимает чинш и сенат (04/54 и др.). Возможно, однако, безвозмездное чиншевое право (чиншевики — грациалы на юго-запад), как и увеличение чинша, если оно было выговорено владельцем земли (80/147).

² Для отчуждения вечно-чиншевых участков во владельческих городах требуется совершение крепостного акта (см. ст. 237¹ и 262¹ и ² уст. о пош.).

³ Необходимости в согласии собственника на отчуждение нет (зак. 24 дек. 1912 г. ср. 99/26, 10/89). Отчуждение не теряет своей силы, но сохраняется ответственность прежнего чиншевика перед собственником в отношении обязанностей, сопряженных с чиншевым правом (89/53).

⁴ Чиншевое право м. б. обременяемо сервитутами. Прекращение таких сервитутов возможно по добровольному соглашению (полубовная сделка), обязательно для правопреемников (ук. 2 деп. 22 мая 1914 г., № 3865).

⁵ В истории вотчинник не мог выгнать чиншевика, т. к. чиншевое право не было владением на милости (Андреевский, иначе Незабитовский).

⁶ Но на основании выкупной операции чиншевые земли нельзя отождествлять с надельными землями. Поэтому взыскание по частным долгам можно обращать на чиншевое право, если только погашена выкупная ссуда. Короче, зак. 14 дек. 1893 г. примѣняется къ чиншевым землям лишь до погашения выкупной ссуды (14/7).

Финансовъ (ст. 715 и 720), послѣ чего совершается данная (ст. 45 и сл. Пол. о с. с. кн. II) Въ частности, заслуживаетъ вниманія льгота, которую установилъ законъ въ интересахъ чиншевикова, если бы они не могли доказать своего права. Отбраніе отъ такихъ чиншевикова земли должно имѣть мѣсто лишь по истеченіи пяти лѣтъ (ст. 612). Пятилѣтняя льгота преслѣдуетъ цѣль дать возможность чиншевику приспособиться къ новымъ условіямъ, приобрести въ собственность землю или получить ее въ аренду. Короче, льгота преслѣдуетъ цѣли предохраненія чиншевикова отъ разоренія.¹ Между тѣмъ, на практикѣ, вопреки разъясненіямъ сената (Бутовскій), неправильно пытаются ограничить примѣненіе этой льготы тѣми только случаями, когда за чиншевикомъ совершенно не признано право на владѣніе. Если же признано право на часть, то пятилѣтняя льгота не дается.² Неправильно также, вопреки сенатской практикѣ, выселеніе чиншевика безъ суда административными мѣрами (Бутовскій).³

Въ городахъ же оно продолжаетъ существовать и нынѣ. Согласно разъясненію сената, чиншевое право можетъ возникать также въ Новороссійскомъ краѣ (04/41).⁴

Чиншевое право тамъ, гдѣ оно существуетъ, прекращается 1) по добровольному соглашенію чиншевика съ собственникомъ или 2) со смертію чиншевика, не оставившаго ни потомства, ни наслѣдника по завѣщанію.

Передача же чиншевыхъ правъ на городскую недвижимость совершается крѣпостнымъ порядкомъ (92/116, 10/69), какъ равнымъ образомъ такимъ же порядкомъ происходитъ и передача строеній, возведенныхъ на вѣчно-арендныхъ земельныхъ участкахъ въ городахъ и мѣстечкахъ Западныхъ губерній (ст. 4 зак. 24 дек. 1912 г.).⁵

§ 29. СРОЧНОЕ ПРАВО ОТДѢЛЬНАГО ВЛАДѢНІЯ.

І. Право застройки*.

Самое характерное въ правѣ застройки (зак. 23 іюня 1912 г.), отличающее его отъ другихъ вещныхъ правъ отдѣльнаго владѣнія—это его срочность и уменьшенный объемъ использования въ цѣломъ чужого имущества. Предметомъ его служатъ только земля и притомъ въ цѣляхъ исключительно застройки, т. е. земля незастроенная. Такія черты права застройки говорятъ, съ одной стороны, за стремленіе законодателя сохранить по возможности свободу и содержаніе частной собственности, одѣлать ее менѣе обремененной и голой, чѣмъ при безсрочномъ, вѣчномъ владѣніи, съ другой—достигнуть опредѣленной цѣли—облегчить жилищную нужду. Это облегченіе достигается такимъ образомъ, что малообеспеченные люди могутъ

¹ Правила о ликвидациіи сельскаго чиншеваго владѣнія не распространяются на чиншевикова-юридическихъ лицъ; въ частности, на церкви, ибо законъ 1886 г. имѣлъ своею цѣлью улучшить лишь положеніе сельскихъ людей (Ук. 2 деп. 13 ноября 1914 г. № 7950).

² Ук. 2 деп. 15 марта 1902 г. № 1570 и 30 окт. 1895 г. № 7067. О. С. 18 окт. 1904 г. № 6762. Подробнѣе Бутовскій, 87 сл.

³ К. Д. 98/14, ук. 2 деп. 30 нояб. 1899 № 6217 и 23 апр. 1893 г. № 3510, К. Д. 86/35, 82/104, 80/58, 79/250 и др. Подробное Бутовскій, 89.

⁴ Ср. 89/131. Вопросъ этотъ недостаточно выясненъ въ литературѣ. См. Шершеневичъ, Учебн. § 28.

⁵ Чиншевое владѣніе не чуждо и нашему законодательству въ специальныхъ случаяхъ, см., напр., ст. 59 Полож. о каз. подр. и поставкахъ (другіе случаи указаны въ рѣшеніи сената 89/131). Проектъ вводитъ институтъ наслѣдственнаго оброчнаго владѣнія (ст. 927 и сл.) и при томъ свободно отчуждаемаго (ст. 930).

*Д. Д. Ачъ, Экономическое значеніе закона о застройкѣ (Пр. 1913 № 1, 9). Е го же, Законъ 23 іюня 1912 г. о правѣ застройки (Пр. 1913 № 4, 211). Выдринъ и Виленкинъ, Законъ о правѣ застройки (М. 1913 г.). Гойхбаргъ, Законъ о правѣ застройки (Пгд. 1913). Мартыновъ, Право застройки на возведенное строеніе (Ж. М. Ю. 1913 № 10). бар. Симолинъ, Законъ о правѣ застройки (В. Г. П. 1913, № 7). Митилинъ, Право застройки (К. 1914). Поповъ, Право участія частнаго и новый законъ о правѣ застройки (В. Г. П. 1914 № 3). Фрейтагъ-Лоринговенъ, Литература о правѣ застройки (В. Г. П. 1915, №№ 3, 4). Е го же, Право застройки и реальный кредитъ (Ж. М. Ю. 1915, 7). Е л ь я ш е в и ч ь, Продажа строеній по чужой землѣ (В. Г. П. 1916 № 1).

воздвигнуть постройки на чужой землѣ на продолжительный срокъ, на правѣ вешномъ, обезпечивающемъ прочность ихъ права владѣнія. Для этой цѣли могутъ быть использованы земельные участки казны городовъ и т. д., какъ не подлежащіе отчужденію въ силу закона, такъ и земли тѣхъ собственниковъ, которые почему либо не желаютъ продать свои земли. Ясно, что социальная цѣль закона о правѣ застройки громаднa, т. к. жилищная нужда, съ ростомъ городовъ въ особенности, становится все болѣе и болѣе острой. Поэтому, хотя право застройки само по себѣ есть институтъ, извѣстный уже римскому праву и широко практиковался тамъ въ цѣляхъ заселенія пустопорожныхъ земель и городовъ (суперфициесъ), тѣмъ не менѣе въ современномъ правѣ данный институтъ начинаетъ играть новую социальную роль въ указанномъ смыслѣ облегченія экономического положенія малоимущихъ классовъ. Понятно, что указанная цѣль можетъ быть на дѣлѣ осуществлена только въ томъ случаѣ, если правильно организованъ ипотечный кредитъ застройщикамъ. Безъ такого кредита, правомъ застройки могутъ воспользоваться лишь лица, достаточно обезпеченныя. Указанная цѣль права застройки удовлетворенія жилищной нужды, къ сожалѣнію, недостаточно ясно сознавалась при составленіи закона. Поэтому въ законѣ о правѣ застройки имѣется цѣлый рядъ препятствій, въ особенности въ области организациі ипотечнаго кредита застройщикамъ, и вообще наблюдается нѣкоторое несоотвѣтствіе указанной цѣли. Такъ, въ частности, законъ признаетъ право застройки, какъ въ возмездное право; между тѣмъ нѣтъ основанія, съ точки зрѣнія указанной цѣли, не признавать права застройки и безвозмезднымъ правомъ. Подробности ниже.

1. *Право застройки есть а) вещное право срочнаго (наслѣдственнаго) владѣнія чужой землей, б) какъ ст ро и т е л ь н о й площадью, в) за вознагражденіе, г) право несвободно обременяемое, но свободно отчуждаемое.*

а. Право застройки устанавливается на сроки, не менѣе 36 лѣтъ и не болѣе 99 лѣтъ (ст. 542³),¹ но, въ предѣлахъ установленныхъ сторонами сроковъ, оно переходитъ по наслѣдству, какъ по закону, такъ и по завѣщанію (ст. 542²).

б. Объемъ пользованія чужой землей ограниченъ тѣмъ, что ея использование возможно лишь въ качествѣ строительной площади, т. е. возведенія на ней тѣхъ или другихъ построекъ и вообще строеній. Это не значитъ, конечно, чтобы вся земля была застроена, но, во всякомъ случаѣ, незастроенная земля должна служить также для надобностей самой застройки (ст. 542⁴). Но, застроенной землей нельзя, напр., пользоваться, какъ пахотной землей и т. д. Далѣе, законъ говоритъ о застройкѣ; возникаетъ, поэтому важный вопросъ о возможности отдачи на правѣ застройки уже застроенной земли. Нѣтъ основанія не признавать возможности такой отдачи при продолженіи договора о правѣ застройки, т. к. не запрещается вообще продолжать дѣйствіе договора. Сложнѣе вопросъ въ другихъ случаяхъ.²

в. *Вознагражденіе* не можетъ выражаться въ личныхъ услугахъ (ст. 542¹⁴), но оно м. б. измѣняемо, если въ самомъ договорѣ было включено

¹ Если срокъ,—эта существенная принадлежность застроенаго договора, будетъ менѣе 36 лѣтъ или болѣе 99 лѣтъ, то въ первомъ случаѣ правильно говорить о договорѣ найма, если онъ не противорѣчитъ намѣренію сторонъ (Гойхбаргъ), во второмъ,—о дѣйствительности договора застройки на 99 лѣтъ, если не будетъ доказано, что стороны на такое сокращеніе не согласились бы (Гойхбаргъ, противъ Фрейтагъ-Лоринговенъ).

² Въ литературѣ господствуетъ отрицательный взглядъ (см. Фрейтагъ-Лоринговенъ, В. Г. П. 3, 138). именно не допускается установленія права застройки въ самомъ строеніи (ср. также ст. 542²⁶ п. 2, т. е. на застроенный участокъ (иначе Г. У. ст. 1012, III. У ст. 779, Австр. зак. 1912 г. ст. 1). Если однако, исходить не изъ буквы закона, а изъ общаго его смысла, цѣли, то б. м. слѣдовало бы допустить болѣе широкое толкованіе, по крайней мѣрѣ, въ тѣхъ случаяхъ, когда застроенный участокъ можетъ быть по договору хотя бы немного перестроенъ, приспособленъ для цѣлей застройщика. Въ этомъ случаѣ не было бы существеннаго противорѣчія п. 2. ст. 542²⁶. Ср. Гойхбаргъ, 1 п. 18.

³ Законъ не указываетъ цѣли возмездности застройки. Спрашивается, поэтому, будетъ ли дѣйствительна застройка, если вознагражденіе опредѣлено явно не соразмѣрно, напр., въ 1 рубль. Если, вознагражденіе имѣетъ значеніе доказательства права застройки, то въ приведенномъ примѣрѣ застройку придется признать дѣйствительной. Однако, къ сожалѣнію, законъ не оставляетъ сомнѣній, что вознагражденіе представляется существенной принадлежностью. Впрочемъ, не надо понимать это вознагражденіе въ смыслѣ пла-

условіе обь о п р е д ѣ л е н н о м ѣ и з м ѣ н е н і и в о з н а г р а ж д е н і я (ст. 542¹³).¹ Законъ обезпечиваетъ собственника земли въ полученіи вознагражденія: 1) солидарной отвѣтственностью всѣхъ владѣльцевъ права застройки, въ случаѣ раздробленія его между ними безъ согласія собственника (ст. 542¹⁶) и 2) признаніемъ, при нѣкоторыхъ условіяхъ, за собственникомъ права на преимущественное удовлетвореніе платежей изъ права застройки и возведенныхъ построекъ (ст. 542¹⁷). 3) Признаніемъ за оброкомъ (періодическимъ вознагражденіемъ) вещнаго характера. Это значитъ, что за оброкъ (платежи) въ смыслѣ недоимки отвѣчаетъ приобрѣтатель права застройщика.² Но вознагражденіе м. б. уплочено и одновременно. Въ этомъ случаѣ уже нельзя говорить о платежахъ и о вещномъ характерѣ вознагражденія, хотя бы оно и было рассрочно.

г. Наконецъ, право застройки есть право несвободно обременяемое, но свободно отчуждаемое. Такъ, законъ говоритъ обь обремененіи права застройки «правами участія частнаго, «сервитутами» (ст. 542²), е сли въ с а м о м ѣ д о г о в о р ѣ с о д е р ж и т с я н а э т о р а з р ѣ ш е н і е .³ Но законъ не требуетъ согласія собственника ни для залога, ни для отчужденія права застройки (ст. 542²).⁴

2. а) *Возникновеніе и б) прекращеніе права застройки подробно регламентируется въ качествѣ юридической недвижимости.*

а. Право застройки возникаетъ единственно договоромъ (ст. 542¹⁻³, 542²⁶). Слѣдовательно, ни по закону, ни по суду, ни по завѣщанію,⁵ ни, тѣмъ болѣе, по давности право застройки возникнуть не можетъ.

тежей, а достаточно всякаго эквивалента. Слѣдовательно, только даровое предоставленіе права застройки не подойдетъ подь правозастройки (А-чъ, противъ Фрейтагъ-Лоринговень, 139), т. к. вознагражденіе не синонимъ платежей. Запрещеніе вознагражденія личными услугами понятно, ибо продолжительность права застройки можетъ повести къ личной зависимости застройщика, что недопустимо. Фрейтагъ-Лоринговень (139) стоитъ за возможность личныхъ услугъ, не затрагивающихъ личности застройщика, какъ напр., обязанностей управляющаго застройочной колоніей. Однако, управленіе на продолжительный срокъ не можетъ все же не затрагивать личности.

¹ Возможность измѣненія вознагражденія, хотя и въ определенныхъ рамкахъ, можетъ служить, однако, препятствіемъ къ надлежащему использованию ипотечнаго кредита (Фрейтагъ-Лоринговень).

² Такъ рѣшаютъ вопросъ Митилино, Фрейтагъ-Лоринговень (стр. 140; Его же, Право застройки и реальный кредитъ, 122) и считаютъ оброкъ принадлежностью права застройки. За личный же характеръ obroka высказываются Д. А-чъ и Гойхбаргъ. Ст. 542¹⁷ косвенно подтверждаетъ первое мнѣніе.

³ Но, въ сущности, нѣтъ основаній не позволять указаннаго обремененія и по дополнительному договору отмѣткой о томъ въ крѣпостномъ реестрѣ (противъ Гойхбаргъ за Фрейтагъ-Лоринговень (В. Г. П. № 2, 124). О неправильности смѣшенія въ законѣ правъ участія частнаго съ сервитутами см. Поповъ (В. Г. П. 1914, 3). Однако, законъ имѣлъ въ виду не ограничивать обремененія только сервитутами и въ этомъ состоитъ смыслъ дѣйствительно неправильной терминологіи закона, хотя она и соответствуетъ нотаріальному положенію.

⁴ Въ литературѣ спорно, не можетъ ли собственникъ выговорить себѣ указанное право на согласіе, т. е. вопросъ сводится къ диспозитивности ст. 542². Противъ Митилино (стр. 56, ср. стр. 96, 238), Гойхбаргъ (В. П. 23 въ вопросѣ о залогѣ), Фрейтагъ-Лоринговень (В. Г. П. № 3, 144). Правда, законъ предполагаетъ диспозитивность нѣкоторыхъ нормъ о правѣ застройки (542¹⁹—542²⁶ конецъ); такъ, собственникъ можетъ выговорить себѣ право преимущественной покупки, а также поставить и другія условія, не противорѣчающія существеннымъ признакамъ права застройки, какъ-то отмѣнительныя условія, модусы. Но все же свобода распоряженія правомъ можетъ быть ограничена не иначе какъ по закону диспозитивному, а законъ прямо не говоритъ о диспозитивности ст. 542². Едва ли м. б. допущено и условіе о выкупѣ (иначе Симолинъ 27, Д. А-чъ, 276).

⁵ По завѣщанію можетъ возникнуть лишь обязанность наслѣдника установить право застройки, а не самое вещное право застройки. См. Фрейтагъ-Лоринговень (В. Г. П. 1915, 3, 143).

1) Безусловно необходимо, чтобы договоръ былъ совершенъ крѣпостнымъ порядкомъ, съ открытіемъ для каждаго права застройки особаго листа въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ, какъ на отдѣльное имѣніе. Значеніе такого порядка совершенія договора громадно. Оно вводитъ въ наше право понятіе о правѣ застройки, какъ объ особомъ юридическомъ земельномъ участкѣ (юридической недвижимости). Это значитъ, что право застройки приравнено въ нашемъ правѣ къ земельной недвижимости. Этимъ приравненіемъ право застройки рѣзко отличается отъ всѣхъ другихъ вещныхъ правъ на чужія недвижимости.

2) Для совершенія договора о правѣ застройки необходима также особая правоспособность сторонъ. Хотя у насъ право застройки могутъ устанавливать и частныя лица, а не только публично-правовыя организаціи, однако, все же право застройки можетъ установить только собственникъ земельного участка (ст. 542¹).

Слѣдовательно, право застройки не можетъ установить ни пожизненный владѣлецъ, ни всякій другой, имѣющій какое либо право на чужую недвижимость. При этомъ, дозволяя собственнику устанавливать право застройки на своей землѣ, законъ требуетъ, въ цѣломъ рядѣ случаевъ,¹ разсмотрѣнія соответствующимъ учрежденіемъ и разрѣшенія на установленіе права застройки. Въ частности, на землѣ подопечныхъ лицъ право застройки м. б. установлено не иначе, какъ черезъ испрошеніе разрѣшенія тѣхъ же установленій, какъ и при продажѣ недвижимаго имѣнія малолѣтнихъ (ст. 542¹¹).² Законъ дозволяетъ установленіе права застройки на заложенной землѣ и вообще находящейся по какимъ либо причинамъ подъ запрещеніемъ (ст. 542¹²). Впрочемъ, право застройки въ этихъ случаяхъ не обязательно для залогодержателей и лицъ, въ пользу которыхъ наложены запрещенія, если не было дано ими согласія на установленіе права застройки (ст. 642¹²).³ Что касается застройщика, то имъ м. б. лишь лицо, имѣющее право пріобрѣтенія недвижимыхъ имуществъ въ данной мѣстности (ст. 542⁵). Въ частности, право застройки на надѣльныхъ земляхъ м. б. устанавливаемо въ пользу лицъ всѣхъ сословій (ст. 542⁶).⁴

6. Правѣ застройки, какъ срочное право, прекращается понятно: 1) наступленіемъ срока (ст. 542¹⁸ п. 1), 2) совпаденіемъ въ одномъ лицѣ права застройки съ правомъ собственности (ст. 542¹⁸ п. 2), 3) отъказа зомъ отъ права застройки, при наступленіи для застройщика невозможности пользоваться участкомъ, сообразно его назначенію, если невозможность эта обусловлена частичной экспропріаціей или какимъ либо стихійнымъ явленіемъ, наступленіе коего равносильно гибели самаго участка (ст. 542²⁰).⁵ Наконецъ, 4) право застройки можетъ прекратиться и по требованію собственника, если участокъ ему необходимъ для разработки⁶ опредѣленнаго

¹ Именно, въ отношеніи собственниковъ земель, надѣльныхъ, городскихъ, церковныхъ и вообще духовныхъ установленій, казенныхъ, заповѣдныхъ, временно-заповѣдныхъ и маіоратныхъ, ленныхъ, поіезуитскихъ и иныхъ (ст. 542⁷ и 542⁸).

² Въ томъ же порядкѣ могутъ послѣдовать добровольное отчужденіе и залогъ права застройки (ст. 542¹¹).

³ Ст. 542¹², вводитъ, правда въ неудачной формѣ, институтъ уступки старшинства, вообще неизвѣстный дѣйствующему праву. Подробнѣе Фрейтагъ-Лоринговенъ (Право застройки и реальн. кредитъ, 119; Его же. (В. Г. П. 1915, 3, 147), который притомъ противъ цѣлесообразности права застройки на заложенной землѣ, т. к. видитъ въ этомъ препятствіе ипотечному кредиту. Согласіе на уступку д. б. формальнымъ (Градъ, (Пр. 1913, 342, Митилино, 76, противъ Д. А-чъ).

⁴ При чемъ застройщикомъ можетъ быть и не опредѣленное лицо, а всякій собственникъ или владѣлецъ сосѣдней недвижимости (Фрейтагъ-Лоринговенъ, противъ Митилино, 84).

⁵ Само собой понятно, что право застройки можетъ прекратиться гибелью земельного участка, но не строеній, воздвигнутыхъ на немъ, а также и наступленіемъ отмѣнительныхъ условій (ср. ст. 542²⁶). Фрейтагъ-Лоринговенъ, В. Г. П. 1915, 3 141. Въ случаѣ гибели строеній, застройщикъ не обязанъ по закону возстановлять ихъ (Симолинъ, 26, Гойхбаргъ, 2 п. 13, Митилино, 134).

⁶ А равнс и для развѣдки (Митилино 95).

рода ископаемых; прекращение это носит, однако, условный характер (ст. 542²¹). Но право застройки не может быть прекращено выделением застройщика за невзнос платы, если это не было условлено в самом договоре (ср. ст. 542²⁶ и 17).

Вопрос о ликвидации права застройки имеет юридическое значение не только для отношений собственника и застройщика, но и для третьих лиц, в частности, для залогопринимателей. Отношения между собственником и застройщиком тѣсно связаны съ судьбой строений.

Если въ договорѣ не было особыхъ соглашеній (ст. 542²⁶ конецъ), то застройщикъ имѣетъ право снести постройку; въ противномъ случаѣ, ихъ можетъ снести въ свою пользу собственникъ (ст. 542¹⁹ п. 1). Законъ предоставляетъ, однако, собственнику право потребовать отъ застройщика оставления себѣ построекъ за вознаграждение, соответствующее той выгодѣ, которой лишается застройщикъ, утрачивая право снесенія построекъ (ст. 542¹⁹, т. е. по цѣнѣ на сломъ, самой низкой цѣнѣ).¹ Такая ликвидация отношеній естественно невыгодна для застройщика, почему онъ лишается достаточнаго стимула для поддержанія строеній въ надлежащемъ видѣ, а это въ свою очередь не можетъ не отразиться неблагоприятно на условіяхъ ипотечнаго кредита.² Что касается прекращенія крѣпостныхъ обремененій (ст. 542²⁴), въ частности залога, то прекращение права застройки посредствомъ совпаденія (сліянія) этого права въ лицѣ собственника не прекращаетъ ихъ. Законъ неудачно конструируетъ эту мысль, нашедшую признаніе въ современномъ законодательствѣ въ видѣ права въ собственной вещи. Поэтому, въ частности, залогоприниматель въ правѣ получить удовлетвореніе изъ заложеннаго права застройки, хотя бы на мѣсто застройщика сталъ собственникъ недвижимости. Короче, право въ собственной вещи есть здѣсь право застройки собственника.³

3. Что касается, наконецъ, содержанія права застройки, то а) права собственника приняты болѣе во вниманіе, чѣмъ б) права застройщика.⁴

а. Собственнику принадлежать права: 1) на вознаграждение, обезпеченное солидарной отвѣтственностью владѣльцевъ права застройки и правомъ преимущественнаго удовлетворенія (см. выше 1). 2) Онъ имѣетъ право, съ наступленіемъ срока права застройки, оставить строенія за собой по низкой ихъ оцѣнкѣ—стоимости ихъ, какъ строеній на сносъ. 3) Ему предоставлено право досрочнаго прекращенія въ случаѣ разработки (развѣдки) ископаемыхъ (см. выше 2). 4) Онъ имѣетъ право требовать, чтобы застройщикъ произвелъ постройку въ опредѣленный въ договорѣ срокъ (ст. 542²⁶ п. 2).⁵ 5) Онъ освобожденъ также отъ всѣхъ сборовъ и повинностей, слѣдующихъ съ застройщика за занимаемый имъ участокъ (ст. 542¹⁵).

¹ Законъ говоритъ о правѣ застройщика снести строенія и о правѣ собственника оставить строенія за собой. Теоретически создается любопытная коллизія правъ, не имѣющая, впрочемъ, практическаго значенія (Фрейтагъ-Лоринговень, В. Г. П. 1915, 3, 148).

² Фрейтагъ-Лоринговень, Право застройки и реалн. кредитъ, 126.

³ Конструкція эта не согласуется съ легальной у насъ конструкціей. Попытки примирить ихъ см. Фрейтагъ-Лоринговень (В. Г. П. 1915 3, 148; здѣсь же литература).

⁴ Литература обнаружила склонность толковать законъ о правѣ застройки въ пользу застройщика. Противъ такого увлеченія Фрейтагъ-Лоринговень, въ цѣляхъ развитія въ жизни даннаго института (В. Г. П. 1915, 3, 150).

⁵ Обязанность эта не имѣетъ достаточной санкции. Въ интересахъ третьихъ лицъ нельзя согласиться (Д. Ачъ, Митилино, Симолинъ), что неисполненіе данной обязанности прекращаетъ право застройки. Подробнѣе Фрейтагъ-Лоринговень (В. Г. П. 1915, 3, 140).

б. Права застройщика определяются той целью, ради которой застройка возникает. 1) Он имеет право (и обязан) возвести постройки (закон не определяет каких постройки и где: на поверхности земли или под землей). При этом, застройщик в прав пользоваться для возведения и хозяйственного обслуживания строений находящимися на участке застройщика строительными материалами, водой и вообще устраивать водохранилища (ст. 542²³).¹ 2) Застройщик, которому принадлежит право собственности на строения (ст. 542¹⁹), имеет широкое право распоряжения (путем прижизненных сделок и на случай смерти), как самими строениями, так и правом застройки (ст. 542²). Въ особенности заслуживаетъ вниманіе—возможность для застройщика обременять и, въ частности, заложить право застройки (ст. 542²⁴ и ²).

Къ сожалѣнію, не только на Западѣ, но и у насъ, недостаточно ясно отношеніе строеній къ праву застройки. Именно, кому принадлежит право собственности на строения, собственнику или застройщику; и въ связи съ этимъ споренъ вопросъ о томъ, считать ли строения движимостью или недвижимостью, что важно въ залоговомъ правѣ въ особенности. По господствующему мнѣнію, постройки принадлежатъ застройщику на правѣ собственности (иначе Мартыновъ)² и эти постройки могутъ быть отчуждаемы застройщикомъ, но однако вмѣстѣ съ правомъ застройки (ст. 542²).³ При чемъ теоретически правильна та конструкція, которая строения рассматриваетъ, какъ составную часть права застройки (Фрейтагъ-Лоринговень,⁴ Ельяшевичъ); конструкція же строеній—какъ принадлежности (Митилино, 180 сл. предполагаетъ возможность отдѣльнаго ихъ отчужденія). При конструкціи же строеній, какъ составной части права застройки, легко рѣшается вопросъ и о залогѣ строеній въ качествѣ недвижимости.⁵ ⁶

II. Срочное и въ частности пожизненное отдѣльное владѣніе.*

Нашимъ законамъ извѣстно не только срочное владѣніе чужой землей, какъ строительной площадью (право застройки I), но и вообще институтъ срочнаго отдѣльнаго владѣнія, каковой наши законы называютъ особымъ правомъ, «коего пространство, пожизненность или срочность» определяются актомъ его установленія (ст. 514).⁷ Отсюда приходится различать два вида отдѣльнаго владѣнія: 1) «срочное»⁸ и, въ частности, 2) срочное—пожизненное. Законъ не говоритъ болѣе о содержаніи, возникновеніи и прекращеніи данныхъ видовъ отдѣльнаго владѣнія. Пространство или содержаніе права определяется волей установителя; возникновеніе, объемъ права и прекращеніе его не должны лишь противорѣчить об-

¹ За диспозитивность ст. 542²³ Фрейтагъ-Лоринговень (В. Г. П. 1915, 3, 150).

² Мартыновъ (171 и сл.), который остроумно отстаиваетъ въ отношеніи строеній принципъ принадлежности ихъ тому, чья земля.

³ За возможность отчужденія построекъ отдѣльно отъ права застройки (Гойхбаргъ, Митилино); противъ правильно Фрейтагъ-Лоринговень, Ельяшевичъ (Продажа строеній на чужой землѣ, В. Г. П. 1916, 1, 68).

⁴ См. у него В. Г. П. 1915, 3, 145 сл.; Ж. М. Ю. 1915, 7, 102.

⁵ Вопросъ о залогѣ права застройки въ цѣляхъ обезпеченія ипотечнаго, долгосрочнаго кредита съ амортизаціей подробно рассмотрѣнъ Фрейтагъ-Лоринговеномъ (Право застройки и реальный кредитъ) и имъ указаны недостатки закона и мѣры къ его улучшенію въ этомъ отношеніи. О правѣ кредитныхъ установленій брать въ залогъ право застройки см. у него же (стр. 128).

⁶ Законъ о правѣ застройки создалъ особыя правила для урегулированія арендныхъ отношеній, подъ коими, до обнародованія закона, скрывались въ дѣйствительности фактически отношенія права застройки (Отд. II закона, ст. 2 и сл.).

*Гороновичъ, Исслѣдованіе о сервитутахъ (Ж. Гр. и Уг. Пр. 1883 кн. 7-10, и отдѣльно, 1883). Шимановскій, Къ вопросу о пожизненномъ владѣніи (Прог. Одесск. Юр. Об. 1887 кн. 3). Глаголевъ, Столкновеніе права пожизненнаго владѣнія съ залоговымъ и законныя основанія его разрѣшенія (Ж. М. Ю. 1908, 3). Бар. А. Нольде, Пожизненное владѣніе родовымъ имуществомъ по завѣщанію супруга (В. Г. П. 1916, № 5, отдѣльно, 1915).

⁷ Пожизненное владѣніе можно включить и въ купчую крѣпость, какъ право продавца (нѣтъ противорѣчій ст. 1428, ср. ^{03/67}).

⁸ Владѣніе, какъ вещное право, можетъ быть вообще срочнымъ а не только пожизненнымъ (см. ст. 514): Побѣдоносцевъ, Курсъ гражданскаго права Ч. I. (Пгд. 1896), стр. 492.

щимъ началамъ о законности акта установленія. Такимъ образомъ, институтъ срочнаго владѣнія представляется совершенно неразработаннымъ. Но нѣтъ основаній не признавать срочное владѣніе правомъ вещнымъ (^{92/11}), ибо въ законахъ же рѣчь идетъ, напр., объ установленіи такого владѣнія по дарственной записи (ст. 514), т. е. о вещномъ правѣ стдѣльнаго владѣнія на недвижимость. За вещный же характеръ срочнаго владѣнія говоритъ и система, въ которой ст. 514 занимаетъ опредѣленное положеніе. Далѣе, контекстъ статей (ст. 514 и сл.) говоритъ за то, что предметомъ срочнаго владѣнія является недвижимость. Но, понятно, нѣтъ основанія не признавать отдѣльнаго владѣнія капиталами и вообще движимыми вещами.¹ Срочное владѣніе нельзя смѣшивать съ срочнымъ же владѣніемъ права застройки, такъ какъ право застройки представляется институтомъ срочнаго владѣнія, имѣющимъ свою самостоятельную структуру и цѣль. Срочное владѣніе надо также отличать отъ права стдѣльнаго пользованія вещью не въ цѣломъ (сервитутотвъ), такъ какъ при послѣднемъ правѣ характернымъ является пользованіе какой либо стороною полезности вещи, передача владѣнія не существенна и вообще объемъ права на чужую вещь гораздо уже объема пользованія при отдѣльномъ владѣніи. Что законъ предполагаетъ именно большой объемъ права срочнаго владѣнія, это ясно слѣдуетъ изъ того, что законъ специально оговариваетъ право собственника въ отношеніи имущества, находящагося во временномъ отдѣльномъ владѣніи посторонняго лица. Именно, собственникъ «можетъ однакожь уступить или передать кому либо, по своему произволу, принадлежащее ему право собственности на такое имущество, впрочемъ не стѣсня тѣмъ правъ отдѣльнаго владѣнія» (ст. 521). Отсюда ясно, что право отдѣльнаго владѣнія мыслится въ законахъ какъ право посторонняго лица, сильно стѣсняющаго собственника, лишаящаго его владѣнія вещью, а не только пользованія въ какой либо сторонѣ полезности вещи.

1. *Срочное отдѣльное владѣніе есть вещное право посторонняго лица столь обширное, что собственникъ въ правѣ лишь распорядиться своимъ имуществомъ, и то не стѣсня владѣльца (ст. 521 ср. ^{86/15}).*

Сенатъ, за отсутствіемъ регулировки даннаго института въ законѣ, конструировалъ его по аналогіи, съ пожизненнымъ владѣніемъ пережившаго супруга родовымъ имуществомъ (^{79/248}, ^{81/43}, ^{86/15}, ^{91/71}), признавъ и это послѣднее право однимъ изъ видовъ отдѣльнаго владѣнія (^{86/15}, ^{92/11} и друг.). вмѣстѣ съ тѣмъ, сенатъ создалъ единую теорію отдѣльнаго владѣнія, возникающаго какъ по договору, такъ по завѣщанію и закону.²

III. Пожизненное владѣніе супруга родовымъ имуществомъ по завѣщанію.

1. *Пожизненное владѣніе пережившаго супруга родовымъ имуществомъ³ есть а) вещное право отдѣльнаго владѣнія, б) устанавливаемое завѣщаніемъ, в) въ цѣляхъ обезпеченія пережившаго супруга.*

а. Пожизненное владѣніе, какъ видъ срочнаго отдѣльнаго владѣнія, не должно быть смѣшиваемо съ правомъ отдѣльнаго пользованія—сервитутами. Такое смѣшеніе тѣмъ болѣе возможно, что по содержанію пожизненное владѣніе представляется пользовладѣніемъ (узуфруктомъ), т. е. согласно теоріи—сервитутомъ. Сенатъ также называетъ иногда пожизненное владѣніе супруга «сервитутнымъ» правомъ (^{92/11}), хотя и не выдерживаетъ этой терминологіи (^{86/15}). Но сенатъ правильно называетъ пожизненное владѣніе пережившаго

¹ Напр., процентами съ капитала по займу, въ силу стт. 402 и 418, т. к. долговья имущества отнесены у насъ къ движимымъ вещамъ (ср. также Проектъ ст. 982 и сл.), и даже акціями съ соотвѣтствующей надписью на нихъ.

² Принципіально такая аналогія и конструированіе института возможны. Однако, правильно предупреждаетъ бар. А. Нольде (стр. 41) отъ увлеченія такимъ конструированіемъ. Пожизненное владѣніе пережившаго супруга имѣетъ свою исторію возникновенія свою идею, отличную отъ потребностей дѣловаго оборота. Ср. стр. 212, прим. 5.

* См. литературу выше, II.

³ Также временно-заповѣднымъ (ст. 1070¹). Само собой понятно, что собственникъ въ правѣ завѣщать благопріобрѣтенное имущество въ пожизненное и срочное владѣніе даже и не супругу (ст. 1011, ^{14/21}); при чемъ владѣлецъ-супругъ не лишается указанной доли (^{14/21}, противъ Лапицкій (Арх. ^{14/21}), за-Пергаментъ (В. Г. П. 1915, 2, 97).

супруга вещнымъ правомъ (^{92/11}) и видитъ отличіе его отъ другихъ вещныхъ правъ въ томъ, что лишь право распоряженія остается у собственника (^{86/15}).

Въ литературѣ нерѣдко считаютъ пожизненное владѣніе пережившаго супруга сервитутомъ пользовладѣнія,¹ но, кажется, здѣсь допускается смѣшеніе сервитутнаго права съ правомъ отдѣльнаго владѣнія, какъ оно признано въ нашихъ законахъ (ст. 514 и 521). Еще неправильнѣе мнѣніе, отрицающее за правомъ пожизненнаго владѣнія пережившаго супруга природу вещнаго права (Шимановскій, Глаголевъ).²

б. Пожизненное владѣніе пережившаго супруга родовымъ имуществомъ возникаетъ только по завѣщанію. Его нельзя установить по договору, не существуетъ оно и по закону. Поэтому, если не оставлено завѣщанія или оно недействительно, то пережившій супругъ не можетъ получить и пожизненнаго владѣнія родовымъ имуществомъ. При этомъ, законъ требуетъ непременно или нотаріальнаго завѣщанія, или хотя и домашняго, но написаннаго собственноручно и внесеннаго лично на храненіе: въ опекунскій Совѣтъ, или въ Канцелярію Совѣта Человѣколюбиваго Общества, или въ Попечительный Комитетъ этого Общества (ст. 1070).³ Моментъ приобрѣтенія права есть моментъ открытія наслѣдства: вступленіе наслѣдниковъ въ права наслѣдства безразлично (ср. ^{86/78});⁴ вещь права охраняется отмѣткой въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ (ст. 159 Пол. нотар.).

в. Пожизненное владѣніе устанавливается завѣщаніемъ, въ цѣляхъ о безпеченія пережившаго супруга, хотя и внѣ всякой связи съ тѣмъ, имѣетъ ли пережившій супругъ свое имущество.⁵ Такимъ образомъ данное право не есть алиментарное право, но оно стоитъ близко къ нему, какъ личное право, тѣсно связанное съ пережившимъ супругомъ.

2. *Пережившій супругъ имѣетъ слѣдующія: а) права и б) обязанности, составляющія содержаніе самого права.*

а. 1) Онъ имѣетъ право владѣнія имуществомъ и можетъ вытребовать это имущество владѣльческимъ искомъ отъ всякаго, въ томъ числѣ и отъ собственника (спорно)⁶.

2) Пожизненному владѣльцу принадлежитъ право пользоваться, напр., помѣщеніемъ, но и въ правѣ извлекать доходы вообще (натуральные и цивильные плоды). Всѣ доходы принадлежатъ ему со дня открытія наслѣдства (ст. 533⁴),—и, именно, тѣ доходы, которые онъ получилъ бы самъ, если бы прежнее хозяйство продолжалось.⁷

¹ Также А. Нольде, 40, 57. Такое мнѣніе основывается на римскомъ правѣ, которому слѣдуютъ и передовые кодексы (Г. У. кн. 3, разд. 5 и Ш. У. раздѣлъ 21 гл. 2). Иначе нашъ проектъ. Исключеніе отдѣльнаго пользовладѣнія изъ сервитутовъ защищается не безъ основанія Фрейтагъ-Лоринговеномъ, Вопр. Пр. 1912, X 20.

² См. литературу у А. Нольде, 58; Глаголевъ, 159, 163; Шимановскій, 44.

³ Сенатъ смотритъ на указанное внесеніе для храненія, какъ на безусловно обязательную формальность (^{69/16}, иначе ^{77/291}); противъ А. Нольде, 59.

⁴ Наслѣдники вступаютъ въ права наслѣдства, не дожидаясь прекращенія пожизненнаго владѣнія (неправильно ^{14/21}, ^{75/322}; иначе господствующая сенатская практика).

⁵ Идею обезпеченія признаютъ сенатъ (^{79/342}) и литература (Анненковъ, Лапицкій, Указная доля супруга, въ В. Пр. X 159, Его же въ Арх. ^{14/8}). Однако, не слѣдуетъ упускать изъ вниманія, что идея обезпеченія пережившаго супруга владѣніемъ родовымъ имуществомъ не приложима въ отношеніи благоприобрѣтеннаго имущества. Здѣсь, если не будетъ выражена на то воля завѣщателя, супругъ разсматривается такимъ же пожизненнымъ владѣльцемъ, какъ и постороннее лицо.

⁶ Сенатъ молчитъ по этому вопросу. За Нольде, 64, и не безъ основанія. Право отдѣльнаго владѣнія есть прежде всего вещное право, а не аренда, обязательственное право.

⁷ Подробнѣе Нольде, 70.

Возникает сложный вопрос, въ правѣ ли пожизненный владѣлецъ: извлекать доходы эксплуатаціей лѣса (^{92/39}), добываніемъ ископаемыхъ, измѣнять системы хозяйства и вообще улучшать хозяйство. Повидимому, отвѣтъ долженъ быть данъ положительный, т. к. границы пользовладѣнія очерчиваются лишь сохраненіемъ имущества въ нехудшемъ видѣ, чѣмъ оно было получено.¹ Но вмѣстѣ съ тѣмъ, едва ли не слѣдуетъ принять, что пожизненный владѣлецъ и его наслѣдники не въ правѣ требовать возмѣщенія отъ наслѣдниковъ собственника расходовъ по улучшенію.² Правда, такое рѣшеніе, при молчаніи нашихъ законовъ, будетъ удерживать пожизненнаго владѣльца отъ улучшеній и въ этомъ скажется вредъ народному хозяйству, но вмѣстѣ съ тѣмъ ясно, что воздержаніе отъ большихъ улучшеній и новшествъ, часто сомнительныхъ, избавить собственника отъ вреда опасныхъ для него опытовъ пожизненнаго владѣльца.

3) Осуществляя право пользовладѣнія, пережившій супругъ можетъ передать его (хотя бы и безвозмездно)³ другому. Хотя законъ говоритъ о передачѣ самого права (ст. 533⁷), но, согласно практикѣ и господствующему мнѣнію,—передается не самое право, т. к. право связано съ личностью супруга (^{87/82}, ^{92/11}), а лишь осуществленіе этого права, цѣликомъ или въ части⁴. Чаше всего имѣніе сдается въ аренду, и въ законахъ спеціально указанъ этотъ случай. Именно, если сдача въ аренду произошла безъ согласія собственника, то, въ случаѣ смерти владѣльца, арендный договоръ обязательенъ для собственника въ продолженіе 3 лѣтъ, не считая года смерти владѣльца (ст. 1692¹).⁵ Арендная же плата во всякомъ случаѣ должна быть уплачиваема только за годъ по истеченіи его (ст. 533⁷).

4) Другихъ правъ распоряженія, кромѣ передачи осуществленія права, законъ не предоставляетъ пожизненному владѣльцу родовымъ имуществомъ. Исключеніе сдѣлано лишь для пережившаго супруга-владѣльца благопріобрѣтеннымъ имуществомъ. Это имущество можно заложить съ дозволенія сената, при условіи предоставленія такого права пережившему супругу въ завѣщаніи умершаго супруга (ст. 1386, ср. 1629).

б. Обязанности пожизненнаго владѣльца сводятся преимущественно къ поддержанію имущества въ нехудшемъ положеніи, чѣмъ оно было получено. Само собой понятно, поэтому, что владѣлецъ обязанъ производить текущіе расходы,⁶ отправлять всѣ повинности, лежащія на имѣніи какъ государственныя, такъ и общественныя (533¹¹, ^{82/118}). Не менѣе понятно, что владѣлецъ обязанъ исполнить всѣ обязательства, переходящія съ имѣніемъ, какъ напр., договоры найма, аренды (законъ называетъ эти обязательства срочными, 533⁸); долги же, обезпеченные имѣніемъ, взыскиваются съ имѣнія (ст. 535⁹). Всѣ же прочіе обязательства и долги, если они не обезпечены другимъ имѣніемъ, разлагаются по соразмѣрности на владѣльца и собственника (та же ст.). Соразмѣрность надо понимать въ смыслѣ пропорціональности имущественнаго интереса владѣльца и собственника. При чемъ, цѣнность

¹ Иначе Анненковъ и Кассо въ отношеніи ископаемыхъ. Въ частности, Анненковъ признаетъ возможность эксплуатаціи ископаемыхъ, если она уже была доходной статьей или производится для хозяйственныхъ надобностей (также А. Нольде, 72).

² См. Нольде, 77; Г. У. (ст. 1049) примѣняетъ правила о negotiorum gestio.

³ Побѣдоносцевъ, Нольде, 75.

⁴ Нольде, ссылаясь на французскій образецъ, склоненъ отрицать правильность практики (73, здѣсь же литература). Однако, такое отрицаніе не согласуется съ тѣмъ, что право пожизненнаго владѣнія пережившаго супруга, по крайней мѣрѣ родовымъ имуществомъ, все же лично право. Теоретически же допустимо отчужденіе пожизненнаго и временнаго владѣнія; французская практика допускаетъ залогъ пользовладѣнія.

⁵ О нѣкоторой несогласованности ст. 1692¹ и 533⁷ см. Нольде, 74.

⁶ А не капитальный ремонтъ (Нольде, 77). Но ремонтъ можетъ быть необходимъ для поддержанія имущества. Въ такомъ случаѣ, если собственникъ отказывается произвести ремонтъ, необходимо предоставить его производству владѣльцу по правиламъ о веденіи чужихъ дѣлъ безъ порученія. Такое рѣшеніе не противорѣчитъ законамъ и является наиболѣе цѣлесообразнымъ.

пожизненного владѣнія опредѣляется десятилѣтней сложностью дохода съ имѣнія (⁷⁷/₃₇₃, ср. ⁹⁹/₁₂, ст. 273 У. Г. С.).¹ Законъ не говоритъ объ обязанности владѣльца страховать имущество, но если бы владѣлецъ застраховалъ его, то онъ можетъ получить страховую сумму на предметъ возобновленія сгорѣвшаго (подробнѣе ⁹⁸/₅).

Что касается правъ собственника и его обязанностей, то они соотвѣтствуютъ вышеуказаннымъ правамъ и обязанностямъ владѣльца. Собственникъ въ правѣ распоряжаться имѣніемъ, но такъ, что бы не стѣснялъ ни въ чемъ владѣльца въ существованіи его права. Онъ имѣетъ также право требовать, чтобы имѣніе поддерживалось и охранялось отъ разстройства (ст. 533⁵), и, въ частности, чтобы пользованіе лѣсомъ производилось по правиламъ лѣсного хозяйства (ст. 533⁶). Кромѣ того, онъ въ правѣ требовать составленія описи имѣнія (ст. 533¹, ⁹⁴/₇₅) со всѣми на немъ обремененіями (533^{8,9,11}), дабы имѣть возможность доказать то положеніе, въ которомъ имѣніе перешло къ владѣльцу (опись можно составить и позже; рѣш. 27 янв. 1916 г.).² Причемъ, право составленія описи столь существенно въ глазахъ закона, что оно не м. б. отмѣняемо по завѣщанію (та же ст.).

3. Прекращается пожизненное владѣніе нормально съ концомъ владѣльца, какъ физическаго лица, но возможны и другіе случаи прекращенія.

Т. к. субъектомъ пожизненного владѣнія является супругъ, то не дѣйствительность брака тѣмъ самымъ прекращаетъ пожизненное владѣніе (533¹³). Нормально же пожизненное владѣніе прекращается смертью владѣльца. Продажа имѣнія за долги наслѣдодателя (⁸⁰/₂₆₈ и др.), а не за долги владѣльца (⁸⁷/₈₂, право личное), какъ равно экспроприація не влекутъ прекращенія владѣнія, а лишь создаютъ эквивалентъ—капиталь, которымъ пожизненно продолжаетъ пользоваться владѣлецъ (533¹⁰, ⁸⁹/₅₉). Но если имѣніе было продано за долги собственника, то владѣлецъ для сохраненія своего права, обязанъ огласить свое право при продажѣ (внести въ опись, ст. 1197 У. Г. С. ⁹¹/₇₄, ⁸⁴/₁₁₂).³ Владѣлецъ можетъ отречься въ письменной формѣ (⁹³/₁₀) отъ своего права, но это не освобождаетъ его отъ тѣхъ обязательствъ, въ которыя онъ вступилъ (⁹²/₁₁). Наконецъ, само собой понятно, что владѣніе можетъ прекратиться съ наступленіемъ срока или условія, если владѣніе было срочнымъ или условнымъ, какъ равно и гибелью имущества (о страхованіи см. выше). По соглашенію владѣльца и собственника, имущество м. б. обращено въ капиталъ (замѣна, суброгація, по аналогіи съ 533¹⁰). Какъ право личное, пожизненное владѣніе супруга не прекращается давностью. Но давностью оно можетъ быть прекращено въ томъ случаѣ, если имѣніе по давности владѣнія перешло къ другому собственнику. Злоупотребленіе правомъ не даетъ собственнику права прекратить пожизненное владѣніе супруга (ср. ст. 533⁵), т. к. право супруга личное, и поводы прекращенія указаны въ законѣ. Однако, въ случаяхъ пожизненного владѣнія благопріобрѣтеннымъ имуществомъ, установитель временнаго владѣнія (пожизненного и срочнаго) можетъ предусмотрѣть прекращеніе владѣнія вслѣдствіе злоупотребленій владѣльца.

¹ По ст. 205 Уст. пошл. изд. 1914, наслѣдственная пошлина съ владѣльца опредѣляется въ половинномъ размѣрѣ противъ собственника.

² Сенатъ видитъ въ описи охрану интересовъ владѣльца (⁹⁴/₇₅). Противъ Нольде, 62, полагающій, что опись охраняетъ интересы также и собственника. Однако, едва ли не правильнѣе видѣть въ описи исключительно охрану интересовъ собственника. За это говорить исторія института и конецъ ст. 533¹ и рѣш. сената отъ 27 января 1916 г. (В. П. 1916, 9, 246).

³ По ук. 2 февр. 1915 г., пожизненные права владѣнія и пользованія прекращаются и не служатъ препятствіемъ къ добровольной продажѣ имущества въ двухлѣтній срокъ, а къ публичной,—и по истеченіи этого срока. Подробнѣе Горенбергъ (Пр. 1915, 29, 1940).

4. По закону пожизненное право владѣніе возможно въ отношеніи родителей, а вдовы—лишь по мѣстному праву.

Именно, пожизненное владѣніе возникает по закону для родителей въ благопріобрѣтенномъ имуществѣ безпотомственно умершихъ дѣтей (ст. 1141 и 1145), и для вдовы—въ Черниговской и Полтавской губерніяхъ на часть имущества мужа (ст. 1157 п. 5—8).¹

§ 30. ОТДѢЛЬНОЕ ПОЛЬЗОВАНІЕ (СЕРВИТУТНОЕ ПРАВО).*

І. Отдѣльное пользованіе движимыми вещами.

Отдѣльное владѣніе (какъ было выяснено) характеризуется тѣмъ, что оно является по объему правомочій значительнымъ, въ особенности когда оно еще неограничено и временемъ (безсрочное владѣніе). Вотъ этому обширному праву посторонняго лица на вещь наши законы противопоставляютъ отдѣльное пользование, и, именно, чужими движимыми и имуществами (ст. 534, заголовокъ къ ней).

Наши законы называютъ пользованіе чужими вещами, отдѣльное отъ права собственности, особымъ правомъ, пространствомъ, т. е. объемъ правомочій, котораго опредѣляется также самымъ актомъ его установленія (ст. 535, и лишь добавляютъ), что пользованіе это можетъ быть полнымъ и неполнымъ, въ зависимости отъ того, всѣ ли произведенія имущества (натуральные плоды) и доходъ (цивилные плоды) идутъ содержателю имущества или только нѣкоторые (ст. 536). Наше право не говоритъ о пользованіи вещь безъ извлеченія плодовъ, но нѣтъ основаній не признавать и такого неполнаго пользованія.²

Никакихъ другихъ постановленій объ отдѣльномъ пользованіи наши законы не даютъ, если не считать того, что находка признается также правомъ отдѣльнаго пользованія впродъ до обращенія ея въ собственность или отдачи собственнику (ст. 537). Отсюда данное право такъ же, какъ и право отдѣльнаго владѣнія, представляется совершенно неразработаннымъ. И прежде всего возникаетъ вопросъ о томъ, какое это право, вещное или обязательственное, безсрочное или срочное, и вообще какова его юридическая природа. Нѣтъ основаній не признавать право отдѣльнаго пользованія вещнымъ правомъ. За это говорить и система и аналогія съ правомъ отдѣльнаго владѣнія.³ При чемъ, хотя законъ и не говоритъ о

¹ Подробнѣе см. наслед. право. О различіи долговой отвѣтственности пожизненныхъ владѣльцевъ по ст. 1141 и 1145 и по ст. 531¹ и 1011 см. Рязановскій, О посмертномъ преемствѣ супруговъ, (1914 г.); возраженія Вавина (Ю. В. VII—VIII, 347).

*Гороновичъ, Исслѣдованіе о сервитутахъ (1883). Гусаковъ, Къ вопросу о теории сервитутнаго права (Ж. Гр. и Уг. Пр. 1884, кн. 8—9). Шимановскій, Къ вопросу о пожизненномъ владѣніи (Тр. Од. Юр. Об. 1887, кн. III). Абрамовичъ, Къ вопросу о крестьянскихъ сервитутахъ въ губерніяхъ прибалтійскихъ и въ Царствѣ Польскомъ (1895). Тривусъ, О сервитутахъ по германскому проекту (Ж. Гр. и Уг. Пр. 1892 кн. 3). Анненковъ, Сервитутъ пользовладѣнія (тамъ же 1892 кн. 8). Егоровъ, Система, II. Егоровъ, О водовладѣніи въ Закавказскомъ краѣ (Кіевъ 1896). Личковъ, Новыя теченія въ сервитутномъ вопросѣ (1903). Дурасовъ, Право вѣзда въ лѣсъ по частнымъ сдѣлкамъ (В. Пр. 1900 № 7). Хауке, Русское землеустроительное законодательство (Вып. I. 1910, стр. 139). Билимовичъ, Къ вопросу объ упраздненіи сервитутовъ (Кіевъ Ун. Изв. авг. 1911 и отдѣльно). Б. Э-ль, Ликвидация сервитутовъ (Вѣст. Евр. 1913 июнь, 242). А. Фокъ, Лѣсные сервитуты въ казенныхъ лѣсахъ на Кавказѣ (Тиф. 1913). О. Измаильская, Къ вопросу о сервитутныхъ отношеніяхъ въ Закавказскомъ краѣ (Ю. В. 1913, IV, 247). Аваліани, Сервитутъ въ Закавказьѣ (Ж. М. Ю. 1914 № 10 (здѣсь же литература). Аннинъ, Ликвидация крестьянскихъ сервитутовъ (Пр. 1914 № 17). Фрейтагъ-Лоринговень, Матер. право, I 1914 г., 235 (ср. Вопр. пр. XII 20).

² Тѣмъ болѣе, что ст. 535 предоставляет на волю собственника устанавливать «пространство» отдѣльнаго отъ собственности пользованія. Римское и современное право прямо различаютъ пользованіе вещь съ извлеченіемъ всѣхъ или нѣкоторыхъ ея плодовъ (пользовладѣніе, или узуфруктъ) и пользованіе только вещь безъ извлеченія плодовъ (пользованіе, узусъ). Побѣдоносцевъ неточно называетъ, поэтому, полное пользованіе узуфруктомъ. Узуфруктомъ же будетъ у насъ и неполное пользованіе.

³ Отдѣльное пользованіе, какъ право вещное, связанное съ личностью пользователя, и какъ право срочное есть, такимъ образомъ личный сервитутъ, извѣстный римскому и западно-европейскому праву.

пожизненности и срочности данного права, однако, едва ли есть основания считать это право безсрочным,¹ иначе это могло бы повести къ обходу постановленій закона о пожизненномъ и срочномъ владѣніи, которое по содержанию представляется пользо-владѣніемъ.

Обращаетъ на себя вниманіе, что наши законы говорятъ только объ отдѣльномъ пользованіи движимымъ имуществомъ, между тѣмъ такое право пользованія возможно и въ отношеніи недвижимаго имущества. Вѣроятно, это объясняется тѣмъ, что законы объ отдѣльномъ пользованіи недвижимыми имуществами приурочены къ правамъ угодій въ чужихъ имуществахъ (III), которыя, по мысли Сперанскаго, являются сервитутами (см. ниже). Это сопоставленіе показываетъ, что и право отдѣльнаго пользованія движимыми вещами приходится считать сервитутнымъ правомъ. Въ немъ, въ его положеніяхъ и, въ частности, въ аналогіи съ правами угодій слѣдуетъ искать недостающую въ законахъ регулировку отдѣльнаго пользованія, какъ сервитутнаго права.

II. Понятіе сервитута и его виды.

1. *Сервитутъ—это а) вещное право пользованія чужимъ имуществомъ, б) въ какомъ либо опредѣленномъ отношеніи, в) не обязывающее собственника къ положительнымъ дѣйствіямъ.*

а. Таково наиболѣе распространенное опредѣленіе сервитутнаго права. Опредѣленіе это, соответствующее римскому праву, не допускаетъ, такимъ образомъ сервитутнаго права на собственную вещь, а только на чужую. Это значитъ, что сервитута не м. б. у собственника (*nulli res sua servit*). Положеніе это, правильное для настоящаго времени, признано у насъ, когда рѣчь идетъ объ отдѣльномъ пользованіи вещью, пользованіи посторонняго лица (ст. 535). Въ самомъ дѣлѣ, вѣдь собственникъ имѣетъ обширное право собственности, котораго поглощаетъ меньшее право пользованія. Отсюда всякій разъ, какъ только субъектъ сервитута становится собственникомъ чужой вещи (объекта сервитута) и наоборотъ, сервитутъ тѣмъ самымъ сливается съ собственностью, прекращается (сліяніе). Однако, въ связи съ особымъ значеніемъ поземельныхъ книгъ на Западѣ, допускаются исключенія; именно, пока собственникъ не погаситъ сервитута въ вотчинной книгѣ, онъ продолжаетъ существовать какъ сервитутъ собственника. Вообще слѣдовало бы признать сохраненіе сервитута въ лицѣ собственника при наличіи къ тому его интереса или интереса третьихъ лицъ.²

б. Пользованіе вещью допускается въ какомъ либо опредѣленномъ отношеніи, въ какой либо полезной сторонѣ вещи; это есть частичное, ограниченное пользованіе чужой вещью.³

Отсюда, экономическое значеніе сервитутовъ чрезвычайно большое. Они даютъ возможность, не обременяя значительно собственности, ослабить острия стороны проведенія въ жизнь принципа частной собственности. Напр., обременяя каждого собственника какой-либо недвижимости тѣмъ, что всякій собственникъ другой недвижимости можетъ пользоваться чужимъ источникомъ воды, сервитутное право безъ большого ущерба для обремененнаго собственника недвижимости дѣлаетъ возможнымъ отдѣльное существованіе двухъ недвижимостей и, такъ обр., не ослабляетъ, а укрѣпляетъ институтъ частной собственности. Указанное въ примѣрѣ значеніе сервитутовъ относится къ реальнымъ сервитутамъ (см. ниже, стр. 218).

¹ Ст. 535 составлена въ тѣхъ же самыхъ выраженіяхъ, какъ и ст. 514. За это же говорить и заголовокъ къ ст. 513.—По договору возможно у насъ обязательственное право пользования квартирой въ кооперативныхъ домахъ (Ж. М. Ю. 1916, 9, 201).

² Болѣе того, Г. У. (ст. 1063) прямо провозглашаетъ, что сервитутъ (пользовладѣніе) не считается погашеннымъ, поскольку собственникъ правомѣрно заинтересованъ въ дальнѣйшемъ существованіи сервитута. Такимъ образомъ и въ отношеніи движимыхъ вещей сервитутъ можетъ сохраниться въ лицѣ собственника. См. еще Ш. У. ст. 736. Ср. П а п и ц кій въ Арх. ^{14/21}.

³ Это, между прочемъ, дало нѣкоторымъ ученымъ поводъ утверждать, что сервитутное право направлено не на самую вещь, а на то или другое качество ея; положеніе вѣрно, поскольку оно не отрицаетъ на этомъ основаніи вещности сервитутнаго права.

При этомъ вещное право пользования чужой вещью не надо понимать буквально, т. е. только въ смыслѣ непосредственнаго использования вещи управомоченнымъ субъектомъ, его прямого воздѣйствія на вещь (положительный сервитутъ),—достаточно, если собственникъ воздерживается отъ использования вещи, и такое воздержаніе представляетъ интересъ, косвенную пользу для лица управомоченнаго. Такое право въспрещенія собственнику что либо дѣлать съ своею вещью, напр., не застраивать вида, есть все же сервитутъ, хотя и съ отрицательнымъ содержаніемъ (отрицательный сервитутъ). Чѣмъ культура выше, чѣмъ потребности челоуѣка изысканнѣе, тѣмъ больше основаній для установленія отрицательныхъ сервитутовъ.

Любопытно, что въ нашихъ законахъ предусматривается цѣлый рядъ ограниченной собственности въ интересахъ сосѣдей (право участія частнаго, сосѣдское право). Вотъ эти то ограниченія и могутъ быть отмѣнены по соглашенію сосѣдей; и если такая отмѣна пріобрѣтаетъ вещный характеръ, то, казалось бы, имѣется на лицо сервитутъ съ правомъ собственника воздѣйствовать на свою вещь, напр. сдѣлать окно въ стѣнѣ брандмауера и т. п. Такой своеобразный положительный для собственника сервитутъ есть, однако, коррективъ ограниченія сосѣдскаго права, отмѣна ограниченія права собственности по договору.

в. Сервитутъ, какъ вещное право, не можетъ состоять въ дѣланіи чего либо собственникомъ для управомоченнаго, ибо такая обязанность составляла бы уже обязательственное право, или даже вещную повинность, между тѣмъ какъ сервитутъ есть непосредственное господство лица надъ чужой вещью—вещное право.

Положеніе это вѣрно (*servitus in faciendo consistere non potest*), но изъ него дѣлались уже исключенія въ римскомъ правѣ; и эти исключенія въ особенности значительны въ современномъ правѣ. При этомъ, необходимо, чтобы дѣйствіе собственника имѣло добавочное значеніе, являлось необходимымъ слѣдствіемъ сохраненія, поддержанія самого сервитута. Такъ, если сосѣдъ имѣетъ право опереть балку на стѣну сосѣда, то, очевидно, сосѣдъ обязанъ поддерживать стѣну въ такомъ видѣ, чтобы балка не обрушилась. Въ западной литературѣ вопросъ о томъ, можетъ ли состоять сервитутъ въ дѣланіи чего либо для лица управомоченнаго споренъ. У насъ Мейеръ, Побѣдоносцевъ, Полежаевъ противъ, за Курдиновскій.¹ Дѣйствительно, дѣйствія собственника, какъ второстепенныя, дополняющія сервитутъ, могутъ имѣть мѣсто. Однако, эти дѣйствія сами по себѣ не составляютъ содержанія сервитута, какъ вещнаго права.

2. *Виды сервитутовъ различаются въ зависимости отъ того: а) на какой объектъ направлено пользованіе, б) каковъ объемъ пользования и в) неразрывно ли связанъ сервитутъ съ личностью управомоченнаго и г) каковъ срокъ пользования.*

а. Въ первомъ случаѣ различаютъ сервитуты на движимую вещь, недвижимую и на права. У насъ, какъ было замѣчено, рѣчь идетъ объ отдѣльномъ правѣ пользования движимыми вещами (I), но наши законы знаютъ особый институтъ правъ угодій въ чужихъ недвижимостяхъ, который есть сервитутъ въ недвижимости (III). Далѣе, въ нотаріальномъ положеніи рѣчь идетъ прямо о сервитутахъ на недвижимости (ст. 159 п. 2).² Наконецъ, наши законы знаютъ сервитуты и на права. Такъ, право застройки м. б. обременяемо сервитутами (стр. 207).³ Вообще нынѣ и самый терминъ сервитутъ вошелъ въ гражданскіе законы (ст. 542² въ законѣ о правѣ застройки).⁴

б. По объему пользования сервитуты дѣлятся на пользованіе (узусъ) и пользовладѣніе (узифруктъ); пользованіе ограничи-

¹ Курдиновскій, 47 сл., 54.

² Въ уставѣ горномъ (ст. 88—95 прилож. къ ст. 427) законъ устанавливаетъ принудительные сервитуты въ пользу однихъ прискоковъ по отношенію къ сосѣднимъ. Въ особомъ приложеніи къ т. IV въ кн. IV-ой законъ говоритъ объ укрѣпленіи права пользования сервитутами чиншевикомъ на земляхъ вотчинниковъ (ст. 691, 692).

³ III. У. (ст. 745) прямо предусматриваетъ сервитуты на права.

⁴ Терминъ сервитутъ означаетъ служебность вещи въ отношеніи посторонняго лица-субъекта сервитута.

вається самою вещю безъ извлеченія изъ нея плодовъ и вообще доходовъ. Напротивъ пользовладѣніе есть въ то же время извлеченіе плодовъ и вообще доходовъ.

Выше было замѣчено, что наши законы пользовладѣніе относятъ къ отдѣльному пожизненному и срочному владѣнію. Но въ то же время въ другомъ мѣстѣ законы говорятъ о полномъ и неполномъ пользованіи, въ зависимости отъ того, всѣ ли плоды и доходы извлекаются или нѣтъ (стр. 215). Естественно возникаетъ вопросъ, есть ли различіе между полнымъ пользованіемъ и отдѣльнымъ владѣніемъ. Различіе это трудно установить тѣмъ болѣе, что пространство отдѣльнаго владѣнія м. б. опредѣлено также въ неполномъ видѣ. Поэтому приходится притти къ выводу, что составители т. Хч. 1, повидимому, неясно себѣ представляли различіе между отдѣльнымъ пользованіемъ и отдѣльнымъ владѣніемъ. Это и понятно, т. к. они не регулировали ни того, ни другого института. Поэтому положенія, развитія закономъ и сенатской практикой, примѣнительно къ пожизненному владѣнію супруга, въ общемъ примѣними и къ отдѣльному пользованію, поскольку оно является пользовладѣніемъ.¹

в. Сервитуты, связанные съ опредѣленнымъ лицомъ, называются личными сервитутами, въ противоположность реальнымъ, или предіальнымъ сервитутамъ.

Передовое законодательство допускаетъ, однако, передаваемость не строго личныхъ (ст. 776) сервитутовъ (напр. Ш. У. 758, ср. 781). О непередаваемости у насъ см. стр. 213. Самое названіе сервитута личнымъ можетъ навести на мысль, что рѣчь идетъ о личномъ, а не вещномъ правѣ. Между тѣмъ, и личный сервитутъ есть именно вещное право, т. к. право пользованія лица непосредственно направлено на имущество, въ чьихъ бы рукахъ оно ни находилось.

Реальный же сервитутъ есть вещное право всякаго собственника какой либо недвижимости (господствующей), пользоваться въ извѣстномъ отношеніи чужой недвижимостью (служебной), кто бы ни былъ ея собственникъ.

Отсюда ясно, что для правопорядка совершенно безразлично, кто является собственниками господствующей недвижимости и служебной недвижимости.² Недвижимости связаны, какъ вещи, реально, вещно, а не лично, т. е. съ опредѣленнымъ субъектомъ права. Не требуется при этомъ, чтобы обѣ недвижимости непременно находились въ сосѣдствѣ (иначе неправильно $\frac{13}{36}$, $\frac{14}{82}$),³ и чтобы использованіе всякаго собственника одной недвижимости чужой недвижимостью было постояннымъ, а тѣмъ болѣе, чтобы пользованіе приносило собственнику господствующей недвижимости непосредственную и имущественную пользу (иначе, опять неправильно, сенатъ, $\frac{13}{36}$, $\frac{14}{82}$).⁴ Неправильно представляя себѣ реальный сервитутъ, сенатъ вынужденъ былъ создать понятіе договора вещнаго ограниченія права собственности, относя, напр., отрицательный сервитутъ—не имѣть питейныя заведенія въ имѣніи—къ договорнымъ ограниченіямъ права собственности ($\frac{14}{82}$).⁵

¹ Тривусъ (Журн. Гр. и Уг. Пр. 1892 № 3) и Гусаковъ (тамъ же 1884 № 8 и 9). Проектъ гр. улож. выдѣлилъ изъ сервитутовъ пожизненное пользованіе подъ именемъ: «права пользовладѣнія» (ст. 951 и сл.). Проектъ считаетъ пользовладѣніе правомъ на всѣ доходы и выгоды, слѣдовательно, правомъ, отличнымъ отъ сервитутовъ, т. к. послѣдніе предоставляютъ субъекту пользованіе чужою вещю въ какомъ-либо одномъ или нѣсколькихъ отношеніяхъ (см. мотивы къ ст. 951 Проекта). см. стр. 212 прим. 1.

² Неверно то мнѣніе, что субъектъ сервитута-господствующая недвижимость. Такая картина на юридическое лицо совершенно недопустима (Сбор. пам. Шерш. 139). Ср. однако, Проектъ В. У. ст. 24 п. 3.

³ Ст. 442 не оправдываетъ смежности участковъ, не говоря уже о томъ, что неправильно смѣшеніе сенатомъ права участія частнаго, сосѣдскаго права съ реальными сервитутами ($\frac{13}{36}$, противъ Фрейтагъ-Лоринговень, Арх. $\frac{14}{82}$). Современныя законодательства (ср. франц. код. 637, 686, Ш. У. 730, Г. У. 1018) и доктрина также не требуютъ условія смежности участковъ.

⁴ За косвенную пользу Анненковъ, Фрейтагъ Лоринговень (подробнѣе Арх. $\frac{14}{83}$).

⁵ Правильно противъ Фрейтагъ-Лоринговень (тамъ же).

г. Такъ какъ сервитуты направлены на какую либо сторону вещи, то нѣтъ препятствій и въ нашихъ законахъ, чтобы при реальныхъ сервитутахъ пользование продолжалось вѣчно, чтобы сервитутъ былъ безсрочнымъ. Въ этихъ случаяхъ смѣна собственниковъ не препятствуетъ оставаться недвижимостямъ въ служебномъ, сервитутномъ отношеніи. Болѣе того, такая безсрочность желательна, т. к. безсрочный реальный сервитутъ повышаетъ хозяйственную цѣнность недвижимостей, прочно обезпечиваетъ культуру страны. Напротивъ, личные сервитуты, какъ связанные съ опредѣленнымъ лицомъ—срочные сервитуты. Перестаетъ лицо быть субъектомъ права—прекращается и личный сервитутъ. Исключеніе имѣетъ мѣсто въ отношеніи юридическихъ лицъ. Они могутъ существовать вѣчно, поэтому и личный сервитутъ существуетъ здѣсь безсрочно. Но т. к. въ этомъ случаѣ имѣется закрѣпленіе собственности на вѣчныя времена, то недопустима у насъ безсрочность личныхъ сервитутовъ и въ отношеніи юридическихъ лицъ. Тѣмъ не менѣе, въ нашихъ законахъ не установлено никакого срока. Напротивъ, Ш. У. правильно устанавливаетъ такой срокъ для пользованія, именно, въ сто лѣтъ для юридического лица,—наибольшій возрастъ человѣческой жизни (ст. 749, п. 2). Впрочемъ, у насъ, какъ было замѣчено выше, пользованіе отнесено къ правамъ отдѣльнаго владѣнія, и, какъ таковое, всегда срочно для юридического лица, подъ угрозой недействительности отдѣльнаго безсрочнаго владѣнія.

3. Сервитуты возникаютъ а) обыкновенно по договору¹, б) прекращаются же различно.

а. Въ отношеніи движимостей пользование безъ передачи вещи—не есть въ сущности вещное право; пользование же съ обладаньемъ вещью обезпечивается фактомъ обладанія. Напротивъ, сервитуты въ отношеніи недвижимостей, какъ личные, напр., пользование жилищемъ, квартирой, такъ и реальные возникаютъ по договору не иначе, какъ въ крѣпостномъ порядкѣ (ст. 159 п. 2 Пол. Нотар.).²

Требованіе крѣпостной формы понятно, т. к. сервитутъ есть вещное право; но сервитутъ не можетъ быть установленъ по завѣщанію, такъ какъ наследникъ можетъ быть лишь обязанъ установить сервитутъ. Обязанность же эта есть обязательственное право, а не вещное. Въ одномъ случаѣ существуетъ у насъ сервитутъ по закону (ср. ст. 458), хотя сервитутное право по своему основанію есть въ сущности договорное право, а не основанное на законѣ, какъ это имѣетъ мѣсто въ ограниченіяхъ права собственности.³ По давности сервитуты не возникаютъ (ср. ст. 457).

б. Прекращаются сервитуты въ отношеніи недвижимостей—также договоромъ въ крѣпостномъ порядкѣ и совершенной гибелью предмета пользованія,⁴ а въ личныхъ сервитутахъ, какъ связанныхъ съ даннымъ лицомъ, смертью этого лица, наступленіемъ срока и отреченіемъ. Сервитуты м. б. прекращены по давности (⁸⁸/₈₃), а также продажей имущества съ публичнаго торга, при незаявленіи о своемъ правѣ лицомъ, имѣющимъ право на сервитутъ (⁸¹/₄₃, ⁸⁴/₁₄₂, ⁹¹/₇₁).

III. Права угодій въ чужомъ имуществѣ и др. реальные сервитуты.

Отдѣльное пользование движимыми вещами, какъ сервитутное право, и недвижимыми вещами, въ видѣ личныхъ и реальныхъ сервитутовъ (159 п. 2 Пол. Нот.),

¹ Въ видѣ исключенія, и по закону (ст. 537, 458). См. ниже стр. 220.

² Именно, отмѣтка должна быть внесена туда, гдѣ записано обременяемое сервитутомъ имѣніе, а не господствующее имѣніе. Ср. А. Б у т о в с к і й, въ В. П. 1915, 822.

³ Ш. У. знаетъ законное пользованіе (ст. 748 п. 3). У насъ оно является пожизненнымъ владѣніемъ родителей и вдовы (стр. 215).

⁴ По Ш. У., если собственникъ возстановитъ вещь, то возстанавливается пользованіе (ст. 750). О замѣнѣ предмета погибшаго см. Ш. У. 750, у насъ выше стр. 214. О прекращеніи пользованія юридическихъ лицъ см. Ш. У. ст. 749, у насъ см. стр. 219.

дополняется отдѣльнымъ пользованіемъ недвижимыми вещами, подъ названіемъ правъ угодій въ чужомъ имуществѣ. Юридическая природа этихъ правъ, какъ сервитутовъ, засвидѣтельствована самимъ Сперанскимъ,¹ поэтому неправильное мнѣніе, по которому права угодій суть ограниченія права собственности (Курдиновскій и др.).² Въ неправильности послѣдняго мнѣнія убѣждаетъ и то, что права угодій излагаются во второмъ отдѣленіи, а не первомъ (права участія общаго и частнаго) главы 2-ой разд. 2-го кн. II, ст. 452 сл. Кромѣ того, и содержаніе правъ угодій говоритъ за то, что они реальныя сервитуты. Исслѣдованія Филипова, Побѣдоносцева, Неволіна показали, что права угодій суть историческій институтъ, пережитокъ старины. Сложились они при натуральномъ хозяйствѣ, возникали по обычаю и по жалованнымъ грамотамъ. Императорское законодательство опредѣлило ихъ точнѣе.

1. *Право угодій есть прежде всего право въѣзда въ чужіе лѣса, т. е. право пользованія строевымъ и дровянымъ лѣсомъ (лѣсной сервитутъ).*

Т. к. въѣздъ въ чужой лѣсъ представляется крайне непріятнымъ правомъ для собственника лѣса, то не удивительно, что уже Екатерина II поставила это право, по ея выраженію, на новое основаніе. 1) Она запретила на будущее время устанавливать вновь право въѣзда въ лѣсъ. 2) Исключеніе она сдѣлала лишь для священнослужителей и церковныхъ причетниковъ, состоящихъ при церквахъ въ дѣйствительномъ служеніи (теперь ст. 456). Имъ предоставляется по закону право въѣзда въ лѣса, принадлежащія ихъ приходамъ (нынѣшняя ст. 458 и ст. 764 Уст. Лѣсн.).³ 3) Безсрочное право въѣзда она ограничила срокомъ—«пока лѣсъ будетъ», т. е. право въѣзда прекращается вырубкой лѣса (теперь ст. 459).⁴ 4) Ограничила рубку лѣса потребностями хозяйства, и запретила продажу (теперь ст. 455). Поэтому же ею была запрещена и уступка права въѣзда постороннимъ лицамъ, какъ и самого его осуществленія (ст. 456). 5) Наконецъ, межеваніемъ достигалась извѣстность правъ въѣзда, чѣмъ вносилась опредѣленность въ правопорядокъ. Поэтому и доказательствами въѣзда (ст. 457) служатъ писцовыя книги и акты укрѣпленія.⁵ Давность исключена, иначе для Закавказья (та же ст.). Такимъ образомъ, Екатерининское законодательство дѣйствуетъ нынѣ въ Сводѣ законовъ, направленное къ тому, чтобы сдѣлать право въѣзда срочнымъ, ограниченнымъ правомъ, личнымъ правомъ собственности участковъ, въ пользу коихъ установлено. Еще рѣшительнѣе поступило по-сводное, позднѣйшее законодательство въ отношеніи права въѣзда въ казенныя лѣса. Оно ввело институтъ выдѣла лѣснаго участка.⁶ Отрицательное отношеніе къ праву въѣзда рѣзко выражается и въ сенатской практикѣ, какъ не отвѣчающему современному хозяйству,⁷ и въ проектахъ ликвидаціи права въѣзда.⁸

¹ Въ Объясн. запискѣ Сперанскаго сказано: Объ угодьяхъ въ чужомъ имуществѣ (de servitutibus).—О происхожденіи термина угодье въ смыслѣ права угодья см. Курдиновскій, 244.

² Курдиновскій, пытается доказать свою мысль исторіей возникновенія даннаго института (стр. 241), но онъ самъ же говоритъ, что право угодій въ смыслѣ очерченнаго правового института есть явленіе позднее. Историческое возникновеніе можетъ стоять, поэтому, въ противорѣчій съ догмой.

³ Ея толкованіе см. Курдиновскій, 253. Именно, онъ полагаетъ, что рѣчь идетъ о помѣщичьихъ лѣсахъ. Такое толкованіе оправдывается Екатерининскимъ закономъ, но слова ст. 458 (воля закона) иныя: рѣчь идетъ о лѣсахъ приходовъ, а не о помѣщичьихъ лѣсахъ.

⁴ Иначе въ юго-западныхъ губерніяхъ (общая собственность крестьянъ и владѣльцевъ по вырубкѣ лѣса), рѣш. 11 марта 1915 г. (Пр. 1915, 972), О С.^{96/44}, К. Д. ^{98/53}.

⁵ ^{12/43}, ^{93/55}, также межевые планы.

⁶ Ст. 770 Уст. лѣсн. (въ т. VIII ч. I) указываетъ и размѣръ выдѣла въ казенныхъ въѣзжихъ лѣсахъ: 20 десятинъ на 100 четвертей, владѣемыхъ помѣщиками по «писцовымъ книгамъ и дачамъ земель». Спорно, есть ли выдѣлъ право казны или обязанность; выдѣлъ не подсуденъ суду (рѣш. 11 нояб. 1915 г. Пр. 1915, 3017).

⁷ Сенатъ (также и проектъ) воспрещаетъ установленіе новыхъ въѣздовъ въ лѣса, какъ казенныя, такъ и частныя (^{00/66} и рѣш. 11 февр. 1909 г. по д. Московск. Лѣсопромышлен. Товарищества). Сенатъ признаетъ также, что лишь въ губерніяхъ и уѣздахъ Закавказья право въѣзда въ лѣсъ можетъ возникнуть давностью владѣнія (ст. 457), но не въ другихъ мѣстностяхъ (^{03/50}). Прекращается же право въѣзда давностью, ^{88/83}.

⁸ Въ настоящее время разрабатываются проекты о принудительномъ уничтоженіи лѣсныхъ и пастбищныхъ сервитутовъ въ юго-западномъ краѣ, (см. литературу выше).

2. *Право угодій есть, далье, право на промыслы въ чужихъ дачахъ приуроченные (ст. 463, 466, промысловый сервитутъ).*

И здѣсь, въ основѣ лежитъ Екатерининское законодательство, съ той особенностью, что уже ранѣе его уложеніе значительно очертило права на промыслы постороннихъ лицъ въ чужихъ дачахъ, когда оно эти права ввело въ границы исключительно пользованія чужой дачей.¹ Рѣчь идетъ о различнаго рода промыслахъ, именно, о звѣриной и птичьей ловлѣ, а также рыбной ловлѣ, о пчеловодствѣ, о сѣнныхъ покосахъ (ст. 463). Позже опредѣлительнѣе было признано право на рыбную ловлю, перевозки и другія выгоды отъ рѣки за субъектомъ угодья даже въ томъ случаѣ, если рѣка обѣими своими берегами входила въ чужую сторону (ст. 464, ^{03/50}).²

Нашъ законъ признаетъ права на промыслы въ чужихъ имѣніяхъ основанными на писцовыхъ книгахъ и жалованныхъ грамотахъ (ст. 464), съ тѣми ограниченіями, кои опредѣлены актами, на право это данными, и правилами государственнаго межеванія (ст. 463). Что касается прекращенія права промысловъ въ чужихъ имѣніяхъ, то здѣсь, повидимому, должны имѣть мѣсто правила, вышеизложенныя о прекращеніи правъ въѣзда въ лѣса.

3. *Сенатъ относитъ къ правамъ угодій пастбищный сервитутъ (крестьянскій сервитутъ).*

Именно, онъ признаетъ право крестьянъ пастись скотъ въ помѣщичьихъ лѣсахъ на основаніи выкупныхъ актовъ (О. С. ^{94/22}, К. Д. ^{95/60}). Въ настоящее время чрезвычайно запутано крестьянское сервитутное право въ Закавказьи. Это объясняется тѣмъ, что пастбищный сервитутъ былъ тамъ неопредѣленно регулированъ законодательствомъ (ст. 243 и сл. прил. т. IX Св. Зак. кн. IV разд. VI). Добровольная разверстка рѣдко приводитъ къ соглашенію.³—Въ такомъ же неопредѣленномъ положеніи находится тамъ сервитутное право водопоя, рыбной ловли (ст. 232, 234, 304, 306), пользованія лѣсами (ст. 248, 381, 515, 246, 247).⁴

Все изложенное о сервитутномъ правѣ показываетъ, какъ неудовлетворительно регулированъ столь важный отдѣлъ права. Интересы народнаго хозяйства требуютъ немедленной тщательной его регулировки и ликвидаціи отжившихъ отношеній. Въ проектѣ вотчиннаго устава дается перечневое опредѣленіе сервитута (ст. 24), но такая редакция страдаетъ существенными недостатками.⁵ Сохраняется понятіе права участія частнаго (ср. ст. 24 и 25), неточно опредѣляется реальный сервитутъ.

IV. Вещныя повинности.

1. *Вещныя повинности суть обязанности, которыя несетъ всякій собственникъ извѣстной недвижимости въ пользу какого либо опредѣленнаго лица.*

Отъ сервитутовъ они отличаются тѣмъ, что суть обязанности собственника, тогда какъ сервитутъ не есть обязанность собственника что либо дѣлать для

¹ Подробнѣе Курдиновскій, 261 сл.

² Ст. 465: въ казенныхъ лѣсахъ пользованіе плодами и сѣменами деревьевъ и кустарниковъ, также травой и другими естественными произведеніями, произрастающими какъ въ самыхъ лѣсахъ, такъ и на ихъ полянахъ, опредѣляется правилами, изложенными въ Уставѣ Лѣсномъ (изд. 1905 г., ст. 274—277, 279, 329,—332, 334 и 337—342). Законъ подробно регламентируетъ размѣръ пользованія правомъ промысловъ въ губерніяхъ Черниговской и Полтавской (ст. 466).

³ О разверсткѣ общихъ угодій крестьянъ и помѣщиковъ въ юго-западныхъ губерніяхъ см. рѣш. 11 марта 1915 г. (Пр. 1915, 971).

⁴ Изм айльска я, Къ вопросу о сервитутныхъ отношеніяхъ въ Закавказскомъ краѣ, 251. А в а л і а н и, Сервитуты въ Закавказьѣ, 223.

⁵ Мягче относится къ редакціи ст. 24 Ф р е й т а г ъ-Л о р и н г о в е н ъ (Воп. Пр. XII 24, Е г о ж е, Матер. пр. I 236).—Въ измѣненіяхъ В. У., предполагаемыхъ М. Ю. отъ 7 марта 1914 г., не принято во вниманіе замѣчаніе Ф р е й т а г ъ-Л о р и н г о в е н а о неудачной редакціи реального сервитута; примѣръ, какъ мало законодатели считаются съ научной критикой ихъ проектовъ.

лица (см. стр. 217). Отъ обязательствъ они отличаются тѣмъ, что имъ присуща вещная сила. Такимъ образомъ, природа вещныхъ повинностей своеобразна.

1) Основнымъ видомъ указанныхъ повинностей являются вотчинныя выдачи, какъ реальныя обремененія недвижимости (ст. 1068¹).

Ихъ знаетъ Г. У. (ст. 1105) и Ш. У. (ст. 791 п. 1, ст. 847). Проектъ вотчиннаго устава признаетъ вотчинными выдачами лежащія на имѣнннхъ выдачи деньгами или натурой въ пользу извѣстнаго лица или (?) учрежденія (ст. 24 п. 4).¹ Наши законы упоминаютъ мимоходомъ о вотчинныхъ выдачахъ,² въ частности, о нихъ идетъ рѣчь и въ новомъ законѣ о расширеннн права завѣщать родовыя имущества (ст. 1068¹). Вообще сдѣлки о вещныхъ повинностяхъ нерѣдко вносятся у насъ въ реестры крѣпостныхъ дѣлъ.

2) Нашъ оборотъ знаетъ и вообще вещныя повинности. Это косвенно признаетъ сенатомъ, который запрещаетъ обременять имѣние обязательствомъ производимаго повременныхъ платежей на вѣчныя времена въ пользу богоугодныхъ и благотворительныхъ заведеннй и вообще на предметы общественной пользы (91/112, ср. 01/110 и 13/95). Это запрещенне, едва ли цѣлесообразное само по себѣ, показываетъ намъ, что сенатъ въ принципѣ допускаетъ существованне у насъ вещныхъ повинностей. Русская жизнь знаетъ также вещныя повинности и въ видѣ обязанности всякаго владѣльца имѣння ремонтировать, наприм., церковь, школу, плотину и т. д.³

3) Вещныя повинности возникаютъ по договору въ крѣпостномъ порядкѣ (ст. 159 п. 2, Пол. нотар., ср. ст. 1328 т. X ч. 1). Что касается возникновенн ихъ по завѣщанню, то это сомнительно.⁴ Прокрашаю тся денежные выдачи смертню лица, въ пользу коего онѣ установлены, т. к. нашъ законъ знаетъ лишь пожизненныя денежные выдачи. Но, вообще, существованне вещной повинности можетъ быть неограничено существованнемъ лица. Проектъ гражданскаго уложенн для этихъ случаевъ предусматриваетъ выкупъ вещныхъ повинностей (ст. 1037 и сл.).⁵

Глава IV. Права присвоенн.

§ 31. ОБЩЕЕ ПОНЯТНЕ О ПРАВАХЪ ПРИСВОЕНН И ИХЪ ВИДЫ*.

1. *Право присвоенн есть абсолютное (вещное) право, въ силу котораго управомоченное лицо обращаетъ въ свою собственность чужую вещь или ея цѣнность.*

Изъ этого опредѣленн ясно, что право присвоенн не даетъ управомоченному лицу ни права отдѣльнаго владѣнн, ни права отдѣльнаго пользованн, —

¹ Подробнѣе бар. Фрейтагъ-Лоринговень, т. I 238.

² Стт. 1068¹, 1069, 1086, 1328, 1388.

³ Но такая повинность не есть сервитутъ, ибо обремененн сервитутомъ обязанъ лишь терпѣть дѣйствие лица, имѣющаго право на сервитутъ, а не обязанъ что-либо дѣлать въ его пользу.

⁴ См. ниже о возникновенн залога по завѣщанню (стр. 229).

⁵ Л. Кассо, Русское поземельное право (1909) стр. 115 и сл. ср. Поповъ, Право участн частнаго (В. Г. П. 1914 № 3, 52).

* См. литературу ниже. Фрейтагъ-Лоринговень, Матернальное право II. Г. Левестамъ, Уставъ горный (т. VII Св. зак. по изд. 1912 г. съ разъясн. и рѣш.). 1914 г. I—II томы (реп. Пр. 1915, 568). Аба мелекъ-Лазаревъ, Вопросъ о нѣдрахъ и развитн горной промышленности (1910 г.). Его же, Нужно ли вводить въ Россн горную свободу, отмѣненную въ Германн (1909). В. В. Исаченко, Право на горныя отводы (В. Г. П. 1914 № 4). Удинцевъ, Право на разработку нѣдръ земли (въ Юрид. Изв. 1913 № 2 стр. 54). О правахъ общества на нѣдра въ участкахъ, укрѣпленныхъ въ личную собственность, см. Г. Кибальчичъ (въ Юрид. Изв. 1913 № 14). Сжатый очеркъ происхожденн нормъ горнаго права и ихъ неопредѣленности см. у Р. Штейнъ, Право разработки нѣдръ (въ журн. Право 1914 № 23 и сл.). Пергаментъ, Къ сенатской практикѣ по горному праву (Пр. 1917, № 10 и 11 и отдѣльно).

короче, вещныхъ правъ на чужое имущество (§§ 29—30). Вещь остается во владѣніи и пользованіи собственника. Но управомоченному лицу принадлежитъ абсолютная власть обратить чужую вещь въ собственность, у кого бы она ни находилась и лишить такимъ образомъ собственника не только владѣнія и пользованія, но и права собственности. Такъ какъ такая власть, до ея осуществленія, не выражается въ непосредственномъ воздѣйствіи на вещь, то полагаютъ, что право присвоенія не есть вещное право. Такое мнѣніе не лишено нѣкотораго основанія, однако, матеріализація представленій о вещномъ правѣ едва ли заслуживаетъ полнаго признанія. Дѣло въ томъ, что и собственникъ можетъ не имѣть права владѣнія, пользованія и распоряженія, и тѣмъ не менѣе его право собственности не перестаетъ быть вещнымъ правомъ. Поэтому, право присвоить себѣ вещь отъ всякаго лица, слѣдуетъ считать не только абсолютнымъ, но въ то же время и вещнымъ правомъ.

2. *Слѣдуетъ различать два вида права присвоенія—вещи и ея цѣнности.*

Дѣйствительно, такіе институты, какъ право выкупа, т. н. вещное право преимущественной покупки, право на ископаемая, возникающее изъ правъ на разработку нѣдръ, суть права присвоенія самой вещи. Напротивъ, при обращеніи ко взысканію долга, обеспеченнаго залогомъ, право кредитора направляется не на самую заложенную вещь, а на опредѣленную цѣнность этой вещи, путемъ продажи ея съ публичнаго торга. Здѣсь залогопринимателю принадлежитъ лишь право присвоенія цѣнности вещи въ суммѣ долга съ $\frac{0}{100}$. Залоговое право, какъ право присвоенія цѣнности, встрѣчаетъ возраженія, какъ разъ въ томъ же отношеніи, какъ и право присвоенія вещи; именно, оно тѣмъ болѣе не есть вещное право, что рѣчь идетъ о присвоеніи не вещи, а нѣкоторой ея цѣнности.¹

Указанное возрѣніе на залоговое право, какъ на абсолютное, а не вещное право присвоенія цѣнности, опредѣленно сформулировано впервые Фрейтагъ-Лоринговымъ.² Однако, его формулировка имѣетъ въ виду больше залоговое право въ несобственномъ смыслѣ, которое, будучи самостоятельнымъ правомъ, направлено прямо на цѣнность, а не на вещь (§ 34). Въ этомъ отношеніи новое возрѣніе въ залоговомъ правѣ на право присвоенія, какъ абсолютное, невещное право, имѣетъ подъ собой почву. Впрочемъ, и здѣсь не слѣдуетъ упускать изъ вниманія, что цѣнность есть также вещь, хотя до поры до времени не реализованная. Что же касается права присвоенія на залоговое право въ собственномъ смыслѣ, то здѣсь исторически залоговое право тѣсно связано съ присвоеніемъ самой вещи; и болѣе того, въ случаѣ неуспѣшности торговъ, имѣетъ мѣсто и нынѣ именно присвоеніе заложенной вещи. Обращаясь къ нашему праву, мы видимъ что у насъ закладная была купчей, благодаря обычной припискѣ на случай просрочки въ исполненіи обязательства. Въ этой обычной практикѣ находятъ себѣ объясненіе и теоріи залога-собственности, какъ и теорія Мейера условнаго отчужденія, хотя сами по себѣ теоріи эти не подтверждаются источниками.³

¹ Отрицаютъ вещный характеръ залогового права Бремеръ, Колеръ, у насъ Фрейтагъ-Лоринговень и др. Однако, господствующее мнѣніе придерживается обратной точки зрѣнія. Споръ о томъ, есть ли залогъ вещное право или право требованія, потерялъ нынѣ свою остроту. Сущность этого спора, доводы за и противъ, см. у Звоницкаго, 1. с. стр. 175 и сл.

² Подробнѣе см. Фрейтагъ-Лоринговень, II 7. Мимоходомъ уже Виндшайдъ назвалъ современное залоговое право правомъ на присвоеніе опредѣленной цѣнности вещи (Пандекты, I 225, прим. 18). Подъ абсолютное право подводитъ залогъ Звоницкий, 212 и Кассо, 239. О нѣмецкой литературѣ см. Фрейтагъ-Лоринговень, 4 прим. 2.

³ Удинцевъ, Подписка въ вѣрѣ, 291, 285, 277, литература. У него же разсматривается вопросъ о конструкціи и другихъ формахъ древне-русскаго залогового права: съ передачей владѣнія (т. н. въ герм. правѣ *ältere Satzung*) и безъ передачи владѣнія (т. н. *neue Satzung*),—подписка въ вѣрѣ, и устанавливается ихъ взаимное отношеніе въ исторіи. Параллелизмъ права отчужденія и права залога нашель себѣ яркое выраженіе въ ст. 1627 и 1663 т. X. ч. 1) а также признаніе и въ практикѣ ($\frac{01}{100}$).

3. Выкуп родовыхъ имуществъ есть а) право родственниковъ на обращеніе къ себѣ б) родовыхъ имуществъ, в) отчужденныхъ по продажамъ во владѣніе чужеродцамъ (ст. 1346).

а. Право выкупа принадлежитъ только кровнымъ родственникамъ, и именно тѣмъ «которые продавцу имѣнія суть ближайшіе наследники» (ст. 1355).¹ При этомъ дѣти и, по смерти неотдѣленныхъ дѣтей, внуки не имѣютъ права выкупа при жизни продавца (ст. 1356), а равно не допускаются къ выкупу родственники, которые вмѣсто продавцевъ, къ купчимъ или при записи въ крѣпостныхъ книгахъ руку приложили, или же во свидѣтельствѣ подписались (ст. 1355).² Если ближайшіе родственники, имѣющие право выкупа, не хотятъ имъ воспользоваться, то они могутъ передать свое право дальнимъ родственникамъ черезъ письменное дозволеніе на выкупъ (ст. 1357). Этого письменнаго дозволенія, называемаго также позволительнымъ письмомъ, не требуется въ томъ случаѣ, когда одинъ изъ родственниковъ, равно близкій къ продавцу, пожелаетъ выкупить все имѣніе (ст. 1359).³

б. Имуществомъ, подлежащимъ выкупу, можетъ быть только имущество родовое. Не могутъ быть выкупаемы, поэтому, недвижимости благопріобрѣтенныя (ст. 1351). Но и родовыя имущества не всѣ подлежатъ выкупу.

Не подлежатъ выкупу: 1) родовое имущество, когда оно перешло продажею въ тотъ же родъ, хотя бы пріобрѣтатель его происходилъ отъ общаго родоначальника по женскому колѣну и носилъ другую фамилію; или 2) когда родовое имущество будетъ добровольно возвращено продавцу или наследникамъ его со стороны покупателя или его наследниковъ; или 3) когда родовое имущество будетъ продано съ публичнаго торга, какъ равно за неуспѣшностью этого торга останется за частными кредиторами или казною (ст. 1347). При этомъ слѣдуетъ замѣтить, что 4) родовое имущество, перешедшее въ чужой родъ, а потомъ снова возвратившееся въ свой родъ покупкой, дѣлается благопріобрѣтеннымъ и, какъ таковое, при вторичной продажѣ въ чужой родъ, не можетъ подлежать выкупу (ст. 1348). 5) При продажѣ родового имѣнія юрическому лицу право выкупа не имѣетъ мѣста (^{11/40}). Не подлежатъ, наконецъ, 6) выкупу всѣ родовыя имущества въ губерніяхъ Черниговской и Полтавской (ст. 1354).

в. Отчужденное по продажѣ чужеродцамъ, родовое имущество обращается по выкупу въ родъ, при соблюденіи условій о срокѣ выкупа и цѣнѣ выкупа. Срокъ выкупа ограничивается тремя годами со времени совершенія (утвержденія) купчей крѣпости (ст. 1363), причѣмъ пріостановка теченія исковой давности на время малолѣтства истца не имѣетъ здѣсь мѣста. Цѣна же выкупа опредѣляется цѣной проданнаго имѣнія, означенной въ послѣднемъ крѣпостномъ актѣ, издержками, употребленными покупщикомъ на поддержаніе и улучшеніе имѣнія (по оцѣнкѣ) и крѣпостными пошлинами (ст. 1367—1369).⁴

¹ Въ Закавказьѣ помѣщикамъ принадлежитъ право выкупа садовъ, промышленныхъ и торговыхъ заведеній, уступленныхъ крестьяниномъ постороннимъ лицамъ всякаго сословія (прим. 2 ст. 297 кн. IV Полож. о сельск. состояніи). Право выкупа возможно также въ отношеніи экспроприированной недвижимости (§ 25). Передовое законодательство знаетъ право выкупа рентнаго долга (Г. У. ст. 1199) и вотчиннаго долга (Ш. У. ст. 850).

² Сенатъ не допускаетъ къ выкупу и тѣхъ родственниковъ, которые дѣйствіями своими, предшествовавшими совершенію купчей на родовое имѣніе, выразили отказъ отъ права выкупа (^{13/31}).

³ Связью выкупа съ правомъ ближайшихъ наследниковъ по крови на выкупъ объясняется мѣсто изложенія самаго института въ концѣ раздѣла 2-го т. X. ч. 1, вслѣдъ за изложеніемъ нормъ о раздѣлѣ наследства.

⁴ ^{04/12, 06/7}. Закладная принимается въ цѣну выкупа, если она утверждена старшимъ нотаріусомъ до подачи въ судъ прошенія о выкупѣ родового имѣнія (^{07/30}). Ростъ цѣны на землю не имѣетъ никакого значенія при опредѣленіи цѣны выкупа.

Къ тому же выкупщикъ, сверхъ возвращенія пошлины покупщику, уплаченныхъ послѣднимъ въ свое время за совершеніе акта, несетъ расходы и по уплатѣ крѣпостныхъ пошлинъ въ казну (ст. 1371). Лишь при выкупѣ потомственными дворянами родовыхъ земельныхъ имуществъ, крѣпостныя пошлины не взимаются въ пользу казны (прим. къ той же ст.).

4. *Право преимущественной покупки также известно нашему законодательству.*

1) Это право присвоенія имѣетъ мѣсто въ отношеніи экспропрированной недвижимости (§ 25); оно предоставляется 2) еще собственникамъ въ общей собственности (§ 23 II); 3) оно возможно также по условію въ отношеніи права застройки (ст. 542²⁶).¹

5. *Право присвоенія возможно, наконецъ, въ отношеніи нѣдръ земли: а) по праву на разработку и б) по праву горныхъ отводовъ.*

Оно осуществляется какъ самимъ собственникомъ, такъ и лицомъ постороннимъ, имѣющимъ право на разработку нѣдръ земли (стр. 148).

а. Право на разработку нѣдръ частной чужой земли есть вещное право на добычу ископаемыхъ на чужой землѣ, которое тяготеетъ непосредственно на этой землѣ, независимо отъ перемѣны въ лицѣ ея собственника (12/96, иначе прежде 02/36, 03/67).² Проектъ гражданскаго уложенія признаетъ право на разработку нѣдръ частной чужой земли также вещнымъ правомъ (возможно, конечно, ч обязательственное право) и подробно регулируетъ его. Было бы, однако, цѣлесообразнѣе разработать горное законодательство, т. е. право на нѣдра чужой земли есть, въ сущности, право горнаго отвода, хотя бы и на частныхъ земляхъ (ст. 209 Уст. горн.; У д и н ц е в ъ).

б. Право горныхъ отводовъ на свободныя казенныя земли есть вещное право (15/56) на отведенную горнопромышленнику для разработки ископаемыхъ площадь казенной земли въ пользованіе, впредь до совершенной выработки ископаемыхъ (ст. 306 Уст. горн.). Право это м. б. переуступаемо другому лицу и переходитъ по наслѣдству (ст. 306 Уст. горн.).³ Право на горные отводы у насъ не регулировано ближайшимъ образомъ, но его можно разсматривать по аналогіи съ спеціально предусмотрѣннымъ правомъ горнаго отвода на золотыя пріиски (Е л ь ш е в и ч ъ).⁴ Большинство же нормъ, регулирующихъ право на золотой пріискъ, признаетъ его вещнымъ правомъ на чужую недвижимость (ср. 12/96, 15/56).

§ 32. ЗАЛОГОВОЕ ПРАВО ВЪ СОБСТВЕННОМЪ СМЫСЛѢ И ЗАЛОГЪ НЕДВИЖИМОСТИ.

І. Общее понятіе.

1. *Залоговое право въ собственномъ смыслѣ есть вещное право прежде всего на преимущественное удовлетвореніе долга изъ цѣнности заложенной вещи или преимущественное право присвоенія за долгъ самой вещи, у кого бы она ни находилась.*

а. Отсюда ясно, что залоговое право должно обладать двумя существенными признаками; 1) не только притязаніемъ на преимущественное передъ другими присвоеніе цѣнности заложенной вещи или даже и самой вещи (droit de préférence), но и 2) по общему правилу осуществленіемъ этого притязанія у кого бы заложенная вещь ни находилась (droit de suite). Послѣдній признакъ сообщаетъ залоговому праву вещный характеръ. Правда, ни законы, ни сенатъ не опредѣляютъ, что такое залоговое право, но сенатъ называетъ его

¹ Право преимущественной покупки принадлежитъ Крестьянскому Поземельному Банку въ отношеніи ликвидируемыхъ земель т. н. нѣмецкаго землевладѣнія (см. стр. 185). Собственнику принадлежитъ также преимущественное право на сооруженія поддорожной полосы (ст. 435⁴, см. П. Т. К. II, 367).

² Штейнъ (Пр. 1914, № 24, 1886).

³ Можно это право передавать и въ пользованіе иначе неправильно 15/56, см. Е л ь ш е в и ч ъ, Пергаментъ. Ср. еще 1. О. С. ук. 20 окт. 1915 г. № 7869 (въ Пр. 1915, 3193).

⁴ Ср. У д и н ц е в ъ, Право на разработку нѣдръ земли (въ Юрид. Изв. 1913 № 2), тр. 50 и сл.

вещнымъ правомъ, чѣмъ подчеркиваетъ второй вышеуказанный признакъ залоговаго права (^{60/1135}, ^{80/113}, ^{81/127}, ^{93/36}, ^{10/21}). При этомъ, сенатъ послѣдовательно проводитъ вещную власть залогопринимателя, какъ право присвоенія. У кого бы вещь ни находилась, залоговое право остается на заложенной вещи (^{77/59}, ^{81/65}, ^{89/103}), даже если бы вещь перешла въ собственность по давности.¹ Разумѣется, изложенное имѣеть въ виду недвижимое имущество. Что же касается движимаго имущества, то приобрѣтеніе его добросовѣстнымъ лицомъ уничтожаетъ залоговое право.

По системѣ т. Х ч. 1-ой, залоговое право отнесено въ отдѣлъ объ обезпеченіи обязательствъ. Сдѣлано это Сперанскимъ подъ вліяніемъ австрійскаго уложенія. При томъ, какъ видно изъ Объяснительной Записки, Сперанскій не относилъ «залогъ» къ наличнымъ, вещнымъ правамъ (*jus rerum*), а къ праву долговому, обязательственному праву,² въ чемъ отразилась старая доктрина, что залоговое право есть по своей природѣ обязательственное, а не вещное право. Ш. У. говоритъ о залоговомъ правѣ, какъ правѣ на опредѣленную сумму (ст. 813 п 2) и этимъ подчеркиваетъ, что залоговое право есть право присвоенія опредѣленной цѣнности (Объясн. II. 187, 245). Г. У. признаетъ залоговое право вещнымъ, простирающимся на всю заложенную вещь (Мотивы, III 204, ср. 603. 737). Возвѣрніе это не выдержано (Фрейтагъ-Лоринговень, II 16). Проектъ стоитъ на почвѣ признанія вещности залоговаго права (Объясн. 1893 г. стр. 268, 1896 г., стр. 285). Проектъ В. У. (ст. 1) называетъ право залога вотчиннымъ правомъ. Вещный характеръ залоговаго права т. Х ч. 1 въ особенности рѣзко выраженъ въ правѣ залогопринимателя управлять заложенной недвижимостью по просрочкѣ закладной (см. ниже стр. 232).

б. Цѣль залоговаго у насъ права есть реальное обезпеченіе долга: наше законодательство тѣсно связываетъ залоговое право съ обязательственнымъ отношеніемъ, рассматривая его, какъ обезпеченіе обязательства,³ дополнительное отношеніе.

Въ характерѣ залоговаго права, какъ вещнаго дополнительнаго отношенія, и состоитъ вся особенность залоговаго права по нашему законодательству. Поэтому, въ нашемъ правѣ не можетъ возникать залоговое право самостоятельно безъ обязательственнаго отношенія. *Залогъ или ипотека у насъ всегда обезпечительные*. Поэтому же лицо, которое даетъ вещь въ залогъ, залогодатель, всегда будетъ должникомъ, а лицо, принимающее въ залогъ вещь, залогоприниматель (залогодержатель), будетъ всегда кредиторомъ. По той же причинѣ, съ одной стороны, осуществленіе залоговаго права всегда предполагаетъ невыполненіе должникомъ своего обязательства, съ другой, —если почему либо обязательство не возникаетъ или будетъ опорочено, то не будетъ и залоговаго права, обезпечивающаго данное обязательство. Указанныя послѣдствія связи залоговаго отношенія съ долговымъ, обязательственнымъ отношеніемъ и выражаютъ въ основномъ положеніи, что залоговое право есть *придаточное (акцессорное), или дополнительное отношеніе къ главному—обязательственному, что оно несамостоятельное право*. Вотъ такое несамостоятельное залоговое право и есть залоговое право въ собственномъ смыслѣ, или въ тѣсномъ смыслѣ.

II. Залогъ недвижимости въ собственномъ смыслѣ (ипотека)*.

Залогъ недвижимости называется также ипотекой потому, что заложенная вещь остается во владѣніи и пользованіи залогодателя (должника), а не переходитъ во владѣніе залогопринимателя. Названіе это связано съ греческимъ правомъ, согласнo которому на заложенной землѣ оставляемой залогопринимателю—кредитору, стави-

¹ Змирловъ (Ю. В. 1885 г.). Товстолѣсъ (Ж. М. Ю. 1913, 6, 61).

² Гинсъ, Способы обезпеченія обязательствъ (Ж. М. Ю. 1917 1, 118).

³ По Объяснительной Запискѣ Сперанскаго, залогоми могутъ быть обезпечиваемы не только займы, но и всякаго рода договоры и, между прочимъ, откупы (см. Гинсъ, 117).

* Мейеръ, Древнее русское право залога (1855). Минервинъ, Исходные моменты ученія о закладномъ правѣ (1874). Соповъ, Ипотека по римскому праву и новѣйшимъ законодательствамъ (1889). Гантовъ, Залоговое право (1890). Башмаковъ, Основныя начала ипотечнаго права (1891). Кассо, Понятіе о залогѣ въ совре-

лись въ древности столбы, чтобы всякій зналъ о залогѣ этой земли. Такимъ образомъ за столбленная земля (ипотека) служила публичной формой залогового права безъ передачи ея кредитору. Современный залогъ недвижимости есть ипотека потому, что недвижимость остается также у должника, но роль столбовъ выполняетъ нынѣ запись въ поземельныя книги.

1. Для возникновенія залога недвижимости, или ипотеки, необходимы: а) правоспособные субъекты, б) способный быть предметомъ залога объектъ, в) обезпечиваемое обязательство, г) крѣпостной актъ.

а. Т. к. залогъ можетъ повлечь за собой прекращеніе права собственности, то отсюда залогодателемъ м. б. только собственникъ.¹ Исключеніе изъ этого правила дѣлается для пожизненнаго владѣльца (§ 29 III). Напротивъ, составляетъ лишь видимое исключеніе залогъ чужого имущества по надлежащему къ тому законному уполномочию (п. 1 ст. 1629, ст. 69 Полож. о каз. подряд.), т. к. въ этомъ случаѣ залогодателемъ остается собственникъ.

Т. к. далѣе, залогоприниматель, въ случаѣ безуспѣшности продажи недвижимости съ публичнаго торга рискуетъ тѣмъ, что недвижимость можетъ остаться за нимъ, то залогопринимателемъ или кредиторомъ можетъ быть тотъ, кто имѣетъ право по своему состоянію приобрести, именно, закладываемую вещь въ собственность (ст. 1628).²

Какъ особые виды залогового права, въ зависимости отъ того, является ли залогопринимателемъ казна, кредитныя установленія и ссудныя кассы, различаютъ: 1) залоговое право по обезпеченію казенныхъ подрядовъ (ст. 38 Полож.), 2) залоговое право кредитныхъ установлений (Государственнаго Дворянскаго Банка, городскихъ общественныхъ банковъ, городскихъ кредитныхъ обществъ и акціонерныхъ поземельныхъ банковъ) и 3) залоговое право ссудныхъ кассъ. Особенности всѣхъ этихъ видовъ залогового права выражаются въ нѣкоторыхъ привилегіяхъ кредиторовъ по залогу: казны (ст. 44—79 Полож.) и кредитныхъ установлений (Уст. кред. въ т. XI ч. 2, стт. 55, 68, 85 VI разд., стт. 140 и 149 разд. XI и ст. 1630¹ т. X ч. 1), или въ особомъ надзорѣ за правильностью осуществленія залоговыхъ правъ: ссудныхъ кассъ (ст. 1663 при. прил. т. X ч. 1).

б. Т. к. залогъ можетъ повести къ продажѣ заложенной вещи, то отсюда и объектъ залога составляютъ лишь тѣ вещи, которыя могутъ быть проданы (ст. 1627), а проданы м. б. лишь вещи свободныя, т. е. несостоящія подъ запрещеніемъ (ст. 1630).³ Что же касается вещей уже заложенныхъ, то сенатъ, основываясь на ст. 1215 У. Г. С., въ которой рѣчь идетъ о старшинствѣ закладныхъ (вопреки ст. 1630), разрѣшаетъ дальнѣйшій залогъ въ частныя руки (^{89/88, 93/11}). Залогъ недви-

жимомъ правѣ (1899). Товстолѣсъ, Сущность залога въ историческомъ развитіи по русскому праву (Ж. М. Ю. 1898, № 8, и особое сочиненіе на ту же тему, 1899 г.). Цитовичъ, Ипотечный кредитъ въ Россіи (Пр. 1899, № 1). Базановъ, Происхожденіе современной ипотеки (1900). Звоницкій, О залогѣ по русскому праву (1912). Фрейтагъ-Лоринговень, Матеріальное право Проекта Вотчиннаго Устава (1914, т. II, здѣсь же указаны различныя статьи автора въ журналахъ). Сборникъ рѣшеній Прав. Сената по вопросамъ долгосрочнаго кредита, составленный Шмаковымъ и Федоровичемъ (1915). Въ частности, см. Богровъ, Нераздѣльность залога по толкованію Прав. Сената (Пр. 1912, № 33). Бобриковъ, По поводу передачи закладныхъ крѣпостей (Ж. М. Ю. 1898, № 6). Вольманъ, Передача закладныхъ крѣпостей (В. Г. П. 1913, дек. 51), о томъ же см. еще литературу ниже. Тамъ же см. литературу о залогѣ надѣльныхъ земель, о погашеніи закладной, о юридическомъ положеніи залогопринимателя. А. Бутовскій, Продажа и залогъ долей въ общемъ имѣніи (Ж. М. Ю. 1907, дек.). Егго же, Досрочное погашеніе закладной (В. П. Н. 1911, № 25). Удинцевъ, Подписка о вѣрѣ (Об. пам. Владимірскаго-Буданова, 1904). Егго же, Залогъ посессионныхъ лѣсовъ и земель (Тр. Кіев. Юр. Об. 1903—1910, 443).

¹ Такимъ собственникомъ считается также наличный наслѣдникъ (см. ниже). Розенблюмъ (В. Пр. 1914, 23, 713).

² См. стр. 44 (ограничительные законы).

³ О параллелизмѣ права отчужденія и права залога см. стр. 223 прим. 3. А т. к. можетъ быть одна закладная на нѣсколько имѣній съ точнымъ обозначеніемъ въ ней, въ какой части долга заложено каждое имѣніе (ст. 1644), то купчая крѣпость можетъ быть на нѣсколько имѣній съ обозначеніемъ, по какой цѣнѣ продано каждое имѣніе.

мостей, заложенныхъ въ государственныхъ кредитныхъ установленіяхъ и въ тѣхъ частныхъ банковыхъ обществахъ, въ коихъ это разрѣшено уставами, дозволяется прямо по закону (ст. 1630¹).

Напротивъ, не подлежитъ сомнѣнію, что могутъ быть закладываемы имѣнія, состоящая въ спорѣ, т. к. эти имущества могутъ быть продаваемы (ст. 1631).

Для этого, при залогѣ такихъ имуществъ, дѣлается напомианіе «въ отношеніи къ очисткамъ, дворянъ и при купчихъ. Посему, если по спору имѣніе будетъ отчуждено, то вслѣдствіе таковыхъ очистокъ, залогъ на оное уничтожается, а залогодавцу предоставляется требовать у должника или другого залога, или возвращенія займа съ понесенными убытками» (ст. 1631).

Въ частности, слѣдуетъ замѣтить, что недвижимое имущество, состоящее въ обществѣ владѣніи, не можетъ быть отдано въ залогъ иначе, какъ по согласію всѣхъ участвующихъ въ немъ владѣльцевъ (ст. 1632), но каждый изъ участниковъ можетъ заложить свою часть (ст. 555). Нераздробляемая имуществва, какъ напр., дворы, заводы, фабрики, мануфактуры и лавки, не могутъ быть отдаваемы въ залогъ по частямъ (ст. 1633). Но возможенъ залогъ недвижимости безъ ея принадлежностей (^{80/48}, ^{90/52}, ср. ^{78/216}). Что касается имѣній заповѣдныхъ, временно-заповѣдныхъ, маіоратныхъ, то залогъ ихъ не возможенъ и лишь въ строго опредѣленныхъ случаяхъ разрѣшается занимать денежные суммы подъ залогъ доходовъ съ заповѣднаго имѣнія (ст. 1641).¹ См. добавленіе въ концѣ Вып. I.

в. Для залога недвижимости необходима, далѣе, наличность дѣйствительнаго обязательственнаго требованія, обеспечиваемаго залогомъ, т. к. наши законы знаютъ только обезпечительную ипотеку. Въ связи съ этимъ рѣшается и вопросъ о недѣйствительности залога, когда обязательственное требованіе недѣйствительно, или безденежно.²

г. Наконецъ для возникновенія залога необходимъ крѣпостной актъ при чемъ у насъ залогъ совершается различно для частныхъ лицъ и кредитныхъ учреждений. 1) Именно, для частныхъ лицъ крѣпостнымъ актомъ является—закладная крѣпость, или просто закладная (^{79/128}). Для этого необходимо совершеніе договора нотаріальнымъ порядкомъ и утвержденіе его старшимъ нотаріусомъ, съ отмѣткой въ крѣпостномъ реестрѣ дѣль. 2) Для кредитныхъ же установленій достаточно залогового свидѣтельства, которое замѣняетъ крѣпостной актъ. *Залоговое свидѣтельство есть удостовѣреніе старшаго нотаріуса о свободности имѣнія отъ запрещеній или наличности ихъ, выдаваемое кредитному установленію, съ отмѣткой о томъ въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣль и припечатаніемъ въ сенатской типографіи (Пол. нотар. ст. 192²⁻³). По принятіи имѣнія въ залогъ, на имѣніе налагается запрещеніе (Нот. Пол. ст. 192⁴). Залогъ въ кредитномъ обществѣ совершается особымъ порядкомъ, согласно уставу этого общества (^{94/4} и 51).* Слѣдуетъ еще замѣтить, что вообще кредитныя установленія принимаютъ имущество въ залогъ не иначе, какъ выговоривъ себѣ право на преимущественное удовлетвореніе передъ всѣми прочими залогодержателями, потребовавъ страхо-

¹ О залогѣ надѣльной земли см. выше. Кутлеръ, О залогѣ надѣльныхъ земель (Пр. 1908, № 2, 55). А. Позняковъ, Залогъ надѣльныхъ земель (В. П. Н. 1912, №№ 32, 36). Вруцкусъ, Залогъ надѣльныхъ земель въ Крестьянскомъ Банкѣ (Русская Мысль, 1912, № 7).

² Безденежность закладной трудно доказать, т. к. свидѣтельскія показанія не допускаются въ опроверженіе содержанія ни прямо, ни косвенно (^{16/9}, Синайскій). Его же, Косвенное опроверженіе свидѣтельскими показаніями письменныхъ актовъ ст. 410 У. Г. С. (В. П. 1917 № 16). Къ тому же денежность закладной предполагается, разъ закладная-выдана залогопринимателю (^{16/9} и др.). Точно также трудно доказывать недѣйствительность закладной и по противозаконности цѣли (^{16/9}).

вой полись и крѣпостной актъ владѣнія. Наконецъ, крѣпостной актъ (закладная или залоговое свидѣтельство) требуютъ для своего совершенія права основанія. Такимъ правоснованіемъ является у насъ только добровольное соглашеніе—договоръ (добровольная ипотека).

Что касается завѣщанія, то хотя оно и можетъ повести къ установленію залога, но лишь въ томъ случаѣ, если наслѣдникъ исполнить волю завѣщателя.¹ Вѣрнѣе; поэтому, назначить душеприказчика для установленія залога. Судебное рѣшеніе, а равно распоряженіе правительственнаго установленія, не служатъ также основаніемъ возникновенія залога (принудительная ипотека, иначе Проектъ, ст. 44).² Наши законы не знаютъ также и залога прямо по закону (законная ипотека).

2. *Залогъ недвижимости прекращается: а) погашеніемъ долга по закладной (съ уничтоженіемъ отмѣтки о залогѣ старшимъ нотаріусомъ), или б) продажей недвижимости съ публичнаго торгоу.*

а. Такъ какъ у насъ залогъ недвижимости есть обезпечительная ипотека, то залоговое право прекращается нормально и сплненіемъ въ срокъ обязательства, обезпеченіемъ котораго служить заложенная недвижимость.³ Исполненіе возможно, однако, и до срока (ст. 1649, 2023).⁴ Закладная представляется старшему нотаріусу, ее утвердившему, для уничтоженія отмѣтки о залогѣ,⁵ или, если закладная утрачена, то уничтоженіе отмѣтки дѣлается просто по заявленію залогопринимателя о полномъ удовлетвореніи (ст. 1650). Впрочемъ, въ доказательство платежа по закладной можно представить и платежную расписку (78/95. 71/390). Если заимодавецъ не будетъ принимать денегъ или отсутствуетъ, то деньги въ платежъ м. б. внесены въ депозитъ суда; для погашенія же закладной представляется старшему нотаріусу удостовѣреніе суда о принятіи имъ денегъ (ст. 1651). Слѣдуетъ замѣтить, что погашеніе закладной невозможно, пока остается неуплаченной хотя самая маленькая часть долга. Это явленіе объясняется тѣмъ, что залогъ недѣлимъ. Подъ юридической недѣлимостью залога разумѣется обремененіе долгомъ заложенной вещи цѣликомъ, а не въ какихъ либо ея частяхъ.⁶ Поэтому каждая копѣйка долга лежитъ на каждой частицѣ заложенной вещи. И пока остается, напр., копѣйка долга, до тѣхъ поръ вся вещь остается обремененной этой копѣйкой. Слѣдствіемъ недѣлимости залога является и то, что заложенная вещь, перешедшая, напр., по наслѣдству къ нѣсколькимъ лицамъ, оста-

¹ Бар. Фрейтагъ-Лоринговень, Завѣщательный залогъ (В. Г. П. 1914 № 5) стр. 30; у него же литература по данному спорному вопросу. Проектъ вводитъ завѣщательный залогъ (ст. 44).

² Однако, принудительный залогъ, по крайней мѣрѣ для частныхъ взысканій, едва ли слѣдуетъ вводить въ русскую жизнь. Нашъ проектъ къ тому же не опредѣляетъ минимума взысканія для установленія принудительнаго залога и этимъ открываетъ широкій просторъ для обремененія недвижимостей мелкими залоговыми правами.—См. вообще Фрейтагъ-Лоринговень, Возникновеніе и прекращеніе залога по проекту вотчиннаго устава (Сб. пам. Шершеневича, 415), и Его же, Матеріальное право, II 46.

³ Приобрѣтатель имѣнія, погасившій долгъ, переведенный на него банкомъ, въ случаѣ отсужденія имѣнія дѣйствительному ея собственнику (по эвикции), не въ правѣ взыскивать уплаченное съ банка, а можетъ обратиться съ искомъ къ продавцу (рѣш. 11 марта 1915 г. Пр. 1915 № 14, 1038—сомнительное рѣшеніе).

⁴ Досрочное исполненіе можетъ быть отмѣнено по договору (97/3).

⁵ Практика погашенія предварительно сводится къ засвидѣствованію у младшаго нотаріуса подлинности подписи кредитора на надписи, изображаемой на самой закладной, въ томъ, что по ней долгъ полученъ и залогодержатель изъявляетъ согласіе на снятіе съ имѣнія запрещенія и на уничтоженіе отмѣтки о залогѣ. О погашеніи закладной явочнымъ порядкомъ см. В. П. 1914 № 20, 621.

⁶ Въ принудительномъ порядкѣ залогъ м. б. раздѣленъ судомъ вопреки желанію залогодержателя, но такимъ образомъ, чтобы каждой части залога соотвѣтствовало вновь образованное владѣніе (С. У. 1916, ст. 1867 ук. 19 авг. и еще ук. 25 окт. 1916 г. въ дополненіе ук. 2 февраля и 13 дек. 1915 г.). Такая дѣлимость, какъ и добровольная, съ образованіемъ новыхъ владѣній, не имѣетъ ничего общаго съ недѣлимостью залога въ техническомъ значеніи.

ется для залогодержателя все же нераздѣленной въ силу недѣлимости залога (иначе какъ разъ въ отношеніи наслѣдниковъ сенать, ^{81/127}, ср. однако, ^{71/1173}, ^{03/120}).¹

Однако, недѣлимость залога не означаетъ еще того, то залогъ не м. б. прикрѣпленъ къ определенному старшинству залогопринимателей и что не возможно установленіе свободнаго мѣста для будущаго залога (Ш. У. ст. 813 п. 2) или сохраненіе старшинства для предстоящаго залога (Г. У. ст. 881). Система сохраненія мѣста наиболѣе удобна для залогодателя; онъ, не вступая въ соглашеніе съ залогопринимателемъ, о сохраненіи старшинства за послѣдующимъ залогопринимателемъ, можетъ прямо искать себѣ залогопринимателя на то или другое мѣсто въ вотчинной книгѣ. Проектъ признаетъ, однако, не швейцарскую систему сохраненія мѣста, а систему сохраненія старшинства по соглашенію съ кредиторомъ, вслѣдствіе чего вносится въ вотчинную книгу отмѣтка о предстоящемъ залогѣ съ показаніемъ суммы его (ст. 64 и сл.).²

б. Въ случаѣ же неудовлетворенія по обязательству, обеспеченному залогомъ, залоговое право прекращается удовлетвореніемъ залогопринимателя изъ вырученной суммы отъ продажи имѣнія съ публичныхъ торговъ или, при неуспѣхѣ ихъ, удержаніемъ имущества за собой. При этомъ, наше право въ отношеніи залога недвижимостей знаетъ предметную, а не личную отвѣтственность залогодателя. Это значитъ, что залогоприниматель не можетъ обратить взысканія на другое имущество залогодателя, если вырученная на торгахъ сумма не покрыла всего долга (ст. 1649¹ т. X ч. 1, ^{08/31}).³ развѣ бы только было заключено особое соглашеніе о дополнительной отвѣтственности должника (^{01/74}, ^{84/5}).

3. *Содержаніе залога недвижимости сводится къ правамъ и обязанностямъ а) залогодателя и б) залогопринимателя.*

а. Основной вопросъ, имѣетъ ли залогодатель право погасить долгъ или онъ обязанъ это сдѣлать, — слѣдуетъ скорѣе рѣшать положительно, чѣмъ отрицательно. За это говоритъ и предметная отвѣтственность залогодателя, а не личная (ст. 1649¹) и непосредственное обращеніе истцомъ взысканія на недвижимое имѣніе (ст. 1095 У. Г. С.). Увѣдомленіе же должника повѣсткой и представленіе двухмѣсячнаго срока со дня врученія повѣстки для исполненія обязательства (ст. 1095 У. Г. С.) можно разсматривать какъ право должника отклонить принудительное взысканіе продажей недвижимости. Однако, въ нашихъ законахъ закладная крѣпость причисляется и къ обязательствамъ (ст. 568 и 1649).⁴

Основной вопросъ о правѣ должника погасить долгъ есть вопросъ о конструкціи самаго залогового права. Именно, если должникъ имѣетъ только «право», то залогъ есть отчасти самостоятельное обремененіе недвижимости хотя бы и поставленное въ зависимость отъ обязательственнаго требованія, и въ этомъ смыслѣ несамостоятельное право (1). Если же должникъ обязанъ, то онъ является лицомъ обязаннымъ и по залогу,⁵ а не только по обязательственному требованію. Современное передовое право стремится къ первому пониманію содержанія залога, проектъ же не даетъ отвѣта, хотя въ немъ встрѣчается терминъ: «залоговое требованіе».⁶

¹ Правильно указываетъ Богровъ (стр. 1770), что сенать смѣшала дѣлимость залогового требованія съ дѣлимостью залога.

² Подробнѣе Фрейтагъ-Лоринговень, II 189 сл. См. у насъ стр. 232, прим. 3.

³ Явленіе это едва ли желательно для должника, т. к. залогоприниматели даютъ подъ залогъ меньшую сумму и так. обр. лишаютъ залогодателя возможности имѣть болѣе кредитъ. Кромѣ того, отсутствіе личной отвѣтственности должника по залогу ставитъ залогопринимателя въ худшее положеніе по сравненію съ прочими кредиторами. Иначе смотритъ бар. Фрейтагъ-Лоринговень, II 421. О правѣ Госуд. Банка на личную отвѣтственность должника по бумагамъ см. ^{13/27}.

⁴ Анализъ этихъ статей см. Звоницкій, О залогѣ по русскому праву, Кіевъ 1912 стр. 240 и сл., ср. стр., 180. За самостоятельность залога высказались Гантоверъ, Змирловъ, Звоницкій, 238.

⁵ Литературу см. у бар. Фрейтагъ-Лоринговень, II 5.

⁶ Ст. 50, 65 и др. См. Кассо, Понятіе о залогѣ, стр. 409 и сл. Противъ бар. Фрейтагъ-Лоринговень, II 34.

б. Что касается правъ кредитора—залогопринимателя, то наши законы слабо обезпечиваютъ его права по залогоу.

1) Залогодатель легко можетъ понизить цѣнность заложеной недвижимости. Такъ, наприм., залогодатель можетъ обезцѣнить имѣніе рубкой лѣса, разрушеніемъ и отчужденіемъ принадлежностей имѣнія, заключеніемъ обезцѣнивающихъ имѣніе договоров¹. Лишь со времени полученія повѣстки объ исполненіи, должнику воспрещается, подъ опасеніемъ личной имущественной отвѣтственности по закону, рубить лѣсъ, за исключеніемъ количества, необходимаго для поддержанія хозяйства, и вообще отчуждать или разрушать такіе предметы, которые считаются по закону принадлежностью имѣнія (ст. 1097 У. Г. С.). Договоры по имѣнію, заключенные залогодателемъ послѣ полученія повѣстки объ исполненіи, могутъ быть уничтожены судомъ по просьбѣ взыскателя (ст. 1100 У. Г. С.).

2) Наши законы не говорятъ, что залогоприниматель въ правѣ передать закладную другому лицу съ согласія должника. На этомъ основаніи сенатъ училъ прежде о совершенной недопустимости по нашимъ законамъ передачи залогового права. Но потомъ онъ правильно измѣнилъ свой взглядъ, и нынѣ закладная (также и исполнительный листъ по ней, ^{08/82}) можетъ быть передана съ согласія должника (^{08/20}). Недопустима лишь передача безъ согласія должника (цессія), что нашъ законъ выражаетъ въ запрещеніи передачи закладныхъ по передаточной надписи (ст. 1653). Такое запрещеніе основано на томъ, что для должника далеко небезразлично то, кто будетъ его кредиторомъ.

Впрочемъ, на Западѣ правильно держатся того взгляда, что передача права безъ согласія должника (цессія) отвѣчаетъ требованіямъ оборота. У насъ согласіе на передачу м. б. дано заранѣе въ самой закладной (^{09/71}), отдѣльно позже и, при томъ, разъ навсегда (^{09/74}), т. е. и для дальнѣйшихъ передачъ. Что касается формы передачи, то сенатъ требуетъ совершенія особаго акта, хотя бы и домашняго для передачи закладной (актовая передача); при томъ, если дѣлается отмѣтка о такой передачѣ въ крѣпостномъ реестрѣ (книжная передача),² актъ долженъ быть совершенъ нотаріальнымъ порядкомъ (^{08/10}).³

Уступку залогового права, или передачу закладной, въ формѣ ли цессіи или передачи съ согласія должника, надо отличать отъ перевода долга. При переводѣ долга, закладная остается у того же самаго залогопринимателя, но мѣняется должникъ—собственникъ заложеной вещи. Переводъ закладной на новаго собственника допускается у насъ прямо по закону при приобрѣтеніи недвижимости, заложенныхъ въ кредитныхъ установленіяхъ (ст. 1463). Въ отношеніи же частныхъ закладныхъ сенатъ не допускаетъ перевода долга,

¹ Иначе проектъ, который подробно останавливается на обезцѣнивающихъ договорахъ собственника заложенаго имѣнія и на фактическихъ его распоряженіяхъ. Въ литературѣ (Тютрюмовъ, Тарасовъ). высказано даже мнѣніе о «порабощеніи собственника», если бы проектъ сдѣлался закономъ. Противъ бар. Фрейтагъ-Лоринговень, II 307.

² Также и проектъ, который допускаетъ, какъ актовую, такъ и книжную цессію (Фрейтагъ-Лоринговень, II).

³ Въ литературѣ правильно указываютъ, что передача м. б. совершена и актомъ на самой закладной, разумѣется, съ согласія должника, и что такую надпись на закладной нельзя отрицать на томъ только основаніи, что законъ буквально запрещаетъ передавать закладныя по надписямъ, ибо въ законѣ рѣчь идетъ о запрещеніи цессіи, а не о формѣ передачи (Гинкуль, В. П. 1916, I, II, ранѣе его Исаченко, Обязательства, II Вып. I стр. 206). Правильно также обращаютъ вниманіе, что нѣтъ надобности въ сложной формѣ совершенія нотаріальнаго акта; достаточно явки надписи или и явочнаго акта, ибо важна правоспособность сторонъ и лишь въ этомъ случаѣ необходимо ихъ участіе въ актѣ (Гинкуль, 12). У частіе же должника въ составленіи акта (или надписи) не требуется, разъ согласіе дано заранѣе въ закладной (Крюковъ, В. П. 1915, 47, Гинкуль, 12), иначе Штранихъ (В. П. 1915 №№ 36 и 37).

требуя погашенія закладной и составленія взамѣнъ ея новой (ст. 1456, 1458).¹ Исключение сдѣлано сенатомъ для перевода долга по частнымъ закладнымъ лишь при покупкѣ заложенныхъ имѣній съ публичнаго торга (⁷⁸/₂₄₈, ст. 189 Пол. Нотар.).

3) Но наши законы знаютъ при просрочкѣ закладной своеобразный институтъ—право управленія залогопринимателя. Это есть право на временное владѣніе и пользованіе вмѣсто $\frac{0}{0}\frac{0}{0}$ доходами съ описаннаго имѣнія до продажи имѣнія съ публичнаго торга (ст. 1129 У. Г. С.). При этомъ, сенать разъяснилъ, что залогоприниматель получаетъ всѣ доходы въ свою пользу, безъ погашенія капитальнаго долга излишкомъ доходовъ, въ сравненіи съ причитающимися процентами (¹⁵/₆₀ и др., Товстольсь).

И такая практика одобряется въ литературѣ. Дѣло въ томъ, что указанный институтъ пользовладѣнія залогопринимателя исторически связанъ съ формой залога, практиковавшейся у насъ въ 15 в., когда заложное имѣніе сразу переходило во владѣніе и пользованіе залогопринимателя. Вотъ институтъ временнаго пользовладѣнія и сохранился у насъ въ отношеніи лишь просроченной закладной.²

4) Залогопринимателю принадлежитъ преимущественное право, въ случаѣ несостоявшагося торга, оставить имѣніе за собой (ст. 1649¹ т. X ч. 1, ст. 1187, 1068 У. Г. С., ⁸⁹/₂₉), въ порядкѣ старшинства закладныхъ, при условіи полного расчета по старшимъ закладнымъ (⁸¹/₃₈, ⁰⁶/₅₁, ср. ¹²/₃₆). Преимущественное право выражается не только въ томъ, что каждый изъ предыдущихъ залогопринимателей въ правѣ оставить имущество за собой преимущественно передъ послѣдующими, но и въ томъ, что всякій залогоприниматель имѣетъ право преимущественнаго присвоенія имущества передъ личными кредиторами залогодателя, т. к. и они въ правѣ оставить имущество за собой (ст. 1171). Такимъ образомъ, хотя право присвоенія вещи принадлежитъ и личнымъ кредиторамъ залогодателя (¹²/₃₆), но ихъ право не имѣетъ вещнаго характера, а уступаетъ правамъ залогопринимателей. Этимъ подчеркивается вещный характеръ залогового права, какъ права присвоенія.³

Право присвоенія осуществляется различно залогопринимателемъ, когда срокъ закладной наступилъ (просроченная закладная, ст. 1649¹ т. X ч. 1), и когда онъ не наступилъ (непросроченная закладная, ст. 1068 У. Г. С.). Въ первомъ случаѣ—при просроченной закладной, залогоприниматель участвуетъ въ торгѣ, и если торгъ не состоится, въ частности, сумма предложенная на торгахъ, не достаточна для погашенія закладной, то залогоприниматель въ правѣ оставить имущество въ суммѣ закладной (ст. 1649¹)⁴ или просить о назначенія второго торга, на которомъ пользуется такими же правами, какъ и на первомъ (⁷⁶/₃₃, ⁷¹/₉₉₄, О. С. ⁰⁹/₃₀). Третій торгъ не допускается (⁶²/₁₄₁)⁵. Во второмъ случаѣ—при непросроченной

¹ Совершенное запрещеніе перевода частной закладной неправильно, ибо согласіе залогопринимателя, необходимое для такого перевода, свидѣтельствуетъ, что интересъ его охраненъ. А большаго и не требуетъ законъ. См. подробнѣе В о л ь м а н ь, Переводъ частныхъ закладныхъ при отчужденіи недвижимостей (Пр. 1910, 514).

² Товстольсь (Арх. за 1915 г. стр. 190); здѣсь же указана литература. Е го же (В. Г. П. 1915, 7, 122, Ж. М. Ю. 1916, 7, 43, литература). Поэтому, если залогоприниматель и не имѣетъ права на $\frac{0}{0}$, все равно онъ не лишается права на временное владѣніе и пользованіе описаннымъ имѣніемъ (И с а ч е н к о, Послѣднія строки, В. Г. П. 1915, 7, 156). Указанное временное управленіе охраняетъ интересы залогопринимателя и въ томъ отношеніи, что должникъ лишается фактической возможности спускать и разорять имѣніе за время отъ описи до продажи имѣнія.

³ Уступка старшинства, неизвѣстная нашему праву, м. б. однако выведена изъ ст. 542¹³—при условіи, чтобы старшій нотаріусъ дѣлалъ о томъ отмѣтку въ крѣпостномъ реестрѣ и на самой закладной. Такъ, при этомъ условіи возможна уступка старшинства залогопринимателю при установленіи права застройки на заложеной землѣ. См. Ф р е й т а г ь—Л о р и н г о в ь (Ж. М. Ю. 1915 7, 120).

⁴ При чемъ, залогодатель уже не можетъ внести долга залогопринимателю, хотя бы даная еще и не была выдана (рѣш. 7 нояб. 1912 г. См. Право, 1912 г. стр. 2564 и ср. ¹²/₃₆). Спорный вопросъ о переторжкѣ, см. И с а ч е н к о, Право залогодержателя на удержаніе имѣнія въ суммѣ залога (Право, 1912 № 12) и Р а т н е р ь, О правѣ залогодержателя на укрѣпленіе за собой заложенаго имущества (Право 1912 № 5).

⁵ О третьемъ торгѣ см. К и р ѣ в ь (Ж. М. Ю. 1917, 1, 161).

закладной,—когда имущество назначено въ продажу по требованію другихъ кредиторовъ, судъ обязанъ увѣдомить залогопринимателя, если мѣсто жительства его извѣстно (ст. 1183, 1185). Залогоприниматель въ такомъ случаѣ въ правѣ участвовать въ торгахъ съ правомъ представить свою закладную въ полной суммѣ (^{08/34}), перевести долгъ на лицо купившее (ст. 1184, ^{78/248}), оставить имущество за собой, если предложенная высшая цѣна ниже суммы закладной (ст. 1187, 1068, ^{08/34}), или, наконецъ, удовлетвориться полученіемъ покупной суммы (^{99/38}). Если залогоприниматель не сдѣлаетъ ни какого заявленія по увѣдомленію его о результатахъ торга (при участіи въ торгахъ увѣдомленія не надо), то торгъ считается несостоявшимся, и взыскатели въ правѣ просить о назначеніи второго торга, на которомъ залогоприниматель пользуется такими же правами, какъ и на первомъ торгѣ (^{08/34}, ^{76/93}, ^{71/994}). Если и послѣ второго торга результатъ будетъ тотъ же, что и при первомъ, не будетъ предложена высшая цѣна, то третій торгъ не назначается, а имущество остается подъ запрещеніемъ и, съ наступленіемъ срока закладной, имущество можетъ быть подвергнуто публичной продажѣ по требованію залогопринимателя. Изъ всего изложеннаго ясно, что законъ охраняетъ права залогопринимателя, если мѣсто жительства его извѣстно. Однако, сенатъ, охраняя права и послѣдующихъ залогопринимателей, правильно объяснилъ, что предыдущій залогоприниматель пользуется правомъ присвоенія въ томъ лишь случаѣ, если извѣщенъ послѣдующій залогоприниматель и если онъ не потребовалъ вторыхъ торговъ (рѣш. 13 февр. 1913 г.).¹ Такимъ образомъ создается необходимость для предыдущихъ залогопринимателей увѣдомлять послѣдующихъ о результатѣ торга, неблагоприятномъ для послѣдующихъ залогопринимателей.²

5) Наконецъ, въ случаѣ успѣшности торговъ, залогоприниматель получаетъ преимущественное удовлетвореніе изъ суммы, вырученной отъ продажи, осуществляетъ свое основное право по залогу на присвоеніе реализованной цѣнности вещи. При этомъ и здѣсь преимущество на удовлетвореніе, при множественности залогопринимателей, имѣетъ старшій залогоприниматель, т. е. чье залоговое право возникло прежде (ср. ^{86/38}, ^{06/51}, ^{12/36}). Изъ остатка, если таковой имѣется, получаетъ удовлетвореніе слѣдующій залогоприниматель (по второй закладной и т. д.). Легко можетъ случиться, что сумма будетъ недостаточна для удовлетворенія послѣдующихъ залогопринимателей, въ такомъ случаѣ, при предметной у насъ отвѣтственности, они не въ правѣ обратитъ взысканіе на другое имущество должника (см. стр. 230).

Спорно, имѣетъ ли у насъ право залогоприниматель на страховое вознагражденіе, если объ этомъ не было положено особаго условія въ закладной. Сенатъ отвѣчаетъ отрицательно, т. к. страховое вознагражденіе въ видѣ полиса не есть принадлежность имѣнія (^{83/116}, ^{00/105}, ^{95/51}). Лишь кредитныя установленія не могутъ принимать въ залогъ не застрахованнаго имущества.³ За положительное рѣшеніе вопроса въ нашихъ законахъ высказывается Вольманъ, противъ Садовскій и Каминка, Товстолѣсъ, Ананьевъ.⁴ Различное рѣшеніе вопроса дается и въ законодательствахъ. Страховое вознагражденіе не подчиняютъ дѣйствию залога французское право и др., иначе германское уложеніе (ст. 1127, также Проектъ, ст. 322 п. 5). Наши законы и австрійское уложеніе обходятъ вопросъ молчаніемъ. При конструкціи залогового права, какъ права присвоенія цѣнности заложенной вещи нѣтъ основанія исключать по закону страховое вознагражденіе изъ дѣйствія залога. За это говорятъ и требованія хозяйственной жизни—обезпеченность реального кредита. При этомъ слѣдуетъ еще замѣтить, что страховое вознагражденіе только тогда обезпечиваетъ кредитора, когда полисъ переданъ ему. Въ противномъ случаѣ теряется характеръ вещнаго права на полисъ.

¹ Подробнѣе Яновъ (Ж. М. Ю. 1913, 6, 182).

² Охраняя права послѣдующаго залогопринимателя, при недостаточной цѣнѣ для покрытія его закладной, сенатъ не подчеркиваетъ право послѣдующаго залогопринимателя оставить имѣніе за собой, удовлетворивъ предыдущихъ залогопринимателей, между тѣмъ такое право, несомнѣнно, принадлежитъ послѣдующему залогопринимателю (^{06/51}), и поэтому то обязательно увѣдомленіе послѣдующихъ залогопринимателей. О нѣкоторыхъ другихъ сомнѣніяхъ въ данномъ вопросѣ см. Кирѣевъ (Ж. М. Ю. 1917, 1, 159).

³ Подробнѣе Товстолѣсъ (Ж. М. Ю. 1914, 6, 65).

⁴ Товстолѣсъ, тамъ же, 64 (здѣсь же литература). Вольманъ, О правѣ залогодержателей на страховое вознагражденіе (Пр. 1907, №№ 16 и 18). Каминка, Страхование заложенаго имущества (Пр. 1907 № 33). Садовскій (Ж. М. Ю. 1906 № 10). Ананьевъ (Ж. М. Ю. 1916, 5, 177).

§ 33. ЗАЛОГЪ ДВИЖИМОСТИ. ЗАЛОГЪ ПРАВА ТРЕБОВАНІЯ.*

I. Ручной закладъ.

Залогъ движимости возможенъ въ двойной формѣ: въ формѣ передачи закладываемой вещи кредитору или 3-му лицу — ручной закладъ, или просто закладъ (Faustpfand, Nantissement), и безъ передачи закладываемой вещи — ипотечка движимости. Если послѣдняя совершается съ занесеніемъ залога движимости въ особый реестръ посредствомъ записи о залогѣ, то такой закладъ носить названіе реестроваго залога (Registerpfand); если же на закладываемую вещь налагаются видимые знаки или принимаются какія либо иныя мѣры для обезпеченія кредитора и интересовъ третьихъ лицъ, то такой закладъ не носить спеціальнаго названія, и обнимается общимъ терминомъ ипотеки движимости. Б. м. слѣдовало бы такой закладъ называть нерестровой ипотечкой движимости въ противоположность реестровой и ручному закладу.

Вопросъ о желательности тѣхъ или иныхъ формъ залога представляетъ большой социальный интересъ, какъ связанный съ реальнымъ кредитомъ для менѣе обезпеченныхъ классовъ населенія, для «маленькихъ людей». Мелкій земледѣлецъ, арендаторъ, мелкіе купцы, промышленники и ремесленники, малообезпеченная интеллигенція нуждаются въ дешевомъ и легко получаемомъ кредитѣ. Такой кредитъ есть реальный кредитъ, т. е. подъ залогъ вещей, а не личный кредитъ, т. е. основанный на довѣрїи къ лицу-должнику. Между тѣмъ, заложить движимость съ передачей, т. е. въ формѣ ручного залога, для указанныхъ лицъ сплошь и рядомъ представляется прямо невозможнымъ, т. е. они должны въ такомъ случаѣ потерять пользованіе своими вещами, необходимыми имъ, какъ орудія производства, или вообще для ихъ жизни, мебель и т. д. Въ этомъ отношенїи правильно говорятъ, что ручной закладъ есть «часть социальной неправды» (Крюкманъ). Если присоединить въ этому то соображеніе, что и государство и имущіе классы въ нѣкоторыхъ случаяхъ заинтересованы въ ипотекахъ движимости (закладъ предпрїятій, сельскохозяйственныхъ продуктовъ, хлѣба, хмеля и т. д.), то неудивительно, что и въ законодательствѣ и въ особенности въ наукѣ (Лейнгардтъ и др.) ипотека встрѣчаетъ поддержку.² Да, собственно, и вытѣсненіе германскимъ ручнымъ закладомъ римской ипотеки движимости имѣло мѣсто въ Европѣ лишь съ начала 18 в. Такое вытѣсненіе происходило главнымъ образомъ вслѣдствіе того, что негласная иптека движимости приносила многочисленныя затрудненія и не обезпечивала кредитора и третьихъ лицъ. Передача же вещи играла роль публичности залога — элемента столь необходимаго въ вещномъ правѣ для твердости оборота.³

1. Ручной закладъ есть залогъ движимости съ передачей ея кредитору или третьему лицу, въ обезпеченіе долгового обязательства.

Отсюда закладъ, какъ дополнительное (акцессорное) отношеніе, обезпечивающее долговое обязательство, предполагаетъ для своего существованія

* Васильковскій, Закладъ движимой вещи (Ж. М. Ю. 1898, № 5). Шендорфъ, Земледѣліе и мобилиарный кредитъ (Пр. 1909, № 26). Каминка, Залогъ движимаго имущества (Пр. 1909 № 42). Бугаевскій, Проблема залога движимости (Пр. 1910 № 4). Гойхбаргъ, Закладъ движимости (Пр. 1911 №№ 25—27, см. также Тр. Петр. Юр. Об. V 298), Каминка, Вопросы залога движимаго имущества (Пр. 1911, №№ 34, 35). Удинцевъ, Оставленіе залога въ пользованїи должника (Вѣст. фин. 1913, № 42 и отдѣльно). Софья Рынкевичъ, Къ вопросу о Sicherungsübereignung (Пр. 1913 №№ 16, 18). Осиповъ, Послѣднее рѣшеніе Пр. Сената о закладѣ движимости (В. Г. П. 1914, № 3). Школьникъ, Ипотека движимости (Тр. Цив. Студ. Кр. при Ун. Св. Влад. 1915 г., 43). Варшавскій, Оставленіе залога во владѣнїи закладчика (В. Г. П. 1915, 8).—Стручковъ, О закладѣ долговыхъ требованій (1890).

² Шендорфъ, 1532, Школьникъ, 44. Защитникомъ ипотеки движимости выступилъ и Губеръ при созданїи Ш. У., но не имѣлъ успѣха (Гойхбаргъ, 1521).

³ Когда публичность залога связываютъ съ передачей, то здѣсь переоцѣниваютъ значеніе передачи (см. Гойхбаргъ въ Пр. 1911, 1392). Передача въ сущности мало гарантируетъ интересъ третьихъ лицъ, для которыхъ и существуетъ начало публичности. Передача имѣетъ своей ближайшей цѣлью обезпечить спокойствіе и вѣру кредитора, получившаго вещь въ свое обладаніе.

долговое обязательство, и при томъ дѣйствительное. Недѣйствительность обязательства дѣлаетъ недѣйствительнымъ и закладъ. Отсюда закладчикъ всегда должникъ, залогодержатель — кредиторъ. Короче, ручной закладъ, какъ и залогъ недвижимости (ипотека), не есть самостоятельное отношеніе между кредиторомъ и должникомъ. Но будучи дополнительнымъ отношеніемъ, ручной закладъ, какъ вещное право, долженъ также удовлетворять вышеупомянутымъ двумъ существеннымъ признакамъ залогового права: 1) залогодержатель имѣетъ право на преимущественное удовлетвореніе (*droit de préférence*) и 2) право осуществить его, у кого бы отданная въ закладъ вещь ни находилась (*droit de suite*). Наши законы знаютъ по общему правилу ручной закладъ (ст. 1671 и форма въ прилож. къ ст. 1673). При чемъ сенатъ склоненъ признавать ручной закладъ и въ томъ случаѣ, когда кредиторъ не изъялъ вещи изъ обладанія должника, т. е. не воспользовался своимъ правомъ какъ залогодержателя, (^{12/27, 01/6} и др.).¹ Но въ такомъ случаѣ право залогопринимателя—кредитора уступаетъ правамъ третьихъ добросовѣстныхъ лицъ, возникшимъ на заложенную вещь (^{75/658, 76/273, 78/117, и др.}). Такимъ образомъ, кредиторъ не имѣетъ права на вещь, у кого бы она ни находилась, его право должно склониться передъ правами приобретателя и залогопринимателя вещи, получившихъ ее въ свое обладаніе. Въ сущности, нѣтъ уже вещнаго характера заклада оттого и нельзя говорить о залоговомъ правѣ, какъ вещномъ правѣ. Слѣдовательно, закладъ безъ передачи, по сенатской практикѣ, есть относительно вещное право: ибо дѣйствуетъ въ отношеніи самихъ сторонъ и недобросовѣстныхъ лицъ. Итакъ, ручной закладъ требуетъ для своей вещной силы—передачи заклада, какъ обезпеченія начала публичности въ отношеніи третьихъ добросовѣстныхъ лицъ.

2. *Ручной закладъ а) возникаетъ передачей заложенной вещи, б) прекращается, какъ залогъ недвижимости; в) содержаніе же его шире залога недвижимости.*

а. При возникновеніи заклада необходимо различать составленіе акта (^{75/658}) и передачу. Составленіе акта требуетъ соблюденія формальностей. Именно, требуется 1) объявленіе закладываемыхъ вещей свидѣтелямъ не менѣе двухъ (ст. 1670, 1673). 2) Необходимо, далѣе, составить письменный актъ (нотаріальный, явочный или даже домашній). 3) Требуется составленіе подробной (обстоятельной) описи,³ съ оцѣнкой закладываемыхъ вещей по согласію должника съ кредиторомъ (ст. 1670), въ двухъ экземплярахъ всѣми подписанныхъ (ст. 1671). 4) Необходимо опечатаніе вещей (ст. 1671). Что касается самой передачи закладываемыхъ вещей, то они отдаются залогодавцу (законъ нашъ не говоритъ объ отдачѣ третьему лицу, хотя это возможно) вмѣстѣ съ однимъ экземпляромъ описи, съ приложеніемъ на ней печатей свидѣтелей и заемщика. Залогодавецъ же передаетъ другой экземпляръ описи за своей печатью заемщику (ст. 1671). Таковы сложныя формальности заклада движимости. Актъ заклада, составленный нотаріальнымъ порядкомъ, называется въ законахъ закладной на движимое имущество (стт. 1668, и просто закладной, ст. 1670). Домашній же актъ заклада называется домовымъ заемнымъ письмомъ съ закладомъ движимаго имущества (ст. 1672 и сл.). При этомъ, для вещной силы такого акта

¹ Противъ Шендорфъ, 1535: передача въ интересахъ третьихъ лицъ, а не кредитора, почему передача обязательна. См. у насъ 234, прим. 3.

² Слѣдуетъ замѣтить, что сенатъ лишаетъ залогопринимателя и права преимущественнаго удовлетворенія въ отношеніи личныхъ кредиторовъ (^{72/891}). Но въ такомъ случаѣ, закладъ безъ передачи теряетъ свой и относительно-вещный характеръ въ отношеніи сторонъ. См. также Осиповъ, 165. Впрочемъ въ рѣш. ^{75/321} признано уже право преимущественнаго удовлетворенія передъ кредиторами въ конкурсѣ.

³ М. б. включена и въ самый актъ заклада (^{75/94}).

необходима его явка (ст. 1674). Законъ столь строго охраняетъ это требованіе явки, что безъ нея не только нѣтъ вещнаго права, но нѣтъ и преимущественнаго удовлетворенія передъ кредиторами съ явленными обязательствами и даже передъ личными кредиторами въ конкурсѣ (та же статья). Законъ даетъ и форму залога (приложена въ законахъ къ ст. 1673, но форма эта необязательна и дана лишь въ качествѣ образца. Что касается правоснованія для возникновенія залога, то наши законы знаютъ только договоръ, почему ручной закладъ есть добровольный закладъ. Ни по закону,¹ ни по завѣщанію, ни по суду онъ не возникаетъ.

Закладывать движимое имущество можетъ только собственникъ его (ст. 1663), но принимать въ закладъ движимое имущество можетъ всякій, кто въ правѣ отдавать въ займы деньги (ст. 1665). Поэтому, наприм., церкви не въ правѣ раздавать своихъ капиталовъ подъ заклады (та же статья), такъ какъ онѣ лишь могутъ отсылать свои капиталы для приращенія процентовъ въ кредитныя установленія (ст. 44 т. IX).—Закладывать нельзя имущество чужое и свое, состоящее въ описи или секвестрѣ; казенное оружіе, мундиръ и вообще аммуничныя вещи не могутъ быть закладываемы нижними чинами (ст. 1664). Денежные капиталы, заложенные безъ указанія ихъ индивидуальныхъ признаковъ, не составляютъ предметъ залога (2 О. С. 30 апр. 1916 г.).

б. Залогъ движимости прекращается тѣми же способами, какъ и залогъ недвижимости.² При чемъ, по полученіи платежа (возможно и до срока, ст. 2023), заложенное имущество (закладъ) возвращается должнику въ цѣлости (ст. 1676).³ При обращеніи взысканія на заложенное имущество,⁴ возможно, однако, по разъясненію сената, довзысканіе недовырученной отъ публичной продажи суммы залога съ остального имущества залогодателя ($\frac{89}{2}$, $\frac{03}{98}$). Такимъ образомъ, въ отношеніи залога движимыхъ вещей допущена личная отвѣтственность, а не только предметная (ср. стр. 230).

в. Содержаніе ручного залога гораздо шире содержанія залога недвижимости. Залогодатель теряетъ владѣніе и пользованіе заложенной вещью, хотя залогоприниматель также не можетъ у насъ пользоваться вещью, какъ не имѣетъ и права временнаго пользованія. Передача по надписямъ закладныхъ на движимое имущество, а равно и заемныхъ писемъ съ закладомъ движимаго имущества, возможна такъ же, какъ и передача по надписямъ крѣпостей, съ согласія должника (см. стр. 231).

II. Ипотека движимости.

1. *Ипотека движимости есть залогъ движимости безъ передачи ея кредитору или третьему лицу.*

Ипотека движимости существуетъ у насъ въ видѣ нерестровой ипотекы, предусмотрѣнной преимущественно специальнымъ законодательствомъ. Такая ипотека первоначально допускалась только въ обезпеченіе интересовъ казны, но во второй половинѣ 19 в., въ особенности въ послѣднее его столѣтіе, она достигла сравнительно большого развитія, какъ въ направленіи за-

¹ Ст. 1527³ устанавливаетъ по закону относительно-вещный закладъ безъ передачи.

² Съ той лишь разницей, что при залогѣ недвижимости погашается запись въ поземельной книгѣ.

³ При утратѣ заложенной вещи въ ссудной кассѣ, возмѣщается стоимость ея въ размѣрѣ действительной цѣнности (рѣш. 3 дек. 1914 г.; В. Пр. 1915 №№ 11—12, 358).

⁴ Право удержать, или присвоить имущество, въ случаѣ несостоявшихся торговъ, имѣетъ и залогоприниматель движимой вещи ($\frac{07}{42}$).

логопринимателей, такъ и въ расширеніи объектовъ заклада. Кромѣ казны залогопринимателями становятся сначала государственныя банки, а потомъ учрежденія мелкаго кредита при органахъ мѣстнаго самоуправленія и частныя юридическія лица, а не физическія лица.

Закладу подлежатъ преимущественно средства производства: сельскохозяйственный и ремесленный инвентарь, машины, мѣдная посуда на винокуренныхъ заводахъ, предметы, служащіе для занятія промысломъ: лошади, повозки, рыбацкія лодки и баржи, скотъ, товары, подлежащіе переработкѣ, хмель, шерсть, металлы, предметы, неудобные для перевозки, хлѣбъ, сахаръ, Далѣе, принимаются особыя мѣры охраны интересовъ залогопринимателя: не только налагаются внѣшніе знаки на закладываемыя вещи и вводится уголовное наказаніе, но устанавливаются особыя мѣры наблюденія и охраненія, требуется дополнительное обезпеченіе соловексельями, представленіе страховыхъ полисовъ; въ определенныхъ случаяхъ прибѣгають къ простому поручительству и круговой порукѣ артели. Все изложенное показываетъ, что наше законодательство стремится удовлетворить интересы народнаго хозяйства и промышленности съ помощью предоставленія реального кредита подъ залогъ движимыхъ вещей, получаемого въ учрежденіяхъ и вообще у юридическихъ лицъ.¹ Напротивъ, Ш. У. (ст. 885) знаетъ только закладъ скота безъ передачи по регистраціи, и при томъ въ обезпеченіе требованій лишь кредитныхъ установленій и кооперативныхъ товариществъ. Г. У. (ст. 1250) признаетъ лишь реестровый закладъ судовъ. Но въ германскомъ оборотѣ ипотека движимости практикуется при посредствѣ поссessorнаго конститута и фидуціарной сдѣлки—переоцененія (стр. 238). Ипотека движимости осталась неразработанной и въ проектѣ.

Напротивъ широко принята ипотека движимости въ англо-американскомъ правѣ, и на практикѣ это приноситъ хорошіе результаты. Въ литературѣ, какъ замѣчено, раздаются все настойчивѣе голоса за введеніе ипотеки движимости въ Европѣ. Въ частности и у насъ желательность ипотеки движимости встрѣчаетъ почти общее признаніе (противъ Каминка).² Дѣйствительно, при правильной организаціи ипотеки движимости, интересы населенія въ реальномъ, дешевомъ и доступномъ кредитѣ будутъ надлежащимъ образомъ удовлетворены. Бояться легкомыслія населенія не слѣдуетъ, ибо здоровый интересъ не долженъ приноситься въ жертву проблематичнымъ соображеніямъ.

Что касается, заклада казнѣ, то, рѣчь идетъ о залогѣ безъ передачи мѣдной посуды на винокуренныхъ заводахъ и въ рядѣ другихъ случаевъ въ обезпеченіе налоговъ (прил. къ ст. 339 и др. уст. объ акц. сб.),³ сахара въ обезпеченіе акциза (ст. 1000 уст. объ акц. сб. изд. по прод. 1912 г.), перевозочныхъ средствъ (ст. 78 и сл. Пол. о каз. подр. и пост.), движимости, служащей предметомъ поставки (ст. 79 кн. XVIII св. воен. пост.), лѣсопильныхъ и древообрабатывающихъ заводовъ (Пол. 23 дек. 1903 г.). Въ другихъ случаяхъ рѣчь идетъ о закладѣ подѣ суды, и на первомъ мѣстѣ слѣдуетъ поставить государственный банкъ (ст. 8 уст. разд. I, 4; ч. 2 т. XI Св. Зак.; см. также ст. 89 и 124 уст.). Самый закладъ происходитъ съ тѣмъ, чтобы на закладываемыя движимыя имущества «были налагаемы видимые знаки приѣма ихъ въ закладъ (печати, пломбы, клейма и т. п.), если сіе по роду имущества окажется возможнымъ». При этомъ сенатъ разъяснилъ, что третья лица, вступившія въ сдѣлки съ заемщикомъ банка, не зная о состоявшемся закладѣ, не могутъ, тѣмъ не менѣе, нарушить залогового права банка, хотя бы знаки на заложженныхъ вещахъ и были уничтожены (07/99). Такимъ образомъ, интересъ добросовѣстныхъ приобретателей приноситъ здѣсь въ жертву интересамъ банка и устанавливается неопровержимая презумпція недобросовѣстности приобретателей и залогопринимателей³. Ст. 8 Уст. Гос. Банка почти дословно повторена въ Положеніи объ учрежденіяхъ мелкаго кредита (ст. 99 уст. кредит. изд. 1903 г.), съ той разницей, что недобросовѣстность приобретателей составляетъ опровержимую презумпцію⁴. Закладъ безъ передачи

¹ Варшавскій, 141 сл.

² Противъ Звоницкій, 254.

³ Подробнѣе Варшавскій, 126.

⁴ Объ образцовыхъ уставахъ земскихъ кассъ мелкаго кредита и др. ом. Варшавскій, 130.

предусмотрѣнь и уставами большинства коммерческихъ банковъ.¹ Что касается сенатской практики, то зданія на чужой землѣ, признаваемые движимостью, могутъ быть закладываемы безъ передачи (отд. рѣш. 26 ноябр. 1906 г. и департ. рѣш. 14/25, 08/63, 01/6 и др.).²—О послѣдствіяхъ заклада безъ передачи по желанію залогопринимателя см. выше стр. 235 Реестровый закладъ признается сенатомъ, въ видѣ исключенія, въ отношеніи мореходныхъ судовъ (12/53). Что касается, наконецъ, законнаго заклада безъ передачи при продажѣ въ разсрочку машинъ, домашней обстановки (ст. 1527³), то отвѣтственность покупателя—закладчика обеспечивается лишь уголовной отвѣтственностью;³ недобросовѣстность пріобрѣтателя здѣсь презумпція опровержимая.⁴⁻⁵

III. Фидуціарный закладъ.

Недостаточность формъ заклада движимости можетъ побудить къ совершенію заклада путемъ купли-продажи или иной сдѣлки такимъ образомъ, чтобы залогоприниматель юридически становился собственникомъ, съ условіемъ обратно передать вещь въ собственность должнику по погашеніи имъ долга. Очевидно, такая обходная сдѣлка покоится исключительно на довѣрїи къ кредитору, почему и такой закладъ называется фидуціарнымъ, до вѣрительнымъ закладомъ, извѣстнымъ уже Риму (также и въ отношеніи недвижимости) или обезпечительнымъ переосвоеніемъ вещи въ Германіи (Sicherungsübereinigung). Цѣль такого заклада ясна. Кредиторъ, получая въ собственность заложенную вещь, спокоенъ за нее и можетъ даже оставить эту вещь въ пользованіи должника.

Обезпечительное переосвоеніе безъ передачи закладываемой вещи широко практикуется въ Германіи и существуетъ тамъ въ чистой формѣ (Sicherungsübereinigung) и въ формѣ продажи (Sicherungskauf). При чемъ германская практика примѣнила къ указанному переосвоенію всѣ нормы, регулирующія закладъ. Отрицательныя стороны фидуціарнаго заклада налицо въ Германіи и открываютъ широкій просторъ для недобросовѣстныхъ людей.⁶ Ш. У. (ст. 717) правильно, поэтому, запрещаетъ фидуціарный закладъ, какъ обходъ закона о ручномъ закладѣ. Наши законы ничего не говорятъ о фидуціарномъ закладѣ, но б. м. слѣдуетъ признать его недействительность, т. к. онъ противорѣчитъ ст. 1528, создавая неустойчивость правъ третьихъ лицъ, благодаря фидуціарной собственности. Ср. стр. 239 прим. 1.

IV. Залогъ правъ.

1. *Подъ именемъ залога правъ, въ частности, правъ требованій, разумѣется залогъ не вещей движимыхъ или недвижимыхъ, а именно правъ.*

Такой залогъ прежде всего возможенъ въ порядкѣ записей въ реестрѣ. У насъ право застройки признается юридической недвижимостью. Поэтому, въ порядкѣ занесенія въ крѣпостной реестръ, возможно отдать въ залогъ право застройки (стр. 210). Въ такомъ же значеніи создалъ сенатъ

¹ О ссудахъ подъ закладъ безъ передачи спеціальныхъ видовъ движимаго имущества для поощренія сельскаго хозяйства, промышленности и торговли см. Варшавскій, 133 и сл.

² Сенатъ говоритъ о залогѣ строеній на сносъ (01/6), но Ельяшевичъ правильно показываетъ, что возможенъ и закладъ строеній на чужой землѣ, какъ цѣлое, въ предѣлахъ права закладчика (В. Г. П. 1916, 1, 85).

³ Иначе конструируетъ Ельяшевичъ, Купля продажа въ разсрочку (Петрог. 1913). О генеральной ипотекѣ ср. Шершевскій, 136. У него же о фиктивной сдѣлкѣ передачи на храненіе (стг. 136, 133).

⁴ Отчужденіе или закладъ имущества, пріобрѣтеннаго въ разсрочку, признается дѣйствительнымъ, если купившій или принявшій въ закладъ дѣйствовали добросовѣстно.

⁵ О залогѣ предприятий см. Удинцевъ, Оставленіе заклада, 14, 19.

⁶ С. Рынкевичъ, 1002 сл.

и реестровый залогъ права на нѣдра земли и вообще горныхъ отводовъ (13/28). Возможенъ, съ согласія автора или наслѣдника его, залогъ авторскаго права (ст. 695¹⁰, ср. 13/12). Сложнѣе вопросъ о залогѣ правъ требованія. Такой залогъ только въ томъ случаѣ обезпечиваетъ вещную силу залога, если право требованія не связано съ личностью должника, а связано съ документомъ, и документъ переданъ залогопринимателю или даже его копія, но на подлинникѣ сдѣлана отмѣтка о залогѣ. Такимъ образомъ, фактически получается закладъ вещи—документа или его копіи. При чемъ, при совершеніи залога кредиторъ должно быть предоставлено право взыскать по документу въ случаѣ неуплаты долга, и такое соглашеніе выражается заранѣе въ уступкѣ права требованія кредиторю. У насъ, по гражданскимъ законамъ, возможенъ залогъ на такія права требованія, которыя не связаны съ личностью должника, какъ то на акціи и процентныя бумаги; при чемъ подробно регулируется данный залогъ (ст. 1674¹, 89/2).¹

Гораздо шире и свободнѣе признаетъ закладъ правъ Ш. У. (ст. 899 и сл.). Оно допускаетъ закладъ всѣхъ правъ и требованій, если они отчуждаемы: при чемъ, подчиняетъ такой закладъ, по общему правилу, постановленіямъ о ручномъ закладѣ (ст. 899 п. 2), и допускаетъ закладъ такихъ требованій, которыя не имѣютъ акта (ст. 900). Самый закладъ требуетъ письменной формы; увѣдомленіе же должника необязательно (ст. 900). Для залога же бумагъ на предъявителя достаточно передачи листа вѣрителю (ст. 901). Допускается и перезакладъ съ увѣдомленіемъ предыдущаго вѣрителя-залогопринимателя (ст. 903). Сложнѣе и менѣе совершенны правила о залогѣ правъ, принятыя въ Г. У. (ст. 1273)², коимъ слѣдуетъ и проектъ.³ Въ литературѣ возражаютъ противъ залога правъ, главнымъ образомъ, потому, что залогъ есть право на вещь, а не на требованіе и вообще на какое либо право.⁴ Поэтому одни отрицаютъ вещный характеръ залога правъ (Зомъ, Бремеръ, Кассо, Звоницкій), признавая объектомъ залога не вещь, а цѣнность, другіе въ сущности отрицаютъ залоговой характеръ залога права (Дернбургъ и др., у насъ Васильковскій), признавая залогъ требованій въ несобственномъ смыслѣ, какъ цессію (цессіонная теорія), или какъ сингулярное преемство (Гельвицъ и др.).⁵ Повидимому, воззрѣніе на залогъ правъ, какъ на абсолютное право получить удовлетвореніе изъ мѣнновой цѣнности наиболѣе отвѣчаетъ природѣ залога правъ (Кассо, Гуляевъ, Звоницкій).⁶ Исходя изъ даннаго воззрѣнія легко подвести залогъ подъ общее понятіе о залогѣ, какъ абсолютномъ правѣ присвоенія мѣнновой цѣнности, количественно и качественно опредѣленной для каждаго залогопринимателя.⁷

Наконецъ, слѣдуетъ замѣтить, что возможенъ залогъ и залогового права. Такой залогъ слѣдуетъ отличать отъ уступки залогового права, какъ передачи съ согласія должника или безъ согласія (цессія). Наши законы не знаютъ залога залогового права; но допустимость его очевидна тамъ, гдѣ въ видѣ общаго правила допускается залогъ правъ. Проектъ вѣдчиннаго устава (также Проектъ гр. ул.), говоритъ о залогѣ залогового требованія (точнѣе было-бы сказать о залогѣ залогового права).⁸

¹ О закладѣ бумагъ и билетовъ говорится въ положеніи о казенныхъ подрядахъ и поставкахъ (ст. 77 по изд. 1916 г.), въ Уставѣ государственнаго банка (ст. 127, 134) и въ другихъ банковыхъ уставахъ. Въ обычаѣ закладывать векселя по передаточнымъ надписямъ (фидуціарный закладъ права).

² Ср. Гойхбаргъ, Залогъ движимости (Пр. 1911, 1394 и 1460).

³ Ст. 1155—1173. Закладу подлежатъ лишь такія требованія, которыя имѣютъ своимъ предметомъ денежную сумму и обременены въ форму письменнаго акта (ст. 1155).

⁴ Не признаютъ залога правъ въ нашихъ законахъ Анненковъ и Шершеневичъ, Учебникъ русск. гр. пр. I 433 (11 изд.).

⁵ Подробнѣе А. Звоницкій, О залогѣ по русскому праву, Киевъ 1912, стр. 201, 204, 209.

⁶ Звоницкій, стр. 245.

⁷ Кассо (Понятіе о залогѣ стр. 240), считаетъ, что дѣленіе правъ на вещныя и личныя должно вообще исчезнуть.

⁸ Подробнѣе см. Фрейтагъ-Лоринговенъ, Матер. право II 243 и сл. При чемъ форма залога можетъ быть и актовая и книжная.

§ 34. ЗАЛОГОВОЕ ПРАВО ВЪ НЕСОБСТВЕННОМЪ СМЫСЛѢ.

1. *Залоговое право въ несобственномъ смыслѣ есть самостоятельное залоговое право.*

Самостоятельностью оно отличается отъ залогового права въ собственномъ смыслѣ: послѣднее является отношеніемъ д о п о л н и т е л ь н ы м ъ (а к ц е с с о р н ы м ъ) къ главному отношенію, — долговому обязательству, и безъ него не существуетъ. Иными словами, залоговое право въ несобственномъ смыслѣ или, какъ еще говорятъ, въ широкомъ смыслѣ, не является обезпеченіемъ обязательства и въ этомъ смыслѣ не можетъ быть названо обезпечительной ипотекой или обезпечительнымъ залогомъ, почему не можетъ итти и рѣчи о залогопринимателѣ, какъ кредиторѣ въ отношеніи должника. Залоговое право въ несобственномъ смыслѣ есть явленіе новое, по крайней мѣрѣ — во всей его нынѣшней широтѣ, и обязано, главнымъ образомъ, своимъ развитіемъ новому законодательству. Залоговое право въ несобственномъ смыслѣ выражается въ различныхъ формахъ, неизвѣстныхъ нашему праву: 1) въ оборотной ипотекаѣ, 2) ипотекаѣ ственника и 3) вотчинномъ долгѣ.

2. *Оборотная ипотека есть такое залоговое право, которое возникло въ обезпеченіе долгового обязательства, но съ переходомъ его въ руки добросовѣстныхъ третьихъ лицъ, стало самостоятельнымъ залоговымъ правомъ.*

Такимъ образомъ ясно, что оборотная ипотека въ отношеніи сторонъ, ихъ наследниковъ, есть залогъ въ собственномъ смыслѣ, но въ оборотѣ, въ отношеніи третьихъ добросовѣстныхъ лицъ становится самостоятельнымъ залоговымъ правомъ, залогомъ въ несобственномъ смыслѣ. Цѣль такой оборотной ипотеки ясна. Для третьихъ лицъ важно, чтобы залоговое право, перейдя въ нимъ, не перестало существовать вслѣдствіе недействительности долгового обязательства. Лица не могутъ знать возможныхъ пороковъ долгового обязательства. Поэтому для третьихъ лицъ связь залога съ обязательствомъ разрывается, залоговое право теряетъ свою акцессорность и становится самостоятельнымъ правомъ. Германское уложеніе знаетъ оборотную ипотеку въ видѣ общаго правила, такъ что въ сущности римская форма обезпечительной, акцессорной ипотеки на дѣлѣ замѣнена оборотной ипотекой, новой формой залога. Наши гражданскіе законы, къ сожалѣнію, не знаютъ оборотной ипотеки, и въ этомъ смыслѣ создается существенное препятствіе къ передачѣ залоговыхъ правъ. Приобрѣтатель залогового права по передачѣ всегда рискуетъ, что право окажется недействительнымъ, вслѣдствіе недействительности главнаго обязательственнаго отношенія. Оборотная же ипотека создаетъ для третьихъ лицъ такую же гарантію, какъ и векселя въ рукахъ третьихъ добросовѣстныхъ приобретателей.¹

3. *Ипотека собственника, какъ указываетъ самое названіе, есть залоговое право на собственное имущество.*

Такая конструкция кажется странной, ибо залоговое право существуетъ на чужую вещь, а не на собственную. Дѣйствительно, ипотека собственника не устанавливается для собственника, какъ такового. Она возникаетъ для него лишь такимъ образомъ, что залогоприниматель приобретаетъ право собственности на заложенную ему вещь, и такимъ образомъ соединяются въ одномъ лицѣ оба права. Такой же случай возможенъ, когда собственникъ приобретаетъ залоговое право, напр. по наследству, по уступкѣ права.

Вотъ въ этихъ случаяхъ, казалось бы, слѣдовало говорить, что залоговое право прекращается, такъ какъ право собственности поглощаетъ залоговое право, какъ меньшее право. Однако, уже и въ римскомъ правѣ не всегда допускалось такое поглощеніе.² Современное же право рѣшительно стало на точку зрѣніе сохраненія залогового права въ рукахъ собственника, что и носить названіе ипотеки собственника, т. е. сохраненія собственникомъ залогового права, установленнаго на его имущество. Къ такому сохраненію побуждаетъ интересъ собственника при множественности залогопринимателей. Собственникъ не можетъ противопоставить своего права собственности послѣдующимъ залогопринимателямъ, но онъ можетъ противопоставить имъ свое лучшее

¹ О позиціи проекта В. У. см. Фрейтагъ-Лоринговень (II, 107 сл.).

² Суральскій, Ипотека собственника по гражданскому праву (Пр. 1912, № 35, в 65).

по праву старшинства залоговое право. Далѣе, для собственника легче найти кредитора на свое залоговое право, если бы онъ пожелалъ передать его въ случаѣ, когда его залоговое право занимало лучшее мѣсто, напр., первая закладная. Поэтому при ипотекаѣ собственника послѣдующіе залогоприниматели не подвигаются вверхъ, а занимаютъ свои мѣста. Для собственника же облегчается кредитъ. Такое привилегированное положеніе собственника, соединяющаго въ своемъ лицѣ и залоговое право, ставить его собственностью въ привилегированное положеніе, и въ этомъ смыслѣ можно говорить о квалифицированномъ правѣ собственности. Что касается нашихъ законовъ, то они не знаютъ ипотеки собственника, и это составляетъ слабую сторону нашего залогового права. Напротивъ, Германское уложеніе знаетъ ипотеку собственника (ст. 1177, сл. ср. также Ш. У. ст. 827).¹ Ипотеку собственника не слѣдуетъ замѣнять институтомъ сохраненія старшинства для предстоящаго залога. 1) Значеніе ипотеки гораздо шире этого института. 2) при ипотекаѣ собственника имѣется готовое залоговое право, которымъ собственникъ можетъ легко воспользоваться.² Въ заключеніе слѣдуетъ замѣтить, что ипотека собственника есть лишь переходная стадія. Если, одновременно съ приобретеніемъ ипотеки собственникомъ погашается обязательственное требованіе (случай наиболее частый), то на дѣлѣ ипотека превращается въ вотчинный долгъ (ст. 1177 Г. У.). И только, если обязательственное требованіе сохраняется (случай болѣе рѣдкой), ипотека собственника является чистой ипотекой собственника.³

3. *Вотчинный долгъ есть самостоятельное возникающее залоговое право, обременяющее абстрактно недвижимость, съ тѣмъ, чтобы лицу, въ чью пользу установлено обремененіе, была уплачена изъ недвижимости опредѣленная денежная сумма или проценты съ извѣстной суммы, и вообще чтобы исполнялись другія придаточныя обязательства изъ недвижимостей (Г. У. ст. 1191).*

Вотчинный залогъ (Grundschuld) есть, такимъ образомъ, долгъ не лица, а т. ск. имѣнія, недвижимости. Въ отличіе отъ оборотной ипотеки и ипотеки собственника онъ не только существуетъ какъ самостоятельное залоговое право, но и самостоятельно в о з н и к а е т ъ безъ всякаго отношенія къ какому либо требованію, въ качествѣ его обеспеченія. Вотчинный долгъ является крайнимъ пунктомъ отрѣшенія залогового права отъ какого либо обязательства, но т. к. къ нему примѣняются соответственно правила объ ипотекаѣ, насколько они не видоизмѣняются тѣмъ, что вотчинный долгъ не предполагаетъ требованія (Г. У. ст. 1192), то его можно считать залоговымъ правомъ въ несобственномъ смыслѣ.

Вотчинный долгъ можетъ быть установленъ даже такъ, чтобы свидѣтельство о вотчинномъ долгѣ было выдано на предъявителя (Г. У. ст. 1195); и въ такомъ случаѣ свидѣтельство приравнивается къ бумагамъ на предъявителя (та же ст.), или вотчинный долгъ можетъ быть установленъ и прямо въ пользу собственника (ст. 1196).⁴ Для установленія вотчиннаго долга собственника необходимо заявленіе собственника вотчинному установленію о томъ, чтобы вотчинный долгъ былъ внесенъ въ его пользу въ вотчинную книгу (ст. 1197). Вотчинный долгъ легко обратить въ ипотеку; и въ этомъ большой смыслъ для собственника установить вотчинный долгъ въ свою пользу. Вотчинный долгъ выполняетъ роль вотчиннаго векселя⁵, какъ орудія уплаты. Какъ особый видъ вотчиннаго долга существуетъ рентный долгъ (Г. У. ст. 1199 сл.) При рентномъ долгѣ изъ недвижимости уплачиваются опредѣленные периодическія денежные суммы въ опредѣленные періодическіе сроки. Ш. У. (ст. 793) знаетъ также залогъ не только въ видѣ ипотеки, но и вотчиннаго долга, понимая подъ послѣднимъ абстрактное установленіе обремененія недвижимости

¹ Подробнѣе Суральскій (Пр. 1912, № 38, 2029). У него же см. возраженія противъ ипотеки собственника. Правильно говорить, Фрейтагъ-Лоринговень (II 182), что институтъ ипотеки собственника вполне цѣлесообразенъ и необходимъ для оборота. Наша же редакціонная коммиссія стнеслась къ данному институту съ рѣзкимъ осужденіемъ.

² Суральскій, Пр. 1912 № 40, 2130).

³ Фрейтагъ-Лоринговень, I 179.

⁴ Понятно, что при ипотекаѣ и вотчинномъ долгѣ собственника, послѣдній не пользуется вовсе правомъ ипотечнаго вѣрителя, при распредѣленіи выручки отъ публичной продажи заложенаго имущества (Ш. У. ст. 815).

⁵ Въ этомъ смыслѣ говорятъ о вотчинной векселизаціи (Базановъ, Происхожденіе современной ипотеки, 446 сл.).

въ качествѣ поземельнаго долга (Gült, ст. 847) и дозволяя его установление на сельско-хозяйственныхъ участкахъ, жилыхъ домахъ и строительныхъ площадяхъ (ст. 847). III. У. ставить требованіе, вытекающее изъ земельного долга, внѣ всякой личной отвѣтственности должника и не требуетъ для него основанія (ст. 847 п. 3). Что касается проекта, то онъ отклонилъ вотчинный долгъ, какъ форму реального кредита, опасаясь излишней мобилизаціи недвижимости (ср. ст. 1041 Проекта Уложения).¹

Глава V. Авторскія права и права на изобрѣтенія.

§ 35. АВТОРСКІЯ ПРАВА (ИМУЩЕСТВЕННЫЯ И ЛИЧНЫЯ)*.

I. Понятіе, объекты и субъекты авторскаго права.

Авторское право надо отличать отъ вещнаго права. Первое—есть право на духовное творчество человѣка, послѣднее—право на вещи, создаваемыя самой природой или физическимъ трудомъ человѣка. Такимъ образомъ, авторское право и вещное право регулируютъ различныя области труда человѣка; объекты ихъ различны, различно къ нимъ отношеніе законодательства, различна и ихъ юридическая конструкція.

Тѣмъ не менѣе, въ литературѣ, и при составленіи проекта Гр. Ул., и въ законодательствѣ дѣлались попытки подвести авторское право подъ вещное право. Въ частности наше старое законодательство (иначе нынѣ по закону 1911 г., ст. 695¹ сл.)² разсматривало авторское право, какъ литературную собственность и помѣщало авторское право въ прим. ст. 420 т. X ч. 1. Разсматривали авторское право и какъ право на нематеріальную вещь и въ этомъ условномъ смыслѣ считали его вещнымъ правомъ. Но, очевидно, такая конструкція не проникаетъ въ существо дѣла. Авторское право не только имущественное право, но и личное. Уже этимъ однимъ оно рѣзко отличается отъ вещнаго права. Истинная природа авторскаго права, какъ самостоятельнаго института, состоитъ въ томъ, что это есть право исключительной власти на духовное творчество человѣка. Въ этомъ смыслѣ авторское право м. б. названо правомъ абсолютнымъ. Въ такомъ пониманіи авторское право есть институтъ 19 вѣка. Прежде же защита давалась авторамъ и типографамъ въ видѣ лишь привилегій на распространеніе произведеній. Очевидно, мысль о томъ, что авторское право есть право на

¹ См. еще Фрейтагъ-Лоринговень, II 269 (у него же разборъ Проекта В. У).

*Историческій очеркъ развитія авторскаго права на Западѣ и у насъ даетъ Канторовичъ (Авторское право, 2 изд. 1916 г.), съ изложеніемъ судебной практики, нашей и иностранной, и указаніемъ отечественной литературы. Его же, Вопросы авторскаго права (Пр. 1913 г. №№ 18—21 и 1915 №№ 31 и сл.). Займовскій, Авторское право, Изд. 2 (1914 г.). Бѣляцкинъ, Новое авторское право въ его основныхъ принципахъ (1912). Бар. А. Симолинъ, Охрана личныхъ правъ авторовъ въ новомъ законѣ объ авторскомъ правѣ 20-го марта 1911 г. (въ Вопросахъ Права, 1912 X (2), стр. 90 и сл.). Шендорфъ, Субъектъ авторскаго права (Ж. М. Ю. 1913, № 3). Б. Ландау, Авторское право на газетныя статьи и замѣтки (Пр. 1913, № 12). В. Поповъ, Еще къ вопросу о толкованіи ст. 28 зак. объ автор. правѣ (Пр. 1914, № 18). Его же, Частныя письма, не предназначенныя къ напечатанію (Ж. М. Ю. 1913, № 4). А. Завадскій, Право на собственное изобрѣтеніе (Каз. 1909). А. Завадскій, Къ юридической сторонѣ спора между графинями А. Л. и С. А. Толстыми о рукописяхъ Л. Н. Толстого (Ю. В. IV 231). В. Л. Исаченко, Авторское право при несостоятельности собственника его (Пр. 1913 № 15). А. Бѣляцкинъ, Авторское право и несостоятельность (В. Г. П. 1913 № 5). Старую литературу см. Шершеневичъ, Учебникъ (11 изд. I 457). Я. Канторовичъ, Авторское право на художественно-промышленныя произведенія (Ж. М. Ю. 1913, июнь). Литовченко, Нѣкоторые вопросы авторскаго права въ области драматической и музыкальной (Ж. М. Ю. 1916 № 7). Канторовичъ, Право драматизаціи (Пр. 1913 г. № 7). Авторское право художниковъ и фотографовъ (Труды Всерос. Съезда, I-VI). Дуканскій, Авторское право въ архитектурѣ 1916). Юристъ, Кинематографическое право. (Театръ и искусство, 1915 №№ 23—26). Гетхманъ, Авторское право въ кинематографической промышленности (Пр. 1914 № 21). Канторовичъ, Кинематографическое право (Пр. 1912 №№ 3 и 6).

² Мѣсто авторскому праву отведено, однако, въ кн. II разд. II о порядкѣ приобрѣтенія и укрѣпленія правъ на имущество. Ср. Канторовичъ (Пр. 1915, 31, 2033).

результатъ творческаго труда, могла родиться только въ вѣкъ острой борьбы человѣка за существованіе, когда стало ясно, что трудъ автора есть именно, трудъ, который такъ же подлежитъ защитѣ, какъ и трудъ, вложенный въ вещи. Итакъ—

1. Авторское право есть исключительное право автора на использование своего творчества въ имущественномъ и личномъ интересѣ.¹

Какъ право въ имущественномъ интересѣ, оно есть имущественное право, выражающееся въ томъ, что авторъ въ правѣ лично или, передавъ это право другимъ, извлекать изъ своего творчества выгоду всѣми возможными способами, воспроизводя, публикуя и распространяя свое произведеніе (положительная сторона) и въ правѣ воспрепятствовать дѣлать это безъ его дозволенія всѣмъ и каждому (отрицательная сторона, исключительная). Какъ право въ личномъ интересѣ, авторское право даетъ автору личное право изменять и даже уничтожить свое произведеніе (положительная сторона), защищать его отъ всякихъ передѣлокъ и присвоеній къмъ бы то ни было авторства (отрицательная сторона). Подробнѣе см. содержаніе авторскаго права.

2. а) Объекты и б) субъекты авторскаго права—понятія тонкія и сложныя.

а. Объектъ авторскаго права есть творчество, точнѣе, творческій продуктъ.

Это значитъ, что творчество должно объективироваться, существовать внѣ автора. Только тотъ продуктъ духовнаго творчества подлежитъ защитѣ, который можно фиксировать, закрѣпить.² Но это не значитъ, что всѣ продукты творчества, которые можно закрѣпить, служатъ объектомъ авторскаго права. Такъ, не подлежитъ у насъ защитѣ право редактора, хотя редакторство фиксируется. Но, признавая объектомъ авторскаго права творчество въ смыслѣ продукта творчества, произведенія, способнаго къ закрѣпленію, объективированію, не надо смѣшивать его съ конкретнымъ выраженіемъ вовнѣ, напр., съ экземпляромъ книги. Въ послѣднемъ случаѣ рѣчь можетъ идти лишь о правѣ собственности на книгу. То же самое слѣдуетъ сказать о картинѣ, статуѣ, ногахъ, и т. д. Равнымъ образом, нельзя смѣшивать авторское право и съ другими вещными субстратами его, напр. доходами отъ авторскаго права. Самое же творчество выражается въ объективированномъ сочетаніи мыслей, звуковъ, красокъ, линій. Въ соотвѣтствіи съ этимъ различаютъ произведенія: литературныя, музыкальныя, художественныя, фотографическія и имъ подобныя.

а. Литературныя произведенія, т. е. какъ письменныя, такъ и изустныя, не исключая импровизаций, рѣчи, лекцій, рефератовъ и т. п. Въ частности, къ литературнымъ произведеніямъ законъ относитъ:

1) Изданіе древнихъ рукописей (ст. 695¹³), сборниковъ народныхъ пѣсень, мелодій и т. п. (ст. 695³⁰). Такимъ образомъ, нашъ законъ знаетъ т. называемую *editio princeps*, оставленную новыми законодательствами.

2) Газеты, журналы и прочія повременныя изданія—равно сборныя изданія, альманахи и пр.³ Допускается, однако, перепечата,

¹ Отличая авторское право отъ вещнаго, спорятъ, есть ли авторское право по существу личное право (у насъ, повидимому, Шендорфъ, Бѣляцкинъ); личная теорія, раздѣляемая и французской практикой) или оно имущественное право, съ которымъ личное право лишь связано (Канторовичъ), или то и другое, какъ самостоятельныя авторскія права (Симолинъ). Последнее мнѣніе, кажется, все же правильнѣе, хотя нельзя отрицать, что иныя личныя права тѣсно связаны съ имущественными правами автора.

² Если творчество неспособно къ объективированію, то оно, рождаясь, тотчасъ же умираетъ. Въ литературѣ, въ частности, спорно: есть ли объектъ авторскаго права редакторство (см. Ландау, Пр. 1913, 746, Шендорфъ, 174), игра артистовъ-исполнителей, а также художественная работа режиссера (противъ Канторовичъ, за-Симолинъ). Данный вопросъ есть отчасти вопросъ техники; но, примѣнительно къ толкованію ст. 671¹ (см. Канторовичъ, Пр. № 32, 2071 сл.), онъ дѣйствительно неясенъ. Режиссура же не подлежитъ защитѣ (О. Пергаментъ въ Стеногр. отъ III думы II сессія, ч. III, ст. 1432—1433).

³ См. Ландау (Пр. 1913 № 12 746).

тывать изъ чужихъ повременныхъ изданій извѣстія о текущихъ событіяхъ и новостяхъ дня, а равно иногороднія сообщенія по телеграфу и телефону, хотя бы получаемыя отъ собственныхъ корреспондентовъ. Однако, иногороднія сообщенія по телеграфу и телефону не дозволяется воспроизводить въ мѣстныхъ газетахъ въ теченіе 18 часовъ со времени ихъ опубликованія, если они снабжены запретительною оговоркою (ст. 695⁴⁰). Другія статьи повременныхъ изданій могутъ быть также перепечатаны въ тѣхъ случаяхъ, когда по отношенію къ нимъ не послѣдовало запрещенія автора (запретительная оговорка). Впрочемъ, слѣдуетъ замѣтить, что во всякомъ случаѣ воспрещаются постоянныя перепечатки изъ одного и того же изданія.

3) Изданіе географическихъ, топографическихъ и другихъ картъ, атласовъ, чертежей и т. п., если только по главной цѣли своей и назначенію такіа произведенія не относятся къ числу художественныхъ (ст. 695⁴¹).

4) Частныя письма, дневники, и всякія частныя записки. Письма, не предназначавшіяся авторомъ къ напечатанію (право частной корреспонденціи) могутъ быть изданы лишь съ обоюднаго согласія автора и адресата.¹ Въ случаѣ же смерти одного изъ нихъ и отсутствія особаго съ ихъ стороны распоряженія, требуется согласіе лицъ, имѣющихъ право наслѣдованія по закону (ст. 695²⁸). Дневники же и всякія частныя записки, не предназначавшіяся къ напечатанію, требуютъ также согласія лицъ, имѣющихъ право наслѣдованія по закону, если умершимъ не было сдѣлано особаго распоряженія (ст. 695²⁹). По истеченіи же 50 лѣтъ со времени смерти послѣдняго изъ лицъ, ведшихъ между собою переписку, или смерти автора дневника и частныхъ записокъ, требуется лишь согласіе пережившихъ супруговъ и дѣтей названныхъ лицъ (ст. 695^{28, 29}).

5) Переводы, въ частности параллельныя, т. е. такіе, которые печатаются одновременно на нѣсколькихъ языкахъ. Такъ, напр., русскій переводъ съ англійскаго, изданный одновременно съ подлинникомъ въ Англии, будетъ считаться у насъ подлинникомъ и уже защищаться согласно авторскому праву (ст. 695³⁴). Это постановленіе ослабляетъ дѣйствіе нашего закона, по которому не пользуются правомъ перевода иностранцы, издавшіе свои сочиненія за границей, если только не заключены соответствующія о томъ конвенціи (ст. 695³⁵). За указаннымъ исключеніемъ, всѣ авторы, какъ иностранцы, такъ и русскіе, имѣютъ право на переводъ (ст. 695³³).

6) Передѣлки безъ согласія автора изъ одной литературной формы въ другую не допускаются (ст. 695³¹, ср. 695⁷⁵).²

7) Прямо исключены изъ дѣйствія авторскаго права законы, правительственныя распоряженія, постановленія законодательныхъ и общественныхъ собраній, съ относящимися сюда матеріалами, судебныя рѣшенія и рѣчи, произнесенныя въ публичныхъ собраніяхъ. См. стг. 695^{37, 38}. За авторами публичныхъ рѣчей сохраняется, однако, исключительное право на изданіе какъ отдѣльныхъ рѣчей, такъ и сборниковъ ихъ.

8. Музыкальныя произведенія, въ томъ числѣ музыкальныя импровизаціи (ст. 695¹ п. 2). Въ частности, автору принадлежитъ право переложенія музыкальныхъ произведеній (т. е. переводы) на голоса, инструменты, оркестръ и на всякаго рода механическія ноты, предназначенныя для исполненія произведеній посредствомъ граммофоновъ, фонографовъ, піаноль и т. п. инструментовъ (695⁴²)³. Слѣдовательно, лишь переложеніе на механическіе инструменты съ неподвижными валиками, наприм., на шарманки и т. п., не требуетъ согласія автора.⁴ См. стр. 247 прим. 2.

в. Художественныя произведенія: живопись, гравированіе и другіе виды графическаго искусства, ваяніе и зодчество (ст. 695¹ п. 3). Къ правамъ автора законъ относитъ: 1)

¹ Шендорфъ (Ж. М. Ю. 1913 № 3 176). См. ниже стр. 249.

² Вопросъ о передѣлкѣ повѣствовательнаго произведенія въ драматическую форму (право драматизаціи) и наоборотъ, — споренъ въ литературѣ и неодинаково рѣшается въ законодательствахъ (см. Канторовичъ, Право драматизаціи, Пр. 1913, 390). За широкую свободу драматизаціи Шершеневичъ, но правильнѣе держаться взгляда новѣйшихъ законодательствъ, — признавать драматизацію нарушеніемъ права автора. Право драматизаціи не предполагается, хотя авторъ и передалъ свое авторское право (§§ 11-12 Герм. зак. 19 іюня 1901 г. (у насъ 695⁷⁵ ср. 695³¹).

³ Право автора запрещать переложеніе своего произведенія на механическія ноты существовало и до зак. 20 марта 1911 г., см. рѣш. 17 февр. 1916 г. (въ В. Пр. 1916 № 13, 343).

⁴ Спорно, принадлежитъ ли автору право воспрещать концертное исполненіе извлеченій изъ музыкально-драматическаго произведенія, отдѣльно и безъ запретительной надписи изданныхъ не для сценическаго, а для музыкальнаго исполненія (за—Литовченко, 98).

художественныя воспроизведенія твореній автора всѣми способами, относящимися къ тому же роду искусства. Поэтому авторъ не имѣетъ права на воспроизведеніе своихъ художественныхъ твореній путемъ перевода ихъ изъ области живописи въ область ваянія и наоборотъ (ст. 695⁵⁶ п. 1). 2) Произведенія, созданныя авторомъ по заказу. 3) Планы, чертежи и рисунки для архитектурныхъ строеній, если одѣлана авторомъ запретительная оговорка (ст. 695⁵⁷). При этомъ законъ постановляетъ, что продажа плановъ, чертежей и рисунковъ предполагаетъ право покупателей производить сооружеія и постройки (та же ст.). 4) Ротовыя произведенія архитектурнаго искусства, хотя законъ буквально говорить о зодствѣ, т. е. о производствѣ всякихъ строеній (ст. 695¹ п. 3, ср. ст. 695⁵⁷).¹

г. Фотографическія и подобныя имъ произведенія (ст. 695¹ п. 4), подъ условіемъ означенія на каждомъ экземплярѣ фирмы или имени, фамиліи и мѣста жительства фотографа или издателя фотографіи и года выпуска въ свѣтъ фотографическаго произведенія (ст. 695⁶⁰).

Наше законодательство оставляетъ, однако, безъ вниманія воспроизведеніе авторскихъ произведеній путемъ кинематографовъ.² См. ниже стр. 249.

б. Субъектами авторскаго права признаются русскіе подданные и, съ нѣкоторыми существенными ограниченіями, иностранцы.

За русскими подданными авторское право признается безъ исключенія въ отношеніи всѣхъ произведеній.³ Иностранцы же не считаются субъектами русскаго авторскаго права въ томъ случаѣ, если они опубликовали свои произведенія исключительно за границей (ст. 695⁴).⁴ Впрочемъ, и въ этомъ случаѣ наше законодательство не проводитъ послѣдовательно націонализма авторскаго права и, въ видѣ исключенія, охраняетъ произведенія ихъ отъ перепечатки (ст. 695^{32, 44}). Авторомъ произведенія можетъ быть одно или нѣсколько лицъ. Если произведеніе нѣсколькихъ авторовъ образуетъ одно неразрывное цѣлое, то такое произведеніе принадлежитъ всѣмъ авторамъ (соавторство), по правиламъ объ общей собственности (ст. 695⁵). Однако, музыкальныя произведенія, написанныя на чужой текстъ (соавторство въ несобственномъ смыслѣ) принадлежатъ исключительно композитору (ст. 695⁴⁵, ср. 695⁴⁶). Для признанія за авторомъ права нѣтъ необходимости, чтобы онъ опубликовалъ свое имя; слѣдовательно, признаются субъектами и авторы анонимныхъ и псевдонимныхъ произведеній (ст. 695¹⁷).

Авторское право возникаетъ, однако, не только первоначальнымъ способомъ (первоначальное авторское право), но и производными (производное авторское право). Поэтому, субъектами авторскаго права могутъ быть тѣ лица, коимъ авторъ передалъ свое право по письменному договору (также издатели) и тѣ лица, къ коимъ авторское право перешло по наслѣдству (по закону

¹ Что возведенное зданіе, какъ законченное архитектурно-художественное произведеніе, предметъ авторскаго права, если произведеніе имѣетъ художественную цѣнность, см. Диканскій (836, у него же рядъ вопросовъ, поставленныхъ для разрѣшенія юристамъ). Право зодчихъ вообще слабо разработано въ законѣ.

² Въ литературѣ высказываются за ненаказуемость кинематографическаго воспроизведенія драматическихъ произведеній (Литовченко, 100). О защитѣ кинематографическихъ произведеній см. Гетхманъ (стр. 1674). Ср. также конвенцію съ Даніей (С. У. 1914 ст. 1202). При этомъ, въ конвенціи рѣчь идетъ (ст. 13) о недопустимости воспроизведенія литературныхъ и художественныхъ произвеній посредствомъ кинематографа, безъ согласія автора. При чемъ, поскольку такимъ воспроизведеніемъ не нарушаются права авторовъ, кинематографическое произведеніе охраняется какъ подлинное произведеніе (та же ст.).

³ Т. е., какъ появившихся, такъ и не появившихся въ свѣтъ, и при томъ безразлично гдѣ: за границей или въ Россіи. Подъ «появленіемъ въ свѣтъ» разумѣется опубликованіе произвенія или выпускъ его (ср. рѣш. 17 февр. 1916 г., Пр. 1916 стр., 690), а также публичное исполненіе, спорно. См. Шендорфъ, 182.

⁴ Международная защита авторскихъ правъ признана у насъ не присоединеніемъ Россіи къ союзу Бернской конференціи, а путемъ отдѣльныхъ конвенцій съ Франціей, Германіей, Бельгіей, Даніей (Канторовичъ, Автор. пр., гл. 3).

или по завѣщанію).¹ Но авторское право не можетъ быть, безъ согласія автора или его наслѣдниковъ (ст. 695¹⁰), приобрѣтено путемъ взысканія по ихъ долгамъ или переуступлено издателемъ другому лицу. Законъ допускаетъ, однако, возможность перехода издательскаго предпріятія изъ однѣхъ рукъ въ другія по долгамъ издателя въ предѣлахъ договора (ст. 695¹⁰). Въ частности, добровольное отчужденіе авторомъ своихъ будущихъ произведеній сохраняетъ силу на срокъ не свыше пяти лѣтъ, хотя бы въ договорѣ была условлена и большая его продолжительность или безсрочность (ст. 695⁹).

Наконецъ, считаются субъектами авторскаго права лица, изображенныя на портретахъ и въ видѣ бюстовъ по заказу этихъ лицъ,² переводчики (695³⁶), обработчики чужого произведенія (у насъ нѣтъ этихъ субъектовъ), издатели т. наз. Editio princeps (стр. 243). Спорно, можетъ ли быть субъектомъ первоначальнаго авторскаго права юридическое лицо (Шендорфъ, 163).

II. Возникновеніе и прекращеніе авторскаго права.

1. Авторское право возникаетъ путемъ творчества, безъ всякихъ формальностей, лишь бы оно объективировалось.

Только въ нѣкоторыхъ случаяхъ необходимы т. н. запретительныя оговорки. Такъ, напр., право композитора на публичное исполненіе музыкальнаго произведенія охраняется лишь въ томъ случаѣ, если композиторомъ на каждомъ экземплярѣ музыкальнаго произведенія указано, что онъ оставляетъ за собой это право (ст. 695⁴⁸). Точно также авторъ литературнаго произведенія, для сохраненія за собой исключительнаго права на переводъ, долженъ на заглавномъ листѣ или въ предисловіи, заявить о сохраненіи за собой этого права (ст. 695⁴⁸, п. 1). Статьи повременныхъ изданій по общему правилу могутъ быть перепечатаваемы въ тѣхъ случаяхъ, когда по отношенію къ нимъ не послѣдовало воспрещеніе автора (ст. 695⁴⁰). При этомъ законъ прямо говоритъ о запретительной оговоркѣ съ силой въ теченіе 18 часовъ со времени опубликованія иногороднихъ сообщеній по телеграфу и телефону (ст. 695⁴⁰ п. 3). Для сохраненія за фотографомъ права на фотографическія изображенія необходимо обозначеніе фотографа и года выпуска въ свѣтъ произведенія (ст. 695⁶⁰). При возникновеніи авторскаго права необходимо, далѣе, различать опубликованіе произведенія и его созданіе (неопубликованное произведеніе). Очевидно, запретительныя оговорки въ указанныхъ случаяхъ имѣютъ въ виду опубликованныя, выпущенныя въ свѣтъ произведенія. Наконецъ, необходимо подчеркнуть, что авторское право возникаетъ и производнымъ способомъ въ лицѣ правопреемниковъ (наслѣдниковъ, издателей и т. д.

¹ Авторское право послѣ смерти автора переходитъ къ его наслѣдникамъ согласно общимъ гражданскимъ законамъ; причемъ, однако, супругъ или родители, оказавшіяся единственными наслѣдниками въ отношеніи авторскаго права, получаютъ: первый—все авторское право, а не указную долю, вторые же—въ собственность, а не въ пожизненное владѣніе. Если же остались единственными наслѣдниками вмѣстѣ супругъ и родители, то, согласно правиламъ объ общей собственности, всѣ они наслѣдуютъ въ равной долѣ (ст. 695⁶). Наконецъ, если авторъ не оставилъ наслѣдника ни по завѣщанію, ни по закону, то авторское право прекращается со дня смерти автора, а не становится выморочнымъ. Исключеніе сдѣлано для соавтора. Его авторское право не прекращается, а переходитъ къ остальнымъ авторамъ того же произведенія (ст. 695⁷).

² Рѣчь идетъ о заказчикахъ (ст. 695^{52, 59} ср. ст. 695⁶² п. 2). Данное право заказчиковъ, какъ субъектовъ права, принадлежитъ и правопреемникамъ заказчиковъ. За указаннымъ исключеніемъ, или въ случаѣ иного согласенія, авторское право принадлежитъ автору, а не заказчику. Въ частности, не только портреты, но и другія фотографическія произведенія, исполненныя по заказу, принадлежатъ заказчику, какъ субъекту авторскаго права (ст. 695⁵⁹).

³ Въ нѣкоторыхъ законодательствахъ недостаточно, однако, факта созданія произведенія, требуется еще регистрація (Италія, С. А. С. Штаты и пр.). См. подробнѣе Шендорфъ, стр. 162).

стр. 245). Возможно приобретение авторского права и съ публичнаго торга, правда при согласіи на то автора или его наслѣдниковъ (см. ниже.) Отсюда приобретение авторскаго права надо отличать отъ возникновенія его, ибо при приобретеніи необходимы уже тѣ или другія формальности, безъ коихъ авторское право не переходитъ отъ автора къ другимъ лицамъ.

2. *Имущественное авторское право прекращается: а) съ наступленіемъ срока, б) смертью автора и в) отреченіемъ.*

а. Въ противоположность многимъ вещнымъ правамъ и, въ частности, праву собственности, авторское право срочное. По общему правилу, оно пожизненно существуетъ у автора и въ теченіе нѣкотораго времени у его наслѣдниковъ или иныхъ правопреемниковъ и затѣмъ прекращается. Каждый тогда въ правѣ пользоваться авторскимъ правомъ въ имущественномъ интересѣ; наслѣдники автора не имѣютъ болѣе исключительнаго права на защиту и уравниваются со всѣми лицами.

Срочность авторскаго права имѣетъ своей цѣлью сдѣлать творчество автора, въ силу свободной конкуренціи изданія его произведеній и т. д., всеобщимъ достояніемъ. И какъ авторъ для своего творчества черпалъ многое изъ творчества предшественниковъ, такъ теперь онъ самъ становится доступнымъ источникомъ творчества для потомковъ. Большая или меньшая срочность и есть та средняя линія, которая примиряетъ интересы общества и человѣческой личности.

1) *Для литературныхъ, музыкальныхъ и художественныхъ произведеній срокъ авторскаго права у насъ 50 лѣтъ со времени смерти автора, хотя бы произведение впервые появилось на свѣтъ по смерти автора (ст. 695¹¹).*¹

При соавторствѣ, указанный пятидесятилѣтній срокъ исчисляется для произведенія, образующаго одно нераздѣльное цѣлое, со времени смерти послѣдняго автора, пережившаго всѣхъ остальныхъ (ст. 695¹², ср. ст. 695¹⁵). Однако, пятидесятилѣтній срокъ въ двухъ случаяхъ исчисляется со дня появления въ свѣтъ произведенія. Во первыхъ, если произведение появилось въ свѣтъ безъ означенія фамиліи автора (а н о н и м н о) или подъ вымышленнымъ именемъ (п с е в д о н и м н о), и если, до истеченія этого срока, авторомъ либо его правопреемниками не будетъ заявлено авторское право на произведение (ст. 695¹⁷). Во-вторыхъ, если будутъ изданы сборники произведеній народнаго творчества, сохранившихся въ изустномъ преданіи, и произведеній народнаго искусства (ст. 695¹³ п. 1).²

2) *Въ отношеніи повременныхъ и сборныхъ изданій, составленныхъ изъ отдѣльныхъ произведеній различныхъ авторовъ, авторское право издателей ограничивается двадцатью пятью годами со времени появленія въ свѣтъ изданій.*

Сотрудники же имѣютъ авторское право на свое отдѣльное произведение, если противное не оговорено въ договорѣ (ст. 695¹⁴).

¹ О защитѣ авторскаго права на частныя письма сверхъ 50 лѣтъ см. ниже.

² Срокъ авторскаго права исчисляется съ 1-го января того года, въ которомъ авторъ умеръ или произведение появилось въ свѣтъ (ст. 695¹⁸). Въ тѣхъ случаяхъ, когда срокъ исчисляется со времени появленія въ свѣтъ произведенія, онъ опредѣляется по времени появленія cadaго тома, номера, книжки или тетради, а для произведеній, издаваемыхъ выпусками, даже со дня послѣдняго выпуска, если промежутки между изданіемъ отдѣльныхъ выпусковъ не превышаютъ двухъ лѣтъ (ст. 695¹⁶).—Совершенно своеобразное положеніе занимаетъ исключительное право фабрикантовъ механическихъ нотъ, предназначенныхъ для граммофоновъ, фонографовъ, піаноль и тому подобныхъ инструментовъ, если на этихъ нотахъ означены фирма или имя и фамилія фабриканта (ст. 671¹ т. X ч. 1 по продолж. 1912 г.). Выдѣляя это право изъ Положенія объ авторскомъ правѣ, законъ, какъ будто, тѣмъ самымъ призналъ безсрочность права фабрикантовъ (Б ѣ л я ц к и н ѣ, К а н т о р о в и ч ѣ). Такое заключеніе не соответствуетъ общему смыслу положенія объ авторскомъ правѣ, какъ правѣ срочномъ, т. к. право фабрикантовъ есть въ сущности авторское право исполнителей музыкальныхъ произведеній; см. б а р. А. С и м о л и н ѣ (въ Юрид. Вѣст. 1914 кн. V стр. 175 и сл.).

3) Авторское право на фотографическія произведенія признается за фотографами въ теченіе десяти лѣтъ со времени появленія въ свѣтъ произведенія (ст. 695⁶¹ п. 1, ср. ст. 695⁵⁹).

Но изъ этого срока сдѣланы два исключенія въ сторону удлиненія его. Во-первыхъ,—до двадцати пяти лѣтъ, если фотографическія произведенія изданы въ видѣ сборниковъ или серій снимковъ, представляющихъ самостоятельный художественный, историческій или научный интересъ (ст. 695⁶¹ п. 2). Во-вторыхъ, срокъ авторскаго права на фотографическія произведенія уравнивается со срокомъ на литературныя произведенія, если фотографическія произведенія являются составной частью ихъ, хотя бы и въ видѣ приложения (ст. 695⁶² п. 3).!

4) Наконецъ, авторское право на переводы ограничивается десятилѣтнимъ срокомъ со времени изданія подлинника, подъ условіемъ напечатанія перевода въ теченіе пяти лѣтъ со времени изданія подлинника (ст. 695³³).

6. Авторское право прекращается смертью автора, если онъ не оставилъ послѣ себя наслѣдниковъ или «не распорядился при жизни своимъ авторскимъ правомъ» (ст. 695⁷). Подъ распоряженіемъ надо понимать всякое юридически дѣйствительное распоряженіе, а не только завѣщаніе.

в. Что касается отреченія отъ авторскаго права, то подъ нимъ слѣдуетъ разумѣть отказъ автора или его наслѣдниковъ отъ авторской защиты, пока она существуетъ для даннаго произведенія. Хотя нашъ законъ и не говоритъ объ отреченіи, но нѣтъ основанія не признавать его, т. к. каждый воленъ отказываться отъ своего имущественнаго гражданскаго права (ст. 1547).

3. Сложнѣе вопросъ о прекращеніи личнаго авторскаго права.

Хотя законъ, излагая способы прекращенія авторскаго права, и не говоритъ прямо объ имущественномъ авторскомъ правѣ, а вообще объ авторскомъ правѣ, тѣмъ не менѣе нельзя дѣлать того вывода, что личныя права автора прекращаются тѣми же способами, какъ и имущественныя. Такъ, отреченіе отъ личныхъ правъ столкнулось бы въ нѣкоторыхъ случаяхъ съ требованіями публично-правового порядка (ст. 1528), въ частности съ нормами уголовного права.¹

На этомъ же основаніи слѣдуетъ признать, что истеченіе срока авторскаго права не прекратитъ личныхъ правъ автора (иначе бар. Симолинъ). Нельзя допустить, чтобы доброе имя и вообще память автора, по истеченіи сроковъ защиты авторскаго права, подвергались опороченію и эксплоатации, т. к. это противорѣчило бы общественному порядку и благочинію (ст. 1528). Что идея личныхъ правъ автора не была чужда законодателю (хотя и слабо имъ разработана), это доказывается тѣмъ, что отчужденіе авторскаго права противъ его воли и наслѣдниковъ недопустимо (ст. 695¹⁰), какъ равнымъ образомъ не м. б. приобрѣтено авторское право съ публичныхъ торговъ (ст. 1040 У. Г. С.). Постановленіе это, очевидно, продиктовано желаніемъ защитить личное право автора отъ кредиторовъ.² Недавно сенатъ рѣшительно подчеркнулъ недопустимость обращенія взысканія по долгамъ автора и его наслѣдниковъ на авторское право (13/17, 13/12).³ Въ связи съ этимъ слѣдуетъ рѣшать

¹ См. бар. А. Симолинъ, Охрана личныхъ правъ авторовъ, стр. 45 и сл.

² Противъ цѣлесообразности этого поставленія: бар. А. Симолинъ, 34 (здѣсь же указанія на литературу и разныя теченія въ теоріи и законодательствѣ), отчасти С. Бѣлякинъ, Авторское право и несостоятельность, стр. 71 и сл.—В. Л. Исаченко правильно показываетъ, что авторское право надо отличать отъ вещныхъ субстратовъ этого права (напр. доходовъ и т. д.), и что послѣдніе подлежатъ отчужденію съ торговъ (Пр. 1913, 929)

³ Подробнѣе С. Бѣлякинъ, стр. 54 и сл.

и вопросъ о недопустимости экспроприации авторскаго права, такъ какъ и она есть не что иное, какъ принудительное отчужденіе.¹

III. Содержаніе авторскаго права. Издательскій договоръ.

1. *Содержаніе авторскаго права состоитъ, прежде всего, въ исключительномъ правѣ всѣми возможными способами воспроизводить, опубликовывать и распространять свое произведеніе, а въ отношеніи драматическихъ, музыкальныхъ и музыкально-драматическихъ произведеній, сверхъ того,—въ исключительномъ правѣ на публичное ихъ исполненіе.*²

Въ частности, подъ «всѣми возможными способами» разумѣются всѣ способы, техники, съ помощью которыхъ возможно распространеніе произведеній автора.³ Однако, законъ не говоритъ о воспроизведеніи и распространеніи произведеній автора путемъ кинематографа.⁴ Спрашивается, можетъ ли авторъ литературнаго или художественнаго произведенія запретить воспроизведеніе своего произведенія кинематографическимъ путемъ, и далѣе—можетъ ли авторъ кинематографическаго произведенія запретить кинематографическое воспроизведеніе своего творенія. Первый изъ этихъ вопросовъ рѣшается утвердительно въ конвенціяхъ съ Германіей, Франціей и Даніей о защитѣ литературныхъ и художественныхъ произведеній (ст. 13). Но нѣтъ основанія не признавать защиты авторовъ литературныхъ и художественныхъ произведеній отъ самовольнаго воспроизведенія ихъ произведеній путемъ кинематографа и въ тѣхъ случаяхъ, когда этимъ путемъ не создается новое произведеніе (ср. ст. 3).⁵ Второй вопросъ рѣшается не менѣе утвердительно (та-же ст. 13 п. 2. конвенцій). Законъ говоритъ о защитѣ авторскаго права на «фотографическія и подобныя имъ произведенія» (ст. 695¹ п. 4). Кинематографическія же произведенія, въ сущности, представляютъ собой лишь рядъ фотографическихъ произведеній и потому могутъ быть отнесены къ произведеніямъ подѣбнымъ фотографіи.⁶

2. *Частныя письма, не предназначавшіяся авторомъ къ напечатанію, могутъ быть изданы лишь съ обоюднаго согласія автора и адресата (стр. 244).*

Въ литературѣ спорно, что служить критеріемъ для признанія писемъ, «не предназначавшимися» авторомъ къ напечатанію. Одни (бар. А. Симолинъ) считаютъ такимъ критеріемъ желаніе автора когда бы ни было оно выражено; другіе (Б. Поповъ), повидимому, болѣе правильно, защищаютъ объективный критерій—именно, опредѣленно распознаваемую для адресата волю автора въ началѣ переписки.⁷

3. *Авторъ и его наследники могутъ не только уступить право на изданіе произведеній, но и отчуждать его (о продажѣ см. стр. 247 ср. 13/12).*

Въ частности, слѣдуетъ замѣтить, что отчужденіе художникомъ своего произведенія не переноситъ тѣмъ самымъ авторскаго права на это произведеніе (ст. 695⁸¹). Что касается отчужденія авторскаго права по залогу, то оно возможно лишь въ томъ случаѣ, если авторъ или его наследники, устанавливая залогъ на авторское право, согласились на отчужденіе авторскаго права (ст. 695¹⁰, ср. 13/12). Напротивъ, право на изданіе можетъ быть предметомъ взысканія за долги издателя (ст. 695¹⁰).

¹ Правда, можетъ случиться, что по какимъ либо основаніямъ авторъ или его наследники не желаютъ издавать или переиздавать произведеніе, имѣющее большой общественный интересъ. Однако, нашъ законъ въ вопросѣ о принудительномъ отчужденіи отдаетъ предпочтеніе индивидуальному интересу автора и его наследниковъ (противъ бар. А. Симолинъ).

² Ст. 695⁴⁷. Въ практикѣ понятіе «публичнаго исполненія»—неясно. Канторовичъ (Пр. 1913, 1258).

³ Распространеніе слѣдуетъ понимать независимо отъ количества экземпляровъ. Авторъ имѣетъ право воспроизводить, опубликовать и распространить свое произведеніе хотя-бы въ одномъ экземплярѣ. Впрочемъ, нашъ законъ, въ противоположность германскому, прямо не предусматриваетъ этого.

⁴ Г. Гехтманъ (стр. 1674 и сл.) пытается опредѣлить содержаніе кинематографическаго авторскаго права (какъ и самую возможность защиты этого права) по аналогіи.

⁵ Нѣсколько иначе рѣшаетъ вопросъ Гехтманъ, стр. 1677.

⁶ Гехтманъ (стр. 1677) даетъ утвердительный отвѣтъ по аналогіи со ст. 695⁴⁷.

⁷ Подробнѣе см. бар. А. Симолинъ (стр. 106 и сл.). Б. Поповъ (въ Правѣ 1914 стр. 1461 и сл. и еще въ Ж. М. Ю. 1913 № 4.).

4. Что касается личных прав автора, то содержание их довольно различно.

1) Т. н. право на авторство, т. е. право запрещать всѣмъ и каждому выдавать цѣликомъ или въ части произведенія автора за свои (ст. 695¹⁹ и ст. 620 Уг. Ул. 1903 г.) или другого лица (ср. ст. 695⁷⁰); или приписывать автору произведеніе, ему не принадлежащее (см. ст. 695³—конецъ и ст. 620 Уг. Ул. 1903 г.)¹.

2. Право на то, чтобы безъ согласія автора не опубликовывали его произведенія (ст. 695²⁷ ст. 695⁴³)² и не раскрывали его анонима или псевдонима (ср. ст. 695²⁰ и 695⁷⁰).

3) О личном правѣ автора на передѣлку своего произведенія, измѣненій въ немъ и т. д. см. издательскій договоръ.³

4) Право лица на собственное изображеніе въ художественныхъ и фотографическихъ произведеніяхъ (право на собственную личность). Къ сожалѣнію, у насъ авторское право на фотографическій портретъ признано просто за заказчикомъ, между тѣмъ ими м. б. и не лицо, съ котораго снятъ портретъ (ст. 695⁵⁹ п. 2). Кроме того, фотографическія произведенія вообще слабо защищены (см. ст. 695⁶²). Слѣдовательно, слабо защищена и личность сфотографированнаго лица. Напротивъ, лучше защищена личность въ художественныхъ произведеніяхъ. Авторское право на портретъ и бюстъ прямо признано за лицомъ, съ котораго снятъ портретъ или сдѣланъ бюстъ, либо за его наследниками (ст. 695⁵²).

5. Несмотря на широкое содержаніе авторскаго права, законъ знаетъ ограниченія авторскаго права въ публичномъ интересѣ.

1) Въ интересахъ всѣхъ и каждого признано пользование чужимъ произведеніемъ для созданія новаго произведенія, существенно отъ него отличающагося (ст. 695³).⁴

Это право въ особенности широко признано въ отношеніи фотографическихъ произведеній. Они могутъ быть воспроизведены въ самостоятельномъ научномъ изслѣдованіи или же въ книгѣ, предназначенной для учебныхъ цѣлей, и притомъ исключительно для поясненія текста (ст. 695⁶² п. 3), а равно въ издѣліяхъ промышленности, заводской, фабричной и ремесленной (ст. 695⁶² п. 4). Равнымъ образомъ, широкія ограниченія установлены и въ отношеніи художественныхъ произведеній,—приобрѣтенныхъ непосредственно отъ художника въ собственность для храмовъ Божіихъ, національныхъ дворцовъ, музеевъ, и вообще правительственныхъ и общественныхъ установленій (ст. 695⁵⁴), или произведеній, находящихся въ публичныхъ мѣстахъ (п. 3 ст. 695⁵⁶). Художникъ не можетъ воспретить снятія копій,⁵ и повторенія его произведеній (въ послѣднемъ случаѣ въ иной отрасли того же рода искусства (п. 3 ст. 695⁵⁶).

2) Дозволяется также помѣщеніе художественныхъ произведеній на публичной выставкѣ (п. 4 ст. 695⁵⁶) и въ издѣліяхъ прикладного искусства (п. 4 ст. 695⁵⁶).

3) Что касается музыкальныхъ произведеній, то въ отношеніи ихъ дозволяется публичное исполненіе, не преслѣдующее цѣлей наживы во время народныхъ празднествъ и ради благотворительности (ст. 695⁵⁰).

¹ Правильно говоритъ Канторовичъ (Пр. 1915 № 31, 2037), что личные права авторовъ слабо защищены уголовнымъ правомъ. Анализъ единственной статьи 620 У. У. изд. 1903 г. убѣждаетъ въ этомъ. Въ частности, у него же см. подробнѣе о контрафакціи въ двухъ видахъ присвоенія чужого авторства и приписыванія своему произведенію чужого авторства и о субъектахъ контрафакціи. Въ частности же, онъ замѣчаетъ, что отвѣтственность издателя должна обсуждаться по гражданскимъ, а не уголовнымъ законамъ (сомнительно).

² Въ ст. 695²⁷ рѣчь идетъ о произведеніяхъ, не появившихся въ свѣтъ. Вообще, законъ недостаточно удѣлил вниманія столь важному для авторовъ вопросу (бар. А. Симолинъ, стр. 10 и сл.).

³ См. подробнѣе бар. А. Симолинъ, стр. 22 и сл.

⁴ См. стр. 244.

⁵ Вообще же копіи дозволяется снимать со всѣхъ произведеній исключительно для личнаго употребленія (ст. 695³).

4) Въ интересахъ личности пріобрѣтателя картины, художникъ не имѣеть права доступа къ проданнымъ имъ картинамъ для воспроизведенія ихъ какимъ либо способомъ, напр. путемъ фотографіи (695⁵³). Композиторъ ограниченъ т. н. правомъ лиценціи въ интересахъ равенства всѣхъ въ имущественномъ оборотѣ (695⁴² п. 2). Это значитъ, что ни композиторъ, ни, съ его разрѣшенія, другое лицо, уступившіе кому либо право переложенія музыкальнаго произведенія на инструментъ, всспроизводящіе его механически, не вправѣ отказать въ томъ же самомъ кому либо другому. Въ противномъ случаѣ, судъ разрѣшаетъ самъ и устанавливаетъ справедливое вознагражденіе композитору (ст. 695⁴² п. 2).

6. Издательскій договоръ есть соглашеніе объ уступкѣ изданія произведенія автора такимъ образомъ, что издатель пользуется для огражденія своего интереса авторскимъ правомъ.

Договоръ этотъ (ст. 695⁶⁵⁻⁷⁵ по своему содержанию представляется въ высшей степени своеобразнымъ

1) Законъ признаетъ за самимъ издателемъ авторское право, поскольку это необходимо для огражденія правъ его по издательскому договору (ст. 695⁶⁶) и, вмѣстѣ съ тѣмъ (за отсутствіемъ соглашенія), положительно обязываетъ издателя по отношенію къ автору или его правопреемникамъ. Именно, издатель обязанъ выпустить въ свѣтъ произведеніе въ трехлѣтній срокъ или и раньше, если то вызывается особыми (?) обстоятельствами. Въ противномъ случаѣ договоръ прекращается (ст. 695⁶⁸). Онъ обязанъ, далѣе, принять всѣ обычно соблюдаемыя мѣры къ распространенію изданія (ст. 695⁶⁵). При чемъ, издатель обязанъ самъ использовать пріобрѣтенное имъ право изданія; переуступка его возможна не иначе, какъ съ согласія автора или его правопреемниковъ (ст. 695⁶⁷).

За отсутствіемъ иного соглашенія въ договорѣ, издатель имѣеть право на одно изданіе въ количествѣ не свѣше 1200 экземпляровъ литературнаго или художественнаго произведенія и не свѣше 200 экземпляровъ нотъ (ст. 695⁶⁹). Наконецъ, законъ постановляетъ, что уступка права на изданіе литературное не заключаетъ въ себѣ уступки права на переводъ его на другіе языки и на передѣлку повѣствовательной формы въ драматическую и наоборотъ (ст. 695⁷⁵), какъ равно и уступка права на изданіе драматическаго, музыкальнаго или музыкально-драматическаго произведенія не заключаетъ въ себѣ уступки права на публичное его исполненіе и на переложеніе музыкальныхъ произведеній на инструментъ, воспроизводящіе ихъ механически (ст. 675⁷⁴).

2) Законъ, въ интересахъ охраны личныхъ правъ автора, стремится ограничить права издателя. Именно, хотя авторъ не можетъ приступить къ новому изданію раньше пяти лѣтъ (развѣ бы изданіе было прежде распродано) или столькихъ пятилѣтій, насколько изданій уступлено право (ст. 695⁷¹), но авторъ можетъ и не соблюсти ограничивающихъ его сроковъ. Такъ, авторъ имѣеть право издать и раньше свое произведеніе, если онъ его переработалъ въ новое произведеніе (ст. 695⁷³), или если издалъ его въ полномъ собраніи своихъ сочиненій (ст. 695⁷²). Въ послѣднемъ случаѣ все же—не ранѣе трехъ лѣтъ, а въ отношеніи музыкальныхъ и художественныхъ произведеній—не ранѣе десяти лѣтъ (ст. 695⁷²). Само собою понятно, что авторъ можетъ выпустить новое изданіе, купивъ въ любое время оставшіеся экземпляры (ст. 695⁷¹ п. 1). Законъ предоставляетъ, наконецъ, автору право прекратить договоръ по уважительнымъ причинамъ, подъ условіемъ возмѣщенія издержекъ издателю по изданію (ст. 695⁶⁸ п. 2).

Таковы отношенія автора (его правопреемниковъ) и издателя. Поскольку эти отношенія не измѣнены соглашеніемъ, они регулированы въ интересахъ авторовъ (ихъ правопреемниковъ), а не издателей, въ особенности въ области охраны личныхъ правъ автора. Впрочемъ, въ одномъ отношеніи законъ ограничиваетъ автора. Онъ предоставляетъ издателю право вносить измѣненія въ произведеніе

автора, когда авторъ или его наслѣдники не могли бы по доброй совѣсти отказать въ этомъ издателю (ст. 695⁷⁰, ср. 695²⁰).¹

§ 36. ПРАВА НА ПРОМЫШЛЕННЫЯ ИЗОБРѢТЕНІЯ, И УСОВЕРШЕНСТВОВАНІЯ, НА МОДЕЛИ И РИСУНКИ, ТОВАРНЫЕ ЗНАКИ И ФИРМУ.*

I. Техническое творчество въ области промышленности (патентное право).

Право на промышленныя изобрѣтенія и усовершенствованія, охраняемое прежде съ помощью привилегій, получило въ прошломъ столѣтіи,—эпохѣ капиталистическаго хозяйства, общую защиту въ видѣ патентнаго права.² Въ отличіе отъ авторскаго права, право на промышленныя изобрѣтенія и усовершенствованія, регулируемое у насъ закономъ 20 мая 1896 г.³ (нынѣ ст. 69 и сл. Уст. о пром. т. XI ч. 2 изд. 1913 г.), есть право на использование технического творчества въ области промышленности.

1. *Право на промышленныя изобрѣтенія (патентное право) состоитъ въ исключительной возможности изобрѣтателя технически оформлять свои идеи въ цѣляхъ лучшаго использованія силъ природы.*

Право на изобрѣтеніе требуетъ, однако, существенной новизны и изобрѣтенія (ст. 71) и можетъ быть въ двухъ видахъ: 1) изобрѣтеніе новыхъ благъ и новыхъ способовъ производства уже извѣстныхъ благъ, или 2) усовершенствованіе старыхъ, извѣстныхъ способовъ производства. Отъ патентнаго права отличается право на модель, въ смыслѣ исключительной возможности изобрѣтателя осуществлять и распространять свою идею лишь въ данной специальной формѣ ея выраженія. Поэтому, всякое другое лицо можетъ использовать идею изобрѣтателя, оформивъ ее въ какую либо другую модель.⁴

2. *Какъ право патентное, право на промышленныя изобрѣтенія и усовершенствованія возникаетъ и прекращается отлично отъ авторскаго права.*

а. Именно, оно возникаетъ съ момента выдачи охранительнаго свидѣтельства (ст. 76 и 78); одного творчества здѣсь не достаточно.

¹ Какъ на недостатокъ закона, можно указать на то, что онъ не предусматриваетъ журнальнаго (газетнаго) издательскаго договора, сценическаго договора, отношенія между издателями повременныхъ изданій и собственникомъ, т. н. корреспондентскихъ или литературныхъ бюро (Канторовичъ, Пр. 1913, 1311).

* А. Пиленко, Привилегія на изобрѣтенія (1915 г.). Данилова, Фирма и названіе предпріятія (В. Г. П. 1915, № 6). Розенъ, Товарные знаки (1913, справочное руководство). В. Розенбергъ, Будущія судьбы промышленной собственности (Вѣст. фин. 1916, № 36). Серебровскій, Юрид. природа фирмы (В. Г. П. 1916, 8). Хейфицъ, Право служащаго на патентъ (В. П. 1917, 12).

² Спорно, защищаютъ ли наши уголовныя законы изобрѣтателя до заявленія имъ своего изобрѣтенія, т. е. защищаютъ ли непатентованное изобрѣтеніе (за—Хейфицъ, рѣшительно противъ Пиленко, В. Пр. 1915, 1077). Въ современномъ правѣ (германскомъ) выдвигается гражданско-правовая защита изобрѣтенія независимо отъ взятія патента, въ особенности въ области торговли и промышленности, гдѣ возможны самыя различныя «выдумки». Выдумки эти, часто мелкія, но тѣмъ не менѣе очень выгодныя для изобрѣтателя, какъ напр., специальная упаковка, особая система скидки и т. п. Защита сводится къ ответственности кандага, кто сознательно лишилъ другого матеріальныхъ выгодъ отъ его выдумки (см. Пр. 1914 стр. 1411: эксплуатация чужой выдумки). Защита эта весьма желательна, такъ какъ авторское право далеко не предусматриваетъ всей области умственной работы.

³ Законъ этотъ устарѣлъ и не отвѣчаетъ современнымъ потребностямъ. Въ настоящее время выработанъ проектъ Министерствомъ торговли и пром., значительно улучшающій регулировку патентнаго права; въ частности, имъ признается право на патентъ за изобрѣтателемъ—служащимъ, а не фабрикантомъ (Пр. 1915, 20, 1495).

⁴ Колеръ, Граж. право Германіи, стр. 155 и сл.

Охранительное свидѣтельство выдается по просьбѣ, поданной въ Отдѣлъ Промышленности,¹ съ приложеніемъ полнаго описанія² изобрѣтенія или усовершенствованія на русскомъ языкѣ и квитанціи казначейства во взносѣ 30 р. на расходы по разсмотрѣнію прошенія и на публикаціи; если проситель проживаетъ за границею, то прошеніе должно быть подано черезъ повѣреннаго, проживающаго въ Россіи (ст. 73). О выдачѣ охранительнаго свидѣтельства публ и к у е т с я (ст. 76), развѣ бы изобрѣтеніе или усовершенствованіе подлежало сохраненію въ тайнѣ по государственной необходимости (ст. 77).

Охранительное свидѣтельство, съ момента полученія котораго проситель можетъ привести въ исполненіе изобрѣтеніе или усовершенствованіе (ст. 78), имѣетъ временныи характеръ; оно или уничтожается совсѣмъ, если производство дѣла о привилегіи прекращается безъ выдачи патента (ст. 79, 84, 87), или замѣняется п а т е н т о мъ,³ по разрѣшеніи выдачи привилегіи и взносѣ просителемъ пошлинъ (ст. 91).

Самое разрѣшеніе дается соответствующимъ Отдѣломъ Комитета по техническимъ дѣламъ (ст. 81 сл.), но возможно и обжаловать это рѣшеніе подачей прошенія въ Отдѣлъ промышленности (ст. 89 сл.). Въ законѣ перечислены основанія, по коимъ не могутъ быть выдаваемы привилегіи на изобрѣтенія и усовершенствованія, въ частности: на не заключающія въ себѣ существенной новизны (ст. 71 и 72), противныя общественному порядку и нравственности, не относящіяся къ области промышленности, извѣстныя за границей (ст. 72). Кромѣ того, привилегіи не выдаются на химическія, пищевыя и вкусовыя вещества и на составныя лекарства, а также на способы и препараты, служащіе для изготовленія послѣднихъ (ст. 72 п. 5).

Привилегія выдается первому лицу, заявившему о томъ ходатайство (ст. 85), хотя бы изобрѣтатель былъ иностранецъ (ст. 71), а равно и ихъ правопреемникомъ (ст. 71). Слѣдовательно, нѣтъ необходимости и въ особыхъ конвенціяхъ, какъ это имѣетъ мѣсто въ отношеніи литературныхъ и иныхъ произведеній⁴ и промышленной собственности.⁵

6. П р е к р а щ а е т с я патентное право на промышленныя изобрѣтенія и усовершенствованія 1) *по истеченіи срока, который опредѣляется по желанію просителя, но не далѣе 15 лѣтъ, считая со дня подписанія патента Министромъ Торговли и Промышленности* (ст. 87 и 91), а если изобрѣтеніе уже патентовано въ другомъ государствѣ, то не свыше срока иностранной привилегіи (ст. 87 и 101). Но привилегія можетъ прекратиться и ранѣе срока, на который выданъ патентъ, если онъ не приведенъ въ дѣйствіе въ теченіе первыхъ 5 лѣтъ со дня его подписанія (ст. 96).⁶ Далѣе 2) привилегія прекращается, если она не м. б. приведена въ дѣйствіе безъ помощи изобрѣтателя въ силу недостаточности описанія привилегіи (ст. 101 п. 5). 3) Привилегія можетъ прекратиться и по истеченіи каждаго года, въ случаѣ невнесенія пошлины за слѣдующій годъ впередъ (ст. 101 п. 2). 4) Третье лицо можетъ также оспорить судомъ правильность выдачи патента въ теченіе 2-хъ лѣтъ со дня обнародованія патента (ст. 98). Наконецъ, возможно и принудительное отчужденіе привилегій на промышленное изобрѣтеніе или усовершенствованіе (ст. 104 сл. Уст. Пром. см. выше стр. 183).

¹ Если въ прошеніи заявлено ходатайство о сохраненіи изобрѣтенія или усовершенствованія въ тайнѣ по соображеніямъ государственной необходимости, то прошеніе подается непосредственно Министру Торговли и Промышленности (ст. 74).

² См. ст. 75: въ теченіе 3-хъ мѣсяцевъ со дня подачи прошенія можно заполнять и исправлять представленное описаніе, не измѣняя его по существу.

³ О содержаніи патента, въ коемъ указывается день подачи прошенія и подписанія патента, см. ст. 91.

⁴ Такія конвенціи заключены Россіей съ Германіей, Франціей, Даніей и др.

⁵ См. ст. 157, 146.

⁶ То же правило дѣйствуетъ и въ отношеніи дополнительныхъ привилегій (ук. 28 янв. 1915 № 937).

Наконецъ, по ук. 21 февр. 1915 г. подданные воюющихъ съ Россіей державъ перестаютъ быть у насъ субъектами патентнаго права. При чемъ привилегіи на изобрѣтенія и усовершенствованія, принадлежащія имъ, или ихъ преемникамъ послѣ 1 янв. 1915 г., если имѣютъ значеніе для государственной обороны, поступаютъ въ собственность государства безъ вознагражденія, всѣ остальные просто прекращаются.

3. *Содержаніе права на промышленныя изобрѣтенія и усовершенствованія аналогично содержанію авторскаго права.*

Изобрѣтатель и его правопреемники могутъ исключительно осуществлять его сами, передавать возмездно или безвозмездно (нотаріальнымъ порядкомъ, съ сообщеніемъ о томъ министерству торговли и промышленности),¹ а также передавать лишь пользованіе изобрѣтеніемъ, сохраняя за собою самое право на него, и могутъ также завѣщать его (ст. 94). Приведеніе въ дѣйствіе привилегіи на дополненіе или измѣненіе изобрѣтенія или усовершенствованія другого лица требуетъ согласія послѣдняго (ст. 91 п. 7).

II. Право на фабричныя рисунки и модели (промышленная собственность), на товарныя знаки и фирму.

Право на фабричныя рисунки и модели, или право промышленной собственности (ст. 147 сл.), регулируемое у насъ закономъ 11 июля 1864 г., есть также срочное, исключительное право пользованія изобрѣтателя и его правопреемниковъ (ст. 147 Уст. о пром.). По своему содержанію оно аналогично праву на промышленныя изобрѣтенія и усовершенствованія.

1. *Но нѣсколько отличается отъ него по способу возникновенія и прекращенія.*

Именно, для рисунковъ и моделей установлена система явки въ Отдѣль Промышленности или въ Московское Отдѣленіе Совѣта Торговли и Мануфактуръ, въ двухъ экземплярахъ при прошеніи (ст. 149).² По явкѣ ихъ, они заносятся, по времени поступленія, безъ всякой предварительной провѣрки ихъ новизны въ особую книгу (ст. 150), куда вносятся потомъ отмѣтки о переходѣ правъ на рисунки и модели къ другимъ лицамъ (ст. 154). Прекращается же право на рисунки и модели съ истеченіемъ срока его дѣйствія: отъ одного года до десяти, по желанію, со дня предьявленія (ст. 155).

Въ литературѣ весьма спорно отношеніе права на художественно-промышленныя произведенія (рисунки и модели) въ авторскому праву на чисто художественныя произведенія. Въ частности и у насъ, вопросъ сводится къ тому, возможно ли къ художественнымъ произведеніямъ прикладнаго искусства примѣнять положенія о чистомъ искусствѣ (зак. 20 марта 1911 г.); короче, возможна ли двойственная защита художника или скульптора. Французское законодательство (законы 11 марта 1902 г., 14 июля 1909 г.) признаетъ двойную защиту, германское же законодательство (зак. 9 янв. 1907 г.), хотя уничтожаетъ противоположеніе между произведеніями чистаго и прикладнаго искусства, но тѣмъ не менѣе въ практикѣ для обезпеченія пріоритета дѣлается явка образцовъ (зак. 11 янв. 1876 г.). Наши законы—вопроса о двойной защитѣ художника и скульптора не рѣшаютъ.³

2. *Существуютъ также особыя права на товарныя знаки и фирму.*

Права эти, регулируемыя закономъ 26 февр. 1896 г., суть исключительныя права хозяина предпріятія на пользованіе товарнымъ знакомъ или фирменнымъ знакомъ. Для товарнаго знака, по желанію просителя, возможна заявка Отдѣлу Промышленности (ст. 127) и, по признаніи его со-

¹ Цѣль этого сообщенія—производство публикаціи о переходѣ права (ст. 97).

² Одинъ изъ этихъ экземпляровъ хранится въ Москвѣ въ особой коллекціи, подлежащей осмотру каждаго желающаго ст. (152).

³ Подробнѣе см. Я. Канторовичъ, Авторское право на художественно-промышленныя изобрѣтенія (въ Ж. М. Ю. 1913 № 6 стр. 84 и сл.).

отвѣтствующимъ условіямъ закона, регистрація. Для исключительнаго же права на фирменный знакъ заявки не надо (ст. 128).¹ Заявившій товарный знакъ получаетъ свидѣтельство (ст. 132), срокомъ отъ одного года до десяти лѣтъ, по желанію просителя, со дня выдачи свидѣтельства (ст. 135). Прекращается право на товарный знакъ, въ отличіе отъ промышленной собственности, съ прекращеніемъ существованія предпріятія и передачей товарнаго знака (только съ предпріятіемъ) безъ регистраціи (ст. 139 и 140). Содержаніе права на товарный знакъ сводится къ исключительному выставленію его на товарахъ предпріятія, въ перепискѣ и т. д. (ст. 133).²

Прибавленіе къ § 10, стр. 75

4. Отъ родовыхъ имуществъ необходимо отличать недвижимыя имущества: заповѣдныя, временно-заповѣдныя и маіоратныя.

1) Цѣль заповѣдныхъ имѣній—сохранить крупное дворянское землевладѣніе. Отсюда, только потомственные дворяне (ст. 478) могутъ испросить Правительственное дозволеніе на установленіе (ст. 467) заповѣдности имѣній, въ размѣрѣ отъ 5—100 т. десятинъ земли, или приносящихъ ежегодный доходъ отъ 6—200 т. рублей (ст. 470). Поэтому же долги владѣльца заповѣднаго имѣнія уплачиваются пожизненно лишь съ доходовъ заповѣднаго имѣнія, а со смертью владѣльца всякія взысканія съ этихъ доходовъ прекращаются, и наслѣдникъ его не обязанъ за нихъ отвѣчать (ст. 492). По этому же, наконецъ, всякіе юридическіе акты, направленные на «обремененіе заповѣднаго имѣнія или доходовъ онаго долгами, вопреки установленныхъ для сего правилъ, признаются ничтожными» (ст. 493).³

2) Въ отличіе отъ заповѣдныхъ имѣній, временно-заповѣдныя (по зак. 25 мая 1899 г.) имѣютъ своею цѣлью охрану средняго дворянскаго землевладѣнія. Такъ, во временно-заповѣдное можетъ быть обращено имѣніе, заключающее въ себѣ пространство земли не менѣе того, которое даетъ право непосредственнаго участія въ дворянскихъ выборахъ, если при этомъ цѣнность такого земельного пространства составляетъ не менѣе пятнадцати тысячъ рублей. Во всякомъ случаѣ высшій размѣръ временно-заповѣдныхъ имѣній не долженъ превышать десяти тысячъ десятинъ земли (ст. 493³). Сохранность этихъ имѣній обеспечивается запрещеніями: отчуждать и дѣлить ихъ (ст. 493²¹), закладывать и вообще обременять долгами, кромѣ случаевъ чрезвычайныхъ (ст. 493^{24, 26}), сдавать на срокъ въ аренду свыше шести лѣтъ, причемъ наемная плата не можетъ быть получаемая владѣльцемъ болѣе, чѣмъ за одинъ годъ впередъ (ст. 493²⁸). Кромѣ того, наслѣдникъ освобождается отъ

¹ Ни сенатъ, ни законъ не даютъ опредѣленнаго отвѣта, есть ли у насъ фирма—торговое имя купца или имя предпріятія. За послѣднее рѣшеніе стоятъ Шершеневичъ и Розенбергъ, за первое—Каминка, Данилова (Фирма и названіе предпріятія, В. Г. П. 1915, 6, 106), и, повидимому, болѣе правильно (у ней же см. практику и критику законовъ). Проектъ слѣдуетъ за германскимъ уложеніемъ, признавая фирму именемъ купца съ нѣкоторыми отступленіями. Послѣдовательно Ш. У. (ст. 867 об. пр.): оно признаетъ фирму именемъ купца и проводитъ это положеніе до конца. Фирма личное право, право исключительное и истинно соответствующее предпріятію (начало истинности).

² Институты промышленной собственности и права на изобрѣтенія въ области промышленности составляютъ ближайшій предметъ науки торгово-промышленнаго права. Тамъ же даются подробныя свѣдѣнія и освѣщеніе указанныхъ институтъ.

³ Въ основу института заповѣдныхъ имѣній положено прусское законодательство (Ландау, Отжившій институтъ, см. П. 1908, № 23, 1372).

уплаты долговъ владѣльца временно-заповѣднаго имѣнія (493³³) и самъ владѣлецъ уплачиваетъ долги съ доходовъ имѣнія (ст. 493³⁴, ср. 493³⁰). Хотя законодатель и облегчаетъ учрежденіе временно-заповѣдныхъ имѣній, именно тѣмъ, что не надо испрашивать Правительственнаго дозволенія, а достаточно духовнаго нотаріальнаго завѣщанія (ст. 493¹⁴) и даже просто крѣпостнаго акта (493¹⁶), однако, на дѣлѣ возникновеніе временно-заповѣдныхъ имѣній встрѣчаетъ затрудненія. Такъ, необходимо, чтобы имѣніе, обращаемое во временно-заповѣдное, было свободно отъ всякихъ запрещеній, кромѣ ссуды, выданной изъ государственнаго дворянскаго земельного банка (ст. 493⁵), а ближайшіе наслѣдники были обезпечены въ размѣрѣ причитающейся имъ законной доли, если имѣется въ виду учредить временно-заповѣдное имѣніе въ пользу одного изъ потомковъ (ст. 493¹⁰, ср. 493¹¹). Напротивъ, временная заповѣдность имѣнія можетъ быть легко отмѣнена первымъ же за учредителемъ владѣльцемъ имѣнія по нотаріальному духовному завѣщанію (ст. 493⁴¹, ср. 493⁴²).

Наконецъ. 3) маіоратныя имѣнія (стт. 494, 512, 1213 и 1215), въ отличіе отъ заповѣдныхъ, характеризуются тѣмъ, что имѣніе (оно не м. б. сдаваемо въ аренду—ст. 506) поступаетъ всегда къ одному наслѣднику (старшему сыну, ст. 1214), въ цѣломъ составѣ, безъ раздробленія, и притомъ прочіе наслѣдники не имѣютъ права требовать какого-либо вознагражденія (ст. 1215). По своему же происхожденію маіоратное имѣніе есть имѣніе казенное, Всемилостивѣйше пожалованное въ Западныхъ губерніяхъ, которое за неимѣніемъ наслѣдника возвращается въ казну.

По новому законодательству, установленіе права застройки во всѣхъ вышеизложенныхъ имѣніяхъ возможно, но съ разрѣшенія Сената (ст. 7 п. 5 и ст. 8 зак. 23 іюня 1912 г.); возможно также съ разрѣшенія Сената отчужденіе крестьянамъ или Крестьянскому поземельному банку участковъ изъ тѣхъ же имѣній, но до извѣстнаго предѣла; при чемъ, вырученная сумма признается неприкосновеннымъ капиталомъ (ст. 1—4 зак. 30 іюня 1913 г.).¹ Въ наше время стремятся также охранить и крестьянское землевладѣніе, возникшее на началахъ личной собственности, но дѣло это до сихъ поръ не вышло за предѣлы разработки проектовъ.²

¹ Указанный законъ относится также къ леннымъ и подуховнымъ имѣніямъ.

² Постановленіе п. 2 ст. 394 является нынѣ безпредметнымъ (П. Т. К. П. стр. 97 и сл.).

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Часть I. Общія понятія.

- § 1. Наука русскаго гражданскаго права. (стр. 1).
- § 2. Общее понятіе о русскомъ гражданскомъ правѣ (6).
- § 3. Виды гражданскаго права (11).
- § 4. Источники права (15).
- § 5. Источники правовѣдѣнія (14). I. Сводъ гражданскихъ законовъ (т. X ч. 1), какъ общій законъ (24). II. Мѣстные и другіе законы. Остальные источники (27).
- § 6. Примѣненіе и толкованіе гражданскихъ законовъ. Система изложенія (30).
- § 7. Субъекты права и виды ихъ (34). I. Общее понятіе о субъектѣ права (лицѣ, или юридической личности) (34). II. Физическое лицо (36). III. Юридическое лицо (38).
- § 8. Правоспособность и дѣеспособность (44). I. Правоспособность физическаго лица и ея ограниченія (44). II. Правоспособность юридическаго лица и ея ограниченія (52). III. Дѣеспособность физическаго лица и ея ограниченія (55). IV. Дѣеспособность юридическаго лица (62).
- § 9. Личныя права (64).
- § 10. Понятіе объекта, или имущества въ правѣ. Недвижимыя и родовыя имущества (67).
- 11. Виды вещей въ зависимости отъ физическихъ свойствъ, принадлежности ихъ лицамъ и чисто юридическихъ свойствъ (75).
- § 12. Возникновеніе, измѣненіе и прекращеніе юридическихъ отношеній и юридическіе факты (80).
- § 13. Юридическія сдѣлки (82). I. Общее понятіе о юридической сдѣлкѣ (82). II. Необходимыя принадлежности юридической сдѣлки (83). III. Обыкновенныя и случайныя принадлежности сдѣлки (89). IV. Представительство (95). V. Виды юридическихъ сдѣлокъ (98).
- § 14. Формы и толкованіе сдѣлокъ. Недѣйствительность сдѣлокъ (101). I. Формы юридическихъ сдѣлокъ (101). II. Толкованіе сдѣлокъ (103). III. Недѣйствительность юридическихъ сдѣлокъ (105).
- § 15. Русскій нотаріатъ. Письменные акты (109). I. Устройство и основныя черты русскаго нотаріата (109). II. Письменные акты; ихъ виды и особенности (114).
- §§ 16 и 17. Юридическія событія (преимущественно, какъ правообразующіе факты) (117). I. Простой и квалифицированный случай (непреодолимая сила (117). II. Исковая давность (121).
- § 18. Осуществленіе права (127).

- § 19. Защита юридических отношений (правъ, полномочій) (129). I. Судебная защита и исковая сила гражданскихъ правъ (129). II. Внезудебная защита (131).

Часть II. Вещное право. Авторское право.

- § 20. Юридическія отношенія по вещамъ (недвижимымъ и движимымъ) (134).
- § 21. Фактическія отношенія по вещамъ. Владѣніе и его защита (138). I. Понятіе о владѣніи, какъ фактическомъ обладаніи, и его защита (138). Приобрѣтеніе и потеря владѣнія. Владѣніе правами. Виды владѣнія. (141)
- § 22. Право собственности (въ частности, на недвижимость), его ограниченія и виды (144). I. Определеніе права собственности (144). II. Содержаніе, или объемъ права собственности (ея границы) (146). III. Права участія общаго, какъ ограниченія права собственности (149). IV. Права участія частнаго, какъ ограниченія права собственности (154).
- § 23. Виды права собственности (157). I. Полная собственность. Личная собственность (157). II. Общая собственность, общинное владѣніе, семейная собственность двора (159).
- § 24. Приобрѣтеніе права собственности на недвижимость. Поземельныя книги (166). I. Общее понятіе о способахъ приобретенія права собственности. Моментъ приобретенія права собственности на недвижимость. Крѣпостные акты (166). II. Способъ приобретенія права собственности на недвижимость, въ частности давность владѣнія (169). III. Поземельныя книги и другія системы укрѣпленія и оглашенія (вотчинныя и крѣпостныя книги) (176).
- § 25. Способы прекращенія права собственности на недвижимость. Принудительное отчужденіе. (181).
- § 26. Приобрѣтеніе права собственности на движимыя вещи (186). I. Значеніе владѣнія движимыми вещами (186). II. Производные способы приобретенія права собственности на движимость и моментъ приобретенія (190). III. Первоначальные способы приобретенія права собственности (192).
- § 27. Способы прекращенія права собственности на движимыя вещи (197).
- § 28. Безсрочное право отдѣльнаго владѣнія (201). I. Наслѣдственное владѣніе (безсрочное владѣніе и посессионное право) (201). II. Чиншевое право (203).
- § 29. Срочное право отдѣльнаго владѣнія (205). I. Право застройки (205). II. Срочное и, въ частности, пожизненное отдѣльное владѣніе (210). III. Пожизненное владѣніе супруга родовымъ имуществомъ по завѣщанію (211).
- § 30. Отдѣльное пользованіе (сервитутное право) (215). I. Отдѣльное пользованіе движимыми вещами (215). II. Понятіе сервитута и его виды (216). III. Права угодій въ чужомъ имуществѣ и др. реальные сервитуты (219). Вещныя повинности (221).
- § 31. Общее понятіе о правахъ присвоенія и ихъ виды (222).
- § 32. Залоговое право въ собственномъ смыслѣ и залогъ недвижимости (225). I. Общее понятіе (225). II. Залогъ недвижимости въ собственномъ смыслѣ (ипотека) (226).

- § 33. Залогъ движимости. Залогъ права требованія (234).
I. Ручной закладъ (234). II. Ипотека движимости (236). III. Фидуціар-
ный закладъ (238). IV. Залогъ правъ (238).
- § 34. Залоговое право въ несобственномъ смыслѣ (240).
- § 35. Авторскія права (имущественныя и личныя) (242). I. Поня-
тіе, объекты и субъекты авторскаго права (242). Возникновеніе, прекра-
щеніе и содержаніе авторскаго права (246). III. Содержаніе авторскаго
права. Издательскій договоръ (249).
- § 36. Права на промышленныя изобрѣтенія и усовершенство-
ванія, на модели и рисунки, товарные знаки и фирму
(252). I. Техническое творчество въ области промышленности (патентное
право) (252). II. Право на фабричныя рисунки и модели (промышлен-
ная собственность), на товарные знаки и фирму (254).
- Добавленіе къ § 10, стр. 75. Заповѣдныя, временно-заповѣд-
ныя, маіоратныя имущества (255).

Въ скоромъ времени выйдетъ изъ печати 2-й выпускъ книги
проф. В. И. Синайскаго, „Русское Гражданское право“.
