

Чистый сборъ отъ изданія поступить въ фондъ на увѣковѣченіе памяти
А. В. Завадскаго.

*Хрест.
1986*

ПАМЯТИ

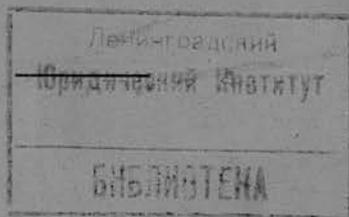
Александра Владимировича ЗАВАДСКАГО.

47718 ш. Каз.

СБОРНИКЪ СТАТЕЙ ПО ГРАЖДАНСКОМУ И ТОРГОВОМУ
ПРАВУ И ГРАЖДАНСКОМУ ПРОЦЕССУ

Прив.-доц. И. А. Антропова, проф. А. Х. Гольм-
стена, проф. В. М. Гордона, Е. Н. Даниловой,
прив.-доц. В. П. Доманжо, сенатора В. Л. Иса-
ченко (†), проф. М. Я. Пергаменты, Д. С. Розен-
блюма, проф. барона А. А. Симолина и проф.
Т. М. Яблочкова съ біографической статьей
прив.-доц. Н. А. Васильева.

Изданіе Юридическаго общества при Казанскомъ Университетѣ.



Казань, 1917 г.

СПБГУ

СНБГ

СНБГ



Александръ Владимировичъ
Завадскій.

Оглавление.

Предисловіе.

Прив.-доц. Н. А. Васильевъ—Александръ Владимировичъ Завадскій	I
Библиографическій указатель трудовъ А. В. Завадскаго	XII
<hr/>	
Прив.-доц. И. А. Антроповъ (Казань)—Къ вопросу объ общедогматической конструкции института экспертизы современного гражданскаго процесса	182.
Проф. А. Х. Гольмстенъ (Петроградъ)—Юридическая квалификація гражданскаго процесса	64
Проф. В. М. Гордонъ (Харьковъ)—Гражданское право и законъ	156.
Е. Н. Данилова (Москва)—Договоръ запродажи и его нормировка въ дѣйствующемъ русскомъ правѣ и проектъ обязательственнаго права	114.
Прив.-доц. В. П. Доманжо (Казань)—Къ вопросу о вексельной давности	138.
Сенаторъ В. Л. Исаченко (†)—Наслѣдованіе въ восходящихъ степеняхъ по дѣйствующему праву	1.
Проф. М. Я. Пергаментъ (Петроградъ)—Въ юридической аудиторіи Павійскаго университета въ лѣто отъ Р. X. 1391-ое	78.
Д. С. Розенблюмъ (Москва)—Ученіе о несостоявшихся крѣпостныхъ актахъ въ Сводѣ Зак. Гражд.	164.
Проф. баронъ А. А. Симолинъ (Казань)—Авторское право и право на фабричныя рисунки и модели	98.
Проф. Т. М. Яблочковъ (Кіевъ)—Къ ученію о принципѣ диспозитивности въ гражданскомъ процессѣ	33.

С П 6 Г У

Въ засѣданіи 17 марта 1915 года Казанское Юридическое Общество единогласно постановило издать Сборникъ статей, посвященный свѣтлой памяти Александра Владимировича Завадскаго съ тѣмъ, чтобы чистый доходъ отъ изданія былъ пожертвованъ въ фондъ на увѣковѣченіе памяти покойнаго.

Несмотря на серьезныя затрудненія, созданныя обстоятельствами военнаго времени, Сборникъ, хотя и съ значительнымъ запозданіемъ и не въ столь обширномъ размѣрѣ, какъ первоначально предполагалось, въ настоящее время выходитъ въ свѣтъ. Правленіе Юридическаго Общества считаетъ своимъ долгомъ отъ имени Общества выразить глубокую благодарность всѣмъ лицамъ, принявшимъ участіе въ созданіи этого памятника безвременно погибшему выдающемуся юристу и человѣку.

Предсѣдатель О-ва проф. А. А. Симолинъ.

Товарищъ Предсѣдателя пр.-доц. В. П. Доманжо.

Казначей К. Г. Горнштейнъ.

Секретари { И. А. Антроповъ.
 { М. М. Агарковъ.

СП6ГУ

Александръ Владимировичъ Завадскій.

I.

Александръ Владимировичъ Завадскій родился 18 февраля 1873 года въ г. Лаишевѣ, гдѣ тогда служилъ его отецъ (впоследствии старшій предсѣдатель Тифлиской Судебной Палаты и Сенаторъ). Онъ происходилъ изъ семьи, давшей нѣсколько видныхъ судебныхъ дѣятелей, и его занятія юриспруденціей совпадали съ традиціями семьи. Жизнь Александра Владимировича небогата внѣшними событіями и перемѣнами. Она вся протекла въ Казани, здѣсь онъ учился и училъ другихъ, здѣсь онъ прожилъ всю свою жизнь, здѣсь же и умеръ.

Среднее образованіе онъ получилъ въ Казанской третьей гимназіи, высшее—на юридическомъ факультетѣ Казанскаго университета, гдѣ занимался подъ руководствомъ профессоровъ Доремидонтова, Нефедьева, Шершеневича. Въ томъ же университетѣ въ 1895 году онъ былъ оставленъ для приготовленія къ профессорскому званію по кафедрѣ гражданскаго права, а въ 1898 году началъ чтеніе курса гражданскаго судопроизводства, который и читалъ въ теченіе 17 лѣтъ. Неоднократно приходилось ему читать и матеріальное гражданское право.

Параллельно съ преподавательской шла очень интенсивная научная дѣятельность, выразившаяся въ многочисленныхъ трудахъ, списокъ которыхъ прилагается ниже.

Вотъ какъ спеціалисты оцѣниваютъ научное значеніе А. В. Завадскаго. Проф. М. Я. Пергаментъ пишетъ (Право. 1915, № 8): „А. В. Завадскій принадлежалъ у насъ къ числу выдающихся, наиболѣе извѣстныхъ процессуалистовъ. И въ области матеріальнаго гражданскаго права (которое онъ тоже читалъ въ теченіе нѣсколькихъ лѣтъ) А. В. былъ прекраснымъ ученымъ, дѣлающимъ честь нашей небольшой семьѣ отечественныхъ цивилистовъ,—но

настоящею спеціальностью покойнаго, сугубо родною его стихіей былъ именно процессъ. Здѣсь его знакомство съ источниками и литературой, его знаніе одинаково и въ области чистой теоріи процесса, и въ области положительнаго права, и, наконецъ, судебной практики—отличались особенной разносторонностью и полнотою, особенной продуманностью и отчетливостью. Этотъ огромный научный багажъ Александра Владимировича былъ таковъ, что его собесѣдникъ на темы процессуальнаго характера не могъ не изумиться, не могъ не воздать ему дань самаго искренняго удивленія. Соответственно, и общій курсъ гражданскаго судопроизводства, читавшійся Александромъ Владимировичемъ въ университетѣ, отличался рѣдкою обстоятельностью, глубиною и научностью, а практическія занятія по судопроизводству, которыя имъ точно также велись со студентами, стояли на высотѣ лучшихъ западноевропейскихъ семинаріевъ по данному предмету“.

Проф. А. А. Симолинъ пишетъ: „Такова характеристика А. В. Завадскаго, какъ ученаго—неутомимая трудоспособность и любовь къ наукѣ, огромная эрудиція не только въ цивилистикѣ, но и въ другихъ наукахъ (психологіи, логикѣ, политической экономіи), и блестящая способность къ догматическому анализу соединялись съ психологіей судьи; отсюда чрезвычайно тщательное отношеніе ко всякому изучаемому вопросу и осторожность въ рѣшеніи его и, въ качествѣ результата рядъ образцово написанныхъ работъ, но, къ сожалѣнію, работъ небольшихъ. Въ изданіи большого труда, правда, мѣшала Ал. Вл. и его необычайная отзывчивость и деликатность, сдѣлавшая его даровымъ консультантомъ чуть ли не всѣхъ знавшихъ его лично и даже не знавшихъ, но я думаю, что причина лежала глубже въ его психологіи судьи, которая дѣлала его работы образцовыми по тщательности, но до известной степени лишила насъ многого, что А. В. по своимъ рѣдкимъ дарованіямъ могъ бы дать“ (Учен. Зап. Каз. Унив. 1915 г. кн. IV).

О томъ, какимъ уваженіемъ пользовался А. В. среди своихъ сотоварищей по наукѣ, свидѣтельствуетъ этотъ сборникъ, посвященный его памяти, честь, которая не такъ часто выпадаетъ на долю ученаго.

Славился Александръ Владимировичъ и какъ университетскій преподаватель, создавшій глубоко-оригинальный и тонко про-

III

думанный курсъ гражданскаго судопроизводства. Образцовый руководитель практическихъ занятій, онъ въ совершенствѣ обладалъ искусствомъ учить своихъ слушателей юридическому мышленію. Объ этой сторонѣ его дѣятельности съ глубокимъ чувствомъ говорилъ ближайшій ученикъ покойнаго И. А. Антроповъ на засѣданіи Казанскаго Юридическаго Общества, посвященномъ его памяти.

Въ Казанской общественной жизни А. В. принималъ самое дѣятельное участіе. Его работа въ Юридическомъ Обществѣ памятна для всѣхъ членовъ его. Юрисконсультъ и повѣренный Казанскаго Университета, онъ самоотверженно несъ громадныи и отвѣтственный трудъ по отстаиванію правъ и интересовъ родной *alma mater*. Много труда положилъ онъ и на дѣло созданія въ Казани Высшихъ Женскихъ Курсовъ, самое дѣятельное участіе принималъ въ наблюденіи надъ постройкой зданія Курсовъ. Помня его заслуги передъ Курсами, Совѣтъ Курсовъ учредилъ премію его имени за лучшія сочиненія слушательницъ по историко-общественнымъ наукамъ.

Членъ правленія или членъ ревизіонныхъ комиссій огромнаго числа благотворительныхъ обществъ и общественныхъ учрежденій, онъ являлся безсмѣннымъ юрисконсультомъ ихъ, несъ тяжелую, кропотливую, малозамѣтную, но такую необходимую работу составленія бумагъ, юридическихъ справокъ, ревизіи суммъ.

Не только обществамъ, но и отдѣльнымъ лицамъ щедрой рукой раздавалъ онъ юридическую помощь: къ нему шли за совѣтомъ и студентъ и курсистка и сторожъ, и ко всякой докучѣ относился онъ съ той доброжелательностью и добросовѣтностью, которая такъ характерна была для него. Чужое дѣло отбѣняло на задній планъ его личныя дѣла, и чужіе интересы онъ оставлялъ съ энергіей и пылкостью, которыя пропадали, когда дѣло касалось его лично.

II.

Душевный складъ Александра Владимировича отличался большимъ своеобразіемъ. Это былъ по преимуществу этичный человекъ и не въ томъ только смыслѣ, что это былъ человекъ долга и доброты, крайне отзывчивый на чужое горе, весь ушедшій въ общественное служеніе. У него было обостреніе этического чув-

ства, и всѣ явленія жизни разсматривалъ онъ невольно съ точки зрѣнія нравственной оцѣнки, болѣзненно чутко реагировалъ на то, что ему казалось зломъ.

Въ этомъ отношеніи характерно, что онъ распространялъ нравственную оцѣнку и на такія сферы, которыя, казалось бы, ей не подлежатъ. Какъ то онъ сказалъ: „я никогда не любилъ поэзіи, потому что всякая поэзія по самой своей природѣ аморальна“. Не легко передать тотъ смыслъ, который онъ вкладывалъ въ эту фразу, но можно понять то чувство, которое имъ руководило. Это нелюбовь этического міровоззрѣнія къ эстетическому міровоззрѣнію, къ эстетическимъ соблазнамъ.

Я бы сказалъ, что для А. В. была характерна этическая погруженность, постоянная жизнь въ этической стихіи, вѣчное прислушиваніе къ голосу этического.

Отсюда прежде всего его необычайная требовательность къ самому себѣ во всѣхъ отношеніяхъ. Эта требовательность доходила у него до самомучительства. Онъ вѣчно чего нибудь требовалъ отъ себя, вѣчно принуждалъ себя, вѣчно мучилъ себя. Работалъ онъ очень много, и все ему казалось, что нужно работать еще больше, и онъ лишалъ себя послѣдняго отдыха. Много добра дѣлалъ онъ, и все ему казалось что этого мало. Этической жадностью назвалъ бы я это чувство, но жадность такъ противорѣчитъ всей натурѣ А. В. Отсюда и тѣ высокія требованія, которыя онъ предъявлялъ вообще къ человѣку, какъ будто ему хотѣлось, чтобы всякій человѣкъ осуществлялъ высокій и недостижимый идеалъ совершенства. Добрый, справедливый и деликатный ко всѣмъ, горячо любившій отдѣльныхъ людей, о человѣческомъ родѣ былъ онъ не особенно высокаго мнѣнія. А. В. былъ глубокимъ знатокомъ души человѣческой. Онъ хорошо зналъ теоретическую психологію. Но кромѣ того онъ обладалъ талантомъ практическаго психолога, интуитивно опредѣляя характеръ человѣка и особенно то тайное, что есть въ человѣкѣ, что человѣкъ прячетъ отъ другихъ, но что является главной пружиной его дѣйствій. Можно было бы привести удивительные примѣры этой его способности, но къ сожалѣнію они не подлежатъ публичному оглашенію. Онъ хорошо видѣлъ тайное въ людяхъ и поэтому видѣлъ много дурного въ нихъ. Характерно, что это не озлобляло его, нисколько не препятствовало дѣятельной

любви къ нимъ. Эти оба чувства спокойно уживались въ его безпкойной душѣ.

Онъ былъ очень строгъ въ своихъ нравственныхъ оцѣнкахъ, и именно въ эти моменты и никогда больше въ его глухомъ и тихомъ голосѣ вдругъ неожиданно звучали металлическія нотки. Сынъ прокурора, а самъ адвокатъ, въ душѣ, по своему душевному облику онъ былъ скорѣе прокуроромъ человѣка, чѣмъ его адвокатомъ. *Tout comprendre c'est tout pardonner* едва ли было его девизомъ. Нравственно плохого онъ никогда не оправдывалъ, какъ бы хорошо оно не оправдывалось обстоятельствами. Въ такомъ отношеніи есть глубокій социальный смыслъ. Нравственная снисходительность общества всегда повлечетъ за собой его нравственную распущенность.

Но была въ покойномъ одна черта, которая сближала его съ профессіей адвоката. Это, когда какой нибудь человѣкъ совершалъ что нибудь нехорошее и подвергался громкому общественному осужденію. Тогда онъ не присоединялся къ обществу хору осужденія, а иногда и защищалъ такого человѣка. Вообще трудно быть справедливымъ, легче быть справедливымъ къ правому, но должна быть извѣстная справедливость къ не правому.

Во всей этой совокупности чертъ сквозилъ большой нравственный идеализмъ, и всетаки я бы не назвалъ А. В. идеалистомъ въ обычномъ смыслѣ этого слова. Идеализмъ предполагаетъ вѣру въ свой идеалъ, надежду на его осуществленіе. Идеализмъ всегда идетъ рука объ руку съ извѣстнымъ оптимизмомъ. Но чувство вѣры вообще было чуждо А. В.; у него не было вѣры въ себя, вѣры въ людей, вѣры въ осуществимость идеала. Если его и можно назвать идеалистомъ, то только идеалистомъ разочарованія. Его этическая погруженность, тонкая эмоціональная жизнь несомнѣнно давала ему уклонъ въ сторону идеализма, но быть идеалистомъ ему мѣшала между прочимъ и его реальный умъ. Это былъ большой и сильный умъ съ преобладаніемъ аналитической и критической стороны, умъ по преимуществу разрушающій и безжалостный. И этотъ умъ развѣнчивалъ въ его душѣ все иллюзіи и направлялъ его къ безнадежности. Онъ любилъ все точное и доказанное и не могъ обращаться въ сферы недоказаннаго. Между тѣмъ надежда и не можетъ по самой природѣ своей быть доказана. Доказанная надежда есть уже не надежда,

а ожиданіе. Умъ его былъ направленъ только на реальность, и въ этомъ сильное противорѣчіе между его умомъ и сердцемъ, которое требовало и очень мучительно требовало идеальнаго. Онъ не любилъ философіи, хотя обычно онъ выражалъ это въ очень замаскированной формѣ: „я не понимаю философіи, должно быть это нѣчто выше моего ума“. На самомъ же дѣлѣ онъ прочелъ много сочиненій по философіи, много думалъ, но ему казалось, что проблемы философіи въ корнѣ неразрѣшимы. Онъ былъ ультра-реалистъ и позитивистъ.

И этотъ реальный умъ былъ данъ крайне нѣжной и идеалистической душѣ.

Какъ Пушкинскій бѣдный рыцарь „онъ имѣлъ одно видѣнье непостижное уму“. Это видѣнье, которое всю жизнь носилось передъ нимъ и предопредѣлило всю его жизнь, дѣятельность, вкусы, міровоззрѣніе—было видѣнье Человѣка, идеальнаго человѣка, лучшаго, что есть въ человѣкѣ. Двѣ черты ярко сквозили въ этомъ образѣ идеальнаго человѣка, настолько ярко, что можно составить объ немъ вполне опредѣленное представленіе. Первая черта—справедливость. Эту черту онъ особенно цѣнилъ въ человѣкѣ. И самого его можно было назвать справедливымъ человекомъ. Такимъ былъ А. В. и въ теоретической области, старавшимся справедливо и безпристрастно отнестись ко всѣмъ взглядамъ и ко всѣмъ теоріямъ. Такимъ онъ былъ и въ практической дѣятельности, чуждый всякаго личнаго пристрастія и личной заинтересованности, служившій однимъ общественнымъ интересамъ. За эту чистоту общественнаго служенія и высокій нравственный идеализмъ, А. В. пользовался всеобщимъ уваженіемъ среди людей самыхъ противоположныхъ порой взглядовъ и убѣжденій. Можно было быть его противникомъ, но нельзя было быть его врагомъ.

Эта же справедливость выражалась у А. В. въ необыкновенно развитомъ чувствѣ законности. Это чувство законности А. В. цѣнилъ очень высоко. Объ немъ подробно и горячо говорилъ онъ въ рѣчи, посвященной памяти Г. Ф. Шершеневича. И самъ до мелочей проводилъ его въ жизнь. Я не буду говорить, какъ ревностно исполнялъ онъ свой долгъ и все, что считалъ своимъ долгомъ, какъ щепетилень онъ былъ въ этомъ отношеніи. Уже больной, въ жару, онъ отправился на засѣданіе Правленія Общества Народныхъ Университетовъ, гдѣ онъ обѣщалъ

доставить „пустячную юридическую справочку“. Онъ далъ эту справочку и слегъ, чтобы больше не встать. Больной, погибающій отъ ужасной болѣзни сердца, онъ собирался читать лекціи. Но не только въ крупномъ, въ мелкомъ и унизительномъ выражалось его уваженіе къ закону. Навѣрное многіе въ Казани помнятъ маленькую фигурку А. В., отяжелѣвшую въ послѣдніе годы, съ калошами въ рукахъ, идущаго по корридору университета и мирно бесѣдующаго съ кѣмъ нибудь изъ товарищей. Это потому что на стѣнѣ виситъ объявленіе, вывѣшенное университетскимъ начальствомъ: „Входъ въ калошахъ воспрещается“. И онъ скромно говорилъ: „юристъ долженъ такъ дѣлать.“

Никакое жизненное впечатлѣніе не пропадаетъ безслѣдно. Заразительны дурные примѣры, но заразительны и хорошіе. Образъ хорошаго человѣка глубоко врѣзывается въ нашу душу, и мы невольно и безсознательно находимся во власти невидимыхъ, но прекрасныхъ вліяній. Быть справедливыми долженъ учить его образъ.

Вторая черта идеальнаго человѣка это — чуткость — проникновеніе въ душу человѣческую нѣжнымъ умственнымъ взоромъ. Хороши добрыя дѣла, но и они должны совершаться чутко, ибо иначе они могутъ обидѣть. Міръ былъ бы пустъ и мертвъ, если бы въ немъ не было жалости и состраданія къ другимъ, заботливой боли о другихъ. Но ни что такъ не обижаетъ, какъ нечуткая жалость къ намъ. Быть чуткими долженъ учить насъ его образъ. Эта чуткость входила въ идеаль А. В. второй идеальной чертой. И такимъ былъ и конкретный А. В. Оттого онъ былъ такой скромный, сдержанный, такой ровный въ обхожденіи со всѣми. И тутъ всего характернѣе мелочи. А. В. до мелочи любилъ соблюденіе всякихъ формальностей и приличій, сходить туда то, поздравить того то и на это онъ тратилъ много времени. Онъ хотѣлъ выразить этимъ, что онъ помнитъ о людяхъ. Мы многое можемъ простить людямъ, но труднѣе всего простить, когда насъ забываютъ. Люди такъ цѣнятъ обычно всякій знакъ вниманія и теплоты.

Эта чуткая и внимательная память объ окружающихъ очень развита была у него, и она не покидала его до рокового конца. За нѣсколько дней до смерти среди тяжкихъ сердечныхъ припадковъ и мучительныхъ болей онъ вспомнилъ, что всегда на

масляницѣ онъ каталъ на лошадахъ дѣтей—своихъ крестниковъ и распорядился, чтобы и въ этомъ году ихъ покатали.

Таковъ былъ его идеаль челоѣка. Справедливый и чуткій челоѣкъ. Какъ всякій идеаль, онъ не можетъ вполнѣ воплотиться въ дѣйствительности, тѣмъ болѣе, что соединеніе чуткости и справедливости уже заключаетъ въ себѣ нѣкоторое противорѣчіе. Справедливость заключается въ подчиненіи всѣхъ явленій одному общему закону, въ игнорированіи индивидуальных и конкретных свойствъ, чуткость есть улавливаніе именно индивидуальнаго и конкретнаго. Въ такое же противорѣчіе часто вступаютъ справедливость и любовь, которая такъ тѣсно связана съ чуткостью. Часто трудно быть справедливымъ къ тому, кого любишь, часто трудно любить того, къ кому справедливъ. Въ любви есть нѣкоторая исключительность, которая отрицается справедливостью.

Для А. В. справедливость и чуткость были проблемами, надъ которыми онъ работалъ всю свою жизнь. Два вопроса, надъ которыми главнымъ образомъ трудился А. В. Завадскій, были вопросъ о толкованіи законовъ и вопросъ о достовѣрности свидѣтельскихъ показаній. Первый вопросъ есть проблема справедливости, второй вопросъ есть проблема чуткости. Проблема толкованія законовъ заключается въ вопросѣ объ распространеніи закона на тѣ случаи, которые прямо въ законѣ не указаны, но которые тѣмъ не менѣе должны подлежать дѣйствию этого закона. Если не распространить законъ на эти случаи, то будетъ нарушена справедливость, нѣчто избѣгнетъ своего закона. Какъ совершается и какъ должно совершаться такое распространеніе закона на всю сферу своего примѣненія, даже и не указанную прямо въ законѣ, и есть проблема толкованія законовъ. Это есть проблема справедливости, проблема того, чтобы ничто не ускользнуло отъ своего закона. Напротивъ въ вопросѣ о свидѣтельскихъ показаніяхъ нужно изслѣдовать ихъ достовѣрность, научиться читать въ душѣ свидѣтеля, учуять то тайное, что свидѣтель скрываетъ. Это есть проблема чуткости, постиженіе души челоѣка. Не случайно, представляется мнѣ, выбралъ эти темы Александръ Владимировичъ.

Всѣ знавшіе А. В. всегда отмѣчаютъ его выдающійся умъ. Очень трудно вообще говорить объ умѣ челоѣка, многое зави-

силь въ такихъ случаяхъ отъ того, что мы понимаемъ подъ умомъ. Можно понимать подъ умомъ логическую способность человѣка, его способность дѣлать правильные выводы, можно понимать умъ шире, какъ умѣнье правильно разбираться въ окружающихъ насъ явленіяхъ, какъ ученый или какъ дѣятель жизни, это безразлично. Для этого послѣдняго мало отвлеченной формальной способности вывода, нужна способность вѣрно выбрать тѣ факты, на основаніи которыхъ должны дѣлаться выводы. Иногда понимаютъ подъ умомъ своеобразіе и интересность умственной сферы (умъ интереснаго собесѣдника, остроумнаго человѣка). Такой человѣкъ можетъ и не обладать умомъ, въ пер-выхъ двухъ смыслахъ онъ можетъ мыслить не особенно логично, не особенно строго и можетъ даже плохо разбираться въ реальности.

Поэтому часто, когда люди расходятся въ оцѣнкѣ ума человѣка, они понимаютъ умъ въ различныхъ смыслахъ. Относительно А. В. дѣло облегчается тѣмъ, что его нужно признать умнымъ, при всякомъ пониманіи этого слова. Это былъ сильный формальный умъ, онъ великолѣпно ориентировался въ окружающихъ явленіяхъ благодаря своей проницательности, наконецъ это былъ очень интересный человѣкъ, мастеръ парадокса и афоризма, неожиданно раскрывавшаго своеобразіе его душевнаго склада, которое онъ, какъ человѣкъ замкнутый, тщательно скрывалъ даже отъ близкихъ.

Отдѣльно я упомяну еще о 4-мъ пониманіи ума, которое иногда встрѣчается въ обыденной жизни. Подъ умомъ иногда понимаютъ образованность, обиліе знаній, жизненный опытъ. Это, конечно, явленія ничего общаго съ умомъ не имѣющія. Образованность есть слѣдствіе памяти, трудолюбія и досуга. Жизненный опытъ есть слѣдствіе разнообразія жизненныхъ впечатлѣній. Но если бы ктонибудь пожелалъ понимать умъ въ этомъ смыслѣ, то и въ этомъ смыслѣ А. В. былъ очень уменъ. Человѣкъ крайне образованный, энциклопедистъ не только въ области юридическихъ наукъ, но и во всѣхъ областяхъ знанія онъ отличался памятью богатой и точной, что не такъ часто встрѣчается вмѣстѣ. Я хочу сказать еще объ одной сторонѣ ума А. В. Это былъ умъ не заинтересованный, т. е. склонный къ незаинтересованному мышленію. Примѣромъ такого мышленія служить мышленіе геометра. Геометру безразлично, эта или прямо ей противополож-

ная теорема будетъ имъ доказана. Ему ничего не хочется доказать. При незаинтересованномъ мышленіи сначала даны посылки, а потомъ человѣкъ ищетъ вывода, котораго онъ заранѣе не знаетъ и къ которому онъ относится безразлично. Другой типъ мышленія это заинтересованное мышленіе. Примѣромъ такого мышленія можетъ служить мышленіе адвоката при защитѣ своего кліента. Адвокату выводъ данъ заранѣе—онъ долженъ добиться признанія какого нибудь положенія, которое выгодно для его кліента напр., что его кліентъ невиновенъ, ненормаленъ, дѣйствовалъ подъ вліяніемъ аффекта и т. д. Затѣмъ онъ ищетъ тѣ факты, изъ которыхъ слѣдуетъ данное положеніе. При заинтересованномъ мышленіи сначала данъ выводъ, въ которомъ человѣкъ такъ или иначе заинтересованъ, а потомъ онъ подыскиваетъ тѣ посылки, изъ которыхъ вытекаетъ данный выводъ. Можно сказать, что незаинтересованное мышленіе совершается путемъ дедукціи, а заинтересованное обратнымъ путемъ—путемъ редукціи. Какъ адвокатъ, мыслить всякій политическій дѣятель, ибо онъ всегда долженъ доказывать точку зрѣнія своей партіи, всякій религіозный мыслитель, огромное большинство, а можетъ быть и всѣ общественные мыслители и философы. Всѣ они обычно раньше вѣрятъ въ то, что доказываютъ, а, слѣдовательно, потомъ при доказательствѣ они заинтересованы въ томъ, что доказываютъ. А. В. былъ адвокатомъ, онъ былъ глубоко убѣжденъ въ заинтересованности нашихъ убѣжденій. Онъ говорилъ всегда: „Міровоззрѣніе человѣка есть оправданіе его поведенія“, слѣдовательно онъ отдавалъ себѣ отчетъ въ заинтересованномъ мышленіи, но любилъ онъ мыслить иначе. Онъ любилъ незаинтересованное мышленіе.

А. А. Симолинъ, разбирая его ученую дѣятельность, отмѣтилъ, что онъ былъ ученый—судья. А для судьи именно и характерна незаинтересованность его мышленія. Заинтересованный судья есть уже не судья, а сторона. Отсюда любовь А. В. ко всякому формальному разсужденію, ибо формальное разсужденіе всегда незаинтересовано, любовь къ казуистикѣ, къ формальнымъ отводамъ. Отсюда его необыкновенныя діалектическія способности, умѣнье становиться на самыя разнообразныя точки зрѣнія.

Такова была эта необыкновенно богатая душевная жизнь. И вотъ она оборвалась. Тлѣнны всѣ земныя богатства и даже величайшія изъ нихъ—богатства души. На чемъ то зыбкомъ и мгновенномъ играетъ ея радуга. Но, умирая, человѣкъ продолжаетъ жить въ своихъ добрыхъ дѣлахъ, ибо добро, содѣянное человѣкомъ, не умираетъ съ нимъ; мѣняя свои формы, претворяясь въ другое добро, оно надолго переживетъ того, кто его содѣлалъ. Умирая, человѣкъ продолжаетъ жить въ воспоминаніяхъ окружающихъ, и это тоже дѣло—оставить по себѣ свѣтлую память, не только скорбь, но и тихое умиленіе. Свѣтлая память, образъ хорошаго человѣка крѣпко врѣзается въ нашу душу, поднимаетъ насъ надъ суетностью и мелочностью. Въ каждой душѣ бьютъ вѣчные и чистые родники добра, но суетность жизни засоряетъ ихъ своимъ прахомъ. Но придетъ дорогое воспоминаіе и, хотя оно—тѣнь и призракъ, но отъ вѣянья крыль его рассыпается пыль и прахъ, и съ новой силой бьютъ родники добра, и душа ощущаетъ великій подъемъ. Это тоже дѣло оставить по себѣ свѣтлую память. Свѣтлую память оставилъ по себѣ Александръ Владимировичъ.

Н. Васильевъ.

Бібліографическій указатель трудовъ А. В. Завадскаго ¹⁾.

1) „Что даетъ суду экспертъ по воззрѣніямъ проф. Штейна“. (Протоколы Юрид. О-ва при Казанскомъ Университетѣ за 1899 г. стр. 89—106).

2) „Дополнительное сообщеніе по вопросу объ обязательности для суда заключенія экспертовъ“ (тамъ-же, стр. 114—132).

3) „О 9-ой главѣ 5-ой кн. Проекта гражд. Уложенія—договоръ личнаго найма“. (Труды Юрид. О-ва при Каз. У-тѣ за 1900 г. стр. 79—110).

4) „Несмѣняемость судьи и его независимость“. (Труды Юрид. О-ва при Каз. У-тѣ за 1903 г. ч. I. стр. 41—72).

5) „Къ вопросу о достовѣрности свидѣтельскихъ показаній—опыты А. Бине и В. Штерна“. Совмѣстно съ А. П. Елистратовымъ

(Труды Юр. О-ва при Каз. Ун-тѣ за 1903 г. ч. I. стр. 73—125).

Рецензія на работы Wreschner'a и Jaffe по достовѣрности свидѣтельскихъ показаній. (Ж. М. Ю. за 1904 г. стр. 268—291).

7) „Къ психо-юридическому отчету судебного обозрѣнія“. Казань, 1904 г.

8) Рецензія на „Проблемы психологіи“ вып. I, „Ложь и свидѣтельскія показанія“. (Ж. М. Ю. 1905 г. № 6).

9) „Die russische Literatur und Experimentalforschung zur Psychologie der Aussage“. (Beiträge zur Psychol. der Aussage 1905, 2-e Folge, 2-es Heft).

10) „О вліяніи вопросовъ безъ внушенія на достовѣрность свидѣтельскихъ показаній“. Совмѣстно съ А. П. Елистратовымъ. Казань, 1905 г.

11) „Объ увольненіи приватъ-доцентовъ Университетовъ по третьему пункту“. (Право, 1905 г. № 39).

¹⁾ Составленъ И. А. Антроповымъ и Барономъ А. А. Симолинымъ.

12) „Германскіе суды для лицъ, занятыхъ въ промышлен-ности и торговлѣ“. (Волжскій Листокъ 1905 г. № 151).

13) Quellen des russischen Handelsrechts“ (Handelsgesetze d. Erdballs herausg. v. Kohler, 1906).

14) Рядъ статей по избирательному праву и отчетовъ о вы-борныхъ собраніяхъ въ газетѣ „Вечернее Эхо“. Казань, 1905—1906 г.г.

15) „Bibliographie des russischen Handelsrechts (Handelsgesetze d. Erdballs, v. Kohler, 1907).

16) „О проектѣ Министерства Юстиціи о преобразованіи мѣстнаго суда“. Казань, 1908.

17) „Законно-ли пребываніе вольнослушательницъ въ Универ-ситетѣ?“ (Журналь „Союзъ женщинъ“, 1908 г. №№ 7—8).

18) „Рецензія на русскій переводъ Швейцарскаго граждан-скаго уложенія. (Юрид. Библиографія, 1908 г.)

19) „О правѣ на собственное изображеніе“. Казань 1909 г.

20) „Объ измѣненіяхъ, внесенныхъ комиссіей по судебнымъ реформамъ Госуд. Думы въ проектъ Министра Юстиціи о пре-образованіи мѣстнаго суда“. Казань, 1909 г.

21) „Измѣненія въ гражданскомъ судопроизводствѣ у уча-стковыхъ судей—Германскій законъ 1-го іюня 1909 г.“ (Вопросы Права, кн. II).

22) „Къ ученію о толкованіи и примѣненіи гражданскихъ законовъ“, стр. 1—176 (Ученыя записки Имп. Каз. Унив. начиная съ октября 1910 г.).

23) Отзывъ о сочиненіи Барона Симолина „Договоръ промы-словаго ученичества“. Совмѣстно съ проф. В. Ф. Матвѣевымъ. 1912 г.

24) „Доказываніе“ (Народная энциклопедія Харьковскаго О-ва Грамотности).

25) „Новѣйшіе русскіе курсы, учебники и комментаріи по гражданскому судопроизводству. (Вѣстникъ гражд. права 1913 г. №№ 6—7).

26) „Петръ Павловичъ Цитовичъ.“ (Юрид. Вѣстн. 1913 г. № 4).

27) „Къ юридической сторонѣ спора графинь С. А. и А. Л. Толстыхъ о рукописяхъ Л. Н. Толстого“. (Юрид. Вѣстн. 1913 г. № 4).

28) „Къ введенію въ дѣйствіе закона о мѣстномъ судѣ.“ (Вѣстникъ Права, 1913 г. №№ 50—52 и 1914 г. №№ 1—2).

- 29) Рецензія на книгу Поповича „Давність владѣнія“. Юрид. Вѣстн. 1913 г. № 4.
- 30) Рецензія на книгу Т. М. Яблочкова „Позднѣйшія узаконенія“. (Юрид. Вѣстн. 1913 г. № 4).
- 31) „Допустимо-ли обезпеченіе исковъ при просьбѣ о понудительномъ исполненіи“. (Вѣстн. Права, 1914 г. № 18).
- 32) „Нововведенія закона 2-го іюня 1914 г. въ гражданскамъ процессѣ.“ (Тамъ-же, № 31).
- 33) „Нѣсколько процессуальныхъ вопросовъ, возбуждаемыхъ указомъ о мораторіи 25-го іюля 1914 г. (Тамъ-же, № 32).
- 34) Иски одного истца противъ одного и того-же отвѣтчика по закону 10-го іюня 1914 г. (Тамъ-же, №№ 35—36).
- 35) „Новое въ институтѣ встрѣчныхъ исковъ по закону 10 іюня 1914 г. (Тамъ-же, №№ 41—42).
- 36) „Обозрѣніе новѣйшей литературы по закону о мѣстномъ судѣ“. (Вѣстн. гражд. права, 1914 г. №№ 3—4).
- 37) „По поводу юбилея сенатора В. Л. Исаченко“. (Юрид. Вѣстн. 1914 г. кн. VII—VIII).
- 38) „О дѣйствительности духовныхъ завѣщаній, писанныхъ на машинѣ.“ (Сборникъ памяти проф. Г. Ф. Шершеневича).
- 39) Библиографическій указатель работъ Г. Ф. Шершеневича, составленъ совмѣстно съ Л. А. Богородицкой и Е. Н. Даниловой. (Тамъ-же).
- 40) „Комментарій къ статьѣ 533, т. X, ч. I“ (будеть напечатанъ въ вып. 4-омъ законовъ гражданскихъ, выходящихъ подъ редакціей А. Э. Вормса и В. Б. Ельяшевича).
- 41) „Измѣненія, внесенныя закономъ 10-го іюня 1914 г. въ институтъ соучастія.“ (Вѣстникъ Права, 1915 г. № 16).
-

Молодые
В. М. М.
1917

Наслѣдованіе въ восходящихъ степеняхъ по дѣйствующему праву *).

Вопросъ о правѣ восходящихъ родственниковъ на наслѣдство послѣ безпотомно умершихъ нисходящихъ правилами проекта гражданскаго уложенія разрѣшается въ утвердительномъ смыслѣ и при томъ столь ясно и категорично, что нѣтъ ни малѣйшаго сомнѣнія ни въ ихъ правѣ, ни въ условіяхъ наступленія онаго, ни въ размѣрѣ наслѣдственныхъ долей.

На основаніи 1357—1362 ст. проекта ¹⁾ въ случаѣ смерти собственника, не оставившаго послѣ себя потомства, въ первую очередь къ наслѣдованію призываются восходящіе въ такомъ порядкѣ: прежде всего въ права наслѣдства вступаютъ родители умершаго—отецъ и мать,—между коими наслѣдство дѣлится поровну. Если родителей нѣтъ въ живыхъ, слѣдующія имъ доли наслѣдства переходятъ къ ихъ наслѣдникамъ и прежде всего къ ихъ нисходящимъ. На этомъ основаніи въ имѣніи отца наслѣдуютъ его дѣти, т. е. родные и единокровные братья и сестры умершаго наслѣдодателя и ихъ нисходящіе въ общемъ порядкѣ права представленія. Если такихъ нисходящихъ нѣтъ, долю, принадлежащую отцу, наслѣдуютъ его родители, т. е. дѣдъ и бабушка наслѣдодателя и ихъ нисходящіе: двоюродные дядья и тетки покойнаго съ своими нисходящими. При неимѣніи дѣда и бабушки съ ихъ нисходящими, въ права наслѣдства вступаютъ прадѣдъ

*) Печатаемая статья является лебединой пѣсней покойнаго цивилиста. Будучи совсѣмъ уже больнымъ, Василій Лаврентьевичъ тѣмъ не менѣе горячо отозвался на просьбу прислать свою статью для Сборника памяти А. В. Завадекаго и свято сдержалъ свое обѣщаніе—статья получена редакціей при письмѣ сына покойнаго, В. В. Исаченко, что вслѣдствіе ухудшенія въ здоровьѣ Василій Лаврентьевичъ лишень возможности подписать статью, а черезъ недѣлю телеграфъ принесъ печальное извѣстіе, что В. Л. Исаченко не стало. Этотъ фактъ краснорѣчивѣе всякихъ словъ свидѣтельствуетъ, какъ относился къ наукѣ Василій Лаврентьевичъ, и кого въ лицѣ его она потеряла! Ред.

¹⁾ Статьи цитируемъ по третьей редакціи проекта.

и прабабка съ ихъ нисходящими, т. е. родственники умершаго въ третьей линіи—троюродные дядья и теткы.

Затѣмъ, въ такомъ же порядкѣ наследуютъ прапрадѣды и, наконецъ, пращуръ, чѣмъ и заканчивается право наследованія въ боковыхъ линіяхъ: при неимѣніи никого изъ названныхъ родственниковъ до пращура включительно, остающееся послѣ безпотомно умершаго собственника имущество обращается въ рядъ выморочныхъ.

Точно такую же судьбу имѣетъ и наследственная доля матери. Прежде всего, если матери нѣтъ въ живыхъ, эту долю получаютъ родные и единоутробные съ умершимъ братья и сестры, а при неимѣніи таковыхъ, ихъ нисходящіе. Если же и нисходящихъ у дѣтей матери нѣтъ,—наследство поступаетъ къ родителямъ матери и ихъ нисходящимъ въ томъ же порядкѣ, какъ и при наследованіи дѣда и бабки съ отцовской стороны.

Ясность и опредѣлительность этихъ правилъ не оставляетъ сомнѣнія въ томъ, что по проекту уложенія восходящіе родственники *наследуютъ* въ имуществѣ нисходящихъ, не оставляющихъ по себѣ потомства. Слѣдовательно, на нихъ должны распространяться всѣ правила, коими опредѣляются порядокъ признанія за оными наследственныхъ правъ, передача имъ наследственного имущества, послѣдствія принятія наследства, отреченія отъ онаго и пр. Нѣтъ сомнѣнія и въ томъ, что они имѣютъ право лишь на то оставшееся послѣ умершихъ имущество, которое можетъ почитаться наследственнымъ. На всякое же другое имущество, не подлежащее наследованію по закону, они права имѣть не могутъ, и эти имущества должны получать то назначеніе, которое имъ дано закономъ или волею наследодателя. Такъ, никто изъ восходящихъ, какъ и никто изъ всѣхъ прочихъ наследниковъ умершаго собственника, не можетъ простираť претензіи ни на законную долю, слѣдующую овдовѣвшему супругу, ни на то, что по завѣщанію наследодателя должно поступить въ собственность кого-либо другого.

Совершенно иное представляетъ намъ наше дѣйствующее законодательство. Скудость, недостаточность, неточность и неясность правилъ, касающихся занимающаго насъ вопроса, не даютъ надлежащихъ данныхъ для правильнаго разрѣшенія всѣхъ возникающихъ изъ нихъ вопросовъ. Дѣйствительно:

Прежде всего, мы не имѣемъ прямого отвѣта на вопросъ,— допускаются ли по дѣйствующему закону восходящіе родственники къ наслѣдованію послѣ нисходящихъ?— Въ первой главѣ второго раздѣла законовъ гражданскихъ „О наслѣдованіи по закону вообще“ имѣется цѣлое отдѣленіе (пятое), озаглавленное такъ: „О порядкѣ наслѣдованія въ линіи восходящей“, изъ чего, а равно изъ правила 1141 ст., X т., 1 ч., гдѣ сказано, что при недостаткѣ нисходящихъ, право наслѣдованія послѣ умершаго собственника принадлежитъ родственникамъ въ боковыхъ линіяхъ, или въ опредѣленныхъ случаяхъ и родителямъ и восходящимъ родственникамъ умершихъ,—слѣдовало бы, кажется, заключить, что наше законодательство вообще не отрицаетъ правъ восходящихъ на наслѣдство послѣ нисходящихъ. Но ни въ этой 1141 и ни въ одной изъ шести послѣдующихъ статей, составляющихъ это отдѣленіе, не содержится и намека на право восходящихъ вообще наслѣдовать послѣ нисходящихъ. Напротивъ того, въ первой изъ этихъ статей (1141) прямо сказано: *„родители не наслѣдуютъ послѣ дѣтей въ приобретенномъ ими послѣдними имуществомъ“*. Но затѣмъ дѣлается такая оговорка: если послѣ безпотомно умершаго сына или дочери остается благоприобрѣтенное имущество, то оно отдается отцу и матери совокупно въ пожизненное владѣніе. Въ слѣдующей же (1142) статьѣ сказано, что имущество, подаренное родителями дѣтямъ, возвращается послѣ смерти безпотомно умершихъ дѣтей родителямъ, *яко даръ*.

Тутъ прежде всего возникаетъ вопросъ: какъ слѣдуетъ понимать выраженіе закона—„родители не наслѣдуютъ“? Должно ли означать это, что только родители, т. е. отецъ и мать (р. с. 1876 № 199) не наслѣдуютъ послѣ своихъ дѣтей, а прочіе восходящіе родственники наслѣдуютъ послѣ нисходящихъ, напри- мѣръ—дѣдъ и бабка послѣ внуковъ, прадѣдъ и прабабка послѣ правнуковъ, и т. п., или же правила этихъ двухъ статей содержать въ себѣ извѣстное ограниченіе на открывшееся послѣ дѣтей наслѣдство въ томъ смыслѣ, что родители могутъ наслѣдовать только въ тѣхъ имуществахъ, которыя поименованы въ этихъ статьяхъ, на всѣ же прочія имущества дѣтей они никакого права не имѣютъ?

На первый изъ этихъ вопросовъ необходимо дать отрицательный отвѣтъ. Въ законѣ перечислены тѣ родственники умершаго

собственника, которымъ предоставлено право наслѣдованія въ оставшемся послѣ него имуществѣ. Прежде всего, наслѣдники нисходящіе, законные дѣти, внуки, правнуки. При неимѣннн нисходящихъ, право наслѣдованія принадлежитъ родственникамъ въ боковыхъ линіяхъ въ порядкѣ близости родства по линіямъ и степенямъ: прежде всего призываются къ наслѣдству братья и сестры умершаго наслѣдодателя; если же ни братьевъ, ни сестеръ, ни ихъ нисходящихъ послѣ него не осталось, наслѣдниками являются родные дядья и тетки его съ ихъ нисходящими (ст. 1137). При недостаткѣ и этихъ родственниковъ, наслѣдственныя права переходятъ въ дальнѣйшія линіи, но съ соблюденіемъ того же порядка: ближайшая линія и степень исключаютъ дальнѣйшія. На этомъ основаніи, когда послѣ наслѣдодателя не осталось родныхъ дядей и тетокъ, т. е. братьевъ и сестеръ отца или дѣтей дѣда и ихъ потомства, ближайшими наслѣдниками являются братья и сестры дѣда или сыновья и дочери прадѣда, т. е. двоюродные дѣды и бабки и ихъ нисходящіе, каковыми въ этомъ случаѣ будутъ двоюродные дядья и тетки, потомъ троюродные братья и сестры и т. д. При недостаткѣ этихъ родныхъ, право на наслѣдство принадлежитъ братьямъ и сестрамъ прадѣда или сыновьямъ и дочерямъ прапрадѣда съ ихъ нисходящими и т. д. Но о томъ, чтобы при недостаткѣ родственниковъ въ данной линіи, наслѣдство могло переходить къ родоначальнику этой линіи, — къ самому дѣду, прадѣду, прапрадѣду и т. п., — въ законѣ не говорится ни слова. Изъ этого молчанія слѣдуетъ тотъ выводъ, что восходящіе родственники, за исключеніемъ родителей, никогда и ни при какихъ условіяхъ не признаются наслѣдниками ихъ умершихъ нисходящихъ. Нѣсколько страннымъ можетъ показаться то, что при иномъ толкованіи разбираемой 1141 ст., двоюродные дѣдъ и бабка, двоюродные прадѣдъ и прабабка и т. д. почитаются наслѣдниками ихъ внучатыхъ племянниковъ и племянницъ, а родные прадѣдъ, прапрадѣдъ и т. д. совершенно устраняются отъ правъ на такое наслѣдство. Но это оправдывается прежде всего тѣмъ, что по дѣйствующему закону наслѣдниками умершаго собственника ко всему его имуществу, за исключеніемъ указной доли овдовѣвшему супругу, признаются или его нисходящіе или боковые родственники, а во вторыхъ тѣмъ, что, если бы законъ признавалъ наслѣдниками умершихъ

владѣльцевъ ихъ восходящихъ родственниковъ, то онъ не преминулъ бы указать съ надлежащей опредѣленностью, когда, при наличности какихъ условій и въ какомъ размѣрѣ наследственные права можно признавать за родственниками восходящихъ степеней, подобно тому, какъ это предположено сдѣлать по проекту гражданскаго уложенія. Между тѣмъ, ничего подобнаго въ нашихъ дѣйствующихъ законахъ не содержится, и установленіе на этотъ предметъ какого либо порядка было бы дѣйствіемъ совершенно произвольнымъ.

Итакъ, сводя все сказанное по поводу разсмотрѣннаго нами вопроса воедино, неизбѣжно приходимъ къ тому выводу, что правило 1141 ст. недостаточно точно редактировано. Внутренній смыслъ его такой: *восходящіе родственники вообще не наследуютъ* въ имущество, оставшемся послѣ смерти ихъ нисходящихъ родственниковъ. Но родители получаютъ имущество, нажитое самими дѣтьми, въ пожизненное владѣніе, а то, что ими самими было подарено дѣтямъ—обратно въ свою собственность.

Только при такомъ толкованіи разбираемыхъ статей дѣлается понятнымъ названіе пятаго отдѣленія главы о наследованіи по закону вообще.

При такомъ разрѣшеніи перваго изъ поставленныхъ нами вопросовъ, второй самъ собою разрѣшается въ утвердительномъ смыслѣ: правила 1141 и 1143 ст. зак. гр. содержатъ въ себѣ не что иное, какъ исключеніе изъ общаго правила о неимѣніи у восходящихъ родственниковъ права наследованія послѣ ихъ нисходящихъ. Родители тоже не наследуютъ, по общимъ правиламъ наследованія, но въ видѣ исключенія имъ передается нажитое самимъ наследодателемъ имущество въ пожизненное владѣніе, а то, которое ими самими было подарено умершему, возвращается въ ихъ собственность.

Это исключеніе въ свою очередь вызываетъ рядъ вопросовъ, надъ разрѣшеніемъ которыхъ трудились многіе изъ нашихъ цивилистовъ, — Мейеръ, Неволинъ, Побѣдоносцевъ, Думашевскій, Оршанскій, Муромцевъ, Шершеневичъ, Змирловъ и др.. Мнѣнія ихъ съ свойственной Анненкову тщательностью, который по части собиранія матеріаловъ уподобляется трудолюбивой пчелѣ, не оставляющей ни одного цвѣтка, на которомъ находится медоносная пыль, собраны въ его „Системѣ Русскаго Гражданскаго Права“

(томъ VI, стр. 314—318), но, по обыкновенію своему, онъ не дѣлаетъ общаго вывода изъ собраннаго имъ матеріала и не приводитъ своего мнѣнія, вслѣдствіе чего практика находитъ большое затрудненіе при руководствѣ по истинѣ прекраснымъ трудомъ названнаго автора.

На первый планъ здѣсь выступаетъ вопросъ о томъ, какъ слѣдуетъ понимать выраженія закона, во 1-хъ—имущество, приобрѣтенное дѣтьми, а во 2-хъ, имущество, уступленное дѣтямъ родителями при ихъ жизни въ видѣ дара?

Едва ли можно сомнѣваться въ томъ, что подъ имуществомъ, приобрѣтенномъ самими дѣтьми, должно быть подразумѣваемо всякое *благоприобрѣтенное* имущество, какимъ бы способомъ оно ни было приобрѣтено ими, лишь бы по закону оно не почиталось родовымъ. Посему все то, что умершему было пожаловано, или получено имъ въ даръ отъ посторонняго лица, или поступило къ нему по духовному завѣщанію, и даже по наслѣдству по закону, когда переходъ наслѣдственнаго имущества къ наслѣднику не дѣлаетъ оное родовымъ, какъ въ случаѣ наслѣдованія супругомъ своей указной доли.

Что касается выраженія: „уступлено въ видѣ дара“, то и тутъ нельзя не признать правильнымъ то мнѣніе, что подъ подареннымъ должно быть подразумѣваемо не только имущество, которое было *подарено* умершему его родителями, но и все то, что имъ получено безвозмездно отъ отца или матери, слѣдовательно, и то, которое было выдѣлено сыну или дочери, и то, которое было дано дочери при выходѣ ея въ замужество, въ приданое, ибо и выдѣлъ и приданое, какъ проявленія свободной воли родителей, нельзя не разсматривать, какъ даренія.

Далѣе, что слѣдуетъ подразумѣвать подъ словомъ „имущество“,—тѣ-ли только реальные предметы, на которые умершій имѣлъ право собственности или иное какое либо право, или же все то, что является предметомъ имущественнаго права, т. е. не только всякаго рода реальные предметы, но и права безтѣлесныя?

По нашему мнѣнію вопросъ этотъ долженъ быть разрѣшенъ не одинаково на оба случая, предусматриваемые закономъ: въ силу правила, изложеннаго въ 1141 ст., родителямъ должно принадлежать право пользованія лишь такими имуществами, кото-

рья могутъ быть предметомъ фактическаго обладанія, какъ-то: недвижимыя имѣнія, всякаго рода вещи, капиталы, какъ наличные, такъ и долговые, и притомъ, гдѣ бы они ни оказались; право на пользованіе чужими имуществами, если таковыя могутъ быть предметомъ фактическаго обладанія, какъ, на примѣръ, право пользованія нанятымъ имуществомъ. Но права безтѣлесныя, которыя по самой природѣ своей не могутъ быть предметомъ фактическаго обладанія, не могутъ причисляться къ тѣмъ имуществамъ, на которыя родители имѣютъ право пожизненнаго владѣнія. Это слѣдуетъ изъ того, что, по правилу 1141 ст., благопріобрѣтенныя имущества безпотомно умершихъ дѣтей отдаются родителямъ въ *пожизненное владѣніе*; владѣніе же не можетъ быть тамъ, гдѣ нѣтъ предмета обладанія. На этомъ основаніи мы считаемъ, что родители не имѣютъ права требовать передачи въ ихъ пожизненное владѣніе такихъ правъ, какъ, на примѣръ, авторское право.

Иначе обстоитъ дѣло въ случаяхъ, предусмотрѣнныхъ въ 1142 ст. Въ этихъ случаяхъ родители имѣютъ право требовать возвращенія имъ всякаго имущественнаго права, безвозмездно уступленнаго ими дѣтямъ, слѣдовательно, и всякаго безтѣлеснаго права, каковы авторское право, привилегіи на открытія и изобрѣтенія, концессионныя права и т. п.. Это потому, что въ этихъ случаяхъ, всякое имущество, которое ими было подарено умершимъ ихъ дѣтямъ, возвращается въ ихъ собственность; предметомъ же права собственности могутъ быть и права, не имѣющія вещныхъ субстратовъ, которые могли бы быть предметомъ фактическаго обладанія, какъ всякая реально существующая вещь.

Засимъ, изъ текста разбираемыхъ статей возникаетъ еще два вопроса, во 1-хъ о томъ, какъ понимать выраженіе закона „*совокупно*“: имущество это „отдается въ пожизненное владѣніе *отцу и матери совокупно*“, и во 2-хъ, оба-ли родителя, т. е. отецъ и мать совокупно, имѣютъ право требовать возвращенія имъ имущества, подареннаго кѣмъ либо изъ нихъ умершему наследодателю, или только тотъ изъ нихъ, коимъ то имущество было подарено?

Невозможно найти какое либо основаніе къ тому, чтобы можно было оспаривать правильность того мнѣнія, по которому выраженіе „совокупно“ не должно быть понимаемо въ какомъ-

либо иномъ смыслѣ, какъ въ томъ, что оба родителя получаютъ въ пожизненное владѣніе благопріобрѣтенное имущество умершихъ сына или дочери, если они оба находятся въ живыхъ, въ ихъ общее и нераздѣльное владѣніе; никто изъ нихъ не можетъ имѣть никакого преимущества предъ другимъ и требовать на свою долю болѣе того, что ему можетъ причитаться при совмѣстномъ пользованіи съ другимъ родителемъ переданнымъ имъ обоимъ имуществомъ. Поэтому, невозможно согласиться съ тѣмъ мнѣніемъ, что когда въ живыхъ находится одинъ изъ родителей, то правило 1141 ст. не можетъ имѣть примѣненія, ибо въ противномъ случаѣ все такое наследственное имущество переходило бы въ пользованіе одного, тогда какъ законъ прямо говоритъ, что оно отдается во владѣніе отцу и матери совокупно, при чемъ не указываетъ на то, въ какой части остающійся въ живыхъ родитель можетъ получить въ свое обладаніе наследственное имущество, и въ какомъ порядкѣ эта часть можетъ быть отдана ему.

Неправильность этого мнѣнія явствуетъ изъ того, что, если при нахожденіи въ живыхъ одного только изъ родителей, послѣдній имѣлъ бы право на полученіе того имущества потому только, что совокупнаго обладанія имъ быть не можетъ, то слѣдовало бы признать, что пожизненное владѣніе родителей подлежало бы прекращенію въ тѣхъ случаяхъ, когда оно началось при жизни обоихъ супруговъ, и засимъ, одинъ изъ нихъ умираетъ. Значитъ, со смертію одного изъ родителей, другой обязанъ былъ бы передать боковымъ родственникамъ все полученное имъ наследство. Но объ этомъ нѣтъ и намека въ законѣ, который, если бъ считалъ возможнымъ установить подобное правило, прямо сказалъ бы объ этомъ. Разъ же этого законъ не говоритъ, нѣтъ основанія утверждать, что право пользованія наследственнымъ имуществомъ пожизненно можетъ имѣть мѣсто тогда только, когда оба родителя находятся въ живыхъ, и что въ противномъ случаѣ оно не можетъ возникнуть, а возникшее подлежитъ прекращенію.

Еще менѣе правильнымъ представляется то мнѣніе, что, въ случаѣ нахожденія въ живыхъ только одного изъ родителей, въ права другого вступаютъ его законные наследники, какъ, напримеръ: въ живыхъ находится только отецъ; наследственное имущество передается въ общее владѣніе ему и законнымъ наследникамъ матери, т. е. роднымъ и единоутробнымъ братьямъ и се-

страмъ умершаго наслѣдодателя. Если въ живыхъ находится только мать, то право на пожизненное владѣніе тѣмъ имуществомъ принадлежитъ ей и законнымъ наслѣдникамъ отца, т. е. роднымъ и единокровнымъ братьямъ и сестрамъ наслѣдодателя. Мысліе это выводится изъ того, что, если кому-либо принадлежитъ извѣстное имущественное право, то оно по смерти собственника онаго не уничтожается, если объ этомъ прямо не сказано въ законѣ, а переходитъ къ его законнымъ наслѣдникамъ. Это совершенно вѣрно, но дѣло, во 1-хъ, въ томъ, что наслѣдникамъ принадлежатъ лишь тѣ права наслѣдодателя, которыми послѣдній обладалъ въ моментъ своей смерти. Родитель же, умершій ранѣе безпотомно умершихъ же сына или дочери, не могъ приобрести никакого права на оставшееся послѣ этихъ дѣтей имущество. Не могутъ, посему, и наслѣдники его заявлять претензіи на тѣ права ихъ отца или матери, которыя по закону предоставлены послѣднимъ, но ими еще не приобретены. Остается тотъ случай, когда отецъ или мать наслѣдодателя умираютъ по принятіи въ пожизненное владѣніе наслѣдственнаго имущества. Въ этомъ случаѣ и тотъ и другая имѣли въ моментъ своей смерти право пожизненнаго владѣнія, но тутъ это право не можетъ переходить къ ихъ наслѣдникамъ по той простой причинѣ, что это право было у нихъ *пожизненнымъ правомъ*, вслѣдствіе чего, со смертію обладателя онаго, оно само собою прекращается и не можетъ переходить къ его законнымъ наслѣдникамъ. Тутъ наслѣдственное имущество дѣлается собственностію законныхъ наслѣдниковъ наслѣдодателя, каковыми здѣсь будутъ боковые его родственники.

Итакъ, должно быть признано, что по правилу 1141 ст., родители безпотомно умершаго сына или дочери, какъ оба совокупно, такъ и каждый изъ нихъ въ отдѣльности, когда другого нѣтъ болѣе въ живыхъ, получаютъ благоприобрѣтенное наслѣдодателемъ имущество въ пожизненное владѣніе во всемъ томъ его объемѣ, въ коемъ оно должно признаваться наслѣдствомъ, подлежащимъ наслѣдованію по закону.

Второй вопросъ легко разрѣшается прямымъ текстомъ закона (1142 ст.): подаренное дѣтямъ имущество возвращается родителямъ не въ общую ихъ собственность, а каждому изъ нихъ то, что имъ было дано умершему сыну или дочери. Посему, въ тѣхъ

случаяхъ, когда даръ былъ учиненъ обоими супругами, то составляющее его имущество возвращается каждому изъ нихъ въ той долѣ, въ коей каждый изъ нихъ одарилъ сына или дочь. Если же этого нельзя установить, то нужно признать, что каждый изъ родителей имѣетъ право на половину возвращеннаго.

Далѣе, въ отношеніи правила 1142 ст. слѣдуетъ замѣтить, что оно, какъ законъ специальный, не можетъ быть толкуемо распространительно и примѣняемо къ случаямъ прямо въ немъ не предусмотрѣннымъ. Въ немъ категорически говорится о правѣ на обратное полученіе подареннаго *только родителями*, т. е. какъ это было указано выше, отцомъ и матерью умершаго. Посему, трудно согласиться съ высказываемымъ иногда въ литературѣ и въ практикѣ мнѣніемъ о томъ, что и другіе восходящіе имѣютъ право на обратное полученіе того, что ими было подарено ихъ нисходящему родственнику. Въ подтвержденіе такого мнѣнія приводится правило 1141 ст., по силѣ которой право наслѣдованія *въ опредѣленныхъ случаяхъ* принадлежитъ родителямъ и другимъ восходящимъ. Но для того, чтобы имѣть право опираться на эту статью закона, необходимо указать тотъ законъ, коимъ установлены тѣ *опредѣленные случаи*, въ коихъ восходящіе родственники имѣютъ право наслѣдованія. Такого же закона, кромѣ разбираемыхъ статей третьяго отдѣленія первой главы второго раздѣла законовъ гражданскихъ, нѣтъ. Такимъ образомъ правило 1141 ст. не даетъ надлежащаго основанія для признанія другихъ, кромѣ *родителей* въ тѣсномъ смыслѣ слова, восходящихъ родственниковъ, имѣющими право на обратное полученіе того, что ими было дано въ даръ ихъ нисходящему родственнику.

Невозможно выводить это право восходящихъ родственниковъ и изъ того, что въ законѣ сказано—возвращается „не въ видѣ наслѣдства, а яко даръ“. По закону, за исключеніемъ случая, указаннаго въ 1142 ст., родители имѣютъ право требовать возвращенія имъ дара только въ случаяхъ оказанія имъ со стороны одареннаго непочтенія. На требованіе же возврата дара во веѣхъ другихъ случаяхъ никто не имѣетъ права. Не могутъ посему требовать этого и другіе, кромѣ отца и матери, восходящіе родственники, ибо въ отношеніи ихъ законъ не дѣлаетъ никакого изъятія изъ общаго правила.

Замѣтимъ теперь, что по законамъ 3 Іюня 1902 г. (ст. 132¹³ зак. гр. по изд. 1902 г.) и 12 Марта 1891 г. (ст. 156⁵ ч. I, т. X, изд. 1914 г.) правила 1141 ст. всецѣло и безъ всякихъ ограниченій распространяются на дѣтей вѣнбрачныхъ и усыновленныхъ, а именно: въ случаѣ смерти не оставляющаго по себѣ потомства вѣнбрачнаго ребенка и усыновленнаго, благопріобрѣтенныя послѣдними имущества передаются въ пожизненное владѣніе матери перваго и усыновителя послѣдняго. Естественный отецъ вѣнбрачнаго не пользуется этимъ правомъ. Правило 1142 ст. всецѣло распространяется на мать вѣнбрачнаго ребенка: все, что ей дано было въ даръ послѣднему, возвращается ей. Естественному отцу вѣнбрачнаго не предоставлено и это право: онъ не можетъ требовать возвращенія того, что имъ было дано безмездно своимъ вѣнбрачнымъ сыну или дочери, хотя бы не было ни спора ни сомнѣнія въ томъ, что умершій собственникъ дѣйствительно происходитъ отъ него.

Что касается усыновителя, то ему по правилу 156⁵ и 1142 ст. возвращается все то, что *именно имъ было подарено* усыновленному. Все же то, что было подарено послѣднему его естественными родителями, переходитъ обратно къ этимъ послѣднимъ.

Наконецъ, разбираемая статья возбуждаетъ еще два вопроса, касающіеся занимающаго насъ предмета, и, какъ намъ кажется, едва-ли не самые серьезные и самые спорные, а именно; первый: какъ должно быть разсматриваемо право родителей на обращеніе въ пожизненное ихъ владѣніе имуществовъ, пріобрѣтенныхъ ихъ дѣтьми, и на возвращеніе тѣхъ, которыя ими были подарены дѣтямъ,—наслѣдственнымъ правомъ или какимъ либо другимъ, и, второй: безусловно-ли право родителей на то имущество, которое было уступлено ими дѣтямъ, или же и оно имѣетъ свои ограниченія, зависящія отъ разныхъ условій, какъ всякое наслѣдственное право?

Что право родителей на полученіе въ пожизненное владѣніе благопріобрѣтенныхъ дѣтьми имуществовъ должно быть разсматриваемо какъ право наслѣдованія, въ этомъ едва ли есть какое либо сомнѣніе. Нашъ законъ не устанавливаетъ такого безусловнаго правила, по силѣ котораго имущества, остающіяся послѣ смерти ихъ собственниковъ, могутъ переходить къ наслѣдникамъ

не иначе, какъ въ полную собственность. Напротивъ того, онъ предоставляетъ собственнику полную свободу оставлять свое благопріобрѣтенное имущество или въ полную собственность, кого онъ изберетъ своимъ наслѣдникомъ, или въ пожизненное и вообще временное владѣніе (ст. 1011). Даже родовыя имѣнія могутъ быть въ извѣстныхъ случаяхъ завѣщаемы въ пожизненное владѣніе. Такъ, каждый изъ супруговъ въ правѣ завѣщать свое родовое имѣніе въ пожизненное владѣніе другого супруга (ст. 116). Невозможно, поэтому, не признавать и того положенія, что право установленія пожизненнаго владѣнія въ извѣстныхъ случаяхъ должно принадлежать и самому закону. Но изъ того, что въ рассматриваемомъ случаѣ пожизненное владѣніе устанавливается самимъ закономъ, а не по произволу собственника, нельзя выводить того, что пожизненное владѣніе, установленное закономъ, не можетъ почитаться наслѣдованіемъ. Такое распоряженіе, очевидно, есть распоряженіе наслѣдственнымъ имуществомъ, создающее особыя права наслѣдниковъ, временно отстраняя однихъ отъ принадлежащаго имъ права и передавая таковое другимъ. Въ силу сего создаваемое 1141 ст. право родителей на пожизненное владѣніе благопріобрѣтеннымъ имуществомъ безпотомно умершихъ дѣтей, *есть право наслѣдственное.*

По вопросу о томъ, какъ должно почитаться право родителей на возвращаемое имъ „яко даръ“ наслѣдственное имущество, мнѣнія нашихъ цивилистовъ раздѣлились между собой: меньшинство утверждаетъ, что и это право есть право наслѣдственное, тогда какъ большинство стоитъ на томъ, что наслѣдственнымъ правомъ оно не можетъ быть признаваемо. Въ подтвержденіе этого приводятъ слѣдующія основанія: въ 1-хъ, въ самомъ законѣ сказано, что имущество, уступленное родителями дѣтямъ въ видѣ дара, возвращается имъ послѣ безпотомной смерти одаренныхъ, „не въ видѣ наслѣдства“; во 2-хъ, право родителей на такое имущество поставлено закономъ внѣ всякой конкуренціи къ правамъ законныхъ наслѣдниковъ умершаго, вслѣдствіе чего, имъ должно быть возвращено то, что имъ принадлежало, какъ ихъ неотъемлемая собственность, безъ всякаго отношенія къ тому, остались ли послѣ умершаго его родственники въ боковыхъ линіяхъ, или нѣтъ, и въ 3-хъ, возвращеніе родителямъ наслѣдственнаго имущества не влечетъ за собою тѣхъ послѣдствій,

которыя установлены закономъ въ случаѣ наслѣдованія по общимъ правиламъ, а именно: родители не отвѣтствуютъ предъ кредиторами наслѣдодателя своимъ собственнымъ имуществомъ.

Ни одно, однако, изъ этихъ оснований не представляется столь убѣдительнымъ, чтобы можно было признать мнѣніе большинства правильнымъ.

То обстоятельство, что въ законѣ сказано— „не въ видѣ наслѣдства“—вовсе не означаетъ того, что разсматриваемое право родителей законъ не признаетъ правомъ наслѣдственнымъ. То, что и такое имущество есть имущество наслѣдственное, внѣ всякаго спора и сомнѣнія, ибо: во 1-хъ, наслѣдственнымъ имуществомъ почитается все то, что осталось послѣ умершаго собственника и подлежитъ переходу къ его наслѣдникамъ, во 2-хъ, при отсутствіи родителей оно переходитъ къ законнымъ наслѣдникамъ умершаго на общемъ основаніи, какъ всякое другое наслѣдственное имущество. Независимо отъ сего, и самъ законодатель, какъ это усматривается изъ того первоисточника, изъ котораго заимствована 1142 ст. (Высочайше утверждени. 18 Юля 1827 г. Мн. Гос. Сов., п. с. з. № 1250), признаетъ это имущество наслѣдственнымъ и говоритъ объ обратномъ переходѣ его къ родителямъ, какъ имущества наслѣдственнаго. Посему, выраженіе закона „не въ видѣ наслѣдства“, не имѣетъ другого значенія, какъ то, что для признанія за родителями права на обратное полученіе его не требуется соблюденія всѣхъ тѣхъ формальностей, соблюденіе коихъ обязательно для признанія за всякимъ наслѣдникомъ его наслѣдственныхъ правъ на данное имущество.

Еще менѣе убѣдительно второе изъ приведенныхъ соображеній. То обстоятельство, что право родителей на возвращеніе имъ ихъ имущества внѣ всякой конкуренціи, ибо оно возвращается имъ независимо отъ того, имѣются ли въ виду законные наслѣдники умершаго наслѣдодателя, нисколько не ослабляетъ того мнѣнія, что разсматриваемое возвращеніе должно почитаться наслѣдованіемъ. Право овдовѣвшаго супруга на указную долю въ наслѣдствѣ умершаго супруга также внѣ всякой конкуренціи, и оно принадлежитъ ему совершенно безотносительно къ тому, оставилъ ли по себѣ умершій законныхъ наслѣдниковъ или нѣтъ, но, тѣмъ не менѣе, право овдовѣвшаго супруга на указную

долю есть право наследственное и переходить къ нему въ порядкѣ законнаго наследованія. Почему же, спрашивается, право родителей на обратное полученіе сдѣланнаго ими наследодателю дара не можетъ почитаться наследственнымъ вслѣдствіе того, что имъ законъ предоставилъ получить свой даръ, хотя бы другіе наследники заявили на него свои права.

Наконецъ, указаніе на то, что возвращеніе родителямъ дара не должно почитаться наследованіемъ ими онаго потому собственно, что оно не имѣетъ тѣхъ послѣдствій, какія влечетъ за собою принятіе наследства, также не служитъ сколько нибудь прочнымъ подтвержденіемъ разсматриваемаго мнѣнія большинства. Несомнѣнно, что всѣ наследники, какъ по закону, такъ и по завѣщанію, вступая въ права открывшагося въ пользу ихъ наследства, принимаютъ на себя обязанность отвѣтствовать предъ кредиторами наследодателя не только тѣмъ имуществомъ, которое досталось имъ, но и всѣмъ своимъ собственнымъ достояніемъ, но, устанавливая такое правило, законодатель не ограничиваетъ себя въ правѣ устанавливать на извѣстные случаи изъятія изъ этого общаго правила. Но если извѣстное право по особому изъятію изъ общаго правила ограничивается закономъ въ какомъ либо отношеніи, то изъ этого не слѣдуетъ, что чрезъ такое ограниченіе, или, лучше сказать, нѣкоторое отступленіе отъ общаго правила, нужно лишать это право его первоначальнаго значенія и дѣлать его совершенно другимъ. Подтвержденій сему весьма много можно найти въ законахъ. Возьмемъ для примѣра давность. По общему правилу всякое право прекращается истеченіемъ общей десятилѣтней давности; но для малолѣтнихъ теченіе ея приостанавливается на все время ихъ несовершеннолѣтія, и, значитъ, право малолѣтнихъ не утрачивается истеченіемъ полныхъ десяти лѣтъ и продолжаетъ существовать еще многіе годы. Однако, чрезъ это давность не перестаетъ быть давностію. Точно также то обстоятельство, что въ пользу родителей законъ допускаетъ извѣстное изъятіе изъ общаго правила, не даетъ возможности дѣлать заключенія, что чрезъ это право, которое по общему правилу должно почитаться наследственнымъ, перестало быть таковымъ и сдѣлалось какимъ то другимъ.

Итакъ, мнѣніе большинства нашихъ цивилистовъ, что разсматриваемое право родителей не должно почитаться правомъ на-

слѣдственнымъ, не находитъ себѣ юридическаго подтвержденія въ тѣхъ доводахъ, на коихъ большинство основываетъ это свое мнѣніе.

Переходимъ къ разсмотрѣнію мнѣнія меньшинства.

Главное основаніе, на которомъ зиждется это мнѣніе, заключается въ указаніи на то, что правила, опредѣляющія разсматриваемое право родителей помѣщены среди правилъ о передачѣ наслѣдованія по закону, при чемъ имущество, подлежащее возвращенію родителямъ, признается имуществомъ наслѣдственнымъ, почему и самое право это не можетъ быть разсматриваемо иначе, какъ право законнаго наслѣдованія. Независимо отъ сего, если это не наслѣдственное право, то какимъ инымъ оно можетъ быть? Признавать его правомъ обязательственнымъ, какъ это полагаютъ нѣкоторые наши юристы, не представляется никакой возможности, ибо обязательственное право возникаетъ изъ такихъ юридическихъ между двумя лицами отношеній, въ коихъ одно лицо принимаетъ на себя извѣстное обязательство, т. е. обязывается предъ другимъ что либо дать или сдѣлать или не совершать извѣстнаго дѣйствія. Ничего подобнаго въ разсматриваемомъ случаѣ нѣтъ. Родители получаютъ обратный даръ не потому, что при учиненіи его было установлено, что въ случаѣ бездѣтной смерти одареннаго и нахожденія родителей въ живыхъ все подаренное ими возвращается имъ обратно, при каковомъ условіи даръ, выдѣль и приданое имѣли бы значеніе передачи дѣтямъ имущества въ пожизненное владѣніе, съ лишеніемъ дѣтей права распоряженія тѣмъ имуществомъ по своему усмотрѣнію, а не передачи онаго въ полную собственность, какъ это разумѣетъ законъ, а потому, что такова воля закона, такъ установлено имъ. Если такимъ образомъ разсматриваемое право родителей возникаетъ не изъ даннаго имъ кѣмъ-либо обязательства, то оно не можетъ почитаться обязательственнымъ правомъ.

Другіе утверждаютъ, что возвращеніе родителямъ подареннаго ими имущества есть особый видъ способовъ пріобрѣтенія правъ. Это вѣрно. Но вѣдь по нашему дѣйствующему законодательству наслѣдованіе имущества, какъ въ порядкѣ законнаго наслѣдованія, такъ и въ порядкѣ наслѣдованія по завѣщанію, почитается однимъ изъ способовъ пріобрѣтенія имущества. Если теперь принять во вниманіе, что въ законѣ точно указаны все

способы приобрѣтенія правъ на имущества, причемъ указанъ и тотъ порядокъ, въ которомъ приобрѣтеніе должно быть совершаемо каждымъ изъ тѣхъ способовъ, то почему обратное полученіе родителями дара должно быть признаваемо еще однимъ особымъ способомъ приобрѣтенія, и для сего правила о семъ должны быть изъяты изъ правилъ о приобрѣтеніи имуществъ по способу законнаго наслѣдованія и составлять особый способъ, въ законѣ не предусмотрѣнный?

Потвержденіемъ тому, что разсматриваемое право родителей есть право наслѣдственное, служатъ еще слѣдующія соображенія: правила, опредѣляющія порядокъ наслѣдованія по закону, постановлены съ цѣлью опредѣлить судьбу наслѣдственнаго имущества, т. е. того, которое остается послѣ каждаго умершаго собственника. Съ этой цѣлью въ нихъ содержатся два различныя указанія: во 1-хъ, ими опредѣляются тѣ лица, которымъ должно принадлежать право на наслѣдованіе въ данномъ имуществѣ, а во 2-хъ, въ нихъ содержатся точныя указанія на тѣ имущества, которыя должны почитаться наслѣдственными и потому могутъ переходить въ собственность той или другой категоріи наслѣдниковъ. Вслѣдствіе сего, если на основаніи указанія закона данное имущество должно почитаться наслѣдственнымъ, при чемъ указаны и тѣ лица, которымъ должно принадлежать право на оное, то это право, имѣя всѣ признаки права наслѣдственнаго, не можетъ не почитаться таковымъ.

Итакъ, *право родителей на обратное полученіе имущества, подареннаго ими ихъ дѣтямъ*, если послѣднія не оставляютъ послѣ своей смерти нисходящаго потомства, *должно почитаться наслѣдственнымъ*, вслѣдствіе чего всѣ вопросы и споры, возникающіе изъ этого права, должны быть разрѣшаемы на основаніи правилъ, устанавливающихъ порядокъ наслѣдованія по закону.

Обращаемся къ разсмотрѣнію вопроса: безусловно-ли разсматриваемое право родителей, т. е. должно ли быть оно признаваемо за ними во всякомъ случаѣ, несмотря ни на что, или же оно должно быть признаваемо за ними лишь въ томъ объемѣ, въ какомъ оно можетъ подлежать наслѣдованію другими наслѣдниками, если бы родителей не было бы въ живыхъ при открытіи наслѣдства, или въ случаѣ ихъ отреченія отъ онаго.

Кажется, нѣтъ никакихъ данныхъ для разрѣшенія этого вопроса отрицательно въ первой его части и утвердительно во второй: право это не безусловно.

Прежде всего мы должны указать на то, что самъ законъ не признаетъ его таковымъ: по правилу 1146 ст., подаренные родителями дѣтямъ и хранящіеся въ кредитныхъ установленіяхъ капиталы возвращаются родителямъ не полностью, а лишь тотъ остатокъ отъ нихъ, который получится за удовлетвореніемъ обращенныхъ на оныя казенныхъ и частныхъ взысканій. Хотя же законъ ограничиваетъ такимъ образомъ право родителей на обратное полученіе только капиталовъ, подаренныхъ ими дѣтямъ, но нѣтъ сомнѣнія, что и всѣ другія подаренныя ими имущества подлежатъ возвращенію только при условіи полной свободы ихъ отъ всякихъ обремененій, ибо съ одной стороны: *ubi legis ratio, ibi eadem legis dispositio*, а съ другой—допуская противное, слѣдовало бы допустить, что для родителей не обязательны ни залогъ, ни закладъ подлежащихъ возвращенію имуществъ, и что, слѣдовательно, такое вещное обезпеченіе обременяющихъ то имущество долговъ теряетъ всякую силу, и кредиторы наследодателя должны лишиться принадлежащаго имъ права, что, само собою разумѣется, ни въ какомъ случаѣ допущено быть не можетъ.

Далѣе, мы твердо убѣждены въ томъ, что право родителей, о которомъ идетъ рѣчь, не исключаетъ права овдовѣвшаго супруга на полученіе указной доли изъ того имущества, которое по силѣ 1152 ст. подлежитъ возвращенію родителямъ, хотя намъ приходилось встрѣчаться и съ мнѣніемъ противоположнымъ сему. Такое убѣжденіе мы основываемъ на томъ, во 1-хъ, что въ законахъ нѣтъ ни малѣйшаго намека на то, что овдовѣвшій супругъ не имѣетъ права на указную часть наследства изъ того имущества, которое по силѣ 1142 ст. подлежитъ возвращенію родителямъ. Напротивъ того, законъ, какъ извѣстно, съ особою заботливостью охраняетъ право овдовѣвшаго супруга на указную часть, предоставляя ему требовать выдачи оной даже изъ того имущества, которое умершій получилъ бы отъ своего отца, если бы пережилъ послѣдняго; во 2-хъ, изъ того, что разъ право овдовѣвшаго супруга требовать выдачи ему его указной доли законъ ничѣмъ не ограничиваетъ, требованіе это должно почитаться такою реальною претензіей, которая по силѣ 1146 ст. подлежитъ удовлетворенію безъ всякихъ ограниченій.

477/18 гр. Кас.

Судебный Экспедиция
Судебная Палата

Весьма спорнымъ представляется вопросъ о томъ, могутъ ли родители требовать возвращенія подареннаго ими такого имущества, о которомъ наслѣдодатель сдѣлалъ завѣщательное распоряженіе, отказавъ его въ собственность кому либо по своему усмотрѣнію? Одни утверждаютъ, что такое распоряженіе для родителей не обязательно, и что, разъ имущество это не было отчуждено наслѣдодателемъ при жизни, оно должно быть возвращено имъ, несмотря ни на какія завѣщанія. Другіе, напротивъ того, стоятъ на томъ, что, разъ наслѣдодатель сдѣлалъ распоряженіе о своемъ имуществѣ, и такое распоряженіе ничѣмъ не можетъ быть оспорено, оно должно быть признаваемо законнымъ и обязательнымъ для всѣхъ и каждаго.

Наше мнѣніе на сторонѣ послѣднихъ: *родители не могутъ требовать возвращенія имъ того имущества, которое сдѣлалось предметомъ законно совершеннаго духовнаго завѣщанія*, и вотъ почему:

Выше мы сказали, что правилами о наслѣдованіи по закону опредѣляются не только лица, кои имѣютъ право на наслѣдованіе въ имуществѣ другого лица, но и тѣ оставленныя имъ имущества, которыя подлежатъ наслѣдованію по закону и потому должны почитаться наслѣдственными. Вслѣдствіе сего, по правиламъ 1141 и 1142 ст., родители имѣютъ право лишь на тѣ оставшіяся послѣ смерти ихъ дѣтей имущества, которыя по закону должны признаваться наслѣдственными. Наслѣдствомъ же по закону признается все то, что осталось послѣ смерти собственника безъ духовнаго завѣщанія (ст. 1144). По силѣ же 1010 ст. зак. гр., духовное завѣщаніе есть законное объявленіе владѣльца о его имуществѣ на случай его смерти. Смыслъ этого закона тотъ, что коль скоро владѣлецъ или, лучше сказать, собственникъ сдѣлалъ завѣщательное распоряженіе о своемъ имуществѣ, и такое его распоряженіе ни въ чемъ не противно закону, имущество то уже выходитъ изъ разряда наслѣдственныхъ и не можетъ слѣдовать судьбѣ тѣхъ имуществъ, которыя признаются наслѣдственными. Подтверженіемъ сему служить текстъ 1144 ст., въ которой сказано, что родители имѣютъ право на тѣ капиталы своихъ дѣтей, которые оставлены ими *безъ всякаго особаго съ ихъ стороны распоряженія*. Хотя же и здѣсь говорится только о капиталахъ, но по тому же аргументу *ubi legis ratio, ibi eadem legis dispositio*, — нельзя не признавать, что родители вообще имѣютъ право только

на такое имущество, оставшееся послѣ смерти ихъ дѣтей, относительно котораго послѣдними не сдѣлано никакого особаго распоряженія.

Далѣе, нельзя не имѣть въ виду и то обстоятельство, что правильно составленное духовное завѣщаніе есть актъ, удостоверяющій законный переходъ отъ одного лица къ другому права собственности на извѣстное имущество. А посему, доколѣ существуетъ этотъ актъ, доколѣ онъ не уничтоженъ судебнымъ рѣшеніемъ въ установленномъ порядкѣ, родители не могутъ получить означенное въ немъ имущество, иначе право собственности на оное одновременно принадлежало бы двумъ лицамъ и во всемъ его объемѣ каждому, что даже невысказано. Но какъ же, спрашивается, можетъ быть уничтоженъ такой актъ? На основаніи какихъ данныхъ родители могутъ требовать уничтоженія его? Допускать, что, какъ это утверждаютъ нѣкоторые, разъ законъ признаетъ, за родителями право собственности на подлежащее возвращенію имъ подареннаго ими сыну или дочери имущества, слѣдуетъ признать, что умершіе сынъ или дочь не были въ правѣ распорядиться этимъ имуществомъ, — невозможно. И, дѣйствительно:

Откуда можно вывести то заключеніе и чѣмъ подтвердить его, что одаренный не въ правѣ распорядиться на случай смерти подареннымъ ему имуществомъ, если при совершеніи дара право распоряженія его вообще подареннымъ не было ничѣмъ ограничено. Въдѣ въ силу сего, онъ при жизни своей можетъ распоряжаться гѣмъ, что ему подарено въ ничѣмъ не ограниченную собственность, какъ ему угодно: онъ можетъ и продать и заложить и передать то имущество всякому, кому пожелаетъ. Почему же онъ долженъ признаваться ограниченнымъ въ правѣ распоряженія, когда о такомъ ограниченіи нѣтъ и намека ни въ законѣ ни въ дарственномъ актѣ?

Итакъ, на основаніи изложеннаго необходимо признать, что родители умершаго безпотомно сына или дочери не имѣютъ предоставленныхъ имъ разбираемыми статьями правъ на такое имущество умершихъ, о которомъ послѣдними сдѣлано завѣщательное распоряженіе, во всемъ согласное съ предписаніемъ закона.

Выяснивъ тѣ условія, наличность коихъ необходима для признанія за родителями права наслѣдовать въ имущество, остающемся послѣ смерти ихъ дѣтей, мы должны остановиться на выясненіи еще двухъ вопросовъ, возбуждаемыхъ правилами о наслѣдованіи по закону въ линіи восходящей. Вопросы эти: *первый*, въ какомъ порядкѣ родители могутъ требовать признанія за ними предоставленныхъ имъ статьями 1141 и 1142 правъ, и *второй*, какія послѣдствія влечетъ за собою принятіе родителями открывшагося въ ихъ пользу наслѣдства?

По первому вопросу: наслѣдственныя права родителей, какъ сказано выше, вѣтъ всякой конкуренціи съ правами другихъ наслѣдниковъ умершаго наслѣдодателя. Имѣются ли такыя налицо или нѣтъ, они во всякомъ случаѣ получаютъ то, что имъ слѣдуетъ по закону. Посему, для нихъ не представляется надобности ходатайствовать объ утвержденіи въ правахъ наслѣдства, т. е. публиковать объ открытіи наслѣдства, дѣлать вызовъ другихъ наслѣдниковъ и выжидать истеченія срока на явку ихъ, какъ, по разъясненію сената, не нуждается ни въ чемъ этомъ и овдовѣвшій супругъ, желающій получить свою указную долю изъ имущества умершаго супруга (80 №№ 65, 101 и др.). Имъ достаточно заявить о своемъ желаніи осуществить принадлежащее имъ право и представить надлежащія доказательства оному.

Такое заявленіе должно быть сдѣлано надлежащему суду, и именно суду, ибо на основаніи 1146 и 1147 ст. передача родителямъ находящихся въ кредитныхъ установленіяхъ капиталовъ какъ въ пожизненное владѣніе по 1141 ст., такъ и въ собственность по 1142 ст., должна быть чинима на основаніи свидѣтельствъ судебныхъ мѣстъ, а не тѣхъ установленій, въ коихъ тѣ капиталы находятся.

Подлежащимъ судомъ въ этихъ случаяхъ долженъ признаваться, смотря по суммѣ наслѣдственного имущества, тотъ окружный судъ или мировой судья, въ округѣ или въ участкѣ коихъ открылось наслѣдство. Дѣло это должно производиться въ частномъ (охранительномъ) порядкѣ.

Въ разрѣшеніе сихъ ходатайствъ судъ или мировой судья должны постановлять свое опредѣленіе по разсмотрѣніи и по провѣркѣ представленныхъ имъ доказательствъ.

Какія же доказательства и въ подтвержденіе чего должны быть представлены просителемъ суду?

Этотъ вопросъ разрѣшается неодинаково для всѣхъ возможныхъ здѣсь случаевъ. Если родители заявляютъ свои права на имущество, самими дѣтьми ихъ нажитое, и требуютъ передачи имъ онаго въ пожизненное владѣніе, то, если наследственное имущество состоитъ изъ одной движимости, достаточно представить доказательства тому, что движимость эта находилась въ ихъ обладаніи, или что капиталы, хранящіеся въ кредитныхъ установленіяхъ, внесены въ оныя самими дѣтьми, или, хотя и не ими самими, а кѣмъ либо другимъ, но на ихъ имя, свѣдѣнія о чемъ всегда могутъ быть получены изъ подлежащаго кредитнаго установленія. Если же дѣло идетъ о недвижимомъ имѣніи, то долженъ быть представленъ актъ укрѣпленія того имущества за наследодателемъ. Изъ этого акта почти всегда можно усмотрѣть, благопріобрѣтеннымъ или родовымъ то имущество было у покойнаго наследодателя. Сомнительнымъ вопросъ этотъ можетъ представляться въ тѣхъ лишь случаяхъ, когда изъ представленной купчей крѣпости явствуетъ, что означенное имѣніе пріобрѣтено наследникомъ отъ лица того же рода, и не сказано, какимъ путемъ оно досталось продавцу. Но и въ тѣхъ случаяхъ, надлежитъ допускать предположеніе въ пользу того, что это имѣніе благопріобрѣтенное, а не родовое. Это во вниманіе къ тому, что, если имѣніе родовое и потому не можетъ быть передаваемо родителямъ въ пожизненное владѣніе, а должно служить предметомъ наследства боковыхъ родственниковъ, то отъ этихъ послѣднихъ будетъ зависѣть представить надлежащія тому доказательства, хотя бы для того потребовалось предъявить новый искъ.

Вопросъ о томъ, что данное имущество получено было наследодателемъ отъ родителей въ видѣ дара, всегда легко разрѣшается, когда дѣло касается недвижимаго имѣнія. Не многочисленны и тѣ случаи, когда переходъ движимаго имущества отъ родителей къ дѣтямъ легко подтверждается документально, дарственною, надѣльною или рядною записью, либо удостовѣреніемъ подлежащаго кредитнаго установленія, что капиталъ, хранящійся въ немъ, положенъ былъ отцомъ или матерью съ тѣмъ, дабы онъ хранился въ банкѣ до наступленія извѣстнаго событія, а до того лицу, на имя котораго онъ внесенъ въ банкъ, выдавать только проценты.

А допустимо ли здѣсь доказываніе означенныхъ данныхъ свидѣтельскими показаніями?

Относительно недвижимыхъ имѣній, конечно, и рѣчи быть не можетъ о допустимости допроса свидѣтелей. Что же касается всякаго рода движимости, то вопросъ этотъ, по нашему мнѣнію, подлежитъ разрѣшенію въ утвердительномъ смыслѣ. На основаніи 993 ст. дареніе движимости совершается врученіемъ или передачей подареннаго одаряемому. Значить, такое обстоятельство не требуетъ письменнаго удостовѣренія, а потому въ силу 409 ст. уст. гр. суд. оно можетъ быть доказываемо и свидѣтельскими показаніями. Если же другіе наслѣдники имѣютъ несомнѣнныя данныя, которыми они могутъ подтвердить, что данное имущество или капиталъ были получены наслѣдодателемъ не отъ отца или матери, а пріобрѣтены имъ самимъ тѣмъ или инымъ способомъ, то отъ нихъ зависитъ возбудить объ этомъ дѣло и потребовать отъ родителей незаконно присвоеннаго ими себѣ наслѣдства.

Таковъ порядокъ признанія за родителями права на имущество, остающееся послѣ смерти ихъ дѣтей, не оставляющихъ по себѣ потомства. Но въ такомъ, охранительномъ, порядкѣ судъ удостовѣряетъ по представленнымъ ему даннымъ, что такое-то право *безспорно* принадлежитъ такому-то лицу, и для осуществленія имъ онаго нѣтъ никакихъ препятствій. Но случаи, когда родители могутъ встрѣтить препятствія къ осуществленію своего права весьма нерѣдки. Какъ же, спрашивается, должно поступать, если они встрѣтятъ какое либо препятствіе? Это можетъ проявляться въ двухъ видахъ:

Во-первыхъ: одновременно съ подачей родителями своего заявленія въ судъ, другіе побочные наслѣдники умершаго наслѣдодателя заявляютъ на оставшееся послѣ него имущество свои права, ходатайствуя объ этомъ также въ охранительномъ порядкѣ, и такимъ образомъ между обѣими группами претендентовъ возникаетъ споръ. Какъ долженъ поступать судъ въ подобномъ случаѣ?

Здѣсь слѣдуетъ руководствоваться совершенно правильнымъ разъясненіемъ правительствующаго сената, преподаннымъ въ рѣшеніи 1897 № 71, по силѣ коего, если на открывшееся наслѣдство права свои заявляютъ двѣ или нѣсколько группъ, то возникшій изъ сего споръ судъ обязанъ разрѣшить въ томъ же

охранительномъ порядкѣ, не отсылая ни кого изъ спорящихъ къ исковому порядку.

Второй: возможно, что прежде чѣмъ родители заявятъ свои права на оставшееся послѣ умершихъ сына или дочери имущество, другіе наслѣдники изъ боковыхъ линій успѣютъ не только утвердиться въ правахъ наслѣдства, но и принять наслѣдственное имущество въ свое обладаніе. Въ этомъ случаѣ для родителей нѣтъ другого исхода, какъ предъявленіе иска къ принявшимъ наслѣдство наслѣдникамъ о признаніи послѣднихъ не имѣющими права на забранное ими имущество, объ уничтоженіи состоявшагося по сему предмету опредѣленія суда и о признаніи ихъ, родителей, правъ на оное съ изъятіемъ такового изъ владѣнія отвѣтчиковъ.

Законъ (1147 ст.), какъ сказано выше, признаетъ за родителями право лишь на ту часть наслѣдственного капитала, которая останется по удовлетвореніи казенныхъ и частныхъ взысканій, обращенныхъ на тѣ капиталы. Это правило въ свою очередь возбуждаетъ два вопроса.

Во 1-хъ, на чьей обязанности лежитъ выясненіе тѣхъ взысканій или претензій, которыя подлежатъ удержанію изъ наслѣдственныхъ капиталовъ?

Конечно, это прямая обязанность учрежденія, устанавливающего право просителей на полученіе наслѣдственныхъ капиталовъ, но оно не можетъ быть обвинено въ неисполненіи этой обязанности, если ему не будутъ доставлены необходимыя для того свѣдѣнія, такъ какъ само оно не обязано, да и лишено возможности собирать эти свѣдѣнія. Они должны быть доставлены ему самими взыскателями, должностными лицами, чрезъ посредство коихъ производится взысканіе, когда по указанію взыскателя такое должно быть обращено на тѣ капиталы, а также и тѣми кредитными установленіями, въ которыхъ оныя находятся, если объ арестѣ или обращеніи на нихъ взысканій было сообщено имъ. Неисполненіе кредитнымъ установленіемъ этой его обязанности можетъ имѣть своимъ послѣдствіемъ непосредственную его отвѣтственность передъ кредиторомъ, если онъ чрезъ такое упущеніе будетъ лишенъ возможности получить надлежащее удовлетвореніе своей претензіи, (ср. 1895 № 36).

По установленіи размѣра той суммы, которая подлежитъ выдачѣ родителямъ, таковая выдается имъ въ полное распоряженіе тогда лишь, когда право ихъ основано на правилѣ 1142 ст.. Въ тѣхъ же случаяхъ, когда они имѣютъ право только на пожизненное пользованіе наслѣдственнымъ капиталомъ, законъ предписываетъ суду выдавать имъ лишь проценты. Въ какомъ же порядкѣ это должно быть дѣлаемо судомъ? Вѣдь судъ не можетъ хранить у себя капиталы, принадлежащіе частнымъ лицамъ, не можетъ и завѣдывать ими въ такомъ смыслѣ, чтобы они приносили проценты. Посему, одно, что можетъ быть сдѣлано судомъ, это распоряженіе о взносѣ сихъ капиталовъ въ государственный банкъ, или въ его отдѣленія и конторы съ указаніемъ на то, кому должны быть выдаваемы нарастающіе проценты.

Второй: законъ подробно говоритъ о порядкѣ выдачи родителямъ наслѣдственныхъ капиталовъ и ни однимъ словомъ не указываетъ на то, какъ должны быть передаваемы имъ другія наслѣдственные имущества. Вѣдь нѣтъ сомнѣнія, что кредиторы наслѣдодателя въ правѣ обращать свои взысканія не только на оставшіяся послѣ умершаго денежныя суммы, но на всякое его имущество, какъ движимое, такъ и недвижимое. Какъ же судъ долженъ поступить, когда ему будетъ сообщено, что на такое-то имущество наслѣдодателя обращено такое-то взысканіе, въ обезпеченіе коего имущество то подвергнуто аресту или запрещенію? Допускать, что судъ долженъ потребовать отъ родителей представленія денежной суммы, равной обращенному на наслѣдственное имущество взысканію, подобно тому, какъ это дѣлается при продажѣ недвижимыхъ имѣній, состоящихъ подъ запрещеніемъ по предъявленнымъ къ продавцу искамъ (ст. 1457), не представляется никакой возможности, влѣдствіе полного отсутствія указанія въ законѣ на такое право суда. Остается одно допустимое здѣсь предположеніе: судъ, опредѣляя передачу наслѣдственнаго имущества въ пожизненное-ли владѣніе по 1142 ст., или въ собственность по 1142 ст., обязанъ перевести всѣ числящіяся недоимки наслѣдственной недвижимости, для чего самъ обязанъ навести справки въ запретительныхъ статьяхъ. Если же взысканіе обращено на движимое имущество, на которое въ обезпеченіе онаго наложенъ арестъ, то въ этомъ случаѣ должны быть примѣняемы правила или 630 или 1009 статей устава

гражданскаго судопроизводства, смотря по тому, подвергнуто ли данное имущество аресту по опредѣленію суда объ обезпеченіи иска, предъявленнаго, но еще не разрѣшеннаго судомъ, къ наслѣдодателю при его жизни, или къ его имуществу послѣ его смерти, или же арестъ наложенъ въ обезпеченіе самаго взысканія по правилу 968 ст. того же устава. Если же родители находятъ, что на подлежащее передачѣ въ ихъ собственность или въ пожизненное владѣніе имущество неправильно обращено взысканіе, то объ освобожденіи онаго отъ ареста, запрещенія, продажи, они должны предъявить искъ къ кредитору, по требованію коего означенное имущество подвергнуто сказанному ограниченію.

Переходимъ теперь къ выясненію послѣдствій принятія родителями наслѣдства, оставленнаго ихъ бездѣтно умершими сыномъ и дочерью.

Здѣсь, прежде всего слѣдуетъ упомянуть о томъ, что родители, принимающіе наслѣдство послѣ своихъ дѣтей, не освобождаются отъ уплаты причитающейся наслѣдственной пошлины. Обязанность эта въ отношеніи имуществъ, переходящихъ къ нимъ въ пожизненное владѣніе, безспорна, ибо нѣтъ спора, что въ этомъ случаѣ родители наслѣдуютъ. Но и въ случаѣ возвращенія имъ того имущества, которое ими было подарено дѣтямъ, они должны уплатить эту пошлину. Это потому, что, какъ сказано выше, мы утверждаемъ, что возвращеніе имъ подареннаго ими дѣтямъ имущества не можетъ быть разсматриваемо иначе, какъ наслѣдованіе по закону. Но если разсматривать этотъ переходъ, какъ осуществленіе особаго права, то и тогда пошлина должна быть уплачена, ибо и въ этомъ случаѣ, переходъ будетъ безмезднымъ переходомъ права собственности, всегда оплачиваемымъ установленною пошлиною.

Далѣе: могутъ ли кредиторы наслѣдодателя требовать удовлетворенія ихъ претензій послѣ того, какъ наслѣдственное имущество будетъ уже передано во владѣніе родителей? Несомнѣнно могутъ. Признать противное, равносильно признанію того, что, по переходѣ наслѣдственнаго имущества къ родителямъ, всѣ обязательства наслѣдодателя теряютъ всю свою силу и уничтожаются сами собою, если послѣ умершаго не осталось другого

имущества, которое унаслѣдовано родственниками боковыхъ линій, кои по 1259 ст. обязаны отвѣтствовать по всеѣмъ обязательствамъ ихъ наслѣдодателя. Но подобное ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть допущено, для этого нѣтъ никакихъ законныхъ основаній.

Но, само собою разумѣется, размѣръ отвѣтственности родителей долженъ быть опредѣляемъ соразмѣрно стоимости полученнаго ими наслѣдства со стоимостью имущества, унаслѣдованнаго другими родственниками наслѣдодателя, каковую соразмѣрность должны доказать родители, разъ они ссылаются на наличность другихъ наслѣдниковъ, воспользовавшихся, какъ и они, частью наслѣдства.

Вопросъ о томъ, распространяется ли на родителей правило 1259 ст. во всеѣмъ его объемѣ, т. е. обязаны ли они отвѣтствовать предъ кредиторами умершихъ сына или дочери не только полученнымъ ими наслѣдствомъ, но и своимъ собственнымъ имуществомъ, большинствомъ нашихъ юристовъ разрѣшается въ томъ смыслѣ, что свыше стоимости перешедшаго къ родителямъ имущества по правиламъ 1141 и 1142 ст. они не обязаны отвѣчать.

Въ основу этого мнѣнія полагается то, что право родителей на остающееся послѣ безпотомной смерти ихъ дѣтей имущество не есть право наслѣдства. Но по разъясненію правительствующаго сената право овдовѣвшаго супруга на указную долю не есть право наслѣдственное (1871 № 1224; 1879 № 342 и др.), тѣмъ не менѣе тотъ же правительствующій сенатъ разъясняетъ, что овдовѣвшій супругъ отвѣтствуетъ предъ кредиторами умершаго супруга наравнѣ съ другими родственниками послѣдняго не только тѣмъ, что ему досталось на его долю, но и всеѣмъ своимъ собственнымъ состояніемъ, согласно правила 1259 статьи (1879 № 171 и 1880 № 35). Казалось бы поэтому, что и въ отношеніи правъ и обязанностей родителей должно быть сказано то же.

Итакъ, означенное основаніе не настолько прочно, чтобы на немъ строить заключеніе, идущее въ разрѣзъ съ прямымъ указаніемъ закона. Но, по сказанному выше, право родителей, о которомъ идетъ рѣчь, есть право наслѣдственное, въ силу чего мы полагаемъ, что за долги умершаго, родители, принявшіе послѣ него наслѣдственное имущество, обязаны отвѣтствовать

предъ его кредиторами наравнѣ съ другими наслѣдниками, осуществившими свои наслѣдственныя права. Правда, въ подтвержденіе того же мнѣнія приводится и другое основаніе: законъ предписываетъ выдавать родителямъ не весь наслѣдственный капиталъ, а лишь тотъ остатокъ, который образуется по уплатѣ всѣхъ обращенныхъ на него взысканій; посему, если онъ весь будетъ обращенъ на погашеніе этихъ взысканій, то родители ничего не получаютъ,—какое же основаніе возлагать на нихъ обязанность отвѣтствовать по тѣмъ претензіямъ, на уплату коихъ наслѣдственныхъ суммъ не хватитъ? А между тѣмъ это должно быть такъ: вѣдь наслѣдники отвѣтственны по 1259 ст., разъ они приняли наслѣдство; принятіемъ же наслѣдства почитается одно заявленіе ихъ о желаніи осуществить свое наслѣдственное право. Значитъ, достаточно и родителямъ заявить о своемъ желаніи принять оставшееся послѣ умершаго имущество, чтобы возложить на нихъ отвѣтственность, несмотря на то, что они ничего не получили? Но это не такъ. По закону (ст. 1261) принятіемъ наслѣдства почитается фактическое вступленіе во владѣніе наслѣдственнымъ имѣніемъ, хотя бы утвержденія въ правахъ наслѣдства не было. Одно же заявленіе наслѣдника о желаніи его принять наслѣдственное имущество не почитается, какъ это объясняетъ и правительствующій сенатъ (1871 № 919, 981), принятіемъ наслѣдства. Да иначе и быть не можетъ, ибо въ противномъ случаѣ приходилось бы признавать, что одинъ фактъ заявленія кого-либо о желаніи вступить въ права наслѣдства, оставшагося послѣ такого-то собственника, дѣлалъ бы заявившее о семъ лицо наслѣдникомъ и тогда, когда послѣ умершаго никакого имущества не осталось, или когда сдѣлавшій такое заявленіе не имѣетъ никакого права на данное наслѣдство. Кромѣ того, если возможно, что родителямъ будетъ отказано въ выдачѣ наслѣдственныхъ капиталовъ вслѣдствіе обращенія ихъ на погашеніе долговъ наслѣдодателя, то всякое другое имущество не можетъ быть не передано родителямъ, совершенно независимо отъ того, обращено ли на него какое либо взысканіе или не обращено никакого.

Все изложенное приводитъ насъ къ тому заключенію, что родители не должны почитаться наслѣдниками своихъ безпотомно умершихъ дѣтей тогда только, когда они вовсе не примутъ ни-

какого наслѣдственнаго имущества ни въ собственность ни въ пожизненное владѣніе потому ли, что сами не пожелали этого, или потому, что никакого наслѣдства вовсе не было, либо такового по уплатѣ долговъ наслѣдодателя не осталось. Коль же скоро родители приняли какое либо имущество, они должны почитаться наслѣдниками умершаго наравнѣ съ другими, вступившими въ наслѣдственные права, а потому, какъ и эти послѣдніе, обязаны отвѣтствовать предъ кредиторами наслѣдодателя не только въ размѣрѣ стоимости, доставшагося имъ наслѣдства, но и своимъ собственнымъ имуществомъ согласно 1259 ст..

Наконецъ, въ отношеніи послѣдствія принятія родителями остающагося послѣ смерти ихъ дѣтей наслѣдства слѣдуетъ упомянуть о томъ случаѣ, когда они неправильно завладѣютъ этимъ наслѣдствомъ, что возможно, когда права ихъ будутъ удосто- вѣрены судомъ на основаніи только тѣхъ данныхъ, которыя будутъ представлены ими, если эти данныя и доказательства не соотвѣтствуютъ дѣйствительности. Такъ, для поясненія сказаннаго приведемъ такой примѣръ: послѣ умершей дочери отецъ ея потребовалъ выдачи ему хранящагося въ банкѣ капитала, доказывая, что капиталъ этотъ былъ данъ имъ въ приданое ей, какъ это явствовало изъ формально совершенной купчей. Требованіе это было удовлетворено, а затѣмъ два двоюродные племянника умершей заявили на тотъ капиталъ свои права и въ подтвержденіе оныхъ представили доказательства тому, что капиталъ, данный наслѣдодательницѣ отцомъ ея въ приданое, былъ ссуженъ ею одному изъ родственниковъ мужа, впослѣдствіи обанкротившемуся, вслѣдствіе чего она получила по конкурсу только незначительную часть этого капитала. Та же сумма, которая по ея смерти оказалась въ банкѣ, получена ею послѣ смерти мужа, какъ указная ея доля. Въ виду сего, если отецъ умершей имѣетъ право на означенный капиталъ, то только право пожизненнаго пользованія, но не право собственности.

Вотъ въ подобныхъ случаяхъ, для возстановленія правъ наслѣдниковъ умершаго собственника не остается ничего болѣе, какъ предъявить къ родителямъ искъ и представить доказательства тому, что то имущество, которымъ родители успѣли завладѣть, есть имущество самимъ наслѣдодателемъ нажитое, вслѣдствіе чего родители могутъ имѣть на него лишь право пожизненнаго пользо-

ванія, или же что то имущество родовое, и потому родители не могут имѣть на него ни права собственности ни права пожизненнаго владѣнія.

Въ заключеніе приведемъ взгляды нашего верховнаго кассационнаго суда на занимающій насъ вопросъ.

Правительствующимъ сенатомъ разъяснено:

1. *Родители не почитаются наследниками своихъ бездѣтно умершихъ дѣтей* (1873 № 758; 1875 № 831; 1876 № 274; 1899 № 12 и др.).

Это разъясненіе столь же неправильно, сколь неправильно вышеприведенное разъясненіе о томъ, что овдовѣвшій супругъ не наследникъ послѣ умершаго супруга. Но неправильность этого послѣдняго разъясненія уже признана сенатомъ. Въ одномъ изъ позднѣйшихъ своихъ рѣшеній (1913 г. № 92) онъ разъясняетъ: тѣ рѣшенія, въ коихъ говорилось о томъ, что овдовѣвшій супругъ не наследуетъ своему умершему супругу, имѣютъ лишь тотъ смыслъ, что супругъ ни въ какомъ случаѣ не можетъ требовать выдачи ему изъ наследственнаго имущества болѣе слѣдующей ему указной доли, т. е. даже и тогда, когда нѣтъ другихъ наследниковъ; доли же всѣхъ прочихъ наследниковъ не опредѣлены закономъ, и размѣръ ихъ зависитъ иногда отъ совершенно случайныхъ условій: если послѣ умершаго собственника остается одинъ сынъ, онъ получаетъ все, что остается по выдѣлѣ овдовѣвшему супругу его указной части; если наследниками являются два сына, каждый изъ нихъ получаетъ лишь половину означеннаго остатка; каждый изъ трехъ сыновей—одну треть онаго. Супругъ же всегда и неизмѣнно имѣетъ право на $\frac{1}{7}$ въ недвижимомъ и $\frac{1}{4}$ въ движимомъ имуществѣ умершаго. Но то, что онъ получаетъ изъ наследства свою указную долю, дѣлаетъ его наследникомъ, какъ и всѣхъ прочихъ наследниковъ, воспользовавшихся открывшимся въ ихъ пользу наследствомъ.

Нужно надѣяться, что и на право родителей правительствующій сенатъ измѣнитъ свой взглядъ, ибо одно то, что родители имѣютъ право не на всякое наследственное имущество, а только на точно опредѣленное закономъ, означаетъ, что они не могутъ требовать выдачи имъ такихъ наследственныхъ иму-

ществъ, право на которыя имъ не предоставлено закономъ. Но то, что они получаютъ извѣстное имущество, несомнѣнно дѣлаетъ ихъ наслѣдниками.

2. *Они не обязаны ходатайствовать объ утвержденіи ихъ въ правахъ наслѣдства (92 № 46).*

Утвержденіе въ правахъ наслѣдства, есть не что иное, какъ судебное удостовѣреніе, что право на открывшееся наслѣдство безспорно пока принадлежитъ такимъ-то лицамъ. Для получения этого удостовѣренія предварительно должны быть совершены извѣстныя дѣйствія: вызовъ наслѣдниковъ чрезъ публикацію съ назначеніемъ срока на явку. Только по истеченіи этого срока судъ можетъ выдать требуемое отъ него удостовѣреніе тѣмъ, кто до истеченія сего срока явился и заявилъ свое право. Права родителей на извѣстныя наслѣдственные имущества, какъ сказано выше, внѣ всякой конкуренціи съ другими наслѣдниками, почему для удостовѣренія принадлежности имъ этихъ правъ нѣтъ никакой надобности ни въ вызовѣ всѣхъ прочихъ наслѣдниковъ ни въ ожиданіи истеченія назначеннаго на ихъ явку срока. Но изъ этого не слѣдуетъ, что родители не нуждаются ни въ какомъ судебномъ удостовѣреніи ихъ правъ и могутъ осуществить таковыя сами. Они во всякомъ случаѣ должны обратиться къ суду съ просьбой выдать имъ необходимое удостовѣреніе, для чего должны представить установленныя на сей предметъ доказательства. Вотъ о такомъ отсутствіи надобности въ утвержденіи родителей въ правахъ наслѣдства говорится въ рѣшеніи сената 1892 г. № 46, чѣмъ не исключается необходимость въ полученіи родителями надлежащаго удостовѣренія.

3. *На родовое имущество наслѣдодателя родители не имѣютъ никакого права (р. 1872 № 16), и таковое не подлежитъ передачѣ и въ пожизненное ихъ владѣніе (р. 1868 № 69).*

4. *Напротивъ того, имъ принадлежитъ безспорное право на всякое благопріобрѣтенное ихъ дѣтьми имущество, въ чемъ бы оно ни заключалось, т. е. какъ въ разнаго рода движимыхъ вещахъ, всѣхъ капиталахъ, гдѣ бы таковыя ни находились (р. 1867 № 279; 1903 № 133), такъ и въ недвижимыхъ имѣніяхъ (р. 1867 № 279; 1869 № 16 и др.). Эти имущества поступаютъ родителямъ или въ собственность, если они были подарены ими дѣтямъ, или въ пожизненное владѣніе, когда они нажиты были самими дѣтьми (тѣ же рѣшенія).*

5. *Право родителей на получение имущества, поименованных въ статьяхъ 1141 и 1142, не исключаетъ права овдовѣвшаго супруга на указную его долю, которую онъ можетъ требовать себѣ изъ всякаго имущества, переходящаго къ родителямъ умершаго* (р. 1883 № 34).

6. *Родители, получившіе имущество умершихъ дѣтей какъ въ пожизненное владѣніе, такъ и въ собственность, какъ подаренное ими дѣтямъ, отвѣтствуютъ предъ кредиторами послѣднихъ, но не свыше стоимости имущества, полученнаго ими какъ въ пожизненное владѣніе, такъ и въ собственность* (р. 1873 № 758; 1875 № 821; 1876 № 274; 1899 № 12 и др.).

Это послѣднее разъясненіе мы считаемъ неправильнымъ, какъ не основанное на положительномъ законѣ. Нигдѣ въ законѣ не сдѣлано изъ правила 1259 статьи исключенія въ пользу родителей, какъ нѣтъ исключенія и въ пользу овдовѣвшаго супруга.

и 7. *Законъ не требуетъ, чтобы родители обязаны были непременно принимать въ свое пожизненное владѣніе благопріобрѣтенное имущество ихъ безпотошно умершихъ дѣтей* (р. 1889 № 59).

Это вполне правильное разъясненіе сената вызвано мнѣніемъ, будто, коль скоро родители безпотошно умершихъ дѣтей находятся въ живыхъ, боковые родственники не въ правѣ требовать утвержденія ихъ въ правахъ наслѣдства къ оставшемуся послѣ умершаго имуществу, хотя бы родители и не заявили на него своихъ правъ, что, само собою разумѣется, невѣрно: разъ родители не требуютъ передачи имъ наслѣдственнаго имущества, значитъ они не желаютъ воспользоваться своимъ правомъ, что равносильно отреченію ихъ отъ этихъ правъ, влекущему за собою вступленіе въ наслѣдственные права другихъ наслѣдниковъ.

Вотъ все тѣ разъясненія правительствующаго сената по занимающему насъ предмету, которыя напечатаны въ его официальныхъ сборникахъ и должны на основаніи 815 ст. уст. гр. суд. служить руководствомъ для всехъ судебныхъ мѣстъ Имперіи. Но въ разсмотрѣніи его были и другія, признанныя не подлежащими помѣщенію въ названныхъ сборникахъ. Изъ этихъ рѣшеній мы укажемъ на одно, напечатанное въ книгѣ, изданной М. И. Пеньковскимъ „Кассационная Практика, не вошедшія въ официальные сборники рѣшенія гражданскаго кассационнаго департамента сената“ Спб. 1915 г., подъ № 251. Въ этомъ рѣшеніи

вполнѣ правильно разрѣшенъ возбужденный обстоятельствами дѣла вопросъ о томъ, что права родителей на оставшееся послѣ безпотомно умершихъ дѣтей имущество въ Черниговской и Полтавской губерніяхъ, должны опредѣляться по правиламъ 1143 ст., а не 1142. Посему, если послѣ умершаго осталось завѣщаніе, въ коемъ онъ распорядился своимъ имуществомъ, родители его не имѣютъ на него права, хотя бы оно и было подарено ему ими. Но, разрѣшивъ такъ означенный вопросъ, сенатъ повторяетъ въ немъ, что по общимъ законамъ родители не наслѣдники своихъ дѣтей, не приводя, однако, никакихъ данныхъ, подтверждающихъ это мнѣніе.

В. Л. Исаченко.

Къ ученію о принципѣ диспозитивности въ гражданскомъ процессѣ.

Въ нашей статьѣ „Къ ученію объ основныхъ принципахъ гражданского процесса“ („Сборникъ“ памяти проф. Г. Ф. Шершеневича) мы изложили вкратцѣ новѣйшія теченія въ области теоретической мысли, касательно сущности и взаимнаго отношенія принциповъ *состязательности* и *диспозитивности* въ гражданскомъ процессѣ, и выяснили нашу точку зрѣнія по этому вопросу. Тема эта—настолько обширна, что развитіе ея въ границахъ одной статьи, какъ нами и указывалось, — вещь совершенно невозможная. Между тѣмъ, мысли тамъ защищавшіяся, оказываются настолько идущими въ разрѣзъ съ сложившимися традиціонными ученіями, что, безъ дальнѣйшаго обоснованія ихъ, новое научное направленіе могло быть сильно скомпрометировано критикой, выступающей съ избитыми аргументами, которые, хотя и опровергнуты новѣйшими завоеваніями научной мысли, но все же, подобно неразмѣннымъ кредиткамъ, отъ долгаго обращенія, успѣли уже приобрѣсти нѣкоторый видъ авторитетности.

Эмансипація идеи состязательности отъ начала диспозитивности, почти полное устраненіе самого принципа диспозитивности въ гражданскомъ процессѣ,—таковы положенія, защищаемыя нами, наталкиваются, однако, на возраженія. Традиціонная доктрина указываетъ на институтъ *судебнаго признанія*, въ коемъ надо усматривать вѣнецъ диспозитивности гражданского процесса: окончить процессъ, *поступаясь своимъ гражданскимъ правомъ*, есть суверенное право тяжущагося. Распоряжаемость частными интересами со стороны субъекта права есть „*suprema lex*“ и гражданского процесса. И, съ другой стороны, принципъ состязательности приводитъ къ тому, что судья не имѣетъ права пойти наперекоръ *воли* тяжущагося: онъ связанъ признаніемъ, какъ властнымъ *волеизъявленіемъ* сторонъ въ процессѣ.

И, дѣйствительно, ученіе это кроетъ въ себѣ столько со-
блзна, что даже лучшіе представители новѣйшихъ теченій въ
области науки гражданскаго процесса наткнулись на институтъ
судебнаго признанія, какъ на камень преткновенія.

Между тѣмъ, тщательный анализъ юридической природы
судебнаго признанія покажетъ намъ, что сила судебнаго при-
знанія вовсе не связана неразрывно съ *распоряжаемостью* мате-
ріальными правами и интересами, завязанными въ процессуаль-
номъ поединкѣ. Двѣ школы имѣютъ для насъ особенное значеніе
въ данномъ вопросѣ. Одна разсматриваетъ судебное признаніе,
какъ актъ распоряженія своими *матеріально-правовыми интересами*
(„Теорія распоряженія“). Другая,—какъ актъ распоряженія сво-
имъ *процессуальнымъ правомъ защиты* („Теорія отреченія“). Опро-
вергнувъ ту и другую конструкторію, мы тѣмъ самымъ обезору-
живаемъ нашихъ противниковъ, ибо лишаемъ ихъ главнаго аргу-
мента, на которомъ они основываютъ свои построенія.

§ 1. Теорія распоряженія.

I.

Мысль, брошенная попутно Савиньи (System, VII, стр. 34),
что сила признанія абстрактна, т. е. независима отъ правдивости
подтверждаемыхъ фактовъ, ибо „въ основѣ признанія могутъ ле-
жать совсѣмъ другія намѣренія, чѣмъ признаніе правды, напр.
намѣреніе одарить“, — дала толчекъ научной мысли поставить
проблему о юридической природѣ признанія, въ связь съ нача-
ломъ распоряжаемости матеріально-правовыми интересами.

Но еще до Савиньи мы находимъ въ зародышномъ состояніи
зачатки того ученія, которое съ середины XIX в. до настоящаго
времени должно считаться господствующимъ и въ теоретической
литературѣ и въ законодательной и судебной практикѣ.

Такъ, *Gönnér*¹⁾ высказалъ ту мысль, что дѣйствіе призна-
нія покоится на томъ соображеніи, что каждый можетъ *распо-*

1) *Gönnér*. Handbuch des deutschen gemein. Proz. II (1804), стр. 371: „Es bewirkt daher *förmliche Wahrheit*“. Авторъ границу между дѣятельностью *судьи* и правомъ распоряженія *сторонъ* проводитъ такъ: 1. Все, что зависитъ отъ *разсужденія* (Reflexion) судьи, изъято отъ произвола *сторонъ*. 2. Все, что относится къ *показаніямъ* (Vorbringen) *сторонъ*, относится къ произволу *сторонъ*.—Замѣтимъ здѣсь, что это противоположеніе не исчерпываетъ всей области дѣятельности субъектовъ процесса!

лагать своими правами. Въ каждомъ признаніи мы имѣемъ „eine Dahingebung eines Rechts“. На той же точкѣ зрѣнія стоитъ и *Gensler* ¹⁾.

Послѣ Савиньи эта „теорія распоряженія“ окрѣпла въ теоріи ²⁾ и практикѣ ³⁾ „общаго права“.

Ясные слѣды ея мы видимъ и въ австрійскомъ и германскомъ законодательствѣхъ ⁴⁾.

Основная идея этой теоріи та, что изъ матеріально-правового полномочія распоряженія сторонъ касательно спорнаго права необходимо слѣдуетъ, что онѣ могутъ распоряжаться своимъ частнымъ правомъ и въ томъ *процессуальномъ образѣ*, въ которомъ оно является на судѣ ⁵⁾. Въ силу принципа состязательности, судъ связанъ такимъ распоряженіемъ сторонъ ⁶⁾. Но изъ этой концепціи признанія вытекаетъ и связанность самого признавашагося, ибо этотъ актъ отчужденія создаетъ *право* у противника, которое уже не подлежитъ болѣе произволу признавашагося ⁷⁾.

Для того, чтобы обосновать это послѣднее положеніе отверженцы теоріи распоряженія придавали господствующей концепціи признанія различныя формы. Одни юристы конструиро-

1) *Gensler*. Ueber die Begriffe: Beweis etc. Arch. f. civ. Pr. I (1829) стр. 42, опираясь на римскіе источники: „Das sua sententia damnatur zeigt zugleich auf des Beklagten Willkühr hin, in Civilsachen auch das Unwahre einzuräumen“.

2) *Chr. Martin*. Lehrbuch (1862), 261; *Bayer*. Vorträge (1869), 703: „Willensbestimmung“. *Wetzell*. System, §§ 13, 19; *Ullmann*, Das österr. Civilprozessrecht. (2 Aufl.), 264; *Heysler*. Grünh. Zeitsch. XII, 16 сл.

3) Судебную практику см. у *A. Wegener*. Ueber Wirkung des Klaganerkenntnisses 1906), стр. 28 сл.

4) *Motiven z. österr. Z. P. O.* (zu § 501): „Indem es die streitigen Punkte von den unbestrittenen abgrenzt, enthält dasselbe eine Disposition der Partei über den Gegenstand des Prozesses“. *Motiven z. deutschen Z. P. O.*, стр. 210: „Das Geständniss... eine durch Verzicht auf den Beweis bewirkte Disposition über das streitige Recht ist“.

5) *W. Endemann*. Der deutsche Civilprozess. I Berlin, 1878, стр. 436.

6) Это положеніе представляется несомнѣннымъ для признанія иска (Anerkenntnis). Но при внутреннемъ родствѣ существа всѣхъ видовъ признанія, оно оправдывается и для признанія фактовъ (Geständniss). См. *Kisch* (рец. на кн. O. Bülow). Göttingische gelehrte Anzeigen. Bd. I, стр. 206 сл.

7) *H. Müller*. Wesen und Wirkung des Anerkenntnisses im Zivilprozess. Leipzig. 1911, стр. 25: „Der Erklärende hat ja gerade *gewollt*, dass der Anspruch als wahr behandelt werde“. *A. Hofmann*, Historische und dogmatische Darstellung des Anerkenntnisses im Zivilprozess. München. 1892, стр. 42. Противникъ признавашагося приобретаетъ *право* противъ суда: „dass das Gericht die Partei bei ihrem gesprochenen Worte festhalte“.

вали признаніе, какъ *одностороннюю юридическую сдѣлку* ¹⁾; другіе— какъ *дареніе* ²⁾; третьи— какъ *договоръ* ³⁾; четвертые— какъ *мировую сдѣлку* ⁴⁾.

Эта „теорія распоряженія“, поставленная въ связь съ принципомъ состязательности, получила въ весьма многочисленныхъ трудахъ научную обработку и формулировку ⁵⁾. Исходный пунктъ этого ученія: каждое признаніе (обстоятельства или иска) хранить въ себѣ *актъ отчужденія*— обосновывался различнымъ образомъ. Одни юристы опирались на то соображеніе, что „послѣдствія признанія всегда бываютъ *вредны* для лица, сдѣлавшаго его и всегда ведутъ къ какой либо *уступкѣ* въ пользу стороны противной ⁶⁾. Другіе болѣе подчеркиваютъ процессуальную сторону вопроса. „Разъ есть процессъ, надо думать, что само право болѣе или менѣе *спорно* (incertain), а потому, предоставляя доказательство противъ меня, я *дарю выигрышъ* для моему противнику“ ⁷⁾.

Само существо „отчужденія права“ понимается юристами различно. Если предметомъ признанія является само *притязаніе* въ цѣломъ, большинство юристовъ объявляетъ отчужденнымъ соотвѣтствующее *право*, искомое истцомъ. Если же признаны лишь отдѣльные спорные *факты* и *обстоятельства*, то предметомъ распоряженія являются, именно, эти факты и обстоятельства ⁸⁾.

1) Ullmann, ук. с. 247; A. Wach. Das Geständniss. Archiv f. civ. Pr. Bd. 64 (1881), 238, 254; I. Kohler, Z. f. d. ZP. XXIX, 36.

2) Bonnier. Traité théor. et pratique des preuves, 246; Laurent, Principes. XX, 200.

3) v. Canstein, Anerkennung und Geständniss. Zeit. f. d. Civilpr. Bd. I (1879), 16, 22; Eccius. Gruch. Beitr. XXX, 465; Truttrer. Ueber prozess. Rechtsgeschäfte, 127.

4) Weiske. Rechtslexikon. IV, 787.

5) Ненаучнымъ намъ представляется соображеніе Dr. E. Schrutka. Grundriss des Civilprozessrechts. Leipzig. 1909, стр. 186: „Это *право распоряженія* оправдывается тѣмъ, что признающійся по большей части имѣетъ представленіе, что онъ говоритъ правду“. Но изъ этого *убѣжденія* „права распоряженія“ вывести никакъ нельзя!

6) Анненковъ. Опытъ комментарія Уст. Гражд. Суд. II (1880), 336.

7) Laurent. XX, 200; A. Schultze (реп. на кн. Pollak), Zeit. f. d. ZP. XIX, 343: „Утвержденія, оспариванія, сознанія суть, конечно, an und für sich сообщеніе о своихъ представленіяхъ, свидѣтельствованіе знанія. Но если законодатель связываетъ съ этимъ *опредѣленный результатъ*, и если дача или не дача заявленія зависитъ отъ свободнаго рѣшенія стороны,—то заявленіе не есть болѣе сообщеніе о представленіи (Vorstellungsmittelung), но—и заявленіе о *намѣреніи* этого результата, *волеизъявленіе*“. Въ томъ же смыслѣ: H. Müller, ук. с. 29.

8) v. Canstein. Der Zweck des Civilprozesses. (1902), 16: „Кто въ правѣ распоряжаться притязаніемъ, тотъ можетъ, конечно, распоряжаться и *средствами* для осуществленія этого притязанія. А этими средствами являются не только требованія и контръ-требованія, обращенныя къ суду, но и—лежащіе въ основаніи ихъ *факты* и *доказательства*“.

Болѣ точную научную формулировку основнымъ положеніямъ теоріи распоряженія далъ Fr. Klein ¹⁾. Этотъ ученый различаетъ: 1) *требованія* (Anträge) и 2) *простыя изъясненія* (сообщенія) (Behauptungen).—Требованія (Anträge) имѣютъ своей задачей вызвать извѣстное судебское дѣйствіе ²⁾. Дѣйствительность и сила ихъ зависятъ не отъ внутренняго содержанія воли (реальнаго намѣренія), а—отъ внѣшняго факта: изъясненія. Важно не „velle“, а—„loqui“! ³⁾ Наоборотъ, *утвержденія* (Behauptungen) вызываютъ эффектъ лишь при условіи совпаденія представленія и дѣйствительности. Для нихъ дѣйствуетъ общій принципъ: судья не смѣетъ основывать свое рѣшеніе на неистинномъ изъясненіи: „Die unwahre Behauptung ist nicht beachtlich“ (стр. 31). Но этотъ принципъ терпитъ ограниченіе, вслѣдствіе *права распоряженія* сторонъ (стр. 32). „Prozessualische Dispositivverklärungen“ ⁴⁾ представляютъ посредствующую область между „Anträge“ и „Behauptungen“ (стр. 107). Для нихъ не писаны законы о правдивости. Сюда же относятся и *судебныя признанія*: они по ихъ внутреннему содержанію суть простыя *утвержденія*, а не—волеизъявленія (Anträge). Но они равны этимъ послѣднимъ въ томъ отношеніи, что тѣ и другія исключаютъ вопросъ о правдивости заявленія („ob der erklärte Entschluss ein wirklicher sei oder nicht“ ⁵⁾).

Всѣ эти научныя построенія не представлены въ *русской* литературѣ, хотя „теорія распоряженія“ можетъ считаться господствующей въ нашей теоретической и практической юриспруденціи.

1) Fr. Klein. Pro futuro. Wien. 1891, стр. 10, 21 сл.

2) Между „требованіемъ“ и рѣшеніемъ—психологическое отношеніе *причины и дѣйствія* (мотивація). „Der Antrag soll bewirken, dass entschieden werde, für das Wie der Entscheidung kommen die Behauptungen in Betracht“ (стр. 24).

3) Стр. 28 сл. Несоотвѣтствіе *воли и изъясненія* (metus, error, simulatio и пр.) не имѣетъ вліянія на эффектъ „требованія“.

4) Сюда авторъ относитъ: изъясненіе по поводу присяги, „Submittirungserklärung“, согласіе на взятіе обратно иска или на измѣненіе основаній иска, признаніе.

5) Логично авторъ долженъ былъ признать (стр. 107), что для опроверженія (Widerruf) такихъ диспозитивныхъ заявленій не надо доказательства заблужденія. „Иначе лишь для *судебнаго признанія* (§ 263 С. Р. О.)“.—Но какъ же это?! Оказывается, что для суд. признанія нѣтъ мѣста даже въ осторожной (до неясности!) классификаціи автора! Остается невыясненнымъ, есть ли это—*волеизъявленіе* или *заявленіе* (сообщеніе)?!

Такъ, *К. Малышевъ*¹⁾ говоритъ: „основаніе доказательной силы признанія заключается въ распоряженіи частныхъ лицъ своими частными интересами и правами“ (стр. 300). Не углубляютъ проблемы и *К. Анненковъ*²⁾, *В. Л. Исаченко*³⁾, *И. Энгельманъ*⁴⁾ и *Е. Васильковскій*⁵⁾. Выставляя теорію распоряженія, какъ непосредственно вытекающую изъ диспозитивности частныхъ правъ, всё они не считаютъ нужнымъ преподать какія либо добавочныя разъясненія, для обоснованія своего исходнаго положенія.

Въ общемъ той же концепціи признанія держится и Правительствующій Сенатъ. Сенатъ никогда не признавалъ судебное признаніе за *доказательство*⁶⁾. Въ цѣломъ рядѣ рѣшеній (1869/138; 1890/66 и 1912/69)⁷⁾ Сенатъ положительно оспаривалъ доказательную силу суд. признанія и дѣлалъ отсюда соотвѣтствующіе выводы⁸⁾. Такъ какъ признаніе не имѣетъ само по себѣ доказательной силы и ставитъ предметъ иска *вне спора*—и въ этомъ его функція!—оно играетъ роль лишь въ исковомъ (но не охранительномъ!) производствѣ⁹⁾. Сила же признанія покоится на

1) *К. Малышевъ*. Курсъ гражд. судопроизв. т. I (1876), стр. 300 сл. 302: „отвѣчикъ могъ и подарить эту сумму истцу“.

2) *К. Анненковъ*. Опытъ комм. У. Г. С. т. II (1860), стр. 340, 343. Отсюда дѣлаетъ тотъ выводъ, что опекунъ, внѣ своей „*facultas disponendi*“, не можетъ дѣлать признанія по дѣламъ подопечнаго. *Qui non potest donare non potest confiteri*“.

3) *В. Л. Исаченко*. Гражд. процессъ, т. II, вып. 2 (1892), 630, 645: отсюда и наличность *заблужденія*, парализующаго свободу *воли*, какъ условіе опроверженія.

4) *И. Энгельманъ*. Курсъ русскаго гражд. судопр. (Изд. 3). Юрьевъ. 1912, стр. 293.

5) *Е. В. Васильковскій*. Курсъ гражданского процесса, т. I (1913), стр. 367.

6) Опроверженіемъ этому не можетъ служить К. Р. 1874/136: „Признаніе отвѣчика могло служить подтвержденіемъ или разъясненіемъ показанія свидѣтеля, и совокупный смыслъ того и другого могли привести Съѣздъ къ тому заключенію, которое имъ было постановлено“.

7) Въ К. Р. 1869/138 и 1912/69 Сенатъ отвергъ доказательную силу признанія въ *охранительномъ* судопроизводствѣ (о выкупномъ свойствѣ имущества; родство). Сила суд. признанія ограничивается *исковымъ* производствомъ. К. Р. 1890/66: „Голословное признаніе расточителя, ничѣмъ не подтвержденное, не могло имѣть обязательной силы для опекуна“.

8) Рѣшеніе, основанное на признаніи, не обязательно для постороннихъ лицъ. 1891/22: „И, дѣйствительно, по У. Г. С., рѣшеніе суда не всегда является результатомъ того, что судебная власть поставлена была въ возможность изыскать *всѣ средства къ открытію истины* и вполне изслѣдовать матеріальное право; нерѣдко рѣшеніе, вступившее въ законную силу, есть только результатъ *признанія*“. 1912/84: Рѣшеніе это обязательно для лицъ постороннихъ, тѣмъ болѣе, что оно „состоялось лишь въ виду признанія, учиненнаго X, каковому признанію нельзя придавать доказательнаго значенія“.

9) К. Р. 1874/245: „признаніе дѣлаетъ предметъ тяжбы *безспорнымъ*“; 1878/112:.... „то это означаетъ, что обѣ стороны имѣютъ одинаковое понятіе объ извѣстномъ обстоятельстве, которое въ такомъ случаѣ, *представляясь безспорнымъ*, не требуетъ дальнѣйшей повѣрки со стороны суда“.

томъ, что „всякое частное лицо можетъ *свободно распоряжаться* своими имущественными правами“ (1886/51).

Отсюда выводы: 1) „Для дѣйствительности признанія, какъ судебного доказательства, безусловно необходимо, чтобы оно было сдѣлано лицомъ полноправнымъ и по закону способнымъ распоряжаться своимъ имуществомъ“; 2) Суд. признаніе должно быть „результатомъ доброй и сознательной воли“ (т. е. не по стачкѣ съ противною стороною) (1886/51). 3) „Въ виду того, что приобрѣтенныя въ силу этого признанія другою стороною имущественныя права не могутъ находиться въ зависимости отъ послѣдующихъ измѣненій воли лица, сдѣлавшаго признаніе, то законъ придаетъ послѣднему характеръ безповоротности“ (1886/51; текстуально подтверждено въ 1896/18). Ср. К. Р. 1911/51:.... „такимъ признаніемъ, влекущимъ за собою *отсужденіе части имущества* въ пользу 3-ьяго лица“¹⁾.

II.

„Теорія распоряженія“, къ критикѣ которой мы теперь переходимъ, исходитъ изъ того положенія, что признаніе всегда хранитъ въ себѣ *уступку* того права, которое признается—или непосредственно или путемъ признанія соответствующихъ обстоятельствъ. Эту теорію и въ исходныхъ ея положеніяхъ и въ конечныхъ выводахъ мы признаемъ совершенно ложной. Можно только удивляться тому, что эта теорія продолжаетъ сохранять позицію господствующей, несмотря на тѣ удары, которые ей нанесены въ трудахъ Heidenfeld, Demelius, O. Bülow, I. Trutter.

1. На чемъ,—во первыхъ, основывается то утверженіе, что „послѣдствія признанія *всегда* бываютъ вредны для лица, сдѣлавшаго его, и *всегда* ведутъ къ какой либо уступкѣ, въ пользу стороны противной“?! Въ своей сущности признаніе, какъ процессуальное дѣйствіе, вовсе не есть „уступка“. Если я признаю, что получилъ мнѣ должное, развѣ я „отказываюсь“ отъ своей претензіи? Конечно, нѣтъ! Я заявляю, что моя претензія пога-

1) Въ настоящее время эта матеріально-правовая точка зрѣнія на признаніе, какъ *актъ распоряженія*, настолько окрѣпла и утрамбовалась, что въ К. Р. 1912/112 Сенатъ дѣлаетъ уже обратную аналогію, и изъ условій дѣйствительности признанія, сдѣланнаго повѣреннымъ (признаніе, сдѣланное по стачкѣ съ противникомъ, можетъ быть оспорено), дѣлаетъ выводы по аналогіи для *актовъ отчужденія*: купчая крѣпость можетъ быть уничтожена довѣрителемъ, если она совершена повѣреннымъ по стачкѣ съ покупателемъ, во вредъ довѣрителя!

шена, моего права уже болѣе нѣтъ. О какомъ же „отчужденіи“ права (по утвержденію самого тяжущагося—*не существующаго!*) можетъ идти тутъ рѣчь?!)¹⁾ Общепринятый взглядъ на признаніе, какъ на актъ уступки, обязанъ, очевидно, ложной исходной точкѣ зрѣнія, что тяжущійся обязательно долженъ говорить на судѣ только *въ свою пользу* (хотя бы завѣдомую ложь!), иначе—онъ непременно совершаетъ актъ отреченія и тѣмъ самымъ распоряжается своимъ благомъ. Но ясно, что *правдивое* заявленіе стороны, идущее на пользу ея „противнику“, вовсе не можетъ быть разсматриваемо, какъ подарокъ, котораго она могла и не дѣлать, а, если сдѣлала, то—„по щедрости“. А, съ другой стороны, нѣтъ рѣшительно никакихъ основаній утверждать, что причина правового эффекта при истинномъ признаніи была бы *иной*, чѣмъ при признаніи ложномъ! Судъ не знаетъ,—правду ли или ложь говоритъ признающійся, а связанъ онъ признаніемъ во всякомъ случаѣ, ибо сила признанія формальна и покоится на *одномъ*—нами искомомъ—основаніи.

2. Оспариваемая нами доктрина исходитъ, очевидно, отъ идеи внутренней взаимной зависимости процесса и матеріальнаго права. Она предполагаетъ, что путемъ *процессуальныхъ* дѣйствій можно распоряжаться *матеріальнымъ* правомъ. А для доказательства этого положенія нѣкоторые юристы доходятъ до утвержденія, что признаніе (и отреченіе) имѣетъ *непосредственный эффектъ*, который наступаетъ впервые не въ судебномъ рѣшеніи, а—*немедленно*. И это будто вытекаетъ: во 1-хъ, изъ того, что ихъ дѣйствіе производитъ немедленное (*sofort*) исключеніе судейскаго изслѣдованія, и во 2-хъ, интересъ противника требуетъ, чтобы онъ могъ положиться на прочность созданнаго для него благоприятнаго положенія²⁾.

Съ этими исходными положеніями согласиться нельзя. На самомъ дѣлѣ, отдѣльныя процессуальныя дѣйствія *несамостоятельны*. Каждое изъ нихъ вноситъ лишь свою лепту въ ту силу, которая дается *совокупностью* *всѣхъ* процессуальныхъ дѣй-

1) Если я заявляю, что я—не собственникъ вещи, которую у меня виндицируютъ, развѣ я *распоряжаюсь* своею вещью? Я просто отрицаю свое право на эту вещь, и, какъ справедливо (но не замѣчая самопротиворѣчія) замѣчаетъ *Laurent* (ук. с. 199), „невозможно отчуждать вещь въ тотъ моментъ, когда я признаю, что не имѣю никакого права на эту вещь“.

2) *H. Müller*, ук. с. 73: „Sie bezwecken nicht Urteilsstoff herbeizuschaffen, sondern unmittelbar auf das Verfahren einzuwirken“.

ствій¹⁾. Всѣ процессуальныя дѣйствія вызываютъ соотвѣтствующій правовой эффектъ не непосредственно, самостоятельно, а лишь — *въ связи и взаимодействіи* съ дѣйствіями суда и сторонъ. Поэтому, сила всѣхъ процессуальныхъ дѣйствій остается въ теченіе всего хода производства, вплоть до постановленія рѣшенія, — „*in pendentі*“. Какое вліяніе процессуальное дѣйствіе оказываетъ въ моментъ его учиненія на судебное рѣшеніе, — это, съ объективной точки зрѣнія, остается неизвѣстнымъ. А между тѣмъ *въ* (возможномъ) *вліяніи на судебное рѣшеніе ограничивается сила дѣйствія судебного признанія*²⁾. До постановленія рѣшенія суд. признаніе не имѣетъ даже *объекта*, надъ которымъ оно могло бы оказать свое процессуально-правовое дѣйствіе³⁾.

Отсюда слѣдуетъ, что эффектъ, вызываемый отдѣльными процессуальными дѣйствіями сторонъ, лежитъ не въ области *матеріальнаго* права! Объектомъ воздѣйствія ихъ является *дѣятельность* *судьи* по постановкѣ судебного рѣшенія. Результатъ воздѣйствія — *судебное рѣшеніе* объ искомомъ притязаніи. А разъ творческая сила процессуальнаго дѣйствія не выходитъ за предѣлы чисто подготовительной, процессуальной службы, тѣмъ самымъ исключена возможность обсуждать любое изъ нихъ, какъ „актъ распоряженія“ своими матеріально-правовыми интересами!⁴⁾

¹⁾ Несамостоятельность отдѣльнаго процессуальнаго дѣйствія развита *O. Bülow*. Die Lehre von den Prozesseinreden und den—Prozessvoraussetzungen. 1868, стр. 1 сл. passim. Въ примѣненіи къ *суд. признанію* эти идеи получили развитіе въ работѣ того же автора: Das Geständnissrecht, Freiburg. 1899, стр. 74 сл.

²⁾ *C. Demmler*. Das gerichtliche Geständniss (1895), 48. „Матеріально-правовое основаніе *res judicata* покоится не на *воль* сторонъ. *Res judicata* беретъ свою силу *изъ самой себя*, изъ ея существа“. *H. Degenkolb*. Beiträge zum Zivilprozess. Leipzig. 1905; стр. 116. Сила признанія — внутри процессуальная; она исчерпывается въ вліяніи на суд. рѣшеніе (*Urteilsbeeinflussung*). (Здѣсь же литература—*contra*).

³⁾ *O. Bülow*. Das Gestr., 82. Признаніе имѣетъ лишь способность, правовую возможность оказать это дѣйствіе. Опроверженіе признанія (отказъ отъ иска и пр.) препятствуетъ тому, чтобы эта *возможность* осуществилась, а вовсе не—*устраняетъ* уже наступившее, законченное дѣйствіе признанія. Поэтому, невѣрно представленіе, что судебнымъ признаніемъ тотчасъ же *устанавливалась бы правдивость* извѣстнаго обстоятельства, которая *устранялась бы* послѣдующимъ опроверженіемъ!

⁴⁾ *O. Bülow*, ук. с. 74.—Интересно, что римскіе юристы досрочно до сознанія полной самостоятельности *процесса* отъ *матеріальнаго* права. См. L. 5 § 7 Д. 24. 1. Признаніе прикрываетъ *дареніе* между супругами. „*Valebit quidam sententia, sed condicetur ei, cui donatum est*“. Конфликтъ между процессуальнымъ и матеріальнымъ правомъ разрѣшается не грубымъ способомъ, такъ, чтобы матеріальное право вторгалось въ область процесса. Запрещенію *матеріальнаго* права отдается респектъ на почвѣ матеріальнаго же права (*condictio ob injustam causam*)! См. *O. Bülow*, ук. с., 68, 87.—Невѣрно использовалъ этотъ текстъ въ защиту теоріи распоряженія *Ветцель*. System, § 19, стр. 171.

И съ разсматриваемой нами точки зрѣнія, нельзя отождествлять *признаніе и проигрышъ процесса*, на общей почвѣ— „дареніе“! Признаніе, правда, ведетъ къ проигрышу процесса, но это—само по себѣ—еще не объясняетъ намъ природы его, какъ „акта отчужденія“, ибо это не есть аргументъ за то, чтобы признавшійся не могъ, *чтобы не проиграть процесса*, взять обратно свое признаніе. Дареніе лежитъ не въ томъ, что онъ *учинилъ* признаніе, а въ томъ, что онъ *остался вѣрнымъ* учиненному признанію (*vinci voluit*), хотя ему было легко убѣдить судью въ ложности его¹⁾.

3. Нельзя спасти теорію распоряженія и такимъ разсужденіемъ: при судебномъ признаніи мы имѣемъ „*посредственное (mittelbare) распоряженіе*“: процессуальное дѣйствіе, *вызывая соответствующее рѣшеніе*, косвенно влѣяетъ на распоряженіе спорнымъ правомъ.

Такъ, А. Wach (ук. с. Arch. Praxis 64, стр. 227, 238, 242) указываетъ на то, что признаніе имѣетъ „*правоизмѣняющее дѣйствіе*“ („als Form eines feststellenden und *rechtsverändernden* Willens“).

Но судебное рѣшеніе тѣмъ и отличается отъ гражданской сдѣлки, что оно не имѣетъ цѣлью и не обладаетъ силою *измѣнить существующее* правовое отношеніе²⁾.

И если бы мы оспаривали это положеніе, мы пришли бы къ совершенно неприемлемому выводу, что судебное рѣшеніе, благоприятное истцу, снабжаетъ его ему не принадлежащими правами; а рѣшеніе, истцу неблагоприятное, отнимаетъ ему принадлежащія права. Иначе говоря, судебное рѣшеніе, вмѣсто того, чтобы *охранять* существующія права, совершало бы несправедливость!³⁾.

Далѣе. Развѣ можно утверждать, что суд. признаніемъ процессуальное отношеніе *отклоняется* отъ своего первоначальнаго русла?! Черезъ суд. признаніе процессуальное отношеніе не получаетъ *новаго* содержания, оно получаетъ лишь соответственное

1) Demelius. Die Confessio, 372.

2) O. Bilow, ук. с. 90. Та же мысль подробно развита еще у Dr. Ih. Heidenfeld. Die Dispositionsbefugniss der Parteien im Civilprozess. Berlin. 1868, стр. 80 сл. Стороны обязаны „eine *sachgemässe* Feststellung des streitigen Rechts zu ermöglichen“. „Право дарить“ лежитъ *вне процесса*, и даритель не имѣетъ права доводить дѣло до суда.

3) Истинную роль суд. рѣшенія, какъ „Stempel staatlicher Rechtsgewähr“ выясняетъ O. Bilow. Absolute Rechtskraft des Urteils. Archiv Prax. Bd. 83 (1894), стр. 1—152.

его predeterminedной цѣли *развитіе*, и, именно, въ направленіи къ конечной цѣли—судебному рѣшенію ¹⁾). Къ *нормальнымъ* дѣйствіямъ сторонъ, направленнымъ на эту цѣль, надо причислить и суд. признаніе. Это—самое цѣлесообразное, и, съ точки зрѣнія достиженія цѣли процесса,—самое желанное средство движенія впередъ процессуальнаго отношенія. И съ этой точки зрѣнія, развѣ можно говорить, что суд. признаніе имѣетъ „*правоизмѣняющее*“ содержаніе?! Такъ говорить было бы послѣдовательно, если бы мы приняли, что *нормальнымъ* теченіемъ процесса является *оспариваніе* противоположныхъ утвержденій,—что каждая сторона съ начала процесса получаетъ готовое „право“ *оспаривать* утвержденія противника! ²⁾).

4. Еще старый юристъ Heidenfeld (ук. с. 81 сл.) называлъ „*juridisches Unding*“ то мнѣніе, которое учитъ, что въ области процесса дѣйствуетъ принципъ: „*volenti non fit injuria*“. Если ни одной сторонѣ не принадлежит *односторонняю* права распоряженія истиной въ процессѣ, то это право не принадлежит имъ и *совмѣстно*! Такъ какъ обязанности сторонъ другъ къ другу связаны нераздѣльно съ понятіемъ „спорнаго отношенія“, было бы внутреннимъ противорѣчіемъ поддерживать существованіе „спорнаго отношенія“ и все же разрушать элементы этого понятія. Если стороны хотятъ освободить другъ друга отъ процессуальныхъ обязанностей, то это можетъ произойти лишь такъ, что они *устраняютъ* вообще спорное отношеніе, т. е. отказываются отъ самого процесса. Но, если стороны освобождаютъ себя отъ обязанности дать судѣ правдивый матеріалъ для правильнаго установленія спорнаго права, то и дѣятельность *суды* не можетъ отвѣчать своему назначенію! ³⁾). Судью не свяжетъ лживое признаніе, во имя „права распоряженія“ стороны ея интересами; ибо судья связанъ не только параграфами закона, но и принципами, лежащими въ основаніи его дѣятельности. Эти принципы выводятся изъ *задачъ* даннаго органа государственной власти; они имѣютъ положительную силу ⁴⁾.

1) O. Bülow. Prozesseinreden, 2—3.

2) O. Bülow. Das Gestr., 155.

3) Heidenfeld, ук. с. 84: „Die Richtigkeit, d. h. Sachgemässheit und Gesetzmässigkeit seines Urteils hat ihre unerlässliche Voraussetzung darin, dass die Parteien durch ihre Thätigkeit ihm *die richtige Feststellung* des streitigen Rechts ermöglichen“.

4) Heidenfeld, ук. с. 85, 99. „Дача неправильныхъ признаній есть неоправдаемый *произволъ*, а — не право; дача вѣрныхъ признаній есть *обязанность*, а не право“.

Научное обоснование это возражение против „теории возражения“ получило в трудах *I. Trutter*¹⁾. Этот ученый исходил из того положения, что „распоряжение“ может последовать лишь путем осуществления или неосуществления *субъективного процессуального права*. Поэтому, содержание „субъективного права“ должно быть точно очерчено и определено.

Опираясь на *Schuppe* (*Begriff des subjectiven Rechtes*, стр. 4—149), Труттеръ доказываетъ, что „всякое субъективное право есть всегда нечто *желанное объективнымъ правомъ* (дѣйствие, упущение), но въ согласіи съ волею управомоченнаго“²⁾. Поэтому, если спрашиваютъ о содержаніи субъективного процессуального права утверждать или оспаривать факты, то рѣшающей является не исключительно сама по себѣ *воля* того, кто желаетъ предпринять эти процессуальныя дѣйствія. Конкретное процессуальное дѣйствие должно быть также желаннымъ *in abstracto* и со стороны *объективной* правовой воли. А если мы изслѣдуемъ эту объективную волю правопорядка, то окажется, что она направлена на то, что бы въ процессѣ утверждались лишь факты, почитаемые *истинными* и лишь неистинные факты оспаривались³⁾.

Поэтому, если и можно говорить о „правѣ распоряженія“ сторонъ, касательно фактовъ, то подъ этимъ выраженіемъ нельзя понимать „право“ утверждать или оспаривать въ процессѣ *любые* факты. Такого общаго субъективного права не существуетъ!⁴⁾

Итакъ, „право распоряженія“ сторонъ можно понимать лишь въ чисто обывательскомъ смыслѣ. Оно отнюдь не можетъ быть понимаемо въ смыслѣ *права* сторонъ искажать цѣль и назначеніе

1) *I. Trutter*. *Bona fides*. im Civilprozesse. 1892, стр. 61 сл.; *ego-же*: *Ueber prozessualische Rechtsgeschäfte*, 1890, стр. 24 сл.

2) *I. Trutter*. *Bona fides*, 66: „Das subjective Recht muss innerhalb des Rahmens des Rechtes überhaupt liegen“. *Ego-же*: *Proz. Rechtsg.* 27: „Jemand hat ein subjectives Recht, wenn es *sein* subjectiver Wille ist... indem auch *das objective Recht*...eben diese Handlung... will, welcher jener will“.

3) *Trutter*. *Bona fides*, 68. Тотъ, кто утверждаетъ неистинное или оспариваетъ истинное, отнюдь не нарушаетъ „на немъ лежащую обязанность“ (*Wahrheitspflicht*),— но онъ просто предпринимаетъ процессуальное дѣйствие, къ учиненію котораго онъ не имѣлъ *никакого права*, т. е. дѣйствуетъ *противузаконно*.

4) *Trutter*. *Bona fides*, 78, 118. Нельзя настаивать на томъ, что наряду съ правомъ предпринимать какое либо дѣйствие, существуетъ еще *особое, отличное отъ него, право* осуществлять (или не осуществлять) содержаніе этого права. Такимъ образомъ, „*Dispositionsrecht*“ вовсе не есть *право*. Злѣсь рѣчь можетъ идти лишь о „*facultas agendi*“,— „правовой возможности“.

процесса. Ибо „процессъ не созданъ для того, чтобы судья рѣшалъ о правѣ по произвольнымъ, сторонами вымышленнымъ фактамъ“¹⁾ 2).

5. И не трудно путемъ „*reductio ad absurdum*“ показать несостоятельность всего ученія о „распоряжаемости фактами“. Идетъ споръ о томъ—перепрыгнулъ ли истецъ Альпы, и отвѣтчикъ признаетъ бытіе этого „факта“. § 291 герм. С. Р. О. и § 260 австр. С. Р. О. говорятъ, что ноторные факты „не нуждаются въ доказательствахъ“, т. е. приписываютъ имъ равную силу съ признаніемъ. Но какъ быть, если судебное признаніе вступаетъ въ конфликтъ съ ноторностью? Чему мы должны придать рѣшающее значеніе? Съ точки зрѣнія оспариваемой нами доктрины, признаніе, какъ суверенный „актъ распоряженія“, имѣетъ преимущественную силу. Но мы уже знаемъ, что такое положеніе неправильно и не отвѣчаетъ господствующему ученію³⁾. Но не разрушаетъ ли это въ самомъ основаніи „теорію распоряженія“?!

6. „Теорія распоряженія“, для того, чтобы остаться вполне послѣдовательной, должна опираться не на *объективномъ* моментѣ—убыточности признанія,—а на *субъективномъ* моментѣ—*сознанія* убыточности, которое долженъ имѣть авторъ признанія. Вѣдь, „отречься“, „отчудить“ право тяжущійся можетъ лишь въ томъ случаѣ, если онъ полагалъ, что соответствующій фактъ ему служить во вредъ. Съ этой точки зрѣнія, стороны распоряжались бы не только *истинной*, но и *правовымъ значеніемъ* обсуждаемыхъ фактовъ. Но мы же знаемъ (см. цит. нашу статью въ Жур. М. Ю. 1915 № 3, стр. 126 сл.), что наличность „*animus confitendi*“ не есть необходимое условіе суд. признанія. И господствующая доктрина, отрицая это условіе, тѣмъ самымъ подписываетъ смертный приговоръ всей теоріи распоряженія!

Въ связи съ этимъ стоитъ и слѣдующее соображеніе. Если бы признаніе дѣйствительно вытекало изъ права распоряженія

1) *I. Kohler*. Prozess als Rechtsverhältniss, 19—нельзя праву распоряженія придавать то значеніе, что „*der Bann der Vergangenheit gebrochen, in die Zeiten, die nicht mehr sind, Tatsachen gelegt werden sollen, welche jenen Zeiten fremd geblieben sind*“.

2) Ср. *Protok. zu BGB*. Vd. II, стр. 497. Установленіе *новыхъ* правоотношеній путемъ лживыхъ признаній есть злоупотребленіе институтомъ признанія.

3) Ср. нашу статью: „Матеріальные признаки понятія судебного признанія“ въ „Журн. Мин. Юст.“ 1915 № 3, стр. 100 сл.

стороны, то отъ воли послѣдней зависѣло бы всецѣло по своему произволу опредѣлить предѣлы силы признанія, напр., ограничить силу его одной инстанціей, прибавить оговорку о свободномъ опроверженіи, квалифицирующія оговорки объявить неотдѣлимыми отъ признанія и т. д. и т. д. Однимъ словомъ, *animus confitendi* былъ бы хозяиномъ положенія, и *jus cogens*, регулирующий послѣдствія признанія, былъ бы сведенъ на степень диспозитивнаго права ¹⁾).

Но такой выводъ противорѣчилъ бы самымъ основамъ гражданскаго процесса! „*Communis opinio doctorum*“ считаетъ, что *выводы* изъ признанія могутъ быть сдѣланы судомъ, вопреки предположеніямъ признавашагося ²⁾. „Сознаніе вреда“ — не необходимый реквизитъ понятія признанія. Воля признавашагося не можетъ сдѣлать *дѣлимое* квалифицированное признаніе недѣлимымъ, или подчинить признаніе извѣстнымъ условіямъ! ³⁾. Оказывается, что признаніе есть уже не „актъ распорядженія“, — а ловушка для неопытныхъ тяжущихся!

Выходъ изъ этого затрудненія А. Schulze (*Zeit. f. d.ZP.* XIX, стр. 343) находитъ въ такомъ соображеніи: „Утвержденія, оспариванія, сознанія суть, конечно, *an und für sich* сообщенія о представленіи лица, показаніе, свидѣтельствованіе. Но если законъ, какъ это имѣетъ мѣсто въ процес. кодексѣ, *связываетъ съ этимъ опредѣленный результатъ*, и дать или не дать это заявленіе *зависитъ отъ свободнаго усмотрѣнія стороны*, тогда заявленіе не есть просто „сообщеніе о своихъ представленіяхъ“, а нѣчто большее: заявленіе намѣренія извѣстнаго результата, „волеизъявленіе“.

Такимъ образомъ, свидѣтельствованіе (*Wissenserklärung*) дѣлается волеизъявленіемъ (*Willenserklärung*) только потому, что съ нимъ связанъ опредѣленный правовой результатъ, и предпринять этотъ актъ зависитъ отъ свободнаго усмотрѣнія лица! Но законодатель, приступая къ регулированію института признанія,

¹⁾ Ср. Lagombière. Cours n^o. 18: „Какъ бы ни были различны фактъ *главный* и фактъ *придаточный*, признаніе можетъ быть понятно въ томъ смыслѣ, что оно именно дается подъ условіемъ *beneficii indivisionis*“.

²⁾ *Laurent*. Principes, XX, n^o. 215; *Bonnier*, Traité, n^o. 356, стр. 454; *Demolombe*, Cours, n^o. 529.

³⁾ Ср. Cass. 25 nov. D. 62. 1, 533: „Il ne pouvait dépendre de la volonté unilatérale du défendeur de subordonner son aveu à l'acceptation de son offre“. *Wittmaack*, Das gerichtliche Geständnis. Arch. f. civ. Pr. Bd. 88 (1898), стр. 75 (германская судебная практика).

не можетъ считаться съ иными моментами, какъ лежащими въ основаніи самой *сущности* регулируемаго явленія, а равно и съ опредѣленными цѣлями правовой политики, но было бы „*petitio principii*“, если бы законодатель учитывалъ при этомъ юридическую природу института, съ точки зрѣнія тѣхъ правовыхъ послѣдствій, коимъ онъ самъ же обложилъ его!

Конечно, дать или не дать заявленіе—есть дѣло свободнаго рѣшенія стороны; но это усмотрѣніе касается лишь этой дачи, а о *правовыхъ послѣдствіяхъ* лицо могло не думать и даже не знать. Мы полагаемъ, что даже специалисты-юристы, много лѣтъ практически работавшіе, не знаютъ напр. драконовскихъ послѣдствій (принципъ безповоротности), коими облагаетъ судебное признаніе ст. 481 У. Г. С.

Наконецъ, замѣтимъ, что и гражданское право знаетъ свободныя изъявленія съ опредѣленнымъ правовымъ эффектомъ, которыя, однако, не могутъ быть характеризованы, какъ волеизъявленія, напр. увѣдомленія, обязательныя сообщенія и пр. ¹⁾

7. Теорія распоряженія, обосновывающая связующую силу признанія „правомъ распоряженія тяжущагося его частными интересами“, должна логично и судебному рѣшенію, послѣдовавшему на основаніи признанія, приписать особое „*деклараторное*“ значеніе. Съ этой точки зрѣнія, признаніе и судебное рѣшеніе являются уже отрѣшенными отъ дѣйствительныхъ фактическихъ отношеній и представляютъ изъ себя *самостоятельные титулы ответственности* (*Verpflichtungsgrund*“).

Эта концепція признанія (защищаемая Bayer, Wach, Kohler и др.) составляетъ самостоятельную теорію, а потому ея изложеніе и критика ея выходятъ изъ рамокъ нашего изложенія. Замѣтимъ только, что на основаніи признанія присужденіе слѣдуетъ потому, что должны быть приняты, *какъ истинныя*, показанія противника,—а не потому, что признавшійся „распорядился“ своими интересами ²⁾).

1) Къ послѣднему замѣчанію см. *Hegler. Beiträge zur Lehre vom prozessualen Anerkenntnis und Verzicht. Leipzig. 1903, стр. 227* (здѣсь же литература).

2) *A. Weber. Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozess. Leipzig. 1845, стр. 42.* Присужденіе слѣдуетъ: „weil die Angabe des Gegners hier rechtlich als wahr anzunehmen ist, nicht aber weil er durch das Geständniss über das Seine disponirt hat“.

И съ внѣшней стороны, это различіе концепцій выражается въ томъ, что подтвержденіе утвержденій противника, выраженное въ формѣ не признанія истины, а въ формѣ *распоряженія истиной* („это—ложь, но согласенъ считать это за истину“) не можетъ считаться за признаніе, въ техническомъ смыслѣ этого слова, и даже, какъ мы доказали въ другомъ мѣстѣ. (Формы „спора“ и „неоспариванія“ въ гражданскомъ процессѣ. „Юридическій Вѣстникъ“ 1914 кн. III—IV), не имѣетъ вообще никакого правового-важнаго значенія.

8. Оспариваемая нами диспозитивная теорія приводитъ къ выводамъ явно несостоятельнымъ. Возьмемъ для нашей критики русскую судебную практику. Сенатъ твердо держится убѣжденія, что судебное признаніе черпаетъ свою силу въ томъ, что „всякое частное лицо можетъ свободно распоряжаться своими имущественными правами“ (1886/51; 1893/4). Отсюда Сенатъ сдѣлалъ положительный выводъ: признаніе есть *самостоятельное основаніе ответственности*.

Такъ, въ Кас. Рѣш. 1913/76 мир. судья и мир. съѣздъ установили, что отвѣтчикъ отрицаетъ самое *основаніе иска*, какъ истекающее изъ безнравственной сдѣлки (обѣщаніе выдать дочь замужъ). И въ то же время, отвѣтчикъ призналъ *искъ* въ части, и обѣ инстанціи присудили 10 руб. истцу, согласно съ признаніемъ. И Сенатъ, очевидно, склоненъ признавать силу за такимъ волеизъявленіемъ. Ибо онъ кассировалъ данное рѣшенія только потому, что фактически, (какъ вывелъ Сенатъ изъ протокола), отвѣтчикъ не сдѣлалъ признанія иска: его признаніе касалось лишь факта угощенія на 10 руб., но не—*желанія платить* эти деньги! И такъ, если бы это *желаніе* было несомнѣнно установлено, оно имѣло бы связующую (судъ) силу, хотя самое спорное *правоотношеніе* не пользуется защитой закона!

Въ цѣломъ рядѣ рѣшеній (1867/247; 1868/371; 1874/343; 1878/1136) Сенатъ утверждаетъ: „признаніе лицомъ совершеннолѣтнимъ *долга* по обязательству (т. е. подтвержденіе существованія долга), *выданному до его совершеннолѣтія*, можетъ служить *основаніемъ* (!) къ присужденію этого долга“.

Въ цит. статьѣ нашей въ „Сборникѣ“ памяти проф. Шершеневича (стр. 303—306) мы доказали полную несостоятельность такого ученія. Наши соображенія, тамъ высказанныя, мы повто-

рять не будемъ. Замѣтимъ здѣсь только то, что самъ Сенатъ (1893/4) разъяснилъ, что „предметомъ признанія могутъ быть факты, обстоятельства, а не *права* противника, на законѣ основанныя“. И въ данномъ случаѣ, признаніе имѣетъ предметомъ *право истца*, которое за нимъ по закону не числилось. Само признаніе иска не даетъ еще истцу безусловнаго права на благоприятное рѣшеніе: вѣдь судья долженъ изслѣдовать—существуетъ ли абстрактная норма, примѣнимая *in casu*, законенъ ли титулъ договора, есть ли уважительный интересъ на сторонѣ истца¹⁾.

9. Не могла справиться теорія распоряженія и съ ученіемъ о *неопровержимости* судебного признанія. Это нами доказано въ специальномъ изслѣдованіи: „Предѣлы опровержимости судебного признанія въ гражданскомъ процессѣ“ (Журналъ Мин. Юстиціи 1916 № 2). Ограничимся здѣсь указаніемъ лишь на то, что теорія распоряженія, рассматривающая признаніе, какъ волеизъявленіе, не можетъ справиться даже съ требованіемъ закона наличности *заблужденія*, какъ условія опроверженія признанія! Многіе юристы (изъ русскихъ—В. Л. Исаченко) въ этомъ требованіи видятъ подтвержденіе своего ученія: ибо „его“ опорачиваетъ *волю!*

А на самомъ дѣлѣ, само „распоряженіе“ указываетъ на то, что признающійся изначала желаетъ расправиться съ истиной по своему усмотрѣнію, т. е. желаетъ, чтобы соотвѣтствующія обстоятельства были признаны установленными, *независимо отъ ихъ истинности*. Гдѣ же мѣсто, при этихъ условіяхъ, *заблужденію*, какъ условію опроверженія признанія?!

10. Неправильная теорія обнаруживаетъ свою несостоятельность, какъ только мы вступимъ на почву ея практическаго примѣненія. Въ этомъ мы убѣдились выше (п. 8). Въ скрытомъ видѣ тѣ несообразности, къ которымъ приводитъ эта теорія, разсѣяны по всему полю практической юриспруденціи.

Приведемъ наглядный образецъ изъ русской судебной практики. *Кас. Рѣш. 1893/4*. Суд. Палата усмотрѣла въ просьбѣ (въ охранительномъ порядкѣ) объ утвержденіи въ правахъ наслѣдства въ такой то ($\frac{1}{6}$) долѣ—признаніе, что *прочія доли* принадлежатъ

¹⁾ *Chiovenda*. Principii di diritto processuale civile (1913), стр. 737: „...resta libero il giudice di esaminare se esiste una norma astratta applicabile al caso“... *H. Müller*, ук. с. 43: „Totgeborene Rechte können nicht durch den Prozess zum Leben gebracht werden“.

сонаслѣдникамъ, и это признаніе не можетъ быть оспариваемо въ исковомъ порядкѣ. Сенатъ кассировалъ это рѣшеніе и высказалъ слѣдующее.

„Суд. Палата имѣла въ виду, что въ этомъ „признаніи“ содержится изъявленіе согласія истицы на то, чтобы сонаслѣдникамъ досталось наслѣдство въ размѣрѣ, превышающемъ ихъ законныя доли. Согласно же такому соображенію, въ самомъ признаніи, очевидно, подразумѣвалась *уступка или добровольный отказъ* истицы въ пользу сонаслѣдниковъ отъ части, слѣдующей имъ самимъ сверхъ $\frac{1}{6}$ доли. Въ такомъ отказѣ нельзя, конечно, усматривать *отреченія уже потому, что отреченіе не можетъ быть частичнымъ*: по закону (ст. 1255 т. X ч. 1), наслѣднику предоставлено или принять наслѣдство или отречься отъ него. Въ томъ и другомъ случаѣ разумѣется право наслѣдованія въ полномъ его объемѣ; а такъ какъ истицы самой просьбой объ утвержденіи ихъ въ правахъ наслѣдства выразили уже волю на принятіе наслѣдства, то о какомъ либо съ ихъ стороны *отреченіи* не можетъ быть и рѣчи“.

Сенатъ здѣсь высказалъ ту мысль, что размѣръ долей въ законномъ наслѣдованіи не можетъ быть опредѣляемъ *актомъ отреченія*.

Но, вѣдь, то же „*mutatis mutandis*“ надо, казалось бы, примѣнять и къ *исковому* производству! Никто не станетъ спорить, что въ *исковомъ* производствѣ признаніе истцомъ частичныхъ правъ на наслѣдство отвѣтчиковъ, или обратно—признаніе отвѣтчикомъ правъ истца,—вызоветъ весь присущій ему правовой эффектъ. Но, съ другой стороны, ясно, что вѣрно и мнѣніе Сената: здѣсь неумѣстно *отреченіе*, ибо отреченіе здѣсь не можетъ быть частичнымъ!

Не вытекаетъ ли отсюда тотъ выводъ, что признаніе не есть ни „отреченіе“, ни „отчужденіе“, и что оно само по себѣ вообще не рождаетъ никакихъ *правъ* у противной стороны!

11. Популярности теоріи распоряженія много способствовало ученіе *Мотивовъ* къ германскому СРО., въ коихъ безъ дальнѣйшихъ измѣненій воспроизводится конструкторія Ветцеля: *отреченіе отъ права* путемъ отказа отъ требованія доказательства отъ противника. И всѣ почти комментаторы § 288 D. C. P. O. (ред. 1898) стоятъ на почвѣ этой концепціи.

Но надо вполне присоединиться къ R. Pollak (Ger.Gest., 109): „если судебное признаніе не есть актъ распоряженія, то теоре-

тическая концепція законодателя не можетъ его сдѣлать таковыми“.

v. Canstein (ук. с. Zeit. f. ZP. I, 339) полагають, что германскій законодатель послѣдовательно провелъ въ СРО. учение „Мотивовъ“ и приводитъ слѣдующіе аргументы ¹⁾.

Во 1-хъ, судебное признаніе связываетъ лишь самого *признавающагося* (§ 61) и лишь по отношенію къ *процессуальному противнику*, и именно лишь въ данномъ процесѣ (§ 288).

На это мы можемъ возразить, что такая сила признанія вытекаетъ изъ того, что признаніе есть *процессуальное дѣйствіе*, и юридическая природа его, какъ акта распоряженія, тѣмъ самымъ еще отнюдь не доказана.

Во 2-хъ, судья связанъ признаніемъ, независимо отъ истинности признаннаго (§§ 288, 290).

Но въ цит. статьѣ нашей „Матеріальные признаки“... (Ж. М. Ю. 1915 № 3, стр. 91—99) мы доказали крайность такого огульнаго правила. Признаніе „освобождаетъ отъ доказательствъ“; если же эти уже представлены и оцѣнены судомъ, признаніе вышло бы изъ предѣловъ своей процессуальной роли, если вступило бы въ конфликтъ съ результатомъ повѣрки доказательствъ!

Въ 3-хъ, признаніе предполагаетъ „*animus confitendi*“, т. е. волю *сдѣлать признаніе* (а не волю—сказать правду!), и эта воля всегда предполагается (§§ 288—290).

Но мы уже обличили научную цѣнность этого пресловутаго „*animus confitendi*“ (Ж. М. Ю. 1915 № 3, стр. 126 сл.)! Замѣтимъ здѣсь, что соображеніе Канштейна еще можетъ быть оправдано въ внѣсудебномъ признаніи и молчаливомъ судебномъ признаніи, но отнюдь не въ положительномъ судебномъ признаніи.

Въ 4-хъ, судебное признаніе можетъ быть дѣлаемо лишь лицами *дѣеспособными* и *уполномоченными* къ распоряженію предметомъ признанія (§§ 51 сл.; 85, 89, 90).

Но и эти ссылки неудачны! Ибо процессуальные представители, именно, имѣютъ право дѣлать признанія (§ 85—съ правомъ „*der miterschiedenen Partei sofort widerrufen oder berichtigt werden*“). А лица недѣеспособныя не могутъ дѣлать признаній

¹⁾ Нумерация §§ СРО, приводится нами съ измѣненіями, согласно новой редакціи 1898 года.

по болѣе общимъ принципамъ: вѣдѣствіе отсутствія общей процессуальной дѣеспособности ¹⁾).

Въ 5-хъ, признающійся вовсе не долженъ непремѣнно *воспринять* или быть способнымъ къ воспріятію сознанныхъ фактовъ. Онъ можетъ признавать даже ему неизвѣстныя обстоятельства и даже поторно невѣрныя (§§ 288, 290).

Соображеніе, касательно поторныхъ фактовъ, нами опровергнуто выше (п. 5). А что касается „воспріятія“, то „свидѣтель въ своихъ дѣлахъ“ вовсе не обязанъ непремѣнно *лично* воспринимать предметъ своего показанія!

И замѣтимъ, въ заключеніе, что самъ Канштейнъ (стр. 337) долженъ признать, что Мотивы къ СРО. (б. 476) не чужды доктрины о *доказательной* природѣ признанія, и D. C. P. O., требуя для опроверженія признанія „противодоказательствъ“, „удержала, не желая того, двойственную природу признанія обще-германскаго процесса“!

Мы видимъ, такимъ образомъ, что теорія распоряженія, столь сильная авторитетностью именъ ея представителей, должна быть признана совсѣмъ несостоятельной и ложной, какъ въ исходныхъ своихъ положеніяхъ, такъ и въ конечныхъ своихъ выводахъ.

12. Нѣкоторые новѣйшіе изслѣдователи вопроса пытаются укрѣпить авторитетъ волевой теоріи путемъ опороченія ученія о силѣ признанія, какъ *свидѣтельскаго показанія* (Wahrheitstheorie). Такъ, Н. Müller (ук. с. 30) даетъ цѣлый рядъ аргументовъ противъ этого ученія.

Во 1-хъ, говоритъ онъ, „сторона можетъ признать *притязаніе*, но въ то же время отрицать *правдивость* его“.

Но мы уже знаемъ (см. цит. *нашу* статью въ „Юрид. Вѣстн.“ 1914 № 3—4), что такого рода заявленіе не имѣетъ силы признанія, а поэтому аргументъ автора бьетъ мимо цѣли.

Во 2-хъ,—адвокатъ на судѣ можетъ заявить: „по моему убѣжденію, истецъ *правъ* въ своемъ требованіи, но, согласно информанціямъ моего довѣрителя, я *не хочу* признавать притязанія“.

Но и этотъ аргументъ ложенъ, такъ какъ такое заявленіе несомнѣнно есть признаніе. (См. цит. статью *нашу* въ Вѣстн. Гражд. Права 1915 № 3, стр. 88 сл.).

¹⁾ См. нашу статью: „Субъекты судебного признанія“. Вѣстн. Гражд. Права 1915 №№ 2 и 3 (въ особенности, §§ 1 и 5).

Въ 3-хъ, — „Какъ можетъ простое *показаніе* стороны о наличности притязанія имѣть рѣшающее значеніе для процесса? Судить, убѣждаться есть дѣло *судьи!* Личное *мнѣніе* тяжущагося не обязательно для суда“¹⁾.

Замѣтимъ здѣсь противорѣчіе автора. Ниже (стр. 45) авторъ, комментируя абз. 2 § 85 D. C. P. O. (право явившейся стороны устранить признаніе *фактовъ*, учиненное адвокатомъ), говоритъ, что это не относится до признанія *иска*, такъ какъ адвокатъ лучше можетъ *судить* (!) о юридической сторонѣ дѣла. Но и по существу авторъ не правъ, ибо всякое показаніе содержитъ въ себѣ заявленіе не объ *истинѣ*, а—о бытіи извѣстнаго событія, *какъ оно представляется автору показанія*. Руководилось ли лицо увѣренностью, вѣроятностью или правдоподобіемъ при утвержденіи—все равно это исключаетъ „волеизъявленіе“²⁾. И судъ выясняетъ путемъ разспросовъ не *волю* тяжущагося, а его субъективное отношеніе (убѣжденіе) къ *истинности* фактовъ.

Замѣтимъ, кстати, что *убѣжденіе въ правдивости* не есть противоположеніе *воли правового эффекта* (*Wirkungswille*). Вѣдь, можно и при отсутствіи убѣжденія въ истинности, сдѣлать признаніе, и въ то же время не имѣть *желанія* вызвать связующую силу признанія („говорить фактамъ противъ себя“).

Сторона, напр., имѣетъ лишь одну волю—не говорить правды, хотя бы изъ ложнаго стыда и т. д. Конечно, усматривать въ такомъ заявленіи „*Wirkungswille*“ было бы чистѣйшимъ произволомъ.

Въ 4-хъ,—авторъ ссылается на § 83 D. C. P. O.: можно ограничить объемъ довѣренности запрещеніемъ дѣлать *признаніе иска* (*Anerkennung*). Но „ясно, что сторона не можетъ запретить адвокату выражать опредѣленное *представленіе*, которое у него составилось“.

Но недопустимость ограниченія объема довѣренности запрещеніемъ дѣлать признаніе *фактовъ* (*Geständnis*) опровергаетъ все разсужденіе автора.

1) Ср. *A. Wach*, ук. с. Arch. Pr. 64, 247: „Die Aussage der Partei von der Wahrheit ist prozessualisch prima facie irrelevant“.

2) Ср. *Hegler*, ук. с. 192: „Если сторона дѣлаетъ утвержденія, тѣмъ самымъ она вовсе не хочетъ сказать, что она знаетъ о положеніи дѣла *навѣрно*... Она скорѣе заявляетъ, что имѣетъ *достаточныя основанія* считать извѣстныя обстоятельства истинными“.

Такимъ образомъ, выводъ автора: „das Anerkenntnis ist *nicht* *blosse Wahrheitserklärung*, sondern eine in die Form der *Wahrheits-erklärung gekleidete Willenserklärung*“—мы должны признать необоснованнымъ. Заканчивая нашъ критическій обзоръ всѣхъ аргументовъ теоріи распоряженія, мы беремъ на себя смѣлость заявить, что нами не упущено ничего существеннаго, что выдвигалось авторами ея. Нами данъ отвѣтъ на *все* аргументы теоріи распоряженія, и это даетъ намъ право утверждать, что критикуемая теорія,—хотя и является до настоящаго времени господствующей въ научной литературѣ,—должна быть сдана въ архивъ. Ея историческая роль:—послужить оплотомъ для реакціи противъ крайностей отжившихъ слѣдственныхъ началъ въ дореформенномъ гражданскомъ процессѣ,—закончена. Однако, нашъ обзоръ былъ бы неполонъ, если бы мы не изложили и не заняли бы позиціи къ другой родственной теоріи: „теоріи отреченія“ (*Verzichtstheorie*). Она также является „теоріей распоряженія“ въ широкомъ смыслѣ слова, а потому служитъ основой для традиціоннаго ученія о началѣ диспозитивности въ гражданскомъ процессѣ.

§ 2. „Теорія отреченія“.

I.

Въ литературѣ „общаго права“ (*gemeines Recht*) уже въ первой 1/2 XIX в. отдѣльными учеными была подмѣчена процессуальная функція судебного признанія: *оно освобождаетъ противника отъ лежащаго на немъ onus probandi* существеннаго для дѣла обстоятельства. И такъ какъ каждый тяжущійся имѣетъ *право* требовать, чтобы утвержденія противника были испытаны въ перекрестномъ огнѣ процессуальнаго сраженія, т. е. имѣетъ *право требовать доказательствъ* отъ противника, то сущность признанія и заключается въ *отреченіи* отъ этого процессуальнаго права¹⁾.

Въ 1879 году эта теорія получила научную разработку въ трудѣ *v. Canstein. Anerkennung und Geständniss. Zeitsch. für d. Civilpr.* I, стр. 339 сл., опредѣлившаго судебное признаніе,

1) *Gönnner. Handbuch des gem. Civilproz.* (1804), II, № 43: „Dahingebung eines Rechtes“. *Bethmann-Hollweg. Versuche*, 311: „auf die Forderung des Beweises verzichtet wird“. *Heffter. System des röm. und deutschen Civilpr.* (1843), § 225: „ein konventioneller Verzicht auf die Verteidigung“. *Wetzell. System*, 171: „Verzicht auf den Beweis“.

какъ „Beweisvertrag“, въ томъ смыслѣ, что признающійся освобождаетъ (временно, до доказательства черезъ заблужденіе невѣрности признанія) своего противника отъ падающаго на него *onus probandi*. Предметомъ распоряженія здѣсь является не—*спорное право*, а *onus probandi*.

Но родоначальникомъ „теоріи отреченія“ въ литературѣ обычно считается не Канштейнъ, а Плянкъ¹⁾. Этотъ ученый приводитъ различіе между двумя типами признаній: „признаніе—волеизъявленіе“ (*Willenserklärung*) и „признаніе—свидѣтельствованіе“ (*Wissenserklärung*)²⁾.

Какъ *волеизъявленіе*, признаніе есть „заявленіе нежеланія осуществлять свое процессуальное право защиты путемъ голаго спора“³⁾. При чемъ, „можно отречься отъ процессуальнаго права требовать судейскаго изслѣдованія или навсегда, или на время, или на извѣстныхъ условіяхъ“ (стр. 219).

Теорія Плянка и его предшественника Ветцеля оказала непосредственное вліяніе на германскаго законодателя. *Motive zum Entwurf C. P. O.* (zu §§ 251—255, стр. 210), при прямой ссылкѣ на этихъ юристовъ, заявляютъ, что судебное признаніе „eine durch *Verzicht auf den Beweis* bewirkte Disposition über das streitige Recht ist“⁴⁾.

И съ этого времени, какъ комментаторы *D. C. P. O.*⁵⁾, такъ

1) *I. Plank*. Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts Bd. I (1857), §§ 61—64.

2) Последний видъ признанія имѣетъ содержаніемъ заявленіе, что вредоносное для заявителя обстоятельство извѣстно ему, какъ правдивое. Правдивое значеніе такихъ показаній покоится на *судейской оцннкѣ* доказательства. *Plank*, I, § 64 стр. 346 сл.

3) *Plank*, I, 317 даетъ такое опредѣленіе понятія признанія: „von dem Prozessrecht der Verteidigung durch reine Verneinung keinen Gebrauch machen zu wollen“.

4) *Hahn*. Die gesammten Materialien zur C. P. O., III, стр. 278, 597; II², стр. 915, 1003.—„Leitend war der Gedanke, dass das gerichtliche Geständniss „kein die Ueberzeugung des Richters bestimmendes Beweismittel, sondern eine durch Verzicht auf den Beweis bewirkte Disposition über das streitige Recht ist““ (Vgl. *Wetzell*, ed. 3, b. 171; *Plank*, Kr. Viertelj. IV, b. 254). Dieser Auffassung entspricht es, dass erstens der § 263 das gerichtliche Geständniss nur unter der Voraussetzung des Beweises der Unwahrheit und des Irrtums für widerruflich erklärt“.

5) См. перечисленіе комментаторовъ у *O. Bülow*. Das Gestr., 8. Кромѣ того, см. *Seuffert*. C. P. O., 312: „Dispositionsact der Partei in Bezug auf die Beweisfrage“, *Wilmowsky und Levy*. C. P. O., 340.

и теоретики ¹⁾ стоятъ на почвѣ этой концепціи признанія, какъ процессуальнаго отреченія, образуя собою большую вѣтвь того научнаго направленія, которое мы именуемъ: „теорія распоряженія“.

Эта новая доктрина имѣетъ, какъ мы видимъ, два оттѣнка. Одни юристы понимаютъ содержаніе отреченія, какъ отказъ отъ *права процессуальной защиты* (*Verzicht auf Verteidigung*) ²⁾. Другіе юристы — какъ отказъ отъ *права требовать доказательствъ* (*Verzicht auf Beweis*) ^{3) 4)}.

II.

Имѣя непосредственную связь съ общимъ научнымъ направленіемъ „теоріи распоряженія“, „теорія отреченія“ должна брать на себя почти все тѣ удары критики, которые достаются и этой послѣдней. Но, кромѣ того, она, поскольку имѣетъ оригинальное содержаніе, должна выдержать и новые натиски научной критики.

1. II, прежде всего, укажемъ на то, что критикуемая теорія хранитъ въ себѣ внутреннее противорѣчіе. Съ одной стороны, признаніе есть „отреченіе отъ лежащаго на противникѣ *onus probandi*“ (т. е. чисто *негативное* заявленіе). Но отсюда еще выводятъ и *положительный* элементъ: признаніе есть „заявленіе, что

1) *C. Demmler*. Ueber das gerichtliche Gest., 41; *K. Schneider*. Ueber richterliche Ermittl., 55. Авторъ также различаетъ оба вида признанія. *Görres*. Ueber Verschulden im Prozesse. Zeit. f. d. Civilpr. XXXIV (1905), 42: „Тяжущіеся имѣютъ *право* требовать, что бы утвержденія противника были испытаны въ перекрестномъ огнѣ процессуальнаго сраженія“. На стр. 44 авторъ объявляетъ признаніе „процессуальной юридической сдѣлкой“. *Hölder*. Die Natur des gerichtlichen Geständnisses. Zeit. f. d. ZP. XXVIII (1901), 397: признающійся отрекается отъ *права* „die richterliche Behandlung der gegnerischen Behauptung als einer wahren abhängig zu machen von ihrem Beweise“.

2) Кромѣ цитиров. авторовъ, см. *Bunsen*. Lehrbuch des Zivilpr., 358; „Verzicht auf die Bestreitungsbefugnis“. *A. Schultze*. Zeit. f. ZP. XXIX, 351: „Verzicht auf Bestreitungsrecht“. *Engelmann*. Lehrbuch des Zivilpr., 262: „Verzicht auf den Widerspruch“.

3) *Hellmann*. Lehrbuch. 269: „Verzicht auf die Beweislast“. *Bethmann-Holtweg*. Versuche, 311: „auf die Forderung des Beweises verzichtet“. *Hoelder*, ук. с. 389, 403: „Verzicht auf Verlangen des Beweises“. Многія рѣшенія германскаго *R. G.*, см. у *Hegler*, ук. с. 143.

4) Такая дифференціація точекъ зрѣній, конечно, представляетъ шагъ впередъ въ научномъ отношеніи. *I. Plank*, какъ мы видѣли, сливаетъ обѣ точки зрѣнія въ одно общее понятіе: „Verzicht auf das Bestreiten“. Предметомъ отреченія онъ представляетъ, то 1) право спорить, т. е. возможность дѣйствія *стороны*, то 2) право на изслѣдованіе, т. е. право на *еудейское* дѣйствіе. При этомъ взаимное отношеніе этихъ точекъ зрѣнія у него не установлено, и вслѣдствіе этого изложеніе иногда страдаетъ расплывчатостью.

утверждаемый фактъ *правдивъ*“¹⁾. Но ясно, что это—несовмѣстимыя понятія! Признавать *правдивость*—вовсе не то же самое, что и отказъ отъ *onus probandi*! Очевидно, что признаніе есть нѣчто большее, чѣмъ „отреченіе отъ права спора“²⁾. Сторона не „отрывается“ просто (какъ бы изъ любезности) отъ права спора, чтобы сохранить противнику доказательство,—но она желаетъ *установленія* факта.

И съ виѣшней стороны, это различіе проявляется въ самой редакціи признанія. Обычно таковая формулируется не въ негативныхъ выраженіяхъ: „я не хочу оспаривать утвержденій противника“, „я не хочу воспользоваться моимъ процессуальнымъ правомъ защиты“, „я отрекаюсь отъ моего права спорить“,—а—въ утвердительныхъ: „это я признаю“, „это—такъ“, „да“³⁾.

И мы уже доказали (Юр. В. 1914 № 3—4), что такія негативныя, уклончивыя заявленія не могутъ даже вызвать иной дѣятельности судьи, какъ разспросъ тяжущагося, съ цѣлью превратить его заявленіе въ суд. признаніе!

2. „Признающійся отрекается отъ права спорить“. Такого рода формула можетъ покрыть лишь весьма небольшую часть признаній. Въ самомъ дѣлѣ, признаніе можетъ быть сдѣлано: 1) въ *убѣжденіи правдивости* утверждаемыхъ обстоятельствъ, 2) *безъ такого убѣжденія* (по любымъ инымъ мотивамъ).

Если бы мы настаивали на томъ, что *отреченіе* принадлежитъ къ понятію суд. признанія, то мы должны логически притти къ тому выводу, что все процессуальныя заявленія, которыя дѣлаетъ сторона, *по убѣжденію въ ихъ правдивости*, не подпадаютъ подъ понятіе признанія: ибо здѣсь сторона далека отъ мысли, что она исполняетъ нѣчто другое, чѣмъ *моральную* обязанность. Ей и въ голову притти не можетъ то, что ей навязывается теоріей Плянса,—именно то, что она „не пользуется *правомъ* спорить“,

1) Ср. *Heffter*. System (1843), § 223: „Erklärungen einer Partei, wodurch sie Thatsächliches als *wahr* anerkennt“. *Bayer*. Vorlesungen. § 220: „als *wahr* anerkennen“. Въ связи съ этимъ стоитъ господствующая теорія, требующая *подтвержденія* утвержденій противника. Ср. *Wetzell*, System, 171: „bejahende Erklärungen“.

2) *I. Trutter*. Ueber proz. Rechtsg., 379: „Въ процессѣ нѣтъ мѣста любезностямъ“.

3) *O. Bilow*. Das Gestr., 9. *Ego-же*: Dispositives Civilprozessrecht. Archiv f. civ. Prax. 64, стр. 1.

т. е. правомъ цѣною процессуальной лжи вредить своему противнику! ¹⁾).

И чтобы остаться последовательнымъ, надо было бы потребовать отъ судьи въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ установленія того, что признающаяся сторона *не убѣждена* въ правдивости своего признанія; и—въ противномъ случаѣ—обсуждать силу признанія, какъ простое свидѣтельство.

И къ этому въ сущности и приходятъ тѣ ученые, которые настаиваютъ на различіи: „*Willens*—и *Wissensgeständniss*“! Въ нашу задачу здѣсь не входитъ доказывать полную несостоятельность подобнаго различія. Укажемъ только на то, что, съ точки зрѣнія этого ученія, признаніе, въ правдивость коего *сприть* лицо, имѣло бы меньшую силу (свободная опровержимость свидѣтельскаго показанія!), чѣмъ *явно лживое* признаніе (неопровержимость „волеизъявленія“!).

Wetzell (System, 171) исходитъ изъ того, что „отвѣтчикъ долженъ отвѣчать истцу, но „говорить *правду* онъ не обязанъ“. „Если ложь и безнравственна, то надо помнить, что мораль и религія есть частное дѣло“.

Такое разсужденіе явно отрицаетъ нравственный характеръ права. Оно и произвольно, ибо законъ вовсе не требуетъ одного формальнаго заявленія, не придавая значенія его содержанію! Такое ученіе ведетъ къ тому, что сторона вообще не обязана давать правдоподобныхъ показаній! ²⁾).

Если опредѣленіе признанія, какъ отреченія отъ права спора, наталкивается, какъ мы доказали, на серьезные возраженія, то рѣшительно несостоятельной является попытка ввести въ понятіе признанія элементъ *воли*, направленной на учиненіе этого волеизъявленія. Такъ, Plank (стр. 317 сл.) вводитъ въ содержаніе суд. признанія не только *неоспариваніе*, но и *волю* (Wollen) неоспариванія. И эта воля должна быть положительно изъявлена! Суд. признаніе есть „*Erklärung des Wollens des Nichtbestreitens*“ ³⁾).

¹⁾ O. Bilow. Das Gestr., 31: „Das wäre ein Stück der allerschlimmsten Advocatenmoral, eine civilprozessualische Kriegstaktik, die... gewiss den selbstprozessirenden Parteien, die nicht etwa von Winkeladvokaten aufgehetzte Prozesskrämer sind, immer fremd bleiben wird“.

²⁾ Wittmaack, ук. с. 17 сл., примѣрами остроумно доказываетъ *правовой* характеръ обязанности говорить правду.

³⁾ Такимъ образомъ, Plank обозначаетъ признаніе не только просто, какъ *Willenserklärung*, но и какъ *Wollenserklärung*.

Помимо полной несостоятельности введенія въ понятіе признанія элемента *воли*¹⁾, замѣтимъ, что весьма часто можетъ случиться, что сторона вообще и *не думаетъ* о возможности оспаривать дѣйствительность обстоятельства и ничего *не знаетъ* о ему принадлежащемъ „правѣ спора“. Тѣмъ паче, произвольно говорить о *желаніи* отчудить отъ себя такое право такъ, чтобы безповоротнo отказаться отъ полномочія позднѣе оспаривать ранѣе признанныя обстоятельства. Въ самомъ дѣлѣ, понятіе *отреченія* содержитъ въ себѣ отказъ отъ *будущаго*. Но изъ любого признанія можно заключить только то, что лицо *теперь* не намѣрено спорить!

3. Критикуемая нами доктрина: „признающійся отрекается отъ *права* настаивать на исполненіи лежащей на противникѣ *обязанности* доказыванія“ — кроетъ въ себѣ двѣ ошибки. Первый не имѣетъ указаннаго „*права*“, а послѣдній не имѣетъ соотвѣтствующей „*обязанности*“. Наука процессуальнаго права установила, что „*обязанности*“ къ представленію доказательствъ не существуетъ. Существуетъ лишь правило, что тотъ, кто утверждаетъ правдивость извѣстнаго обстоятельства, долженъ считаться съ тѣмъ, что ему надлежитъ, по принципамъ такъ называемаго „распредѣленія доказательствъ“, доказать суду это обстоятельство, если онъ желаетъ выиграть дѣло²⁾.

Но разъ нѣтъ обязанности, нѣтъ на другой сторонѣ и *субъективнаго права* на это доказательство! „Права оспариванія“, какъ особаго субъективнаго процессуальнаго права, не существуетъ. Тяжущійся можетъ оспаривать заявленія противника, но это—не *субъективное право*, а просто—*правомочіе* (Befugniss) къ дѣйствию³⁾.

1) O. Bülow, Das Gestr., 23. Напр., для купли-продажи, найма, даренія и пр. требуется *заявленія*, что лицо покупаетъ, нанимаетъ и т. п., но не—что лицо *желаетъ* (wolle) купить, нанять и т. д.

2) A. Wach, ук. с. Arch. Pr. 64, 225: „die Parteien nicht befugt sind über die Beweislast zu pactieren“. Hellwig, Lehrbuch, II, 34: „Es gibt keine Beweispflicht, sondern nur ein onus probandi“. Ср. еще Th. Heidenfeld, ук. с. 128 сл.; Chiovenda. Principii di diritto processuale civile (1913), стр. 744: „Come non vi è un dovere di rispondere in giudizio, non v'è un dovere di *provare*; se non nel senso in cui si dice ad es. che chi vuol guadagnare *deve* lavorare... L'attività che si spende nella prova... è una *condizione* per ottenere vittoria, non un dovere giuridico“.

3) R. Pollak. Gerichtl. Gest., 25. Ибо „*право*“ есть правовая возможность принудить кого либо къ дѣйствию или упущенію. „*Правомочіе*“ (Befugniss) есть правовая возможность самому совершать правово важныя дѣйствія. O. Bülow. Das Gestr., 39. Всѣ правомочія „sind blosse Entfaltungen der von der Rechtsordnung jeder handlungs—

Но ясно, что говорить объ „отреченіи“ можно лишь касательно *права*, но не *правомочій*¹⁾. Въ самомъ дѣлѣ, правомочіе совершить то или иное процессуальное дѣйствіе (защита противъ иска, споръ, признаніе, присяга) не стоитъ на равной ступени съ *гражданскими правами*! И съ этой точки зрѣнія, упущеніе извѣстнаго процессуальнаго дѣйствія (напр. спора) само по себѣ не исключаетъ допустимости послѣдующаго восполненія этого пробѣла. Поэтому, и свидѣтельствованіе въ своемъ дѣлѣ (признаніе) не есть само по себѣ безповоротное „отреченіе“ отъ права измѣненія содержанія своего показанія.

4. Искусственное навязываніе суд. признанію элемента *отреченія*, въ смыслѣ *безповоротнаго* отказа отъ исправленія своего заявленія наталкивается на то возраженіе, что процессъ есть *борьба*, и государство стало бы въ противорѣчіе съ дѣйствительностью, если бы оно не исходило отъ предположенія, что спорящая сторона *желаетъ* всѣ средства, которыя ведутъ къ конечной цѣли: выигрышу²⁾. И нельзя сказать, что признаніе есть законная форма распоряженія своимъ правомъ, ибо стороны, вступая въ *процессуальное отношеніе*, именно, отказались отъ свободы распоряженія, а, слѣдовательно, — и права отреченія³⁾. А съ этой точки зрѣнія, нелогично навязывать признанію „волю“ безповоротнаго отреченія.

5. „Теорія отреченія“ имѣетъ, на первый взглядъ, то преимущество передъ „теоріей распоряженія“, что въ основу ея концепціи ставится нормальное процессуальное отношеніе сторонъ

und verfügungsfähigen Person zugesicherten *Macht*“... „Diese Rechtshandlungsmacht ist nicht selbst wieder ein subjectives *Recht*“. Оно стоитъ *передъ* и *надъ* всѣми субъективными правами. Но въ болѣе ранней работѣ Civilr. Fiktionen“ Arch. Pr. 62, стр. 22, 59, самъ Бюловъ говоритъ о „*Bestreitungsrecht*“.—*K. Schneider*. Ueber richterl. Ermittl., 44: „Мы имѣемъ лишь *поводъ* къ защитѣ (путемъ оспариванія), а это—вовсе не есть и не можетъ быть предметомъ отреченія“. *I. Trutter*. Bona fides, 209: „Нельзя отречься отъ субъективнаго права дачи въ процессѣ свидѣтельскихъ показаній (Wissenserklärungen)“. *Thon*. Rechtsnorm und subjectives Recht. 1878, стр. 232.—На той же почвѣ—*Hans Walsmann*. Der Verzicht. Allgemeine Grundlagen einer Verzichtsl. Leipzig. 1912.

1) Но уже слишкомъ далеко идетъ O. Bülow, 37: „Это правомочіе есть ничто иное, какъ *часть личной способности* къ дѣйствию и распоряженію. Отъ этого нельзя отречься“. „Man kann sich nicht selbst entmündigen“. Ср. *Hölder*, ук. с. 398: „Нельзя отречься отъ *общей* правоспособности къ волеизъявленіямъ, но можно *отречься* отъ способности къ учиненію *опредѣленнаго* волеизъявленія“.

2) *Fr. Klein*. Pro futuro, 16.

3) *Heidenfeld*, ук. с. 93.

къ суду: признаніе направлено не къ противнику, а—къ *суду*, *Judici fit probatio*. „*Суду* признающійся объявляетъ, что онъ отказывается отъ доказательства“ (Plank, I, § 62).

Но при болѣе внимательномъ анализѣ этой теоріи оказывается, что сами авторы ея не понимаютъ вѣрно своего ученія. Въ самомъ дѣлѣ, эта теорія имѣетъ исходнымъ пунктомъ невѣрную концепцію сущности *доказательства*. Она рассматриваетъ „доказательство“, какъ удовлетвореніе, чинимое одной стороной другой сторонѣ, и ставитъ его въ этомъ смыслѣ подъ дѣйствіе *принципа состязательности*. Лишь если сторона *требуетъ* это удовлетвореніе, оно должно быть сдѣлано, иначе—оно можетъ быть опущено ¹⁾.

Отсюда явствуется, что теорія отреченія кроетъ въ себѣ ошибку и внутреннее самопротиворѣчіе. Вѣдь, она же исходитъ изъ того, что заявленія адресуются *суду*,—ибо цѣль доказательства—*убѣдить* судью въ правдивости заявленій,—а съ этой точки зрѣнія, немислимо убѣжденіе судьи ставить подъ дѣйствіе принципа состязательности! „Право“ отречься отъ дачи въ процессѣ свидѣтельскихъ заявленій (*Wissenserklärungen*) противорѣчило бы основамъ процесса, ибо тѣмъ самымъ изначала исключалась бы возможность постановленія *объективно правильного* судебного рѣшенія ²⁾.

Иначе говоря, заявленіе о желаніи не оспаривать извѣстные факты не можетъ служить—само по себѣ—препятствіемъ къ тому, чтобы эти факты были оспорены въ дальнѣйшемъ теченіи процесса. *Onus probandi*, лежащій на противникѣ, существуетъ ради судейскаго убѣжденія, и потому не можетъ быть сложенъ соизволеніемъ противника. Это было бы недопустимое вторженіе въ судейскія функціи ³⁾.

6. Сама по себѣ сомнительная, теорія отреченія безсильна и объяснить юридическія послѣдствія, связанныя съ признаніемъ. Такъ, она не могла справиться съ моментомъ *неопровержимости* судебного признанія. Объ этомъ болѣе подробно мы говорили въ спеціальной статьѣ: „Предѣлы опровержимости судебного признанія“ (Журн. Мин. Юст. 1916 № 2). Замѣтимъ здѣсь, что изъ со-

1) Ср. *K. Schneider*. Ueber richterl. Ermittl. 44; *Demelius*, Confessio, 236.

2) *I. Trutler*, Bona fides, 209; *его-же*. Ueber prozessual. Rechtsg. 319.

3) *Heidenfeld*, ук. 121.

держанія заявленія вытекаетъ, что признавшійся отрекся отъ требованія представленія его противникомъ *доказательства*, но отсюда отнюдь не вытекаетъ и отреченіе отъ возможности представленія имъ и *противодоказательствъ*. Никакія подобныя соображенія, вводимыя для спасенія теоріи, не способны оправдать неопровержимой силы признанія, какъ она установлена въ законѣ.

Заканчивая нашу статью, мы считаемъ нужнымъ оговориться, что внѣ рамокъ настоящаго изслѣдованія лежитъ самостоятельное изслѣдованіе юридической природы судебного признанія. Мы довольствуемся лишь тѣмъ отрицательнымъ выводомъ, который важенъ намъ, согласно поставленной нами цѣли. Мы доказали, что сила судебного признанія не покоится на идеѣ *волеизъявленія*. Это не есть „актъ распоряженія“, ни въ матеріально-правовомъ, ни въ процессуально-правовомъ отношеніи. А разъ это такъ, то традиціонная теорія, основывающая все построеніе гражданскаго процесса на *началѣ диспозитивности*, должна рушиться, ибо это послѣднее начало, какъ явствуетъ изъ изученія юридической природы судебного признанія, лишено всякой опоры въ законѣ и теоріи.

Въ новѣйшее время ученые процессуалисты очень любятъ говорить о самостоятельномъ значеніи гражданскаго процесса, какъ особой отрасли публичнаго права и настаиваютъ на построеніи всѣхъ институтовъ процессуальнаго права, независимо отъ цивилистической подкладки и цивилистическихъ предпосылокъ. Не замѣчая противорѣчія, тѣ же ученые продолжаютъ, по традиціи, твердить о *началѣ диспозитивности*, въ гражд. процессѣ, каковое начало ставится ими въ связь съ свободной распоряжаемостью гражданскими правами ¹⁾.

¹⁾ Нѣсколько иначе понимаетъ принципъ диспозитивности *O. Bilow*. *Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten*. Arch. Prax. Bd. 62, стр. 85 сл., а, именно, въ смыслъ распоряжаемости *процессуальнымъ правомъ защиты*. „Гражданскій процессъ есть умственная операція, направленная на установленіе права, лучшей или худшей, правильный или неправильный результатъ коей существенно зависитъ отъ *мъры напряженія и энергии, которую примѣняютъ стороны*, чтобы охранять свои противоположные правовые интересы“, „Государство исполнило свой долгъ, учредивъ суды“. Какъ будутъ дѣйствовать эти суды—это зависитъ отъ самостоятельности сторонъ. Если судъ даетъ неправильныя рѣшенія, это—не бѣда: ибо рѣшеніе „*da die Partei ihre Rechte nicht genügend wahrgenommen, nicht ungerecht ist*“ (стр. 86). Въ

Смѣемъ думать, что то научное направленіе, которое мы стараемся обосновать въ этой и другихъ статьяхъ, свободно отъ подобныхъ логическихъ противорѣчій.

Т. М. Яблочковъ.

связи съ этимъ стоитъ ученіе Бюлова (стр. 95), что матеріальная сила судебного рѣшенія покоится не на *фигіи* истинности, а на *дѣйствительной* матеріальной справедливости всякаго рѣшенія. Ибо *всякое* судебное рѣшеніе таково, какъ его заслужили стороны: онѣ ни на кого не могутъ жаловаться, разъ недостаточно охраняли свои интересы!—Авторъ ссылается на 1 3 D. 50. 17: „Ejus est *non nolle* qui potest *velle*“. Т. о., у Бюлова „принципъ диспозитивности“ шаркированъ до такой степени, что онъ одинъ господствуетъ въ процессѣ, поглощая въ себѣ даже принципъ состязательности! Съ этимъ построеніемъ согласиться нельзя. Въ цит. 1. 3 надо подчеркнуть слово „*potest*“. А развѣ про всякаго тяжущагося мы имѣемъ право сказать, что онъ *potest se defendere*? Мы полагаемъ, что вопросъ—какъ будетъ дѣйствовать судъ, зависить первымъ дѣломъ отъ *суда* же, а не отъ *сторонъ*! Судъ не игрушка, сдѣлать которую—задача фабриканта, а какъ съ нею будутъ обращаться заинтересованныя лица, это—не его дѣло. Недостаточно *учредить* судъ,—надо чтобы онъ *функционировалъ* правильно. Нельзя утѣшать себя тѣмъ, что „по Сенькѣ-шапка“: будто стороны имѣютъ право распоряжаться не только своимъ матеріальнымъ правомъ, но и мѣрою справедливости суд. рѣшенія! Теорія Бюлова весьма далека отъ жизненной правды и совсѣмъ не примѣнима въ такихъ странахъ, какъ Россія, гдѣ населеніе стоитъ на весьма низкой степени просвѣщенія.

Юридическая квалифікація гражданского процесса.

Квалифікація гражданского процесса, какъ явленія юридическаго бытія, явленія вылившагося, благодаря нормированію его закономъ, въ форму особаго юридическаго института, опредѣляется двумя моментами: его *содержаніемъ* и *цѣлью*.

Что касается *содержанія*, то и по нынѣ господствующему въ наукѣ мнѣнію гражданскій процессъ, съ этой стороны, квалифицируется, какъ рядъ дѣйствій, совершаемыхъ субъектами его. Изъ западныхъ ученыхъ очень немногіе, напр. Рено ¹⁾, Менгеръ ²⁾ выражаютъ этотъ взглядъ вполне опредѣленно. Большинство же ихъ облачаютъ его въ болѣе осложненную форму. Такъ, Ветцель ³⁾ квалифицируетъ процессъ, какъ судебное осуществленіе гражданскихъ правъ. Это осуществленіе надо понимать ⁴⁾, да и самъ Ветцель, какъ видно изъ всего дальнѣйшаго изложенія понимаетъ это, какъ совершеніе судомъ и сторонами ряда дѣйствій, направленныхъ къ извѣстной субъективной цѣли. Вахъ ⁵⁾ характеризуетъ процессъ, какъ судебную реализацію объективнаго гражданского права; а Полякъ ⁶⁾, какъ реализацію объективнаго правового порядка. Несомнѣнно и тутъ „реализація“ не можетъ быть понимаема иначе, какъ совершеніе ряда дѣйствій субъектами процесса, но направленныхъ къ извѣстной объективной цѣли. Наши выдающіеся процессуалисты всецѣло примкнули къ господствующему мнѣнію и вполне ясно и опредѣленно выразили свой взглядъ. Такъ, Малышевъ ⁷⁾ и Исаченко ⁸⁾ квалифицируютъ про-

1) *Renaud. Lehrb. d. g. d. CP-rechts* S. 1.

2) *Menger. System. d. oest CP-rechts* S. 20.

3) *Wetzel. Syst. d. ord. CProcesses* S. 2.

4) См. мою ст. Обь отношеніи гражд. судопр. къ гражд. праву въ „Юридич. изслѣдов.“ Спб. стр. 238.

5) *Wach-Handb. des d. CP-rechts* B. 1 S. 12.

6) *Pollak. System. d. oester. Civilpr.* B. 1 S. 101.

7) *Малышевъ. Курсъ гражд. судопр.* изд. 2 т. 1 стр. 1.

8) *Исаченко. Русское гр. судопр.* изд. 3 т. 1 стр. 1.

цессъ, какъ систему судебныхъ дѣйствій, Васьковскій¹⁾—какъ дѣятельность, совокупность дѣйствій.

Признать правильность господствующей квалификаціи гражданскаго процесса со стороны содержанія совершенно невозможно. Во 1-хъ, это не квалификація, а воспроизведеніе чисто виѣшняго признака; въ каждомъ процессѣ всѣ участники его дѣйствуютъ: судьи, предсѣдатель, прокуроръ, секретарь, истецъ, отвѣтчикъ, повѣренный, пособникъ и т. д., всѣ они совершаютъ судебныя дѣйствія; но это не процессъ, какъ обобщенная форма юридическаго явленія,—это представленіе о процессахъ, а не понятіе о процессѣ. Изъ того, что въ процессахъ много людей дѣйствуютъ, выводятъ, что сумма этихъ дѣйствій и есть самый процессъ. Во 2-хъ, дѣйствіе моментъ фактической, а изслѣдователя-юриста занимаетъ *prima facie* не фактъ, а право; его интересуется не дѣйствіе, а основаніе дѣйствія, т. е. право и обязанность, въ силу коихъ дѣйствіе совершается. Дѣйствіе—объектъ права и обязанности; нѣчто служебное по отношенію къ праву и обязанности: совершая дѣйствіе, лицо или осуществляетъ право, или исполняетъ обязанность. Весь интересъ ученаго и законодателя сосредоточенъ на правахъ и обязанностяхъ, на ихъ изслѣдованіи и нормированіи, а не исключительно на томъ, въ чемъ они осуществляются. Невольно напрашивается вопросъ: почему институты гражданскаго права не квалифицируются, какъ сумма дѣйствій, почему напр. не говорятъ, что купля-продажа есть сумма дѣйствій, совершаемыхъ покущикомъ и продавцомъ! До сихъ поръ никому и въ голову не приходило давать такія квалификаціи. Въ 3-хъ, много содѣйствовало образованію и распространенію квалификаціи процесса, какъ ряда дѣйствій, смѣшеніе понятій процесса и производства, порядка производства, *Verfahren*, *ordo iudiciorum*. Для процесса это было Прокрустовымъ ложемъ. Процессъ былъ втиснутъ въ тѣсныя рамки формальнаго хода его. Отрѣшиться отъ этой формальной точки зрѣнія наука процесса и по сейчасъ не можетъ. Все, что выходитъ за предѣлы формы, является въ системахъ и курсахъ какимъ-то прилепкомъ, какой-то приставкой. Достаточно указать на т.-наз. исковое право (Савиньи, Унгеръ), перенесенное нынѣ въ значительной части изъ

¹⁾ *Васьковскій*. Курсъ гр. судопр. т. 1 стр. 345. Учебникъ гр. суд. стр. 139.

гражданскаго права въ гражданскій процессъ. Никакъ не найти при такой формальной точкѣ зрѣнія отдѣльнымъ ученіямъ этого права надлежащаго мѣста въ теоріи процесса. Въ 4-хъ, съ принятіемъ взгляда на процессъ, какъ на сумму дѣйствій, наука процесса разобщается съ остальными юридическими научными дисциплинами; исключается возможность въ должной мѣрѣ и надлежащимъ образомъ пользоваться тѣмъ, что добыто въ другихъ наукахъ, главнымъ образомъ въ гражданскомъ правѣ. Укажемъ напр. на понятія юридическаго отношенія, преклюзивнаго права, прецептивныя и диспозитивныя нормы и т. д. Эта разобщенность и была главной причиной медленнаго развитія науки процесса. Въ 5-хъ, господствующая квалификація, при изложеніи процесса, исключаетъ всякую возможность установить единство между отдѣльными частями его: исключаетъ возможность установить общія условія въ развитіи процесса, какъ единаго юридическаго явленія. Судебныя дѣйствія столь разнохарактерны, что обобщеніе или объединеніе ихъ невозможно; каждое дѣйствіе опредѣляется своими условіями, въ большинствѣ случаевъ, очень скудными. Возьмемъ обжалованіе, какъ дѣйствіе. Какія общія условія находятъ себѣ выраженіе въ этомъ дѣйствіи, какъ ихъ установить при совершенной разнохарактерности отдѣльныхъ видовъ „обжалованія“? О какихъ вообще условіяхъ или предположеніяхъ процесса, какъ единаго явленія, можно говорить, когда онъ весь разорванъ на клочки, ничѣмъ необъединенные и необъединимые.

Очевидно, господствующая квалификація гражданскаго процесса со стороны содержанія неудовлетворительна. Во второй половинѣ прошлаго столѣтія явилась другая, которая, соотвѣтствуя дѣйствительности, чужда недостатковъ, присущихъ прежней. Таковою является квалификація, предложенная Бюловымъ, признающимъ содержаніемъ процесса не дѣйствія, а права и обязанности. По Бюлову процессъ есть юридическое отношеніе между судомъ и сторонами. Самъ Бюловъ, да и всѣ его послѣдователи подробно не останавливаются на доказательствахъ этого положенія. Самъ Бюловъ устранилъ необходимость этихъ доказательствъ, а ограничивается заявленіемъ, что „еще никогда не подвергалось сомнѣнію, что процессуальное законодательство опредѣляетъ права и обязанности, которыя принадлежатъ сторонамъ

и суду въ отношеніи другъ къ другу. *Этимъ уже сказано*, продолжаетъ Бюловъ, что процессъ есть юридическое отношеніе¹⁾. И дѣйствительно, противъ основнаго положенія Бюлова, если не въ примѣненіи, то въ принципѣ, никто не споритъ. Его квалификацію процесса, какъ таковую, надо считать господствующей. Какъ это ни странно, но было-бы неправильно думать, что она понимается учеными именно въ томъ видѣ, какъ она понималась Бюловымъ, и что она явилась на смѣну квалификаціи процесса, какъ совокупности дѣйствій. Бюловъ видѣлъ въ процессѣ *одно* юридическое отношеніе и притомъ между судомъ и сторонами. Лабандъ²⁾ тоже видитъ въ немъ одно отношеніе, но между истцомъ и судомъ (государствомъ), Колеръ³⁾—тоже одно, но лишь между сторонами, но Васьковскій⁴⁾—два, между судомъ и истцомъ и между судомъ и отвѣтчикомъ, Швальбахъ⁵⁾—три, присоединяя сюда отношеніе между сторонами, Менгеръ⁶⁾—множество разрозненныхъ и необъединимыхъ отношеній, пишущій эти строки⁷⁾—одно центральное отношеніе между судомъ и сторонами и множество вспомогательныхъ отношеній между судомъ и разными лицами, объединенныхъ единою, общою цѣлью съ центральнымъ отношеніемъ и т. д.⁸⁾. Это разномысліе однако нисколько не затрагиваетъ идеи Бюлова—она жива и признана, расходятся ученые лишь по вопросу о предѣлахъ ея. Иногда расходятся съ Бюловымъ до того, что признають, какъ напр. Колеръ, процессъ между совсѣмъ другими лицами, чѣмъ признаетъ Бюловъ, тѣмъ не менѣе понятіе юридическаго отношенія остается признаннымъ. Объясненіе разномыслія между учеными можно найти только въ новизнѣ идеи и ея радикализмѣ—она слишкомъ идетъ въ разрѣзъ съ вѣками установившимся взглядомъ на процессъ, чтобы сразу принять однообразную форму.

1) *Bülow*. Zur Lehre von d. Prozesseinreden und Processvoraussetz. S. 1.

2) *Laband*. Staatsrecht d. deutsch. Reiches.

3) *Kohler*. Der Process als Rechtsverhältnis. S. 106.

4) *Васьковскій*. Курсъ стр. I 686.

5) *Schwalbach*. Die Processvoraussetz. im Reichsivilproz. въ Arch. f. d. civ. Praxis B. 63 S. 293.

6) *Menger* н. с. стр. 293.

7) *Мой* Учебн. русск. гр. судопр. изд. 5 стр. 1—12.

8) О моей попыткѣ построить весь процессъ и отдѣльныя его ученія исключительно на идеѣ Бюлова см. *Васьковскій* Курсъ стр. 287, *Гордонъ* въ Вѣстн. гр. пр. кн. 5 стр. 7—9, *Завадскій* тамъ-же кн. 6 стр. 156—157, *Нефедьевъ* Къ ученію о сущности гражд. процесса стр. 100—116.

Не оспаривая самой идеи Бюлова, мало того, признавая ее и признавая ее пригодной для научных операций, ученым, казалось бы, слѣдовало поставить квалификацію Бюлова *mutatis mutandis* во главу своихъ курсовъ и системъ, внести въ опредѣленіе гражданского процесса, должно было бы на идеѣ Бюлова построить весь процессъ, отрѣшившись отъ взгляда на процессъ, какъ на сумму дѣйствій. Не то мы видимъ на дѣлѣ: опредѣленіе осталось прежнее: сумма, рядъ, система дѣйствій, производство, дѣятельность и т. п.; построеніе процесса осталось прежнее, формальное съ безтолковымъ размѣщеніемъ ученій „искового права“; при чемъ лишь нѣкоторые институты,—это какіе-то оазисы — построены на основѣ идеи юридическаго отношенія; съ этой стороны особенно посприятливо ученіямъ о предположеніяхъ процесса и объ отводахъ, т. е. ученіямъ разработаннымъ Бюловымъ¹⁾. О послѣдовательномъ, исключительномъ и полномъ проведеніи идеи Бюлова, о построеніи на ней всей системы процесса и рѣчи быть не можетъ. О смѣнѣ старой теоріи новой говорить не приходится. И это нисколько не затрагиваетъ идеи Бюлова, не указываетъ на непригодность ея и какъ основы системы и какъ исходнаго пункта при изслѣдованіи множества институтовъ гражданского процесса. Робость и нерѣшительность и тутъ объясняется радикализмомъ новой идеи и, кромѣ того, традиціонной сдержанностью германскихъ и австрійскихъ ученыхъ по отношенію къ новымъ, еще недостаточно окрѣпшимъ идеямъ по соображеніямъ педагогическимъ. Многие изъ этихъ ученыхъ, напр. Гольдшмидтъ, даже гордятся этимъ, говоря, что все недостаточно разработанное и непробѣренное нельзя выносить на кафедру... Мы отъ подобныхъ традицій свободны: у насъ именно профессорская кафедра арена для разработки и пробѣрки новыхъ идей.

Отрицательно-критическое отношеніе ко взгляду Бюлова, по существу его, проявилось въ весьма слабой степени. Только въ нашей литературѣ, а именно въ соч. покойнаго проф. Нефедьева „Къ ученію о сущности гражданского процесса“ находимъ, если и не убѣдительную, то во всякомъ случаѣ серьезную, научную критику этого взгляда. То, что Бюловъ считалъ „никогда

¹⁾ См. напр. *Canstein Lehrb. d. Gesch. und Theorie d. oesterr. Civilprozesses* стр. 700—732, 982—1021. *Васьковскій*. Курсъ стр. 687. *Малышевъ* н. с. т. 1 стр. 266—268.

еще не подвергавшимся сомнѣнію“, т. е. что въ процессѣ существуютъ права и обязанности подверглось сомнѣнію со стороны проф. Нефедьева ¹⁾. Я остановлюсь лишь на тѣхъ возраженіяхъ, которыя касаются содержанія процесса, т. е. правъ и обязанностей субъектовъ его.

Проф. Нефедьевъ не допускаетъ вообще существованіе правъ и обязанностей на сторонѣ государствъ и по отношенію къ государству; слѣд. никакихъ юридическихъ отношеній между государствомъ, представляемымъ органами его, и отдѣльными лицами быть не можетъ. Государство обладаетъ властью, которой отдѣльныя лица подчинены: и въ процессѣ государству принадлежитъ господство надъ отдѣльными лицами, послѣднія могутъ лишь возбуждать дѣятельность государства, „направленную на защиту права“. Это возраженіе выходитъ за предѣлы гражданскаго процесса. Процессуалисты, признающіе существованіе упомянутыхъ отношеній, являются сторонниками юридической теоріи государства, основное положеніе которой заключается въ томъ, что „государство есть юридическое лицо извнѣ и юридическое отношеніе внутри“. Высказавшемуся въ сущности противъ этой теоріи Нефедьеву и надобности не было-бы приводить и дальнѣйшія возраженія противъ квалификаціи Бюлова: настолько отрицаніе взаимныхъ правъ и обязанностей между государствомъ и отдѣльнымъ лицомъ въ процессѣ является разрушительнымъ для теоріи юридическаго отношенія. Проф. Нефедьевъ, однако, продолжаетъ. Исходя изъ того, что въ процессѣ нѣтъ того соответствія между правами и обязанностями, каковое существуетъ въ юридическихъ отношеніяхъ, онъ приходитъ къ отрицанію правъ и обязанностей въ процессѣ.

„Что это за право спрашиваетъ онъ, которымъ нельзя даже воспользоваться съ согласія обязаннаго“? Это проф. Нефедьевъ понимаетъ въ томъ смыслѣ, что если тяжущемуся принадлежитъ право требовать отъ суда данное дѣйствіе, то судъ *ex officio* его совершить не можетъ, и если онъ его совершитъ *ex officio*, то оно, какъ неправильное, „подлежитъ отмѣнѣ“, хотя-бы тяжущійся и желалъ имъ воспользоваться. Совершенно вѣрно, что въ этихъ случаяхъ дѣйствіе суда неправильно само по себѣ, но чтобы оно под-

¹⁾ Нефедьевъ н. с. стр. 81—135.

лежало отмѣнѣ, даже въ случаѣ желанія тяжущагося имъ воспользоваться, это невѣрно. Возьмемъ нѣсколько примѣровъ. Судь допросилъ свидѣтеля, о вызовѣ коего тяжущійся не просилъ; тяжущійся не только ничего не возражаетъ, а напротивъ принимаетъ дѣятельное участіе въ допросѣ; этимъ тяжущійся устранилъ послѣдствія неправильности. Если-бы одинъ изъ тяжущихся вздумалъ обжаловать рѣшеніе въ виду указанной неправильности, то онъ проявилъ бы непопозволительное сутяжничество, а если бы судъ отмѣнилъ рѣшеніе, то проявилъ бы покровительство сутяжничеству. Въдѣ при новомъ перерѣшеніи дѣла тяжущійся потребовалъ бы вызова свидѣтеля, онъ былъ-бы допрошенъ, и судъ постановилъ-бы рѣшеніе тождественное съ первымъ. То же самое и въ другихъ случаяхъ, напр. когда не отвѣтчикъ, а судъ *ex officio* возбудилъ вопросъ о давности. И тутъ при перерѣшеніи дѣла отвѣтчикъ возбудитъ вопросъ о давности, и судъ постановитъ такое же рѣшеніе. Во веѣхъ подобныхъ случаяхъ неправильность новыхъ объективныхъ послѣдствій за собою влечь не можетъ, но такъ какъ судъ повиненъ въ неправильности, то для него могутъ наступить субъективныя послѣдствія въ видѣ дисциплинарной кары, но это не касается существа вопроса. И такъ, въ гражданскомъ процессѣ нѣтъ такихъ случаевъ, когда бы нельзя было воспользоваться своимъ правомъ, даже съ согласія обязаннаго.

Затѣмъ, относительно процессуальныхъ обязанностей проф. Нефедьевъ спрашиваетъ: что это за обязанности, которыхъ нельзя исполнить по собственному побужденію? Дѣло въ томъ, что въ процессѣ во многихъ случаяхъ судъ исполняетъ извѣстную обязанность не *proprio motu*, а лишь по требованію тяжущагося. По мнѣнію проф. Нефедьева такихъ обязанностей вообще не существуетъ. Съ этимъ никакъ нельзя согласиться. Въдѣ въ понятіе обязанности не входитъ исполненіе ея *proprio motu*. Въ жизни складывается не мало отношеній, въ которыхъ извѣстная обязанность должна быть исполнена лишь по требованію управомоченнаго; иногда и законъ ихъ нормируетъ, напр., безсрочныя обязательства; они подлежатъ исполненію лишь по требованію кредитора. Въ процессѣ не мало такихъ обязанностей, которыя должны быть исполнены судомъ не *ex officio*, а по требованію сторонъ. Въ этомъ, въ количественномъ смыслѣ, одна изъ особенностей процесса. Никакой другой квалификаціи этихъ обязанностей до сихъ

поръ не придумать—онѣ, какъ видѣ, входятъ въ родовое понятіе обязанности.

Наконецъ, проф. Нефедьевъ не допускаетъ существованія такого юридическаго отношенія, въ которомъ одинъ изъ субъектовъ его не принимаетъ участія въ его установленіи; въ гражданскомъ процессѣ отвѣтчикъ не участвуетъ въ установленіи процесса. Утвержденіе, что для установленія юридическаго отношенія необходимо участіе всѣхъ его субъектовъ—тоже совершенно неправильно. Можно привести не мало примѣровъ, когда субъектъ даннаго отношенія въ установленіи его никакого участія не принимаетъ, напр. въ обязательствахъ *ex delicto*; обязательства эти считаются возникшими съ момента совершенія правонарушительнаго дѣйствія, а между тѣмъ потерпѣвшей никакого участія въ возникновеніи отношенія не принималъ. Нѣтъ возможности обосновать—да и жизнь этому противорѣчитъ,—абсолютность утвержденія, что въ установленіи юридическаго отношенія должны участвовать всѣ субъекты его, а тѣмъ болѣе дѣлать изъ этого выводъ, что данное юридическое отношеніе нельзя признать таковымъ въ виду того, что одинъ изъ субъектовъ его не участвуетъ въ его установленіи.

Таковы главнѣйшія возраженія проф. Нефедьева противъ квалифікаціи Бюлова со стороны ея содержанія (другихъ мы не касаемся). Квалифікація Бюлова стоитъ незыблемо, и гражданскій процессъ, со стороны содержанія, можетъ быть квалифіцированъ, какъ юридическое отношеніе между судомъ и сторонами.

Переходимъ ко второму моменту, опредѣляющему квалифікацію процесса—*цѣль* его.

Каждое юридическое отношеніе имѣетъ двоякую цѣль: бытовую и юридическую. Бытовая цѣль многообразна, можетъ быть множество бытовыхъ цѣлей одного отношенія, и онѣ для квалифікаціи, конструкціи, анализа и систематизаціи отношеній ничего не даютъ. Бытовая цѣль, напр. купли-продажи разнообразна до безконечности—нажива, удовольствіе, утоленіе голода, убійство и т. д. Юридическая-же цѣль въ смыслѣ юридическаго • (правоустанавливающаго, правоизмѣняющаго, правоохраняющаго, правопрекращающаго) эффекта даннаго отношенія укладывается въ точно опредѣленныя рамки и даетъ все необходимое для юридической квалифікаціи, конструкціи, анализа и систематизаціи. Такъ, юридическая цѣль купли-продажи уста-

повленіе права собственности покупателя—на вещь, продавца—на деньги. Бытовая цѣль гражданского процесса тоже неисчерпаема и неуловима: удовлетвореніе чувства, поправнаго въ данномъ случаѣ, права, денежная выгода, страхъ потери имущества, месть и т. д.; юридическая же цѣль его вполне опредѣлена, хотя это одинъ изъ самыхъ спорныхъ вопросовъ въ теоріи процесса. Оставляя въ сторонѣ вышеупомянутыя объективныя теоріи, напр., теорію Ваха и Полляка, указывающія не на ближайшую, а на болѣе отдаленную цѣль процесса—реализацію объективнаго права или правового порядка, остановимся на теоріяхъ субъективныхъ, т. е. вносящихъ въ квалификацію процесса моментъ субъективнаго права. Среди представителей этого лагеря безспорно то положеніе, что цѣлью процесса является признаніе судомъ гражданскихъ правъ, но въ дальнѣйшемъ ученые расходятся, а именно, единственная-ли эта цѣль, или къ ней присоединяются другія, однородныя или разнородныя.

Ученые полагающіе, что цѣль процесса едина, какъ и признающіе нѣсколько однородныхъ цѣлей, исходятъ изъ того безусловно правильнаго мнѣнія, что цѣль процесса опредѣляется цѣлью иска. Отсюда логически вытекаетъ, что если искъ имѣетъ единую цѣль, то едина и цѣль процесса, если искъ имѣетъ нѣсколько цѣлей, то и процессу присущи нѣсколько цѣлей.

Цѣль иска, точнѣе истца, добиться признанія своего права; это является и цѣлью процесса. Для истца важно, чтобы судъ своимъ властнымъ авторитетомъ установилъ наличность его права, призналъ въ его лицѣ данное право, далъ санкцію этому праву. Дальнѣйшія послѣдствія такого рѣшенія суда онъ используетъ соответственно той санкціи, какая дана судомъ. Это использованіе иногда совершается по приказу суда; производится оно особыми исполнительными органами, но отнюдь не судомъ. Дѣятельность суда теоретическая: всегда признаніе права или отказъ въ этомъ, санкція или отказъ въ санкціи; въ случаѣ приказа суда, санкціи придается практическое для лица значеніе. Объ этомъ рѣчь впереди. Нельзя не признать такую характеристику цѣли процесса принципиально правильною, но она оказалась недостаточною, требующею нѣкотораго дополненія. Это вызвано появленіемъ сначала въ судебномъ обиходѣ, а затѣмъ и въ процессуальныхъ законодательствахъ исковъ о признаніи или, какъ я ихъ называю, исковъ

безъ исполнительнѣй силы. Какъ извѣстно, эти иски могутъ быть положительныя или отрицательныя, куда вошли между прочимъ и всея *actiones de nullitate* и *act. rescissoriae* ¹⁾. Иски эти вызвали цѣлый переворотъ въ наукѣ гражданскаго процесса; будучи внесены въ область науки, они привели къ необходимости заново переработать основныя ученія ²⁾. Благодаря этимъ искамъ и упомянутая цѣль процесса оказалась недостаточно полною, не объемлющею этихъ исковъ.

Когда говорятъ, что цѣлью процесса является признаніе судомъ гражданскихъ правъ, то это понимаютъ въ томъ смыслѣ, что признанію подлежитъ право истца, а между тѣмъ въ отрицательныхъ искахъ безъ исполнительнѣй силы истецъ ни о какомъ признаніи своихъ правъ не проситъ; напротивъ, онъ проситъ о непризнаніи судомъ правъ отвѣтчика или непосредственно, напр., когда послѣдній похвалялся, что имѣетъ извѣстное право по отношенію къ истцу, или посредствомъ, напр., когда онъ ссылаясь на подложный или вообще недѣйствительный актъ, на которомъ яко-бы основано его право. Такая цѣль иска не можетъ остаться безъ вліянія на цѣль процесса, приходится расширить, точнѣе, раздвоить его цѣль; таковою должно быть признаніе судомъ права истца и непризнаніе права отвѣтчика. Словомъ, въ процессѣ мы имѣемъ дѣло съ двумя категоріями случаевъ: когда истецъ требуетъ признанія за собою права, и когда онъ требуетъ непризнанія права за отвѣтчикомъ. Но къ случаямъ второй категоріи отнюдь нельзя отнести случай, когда вмѣстѣ съ просьбою о непризнаніи права отвѣтчика истецъ проситъ о признаніи своего права. Напр. когда онъ предъявляетъ искъ о правѣ на спорное между двумя лицами имущество. Это искъ о признаніи своего права, изъ котораго (иска) уже выводится отсутствіе права отвѣтчика.

Упомянутое раздвоеніе цѣли процесса есть въ сущности присоединеніе къ общепризнанной цѣли другой—однородной съ нею: къ „признанію правъ“ присоединилось „непризнаніе права“. Эту характеристику цѣли процесса, выведенную изъ цѣли иска, надо признать достаточною. Идти далѣе въ опредѣленіи цѣли процесса соотвѣтственно цѣли иска едва-ли слѣдуетъ. Я хочу этимъ ска-

1) См. *Мальшевъ* Н. С. стр. 248—249.

2) Ср. 3 изд. моего Учебн. р. гр. суд. съ послѣдующими.

зять, что инья цѣли иска не должны быть использованы для опредѣленія цѣли процесса. Такъ, принятая нѣкоторыми учеными, а изъ нашихъ проф. Васьковскимъ ¹⁾, цѣль особой категоріи исковъ, названныхъ преобразовательными, не пригодна для опредѣленія цѣли процесса. Придется опредѣлить эту цѣль не только какъ признаніе или непризнаніе, но и какъ преобразование правъ судомъ. Едва-ли можно признать существованіе преобразовательныхъ исковъ, какъ отдѣльную, самостоятельную группу. Ни одна изъ трехъ ея подгруппъ такого значенія не имѣетъ. Иски „правосозидающіе“ — это абсурдъ; судъ ничего не творитъ; онъ, какъ удачно выражается Вахъ, — „*der Mund des Gesetzes*“. Эти правосозидающіе иски, какъ видно изъ примѣровъ, приводимыхъ проф. Васьковскимъ, суть иски съ исполнительной силой; онъ указываетъ на искъ объ установленіи сервитута прохода и проѣзда по 450 ст. 1 ч. X т. Статью только и можно понимать въ томъ смыслѣ, что, если сосѣдъ А. воспротивится проходу и проѣзду сосѣда В., то послѣдній можетъ къ нему предъявить искъ о признаніи права прохода и проѣзда, уже существующаго въ его лицѣ въ силу положенія мѣстности; судъ лишь даетъ свою санкцію и приказъ „назначить“ дорогу. То же самое надо сказать и о приводимыхъ проф. Васьковскимъ искахъ правоизмѣняющихъ, искъ о передѣлѣ и искъ объ увеличеніи вознагражденія за увѣчые суть иски съ исполнительной силой — иски о признаніи права въ большемъ объемѣ, чѣмъ это ранѣе признано судомъ. Наконецъ, иски правопрекращающіе, напр., о расторженіи брака, объ уничтоженіи рѣшенія третейскаго суда и т. п. суть т. н. *actiones de nullitate* или *rescissoriae*, которые вошли въ составъ отрицательныхъ исковъ безъ исполнительной силы. Въ виду изложенныхъ соображеній расширение цѣли иска и процесса въ указанномъ направленіи не представляется возможнымъ.

Переходимъ къ вопросу о присоединеніи къ общепринятой цѣли процесса цѣли по отношенію къ ней разнородной. Нерѣдко ученые присоединяютъ къ цѣли процесса принудительное осуществленіе судомъ признаннаго права ²⁾. Эта прибавка логически заставляеть признать, что судъ не только даетъ свою санкцію спорному праву, но и исполняетъ рѣшеніе, что въ функции его

¹⁾ *Васьковскій*.—Курсъ стр. 610—611. Учебн. стр. 243.

²⁾ *Hellmann*. Lehrb. d. d. Civilpr. S. 1. *Endemann*. Das d. CPr.—recht. S. 1.

входить не только признаніе правъ, но и принудительное исполненіе своихъ рѣшеній. Это безусловно неправильно. Вся организація суда расчитана лишь на одну функцію: санкціонированіе правъ послѣ тщательнаго обсужденія процессуальнаго матеріала; не даромъ отъ судей требуется высшее юридическое образованіе, научная подготовка. Дѣло исполненія рѣшеній столь просто, что можетъ быть ввѣрено и лицамъ съ малымъ образовательнымъ цензомъ. Да и сама дѣйствительность указываетъ на то, что судъ самъ никакихъ рѣшеній не исполняетъ, никакихъ принудительныхъ мѣръ съ этою цѣлью не принимаетъ; на то существуютъ особые исполнительные органы, находящіеся подъ болѣе или менѣе строгимъ надзоромъ суда, въ большей или меньшей зависимости отъ него. Словомъ, дѣятельность суда сводится къ одной *jurisdictio*, что же касается *imperium*, то оно проявляется не въ мѣрахъ, принимаемыхъ судомъ, какъ органомъ власти, а въ велѣніи, въ приказѣ исполнительнымъ органамъ принять въ случаѣ желанія заинтересованнаго лица извѣстную принудительную мѣру: „взыскать“, „передать“, „снести“ и т. п. Къ тому-же *imperium* въ такой формѣ проявляется лишь по отношенію къ искамъ съ исполнительной силой. Насколько принудительное осуществленіе права чуждо идеѣ суда, видно изъ той функціи, которая ему была присвоена въ моментъ его возникновенія. Первобытное общество, хотя и дошедшее до сознанія о „моемъ“ и „твоемъ“, жило при господствѣ самозащиты, грубаго самоуправства. Номо *hominis lupus*—проявлялось во всей силѣ. Рано или поздно должны были прійти къ сознанію негодности и недопустимости необузданнаго самоуправства. Но не слѣдуетъ думать, что этотъ хаотическій періодъ сразу былъ упраздненъ, и на смѣну ему явился полный правовой порядокъ, стройный порядокъ судебной защиты органами государства ¹⁾. Наступилъ промежуточный періодъ—періодъ упорядоченнаго самоуправства. Первые судьи были выборные старики, люди опыта и общаго довѣрія. Они только творили судъ, только рѣшали вопросъ, правъ-ли жалобчикъ или не правъ, т. е. признавали или не признавали за нимъ спорное право и въ случаѣ признанія опредѣляли, въ какой мѣрѣ по отношенію къ отвѣтчику самъ жалобчикъ можетъ примѣнить принужденіе,

¹⁾ *Ihering*. Geist des römisch. Recht. S. 11.

можетъ лично примѣнить физическую силу, т. е. исполнить рѣшеніе суда. Самъ судъ постановленіемъ рѣшенія считалъ свою роль законченною. Съ развитіемъ идеи государственности произошло лишь перемѣщеніе источника принудительной силы; дѣло исполненія судебныхъ рѣшеній перешло въ руки государства, его органовъ. Какъ и въ моментъ зарожденія, такъ и понынѣ судъ лишь осуществляетъ *jurisdictio, imperium*—же въ періодъ упорядоченнаго самоуправства выразилось лишь въ обузданіи потерпѣвшаго, въ опредѣленіи предѣловъ самоуправства.

Упомянутую разнородную добавку къ общепринятой цѣли процесса ученые дѣлаютъ въ безусловной формѣ: цѣль процесса признаніе права и осуществленіе его. Вахъ, очевидно имѣя въ виду иски безъ исполнительской силы, попытался ограничить моментъ „осуществленія“; онъ видитъ цѣль процесса въ признаніи правъ и *съ соответственныхъ случаевъ* (*beziehungsweise*) въ ихъ осуществленіи¹⁾. Такая характеристика цѣли процесса не мѣняетъ положенія: осуществленіе правъ всетаки вносится въ опредѣленіе. Будетъ ли судъ всегда или въ нѣкоторыхъ случаяхъ призванъ къ принятію принудительныхъ мѣръ—это безразлично; ему, по идеѣ, не пристала эта роль. Наконецъ, вносить въ общую характеристику указаніе на нѣкоторые случаи умаляетъ значеніе общей характеристики. И мы упоминали, что судъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ даетъ приказъ, чтобы были приняты мѣры, напр., взысканія, передачи и т. п., но мы это указаніе совсѣмъ не вносимъ въ общую характеристику, какъ нѣчто, чего можетъ и не быть.

Въ результатѣ, единственно правильною характеристикой цѣли процесса является только „*признаніе или непризнаніе*“ судомъ гражданскаго права. Эта двойственность заставляетъ дополнить характеристику цѣли процесса указаніемъ на отношеніе участниковъ процесса къ праву подлежащему признанію или непризнанію. Въ случаяхъ, когда цѣлью процесса является признаніе судомъ гражданскаго права, отношеніе истца къ праву—положительное, а отношеніе отвѣтчика—отрицательное, а именно, истецъ проситъ о признаніи за собою права, къ которому отвѣтчикъ проявилъ отрицательное отношеніе въ видѣ-ли прямого правонарушенія или въ видѣ дѣйствія, угрожающаго праву либо пользованію имъ и т. п.,

1) Н. с. стр. 12.

а потому къ характеристикѣ цѣли процесса надо прибавить: „въ виду отрицательнаго отношенія къ этому праву противной стороны“. Но когда цѣлью процесса является непризнаніе права, отношеніе истца къ праву отрицательное, а отношеніе отвѣтчика—положительное, а именно, истецъ проситъ не о признаніи за собою права, а о непризнаніи за отвѣтчикомъ права, которое тотъ за собою утверждаетъ. Въ виду этого въ характеристику цѣли процесса должно быть внесено соответственное дополнение: „въ виду утвержденія противной стороны, что право это ей принадлежитъ“.

Изложенныя соображенія приводятъ насъ къ слѣдующей юридической квалификаціи гражданскаго процесса: гражданскій процессъ есть юридическое отношеніе между судомъ и тяжущимся, имѣющее цѣлью признаніе гражданскаго права, принадлежащаго одной сторонѣ, въ виду отрицательнаго отношенія къ этому праву противной стороны или непризнаніе права въ виду утвержденія противной стороны, что право это ей принадлежитъ.

Проф. А. Гольмстенъ.

Въ юридической аудиторіи Павійскаго университета въ лѣто отъ Р. X. 1391-ое.

Прежнее—сравнительно еще недавнее—отрицательное и пренебрежительное отношеніе къ школѣ такъ наз. постглоссаторовъ или комментаторовъ (или еще иначе: консиліаторовъ, консульторовъ) нынѣ прочно смѣнилось отношеніемъ другимъ—преисполненнымъ глубокаго уваженія, признанія того мирового значенія въ исторіи права и правовѣдѣнія, которое, безспорно, принадлежитъ Бартолу и его послѣдователямъ. „Nicht Irnerius, noch einer der Glossatoren, sondern Bartolus steht im Mittelpunkt der mittelalterlichen Weltrechtsgeschichte“, такъ безъ всякаго преувеличенія замѣчаетъ Зомъ¹⁾. Великое заблужденіе великаго Савиньи раскрыто, понято, сознано. Западная наука воздастъ постглоссаторамъ въ полной мѣрѣ должное, а къ истекшему въ 1914 году шестисотлѣтію со времени рожденія главы школы даже появилась въ Англіи специальная, посвященная ему, обширная монографическая работа²⁾. И у насъ въ Россіи—благодаря, главнѣйшимъ образомъ, талантливымъ работамъ В. Э. Грабаря и И. А. Покровскаго³⁾—установлена правильная, адекватная огромнымъ заслугамъ комментаторовъ, точка зрѣнія.

И при всемъ томъ было бы, несомнѣнно, самообольщеніемъ, если бы современная романистическая или вообще юридическая наука стала утверждать, что творенія школы, о которой мы ведемъ рѣчь, уже подверглись обстоятельному и болѣе или менѣе детальному, терпѣливому и серьезному изученію. Нѣтъ, отъ этой цѣли мы еще, попрежнему, достаточно далеки. Примѣръ, поданный двадцать лѣтъ тому назадъ молодымъ въ то время (далеко не чужимъ и для Россіи) ученымъ, Энгельманомъ-сыномъ,—пока нашелъ лишь крайне малочисленныхъ подражателей⁴⁾.

Въ 1906 году происходило чествованіе всею Европою 75-ти-лѣтняго Фиттинга. То былъ настоящій праздникъ науки—истин-

ный, вмѣстѣ съ тѣмъ, праздникъ научнаго единенія и братства народовъ, о которомъ сейчасъ приходится вспоминать, какъ о порѣ прекрасной и счастливой, но—увы!—ушедшей отъ насъ далеко и надолго.

Инициатива празднества по адресу германскаго профессора тогда принадлежала французскому университету въ Монпелье. Въ своемъ привѣтственномъ обращеніи къ юбиляру, представитель исторіи права въ этомъ университетѣ, Мэниаль (Meunial), выдвигалъ то обстоятельство, что еще и по настоящей день главнѣйшимъ звеномъ между исторіями права отдѣльныхъ націй является не что иное, какъ исторія римскаго права въ средніе вѣка. Соответственно, полагалъ Мэниаль, именно въ эту сторону и должны бы быть, въ особенности, направлены усилія юридической науки. Къ прискорбію, однако, завоеванія юридической науки тутъ далеко не достаточны: „La connaissance de ce grand passé est bien loin pourtant d'être complète“. И Мэниаль заключалъ: „il y faudra le travail de plusieurs générations“⁵⁾.

При этихъ условіяхъ, русскій читатель едва ли вправѣ будетъ посѣтовать на насъ зато, что мы въ настоящей статьѣ дѣлаемъ попытку познакомить его съ однимъ изъ небольшихъ произведеній постгlossаторской литературы.

Это произведеніе сугубо, думается намъ, интересно. Интересно тѣмъ, что оно типа монографическаго, но притомъ отноду не имѣетъ цѣлью только изложеніе позитивно-правовой или даже догматической стороны института, какой-либо части системы дѣйствующаго римскаго права,—какъ то наблюдается, напримѣръ, въ извѣстномъ, приписываемомъ Бартолу, „Tractatus successionis ab intestato (secundum Dynum)“ и въ другихъ писаніяхъ того же времени⁶⁾. Нѣтъ, работѣ, которая нами имѣется ввиду, присущъ совершенно отличный отъ сейчасъ указаннаго характеръ. Ея содержаніе, въ объемѣ трехъ четвертей,—теоретическое или, пожалуй, теоретико-философское, отчасти цивильно-политическое. И она, кажется, способна привлечь и остановить на себѣ вниманіе не только юриста. Во всякомъ же случаѣ, для ю р и с т а вопросы, ею обсуждаемые, суть вопросы важные, глубокіе, „основные“, причемъ и самое это обсужденіе не можетъ не быть признано разностороннимъ, а въ извѣстной степени и цѣлостнымъ, полнымъ. На-

конецъ, какъ мы въ томъ убѣдимся, здѣсь успѣла отразиться въ немалой мѣрѣ и эпоха съ ея свойствами и особенностями.

Но пора и назвать нашего автора и его трудъ. Мы говоримъ о работѣ нѣкоего Philippus de Cas(s)olis (онъ же: Cassolus) — писателя второй половины или, точнѣе, конца XIV столѣтія — подъ заглавіемъ „Tractatus de Testamentis et Successionibus“.

Среди біографій, помѣщенныхъ въ извѣстной книгѣ Панцирола „De claris legum interpretibus“, встрѣчается и жизнеописаніе только-что названнаго комментатора. Ему здѣсь даже отведено сравнительно много мѣста.

Опираясь, главнѣйшимъ образомъ, на Павла де-Кастро — въ его качествѣ не только знаменитаго и достовѣрнаго современника, но въ настоящемъ случаѣ и просто свидѣтеля-очевидца, — Панцироль приводитъ слѣдующій весьма любопытный и поучительный разсказъ.

Въ числѣ прочихъ — сообщаетъ онъ — „eruditissimi professores“, приглашенныхъ преподавать право въ славной тогда Павіи, былъ и нашъ Филиппъ Касоль. Но здѣсь онъ встрѣтился и столкнулся съ самимъ Балдомъ, который и сдѣлался его противникомъ и недругомъ. Вотъ это-то обстоятельство привело въ конечномъ итогѣ къ написанію того именно „трактата“, который насъ занимаетъ. Случилось же это такъ.

Филиппъ Касоль отличался изумительною памятью. Благодаря своей памяти, онъ пріобрѣлъ не только большія знанія, но и большую славу и даже получилъ имя „omnium sui temporis Doctorum Doctor“. Но эта же его память ему однажды сослужила плохую службу, ставъ, хотя и косвенно, виновницею того, что нашему ученому пришлось пережить тяжелую и мучительную, по истинѣ, минуту. Дѣло въ томъ, что, съѣдаемый честолюбіемъ и полагаясь на свою память абсолютно и безмѣрно, Филиппъ объявилъ, что онъ готовъ, публично и безъ малѣйшей подготовки, дать отвѣты на все безъ исключенія спорные вопросы изъ области завѣщательнаго права. И вотъ, въ назначенный для того день, рядъ славныхъ юристовъ, учившихъ или жившихъ въ то время въ Павіи, поспѣшили явиться, въ сопровожденіи многолюдной уча-

щейся молодежи, дабы присутствовать при рѣдкомъ зрѣлищѣ и состязаніи, а то и самимъ принять въ немъ сильное участіе. Когда все оказались въ сборѣ, когда затѣмъ всеобщее волненіе и нетерпѣніе дошли до своего апогея и обширная аудиторія, въ напряженномъ безмолвіи, вся обратилась въ слухъ,— тогда выступилъ не иной кто, какъ самъ Балдъ, предложившій диспутанту такой вопросъ: въ какомъ именно мѣстѣ источниковъ содержится правило, по которому лицо, подназначенное другому по части отказа, только тогда получаетъ отказъ, если это другое лицо отказъ отвергаетъ, и, наоборотъ, не можетъ получить отказа, если первый отказоприниматель отпадаетъ по какому-либо другому основанію, кромѣ своего нежеланія. Филиппъ, пораженный этимъ вопросомъ, столь для него неожиданнымъ, молчалъ, не зная, что отвѣчать. Тогда Балдъ раскрылъ передъ нимъ источникъ и показалъ ту lex, которая, уже на первый взглядъ и съ очевидною для всехъ ясностью, опредѣляла именно то, о чемъ гласилъ вопросъ. Послѣ этого Балдъ побѣдоносно покинулъ аудиторію, оставивъ своего противника въ великомъ смущеніи и сгоравшимъ отъ стыда.

Таковы обстоятельства, добавляетъ Панцироль, которыя побудили Филиппа Касола взяться за перо, чтобы написать свою, впрочемъ небольшую, книгу „О завѣщаніяхъ и наслѣдованіи согласно закону“. Онъ написалъ ее еще въ томъ же году, когда его постигло сейчасъ изложенное горе. А приключилось оно въ 1391-омъ году, каковой годъ есть, вмѣстѣ съ тѣмъ, и годъ его смерти ⁷⁾ ⁸⁾.

Въ той своей—значительнѣйшей, какъ уже сказано, и по объему и по существу—части, на которой мы хотѣли бы сосредоточить вниманіе читателя, трудъ Касола представляется намъ въ слѣдующемъ видѣ.

Авторъ, прежде всего, задается вопросомъ: каково дѣйствіе, истекающее изъ универсальнаго преемства? Отвѣтъ дается такой: это дѣйствіе, внѣ сомнѣнія,—удивительнѣйшее. Ибо актомъ одной лишь своей воли человѣкъ здѣсь становится преемникомъ всехъ правъ покойнаго. Авторъ, впрочемъ, выражается нѣсколько иначе: „*omnium bonorum et iurium defuncti immediate haeres*

et dominus efficitur“, т. е.: наблюдается непосредственный переходъ права собственности въ отношеніе какъ имущества наслѣдодателя, такъ и его правъ. Или еще иначе, формулируетъ ту же мысль Филиппъ Касоль: наслѣдникъ—безразлично, будетъ ли то наслѣдникъ по закону или наслѣдникъ по завѣщанію—представляетъ собою лицо покойнаго; онъ принимается, поскольку рѣчь идетъ о правѣ, за самого наслѣдодателя. А отсюда то, между прочимъ, послѣдствіе, что на наслѣдника переносятся и всѣ иски—одинаково какъ на активной, такъ и на пассивной сторонѣ—которые имѣли отношеніе къ покойнику, какъ къ истцу или отвѣтчику. Не переходитъ одно лишь—владѣніе. Даже и въ томъ случаѣ, когда передъ нами сонаслѣдованіе нѣсколькихъ лицъ, каждое изъ нихъ—преемникъ универсальный, общій, и, слѣдовательно, каждое—пустъ въ размѣрѣ только своей наслѣдственной доли—точно также представляетъ покойнаго.

Всѣ сейчасъ указанные положенія авторъ обосновываетъ и иллюстрируетъ достаточно обильными ссылками на римскіе источники, вплоть до хорошо извѣстной „Authentica de iureiurando a moriente praestito...“.

Воспроизводитъ здѣсь эти—пользующіяся достаточною извѣстностью и неизмѣнно всѣми цитируемыя—мѣста нѣтъ надобности⁹⁾. Несравненно поучительнѣе другое.

Вслѣдъ за упомянутымъ вопросомъ Филиппъ обращается мыслью къ вопросу уже иному: то наслѣдованіе, спрашиваетъ онъ, и универсальное преемство, которое, такимъ образомъ, удалось выяснитъ со стороны сопровождающаго его эффекта и послѣдствій,—можно ли о немъ утверждать, что оно, вмѣстѣ съ тѣмъ, обосновано?

Другими словами: можно ли оправдать допущеніе права наслѣдованія?

Нѣтъ, сперва отвѣчаетъ нашъ авторъ. Оправданія здѣсь не найти, ибо наслѣдованіе противно: 1. природѣ, 2. „праву народовъ“ („ius gentium“) и даже 3. „гражданскому“ (внутренне-государственному) праву („ius civile“) ¹⁰⁾, а равно 4. нравственному закону. И, наконецъ, 5. наслѣдованіе заключаетъ противорѣчіе въ самомъ себѣ.

Дѣйствительно: развѣ мыслимо уже умершаго считать живымъ? мыслимо ли, чтобы мертвое тѣло было представлено наслѣдникомъ, находящимся въ живыхъ? мыслимо ли, чтобы этотъ

наслѣдникъ, т. е. человѣкъ живой, былъ представителемъ лица, которое, яко бы, тоже еще живо, однако на самомъ дѣлѣ уже изъято всемогущею природою изъ жизни и отошло на далекое разстояніе отъ всего земного? Все это, очевидно, не только неразумно, но и, положительно, немислимо. Нельзя живого признавать мертвымъ, и обратно—мертвого живымъ. Данное правоположеніе введено въ разрѣзъ съ „правомъ природы“ и потому попросту недѣйствительно:

§ 11 I. de iure natur. et gent. et civili (1, 2).

Не спасаетъ дѣла и обращеніе къ фикціи. Заявленіе, что если наслѣдникъ представляетъ покойнаго, то это, молъ, покоится не на чемъ иномъ, какъ на фикціи,—подобное заявленіе несостоятельно. Ибо фикція, правда, можетъ расходиться съ дѣйствительностью, но и она безсильна допускать невозможное:

l. 16 D. de adoption. (1, 7). *Adoptio enim in his personis locum habet, in quibus etiam natura potest habere.*

Между тѣмъ, въ данномъ случаѣ имѣлось бы какъ разъ невозможное.

Что это такъ, явствуетъ еще вотъ изъ чего. Человѣкъ способенъ жить сто лѣтъ, но онъ, очевидно, неспособенъ прожить двѣсти, а тѣмъ болѣе пятьсотъ лѣтъ. Однако, такое его долготіе вытекаетъ неизбежно изъ допущенной фикціи—вытекаетъ потому, что наслѣдникъ наслѣдника есть также наслѣдникъ наслѣдодателя, и т. д.:

l. fin. § 2 C. de hered. instit. (6, 24)... *ex antiqua regula, quae voluit heredem heredis testatoris esse heredem;*

l. 65 D. de V. S. (50, 16). *Heredis appellatio non solum ad proximum heredem, sed et ad ultiores refertur: nam et heredis heres et deinceps heredis appellatione continetur.*

И, стало быть, если только допустить, что наслѣдникъ представляетъ своего наслѣдодателя, т. е., иными словами, что послѣдній продолжаетъ жить въ первомъ, то обязательный отсюда выводъ, что жизнь человѣка по своей продолжительности отнюдь не та, какая установлена природою.

Но и независимо отъ высказанныхъ только-что соображеній, наслѣдованіемъ—полагаетъ нашъ комментаторъ—порождаются немалыя трудности еще другого рода.

Такъ, напримѣръ, одно изъ проявленій универсальнаго преемства,—это, согласно предыдущему, переходъ на наследника права собственности на наследственную массу силою одного лишь волеизъявленія. Но какъ же съ этимъ согласовать то извѣстное постановленіе закона, которымъ предусматривается, что никто не можетъ сдѣлаться собственникомъ имущества „*absque traditione*“ или „*sine apprehensione*“:

l. 55 D. de A. R. D. (41, 1).

А, съ другой стороны, вещи, входящія въ составъ наследства—какъ вещи безхозяйныя, ибо бывшимъ ихъ хозяиномъ право собственности на нихъ, конечно, уже утрачено—должны бы подпадать подъ власть оккупанта, въ соотвѣтствіи съ общимъ правиломъ:

l. 3 pr. D. eod.

Затѣмъ: иски, и активныя и пассивныя, неразрывно связаны съ даннымъ субъектомъ и лицомъ: подобно личнымъ страстямъ, ихъ не отдѣлить отъ костей человѣка:

l. 16 D. de pecul. (15, 1).

На какомъ же основаніи, вопреки природѣ, допускается перенесеніе на наследника этихъ страстей и добродѣтелей?

Наконецъ: развѣ не содержитъ подлиннаго противорѣчія утвержденіе, будто наследникъ представляетъ собою наследодателя и въ то же самое время приобрѣтаетъ право собственности? Безспорно, содержитъ, ибо если наследникъ—тотъ же наследодатель, то очевидно, что онъ не приобрѣтаетъ ничего наново и даже вовсе не оказывается наследникомъ. Если уже говорить о приобрѣтеніи, то развѣ о томъ приобрѣтеніи, которое имѣетъ своимъ субъектомъ, въ качествѣ представляемаго, самого наследодателя.

Въ частности, по отношенію къ завѣщанію авторъ констатируетъ, что раздаются еще нѣкоторые дополнительные протесты.

И не безъ основанія, думаетъ онъ. Напримѣръ, согласно ли съ природою и съ разумомъ, чтобы субъектъ былъ вправѣ передавать свою собственность на тотъ именно случай и съ того именно времени, когда онъ самъ перестанетъ числиться въ живыхъ, т. е. когда перестанетъ, силою вещей, быть собственникомъ? Развѣ подобное правомочіе не грѣшитъ самымъ немилосерднымъ

образомъ противъ пареміи: *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet!*!

Итакъ, не подлежитъ сомнѣнію, что „введеніе“ („законодательствомъ XII таблицъ и римскимъ *ius civile*“) права наслѣдованія вообще и завѣщательнаго въ особенности—должно быть признано чѣмъ-то „чудовищнымъ“. Это, по истинѣ, „*donum monstruosum*“, какой-то „*monstrum*“, вынавший на долю челоуѣчества ¹¹⁾.

Но какъ же все это случилось? Не можетъ того быть, чтобы столь чудовищная аномалія не находила себѣ объясненія, не имѣла своихъ причинъ.

Разумѣется, отвѣчаетъ авторъ, причины существуютъ. Ихъ даже нѣсколько,—цѣлыхъ шесть. Вотъ онѣ:

1. „*summa necessitas*“, 2. „*publica ac privata utilitas*“, 3. „*pietas*“, 4. „*summa aequitas*“, 5. „*huius seculi tranquillitas*“, 6. „*ne periret charitas*“.

1. Что касается „вышей“ или „верховой“ „необходимости“, то она заключается въ томъ, что безъ наслѣдованія не могли бы оставаться въ силѣ права требованія и обязательства. Наоборотъ, при помощи наслѣдованія это дѣлается безусловно возможнымъ. Въ силу фикціи, которую ввелъ *ius civile*, покойный представляется наслѣдствомъ, каковое наслѣдство, благодаря вступленію въ него наслѣдника, переходитъ потомъ въ личность даннаго наслѣдника; въ итогѣ, уже наслѣдникъ начинаетъ представлять покойнаго. Вотъ какимъ образомъ обязательства, которыя безъ того были бы лишь временными, обращаются въ нѣчто постоянное, а сіе совершенно необходимо, ибо временный характеръ обязательства весьма плохо согласовался бы съ законами природы ¹²⁾.

2. Въ настоящемъ пунктѣ, какъ отчасти и въ дальнѣйшихъ, авторъ подходитъ къ вопросу съ точки зрѣнія уже прямо цивильно-политической, причемъ немало значенія удѣляется сторонѣ психологической.

Предпосылается замѣчаніе, что имущественныя блага приобрѣтаются челоуѣкомъ либо „*iuste*“ или „*merito*“, т. е. путемъ старанія, усердія, трудолюбія, либо, напротивъ того, „*iniuste*“, т. е. путемъ преступленій, каковы, на примѣръ, недобросовѣтность, обманъ, грабежъ и т. п.

Оставляя пока въ сторонѣ послѣднюю категорію прибрѣтеній и обращаясь къ тому, что добыто честно, нельзя, замѣчаетъ авторъ, не видѣть, что наслѣдованіе постулируется соображеніями общественной пользы. И вотъ почему. Нужно, чтобы люди знали, что послѣ смерти у нихъ окажется наслѣдникъ—и притомъ наслѣдникъ по ихъ собственному выбору, буде они того пожелаютъ—къ которому имѣеть перейти все добытое ихъ трудомъ и потомъ. А нужно это по той причинѣ, что подобное знаніе или сознаніе поощряетъ и усиливаетъ любовь къ труду („magis efficiuntur vigiles et solliciti ad laborandum“), и въ отдѣльномъ человѣкѣ и во всемъ родѣ человѣческомъ,—какое обстоятельство, въ свою очередь, очень важно, ибо ведетъ къ накопленію мірскихъ богатствъ и къ росту государства, сильно заинтересованнаго въ такомъ накопленіи. Но еще въ другомъ отношеніи та же „publica ac privata utilitas“ побуждаетъ взять подъ свою защиту право наслѣдованія. Благодаря наслѣдованію, устраняется людская вражда и ненависть, и рождаются уступчивость, любовь и добрыя чувства. Согласно

1. 9. D. pro socio (17, 2). Nec adiecit Sabinus hereditatem vel legatum vel donationes mortis causa sive non mortis causa, fortassis haec ideo, quia non sine causa obveniunt, sed ob meritum aliquod accedunt.

приобрѣтаемое на почвѣ наслѣдованія, прибрѣтается въ то же время на почвѣ заслугъ, и, слѣдовательно, кто ждетъ наслѣдства, чувствуетъ потребность питать и проявлять, по отношенію къ наслѣдодателю, не вражду и ненависть, а послушаніе и готовность къ помощи. Въ результатѣ, мы въ наслѣдованіи имѣемъ средство направить человѣка по пути благожелательства и добронравія, а равнымъ образомъ имѣемъ средство наградить его за такое похвальное поведеніе.

Вотъ вторая „причина“ („causa“) „введенія“ права наслѣдованія.

3. Слѣдующая причина относится къ тому имуществу, которое на время было оставлено авторомъ безъ разсмотрѣнія,—къ имуществу, добытому „iniuste“. И касательно этого рода прибрѣтенія точно также желательно допущеніе наслѣдственного права—на сей разъ уже во имя „pietas“. Въ самомъ дѣлѣ. Для примѣра возьмемъ грѣшника, который стяжалъ свои богатства путемъ пре-

ступенія, но передъ смертію желаетъ завѣщать свое достояніе— либо въ пользу тѣхъ, кому оно дѣйствительно причитается, либо такъ, что оно явится возмѣщеніемъ за причиненныя обиды, либо, наконецъ, въ виду просто раскаянія. Неужели возможно допустить, чтобы этому грѣшнику чинилось препятствіе къ осуществленію его благой воли и къ успокоенію тѣмъ самымъ его совѣсти и облегченію его души? неужели помѣшать ему будетъ поступкомъ „благочестія“, поступкомъ нравственнымъ? Вспомнимъ, что сказано:

l. 1 C. de sacrosanct. eccles. (1, 2)... nihil est quod magis hominibus debeatur, quam ut supremae voluntatis, postquam iam aliud velle non possunt, liber sit stilus et licitum quod iterum non redit arbitrium.

4. Но права наслѣдованія требуетъ, далѣе, и справедливость. Не будь его, вѣрители потеряли бы то, что имъ слѣдуетъ. А посторонніе люди, овладѣвъ наслѣдственнымъ имуществомъ, безъ всякаго основанія, обогатились бы на чужой счетъ, использовали бы чужія потери,—что, понятно, недопустимо:

l. 14 D. de cond. indeb. (12, 6). Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiozem.

Ср. l. 1 D. de eo quod certo loco (13, 4).

Но „summa aequitas“ требовала введенія наслѣдственнаго права еще и по другому обстоятельству.

Резонно говорится въ источникахъ:

l. 49 D. de V. S. (50, 16)... naturaliter bona ex eo dicuntur, quod beant, hoc est beatos faciunt...¹³).

Между тѣмъ можетъ случиться, что человѣкъ, и какъ разъ добродѣтельный человѣкъ, не успѣлъ при жизни насладиться своимъ добромъ—не успѣлъ, быть можетъ, потому, что былъ неустанно поглощенъ работою и заботами. Здѣсь справедливость велитъ, чтобы человѣкъ, по крайней мѣрѣ, послѣ своей смерти могъ извлечь для себя благое изъ накопленнаго имъ богатства. Но извлечь какимъ же образомъ? Авторъ отвѣчаетъ: „per memoriam et repraesentationem et etiam quo ad animam“.

5. Еще одно соображеніе: если бы не существовало наслѣдованія, если бы, стало быть, принадлежавшія покойному вещи неминуемо возвращались въ свое первоначальное естественное состояніе, т. е. дѣлались свободными какъ отъ права собственности на нихъ, такъ и отъ владѣнія, и въ дальнѣйшемъ подпадали подъ власть окку-

панта,—то, безъ сомнѣнія, въ конечномъ результатѣ, явились бы нелады, раздоры и ссоры, драки и войны. Ибо нельзя отрицать, что все люди стремятся къ корысти и прибыли:

l. 10 C. arbitr. tutel. (5, 51).

И погибли бы миръ, покой и согласіе между людьми, и разнуждались бы безумный произволь и дерзость—вопреки источникамъ:

l. 18 D. communi divid. (10, 3).

6. Наконецъ, не будь права наслѣдованія, наступило бы еще и вотъ какое зло. Разъ, вмѣстѣ со смертью должника, погашались бы и принадлежащія вѣрителямъ иски, случилось бы непременно, что люди начали бы уклоняться отъ оказыванія другъ другу услугъ—отъ дачи займы, въ ссуду и т. п., несмотря на свой избытокъ. Словомъ, прекратилась бы помощь ближнему, ибо каждый опасался бы, что утратитъ свое право на обратное получение переданной имъ цѣнности. И пострадало бы, и погибло бы человѣколюбіе—въ разрѣзъ опять-таки съ источниками:

l.l. 1, 2 D. de iust. et iure (1, 1)¹⁴).

Разсужденіе нашего автора еще, однако, далеко не окончено.

Доводы въ пользу „введенія“ наслѣдственнаго права, такимъ образомъ, перечислены и выяснены полностью. Но, вѣдь, передъ тѣмъ были приведены доводы другіе, направленные противъ наслѣдованія. Какъ же быть съ ними? Очевидно, къ нимъ необходимо возвратиться, чтобы такъ или иначе—совладать съ ними. Другими словами: „остается“ на эти доводы „отвѣтить“.

Да, спора нѣтъ: „successiones“,—это, дѣйствительно „monstra“, и въ этихъ именно выраженіяхъ объ универсальномъ преемствѣ отзывается самъ папа Иннокентій. Но все же: „respondeamus meliori modo quo possumus“.

Ius civile создало разнообразныя фикціи — создало ихъ (опять же) „по образцу природы и въ подражаніе ей“: „in quibus fingat et imitetur naturam“, „ad similitudinem naturae“. Напримѣръ, при помощи (уже упоминавшихся) adoptio и arrogatio, „гражданское право“ фингируетъ наличность сына тамъ, гдѣ его нѣтъ, или рожденіе человѣка, когда оно еще не наступило:

l. 7 D. de statu homin. (5, 1). Qui in utero est, perinde ac

si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur.....

Въ числѣ прочихъ фикцій создана и слѣдующая: множество лицъ принимается за одно лицо, за одно существо, чего въ дѣйствительности нѣтъ. Такъ разсуждаютъ въ отношеніе „universitas (hominum)“, т. е. корпораціи съ ея имуществомъ и правами:

l. 7 D. quod cuiuscumque universit. (3, 4), l. 10 § 4 D. de in ius voc. (2, 4), l. 76 D. de iudic. (5, 1).

Но дѣло въ томъ, что не иначе обстоитъ вопросъ и съ имуществомъ массою, принадлежавшею покойному. И ее законъ разсматриваетъ какъ нѣкоторую, въ юридическомъ смыслѣ, „совокупность“ („lex recipit pro quadam universitate civili“). Или точнѣе: этой массѣ законъ присвоитъ названіе „наслѣдства“ —

l. 119 D. de V. S. (50, 16)—,

признавая за этимъ наслѣдствомъ право собственности и прочія права—такъ же, какъ за „настоящею и естественною совокупностью людей“. И дальше: подобно тому какъ „vera et naturalis universitas hominum“ являетъ собою одно лицо и одно безплотное тѣло, „invisibile et non vivens“, заключающее въ себѣ всѣ активныя и пассивныя правомочія,—такъ и эта другая „universitas civilis“ или „universitas iuris“, т. е. наслѣдство, являетъ собою единое тѣло или существо, не имѣющее жизни (ибо наслѣдство представляетъ лицо покойнаго наслѣдодателя), и, соответственно, заключаетъ всѣ правомочія, принадлежавшія покойнику. Отсюда „hereditas“ содержитъ въ себѣ господство надъ всѣми вещами и правами наслѣдодателя; другими словами, она содержитъ и продолжаетъ право собственности надъ всѣми его объектами, или, еще иначе, она и сама—собственница.

Таковы воззрѣніе и выраженія, наблюдаемыя и въ источникахъ. Напримѣръ:

l. 22 D. de fideiussor. (46, 1). Mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fideiussor accipi potest, quia hereditas personae vice fungitur, sicut municipium et decuria et societas.

Когда послѣ того въ наслѣдованіе вступаетъ наслѣдникъ, тогда, силою своего вступленія, онъ эту совокупность и собственность подчиняетъ себѣ и самъ дѣлается ея господиномъ и собственникомъ, приобрѣтая, естественно, и всѣ ея права.

Вспомнимъ, для ясности, что происходитъ при подпадении одного физическаго лица („*persona vera*“) подъ власть другого. Какъ извѣстно, тутъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, происходитъ подпаденіе имущества и правъ перваго лица подъ власть послѣдняго:

ср. *Authent. de monachis* (Nov. 5 cap. 5; l. 13 *C. de sacrosanct. eccles.* 1, 2).—*Ingressi monasteria ipso ingressu se suaque dedicant Deo; nec ergo de his testantur, utpote nec domini rerum.*

Точь въ точь такъ дѣло протекаетъ и тогда, когда наследство, эта „*persona ficta*“, подчиняется власти и собственности наследника: и въ этомъ случаѣ на наследника переходитъ—какъ на активной сторонѣ, такъ и на пассивной—рѣшительно все, что было достояніемъ лица фиктивнаго:

pr. I. de stipul. serv. (3,17)... *adquirit hereditati ac per hoc etiam heredi postea facto adquiritur.*

Изъ сказаннаго—умозаключаетъ нашъ комментаторъ—уже ясно, насколько ошибочно мнѣніе, будто приобрѣтеніе наследникомъ имущества покойнаго путемъ одного лишь принятія наследства, т. е. помимо традиции,—есть нѣчто особенное. Нѣтъ, приобрѣтеніе такимъ путемъ вполне нормально: „*non est speciale, immo regulare*“.

Не менѣе ясно, что ошибоченъ и взглядъ, будто личность покойнаго является живою до принятія наследства. Отнюдь нѣтъ: самъ наследодатель умеръ, а живетъ, вмѣсто него, наследство или, полнѣе и лучше, „лежачее наследство“ („*haereditas iacens*“). Оно-то—въ промежуточный періодъ между открытіемъ наследства и вступленіемъ въ него—совершаетъ приобрѣтенія, но никакъ не наследодатель. Это особенно бросается въ глаза въ тѣхъ случаяхъ, когда покойный былъ неспособенъ къ приобрѣтенію: не взирая на данный дефектъ, приобрѣтеніе все же наступаетъ:

l. 55 § 1 D. de leg. II (31). *Si eo herede instituto, qui vel nihil vel non totum capere potest, servo hereditario legatum fuerit, tractantibus nobis de capacitate videndum est, utrum heredis an defuncti persona an neutrius spectari debeat. et post multas varietates placet, ut, quia nullus est dominus, in cuius persona de capacitate quaeri possit, sine ullo impedimento adquiratur legatum hereditati atque ob id omnimodo ad eum pertineat, quicumque postea heres exstiterit, secundum quod accipere potest: reliqua autem pars ad eos, qui iure vocantur, venit*¹⁵⁾.

О фигурѣ лежакаго наслѣдства необходимо постоянно помнить. Эта фигура объясняетъ также, почему наслѣдственное имущество не дѣлается достояніемъ оккупанта, хотя оно-де имущество безхозяйное. Въ томъ и разгадка, что оно вовсе не безхозяйное: хозяинъ существуетъ. Этотъ хозяинъ—самая „hereditas“, какъ „universitas iuris“. Къ ней или, вѣрнѣе, въ нее и переходитъ все имущество покойнаго: она-то его право собственности сохраняетъ и ведетъ дальше.

Нѣтъ на самомъ дѣлѣ и того противорѣчія, въ которомъ упрекается право наслѣдованія, какъ нами говорилось выше. Ибо процессъ обращенія наслѣдника въ представителя наслѣдодателя вовсе не столь простъ, какъ обычно думаютъ. Этотъ процессъ совершается не сразу. Сперва наслѣдникъ смѣняетъ лишь наслѣдство. И только посредственно (въ виду того, что наслѣдство представляло покойнаго), въ конечномъ, стало быть, итогѣ, и наслѣдникъ уже оказывается замѣстителемъ наслѣдодателя и его продолжателемъ.

Наконецъ, неправильно и то, что, въ отдѣльности, приводится противъ завѣщанія. Разумѣется, противно разуму, чтобы я могъ распоряжаться своимъ имуществомъ и назначить къ нему собственника въ то время, когда я уже самъ потерялъ всякое на это имущество право. Но этого и не бываетъ, а бываетъ совсѣмъ другое. Не завѣщатель переноситъ на другое лицо право собственности. Къ продолженію права собственности ведетъ законъ, причемъ и законъ достигаетъ этой цѣли отнюдь не путемъ перенесенія правъ на новаго собственника, а путемъ допущенія, какъ мы видѣли, дальнѣйшаго существованія собственности покойнаго въ лицѣ наслѣдства, въ качествѣ имущественной совокупности, и путемъ дозволенія засимъ наслѣднику приобрѣсти эту собственность въ согласіи съ распоряженіемъ завѣщателя¹⁶).

Изложенному, въ его главнѣйшей части, разсужденію нельзя, полагаемъ, отказать въ признаніи его типичнымъ для своего времени и для того научнаго направленія въ правѣ—въ частности, въ обработкѣ римскаго права—о которомъ идетъ рѣчь.

Оставляя въ сторонѣ все менѣе характерное, обратимъ только вниманіе на схоластику автора, съ ея отчасти метафизическимъ элементомъ и, особенно, съ ея діалектикою.

Развѣ, напимѣрь, не чисто діалектически трактуется „противорѣчіе“, будто бы, заключающееся въ приобрѣтеніи собственности наслѣдникомъ—представителемъ покойнаго? И самое возраженіе по данному пункту и его устраненіе,—все это у автора исключительно „словесно“. Далѣе: какъ авторъ парализуетъ другую трудность—вытекающую изъ того, что распоряженіе завѣщателя относится „in id tempus et casum..., quo non erit dominus“? Развѣ не опять-таки только діалектически? Мы понимаемъ извѣстный въ наукѣ споръ по вопросу о томъ, кѣмъ порождается правоотношеніе, его возникновеніе, измѣненіе или прекращеніе—волею самого ли субъекта юридической сдѣлки, или же объективной нормы, закона. Но совершенно очевидно, что не эта проблема (которая, къ тому же, въ настоящемъ случаѣ была бы ровно ни при чемъ) занимаетъ нашего Филиппа Касола. Или еще: если уже не различать вовсе двухъ плоскостей сдѣлокъ—*inter vivos*, съ одной стороны, и *mortis causa*, съ другой—не различать и относительно традиціи на предметъ сообщенія права собственности,—то, спрашивается, возможно ли уйти отъ препятствія, которое выдвигается на пути того же сообщенія собственности наслѣднику? Безъ сомнѣнія, невозможно. И тѣмъ не менѣе авторъ уходитъ и отъ даннаго также препятствія, но уходитъ, конечно, не по существу дѣла, а только на словахъ. И т. д.

Еще лишь вкратцѣ о томъ, какъ нашъ комментаторъ пользуется источниками римскаго права.

Не буду распространяться на тотъ счетъ, что пользованіе это грубо неточное, небрежное, изобилующее ошибками. Попутно на это обстоятельство уже отчасти указывалось. Еще характернѣе здѣсь другое. Мы имѣемъ ввиду необычайно частое обращеніе къ тѣмъ же источникамъ, постоянное и непрерывное ихъ привлеченіе даже тамъ, гдѣ они абсолютно не нужны,—болѣе того: гдѣ они не могутъ ничего ни обосновать, ни пояснить. Но—*„iuriscōsultus sine lege erubescit“*, и дѣло, какъ видимъ, доходитъ до того, что для подтвержденія непреходящности души и вѣчности небесныхъ свѣтилъ комментаторъ сылается на... фрагментъ изъ титула дигестъ о городскихъ предіальныхъ сервитутахъ.

Приемы и навыки, не только прочно усвоенные и проникшие въ кровь и плоть итальянскаго легиста той эпохи, но и имѣвшіе, въ своей области и на своемъ мѣстѣ, глубокой смыслъ и огромнѣйшее значеніе—мы говоримъ о творческомъ преобразованіи римскаго права, о примиреніи съ нимъ жизни XIII и послѣдующихъ вѣковъ, объ удовлетвореніи этимъ путемъ и способомъ тогдашнихъ реальныхъ, общественныхъ и хозяйственныхъ, потребностей¹⁷⁾,—тѣ же навыки переносятся и сюда, въ область далекую и чуждую цѣлямъ практическимъ, тѣ же приемы утилизируются для доказыванія тезиса даже не столько юридическаго, сколько философскаго, религіознаго, нравственнаго.

Помимо уже подчеркнутаго нами монографическаго и теоретическаго характера произведенія Филиппа Касола, — на нашъ взглядъ, еще заслуживаетъ одобренія какъ обстоятельность приведенныхъ авторомъ соображеній въ пользу права наслѣдованія, такъ, въ особенности, и тотъ фактъ, что вся данная цивилильно-политическая сторона занимаетъ не только самостоятельное, обособленное отъ прочаго содержанія, но и почетное, почти первенствующее мѣсто.

Мы, затѣмъ, думаемъ, что по количеству аргументовъ, заключающихся въ арсеналѣ нашего комментатора, по числу обсужденныхъ или хотя затронутыхъ имъ вопросовъ и сторонъ дѣла—вниманія и признанія можетъ себѣ требовать не только выдвинутая сейчасъ цивилильно-политическая, но и та другая часть настоящаго трактата, которая сначала направлена противъ универсальнаго преемства и завѣщанія, какъ явленій недопустимыхъ съ точки зрѣнія общихъ началъ права и морали, а потомъ становится на защиту, подъ тѣмъ же угломъ зрѣнія, этихъ же самыхъ явленій.

Несмотря на тотъ безспорный фактъ, что неразъ еще впоследствии человѣческая мысль станетъ возвращаться, все снова и снова, къ прежнимъ и попрежнему мучительнымъ для нея вопросамъ,— столь полной группировки матеріала, какая наблюдается у Филиппа Касола, не удастся встрѣтить почти вовсе на пространствѣ цѣлаго ряда поколѣній и даже ряда вѣковъ. И въ общемъ не вправѣ будетъ притязать на количественное превосходство даже тотъ матеріалъ, съ которымъ, двумя-тремя столѣтіями позже, суждено будетъ выступить на арену исторіи и науки—Гуго Гроцію, а велѣдъ за нимъ и остальнымъ корифеямъ школы естественнаго права¹⁸⁾.

Примѣчанія и экскурсы.

1. Rudolph Sohm, Institutionen, 14 изд. (1911), § 28, стр. 173; русский перевод Барковского, вып. 1, стр. 131.

2. Мы имѣемъ ввиду книгу Woolf'a (Cecil N. Sidney): „Bartolus of Sassoferrato. His position in the history of medieval political thought“. Cambridge 1913. (Стр. XXIV+414).

3. В. Э. Грабарь: „Римское право въ исторіи международно-правовыхъ ученій“ (1901), стр. 123 и слл.

И. А. Покровскій: „Естественно-правовыя теченія въ исторіи гражданского права“ (1909), стр. 13 и слл. Ср. также его же „Исторію римскаго права“, изд. 2 (1915), § 43, стр. 265 и слл.

Справедливость требуетъ здѣсь указать и на—написанную уже въ 1895 году—статью В. М. Нечаева „Комментаторы“, въ первомъ изданіи „Энциклопедическаго словаря“ Брокгауза-Ефрона (т. XV^а, стр. 855 и сл.).

4. Woldemar Engelmann: „Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung“ (1895).

5. См. „Mélanges Fitting“ I (Montpellier 1907), стр. VIII и сл.

6. См. Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, изд. 2, т. V (1850), стр. 458 и слл., и VI, стр. 177.

7. Guido Panzirola: De claris legum interpretibus libri quatuor“, lib. II cap. 73 (во 2 изд., Venetiis 1655. 4 to—стр. 210 и слл.; въ 3-емъ, значительно расширенномъ, изданіи Гофмана, Lipsiae 1721. 4 to—стр. 171 и слл.). О трудѣ Панцирола см. Савиньи указ. соч. III (1834), стр. 54 и слл.

Что касается Савиньи, то онъ дважды говоритъ о Филиппѣ Касолѣ на прострѣствѣ 6-го тома своей „Исторіи“: 1) въ „Приложеніи I“, въ алфавитномъ обзорѣ юристовъ XIV и XV столѣтій, сообщаются краткія біографическія свѣдѣнія и о нашемъ юристѣ (стр. 484), и 2) раньше—въ главѣ, посвященной Балду—Савиньи повѣствуетъ, что у Балда въ Павіи были два „знаменитые конкуррента“: сначала въ лицѣ Филиппа Касола, а потомъ—Христофора Кастелліона (стр. 226).—Въ числѣ литературныхъ источниковъ Савиньи не приводитъ въ данномъ случаѣ Панцирола, а называетъ, напр., Tiraboschi. Не могу, однако, не замѣтить, что послѣдній самъ весьма усердно пользуется книгою Панцирола, заимствуя у него едва ли не большую часть своего матеріала (см. „Storia della Letteratura Italiana“ di Girolamo Tiraboschi... V (Modena 1775. 4 to), lib. II, cap. IV, 30, стр. 261 и сл.).

О такъ наз. конкуррентахъ Савиньи говоритъ слѣдующее: „Auf ähnliche Weise, wie die förmlichen Disputationen, wirkte auf manchen Rechtsschulen die Einrichtung der Concurrentes, deren unvorbereitete wissenschaftliche Streitübungen sogar noch mehr, als die Disputationen, das persönliche Talent ins Licht setzen konn-

ten, aber freilich auch oft in gehässige Leidenschaftlichkeit ausartet“ (тамъ же, стр. 18). См. еще Панцирола указ. соч. I. II с. V „De Antagonistis“ (изд. 2, стр. 103 и сл., изд. 3, стр. 83 и сл.).

8. Фрагментъ, котораго не могъ припомнить Филиппъ Касоль, есть l. 101 pr. D. de condic. et demonstr. (35, 1) (Papinianus). Соответственно, Paulus Castrensis и касается рассказаннаго въ нашемъ текстѣ эпизода именно ad h. l. (у него это, впрочемъ, l. 100 pr. D. eod.—„In Secundam Infortiati partem Commentaria“; въ изд. Venetiis 1575—fol. 92 col. 3).

Самое сочиненіе Филиппа Касола помѣщено въ небезызвѣстныхъ сборникахъ трудовъ по наследственному праву, издававшихся неразъ во второй половинѣ XVI вѣка. Въ подобномъ, лежащемъ предо мною, сборникѣ:

„Selecti tractatus iuris varii, vere aurei, de Successione tam a testato, quam ab intestato, Materia frequentissima et utilissima...“ Coloniae 1569, in f^o (Index+pag. 797); произведеніе нашего автора обнимаетъ всего лишь страницы 156—159 включительно, причемъ ему дано здѣсь такое, болѣе полное, заглавіе:

„D. Philippi de Casolis Rhegien. Tractatus de Testamentis et Successionibus, per modum Disputationis, in qua interfuerunt D. Baldus de Ubaldis, et eius discipulus D. Christophorus Castellionaeus, anno Domini 1391 in studio Papiensi“.

Итакъ, по формѣ предъ нами университетская „disputatio“ въ Павіи. Въ связи съ тѣмъ, въ работѣ авторъ-ораторъ дважды обращается къ своей аудиторіи со словами „domini“. Начинается работа слѣдующимъ образомъ:

„Quia in cursu lecturae de materia testamentorum agimus in Codice, hinc sumpta occasione, opponam et quaeram circa testamentorum et successionum materiam. Et primo quaero, quo iure fuerunt inductae successiones? Respondeo, quod triplici iure, scilicet iure civili ex lege 12 tabularum, item iure praetorio, item ex senatusconsulto. Secundo quaero“ etc.

Въ новѣйшее время французскій историкъ права Jean Acher опубликовалъ нѣсколько „disputationes“, выражая надежду, что соответствующіе тексты внесутъ „quelque lumière sur la question si mal connue des disputationes orales“. Намъ кажется, что тотъ новый выводъ по вопросу о распредѣленіи аргументовъ „pro“ и „contra“, къ которому пришелъ Аше, можетъ найти себѣ нѣкоторое подтвержденіе и на примѣрѣ занимающаго насъ „tractatus... per modum disputationis“. См. „Mélanges Fitting“ II (1908), стр. 289 и сл., 299 и сл.

9. Напомнимъ только, что цитированная Authentica—это Nov. 48 praef:

„... cum utique nostris videtur legibus unam quodammodo esse personam et qui eum transmittet hereditatem...“

И въ изданіи братьевъ Кригель (у Озенбрюггена), и въ изданіи Моммзена (у Шелля и Кролля) можно читать, что данная новелла составляетъ Auth. XLVII и входитъ въ Coll. V tit. II. Не могу не указать, что въ имѣющемся у меня (прекрасномъ,—правда, позднемъ) Женевскомъ изданіи настоящаго тома Глоссы („Volumen parvum“) 1625 года наша „Novella constitutio“ значится XLVIII-ю и входящею въ Authent. collat. V tit. III (col. 270).

10. Эта—отвѣчающая содержанію понятій—терминологія мною заимствуется у В. Э. Грабаря: указ. соч., стр. 3, 64, 68, 194 и сл., 234.

11. Въ указ. мѣстѣ, стр. 157 и сл. (numm. 5—10).

12. Свое утвержденіе о противорѣчии временнаго обязательства законамъ природы Филиппъ Касоль доказываетъ нѣсколько сложнымъ образомъ. Но такъ какъ именно это его доказательство, безъ сомнѣнія, особенно характерно для всей эпохи, то я поспрашиваю и его здѣсь передать—по возможности точно и кратко.

Средневѣковой юристъ принимаетъ различіе: *ius naturae* а) *naturatae* и б) *naturantis*. Но и одному и другому, учить Касоль, „сопутствуетъ“ („*concomitatur*“) *ius civile*, даромъ, что *ius civile* есть „*ars et scientia*“. Сопутствованіе первому сказывается тамъ, гдѣ предъ нами „*civiles modi*“, какъ, наприм., при *adoptio* и *argrogatio*, каковыя институты служатъ для укрѣпленія позиціи родителей и дѣтей. Сопутствованіе же второму имѣется всюду, гдѣ „*ad similitudinem naturae naturantis, i. e. De i*“, рождаются „*actiones et obligationes..... stipulationes, testamenta et his similia a iure civili, ex veris tamen actibus humanis inducta*“. Все это вѣчно и не подвержено дѣйствію времени,—какъ о томъ говорится и въ источникахъ:

l. 44 § 1 D. de O. et. A. (44, 7).... *placet autem ad tempus obligationem constitui non passe non magis quam legatum: nam quod alicui deberi coepit, certis modis desinit deberi...*,

и какъ явствуетъ изъ того соображенія, что вѣчно все, что имѣетъ начало, но не будетъ имѣть конца—„*ut est anima, sol et luna*“:

l. *binas* (36) D. de serv. praed. urb. (8, 2) [? l. 10 D. eod?].

Инымъ оно, впрочемъ, и не можетъ быть, а должно непременно быть вѣчнымъ. *Actio* и *obligatio*—это „*quaedam vincula*“, коими „*tanquam fune intellectuali*“, связаны должникъ и вѣритель. И, стало быть, это—„*entia incorporalia*“, т. е. существа или явленія, независимыя отъ четырехъ борющихся стихій. А подобныя „*entia*“—этого требуютъ *natura naturans*—не прекращаются со смертію лица (вѣрителя или должника) и потому всегда—вѣчны.

Такова любопытнѣйшая аргументація нашего юриста-постгlossатора. Для лучшаго уразумѣнія ея, мы еще приведемъ слѣдующую выписку изъ Du Cange'a:

„**Naturare.** *Creare, res naturales condere, iis naturam donare. Verbum est Theologorum Scholasticorum, a quibus Deus dicitur Natura Naturans, non natura naturata, id est Auctor naturae seu omnium in rerum natura constantium, non natura Naturata, seu res creata, ab alio condita, constituta. Charta Henrici Angl. Regis ann. 1417. Inter quos natura Naturans ipse Deus naturale foedus instituit.... Vita S. Catharinae Sen. tom. 3 Aprilis pag. 884: Sicut enim ignis naturaliter sursum tendit, sic spiritus eius quadam visibili consuetudine quodammodo Naturata semper tendebat ad ea quae sursum sunt*“.

„*Glossarium mediae et infimae Latinitatis. Conditum a Carolo du Fresne Domino Du Cange.... Editio nova, aucta ... a Léopold Favre....*“ V (1885), стр. 575 и сл.

Въ остальномъ, рѣшаюсь рекомендовать настоящій отрывокъ изъ сочиненія Филиппа Касола вниманію специалистовъ по философіи среднихъ вѣковъ.

13. Авторъ уже явно ошибочно и просто по недосмотру цитируетъ другое мѣсто изъ того же титула: l. „*subsignatum*“ (Филиппъ и тутъ, впрочемъ, допускаетъ опіску: „*obsignatum*“, вмѣсто „*subsignatum*“) § *bona*, т. е.: l. 39 § 1 („*Bona intelleguntur cuiusque, quae deducto aere alieno supersunt*“).

14. Въ указ. мѣстѣ, стр. 158 и сл. (numm. 10—16).

15. Что, однако, въ l. 55 § 1 D. cit. нашло себѣ выраженіе одно изъ крайне немногочисленныхъ отступленій отъ того прямо противоположнаго воззрѣнія, согласно которому правовыя свойства наслѣдства опредѣляются личностью наслѣдодателя,—хорошо извѣстно: Windscheid-Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts* III, § 531, прим. 11. Нашъ комментаторъ объ этомъ совершенно умалчиваетъ.

16. Въ указ. мѣстѣ, стр. 159 (numm. 16—21).

17. См. объ этомъ у Stintzing'a, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft* I, стр. 111 и слл., и (коротко) у Regelsberger'a, *Pandekten* I, стр. 35.

18. Въ разсмотрѣнной нами работѣ постглоссатора можно бы и въ остальномъ подчеркнуть немало такого—правда, несравненно болѣе частнаго—что, безспорно, представляетъ серьезный интересъ для теоретически образованнаго цивилиста и мимо чего, казалось бы, мы не должны пройти равнодушно и холодно. Укажемъ хотя на слѣдующее:

на ученіе о hereditas, какъ „domina“, которая-де сама наследуетъ (надлежитъ отмѣтить, что это же ученіе постглоссаторовъ будетъ впоследствии излагаться такими представителями французской „изящной“ школы, какъ, напр., Донелль, „президентъ“ Фавръ и др.);

далѣе, на взглядъ, находящійся въ тѣсной связи съ предыдущимъ: это—взглядъ на то же наследство, какъ на юридическое лицо, съ чѣмъ поучительно будетъ сопоставить параллель, которую въ XVIII вѣкѣ будетъ проводить извѣстѣйшій Самуиль Кокцеи-сынъ;

на твердое усвоеніе нашимъ Филиппомъ Касоломъ, по вопросу о существѣ юридическаго лица, знаменитой „теоріи фикціи“ (какое впрочемъ обстоятельство, разумеется, только естественно и понятно: см. у O. Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht III, 1881, § 8, стр. 246, о томъ поразительномъ влияніи на позднѣйшихъ и канонистовъ и легистовъ, какое своею теоріею середины XIII вѣка оказалъ знаменитый папа Иннокентій IV, въ мірѣ Sinibaldus Fliscus,—называемый, выше стр. 11, и нашимъ авторомъ),

и, наконецъ, на рѣшительное подчиненіе, согласно почтенному воззрѣнію даннаго времени, всего ius civile—такъ наз. „праву природы“, вслѣдствіе чего первое не можетъ, подъ страхомъ своей недействительности, противорѣчить второму. Излишне настаивать, что здѣсь предъ нами не болѣе, какъ одно изъ проявленій того „естественно-правового теченія въ исторіи гражданскаго права“ (I. А. Покровскій), которое дало основаніе въ комментаторахъ находить и видѣть предшественниковъ школы естественнаго права XVII и XVIII столѣтій.

М. Я. Пергаментъ.

Авторское право и право на фабричные рисунки и модели.

Кромѣ нормъ тома X ч. I, регламентирующихъ авторскія права, въ томъ числѣ и авторское право на художественныя произведенія, въ законодательствѣ нашемъ имѣются особыя правила о правѣ собственности на фабричные рисунки и модели, помѣщенные въ Уставѣ о промышленности. По юридической природѣ своей авторское право на художественныя произведенія и право на фабричные рисунки и модели совершенно тождественны, но законодательная регламентація первого существенно различается отъ регламентаціи права на рисунки и модели. Вслѣдствіе этого естественно долженъ возникнуть вопросъ о взаимномъ соотношеніи этихъ двухъ институтовъ—именно, въ чемъ заключается различіе между художественнымъ произведеніемъ, какъ объектомъ авторскаго права, и фабричнымъ рисункомъ или моделью, и можетъ ли одно и то-же произведеніе одновременно защищаться и по нормамъ авторскаго права и по статьямъ Устава о промышленности? Надо замѣтить, что подобный вопросъ возникъ не только у насъ въ Россіи, но и на Западѣ—такъ въ Германіи до сихъ поръ спорятъ о соотношеніи между закономъ 1907-го года объ авторскомъ правѣ и закономъ 1876-го года объ образцахъ и моделяхъ (*Geschmacksmustergesetz*), а во Франціи аналогичный вопросъ о различеніи областей закона объ авторскомъ правѣ и закона о фабричныхъ рисункахъ и моделяхъ былъ разрѣшенъ законодательнымъ путемъ лишь въ 1909-омъ году посредствомъ постановленія, что законъ объ авторскомъ правѣ примѣняется ко всѣмъ произведеніямъ и ко всѣмъ способамъ воспроизведенія этихъ произведеній, а законъ о фабричныхъ рисункахъ и моделяхъ имѣетъ дополнительный характеръ, представляя автору, исполнившему формальности депозита, спеціальныя средства защиты въ случаѣ нарушенія его права. И западная юридическая лите-

ратура горячо интересовалась и интересуется до сихъ поръ этимъ вопросомъ, и не мало самыхъ разнообразныхъ теорій создано было для его разрѣшенія. Наоборотъ у насъ въ Россіи этотъ вопросъ, несмотря на всю его практическую важность для промышленности, вплоть до послѣдняго времени оставался совершенно не затронутымъ. — Можно смѣло сказать, что даже поставленъ этотъ вопросъ былъ впервые только въ 1913-омъ году Я. А. Канторовичемъ въ его статьѣ „Авторское право на художественно-промышленныя произведенія“, напечатанной въ Журн. Мин. Юст. 1913 г. № 6. Но и Канторовичъ только поставилъ вопросъ, указавъ на его юридическое значеніе, изложилъ его исторію и тѣ попытки, которыя дѣлались западными законодательствами и литературой для его разрѣшенія, но не далъ рѣшительно никакихъ указаній, какъ разрѣшаться онъ долженъ догматически у насъ въ Россіи. Поэтому какъ ни интересна его статья, но для судьи и юриста-практика онъ не даетъ ничего, кромѣ малоутѣшительнаго вывода, что вопросъ о соотношеніи авторскаго права и права на фабричныя рисунки и модели составляетъ „трудно разрѣшимую проблему,.... разрѣшеніе которой лишь въ самое послѣднее время въ законодательствѣ французскомъ и отчасти въ законодательствѣ германскомъ приняло новое направленіе“¹⁾. Эту незатронутую Канторовичемъ догматическую сторону вопроса мы и постараемся освѣтить въ данной статьѣ, т. е. попытаемся рѣшить, какая разница по дѣйствующему русскому праву лежитъ между художественнымъ произведеніемъ съ одной стороны и фабричнымъ рисункомъ и моделью съ другой, и въ какомъ взаимномъ отношеніи находятся между собой нормы авторскаго права и нормы Устава о промышленности.

I. Для рѣшенія поставленной нами проблемы прежде всего надо выяснить, можно ли найти отличіе между художественнымъ произведеніемъ и фабричнымъ рисункомъ или моделью въ самомъ характерѣ того или иного произведенія. Рѣшеніе этого вопроса въ ту или другую сторону имѣетъ весьма важное значеніе, такъ какъ если бы удалось найти это различіе, то проблема о соотно-

¹⁾ Канторовичъ *op. cit.* стр. 88—89.

шеніи авторскаго права и права на фабричныя рисунки разрѣшалась-бы ясно и просто—произведенія, являющіяся художественными, подлежали бы нормамъ авторскаго права, а произведенія, являющіяся фабричными рисунками, обсуждались бы по нормамъ Устава о промышленности. И въ литературѣ довольно широко распространенъ взглядъ, что такое различіе между художественными произведеніями и фабричными рисунками и моделями существуетъ и заключается въ томъ, что произведенія, являющіяся объектомъ авторскаго права, должны быть произведеніями искусства въ высокомъ смыслѣ этого слова, а къ фабричнымъ рисункамъ такого требованія не предъявляется. Что надо считать подъ искусствомъ въ высокомъ смыслѣ слова—этотъ вопросъ рѣшается разными авторами различно. Одни видятъ отличительный признакъ въ томъ, что произведенія искусства должны удовлетворять эстетическому чувству, а фабричныя рисунки эстетическаго наслажденія не доставляютъ, а удовлетворяютъ только вкусамъ моды, другіе-же, какъ напримѣръ проф. Колеръ, утверждаютъ, что и фабричныя рисунки или модели могутъ производить эстетическое дѣйствіе, но не будутъ произведеніями искусства, если не имѣютъ цѣлью представить человѣческому мышленію идею о міровомъ твореніи („Weltschöpfungsideo“), о вселенной. Изъ русскихъ юристовъ взглядъ на возможность подобнаго разграниченія художественныхъ произведеній отъ фабричныхъ по характеру духовнаго творчества автора былъ высказанъ вскользь Бѣляцкинымъ, который, опираясь на докладъ Комиссіи Госуд. Думы, утверждаетъ, что, по мысли составителей нашего закона, художественное произведеніе для признанія его таковымъ должно удовлетворять эстетическому чувству, въ чемъ и заключается различіе между произведеніемъ художественнымъ и произведеніемъ, являющимся результатомъ ремесленной, фабричной или заводской дѣятельности¹⁾.

Мы, однако, считаемъ такую точку зрѣнія абсолютно неприемлемой. Прежде всего, она теоретически совершенно несостоятельна, т. к. вноситъ въ правовую защиту полную неопредѣленность, возлагая на судъ несвойственную ему задачу быть цѣнителемъ художественныхъ достоинствъ произведеній. Въ результатѣ легко можетъ случиться, что одинъ судья признаетъ красивый рисунокъ

¹⁾ Бѣляцкинъ „Новое авторское право въ его основныхъ принципахъ“ 1912 г. стр. 91.

для обоевъ болѣе удовлетворяющимъ его эстетическое чувство, чѣмъ картина футуриста, на которой изображены четыре зеленыхъ пятна, а другой не найдетъ художественными статуи Родена. Кромѣ того, и чисто догматически теорія эта къ русскому праву непримѣнима, хотя-бы въ докладѣ Думской Комиссіи и содержались на нее указанія, т. к. подобные матеріалы не имѣютъ обязательнаго значенія, разъ они не нашли подтвержденія въ самомъ законѣ. А въ законѣ имѣется указаніе какъ разъ въ противуположномъ смыслѣ. Такимъ указаніемъ, по нашему мнѣнію, является неотмѣненное съ изданіемъ закона объ авторскомъ правѣ примѣчаніе 3-е къ ст. 151 Уст. о пром. (т. XI ч. 2-ая изд. 1913-го года), гласящее „не считается поддѣлкой фабричное воспроизведеніе издѣлій ваятельнаго искусства посредствомъ тканія, набивки или живописи съ ея отраслями и наоборотъ“, а изъ этого видно, что произведенія ваятельнаго искусства могутъ служить фабричными моделями по Уст. о промышленности. Наконецъ, принятіе вышеназванной теоріи не только не разрѣшило-бы проблемы о соотношеніи авторскаго права и права на фабричные рисунки, но безнадежно бы ее запутало. Художественность произведенія и способность его удовлетворять эстетическому чувству вѣдь не исчезнутъ отъ того, что произведеніе стало служить фабричнымъ рисункомъ или моделью, промышленность въ настоящее время именно стремится добыть такіе рисунки и модели, и нѣтъ рѣшительно ничего невозможнаго въ томъ, что к. н. высокое произведеніе искусства съ согласія своего творца будетъ служить и промышленнымъ цѣлямъ. Что-же въ данномъ случаѣ, несмотря на то, что произведеніе фактически служитъ фабричной моделью, оно тѣмъ не менѣе не должно считаться таковой и будетъ защищаться не нормами Уст. о пром., а нормами авторскаго права? Но тогда у насъ получится странный выводъ, что изящный фабричный рисунокъ, удовлетворяющій эстетическому чувству, будетъ обсуждаться по одному закону, а не изящный—по другому, при чемъ окажется, что законодатель и взиманіемъ пошлины и установленіемъ краткаго срока защиты стремится сдѣлать плохіе рисунки и модели общедоступными, а хорошіе ограждаетъ отъ воспроизведенія въ теченіе цѣлыхъ 50 лѣтъ со дня смерти автора. Не яено ли, что такое положеніе будетъ безусловно противорѣчить и духу и смыслу нашего законодательства?

Иначе разграничиваетъ авторское право отъ права на фабричные рисунки и модели проф. Шершеневичъ. Онъ видитъ отличительный признакъ не въ характерѣ произведенія, а въ свойствахъ субъекта права. „Рисунокъ и модель“, говоритъ названный авторъ, „неразрывно связываются съ тѣмъ издѣліемъ, къ которому прилагаются; потому отдѣльнаго права на самый рисунокъ или на самую модель быть не можетъ; отсюда слѣдуетъ, что право на рисунокъ или модель можетъ пріобрѣсти только фабрикантъ, выпускающій издѣлія, снабженныя даннымъ рисункомъ или данной моделью, но не тотъ изобрѣтатель, кто своей мыслью, своимъ художественнымъ вкусомъ создалъ этотъ рисунокъ или эту модель“¹⁾. Но и этотъ взглядъ, также имѣющій сторонниковъ въ западной литературѣ²⁾, для русскаго права надо признать непримлемымъ. Правда, на практикѣ заявка рисунковъ и моделей обычно дѣлается фабрикантами, но вмѣстѣ съ тѣмъ въ законѣ нѣтъ рѣшительно никакихъ указаній на то, что учрежденіе, рассматривающее заявки, должно предварительно освѣдомляться, является ли изобрѣтатель фабрикантомъ или не является, и въ послѣднемъ случаѣ отказывать просителю въ предоставленіи права на рисунокъ. Наоборотъ, изъ словъ закона, говорящаго объ „изобрѣтателѣ“ и требующаго отъ заявившаго объявленія, самъ-ли онъ изобрѣтатель модели или рисунка или только пріобрѣтшій секретъ отъ дѣйствительнаго изобрѣтателя, ясно видно, что законъ имѣетъ въ виду предоставленіе права изобрѣтателю, независимо отъ того, намѣренъ ли онъ самъ осуществлять свое изобрѣтеніе или не намѣренъ. Да и какой смыслъ имѣло бы лишеніе художника возможности пріобрѣсти право на составленный имъ фабричный рисунокъ прежде, чѣмъ передать этотъ рисунокъ для эксплуатаціи фабриканту?

Итакъ ни степень художественности произведенія ни свойства лица, выступающаго въ качествѣ субъекта права, не могутъ служить по русскому праву критеріемъ для разграниченія художественнаго произведенія отъ фабричнаго рисунка. Критерій этотъ, очевидно, лежитъ въ чемъ-то другомъ, и при внимательномъ изученіи статей Устава о промышленности можно найти нѣкоторое указаніе на то, что критерій этотъ русское право видитъ въ

¹⁾ Шершеневичъ „Курсъ торговаго права“ т. II стр. 22.

²⁾ См. у Канторовича *op. cit.* стр. 99—101.

предназначеніи произведенія служить или не служить образцомъ для промышленныхъ издѣлій. Выводъ этотъ, по нашему мнѣнію, вытекаетъ изъ словъ ст. 147 Уст. о пром., что „изобрѣтатель рисунка или модели, предназначенныхъ для воспроизведенія въ заводскихъ, фабричныхъ или ремесленныхъ издѣліяхъ, можетъ обезпечить себѣ и т. д.“ Но здѣсь возникаетъ дальнѣйшій вопросъ—въ чемъ это предназначеніе должно выражаться для того, чтобы можно было рѣшить, что данное произведеніе является фабричнымъ рисункомъ или моделью? Въ западной литературѣ и практикѣ, гдѣ теорія назначенія имѣла много сторонниковъ, этотъ вопросъ многократно обсуждался, при чемъ въ большинствѣ случаевъ предназначеніе или непредназначеніе произведенія служить для промышленныхъ цѣлей опредѣляли не по субъективному намѣренію его автора, а по объективному моменту, выражающемуся въ самомъ характерѣ и внутреннемъ содержаніи произведенія. Отсюда вытекалъ тотъ выводъ, что если произведеніе нарисовано на фарфоровой тарелкѣ или изображаетъ собой подставку для лампы или для часовъ, то, несмотря на высокую художественность даннаго произведенія и на то, что авторъ его вовсе не имѣлъ намѣренія создать фабричный рисунокъ или модель, оно все-же должно разсматриваться, именно какъ образецъ для промышленныхъ издѣлій, т. е. объективно оно служить практической цѣли. Придерживаясь этой точки зрѣнія, прежняя французская судебная практика не примѣняла нормы авторскаго права къ произведеніямъ на бронзѣ, къ предметамъ керамики, къ драгоценностямъ и т. п. Мы лично, однако, эту теорію объективнаго предназначенія считаемъ совершенно неправильной. Если понимать эту теорію въ томъ смыслѣ, что тѣ или иныя свойства или признаки самаго произведенія являются показателями субъективнаго намѣренія художника предназначить произведеніе для промышленныхъ цѣлей, то теорія эта негодна, во первыхъ, потому, что эти объективные признаки являются совершенно недостоверными показателями намѣренія художника—художникъ могъ нарисовать картину на фарфоровой тарелкѣ или на медальонѣ, могъ вылѣпить статую въ формѣ подставки для лампы и т. п., но вмѣстѣ съ тѣмъ намѣреніе предназначить данное произведеніе служить фабричнымъ рисункомъ или моделью у него не только можетъ отсутствовать, но даже

самая мысль о подобной эксплуатаціи его произведенія можетъ казаться ему профанаціей искусства; во вторыхъ, въ очень многихъ случаяхъ произведеніе не имѣетъ рѣшительно никакихъ объективныхъ признаковъ, по которымъ можно было бы судить, что оно предназначено для промышленныхъ цѣлей (напр. картина), между тѣмъ какъ въ дѣйствительности оно можетъ имѣть именно такое предназначеніе, такъ что все равно въ данныхъ случаяхъ приходится прибѣгать для раскрытія намѣренія художника къ другимъ признакамъ, уже не заключающимся въ самомъ произведеніи. Если-же понимать разсматриваемую теорію въ томъ смыслѣ, что критеріемъ для различія художественнаго произведенія отъ фабричнаго рисунка или модели является именно и исключительно объективное, т. е. содержащееся въ самомъ произведеніи, предназначеніе, безъ всякаго отношенія къ дѣйствительному намѣренію автора произведенія, то у насъ получится явно неприемлемый выводъ, что картина, написанная на фарфоровой тарелкѣ, или статуетка, изображающая подставку для часовъ, несмотря на свои высокія художественныя достоинства, будутъ защищаться по закону о фабричныхъ рисункахъ, хотя бы фактически произведенія эти никѣмъ никогда не эксплуатировались съ промышленной цѣлью, а картина, написанная масляными красками на полотнѣ, будетъ защищаться по закону объ авторскомъ правѣ, хотя бы художникъ пользовался ей, какъ фабричнымъ рисункомъ. Въ виду всего этого мы полагаемъ, что произведеніе можетъ считаться предназначеннымъ служить фабричнымъ рисункомъ или моделью только тогда, когда въ дѣйствительности таково было субъективное намѣреніе его творца, а показателемъ наличности такого намѣренія являются не тѣ или другія внѣшнія свойства или качества даннаго произведенія, а такіе факты, какъ напримѣръ, заявка произведенія въ соответствующее учрежденіе въ качествѣ фабричнаго рисунка или модели или эксплуатація произведенія съ согласія его творца съ промышленной цѣлью. Только въ этихъ случаяхъ мы можемъ съ увѣренностью сказать, что произведеніе предназначено служить фабричнымъ рисункомъ или моделью. И несомнѣнно, что фактически вопросъ о предназначеніи произведенія разрѣшается именно такимъ путемъ, т. к. многія произведенія, какъ мы выше указывали, никакихъ объективныхъ признаковъ предназначенія не имѣютъ, напр. картины, но разъ ху-

дѣлаеть заявку на картину, или на рисунокъ для фабричныхъ ковровъ или гобеленовъ, то, безъ сомнѣнія, картина уже считается съ этого момента фабричнымъ рисункомъ.

Итакъ мы пришли къ заключенію, что между художественнымъ произведеніемъ, какъ объектомъ авторскаго права, и фабричнымъ рисункомъ или моделью нѣтъ никакого объективнаго различія—всякое художественное произведеніе, независимо отъ его достоинствъ или внѣшнихъ признаковъ и независимо отъ того, кому принадлежитъ право на него, можетъ сдѣлаться фабричнымъ рисункомъ или моделью, разъ оно будетъ предназначено служить въ качествѣ таковаго.

II. Если всякое художественное произведеніе можетъ быть предназначено служить фабричнымъ рисункомъ или моделью и защищаться по правиламъ Устава о промышленности, то возникаетъ вопросъ, въ какомъ взаимномъ отношеніи находятся между собой авторское право на художественное произведеніе и право на фабричные рисунки или модели. Логически здѣсь возможны три рѣшенія: 1) художественное произведеніе, заявленное въ качествѣ фабричнаго рисунка или модели, защищается отъ воспроизведенія, въ томъ числѣ и отъ воспроизведенія въ области промышленности, и по закону объ авторскомъ правѣ и по Уставу о промышленности; 2) художественное произведеніе, пріобрѣвшее характеръ фабричнаго рисунка или модели, перестаетъ считаться объектомъ авторскаго права и защищается только по правиламъ Устава о промышленности, и 3) авторское право не даетъ художнику права на исключительное воспроизведеніе произведенія на промышленныхъ издѣліяхъ, это послѣднее право пріобрѣтается только посредствомъ заявки по правиламъ Устава о промышленности и можетъ существовать одновременно съ авторскимъ правомъ, т. е. содержаніе ихъ различно.

Первая изъ указанныхъ трехъ точекъ зрѣнія является довольно распространенной. Она принята французскимъ законодательствомъ при изданіи закона 1909-го года, по которому депозитъ рисунка или модели имѣетъ факультативный характеръ и даетъ возможность лишь въ случаѣ возбужденія преслѣдованія или спора пользоваться нѣкоторыми спеціальными средствами защиты, но исключительное право пользоваться произведеніемъ, какъ фабричнымъ рисункомъ или моделью, авторъ имѣетъ по закону объ

авторскомъ правѣ независимо отъ исполненія или неисполненія формальностей депозита, На этой-же точкѣ зрѣнія стоитъ и германская судебная практика, несмотря на то, что законъ 1876-го года объ образцахъ и моделяхъ далеко не имѣетъ по своему содержанию столь явно дополнительнаго характера, какъ французскій законъ 1909-го года. Яркимъ выразителемъ этой теоріи явилось рѣшеніе дрезденскаго *Oberlandsgericht*'а отъ 31-го марта 1908-го года, признавшаго, что авторъ художественныхъ кружевъ, заявленныхъ въ качествѣ фабричнаго образца, по истеченіи срока защиты по закону объ образцахъ и моделяхъ, можетъ преслѣдовать лицъ, воспроизводящихъ эти кружева безъ его согласія, по закону объ авторскомъ правѣ на художественныя произведенія. Но для русскаго права эта точка зрѣнія должна быть безусловно отвергнута, т. к. принятіе ея не только противорѣчило бы правиламъ Уст. о промышленности о правѣ на фабричныя рисунки и модели, но прямо совершенно отмѣняло бы ихъ, лишило бы ихъ всякаго юридическаго значенія, между тѣмъ какъ, пока эти правила въ законодательномъ порядкѣ не отмѣнены, мы на подобную отмѣну ихъ не имѣемъ основанія. Вѣдь если Уставъ о промышленности ясно говоритъ, что срокъ исключительнаго права употребленія фабричнаго рисунка или модели продолжается максимумъ десять лѣтъ, то признать, что и по прошествіи этихъ десяти лѣтъ авторъ рисунка имѣетъ исключительное право его употребленія до истеченія всего срока авторскаго права подобно тому, какъ это призналъ дрезденскій *Oberlandsgericht*, значило бы именно объявить указанные нормы Устава о промышленности утратившими свою силу. Зачѣмъ было-бы художнику дѣлать заявку рисунка въ Департаментъ Торговли и Мануфактуръ и уплачивать пошлину, когда и безъ этого онъ пользовался бы защитой по закону объ авторскомъ правѣ въ теченіе гораздо болѣе долгаго срока? Если по французскому закону 1909-го года депозитъ рисунка даетъ художнику право пользоваться нѣкоторыми спеціальными средствами защиты, то нашъ Уставъ о промышленности никакихъ такихъ особыхъ правъ не даетъ, кромѣ развѣ того, что послѣ заявки никто не можетъ воспроизводить даже частей даннаго произведенія на промышленныхъ издѣліяхъ, тогда какъ пунктъ 4 ст. 695⁵⁶ т. X ч. I такое воспроизведеніе частей произведенія разрѣшаетъ, но врядъ-ли можно думать, что все значеніе института права

собственности на рисунки и модели заключается въ правѣ запрещать воспроизводить эти части, да и врядъ-ли найдется какой нибудь художникъ или фабрикантъ, который пожелаетъ продѣлать сложную процедуру заявки и платить довольно значительную пошлину съ тѣмъ только, чтобы добиться запрещенія воспроизводить части его произведенія на промышленныхъ издѣліяхъ.

Точно также наталкивается на весьма вѣскія возраженія и второе изъ возможныхъ логически рѣшеній, по которому художественное произведеніе, предназначенное служить фабричнымъ рисункомъ или моделью, защищается только какъ фабричный рисунокъ или модель, а не является объектомъ авторскаго права. Противъ этого рѣшенія говоритъ то, что эксплуатація произведенія въ области промышленности не можетъ лишить его значенія художественнаго произведенія, оно можетъ воспроизводиться и распространяться и внѣ области промышленности, и нѣтъ основанія считать подобное воспроизведеніе и распространеніе допустимымъ безъ согласія автора вслѣдствіе того, что авторъ сдѣлалъ на него заявку. Это означало бы, что авторское право на художественныя произведенія прекращается вслѣдствіе предназначенія произведенія для промышленной цѣли, между тѣмъ какъ законъ нашъ нигдѣ не указываетъ на подобный способъ потери авторскаго права. Что эксплуатація произведенія въ издѣліяхъ фабричной промышленности не прекращаетъ дѣйствія авторскаго права— это самъ законодатель ясно указываетъ въ ст. 695⁶² т. X ч. I относительно фотографическихъ произведеній, а было бы явной несообразностью примѣнять иную точку зрѣнія къ произведеніямъ художественнымъ.

Итакъ, остается только третье рѣшеніе—именно, что авторское право не содержитъ въ себѣ исключительнаго права на пользованіе произведеніемъ, какъ фабричнымъ рисункомъ или моделью, и что это право пріобрѣтается только путемъ заявки и можетъ существовать на ряду съ авторскимъ правомъ. И дѣйствительно, основываясь на статьяхъ 147, 148 и 155 Уст. о промышл., изъ коихъ ясно видно, что исключительное право употребленія фабричнаго рисунка или модели пріобрѣтается только посредствомъ заявки, при чемъ срокъ этого права исчисляется именно со дня заявки, и вмѣстѣ съ тѣмъ принимая во вниманіе все сказанное нами относительно неприемлемости взгляда, что пріобрѣтеніе права

на фабричный рисунок eo ipso влечет за собой прекращение авторского права, ничего другого не остается, как признать это третье из указанных нами выше рѣшеній единственно возможнымъ для нашего русскаго права. Но противъ этого намъ могутъ быть сдѣланы слѣдующія возраженія: 1) по ст. 695² т. X ч. I автору принадлежитъ исключительное право всеми возможными способами воспроизводить, опубликовывать и распространять свое произведение, а изъ этихъ всехъ возможныхъ способовъ не можетъ быть исключено воспроизведение какимъ-либо способомъ на издѣлкахъ промышленности, такъ что автору и безъ заявки въ силу авторскаго права принадлежитъ исключительное право эксплуатировать свое произведение, какъ фабричный рисунокъ или модель; 2) принадлежность автору исключительнаго права воспроизводить свое произведение на издѣлкахъ промышленности вытекаетъ и изъ статьи 695⁵⁶, по которой не признается нарушеніемъ авторскаго права на художественное произведение помещеніе отдѣльныхъ частей его въ издѣлкахъ заводской, фабричной и ремесленной промышленности, изъ чего слѣдуетъ, что полное воспроизведение художественнаго произведенія въ этихъ издѣлкахъ составляетъ нарушеніе авторскаго права¹⁾. Мы думаемъ, однако, что вышеприведенныя статьи нисколько не противорѣчатъ принятой нами точкѣ зрѣнія. Статья 695² является статьей общаго характера, и смыслъ ея безъ сомнѣнія тотъ, что автору принадлежитъ исключительное право воспроизводить свое произведение всеми возможными способами, за исключеніемъ тѣхъ, относительно которыхъ законъ даетъ какія нибудь особыя указанія. И такихъ особыхъ указаній не мало найдется въ статьяхъ объ авторскомъ правѣ: такъ автору художественнаго произведенія не принадлежитъ исключительное право воспроизводить свое произведение способомъ, относящимся къ иному роду искусства, помещать его на публичныхъ выставкахъ, воспроизводить его въ книгахъ, предназначенныхъ для учебныхъ цѣлей²⁾, автору музыкальнаго произведенія исключительное право на публичное его исполненіе принадлежитъ только при условіи указанія на каждомъ экземплярѣ этого произведенія, что право публичнаго исполненія оставлено композиторомъ за собой³⁾, и т. п. Такимъ же особымъ

1) Канторовичъ *op. cit.* стр. 86.

2) Ст. 695⁵⁵ и 695⁵⁶ т. X ч. I.

3) См. 695⁴⁸ т. X ч. I.

указаніемъ и являются правила Устава о промышленности, требующія заявки для пріобрѣтенія исключительнаго права эксплуатировать произведеніе въ качествѣ фабричнаго рисунка или модели, и то обстоятельство, что указанія эти находятся въ Уставѣ о промышленности, а не въ томъ Х ч. I, не можетъ лишить ихъ юридическаго значенія. Кромѣ того, постановленія Устава о промышленности въ томъ смыслѣ, въ какомъ мы ихъ понимаемъ, вовсе не означаютъ, что художникъ, не сдѣлавшій заявки, не имѣетъ права запрещать всѣмъ и каждому воспроизводить его произведеніе въ издѣліяхъ фабричной промышленности, и что онъ не имѣетъ совсѣмъ исключительнаго права на пользованіе имъ, какъ фабричнымъ рисункомъ или моделью. Нѣтъ, юридическое значеніе взаимнаго отношенія авторскаго права и права на фабричные рисунки заключается въ томъ, что въ силу авторскаго права никто безъ согласія автора не можетъ предназначить его произведенія въ цѣломъ видѣ для промышленныхъ цѣлей, это право принадлежитъ исключительно ему, какъ автору, но если онъ это право осуществилъ, не сдѣлавъ предварительно заявки, то вмѣстѣ съ осуществленіемъ права онъ его уже на будущее время теряетъ, т. к. заявка должна быть сдѣлана до опубликованія рисунка или модели черезъ обращеніе въ продажу издѣлій, въ коихъ означенные рисунки или модели воспроизведены, или другимъ путемъ ¹⁾, и заявка модели или рисунка не новаго, уже бывшаго въ употребленіи, признается недѣйствительною ²⁾. Такимъ образомъ, предназначеніе произведенія служить фабричнымъ рисункомъ, совершенное съ предварительной заявкой, даетъ автору новое исключительное право—право пользоваться произведеніемъ, какъ фабричнымъ рисункомъ, и при этомъ запрещать всѣмъ и каждому воспроизводить данное произведеніе на промышленныхъ издѣліяхъ, и не только цѣликомъ, но и въ частяхъ, такъ что пунктъ 4-ый статьи 695⁵⁶ т. X ч. I долженъ считаться отпавшимъ въ виду примѣчанія 2-го къ ст. 151-ой Уст. о пром., признающаго недопустимымъ и воспроизведеніе частей заявленнаго рисунка или модели, если только части эти сами по себѣ составляютъ новостъ. И такая потеря силы пункта 4-го ст. 695⁵⁶ вполне

1) Ст. 148 Уст. о Пром.

2) Ст. 151 Уст. о Пром.

понятна, т. к. онъ относился только къ художественному произведенію, а теперь оно въ силу заявки стало вмѣстѣ съ тѣмъ и защищеннымъ фабричнымъ рисункомъ, а если воспроизведеніе частей художественнаго произведенія не нарушаетъ особенно сильно интересовъ автора, то положеніе будетъ совсѣмъ инымъ, когда авторъ самъ эксплуатируетъ произведеніе въ области промышленности. Съ другой стороны, предназначеніе произведенія для промышленныхъ цѣлей, совершенное безъ предварительной заявки, (напримѣръ, путемъ выпуска въ свѣтъ промышленныхъ издѣлій, изготовленныхъ по образцу даннаго произведенія) влечетъ за собой утрату авторомъ нѣкоторыхъ правъ, которыя принадлежали ему въ силу авторскаго права—именно, его произведеніе защищается теперь, подобно фотографіи, отъ всякаго воспроизведенія, за исключеніемъ воспроизведенія въ издѣліяхъ промышленныхъ, хотя бы цѣликомъ, а не только въ части. Поэтому подобное предназначеніе является какъ бы отказомъ автора отъ принадлежавшаго ему права запрещать всѣмъ и каждому пользоваться его произведеніемъ, какъ фабричнымъ рисункомъ или моделью. Такое юридическое значеніе предназначенія произведенія для промышленныхъ цѣлей, совершеннаго безъ предварительной заявки, опять таки не представляетъ ничего недопустимаго или несомвѣстимаго съ природой авторскаго права, т. к. наши законы объ авторскомъ правѣ знаютъ цѣлый рядъ аналогичныхъ по природѣ случаевъ. Такъ, авторское право на музыкальное произведеніе по статьѣ 695⁴⁷ заключаетъ въ себѣ и исключительное право на публичное исполненіе такого произведенія, но если композиторъ издастъ музыкальное произведеніе безъ обозначенія на каждомъ экземплярѣ запретительной отмѣтки, то онъ это исключительное право на публичное исполненіе теряетъ ¹⁾. То-же самое имѣетъ мѣсто и относительно исключительнаго права автора на переводъ литературнаго произведенія на другіе языки ²⁾.

III. Такова, по нашему мнѣнію, юридическая конструкція соотношенія авторскаго права и права на фабричные рисунки или модели по русскому праву. На основаніи этой общей конструкціи и приходится разрѣшать всѣ коллизіи, которыя возникаютъ между регламентаціей авторскаго права и нормами Устава о промышлен-

1) Ст. 695⁴⁸ т. X ч. I.

2) Ст. 695³³ т. X ч. I.

ности. Нѣкоторые изъ такихъ отдѣльныхъ случаевъ мы здѣсь и рассмотримъ.

Прежде всего, возникаетъ такой вопросъ—можетъ ли авторъ въ любой моментъ сдѣлать заявку и приобрести исключительное право пользоваться своимъ произведеніемъ, какъ фабричнымъ рисункомъ, или заявка можетъ быть сдѣлана только до появленія данного художественнаго произведенія въ свѣтъ? На первый взглядъ можетъ показаться, что законъ нашъ придерживается второй точки зрѣнія, т. к. ст. 148 Уст. о пром. говоритъ: „для обезпеченія за собой исключительнаго права пользования рисунками или моделями..... изобрѣтатель... обязанъ до опубликованія черезъ обращеніе въ продажу издѣлій, въ коихъ означенные рисунки или модели воспроизведены, или другимъ путемъ, заявить о нихъ порядкомъ, въ статьяхъ 149—151 установленномъ“; точно также и ст. 151 объявляетъ недѣйствительной заявку модели или рисунка не новаго, уже бывшаго въ употребленіи. Мы полагаемъ, однако, что слова „опубликованія другимъ путемъ“ и „бывшаго уже въ употребленіи“ означаютъ не всякое опубликованіе или употребленіе, а опубликованіе и употребленіе именно, какъ фабричнаго рисунка или модели. Догматически такое толкованіе находитъ себѣ основаніе, во первыхъ, въ томъ, что въ ст. 148 законъ въ качествѣ примѣра опубликованія приводитъ именно „обращеніе въ продажу издѣлій, въ коихъ означенные рисунки или модели воспроизведены“, а во вторыхъ, въ томъ, что ст. 151 говоритъ о заявкѣ „модели или рисунка не новаго, уже бывшаго въ употребленіи“, а не о заявкѣ художественнаго произведенія не новаго. Кромѣ того, противоположное толкованіе противорѣчило бы и всему сказанному нами выше о понятіи „предназначенія“ и о соотношеніи между авторскимъ правомъ и правомъ на рисунки и модели. Поэтому мы считаемъ вполне возможнымъ, что художникъ по прошествіи нѣкотораго времени послѣ выхода въ свѣтъ его произведенія сдѣлаетъ заявку и приобрететъ право эксплуатировать произведеніе, какъ фабричную модель. Но тогда возникаетъ слѣдующій вопросъ: если, пока заявки не было сдѣлано, промышленники помѣщали, на основаніи пункта 4-го статьи 695⁵⁶ т. X ч. I, части даннаго произведенія въ промышленныхъ издѣліяхъ, то лишаются ли они этого права послѣ заявки въ силу прим. 2-го къ статьѣ 151 Уст. о пром., или не лишаются?

Отвѣтъ на этотъ вопросъ, мнѣ кажется, довольно опредѣленно даетъ само примѣчаніе 2-ое къ ст. 151-ой, говорящее, что признается поддѣлкой всякое воспроизведеніе заявленнаго рисунка или модели вполнѣ, или „только частей оныхъ, составляющихъ сами по себѣ новостъ“. Изъ этихъ словъ видно, что воспроизведеніе частей воспрещается только тогда, когда онѣ сами по себѣ представляютъ новостъ, т. е. не эксплуатировались въ промышленности на законномъ основаніи, а т. к. въ нашемъ случаѣ подобная эксплуатація имѣла мѣсто, то слѣдовательно заявка цѣлага рисунка не препятствуетъ всѣмъ и каждому воспроизводить его части на промышленныхъ издѣліяхъ.

Далѣе, если истеченіе срока защиты права на рисунокъ или модель до истеченія срока защиты авторскаго права дѣлаетъ, какъ мы выше говорили, положеніе художественнаго произведенія подобнымъ положенію произведенія фотографическаго, т. е. защищеннымъ отъ всякаго воспроизведенія, за исключеніемъ воспроизведенія въ промышленныхъ издѣліяхъ, то спрашивается, какъ быть въ противоположномъ случаѣ, т. е. при истеченіи срока авторскаго права ранѣе истеченія срока защиты права на фабричный рисунокъ? Подобный случай, хотя въ дѣйствительной жизни рѣдко можетъ возникнуть, но все-же возможенъ—напримѣръ, наслѣдникъ художника за годъ до истеченія срока авторскаго права дѣлаетъ заявку произведенія, какъ фабричной модели, на 10 лѣтъ. Такъ какъ, дѣлая заявку, наслѣдникъ въ данномъ случаѣ осуществляетъ принадлежащее ему право, и т. к. законъ не говоритъ, что срокъ употребленія фабричнаго рисунка не можетъ продолжаться за предѣлы срока авторскаго права, то намъ кажется, что догматически надо признать въ данномъ случаѣ право на фабричный рисунокъ, какъ право самостоятельное и возникающее при соблюденіи спеціальныхъ, установленныхъ закономъ условій, продолжающимся независимо отъ прекращенія авторскаго права. Но вмѣстѣ съ тѣмъ нельзя отрицать, что такое рѣшеніе до известной степени противорѣчитъ той общей, установленной въ интересахъ общества, нормѣ авторскаго права, согласно которой по истеченіи 50 лѣтъ со дня смерти автора каждый можетъ воспроизводить произведеніе всѣми возможными способами. Поэтому съ точки зрѣнія политики права необходимо было бы установить ограниченіе срока права на фабричные рисунки срокомъ истеченія авторскаго права.

Такъ долженъ, по нашему мнѣнію, разрѣшаться догматически вопросъ о соотношеніи авторскаго права и права на фабричныя рисунки. Не касаясь вопроса, насколько такое рѣшеніе удовлетворяетъ требованіямъ политики права, мы думаемъ, что догматически только такимъ образомъ можно согласовать постановленія тома X ч. I съ правилами Устава о промышленности, пока послѣднія не отмѣнены въ законодательномъ порядкѣ.

Проф. Баронъ А. Симолинъ.

СПбГУ

Договоръ запродажи и его нормировка въ дѣйствующемъ русскомъ правѣ и Проектъ обязат. права.

Задачей настоящаго очерка является выясненіе понятія запродажи, какъ предварительнаго договора, отграниченіе его отъ купли-продажи и разсмотрѣніе соотношенія между тѣми формами, въ которыя облекается договоръ запродажи по дѣйствующему русскому праву. Отграниченія запродажи отъ другихъ смежныхъ договоровъ и деталей ея нормировки мы касаться не будемъ.

I.

Запродажа представляетъ собой предварительный договоръ о заключеніи въ будущемъ договора купли-продажи. Этотъ договоръ будетъ одностороннимъ, если только одна сторона обязуется, напр., продать свое имущество въ условленный срокъ по требованію другой стороны, а эта послѣдняя никакого обязательства на себя не беретъ; но запродажа можетъ быть и двустороннимъ договоромъ, когда обѣ стороны обязуются взаимно въ извѣстный срокъ совершить договоръ купли-продажи. Предварительные договоры, унаслѣдованные нами еще отъ римскаго права (*pacta de racto contrahendo*), необходимо прежде всего отличать отъ предварительныхъ переговоровъ, предшествующихъ заключенію сдѣлки для выясненія всѣхъ ея условій, но не обладающихъ связующей силой договора¹⁾. Предварительный договоръ, какъ

¹⁾ Въ послѣднее время въ литературѣ былъ выдвинутъ вопросъ о томъ, можетъ ли лицо, вступившее съ кѣмъ-либо въ предварительные переговоры по поводу заключенія извѣстной сдѣлки, прервать ихъ совершенно произвольно, хотя бы они шли въ желательномъ для него направленіи, и никакихъ серьезныхъ причинъ для перерыва переговоровъ не было, и если при этомъ другая сторона понесла значительные расходы, надѣясь, что обсуждаемая сдѣлка будетъ заключена (см. статьи Гиршбанда, Проблема преддоговорной отвѣтственности, „Право“ 1912 г., № 43 и Синайскаго, Первые страницы русскаго законопроекта обяз. права, „Юридическій Вѣстникъ“ 1914 г., кн. I (V). Входитъ въ обсужденіе этого вопроса мы не

таковой, имѣть эту связующую силу, но его характерное отличие отъ всѣхъ другихъ договоровъ состоитъ въ томъ, что онъ направленъ не на какое-либо предоставленіе или дѣйствіе, а только на заключеніе другого договора—купли-продажи, найма, товарищества, издательскаго договора и проч. Цѣль совершенія подобныхъ договоровъ заключается въ томъ, что одинъ или оба контрагента, не желая въ данный моментъ связывать себя обѣщаніемъ какого-либо дѣйствія или предоставленія, обезпечиваютъ себѣ возможность въ теченіе извѣстнаго срока вступить въ тотъ или иной договоръ; если сторона, обязавшаяся вступить въ договоръ, не пожелаетъ впоследствии этого сдѣлать, то принудить ее къ этому, конечно, нельзя, такъ какъ договоръ основывается на свободномъ волеизъявленіи, но потерпѣвшая сторона въ такомъ случаѣ получаетъ, въ силу предварительнаго договора, право требовать возмѣщенія ей ущерба, причиненнаго неисполненіемъ такового. Къ подобнаго рода предварительнымъ договорамъ, влекущимъ указанныя послѣдствія, принадлежитъ и запродажа.

Различіе запродажи отъ купли-продажи состоитъ въ томъ, что по первому договору на одну или обѣ стороны возлагается обязанность заключить современемъ окончательный договоръ, а по второму одна сторона обязуется передать вещь, а другая уплатить за нее условную цѣну. По договору купли-продажи, согласно дѣйствующему русскому праву, собственность переходитъ уже въ моментъ соглашенія ¹⁾, по договору запродажи собственность остается за запродавшимъ данную вещь. Неправильно видѣть единственное отличіе въ томъ, что запродавшій можетъ быть не собственникомъ запродаваемой вещи, такъ какъ эта отличительная черта отпадаетъ, когда за продается собственная вещь контрагента.

имѣемъ здѣсь возможности; онъ имѣетъ извѣстный практическій интересъ, напр., въ сдѣлкахъ по покупкѣ большихъ земельныхъ имуществъ, рудниковъ, розсыпей, крупныхъ промышленныхъ предприятий, и заслуживаетъ самостоятельнаго изслѣдованія. Къ нашей темѣ этотъ вопросъ прямого отношенія не имѣетъ, такъ какъ онъ связанъ съ общей борьбой противъ широкаго примѣненія принципа „*neminem laedit, qui jure suo utitur*“ и возмѣщеніе ущерба отъ неосновательнаго перерыва предварительныхъ переговоровъ во всякомъ случаѣ можетъ быть построено только на началахъ вѣдъ договорной отвѣтственности; мы же будемъ обсуждать вопросъ о силѣ и послѣдствіяхъ запродажи именно какъ договора, отличающагося отъ всѣхъ другихъ договоровъ только особенностью въ характерѣ исполненія.

1) Зак. Гражд., ст. 711, 1513, 1514; рѣш. гр. касс. деп. 1869 г. № 462, 1875 г. № 915, 1880 г. № 94 и 288 и др.

Различіе купли-продажи отъ запродажи ясно сказывается въ характерѣ исполненія обоихъ договоровъ. Въ то время, какъ при куплѣ-продажѣ исполненіе заключается, прежде всего, въ передачѣ вещи и платежѣ за нее вознагражденія, при договорѣ запродажи все исполненіе состоитъ въ заключеніи новаго, окончательнаго, договора—именно договора купли-продажи. Требовать на основаніи запродажи передачи запродажной вещи нельзя, такъ какъ лицо запродавшее къ этому не обязывалось. Купля-продажа индивидуально-опредѣленной вещи допускаетъ принудительное исполненіе договора, т. е. отобраніе у продавца купленной вещи (Зак. Гр., ст. 1513), запродажа, по самому существу своему, такого понудительнаго исполненія не допускаетъ.

Въ чемъ можетъ выразиться принудительное исполненіе по предварительному договору. Только въ томъ, чтобы заставить должника по нему вступить въ новый, главный договоръ. Но договоръ, какъ это признается всеми законодательствами, можетъ быть заключенъ только по свободному согласію сторонъ, и потому никакое принужденіе, хотя бы судебное, здѣсь недопустимо. У человѣка, обязавшагося передать какую-либо вещь, можно ее принудительно отобрать; въ случаѣ неисполненія лицомъ, обязавшимся выполнить какую-либо работу, другой сторонѣ можетъ быть разрѣшено выполнить эту работу своими средствами за счетъ должника, такъ какъ принудить его самого къ дѣйствию нельзя; по существу такое рѣшеніе и явится присужденіемъ къ возмѣщенію ущерба, причиненнаго неисправностью должника. Тѣмъ болѣе нельзя заставить человѣка сдѣлать какое-либо волеизъявленіе, и онъ можетъ быть присужденъ въ случаѣ неисправности по предварительному договору только къ возмѣщенію ущерба. Въ этомъ отношеніи совершенно правильно постановляетъ Code civil въ ст. 1142 „Всякое обязательство что либо дѣлать или не дѣлать, въ случаѣ неисполненія со стороны должника, превращается въ обязательство вознаградить за вредъ и убытки“. Здѣсь „обязательство сдѣлать что либо“, противопоставленное „обязательству что либо дать“, нормируемому ст. 1136 Code civil, несомнѣнно обнимаетъ собой и обязательство сдѣлать волеизъявленіе.

Тотъ взглядъ на запродажу, который мы проводимъ, встрѣчается въ наше время немного сторонниковъ. Въ русской, какъ и во французской литературѣ, раздаются голоса въ пользу того,

что запродажа въ томъ случаѣ, когда лицо которому вещь была запродана, выражаетъ окончательное желаніе ее купить, превращается автоматически въ договоръ купли-продажи, и лицо запродавшее становится продавцомъ, а, слѣдовательно, несетъ тѣ же обязанности, какъ и этотъ послѣдній. Представителемъ этого взгляда въ русской литературѣ является нынѣ покойный сен. Исаченко. Анализируя природу предварительныхъ договоровъ, въ частности договора о будущемъ займѣ, Исаченко совершенно правильно указываетъ, что такой договоръ надо ограничивать отъ самаго займа и что къ спорамъ, изъ него возникающимъ, должны быть примѣняемы не постановленія о займѣ, а общія правила объ исполненіи договоровъ ¹⁾.

Но въ дальнѣйшемъ онъ приходитъ къ выводамъ, съ которыми мы не можемъ согласиться. Обращаясь къ обсужденію вопроса о послѣдствіяхъ уклоненія обязаннаго контрагента по предварительному договору отъ вступленія въ новый договоръ, Исаченко считаетъ, что здѣсь возникаетъ контраверза между статьями 569—570 Зак. Гражд. и ст. 700 Зак. Гражд. ²⁾ „Если . . . руководствуясь первымъ изъ приведенныхъ правилъ, судъ въ удовлетвореніе иска одного изъ кредиторовъ, постановитъ рѣшеніе объ обязаніи уклоняющагося отъ исполненія договора совершить, напр., купчую крѣпость, какъ онъ обязался, то, во-первыхъ, сдѣлка купли-продажи будетъ совершена не по свободному произволу, а по принужденію, что явно противно закону, и, во-вторыхъ, какъ исполнить такое рѣшеніе, если отвѣтчикъ не пожелаетъ подчиниться ему“ ³⁾. Авторъ указываетъ на то, что въ дореформенное

1) В. Л. Исаченко, Обязательства по договорамъ, Пгр., 1914 г., т. II, § 286.

2) Ст. 569: „Всякій договоръ и всякое обязательство, правильно составленные налагаютъ на договаривающихся обязанность ихъ исполнить“.

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

Ст. 700: „Всѣ способы пріобрѣтенія правъ, закономъ опредѣленные тогда только признаются дѣйствительными, когда они утверждаются на непринужденномъ произволѣ и согласіи“.

Неудачное выраженіе ст. 700 Свода Зак. Гражд. не должно вводить въ заблужденіе, такъ какъ по п. 4 ст. 699 Зак. Гражд. къ способамъ пріобрѣтенія правъ относятся „договоры и обязательства“.

Въ развитіе ст. 700 ст. 701 постановляетъ: „Произволъ и согласіе должны быть свободны. Свобода произвола и согласія нарушается: 1) принужденіемъ, 2) подлогомъ“.

3) Исаченко, ук. соч., т. I, § 11.

время Пр. Сенатъ обязывалъ въ такихъ случаяхъ продавца передать покупщику запроданное имѣніе, а при отказѣ его подписать купчую крѣпость—покупщику выдавалась данная. Дореформенный Сенатъ въ послѣдніе годы, а затѣмъ и Кассационный Сенатъ отъ этой практики, въ виду противорѣчія ея ст. 700 Зак. Гражд., отказался и призналъ, что послѣдствіемъ нарушенія договора запродажи, а, слѣдовательно, и другихъ предварительныхъ договоровъ можетъ быть взысканіе неустойки или возмѣщеніе убытковъ ¹⁾. По этому поводу Исаченко, противорѣча только что цитированному его мнѣнію о явной несогласованности принудительнаго заключенія сдѣлки съ закономъ, заявляетъ, что въ такомъ случаѣ „продавецъ, добровольно принявшій на себя обязанность совершить договоръ продажи, въ правѣ, хотя по условіямъ запродажи онъ не говорилъ себѣ права отказаться отъ исполненія сей обязанности, всегда уклониться отъ передачи покупщику имѣнія, какъ будто правило 570 ст. не для него писано“ ²⁾.

Аргументація странная и совершенно неправильная. Запродажа, какъ и другіе предварительные договоры, направлена еще не на передачу имущества, а на заключеніе окончательнаго договора, и это единственный способъ исполненія договора запродажи. Слѣдовательно, если запродавшій, вопреки ст. 569 Зак. Гражд., предварительнаго договора не исполнитъ, другая сторона можетъ, согласно ст. 570 Зак. Гражд., потребовать себѣ удовлетворенія въ формѣ возмѣщенія нанесеннаго ей ущерба. Правила ст. 570 и 700 ни въ какой коллизіи другъ съ другомъ не стоятъ. Если-бы запродавшій былъ „въ правѣ“ уклониться отъ исполненія своихъ обязанностей, то съ него нельзя было бы требовать и возмѣщенія ущерба. Исаченко считаетъ возможнымъ, въ случаѣ отказа запродавшаго заключить договоръ купли-продажи, выдавать „покупщику“ купчую съ надписью суда (по аналогіи съ правиломъ ст. 1083 Уст. гр. суд.). Но для этого въ нашемъ законѣ почвы не имѣется, такъ какъ ст. 570 Зак. Гр. говоритъ о требованіи удовлетворенія отъ „лица обязавшагося“.

На той же точкѣ зрѣнія какъ и Исаченко, стоятъ современные французскіе юристы. Здѣсь, отклоняясь нѣсколько въ сторо-

¹⁾ Рѣш. гр. касс. деп. 1868 г. № 883, 1869 г. № 462, 1871 г. № 378 и др.

²⁾ Исаченко, ук. соч., т. I, стр. 11.

ну, мы должны остановиться вообще на разсмотрѣннн положенія вопроса о запродажѣ во французскомъ правѣ.

Существуетъ взглядъ, согласно которому французское право приравниваетъ запродажу къ куплѣ-продажѣ и присваиваетъ запродажѣ тѣ же послѣдствія, какъ и куплѣ-продажѣ. Въ подтвержденіе этого ссылаются на ст. 1589 Code civil, которая гласитъ:

„Обѣщаніе продать равносильно самой продажѣ, если состоялось взаимное обѣихъ сторонѣ соглашеніе относительно предмета и цѣны“.

Но ст. 1589 не говоритъ о запродажѣ вообще, а имѣетъ въ виду ее только какъ двусторонній договоръ. Договоръ запродажи былъ извѣстенъ и старому французскому праву, но тогда неисполненіе его влекло за собой только уплату убытковъ ¹⁾; право собственности не переходило. Составители Code civil признали неудобнымъ, разъ состоялось соглашеніе о цѣнѣ и предметѣ и обоюдное соглашеніе продать и купить, дать возможность сторонѣ отступить отъ договора и заплатить только убытки, и потому признали за такимъ двустороннимъ договоромъ запродажи ту же силу, какъ и за куплей-продажей, т. е. другими словами отвергли возможность заключенія двусторонняго предварительнаго договора о куплѣ-продажѣ. Но односторонняго договора запродажи ст. 1589 не касается, и французскіе юристы, какъ и французская практика, признаютъ ея дѣйствительность, съ одной стороны, и ея самостоятельное отличное отъ купли-продажи, значеніе съ другой стороны ²⁾. Planiol опредѣляетъ запродажу, какъ односторонній договоръ, по которому одна сторона обязуется продать извѣстную вещь, причемъ другая непосредственно не обязывается ее купить, т. е. какъ договоръ, на основаніи котораго, если захочетъ другая сторона, будетъ заключенъ окончательный договоръ купли-продажи ³⁾. Если запродавший, въ нарушение своего обязательства продастъ вещь третьему лицу, послѣднее станетъ собственникомъ проданной вещи; предъ своимъ контрагентомъ по договору запродажи лицо запродавшее отвѣтитъ только возмѣщеніемъ убытковъ ⁴⁾.

1) Guillaouard, Traité de la vente et de l'échange, 2 éd., Paris, 1890, t. I, p. 83—87.

2) Planiol, Traité élém. du droit civil, 6 éd., P. 1912, t. II, § 1399.

3) Planiol, ibid., § 1401.

4) Planiol, ibid., § 1403.

Когда контрагентъ по запродажѣ потребуеть ея исполненія, долженъ быть совершенъ актъ купли-продажи.

Контрагентъ по запродажѣ становится собственникомъ вещи только съ момента заключенія окончательнаго договора. Нельзя, говоритъ Planiol, конструировать запродажу какъ договоръ купли-продажи подъ суспензивнымъ условіемъ согласія покупателя, такъ какъ для этого не хватаетъ необходимаго элемента купли-продажи—согласія другой стороны¹⁾.

Итакъ, французскіе юристы, какъ мы видимъ, даютъ ту же конструкцію запродажи, какую мы дали выше. Но говоря о послѣдствіяхъ неисполненія ея, они становятся на точку зрѣнія, противоположную отстаиваемой нами. Разсматривая вопросъ о томъ, какъ быть, если запродавшій въ моментъ согласія контрагента отказывается отъ заключенія купли-продажи, т. е. имѣетъ ли послѣдній право требовать передачи ему за проданной вещи въ натурѣ, или ему принадлежитъ только искъ объ убыткахъ, Planiol приходитъ къ тому выводу, что обѣщаніе продать съ момента выраженія другимъ контрагентомъ согласія купить вещь, превращается въ самый договоръ продажи, такъ какъ для него только согласія покупателя и недоставало²⁾. До изданія Code civil, указываеетъ онъ, трудности возникали въ этомъ отношеніи потому, что запродавшій обязывался совершить въ будущемъ извѣстное дѣйствіе—подписать договоръ купли-продажи. Заставить его это сдѣлать было нельзя, какъ вообще заставить что либо дѣлать. Однако, суды находили выводъ изъ этого положенія въ томъ, что сами ставили подпись вмѣсто неисправнаго запродавца; мотивировалось это необходимостью поддержать добросовѣстность оборота и заставить стороны исполнять договоры. Съ появленіемъ ст. 1589 Code civil, по мнѣнію Planiol, дѣло упростилось: если запродавецъ отказывается передать вещь, нужно обратиться къ суду; но суды уже не должны присуждать его къ заключенію договора; удостовѣрившись въ существованіи запродажи и согласія на приобрѣтеніе вещи другимъ лицомъ, суды прямо постановляютъ, что договоръ купли-продажи налицо и за проданная вещь принадлежитъ контрагенту.

Увы, всѣ доводы защитниковъ противнаго нашему взгляда

1) Planiol, *ibid*, § 1404—1405.

2) Planiol, *ibid*, § 1406.

на послѣдствія неисполненія запродажи кажутся намъ малоубѣдительными, а главное, юридически неправильными. Planiol, Guillaouard, Исаченко сами опредѣляютъ запродажу какъ договоръ о заключеніи въ будущемъ другого договора. Слѣдовательно, прежде чѣмъ собственникъ, желающій въ будущемъ продать вещь, станетъ „продавцомъ“, а лицо, желающее ее приобрести, „покупателемъ“—имъ надо будетъ заключить два договора: первый—запродажу, которымъ стороны, не желающія почему либо въ данный моментъ обязываться къ переходу собственности на вещь, гарантируютъ себѣ эту возможность въ будущемъ и второй—окончательный договоръ купли-продажи.

Запродавшая сторона, если откажется потомъ продать вещь, поплатится за это неустойкой, если это было обусловлено, или возвращеніемъ задатка въ двойномъ размѣрѣ, если онъ былъ выданъ, или же возмѣщеніемъ ущерба на общихъ основаніяхъ. Если же запродавший, на предложеніе другого контрагента вступить въ условленный договоръ, отвѣтитъ согласіемъ, то налицо будетъ договоръ купли-продажи со всѣми его послѣдствіями. Только къ такимъ выводамъ и можетъ привести конструкція запродажи, какъ договора о договорѣ. Говорить же, что запродажа съ момента изъявленія желанія другого контрагента, автоматически превращается въ договоръ купли-продажи, значитъ противорѣчить самому себѣ и превращать запродажу въ связующую оферту.

Намъ могутъ возразить, что потребности жизни нельзя приносить въ жертву отвлеченнымъ юридическимъ конструкціямъ, что необходимость заключенія двухъ договоровъ стѣсняетъ оборотъ и поощряетъ недобросовѣстность и т. п. Но эти возраженія или бьютъ дальше цѣли или они не оправдываются жизнью. Что право должно идти за жизнью, а не укладывать ее въ Прокрустово ложе изжитыхъ понятій, мы, конечно, глубоко сознаемъ. Но предварительные договоры еще не утратили своей *raison d'être*, и ихъ существованіе признали и творцы новѣйшихъ зап.-европейскихъ кодексовъ, равно какъ и нашего проекта гр. уложенія. Въ частности же, что касается русской жизни, то нотаріальная практика можетъ подтвердить громадное количество запродажныхъ, совершаемыхъ у насъ по поводу недвижимостей. Если намъ и на это возразятъ, что запродажа недвижимостей вызывается, главнымъ образомъ, формализмомъ купли-продажи этихъ послѣднихъ,

то вѣдь юридическая конструкція запродажи, какъ договора о договорѣ, отъ этого нисколько не измѣнится. Тотъ аргументъ, что необходимостъ заключать новый договоръ и возможность для запродавшаго отказаться отъ вступленія въ него поощряютъ недобросовѣстность запродающихъ, убѣдительно менѣе всего. Объ этомъ можно было бы говорить, если бы запродавшій имѣлъ право отступиться отъ запродажи, не рискуя ничѣмъ, если бы, выражаясь словами Исаченко, правило ст. 569—570 нашихъ Зак. Гражд. для него не было писано. Но оно именно писано и для него и, если онъ не исполняетъ договора, онъ долженъ дать „удовлетвореніе“ въ другой формѣ, въ какой—мы говорили выше. А разъ отказъ отъ договора не можетъ пройти безнаказанно, то едва ли можно говорить, что сохраненіе прежней конструкціи запродажи ведетъ къ развитію недобросовѣстности. Если часть запродающихъ и злоупотребляетъ возможностью не вступать въ условленный договоръ продажи, то въ равной мѣрѣ всякія злоупотребленія возможны и въ другихъ договорахъ. Лицо, обязавшееся поставить извѣстное количество хлѣба другому, можетъ предпочесть не исполнить этотъ договоръ и поставить его третьему лицу, а первоначальному контрагенту заплатить только убытки. Домохозяинъ, сдавшій квартиру одному лицу, можетъ потомъ за болѣе выгодную цѣну сдать ее другому, возвративъ задатокъ первому контрагенту. Такихъ примѣровъ можно привести безъ конца. Для борьбы съ ними у законодателя есть всякія средства: онъ можетъ ввести штрафную неустойку, обязанность возмѣщенія не только прямыхъ, но и косвенныхъ убытковъ и т. д. Но заставлять собственника передавать вещь въ собственность другому лицу по договору, по которому онъ этого не обязывался дѣлать, намъ представляется неправильнымъ, такъ какъ основной принципъ свободы вступленія въ договоръ долженъ быть соблюдаемъ, пока къ отступленію отъ него нѣтъ серьезныхъ основаній, а таковыхъ въ обсуждаемой нами области мы не видимъ ¹⁾.

Установивъ юридическую конструкцію запродажи, мы обратимся къ разсмотрѣнію вопроса о номировкѣ запродажи по дѣйствующему русскому праву.

¹⁾ На ту же точку зрѣнія, которую мы отстаиваемъ, стали и редакторы Проекта обяз. права 1913 г. (см. главу III).

II.

Опредѣленіе договора запродажи и нормировку его содержанія даетъ ст. 1679 Зак. Гражд.: „Договоромъ запродажи одна сторона обязывается продать другой къ назначенному времени недвижимое или движимое имущество. При семъ означается и самая цѣна, за которую должна быть учинена продажа, и количество неустойки, если договаривающіяся стороны найдутъ полезнымъ оную договоръ свой обезпечить“.

Такимъ образомъ, нашъ законъ, опредѣляя запродажу, какъ обязательство продать—т. е. совершить къ извѣстному сроку договоръ купли-продажи, понимаетъ подъ нимъ именно предварительный договоръ.

На первый взглядъ, ст. 1679 говоритъ, только объ одностороннемъ обязательствѣ продать, но это только неудачно выраженная мысль закона. Запродажа можетъ быть какъ одностороннимъ, такъ и двустороннимъ договоромъ. Косвеннымъ подтвержденіемъ этого служатъ ст. 1686 п. 2 и ст. 1688. Первая говоритъ о томъ, что задаточная расписка должна содержать въ себѣ... опредѣленіе условій, на основаніи коихъ стороны согласились заключить между собою договоръ продажи. Вторая говоритъ о послѣдствіяхъ отказа отъ совершенія купчей крѣпости или запродажной записи по винѣ покупателя. Если бы трактовать договоръ запродажи только какъ одностороннее обязательство продавца, то нельзя было бы говорить о взаимномъ согласіи сторонъ заключить между собой договоръ купли-продажи или объ отказѣ отъ совершенія его по винѣ покупателя, такъ какъ если обязанъ одинъ продавецъ, то другая сторона свободна отъ всякихъ обязательствъ и ни о какой ея винѣ не можетъ быть и рѣчи.

Слѣдовательно, постановленія дѣйствующаго законодательства относятся какъ къ одностороннимъ, такъ и къ двустороннимъ договорамъ запродажи. Неправильна только терминологія закона въ тѣхъ случаяхъ, когда онъ говоритъ въ постановленіяхъ о запродажѣ о „продавцѣ“ или „покупщикѣ“. Пока договоръ купли-продажи не заключенъ, нѣтъ ни продавца, ни покупателя. Одна сторона есть лицо, обязавшееся продать, другая—лицо обязавшееся купить, или, если налицо только одностороннее обязатель-

ство продать, —лицо, которому другая сторона обѣщалась продать. Правильнѣе поступаетъ законъ, когда именуетъ стороны въ договорѣ продажи лицами, „условившимися о продажѣ“.

Къ числу необходимыхъ элементовъ договора продажи законы гражданскіе относятъ обозначеніе предмета будущей купли-продажи, цѣны его и срока, въ который купля-продажа должна быть совершена. Продажа, заключенная безъ установленія хотя бы одного изъ этихъ условій, не имѣетъ силы, такъ какъ это лишаетъ договоръ необходимой опредѣленности. Включеніе остальныхъ, произвольныхъ, условій въ продажу законъ предоставляетъ на волю сторонъ (Зак. Гр. ст. 1679). Правило о необходимости назначенія въ продажѣ срока заключенія купли-продажи подтверждается и ст. 1682, которая предписываетъ установленіямъ, совершающимъ продажную запись, строго наблюдать за тѣмъ, чтобы въ нихъ были обозначены этотъ срокъ.

Въ рѣшеніи гражд. касс. деп. 1891 г. № 35 Сенатъ призналъ, что упущеніе означенія срока не дѣлаетъ продажу недействительной, и что въ такомъ случаѣ продажа заключается до востребованія. Но такой выводъ не соответствуетъ прямому смыслу закона, да и на практикѣ подобныя безсрочныя продажныя записи встрѣчаются сравнительно рѣдко.

Согласно ст. 1684, по одной продажной записи, безъ совершенія послѣ нея купчей крѣпости, запрещается допускать ко владѣнію недвижимымъ имѣніемъ. Въ случаѣ доказанной передачи владѣнія имѣніемъ по продажной записи до совершенія купчей, взыскиваются въ штрафъ съ продавца и покупателя поровну крѣпостныя по продажной цѣнѣ имѣнія пошлины, независимо отъ пошлинъ, подлежащихъ уплатѣ при совершеніи купчей крѣпости. Это запрещеніе допускать ко владѣнію имѣніемъ на основаніи одной продажной записи преслѣдуетъ, главнымъ образомъ фискальныя цѣли, т. е. стремится предупредить тѣ случаи, когда стороны, не желающія въ данное время нести крупный расходъ по совершенію купчей крѣпости, заключаютъ подъ видомъ продажи куплю-продажу и продавецъ передаетъ имущество во владѣніе покупателя съ тѣмъ, что при наступленіи возможности будетъ совершена купчая крѣпость. Теоретически мысль, выраженная въ ст. 1684, также правильна, такъ какъ продажа обязываетъ не къ передачѣ имѣнія, а только

къ заключенію договора купли-продажи. Запродажа и послѣ уплаты этого штрафа не превращается въ договоръ купли-продажи; при заключеніи послѣдней крѣпостныя пошлины взыскиваются снова.

Ст. 1680 устанавливаетъ, что запродажа недвижимости должна быть облечена въ письменную форму, а именно въ форму акта, именуемаго „запродажной записью“, которая можетъ быть совершена и домашнимъ порядкомъ (ст. 1683) ¹⁾. Въ запродажной записи должны быть обозначены все условія будущаго договора купли-продажи, срокъ его заключенія, обязанности, принятыя на себя сторонами, и мѣры обезпеченія на случай неисправности одной изъ сторонъ (ст. 1681 и 1682). Въ ст. 1681 законъ говоритъ какъ будто только о двустороннемъ договорѣ запродажи, но это объясняется тѣмъ, что источникомъ ст. 1681 является законъ 7 іюня 1854 г. (И. С. З. 28323), впервые введшій въ законъ *expressis verbis* понятіе двусторонняго предварительнаго договора о куплѣ-продажѣ, тогда какъ одностороннее обѣщаніе продать уже раньше нормировалось закономъ. Поэтому слова ст. 1681, что въ запродажной записи должны быть означены „взаимно принятыя на себя“ сторонами обязанности не должны вводить въ заблужденіе, и если заключается односторонній договоръ запродажи, то въ немъ, разумѣется, означается только обязанность запродающаго совершить купчую на опредѣленныхъ условіяхъ. Съ другой стороны и по одностороннему договору запродажи на другую сторону могутъ быть возложены условно извѣстныя обязанности, что, однако, не мѣняетъ его характера. Такъ стороны могутъ внести въ запродажную запись постановленіе о томъ, что въ случаѣ, если стороны вступятъ въ условленный срокъ въ договоръ купли-продажи, то издержки по совершенію купчей распредѣляются между ними поровну и т. п.

Послѣдствія неисполненія договора запродажи въ томъ случаѣ, когда онъ былъ облеченъ въ форму запродажной записи, нашими законами гражданскими особо не нормируются, и здѣсь имѣютъ примѣненіе уже цитированныя нами выше постановле-

¹⁾ Такъ толкуетъ теперь ст. 1683, и Пр. Сенатъ (рѣш. гр. касс. деп. 1873 г. № 1376, 1874 г. № 44, 1876 г. № 362, 568 и др.), отказавшійся отъ прежней неправильной точки зрѣнія, выраженной въ рѣшеніяхъ 1868 г. № 883, 1870 г. № 647, 1871 г. № 1200, что незасвидѣтельствованная запродажная запись недействительна.

ніа ст. 700 и 701, съ одной стороны, и ст. 569 и 570, съ другой. Въ главѣ же о запродажѣ только ст. 1682 содержитъ постановленіе, что по истеченіи назначеннаго на продажу имѣнія срока, запродажная запись, въ отношеніи обязанности совершить купчую крѣпость, считается ничтожною. Такимъ образомъ, по истеченіи этого срока, если договоръ купли-продажи не былъ заключенъ по винѣ обязанной стороны (при односторонней запродажѣ) или по винѣ одной изъ сторонъ при двусторонней запродажѣ, потерпѣвшая сторона пріобрѣтаетъ право требовать возмѣщенія причиненнаго ей этимъ ущербомъ или неустойки, если таковая была обусловлена въ запродажной. Принужденіе къ совершенію купли-продажи совершенно правильно отвергается нашимъ Сенатомъ, рѣшенія котораго мы приводили выше ¹⁾.

Относительно того, имѣетъ ли потерпѣвшая сторона право, если въ договорѣ не указаны ни задатокъ, ни неустойка или другое обезпеченіе, требовать возмѣщенія ущерба на общихъ основаніяхъ, въ литературѣ высказывалось сомнѣніе, въ виду того, что ст. 1681 требуетъ подробнаго означенія въ запродажной записи этихъ мѣръ обезпеченія. Но ст. 1681, по нашему мнѣнію, требуетъ этого подробнаго означенія только въ интересахъ самихъ сторонъ, такъ какъ оно придаетъ сдѣлкѣ большую крѣпость, освобождаетъ стороны отъ обязанности доказывать убытки, но во всякомъ случаѣ она не лишаетъ ее права это дѣлать. Теперь со введеніемъ ст. 135 и 706¹ Уст. Гр. Суд. взысканіе этихъ убытковъ значительно облегчено.

Если договоръ купли-продажи не былъ заключенъ въ теченіе условленнаго въ запродажѣ срока безъ вины обязанной стороны, то запродажная запись теряетъ свою силу, и другая сторона лишается права требовать заключенія купли-продажи, а также и убытковъ отъ неисполненія договора запродажи.

Все сказанное нами о послѣдствіяхъ неисполненія запрода-

¹⁾ Кассо въ своей статьѣ „Запродажа и задатокъ“ (Журн. Мин. Юст. 1903 г. № 5 и отд. оттискъ) протестуя противъ отстаиваемой нами точки зрѣнія, пытается опереться на слова ст. 1682 „обязанность совершить купчую крѣпость“ (стр. 14), но такое толкованіе ихъ ошибочно. Лицо, запродавшее какое либо имущество, конечно, обязуется вступить въ договоръ купли-продажи, въ исполненіи этой его обязанности весь смыслъ запродажи, но характерная особенность такого рода обязанностей, что къ ихъ исполненію нельзя принудить въ виду постановленія ст. 700 и 701, а можно замѣнить только возмѣщеніемъ ущерба.

жи недвижимости относится въ равной мѣрѣ и къ запродажѣ движимости, которая по нашему закону также должна совершаться на письмѣ (ст. 1690), хотя окончательный договоръ—купля-продажа движимости не требуетъ письменнаго удостовѣренія.

До сихъ поръ мы говорили о запродажѣ и послѣдствіяхъ ея неисполненія, имѣя въ виду тотъ случай, когда этотъ договоръ сопровождается выдачей запродажной записи. Запродажная записъ является, такъ сказать, нормальной формой, въ которую облакается договоръ запродажи при его заключеніи. На практикѣ имѣютъ большое распространеніе другіе письменные акты, свидѣтельствующіе о заключеніи договора запродажи. По ст. 1685, если условившіеся о продажѣ пожелаютъ до совершенія купчей или формальной запродажной обезпечить свое предварительное условіе задаткомъ, то получившій таковой долженъ выдать другой сторонѣ расписку. Содержаніе этой расписки опредѣляется ст. 1686-ой, а именно она должна содержать въ себѣ: 1) время и мѣсто ея выдачи; 2) опредѣленіе условій, на основаніи коихъ стороны согласились заключить между собой въ будущемъ договоръ купли-продажи; 3) обозначеніе того формальнаго акта (купчей крѣпости или запродажной записи), совершеніе котораго стороны обезпечили задаткомъ и срока, въ теченіе котораго этотъ актъ долженъ быть совершенъ, причемъ этотъ срокъ не можетъ быть долѣе года со дня выдачи расписки; 4) объявленіе запродавшей стороны (законъ неправильно называетъ его продавцомъ), что она по соглашенію о (будущей) продажѣ ею такого то недвижимаго имѣнія такому то лицу, за такую то цѣну, получила отъ него извѣстную сумму въ задатокъ, и 5) подпись лица, получившаго задатокъ.

Какъ видно изъ п. 4 ст. 1686, задаточныя расписки выдаются исключительно при запродажѣ недвижимости ¹⁾ и при томъ только въ томъ случаѣ, когда запродажа является двустороннимъ договоромъ или одностороннимъ обѣщаніемъ купить, такъ какъ при запродажѣ въ узкомъ смыслѣ слова, т. е. одностороннемъ обѣщаніи продать, обязанной стороной является только запродавецъ, и задатокъ можетъ исполнять штрафную функцію только въ отношеніи него, а, слѣдовательно, не могутъ наступить по-

¹⁾ Ср. также рѣшенія гр. касс. деп. 1869 г. № 1127, 1873 г. № 258, 1876 г. № 16 и 286.

слѣдствія, указанныя въ ч. 2 ст. 1688. При введеніи задаточныхъ расписокъ законъ имѣлъ въ виду дать сторонамъ возможность обезпечить себя еще до совершенія формальной запродажной, а вмѣстѣ съ тѣмъ и предоставить имъ въ извѣстныхъ случаяхъ обходиться безъ формальной запродажной и непосредственно, на основаніи неформальнаго „предварительнаго условія“, приступить къ заключенію окончательнаго договора купли-продажи. Поэтому, если стороны, заключивъ договоръ запродажи, пожелаютъ облечь его въ нотаріальную форму, то задаточная расписка, выданная въ моментъ заключенія договора, имѣетъ силу только до совершенія формальной запродажной, послѣ чего сумма задатка заносится въ запродажную запись, и въ случаѣ неисполненія договора запродажи наступаютъ послѣдствія, въ немъ указанныя. Эта ненужная, казалась бы, замѣна одного документа другимъ съ почти тождественнымъ содержаніемъ можетъ, однако, имѣть очень важное значеніе для сторонъ. Дѣло въ томъ, что законъ требуетъ обязательнаго обозначенія въ запродажной записи срока, въ который долженъ быть заключенъ договоръ купли-продажи, причемъ никакихъ ограниченій въ установленіи предѣловъ этого срока законъ не содержитъ. Въ задаточной распискѣ самое обозначеніе срока для совершенія формальной запродажной предоставляется усмотрѣнію сторонъ, но онъ не можетъ быть далѣе года, и, такимъ образомъ, былъ ли обозначенъ срокъ или нѣтъ, стороны обязаны совершить условленный формальный актъ въ теченіе года. Слѣдовательно, при неформальномъ заключеніи договора, сопровождающемся выдачей задаточной расписки, стороны могутъ и не устанавливать срока, въ которой ими долженъ быть заключенъ договоръ купли-продажи, а установить только срокъ для облечения запродажи въ нотаріальную форму или даже это обойти молчаніемъ. Въ такомъ случаѣ онѣ обязаны будутъ до истеченія годичнаго срока со дня заключенія договора только облечь его въ форму нотаріальной запродажной записи и въ этой послѣдней онѣ должны уже опредѣленно назначить срокъ для заключенія договора купли-продажи. Такимъ образомъ, если стороны, заключая запродажу, не могутъ еще выяснитъ срока, когда онѣ получаютъ возможность заключить окончательный договоръ, то имъ предоставляется условиться объ облеченіи запродажной въ нотаріальную форму, обезпечивъ себя до этого времени задаточной распиской.

Другое дѣло, конечно, если стороны не захотятъ облекать запродажную въ нотаріальную форму, а пожелаютъ прямо приступить въ послѣдствіи къ заключенію окончательнаго договора купли-продажи. Тогда, во первыхъ, задаточная расписка замѣнитъ собой запродажную запись, и, во вторыхъ, стороны будутъ обязаны въ срокъ не долѣе года приступить къ совершенію купчей крѣпости.

Такимъ образомъ, задаточная расписка, по смыслу нашего закона, можетъ играть двойную роль. Это, однако, почти ни отмѣчено въ нашей литературѣ, хотя Пр. Сенатъ нѣсколько разъ подчеркивалъ различіе такихъ задаточныхъ расписокъ ¹⁾. На практикѣ обычно задаточная расписка замѣняетъ запродажную запись и содержитъ въ себѣ указаніе, когда должна быть совершена купчая крѣпость, что и дало поводъ говорить о ненормальности существованія наряду двухъ формъ для одного и того же договора запродажи ²⁾, тогда какъ на дѣлѣ введеніе задаточныхъ расписокъ имѣло достаточныя основанія, которыя сохранились и понынѣ.

Неправильнымъ надо признать, тѣмъ не менѣе, помѣщеніе постановленій о задаточныхъ распискахъ въ раздѣлѣ III книги IV Зак. Гр. объ „обязательствахъ по договорамъ въ особенности“, такъ какъ надлежащее мѣсто имъ было бы въ раздѣлѣ II „объ обезпеченіи договоровъ и обязательствъ вообще“; но тамъ задатокъ даже не значится въ числѣ способовъ обезпеченія договоровъ, что впрочемъ вообще характерно для нашего безсистемнаго, составленнаго изъ кусочковъ Свода Законовъ Гражданскихъ.

Послѣдствія несоблюденія условій, обозначенныхъ въ задаточной распискѣ, указаны въ ст. 1685—1687. Съ истеченіемъ срока, означеннаго въ распискѣ, если онъ былъ не болѣе года или съ истеченіемъ года, если срокъ не былъ установленъ или установленъ долѣе одного года, для сторонъ утрачивается право требовать совершенія купчей крѣпости или запродажной записи (ст. 1685), что, конечно, не исключаетъ возможности приступить добровольно къ совершенію условленнаго въ распискѣ акта.

1) Рѣшенія гр. касс. деп. 1871 г. № 204 и 1872 г. № 147.

2) К а с с о, Запродажа и задатокъ, стр. 38.

Сенатъ считаетъ, что если въ задаточной распискѣ срокъ совершенія купчей крѣпости назначенъ болѣе отдаленный, чѣмъ указанный въ ст. 1685, то такой актъ долженъ быть признанъ запродажной записью ¹⁾. Это совершенно неправильно, такъ какъ законъ опредѣленно говоритъ, что срокъ при облеченіи запродажной въ задаточную расписку не можетъ быть долѣе года и, слѣдовательно, разъ стороны органичились задаточной распиской, то онѣ и должны въ теченіе года приступить къ совершенію купчей крѣпости, хотя бы ими и былъ назначенъ болѣе долгій срокъ, такъ какъ при иномъ толкованіи категорическое требованіе п. 4 ст. 1684 утрачивало бы свой смыслъ.

Послѣдствія несовершенія условленнаго формальнаго акта различны въ зависимости отъ того, былъ ли онъ не совершенъ по винѣ какой либо изъ сторонъ, или безъ ихъ вины.

По ст. 1688 если отъ совершенія формальнаго акта откажется продавецъ, или по его винѣ этотъ актъ не будетъ совершенъ въ назначенный по распискѣ срокъ, а если срока не было назначено, то въ теченіе года со дня выдачи расписки, то продавецъ обязанъ возвратить задатокъ въ двойномъ количествѣ. Если же актъ не будетъ совершенъ вслѣдствіе отказа или по винѣ покупателя, то онъ теряетъ задатокъ въ пользу продавца. Согласно ст. 1687 требованіе о возвращеніи можетъ быть предъявлено только въ теченіе года со дня, назначеннаго въ договорѣ для совершенія акта или въ теченіе двухъ лѣтъ со дня выдачи задаточной расписки, если срокъ совершенія акта не былъ установленъ или превышалъ годичный (ср. рѣшеніе гр. касс. деп. 1909 г. № 80).

По ст. 1689, если формальный актъ не былъ совершенъ по взаимному соглашенію сторонъ, по обоюдной винѣ ихъ или, наконецъ, по невозможности совершить его для обѣихъ сторонъ или хотя бы для одной, то договоръ запродажи уничтожается, и задатокъ возвращается покупателю. Случаи невозможности перечислены въ той же ст. 1689, подъ ними законъ разумѣетъ: 1) лишеніе свободы, 2) прекращеніе сообщеній, нашествіе непріятели и т. п. непреодолимая препятствія, 3) внезапное разореніе отъ несчастнаго случая, 4) болѣзнь, лишаящая возможности

¹⁾ Рѣшенія гр. касс. деп. 1874 г. № 640, 1875 г. № 127, 1876 г. № 362.

отлучиться изъ дома и 5) смерть близкихъ людей или тяжкая болѣзнь ихъ, грозящая смертью.

Таковы послѣдствія неисполненія договора запродажи въ томъ случаѣ, когда онъ облекается въ форму задаточной расписки. Какъ законъ специальный, ст. 1685—1689 Зак. Гр. не подлежатъ распространительному толкованію и не могутъ быть примѣняемы въ томъ случаѣ, если договоръ запродажи былъ облеченъ въ форму запродажной записи.

Въ литературѣ выказывалось мнѣніе, а именно покойнымъ Кассо ¹⁾, что стороны, обезпечивающія „предварительное условіе о продажѣ“ задаткомъ, никакой въ сущности запродажи не совершаютъ, а заключаютъ лишь договоръ о задаткѣ. Въ подтвержденіе своего вывода Кассо ссылается на ст. 1685, проводя параллель между нею и ст. 1590 Code civ. ²⁾. Это мнѣніе неправильно. Нашъ законъ разнится отъ ст. 1590 Code civ. только по формулировкѣ и предполагаетъ обезпеченіе задаткомъ именно запродажи и говоритъ въ ст. 1685 вовсе не о выдачѣ задатка до запродажи, а до совершенія формальной запродажной записи, что далеко не одно и то же. Разница запродажной записи и задаточной расписки не въ томъ, въ чемъ видитъ ее Кассо, а въ томъ, что запродажная записка предоставляет потерпѣвшей сторонѣ взыскивать убытки, а задаточная расписка даетъ только право или на удержаніе задатка продавцомъ или на возвращеніе его покупателю въ двойномъ размѣрѣ (также рѣш. гр. касс. деп. 1903 г. № 38). Въ рѣшеніи 1876 г. № 362 Сенатъ высказалъ тотъ взглядъ, что только задаточныя расписки, совершенныя въ установленномъ порядкѣ, влекутъ за собой вышеуказанныя послѣдствія: удержаніе или возвращеніе

1) Запродажа и задатокъ (стр. 36). Кассо вообще неправильно понимаетъ роль задатка при запродажѣ, такъ какъ онъ считаетъ, что задатокъ выдается и при одностороннемъ договорѣ—обѣщаніи продать, и тѣмъ устанавливается известное равновѣсіе въ положеніи сторонъ (стр. 33). Но задатокъ является для лица, его получившаго, обезпеченіемъ исполненія обязательства со стороны, его выдавшей. Спрашивается: если контрагентъ запродавца ни къ чему не обязывался, то что же можетъ обезпечить запродавцу получаемый имъ задатокъ и о какомъ равновѣсіи здѣсь можетъ идти рѣчь? Мы лично считаемъ, что задаточныя расписки выдаются только при двустороннихъ договорахъ запродажи (см. выше).

2) „Если обѣщаніе продать сопровождалось задаткомъ, то каждая изъ договаривающихся сторонъ можетъ отступиться отъ договора,—давшая задатокъ, теряя задатокъ, а получившая, возвращая его вдвойнѣ“.

задатка. Въ противномъ случаѣ актъ о запродажѣ, совершенный домашнимъ порядкомъ, въ случаѣ неисполненія одной стороной договора, даетъ другой право требовать возмѣщенія ущерба.

III.

Такова нормировка запродажи въ дѣйствующемъ правѣ. Проектъ обяз. права въ редакціи 1913 г. проводитъ на юридическую конструкцію запродажи и исполненіе ея тотъ взглядъ, который мы высказали выше, но по многимъ положеніямъ вызываетъ существенныя сомнѣнія.

По ст. 252 проекта по договору запродажи одна сторона обязуется продать, а другая купить къ назначенному въ договорѣ сроку опредѣленное недвижимое имѣніе за условленную цѣну.

Итакъ запродажа опредѣляется какъ предварительный договоръ о заключеніи въ будущемъ договора купли-продажи, но проектъ имѣетъ въ виду только двусторонній договоръ, несмотря на то, что никакихъ основаній къ устраненію возможности заключать подобныя односторонніе договоры не имѣется и притомъ проектъ даже сохраняетъ терминъ „запродажа“, выражающій собой въ сущности одностороннее обязательство продать.

Затѣмъ, ст. 252 проекта предусматриваетъ только запродажу недвижимости. Составители проекта мотивировали это тѣмъ, что запродажа движимости въ дѣйствительной жизни почти никогда не встрѣчается. Если бы даже это послѣднее и было вѣрно, то все же представляется совершенно неправильнымъ опредѣлять запродажу, какъ договоръ о совершеніи въ будущемъ только купли-продажи недвижимости. Во первыхъ, юридическую конструкцію запродажи совершенно нельзя ставить въ зависимость отъ объекта будущаго договора, такъ какъ природа этого послѣдняго, т. е. купли-продажи неизмѣнна, направленъ ли онъ на движимость или недвижимость. Характеръ объекта имѣетъ значеніе только для формы купли-продажи. Во вторыхъ, если постановленія проекта о запродажѣ въ томъ видѣ, какъ она конструируется въ немъ теперь, войдутъ въ жизнь, практика сразу столкнется съ вопросомъ, допустима ли вообще запродажа движимости. Съ одной стороны, согласно общему принципу свободы договора, стороны, казалось бы, имѣютъ полную возможность заключить подобный предварительный договоръ, но, съ другой

стороны, разъ законъ такъ категорически говоритъ о запродажѣ только недвижимости, то едва ли его постановленія о ней примѣнимы къ запродажѣ движимости; къ тому же составители проекта сознательно устраняли запродажу движимости. Правда, это не препятствуетъ судамъ, основываясь на общихъ постановленіяхъ закона объ исполненіи договоровъ, признать юридическую силу за запродажей движимости и присуждать виновную въ неисполненіи сторону къ возмѣщенію убытковъ, т. е. къ тому же, къ чему ст. 254 проекта обязываетъ виновнаго въ неисполненіи договора запродажи недвижимости, но все же ставить передъ судомъ такіе вопросы при созданіи новаго кодекса законодатель не долженъ.

Стороны могутъ заключать договоръ запродажи, выяснивъ условія сдѣлки только въ общихъ чертахъ съ тѣмъ, чтобы въ будущемъ, по детальномъ ихъ выясненіи, заключить новую окончательную сдѣлку ¹⁾.

Устраненіе запродажи движимости тѣмъ болѣе странно, что проектъ вводитъ въ законъ нормировку права преимущественной покупки, а между тѣмъ договоръ о преимущественной покупке представляетъ собой также односторонній предварительный договоръ о продажѣ движимости и влечетъ по ст. 250 проекта тѣ же послѣдствія, какъ и запродажа.

Возвратимся къ постановленіямъ проекта о запродажѣ. Ст. 253 говоритъ, что договоръ запродажи на всякую сумму долженъ быть удостовѣренъ на письмѣ. Это отступленіе отъ общаго правила о томъ, что только сдѣлки на сумму свыше 300 р. должны быть совершаемы въ письменной формѣ, понятно, разъ дѣло идетъ только о запродажѣ недвижимости. Изъ постановленія ст. 253 вытекаетъ только, что при спорахъ о запродажѣ не допускаются свидѣтельскія показанія, существомъ же договора, какъ при куплѣ-продажѣ, письменная форма здѣсь не является.

Согласно 1 ч. ст. 254, если къ назначенному въ договорѣ запродажи сроку продажа не состоится по винѣ одной изъ сторонъ, то виновная сторона обязана возмѣстить другой понесенные ею убытки, но принудить ее къ заключенію купли-продажи нельзя.

При редактированіи Проекта обяз. права 1913 г. передъ

¹⁾ На это указывалъ еще покойный Кассо въ цитированной выше статьѣ (стр. 29).

внесеніемъ его въ Гос. Думу, вопросъ о запродажѣ былъ подвергнутъ пересмотру, и допустимость реального исполненія, введенная въ предыдущіе проекты, была отвергнута. Указывая на то, что наше дѣйствующее право строго отграничиваетъ запродажу отъ продажи, Мин. Юстиціи въ своей объяснительной запискѣ къ проекту 1913 г., приходитъ къ правильному выводу, что „и нынѣ нѣтъ дѣйствительныхъ основаній къ отождествленію запродажи съ продажей на срокъ, оформленіе которой должно лишь совершиться впоследствии“... „Нельзя не признать, что заключаая сдѣлку о будущей продажѣ, владѣлецъ имѣнія принимаетъ въ соображеніе лишь обстоятельства даннаго времени и, не рассчитывая на рѣзкое измѣненіе ихъ въ будущемъ, упускаетъ дѣлать оговорку о правѣ отступить отъ договора. Между тѣмъ, въ дѣйствительности, обстоятельства сплошь и рядомъ настолько рѣзко измѣняются ко времени срока запродажной, что владѣлецъ имѣнія предпочитаетъ уплату даже крупной суммы убытковъ продажѣ имѣнія. Въ этихъ случаяхъ было бы несправедливо обращать сдѣлку о запродажѣ въ безповоротную продажу“¹⁾. Далѣе Мин. Юстиціи приводитъ и теоретическое обоснованіе недопустимости принудительной передачи на основаніи договора запродажи.

„Допустимость реального исполненія противорѣчитъ самой идеѣ запродажи, какъ обязательства совершить договоръ продажи. Последнее представляется *actum de reo contrahendo* и, слѣдовательно, является лишь обѣщаніемъ, обязательствомъ продать, а не самой продажей. Совершая запродажу, стороны разумѣютъ, что онѣ обязуются совершить дѣйствія, неисполненіе коихъ влечетъ уплату убытковъ. Между тѣмъ, представленіе покупщику права требовать укрѣпленія за нимъ запроданнаго имущества равносильно признанію, что путемъ одного обѣщанія продажи уже пріобрѣтается вещное право“.

Въ виду этого, Мин. Юстиціи исключило ст. 1779 проекта Редакц. комиссіи, устанавливавшую реальное исполненіе по договору запродажи²⁾.

Постановленіе 1 ч. 254 ст. проекта, основанное на нормахъ дѣйствующаго законодательства и многолѣтней сенатской практикѣ, вполне правильно; оно согласуется съ высказанными нами

1) Соринъ, Обязательное право, вып. 2, стр. 62.

2) Соринъ, Обяз. право, вып. 2, стр. 62—63.

выше положеніями о природѣ предварительнаго договора и недопустимости принудительнаго заключенія окончательнаго договора. Такое проявленіе самостоятельности въ рѣшеніи вопроса, сравнительно рѣдкое для нашихъ законодателей, привыкшихъ къ постояннымъ заимствованіямъ изъ западно-европейскихъ кодексовъ и слѣпому преклоненію передъ ними, надо только привѣтствовать.

Ч. 2 ст. 254 говоритъ, „если въ обезпеченіе заключенія договора продажи данъ задатокъ, то виновная (въ неисполненіи) сторона, теряя задатокъ либо возвращая его вдвойнѣ (ст. 59), не обязана вознаграждать другую сторону за убытки“. Въ этомъ отношеніи ст. 254 отступаетъ отъ общаго правила ст. 59, на которую она ссылается. Послѣдняя гласитъ: „Если договоръ не исполненъ по винѣ лица, давашаго задатокъ, то оно теряетъ задатокъ; если же договоръ не исполненъ по винѣ лица, получившаго задатокъ, то оно должно возвратить задатокъ вдвойнѣ. Независимо отъ сего, виновный обязанъ вознаградить другую сторону за убытки, насколько они превышаютъ задатокъ“. При запродажѣ виновная сторона не обязана возмѣщать убытки, превышающіе размѣръ задатка или двойной суммы его. Для такого отступленія едва ли есть достаточныя основанія.

Ст. 255 говоритъ о томъ, что въ случаѣ совершенія договора запродажи нотаріальнымъ порядкомъ, на запроданное имѣніе можетъ быть наложено запрещеніе. Это запрещеніе снимается съ истеченіемъ срока, установленнаго въ договорѣ для исполненія обязательства. Запрещеніе, обезпечивая исполненіе обязательства, лишаетъ запродавшаго возможности отчудить имѣніе третьему лицу до истеченія срока, установленнаго для вступленія сторонъ въ договоръ купли-продажи. Съ истеченіемъ срока оно снимается и слѣдовательно не служитъ уже обезпеченіемъ уплаты убытковъ потерпѣвшей стороны, если собственникъ имѣнія отказался его продать.

Разсмотрѣвъ по существу постановленія нашего дѣйствующаго права и проекта о запродажѣ, мы должны отмѣтить одинъ очень важный техническій недостатокъ ихъ. Крайне неудачнымъ является помѣщеніе договора запродажи въ системѣ нашего Свода Зак. Гражд. среди договоровъ „на имущества въ особенности“ на ряду съ наймомъ, подрядомъ, поставкою и др. Между тѣмъ, договоръ запродажи, по существу своему, какъ мы уже указывали въ первой части настоящаго очерка, не является отдѣльнымъ видомъ

договоровъ, какъ купля-продажа или заемъ, а представляетъ собою типичный образецъ предварительнаго договора. Постановленія о предварительныхъ договорахъ должны имѣть мѣсто не въ особенной части обязательственнаго права, а въ общей среди постановленій о заключеніи и исполненіи договоровъ, предварительныхъ переговорахъ и т. д. Запродажа, какъ договоръ о заключеніи въ будущемъ другого договора, ничего специфическаго изъ себя не представляетъ и потому даже не нуждается въ особой нормировкѣ, если законодательство даетъ достаточныя постановленія о предварительныхъ договорахъ вообще. Правда, изъ новѣйшихъ кодексовъ только швейцарское обязательственное право 1911 г. даетъ общія постановленія о предварительныхъ договорахъ (§ 22), еще нуждающіяся въ дополненіи, но мѣсто имъ въ системѣ дано надлежащее. Нашъ Проектъ обяз. права не даетъ общихъ постановленій о предварительныхъ договорахъ, а въ отношеніи частныхъ постановленій о запродажѣ, въ общемъ удовлетворительныхъ, дѣлаетъ ту же ошибку, что и нашъ старый Сводъ Зак. Гражд., помѣщая ихъ въ особенной части между куплей-продажей и мѣной. Проектъ повторяетъ и другую ошибку Свода, помѣщая въ ст. 254 постановленія о задаткѣ. Это находитъ себѣ объясненіи въ томъ, что составители проекта въ отношеніи задатка при запродажѣ отступили отъ общихъ правилъ о задаткѣ, выраженныхъ въ ст. 59. Но, во первыхъ, это отступленіе, какъ мы уже говорили, ничѣмъ не оправдывается, во вторыхъ, постановленіе о немъ могло найти мѣсто опять-таки въ общей части обязательственнаго права въ главѣ объ обезпеченіи договоровъ, наряду со ст. 59.

Заканчивая нашъ очеркъ, мы приходимъ къ слѣдующимъ выводамъ:

Запродажа представляетъ собой предварительный договоръ, по которому одна сторона обязуется по требованію другой заключить съ ней куплю-продажу, или обѣ взаимно обязуются заключить между собою этотъ договоръ.

Исполненіе по запродажѣ заключается въ совершеніи договора купли-продажи. Никакихъ вещныхъ правъ на запродажную вещь этотъ договоръ не сообщаетъ. Неисполненіе договора запродажи по винѣ обязаннаго лица не даетъ потерпѣвшему права требовать принудительнаго совершенія купли-продажи, въ виду

общаго правила о свободѣ волеизъявленія, а даетъ право требовать возмѣщенія ущерба на общихъ основаніяхъ.

Нуженъ ли будетъ договоръ запродажи въ будущемъ—этого мы рѣшить не можемъ. Что касается запродажи движимости, то она нужна, пока существуетъ постановленіе закона о недействительности продажи чужой вещи; съ устраненіемъ этого запрещенія отпадетъ одно изъ основаній для заключенія договора запродажи. Приданіе сдѣлкѣ купли-продажи чисто обязательственного характера сузитъ еще болѣе область для заключенія запродажныхъ сдѣлокъ на движимость. Когда же наше обязательственное право будетъ совершенно реформировано, когда нормы о заключеніи сдѣлокъ и, въ частности, купли-продажи будутъ болѣе гибкими и приспособленными къ требованіямъ оборота, когда стороны получаютъ возможность въ одну сдѣлку вносить при наступленіи извѣстныхъ обстоятельствъ рядъ новыхъ условій и обязательствъ, тогда, быть можетъ, запродажа движимостей умретъ естественной смертью. Но въ отношеніи недвижимостей, продажа которыхъ надолго еще сохранить свой строго-формальный и громоздкій порядокъ, запродажа долго не утратитъ своего значенія.

Да и относительно движимости лица, желающія совершить куплю-продажу ея, могутъ по какимъ либо соображеніямъ, заключать сначала предварительный договоръ, который сохранить за обязанной стороной свободу распоряженія проданной вещью, а заинтересованной сторонѣ обезпечить, если не полученіе желаемой вещи, то, по крайней мѣрѣ, убытки, которые она потерпитъ, если другая сторона не заключитъ въ послѣдствіи условленнаго договора купли-продажи. Правда, введеніе въ законодательство постановленій о связующей офертѣ можетъ умалить значеніе этихъ предварительныхъ договоровъ, но во всякомъ случаѣ ненужность запродажи можетъ доказать только сама жизнь. Отвлеченныя загадыванья здѣсь беспочвенны и неумѣстны.

Навязывать же сторонамъ свою волю и устранять возможность заключать сдѣлки, имѣющія подъ собой твердую почву въ исторіи и современной практикѣ, какъ это дѣлаетъ проектъ обяз. права въ отношеніи одностороннихъ договоровъ запродажи и запродажи движимости вообще, законодатель, во всякомъ случаѣ, не долженъ.

Е. Данилова.

Къ вопросу о вексельной давности.

Внесенный въ 1884 году въ Государственный Совѣтъ проектъ новаго вексельнаго устава весьма существенно разошелся со своими западно-европейскими образцами въ вопросѣ о вексельной давности. По мнѣнію составителей проекта, институтъ вексельной давности въ иностранныхъ уставахъ порождаетъ цѣлый рядъ весьма нежелательныхъ сомнѣній по вопросу о томъ, насколько къ вексельной давности примѣнимы постановленія о давности законовъ гражданскихъ. Въ виду этого представляется болѣе цѣлесообразнымъ замѣнить институтъ вексельной давности положеніями о срокахъ для предъявленія исковъ по векселямъ, которые съ давностными сроками ничего общаго не имѣютъ и не должны подчиняться правиламъ о давности, являясь такими моментами, наступленіе которыхъ безусловно прекращаетъ самое право¹⁾. Эти соображенія проекта 1884 г. приведены полностью въ официальномъ изданіи новаго вексельнаго устава (Госуд. Канцеляріи стр. 86 и 87) въ поясненіе основныхъ началъ, которыми Государственный Совѣтъ руководился при начертаніи постановленій о срокахъ для предъявленія исковъ по векселямъ. Принимая во вниманіе какъ данныя мотивовъ, такъ и то обстоятельство, что новый вексельный уставъ, трактуя въ главѣ четвертой о срокахъ для предъявленія исковъ по простымъ векселямъ, и въ заголовкѣ отдѣла и въ помѣщенныхъ въ немъ статьяхъ тщательно избѣгаетъ употребленія термина „давность“, слѣдовало бы, повидимому, притти къ заключенію, что нынѣ дѣйствующій вексельный уставъ знаетъ лишь преклозивные сроки вексельныхъ требованій, сознательно замѣняя положеніями о нихъ отвергаемый имъ институтъ вексельной давности. На такую точку зрѣнія становится одинъ изъ комментаторовъ нашего вексельнаго устава—сенаторъ Добровольскій, (Уставъ о векселяхъ, изд. 3-е стр. 186).

¹⁾ Объяснит. записка къ проекту 1884 г. стр. 171 и 172.

ее горячо отстаиваетъ въ своей обстоятельной статьѣ Бугаевскій, (Право, 1913 г. № 4) ее принимаетъ первоначально и Судебный Департаментъ Сената¹⁾.

„Мотивы“ къ проекту 1884 г. ограничились указаніемъ на желательность замѣны въ новомъ вексельномъ уставѣ сроковъ давностныхъ законными сроками для предъявленія исковъ по векселямъ, не охарактеризовавъ самой сущности различія между этими категоріями сроковъ. Какъ бы восполняя этотъ пробѣлъ, Гражданскій Кассационный Департаментъ Сената въ рѣш. 1905 г. № 10 далъ послѣдовательную и стройную конструкцію преклюзивныхъ сроковъ.

Признавая, что въ нашихъ законахъ нѣтъ прямого указанія на отличіе сроковъ давностныхъ отъ сроковъ, извѣстныхъ въ теоріи права подъ общимъ названіемъ сроковъ преклюзивныхъ, т. е. рѣшительныхъ, пресѣкательныхъ или прекратительныхъ, Гражданскій Кассационный Департаментъ находилъ, что все же изъ сопоставленія отдѣльныхъ законоположеній признаки этого различія могутъ быть установлены съ достаточной полнотой и ясностью. Сущность различія заключается въ томъ, что „сроки давностные имѣютъ значеніе способа прекращенія такихъ правъ, которыя несомнѣнно принадлежатъ данному лицу, но имъ или не осуществляются, или, при нарушеніи ихъ другимъ лицомъ, оставляются безъ защиты въ теченіе установленнаго періода времени, называемаго давностью; сроки же преклюзивные установлены исключительно для совершенія извѣстныхъ дѣйствій, имѣющихъ значеніе заявленія, кому надлежитъ, о томъ, что совершающій эти дѣйствія желаетъ осуществить такое право, которое безпорно принадлежитъ ему, но осуществленіе его поставлено въ зависимость именно отъ совершенія такихъ дѣйствій, иначе, при несовершеніи ихъ, онъ безвозвратно теряетъ свое право.... По нашему закону, существеннымъ признакомъ давностныхъ сроковъ.... почитается возможность ихъ перерыва и пріостановленія... Независимо сего, давностные сроки не подлежатъ ни продолженію, ни восстановленію. Что же касается сроковъ преклюзивныхъ, то они

1) Рѣш. 1911 г. № 2812: „Сроки для предъявленія иска по векселю не подчиняются правиламъ о давности, а должны считаться преклюзивными, за пропускомъ коихъ слѣдуетъ самъ судъ, мугущій возбуждать о томъ вопросъ и помимо указаній отвѣтчиковъ; истеченіемъ этихъ сроковъ безусловно прекращается самое право на искъ“. Цит. у Добровольскаго „Уставъ о векселяхъ“, изд. 2-е, стр. 109.

не подлежат ни перерыву, ни приостановленію, но, за исключеніемъ случаевъ, прямо указанныхъ въ законѣ, могутъ быть и продолжаемы и возстанавливаемы“. Преклюзивные сроки могутъ быть не только процессуальными; они извѣстны и матеріальному гражданскому праву; такъ, къ числу пресѣкательныхъ должны быть отнесены сроки, указанные напр. въ ст. 431, 1066¹³, 1355, 1524, 1687 и др. Т. X ч. I. Такіе сроки могутъ быть, въ силу 1530 ст., устанавливаемы и добровольнымъ соглашеніемъ сторонъ; такъ, въ договоры страхованія обычно включается условіе о томъ, что страхователь лишается права на страховое вознагражденіе, если въ опредѣленный срокъ не заявитъ страховщику о томъ событіи, которое открываетъ ему возможность требовать этого вознагражденія.

Приведенное рѣшеніе Сената состоялось по дѣлу, не имѣвшему никакого отношенія къ вексельнымъ требованіямъ, но проведенное имъ рѣзкое различіе давностныхъ и преклюзивныхъ сроковъ не осталось, конечно, неиспользованнымъ и въ вопросѣ о вексельной давности. Цитируя это рѣшеніе, Бугаевскій („Право“ 1913 г. № 4 стр. 199) замѣчаетъ, что разъ Сенатомъ твердо установлено знакомство нашего законодательства съ перклюзивными сроками не только въ области процесса, но и въ сферѣ правъ матеріальныхъ, то, принявъ въ соображеніе намѣреніе составителей вексельнаго устава замѣнить вексельную давность преклюзивнымъ правомъ, мы должны будемъ признать институтъ вексельной давности устраненнымъ, если только намъ не удастся установить полного противорѣчія въ намѣреніяхъ законодателя и выраженіи его мысли въ кодексѣ. Однако не только нельзя установить такого противорѣчія, но, наоборотъ, приходится признать, что редакція всѣхъ статей главы четвертой уст. о векс. является какъ нельзя болѣе соотвѣтствующей намѣченному преобразованію. Статьи 73 и 75 устава своими выраженіями: „искъ по векселю можетъ быть предъявленъ“; „надписатель, коимъ вексель оплаченъ, можетъ предъявить искъ“, явно свидѣтельствуютъ, что нашъ законъ имѣетъ въ виду не начало теченія давности и не время, въ какое претензія погашается давностью, а устанавливаетъ тотъ срокъ, въ теченіе котораго вексельная претензія можетъ существовать какъ право, охраняемое судебной защитой. Еще рельефнѣе эта мысль проводится, по мнѣнію Буга-

ежекаго, въ ст. 75-й и, въ особенности, въ ст. 77-й, въ которой идея преклюзіи выступаетъ съ особой силой: „Пропускъ срока для предъявленія иска къ отвѣтственнымъ по векселю лицамъ само собою освобождаетъ отъ всякой отвѣтственности по векселю тѣхъ изъ сихъ лицъ, въ отношеніи коихъ срокъ пропущенъ“. Выраженіе „само собою“ показываетъ, что съ пропускомъ опредѣленнаго въ законѣ срока претензія погашается и всякая отвѣтственность по векселю падаетъ, независимо отъ того, ссылается или нѣтъ на это обстоятельство противная сторона. Сопоставивъ это выраженіе съ выраженіемъ ст. 75-й: „По истеченіи трехъ лѣтъ со дня наступленія срока платежа по векселю предъявленія исковъ между надписателями и къ поручителямъ не допускается“, мы получимъ совершенно ясное указаніе на то, что законъ имѣетъ въ виду именно преклюзивныя, а не давностныя сроки, т. к. въ отношеніи послѣднихъ терминологія закона оказалась бы вовсе неумѣстной. Нельзя сказать, что съ наступленіемъ давностнаго срока предъявленіе иска не допускается и право прекращается само собой, т. к. судъ, хотя бы истеченіе давности для него было несомнѣннымъ, обязанъ принять искъ и выждать возраженій отвѣтчика. Совершенно иная картина наблюдается при наступленіи преклюзивныхъ сроковъ: здѣсь право дѣйствительно погашается само собой, и судебная защита его становится невозможной. Теченіе сроковъ, указанныхъ въ ст. 73—75 уст. о векс. ни въ какомъ случаѣ не пріостанавливается; оно прерывается только предъявленіемъ иска по векселю или требованія по нему въ конкуреномъ порядкѣ. (ст. 76) Выраженіе „перерывъ“ въ данномъ случаѣ представляется не совѣмъ удачнымъ, т. к. предъявленіе иска и заявленіе претензіи въ конкурсъ является осуществленіемъ права, а не уничтоженіемъ юридическаго значенія истекшаго до этого событія времени. Въ сущности, въ отношеніи сроковъ предъявленія исковъ по векселямъ нѣтъ ни пріостановки ни перерыва ихъ теченія; „давность же непрерываемая и непріостанавливаемая перестаетъ быть давностью“. (Бугаевскій, о. с., стр. 201).

Таковы соображенія, приводимыя противъ примѣненія къ срокамъ для предъявленія исковъ по векселямъ положеній о давности. Этимъ соображеніямъ нельзя отказать въ послѣдовательности и силѣ, но принять ихъ все же отказываются какъ лучшіе комментаторы нашего вексельнаго устава, (баронъ Нолькенъ, А. П.

Каминка) такъ и авторы нашихъ крупнѣйшихъ трудовъ по вексельному праву. Практика отдѣленій Гражд. Касс. Департамента Сената остается также вѣрна ихъ точкѣ зрѣнія; ¹⁾ съ 1914 г. къ ней присоединяется и Гражданскій Кассационный Департаментъ. (Рѣш. № 76) Противъ вышеприведенныхъ доводовъ съ полнымъ, на нашъ взглядъ, основаніемъ указывается, что, во-первыхъ, вопросъ объ отличіи давностныхъ сроковъ отъ преклюзивныхъ въ наукѣ крайне споренъ: нѣкоторые ученые это различіе совсѣмъ отрицаютъ, другіе весьма значительно расходятся во взглядахъ на его сущность; единственнымъ болѣе или менѣе точнымъ признакомъ можно, кажется, признать то, что давностный срокъ поражаетъ всегда только притязаніе и обосновываетъ возраженіе противъ судебного осуществленія пораженного давностью права, срокъ же пресѣкательный указываетъ предѣлъ дѣйствія самого права или періодъ, въ теченіе котораго право можетъ быть осуществлено не въ видѣ притязанія ²⁾. Хотя, какъ это правильно замѣчено въ рѣш. 1905 г. № 10, наше законодательство признаетъ существованіе пресѣкательныхъ сроковъ въ области матеріально-правовыхъ отношеній, но признаковъ отличія ихъ отъ сроковъ давностныхъ не даетъ. Отсюда слѣдуетъ, что для признанія срока не давностнымъ, а пресѣкательнымъ требуется спеціальное указаніе закона и надѣленіе его такими свойствами, какія несовмѣстимы съ понятіемъ о давностныхъ срокахъ. Относительно сроковъ для предъявленія исковъ по векселямъ въ вексельномъ уставѣ никакихъ подобныхъ указаній не имѣется; ихъ нельзя видѣть и въ самой редакціи соответствующихъ статей устава. Выраженія: „сроки для предъявленія исковъ“ и т. п. для характеристики интересующихъ насъ сроковъ рѣшительно ничего не даютъ, т. к. подобныя выраженія мы встрѣчаемъ на страницахъ нашего кодекса и въ примѣненіи къ такимъ моментамъ времени, давностный характеръ которыхъ не возбуждаетъ никакого сомнѣнія. Такъ, ст. 683 п. 7 Т. X ч. I, ст. 135 и слѣд. общ. уст. жел. дорогъ, ст. 36 закона 2 іюня 1903 и основанныя на ней положенія законовъ 1906 и 1912 г. объ обезпеченіи ра-

¹⁾ Ук. 6 апрѣля, 28 мая и 3 дек. 1911 №№ 4139/41, 6418/20, 6424/6, 18 февр. 1913 г. № 10330/12 г. и мн. др. Цит. по Нолькену. Уставъ о векселяхъ, Изд. 6-е, стр. 195 примѣч.

²⁾ В о р м с ь. Архивъ Судебной Практики и Законодательства за 1914 г. примѣч. къ рѣш. № 76.

бочихъ на случай болѣзни и ихъ страхованіи употребляютъ тоже терминъ „срокъ для предъявленія иска“; ст. 683 п. 7 не менѣе категорично, чѣмъ ст. 73 и 75 устава о векселяхъ, опредѣляетъ, что „для начатія исковъ.... полагается срокъ“ и что „ходатайства.... предъявляемыя по истеченіи сего срока не подлежатъ удовлетворенію“. Вообще терминъ „срокъ для предъявленія иска“ за послѣдніа десятилѣтія употребляется въ нашемъ законѣ для обозначенія специальной сокращенной давности въ отличіе отъ давности земской ¹⁾). Неудивительно, что при отсутствіи у нашего законодателя яснаго и вполне опредѣлившагося представленія о различіи природы сроковъ давностныхъ и пресѣкательныхъ, нѣкоторые изъ устанавливаемыхъ имъ сроковъ, имѣющихъ не только процессуальное, но и матеріально-правовое значеніе, носятъ двойственный смѣшанный характеръ. Устанавливая ихъ, законодатель придавалъ имъ какое либо свойство, чужое срокамъ давностнымъ, но не закрывалъ возможности трактовать ихъ какъ послѣдніе, при условіи сохраненія за ними специально сообщаемого свойства. Въ силу сказаннаго не должно казаться страннымъ и то, что въ ряду сроковъ, указанныхъ въ специальной главѣ устава о векселяхъ, мы встрѣчаемъ и сроки чисто давностные, которыми, руководясь единственнымъ твердо установившимся въ теоріи критеріемъ ихъ отличія, являются всѣ сроки, поражающіе притязаніе и обосновывающіе возраженіе, и сроки преклюзивные, т. е. поражающіе самое право и внѣ области его судебного осуществленія. Такъ, трехлѣтній срокъ, по истеченіи котораго не допускается предъявленія исковъ между подписателями и къ поручителямъ, на нашъ взглядъ, долженъ быть признанъ срокомъ пресѣкательнымъ, т. к. онъ не поражаетъ возраженія, а устраняетъ всякую надобность въ немъ въ силу того, что искъ въ данномъ случаѣ судомъ вообще совѣмъ не принимается. (С. Вормсъ I. с.). Давностный характеръ другихъ сроковъ, упоминаемыхъ въ главѣ IV устава о векселяхъ, врядъ ли можно опровергать и ссылкой на то обстоятельство, что теченіе этихъ сроковъ ни въ какомъ случаѣ не приостанавливается и, въ сущности, и не прерывается, тогда какъ давность неприостанавливаемая и непрерываемая перестаетъ уже быть давностью.

¹⁾ Мотивировка рѣш. 1914 г. № 76.

Определение ст. 76 о неприостанавливаемости течения сроков, указанных в ст. 73—75, как видно из „мотивов“ к этой статье, введено в закон „для устранения возможности сомнительно относительно применения правил, касающихся общегражданской давности“; такие сомнительно возникали в практике относительно давностного срока, установленного п. 7 ст. 683 и были разъяснены Сенатом в том смысле, что в краткосрочной исковой давности приостановка ее течения не допускается. (рѣш. 1894 г. № 111, 1911 г. № 44). Т. обр. неприостанавливаемость есть общее свойство всякой краткосрочной исковой давности, а не составляет специфической особенности течения сроков для исков по векселям; если краткосрочная неприостанавливаемая давность продолжает оставаться давностью, то нет никаких оснований становиться на другую точку зрения и в отношении давности вексельной. Затѣм, свойство неприостанавливаемости отнюдь не сливается сроков для предъявления исков по векселям в одну категорию со сроками пресѣкательными, т. к. и для послѣдних оно, вопреки рѣш. 1905 г. № 10, не является характерным отличительным признаком, выделяющим их в самостоятельную группу; вѣдь даже самый важный из числа процессуальных и, слѣдовательно, несомненно пресѣкательных сроков—срок на обжалование рѣшеній—также подлежит приостановленію. (ст. 751 уст. гражд. суд.). Что же касается непрерываемости вексельных сроков, то ее в нашем законѣ совѣм и не установлено. Наоборот, ст. 76 уст. о векс. прямо предусматривает перерывъ этих сроков в случаѣ предъявленія иска по векселю или требованія по нему в конкурсномъ порядкѣ. Сверхъ того „предъявленію иска или требованію равносильно привлеченіе къ дѣлу третьяго лица со стороны отвѣтчика, при чемъ теченіе срока для предъявленія симъ послѣднимъ обратнаго требованія начинается съ того времени, когда постановленное противъ него судебное рѣшеніе вступило в законную силу“. Правда, выраженіе „перерывъ давности“ в отношеніи случаевъ предъявленія иска в судъ и заявленія претензіи в конкурсъ представляется не совѣмъ удачнымъ, т. к. перерывъ давности, согласно разъясненіямъ Сената, (рѣш. 1879 г. № 347, 1897 г. № 42) заключается в томъ, что уже истекшій періодъ времени игнорируется и начинается новое теченіе срока, в данныхъ же случаяхъ ни-

какого начала новаго теченія сроковъ нѣтъ; зато въ предусмотрѣнномъ въ той же статьѣ случаѣ привлеченія къ дѣлу надписателемъ своихъ предшественниковъ въ качествѣ третьихъ лицъ имѣется прямое указаніе на начало новаго теченія срока съ момента состоявшагося по дѣлу судебного рѣшенія. Такимъ образомъ, перерывъ указанныхъ въ ст. 73—75 вексельныхъ сроковъ допускается по нашему закону со всѣми вытекающими изъ него послѣдствіями. Особенностью вексельнаго права тутъ является только то, что въ виду прямого категоричнаго опредѣленія ст. 76-й, кромѣ трехъ указанныхъ въ ней случаевъ никакія другія обстоятельства (напримѣръ заявленіе претензіи администраціи, полное или частичное признаніе долга векселедателемъ, уплата процентовъ по нему или части долга) не составляютъ основаній для перерыва. (Ср. комментаріи Нольгена и Каминка на ст. 76 уст. о векс.). Между тѣмъ перерывъ сроковъ пересѣкательныхъ, какъ это правильно отмѣчается и въ рѣш. Сената отъ 1905 г. за № 10, теоретически, по самой ихъ природѣ, невозможенъ, т. к. право, въ извѣстныхъ предѣлахъ времени осуществленное, тѣмъ самымъ уже исчерпывается, и ни о какомъ возобновленіи теченія срока тутъ уже не можетъ быть и рѣчи. Совершенно невѣроятно, чтобы составители проекта 1884 г., если бы у нихъ было въ дѣйствительности твердое намѣреніе превратить всѣ сроки для предъявленія исковъ по вексямъ въ сроки преклюзивныя, могли рѣшиться сообщить имъ совершенно несоотвѣтствующее ихъ природѣ свойство прерываемости.

Менѣе всего, наконецъ, препятствуютъ признанію за сроками, указанными въ главѣ IV-й, характера давностныхъ законодательные мотивы составителей вексельнаго устава. Нельзя не считатьъ съ тѣмъ, что предположенія проекта 1884 г. по вопросу о срокахъ для предъявленія исковъ по вексямъ впоследствии при составленіи проекта 1899 г. подверглись нѣкоторымъ весьма существеннымъ измѣненіямъ. Въ объяснительной запискѣ къ проекту (стр. 88, 39) указывается, что въ ст. 64—68 проекта „помѣщены правила, которыя въ иностранныхъ уставахъ и литературѣ обыкновенно подводятся подъ понятіе вексельной давности; послѣдній терминъ въ проектѣ 1884 г. устраненъ для предупрежденія сомнѣній относительно примѣненія къ вексямъ правилъ о гражданской давности. При этомъ двойственность давности, допущен-

ная въ дѣйствующемъ уставѣ (2 и 10-лѣтняя) по отношенію къ прямымъ должникамъ, признана ненужною за устраненіемъ теоріи превращенія векселя въ иное обязательство и съ замѣною однимъ срокомъ (5 лѣтъ) подобно тому, какъ это принято въ уставахъ: французскомъ, итальянскомъ и бельгійскомъ, срокъ же давности, 3-хъ-лѣтній, принятый въ уставѣ германскомъ, представляется слишкомъ краткимъ въ виду того, что для исковъ между надписателями пришлось назначить не менѣе 3-хъ-лѣтняго срока“. Изъ цитаты можно вывести заключеніе, что при пересмотрѣ проекта вексельнаго устава въ 1899 году соображенія редакторовъ предыдущаго проекта были поняты въ смыслѣ желанія устранить примѣненіе къ векселямъ двойной давности: гражданской и вексельной, а всѣ разсужденія ихъ о пресѣкательныхъ срокахъ оставлены безъ вниманія. За подобное пониманіе говорятъ и отдѣльныя выраженія цитированнаго текста: „двойственность давности.... признана ненужной“, „срокъ же давности.... представляется слишкомъ краткимъ“ и мотивировка исключенія ст. 130-й проекта 1884 г. Въ названной статьѣ опредѣлялось, что вопросъ о пропускѣ срока не можетъ быть возбуждаемъ судомъ по собственному почину. Проектъ 1899 г. счелъ это опредѣленіе излишнимъ, т. к. оно содержится уже въ законахъ судопроизводственныхъ, при чемъ, очевидно, имѣлъ въ виду ст. 706 уст. гражд. судопр. Отсюда само собою напрашивается выводъ, что „если при окончательномъ редактированіи этой главы сочтено было излишнимъ повторять постановленія общихъ законовъ, которыя должны почитаться примѣнимыми къ срокамъ для предъявленія исковъ по векселямъ только потому, что ихъ примѣненіе должно подразумѣваться само собою, какъ вытекающее изъ понятія давности, то отсюда необходимо сдѣлать заключеніе, что хотя по мысли законодателя и не слѣдуетъ смѣшивать сроковъ для предъявленія вексельныхъ исковъ съ общегражданской давностью, тѣмъ не менѣе, всѣ постановленія о давности, примѣненіе которыхъ не исключается въ виду своеобразныхъ постановленій о срокахъ вексельнаго устава должны примѣняться и къ этимъ послѣднимъ. (Каминка. Уставъ о векселяхъ, изд. 3-е 1913 г. стр. 213 и слѣд. Ср. Федоровъ. Курсъ вексельнаго права, стр. 632, 633, Шершеневичъ. Курсъ торговаго права Т. 3-й, стр. 171).

Отнесеніе сроковъ главы IV-й уст. о векс. къ категоріи дав-

ностныхъ отноудь не исчерпываетъ еще всего вопроса о вексельной давности. Въ форму векселя облакается рядъ самыхъ разнообразныхъ обязательствъ, имѣющихъ свои особыя основанія въ вексельной сдѣлки.

Естественно, возникаетъ вопросъ, какое юридическое значеніе должно имѣть для этихъ обязательствъ истеченіе давностнаго срока. По мнѣнію проф. Шершеневича, вопросъ допускаетъ двоякое рѣшеніе: 1) можно считать прекратившейся только вексельную претензію съ ея специфическимъ характеромъ отвѣтственности должниковъ и 2) признавать аннулированной всякую отвѣтственность по тому требованію, которое носило форму векселя. Второе рѣшеніе проф. Шершеневичъ (курсъ, т. 3-й стр. 172) считаетъ болѣе отвѣчающимъ характеру вексельнаго права и духу новаго вексельнаго устава, находя однако, что редакція соотвѣтствующихъ статей не даетъ для него достаточно твердой почвы. Ст. 77-я опредѣляетъ, что пропускъ срока освобождаетъ отъ всякой отвѣтственности по векселю.

Значеніе выраженія „отъ всякой отвѣтственности“ ослабляется и затемняется прибавленіемъ словъ „по векселю“. Отвѣтственность по векселю— отвѣтственность спеціальная, съ отпаденіемъ которой общегражданская отвѣтственность можетъ еще сохраниться во всей своей силѣ. Невольно напрашивается сомнѣніе, не подчеркиваетъ ли законодатель редакціей ст. 77-й именно эту мысль. Принимая во вниманіе мотивы проекта 1899 г. и „духъ“ новаго устава, проф. Шершеневичъ приходитъ къ слѣдующему выводу: пропускъ срока для предъявленія иска къ отвѣтственнымъ по векселю лицамъ устраняетъ уже совершенно возможность предъявленія къ этимъ лицамъ иска, основаннаго на документѣ, имѣвшемъ значеніе векселя, но отвѣтственность по тому долговому отношенію, которое лежало въ основѣ выдачи векселя, все же сохраняется. Купецъ, получившій отъ покупателя вексель вмѣсто денегъ и пропустившій срокъ взысканія по этому векселю, не лишень возможности требовать съ контрагента условленную сумму, основываясь на сдѣлкѣ по куплѣ-продажѣ. Вексель при этомъ не можетъ играть роли письменнаго доказательства существованія долга, но все другія доказательства того, что сдѣлка была дѣйствительно заключена и исполненіемъ не погашена, остаются допустимыми. Считать прекращенной всякую отвѣтственность покупателя можно было бы лишь допустивъ, что вексельное обязательство замѣнило собою обязательство изъ купли, т. е. что

произошла новація сдѣлки, по этого новирующаго дѣйствія векселя нигдѣ въ законѣ не дано (*ibidem* стр. 173). Такой выводъ, являющійся попыткой компромисснаго примиренія редакціи ст. 77-й съ законодательными мотивами и духомъ новаго вексельнаго устава, представляется намъ совершенно неприемлемымъ. Отвѣтственность по тому отношенію, которое лежало въ основѣ выдачи векселя, есть именно та гражданская отвѣтственность, сохраненіе которой казалось составителямъ проекта вексельнаго устава столь нежелательнымъ. Съ проводимымъ редакторами вексельнаго устава „устраненіемъ теоріи превращенія векселя въ иное обязательство“ абсолютно не совмѣщается то ограничивающее значеніе выраженія „по векселю“, за которое стоитъ проф. Шершеневичъ. Статья 77-я говоритъ о прекращеніи отвѣтственности „по векселю“ только потому, что въ глазахъ ея составителей облеченное въ вексельную форму обязательство, за устраненіемъ теоріи превращенія векселя при какихъ бы то ни было обстоятельствахъ въ гражданское обязательство, можетъ имѣть только одну силу—вексельную, создаетъ лишь одну отвѣтственность—по векселю, и съ паденіемъ силы вексельнаго документа падаетъ всякое значеніе выраженныхъ въ немъ обязанностей. На нашъ взглядъ, въ редакціи ст. 77-й и намѣреніяхъ ея составителей нельзя установить никакого противорѣчія. Предлагаемое проф. Шершеневичемъ рѣшеніе совершенно упускаетъ изъ виду значеніе самой природы вексельнаго обязательства. Вексель-обязательство обстрактное. Сила обстрактныхъ обязательствъ, какъ обязательствъ строго формальныхъ, заключается въ выполненіи извѣстныхъ установленныхъ закономъ реквизитовъ, не имѣющихъ никакой связи съ матеріальными основаніями создающей обязанности. Принципіально, формальный волевой актъ является безусловно обязующимъ, независимо отъ вопроса, чѣмъ мотивировано, какими цѣлями вызвано волеизъявленіе. Но формально и абстрактно установленная обязанность одного лица въ громадномъ большинствѣ случаевъ представляется лишь частью юридическаго отношенія, существующаго между нимъ и лицомъ управомоченнымъ. Созданіемъ формальнаго односторонняго обязательства разрывается на 2 части существовавшее доселѣ двустороннее отношеніе, въ которомъ обязанности одной стороны были обусловлены эквивалентнымъ представленіемъ съ другой. Этого обстоятельства положительное право

никогда не упускаетъ изъ виду и потому моменту абстрактности въ различныхъ комбинаціяхъ юридическихъ отношеній оно придаетъ болѣе или менѣе ограниченное значеніе. Въ настоящемъ очеркѣ мы не имѣемъ возможности коснуться вопроса, чѣмъ вызываются и какъ далеко идутъ указываемыя ограниченія въ отдѣльныхъ конкретныхъ случаяхъ, и потому остановимся только на интересующей насъ въ данный моментъ вексельной сдѣлкѣ. Какое значеніе имѣетъ моментъ абстрактности въ вексѣхъ? При отвѣтѣ на этотъ вопросъ необходимо имѣть въ виду тѣ функціи, которыя вексель выполняетъ въ оборотѣ. Вексель прежде всего является орудіемъ кредита и средствомъ платежа. Возможность учета и передачи векселей облегчаетъ полученіе за нихъ всевозможныхъ цѣнностей; легкость обращенія векселя является при этомъ необходимымъ условіемъ успѣшнаго выполненія его кредитныхъ функцій. Эта легкость достигается, во-первыхъ, тѣмъ, что передача совершается простою надписью, а, во-вторыхъ, тѣмъ, что передавшій вексель отвѣчаетъ не только за дѣйствительность, но и за осуществимость выраженнаго въ немъ права, а векселедатель несетъ передъ получившимъ вексель по надписи самостоятельную отвѣтственность, совершенно независимую отъ тѣхъ отношеній, которыя существовали и существуютъ между нимъ и первымъ векселедержателемъ. Въ отношеніи добросовѣстно пріобрѣтающаго вексель по надписи моментъ абстрактности обязательства векселедателя проявляется въ своей полной силѣ, выражаясь въ полномъ разобщеніи отвѣтственности послѣдняго передъ векселепріобрѣтателемъ съ основаніями его отвѣтственности передъ первымъ векселедержателемъ. Въ данномъ случаѣ абстрактному формальному волеизъявленію придается значеніе самостоятельнаго юридическаго факта. На требованіе векселедержателя, получившаго вексель по надписи, векселедатель не можетъ отвѣтить указаніемъ, что лицо, которому вексель былъ впервые выданъ, имъ уже полностью удовлетворено или что оно простило ему долгъ или предоставило отсрочку. Во вниманіе могутъ быть приняты только возраженія, вытекающія изъ постановленій вексельнаго устава и изъ личныхъ отношеній предъявляющаго вексель и обязавшагося по нему (ст. 33 уст. векс.) Нѣсколько иначе обстоитъ дѣло въ томъ случаѣ, когда требованіе исходитъ отъ самого перваго векселепріобрѣтателя. „Такъ какъ вексель слу-

жить не только орудіемъ кредита, а также одною и притомъ наиболее употребительною формою, въ которой заключаются долговыя обязательства, то вексельное обязательство, насколько оно является обязательствомъ долговымъ, т. е. касается лицъ, непосредственно договорившихся по векселю въ качествѣ векселедателя или векселенадписателя съ одной стороны, а съ другой — векселепріобрѣтателя, не можетъ имѣть того отвлеченнаго формальнаго значенія, которое свойственно ему, какъ орудію кредита“ (Нолькенъ о. с. стр. 107). Въ силу этого векселедатель можетъ противопоставить требованію перваго векселедержателя ссылку или на то, что вексель является безденежнымъ, или на то, что искъ предъявляется вопреки состоявшемуся виѣ вексельной сдѣлки соглашенію, или на то, что формальное вексельное обязательство не соотвѣтствуетъ матеріальному долговому отношенію. Въ разъясненіе ст. 33-й Сенатъ указалъ, напр., что векселедатель можетъ отклонить искъ перваго векселедержателя, доказавъ, что данный вексель, по замѣнѣ его другимъ на меньшую сумму, подлежалъ возврату (ук. 1907 г. № 6429); что вексель не подлежитъ оплатѣ и въ томъ случаѣ, если онъ былъ выданъ въ обезпеченіе совершенія договора купли-продажи и какъ эквивалентъ покушной цѣны, а договоръ этотъ не состоялся по винѣ векселедержателя (сб. Добровольскаго, 1, № 891), что векселедатель не обязанъ платить, если ему не были оказаны тѣ услуги, въ виду которыхъ былъ выданъ вексель; если судъ признаетъ недѣйствительной уступку права, въ оплату которой былъ выданъ вексель; если не осуществилось событіе, въ виду котораго состоялась вексельная сдѣлка и т. п. (См. Нолькенъ, о. с. стр. 110). Возможность подобныхъ возраженій и подаютъ поводъ къ ошибочному взгляду, будто вексельное обязательство, въ форму котораго облакается какая либо сдѣлка, существуетъ какъ бы параллельно съ этой сдѣлкой, давая только лишнее обезпеченіе обязанности и облегчая процессъ доказыванія. Съ этой точки зрѣнія вексель представляется, по существу, только документомъ, только доказательствомъ, только формой. Его значеніе почти то же, что значеніе письменнаго изложенія обязанности. Такое представленіе является безусловно неправильнымъ. Вексель не только форма или средство доказательства, но и самостоятельная сдѣлка. Лицо, берущее подъ вексель деньги, совер-

шаетъ не сдѣлку займа, а вступаетъ въ юридическое отношеніе по векселю, которымъ достигается та же цѣль, но при совершенно иныхъ условіяхъ ¹⁾.

Взыскивая по займу, кредиторъ долженъ указать на фактъ заимообразнаго полученія извѣстной суммы должникомъ и доказать его; если заемное письмо должника имъ утрачено, онъ можетъ прибѣгнуть къ другимъ письменнымъ доказательствамъ. Взыскивая по векселю, векселедержатель ограничивается представленіемъ самаго векселя, не присоединяя никакихъ другихъ доказательствъ; но если вексель утраченъ, то получить съ должника кредиторъ уже ничего не можетъ, хотя бы фактъ заимообразнаго врученія имъ требуемой суммы и былъ съ несомнѣнностью установленъ.

Въ силу опредѣленія ст. 81 уст. о векс., утратившій вексель получаетъ по нему удовлетвореніе лишь въ томъ случаѣ, если вексельный должникъ добровольно внесетъ соответствующую сумму въ депозитъ суда. Очевидно, что если бы фактъ полученія должникомъ извѣстной денежной суммы съ обязательствомъ ея возвращенія создавалъ отношеніе изъ займа, сохраняющее самостоятельное юридическое значеніе и при облеченіи сдѣлки въ вексельную форму, то, въ случаѣ утраты векселя, кредиторъ имѣлъ бы полную возможность предъявить къ должнику искъ изъ займа и такимъ путемъ добиться удовлетворенія. Но на такую возможность соответствующія статьи нашего вексельнаго устава не содержатъ и тѣни намека ²⁾. Если бы дѣло обстояло иначе, то въ тѣхъ мѣстностяхъ, на которыя простирается дѣйствіе вексельныхъ мораторіевъ, значеніе послѣднихъ было бы въ корень подорвано возможностью предъявленія исковъ не изъ векселей, а изъ лежащихъ въ основѣ ихъ выдачи сдѣлокъ.

1) Ср. I. 126 § 2 D. 45,1: „Quotiens pecuniam mutuam dantes eandem stipulamur, non duae obligationes nascuntur, sed. una verborum.“

2) В. Л. Исаченко въ своей статьѣ: „Искъ по векселю утраченному“ („Право“ 1912 г. № 24) приходитъ къ заключенію, „что по истеченіи вексельной давности каждый изъ правильныхъ векселедержателей въ правѣ предъявить искъ къ векселедателю, но не въ вексельномъ порядкѣ, а основываясь на томъ, что векселедатель ему долженъ и долга не уплатилъ“. Баронъ Нолькенъ (о. с. стр. 222 примѣч.) находитъ, что приведенныя въ цитированной статьѣ соображенія совершенно не выясняютъ, почему такой искъ возможенъ, когда самое право по векселю погашено истеченіемъ вексельной давности. „Вѣдь, за пропускомъ вексельной давности, векселедатель долженъ считаться свободнымъ отъ всякой отвѣтственности (ст. 77 уст. векс.). Слѣдовательно, онъ не можетъ отвѣчать и за недолжное обогащеніе по долговому

Итакъ, выражаемое въ вексельной формѣ обязательство представляется всегда только вексельной сдѣлкой. Поэтому, за утратой векселемъ силы въ виду истеченія закономъ установленнаго срока, не можетъ сохраниться и отвѣтственности по лежащему въ основѣ выдачи векселя отношенію, т. к. послѣднее само по себѣ внѣ векселя будетъ не юридическимъ, а только бытовымъ. При этомъ безразлично, было ли одностороннее обязательство сразу выражено въ векселѣ, или же оно существовало сначала какъ самостоятельная гражданская сдѣлка, а затѣмъ облечено въ вексельную форму. Если одно лицо дало другому въ долгъ подъ простую расписку, а затѣмъ взяло съ своего контрагента на соответствующую сумму вексель, то прежнее обязательство изъ займа превратилось въ абстрактное и формальное обязательство по векселю, т. е. подверглось новаціи. Проводимому взгляду отнюдь не противорѣчитъ то, что вексельный должникъ, возражая на искъ своего непосредственнаго контрагента, можетъ сослаться на такія обстоятельства, которыя послужили основаніемъ для возникновенія векселя. Послѣднія, повторяемъ, внѣ векселя значенія не имѣютъ. Допущеніе подобныхъ ссылокъ объясняется не тѣмъ, что рядомъ съ векселемъ существуетъ еще особое юридическое отношеніе, а тѣмъ, что моментъ абстрактности вексельнаго обязательства въ отношеніи непосредственно связанныхъ имъ лицъ, выражается лишь въ томъ, что для обоснованія вексельнаго требованія кредитору достаточно представить формально правильный актъ, не давая объясненій, какой эквивалентъ полученъ должникомъ. Этотъ эквивалентъ въ данномъ случаѣ презюмируется, но должникъ

отношенію, которое положено въ основаніе векселя и которое влѣдствіе выдачи векселя обновлено, а слѣдовательно и прекратилось законнымъ способомъ и утратило всякую силу внѣ вексельной сдѣлки". Самъ бар. Нолькенъ полагаетъ, что, если векселедатель, при соблюденіи утратившимъ вексель лицомъ предписаннаго ст. 78—81 уст. векс. порядка, призналъ фактъ выдачи векселя, то къ нему можетъ быть предъявленъ искъ въ гражданскомъ порядкѣ „по тому долговому отношенію... въ силу котораго вексель былъ выданъ векселедателемъ“, но лишь до истеченія вексельной давности. Повидимому, бар. Нолькенъ допускаетъ въ данномъ случаѣ искъ изъ неосновательнаго обогащенія, т. к. онъ признаетъ за векселемъ значеніе новаціи для отношенія, положеннаго въ основаніе векселя и, слѣдовательно, внѣ векселя силу этого отношенія отрицаетъ. Но тогда остается совершенно невыясненнымъ, почему можетъ быть допущенъ искъ изъ неосновательнаго обогащенія, разъ непогашенный еще давностью вексель можетъ быть во всякое время предъявленъ и обогащеніе уничтожено. Сенатъ по данному вопросу къ опредѣленному взгляду еще не пришелъ. См. Нолькенъ о. с. стр. 221, 222 примѣч.

не лишается возможности доказать его отсутствие. Абстрактнымъ мы называемъ такое обязательство, въ которомъ требованіе кредитора можетъ быть предъявлено безъ представленія отвѣта на вопросъ объ эквивалентѣ, предоставленномъ должнику¹⁾). Иногда въ абстрактномъ обязательствѣ независимость требованія отъ вопроса объ эквивалентѣ заходитъ такъ далеко, что уже одному обѣщанію должника, вылившемуся въ опредѣленную форму, придается значеніе самостоятельнаго юридическаго факта, способнаго вполнѣ обосновать его отвѣтственность (отвѣтственность должника передъ добросовѣстно получившимъ вексель по надписи); но въ цѣломъ рядѣ случаевъ эта независимость простирается не далѣе установленія презумпціи въ пользу кредитора. Ясно, что при такомъ пониманіи абстрактности обязательства, возраженія должника о неполученіи эквивалента представляются вполнѣ объяснимыми и безъ предположенія о существованіи рядомъ съ векселемъ самостоятельной гражданской сдѣлки, которая преслѣдуетъ съ нимъ одну цѣль и слѣдуетъ основаніемъ выраженныхъ въ немъ обязанностей.

Нерѣдко въ вексельную форму облакается обязательство одной стороны при двустороннихъ договорахъ. Напримѣръ, купецъ беретъ съ покупателя вексель за доставленный или еще не доставленный ему товаръ. Какая же модификація вносится этимъ въ отношенія контрагентовъ? При отвѣтѣ на этотъ вопросъ необходимо имѣть въ виду постоянно выполняемую векселемъ въ оборотѣ функцію платежа. Векселями платятъ, какъ деньгами, погашая различныя денежные обязательства. Вексель въ нашемъ примѣрѣ будетъ имѣть значеніе *stipulatio solutionis causa*. Въ подобныхъ „обязательствахъ-платежахъ“ со времени появленія знаменитаго трактата Бера: „*Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*“ теорія признаетъ самостоятельное юридическое основаніе отвѣтственности должника. По Беру, вездѣ, гдѣ дается новое обѣщаніе уплаты для обезпеченія стараго правоотношенія, имѣется особый „договоръ признанія“, такъ что прежнее обѣщаніе уплаты не имѣетъ самостоятельнаго значенія на ряду съ подобнымъ договоромъ. Трудъ Бера встрѣтилъ въ литературѣ и горячихъ сторонниковъ и убѣжденныхъ противниковъ, но большинство изслѣдователей все же сошлось на взглядѣ, что договоръ, выступаю-

¹⁾ Ср. Кривцовъ. Абстрактныя и матеріальныя обязательства, стр. 7.

цій въ роли *stipulatio solutionis causa*, прибрѣтаетъ юридическую силу независимо отъ прежняго правоотношенія ¹⁾). Если встать на эту точку зрѣнія, то, очевидно, необходимо признать, что отвѣтственность должника, выдавшаго продавцу вексель, основывается только на вексельномъ его обязательствѣ, а продавецъ можетъ искать съ него не по договору купли-продажи, а только по векселю. Если вексель утратилъ силу за истеченіемъ давности, то прекратится и всякая отвѣтственность должника. Итакъ, нельзя принять мнѣнія проф. Шершеневича, будто новирующаго дѣйствія за выдачею векселя нигдѣ въ законѣ не признается. Такое дѣйствіе вытекаетъ изъ самой природы вексельнаго акта и его значенія, какъ орудія кредита и средства платежа; такое дѣйствіе имѣлось въ виду составителями новаго вексельнаго устава, задавшимися цѣлью окончательно устранить теорію превращенія векселя въ гражданское обязательство; на такое дѣйствіе рассчитано и категорическое опредѣленіе ст. 77-й уст. векс.: „Пропускъ срока для предъявленія иска къ отвѣтственнымъ по векселю лицамъ самъ собою освобождаетъ отъ всякой отвѣтственности по векселю“... Выраженная въ формѣ векселя обязанность изъ односторонняго или двухсторонняго договора, въ силу новирующаго значенія вексельнаго акта, будетъ всегда источникомъ только вексельной отвѣтственности. Эту точку зрѣнія проводитъ въ своемъ комментарий къ вексельному уставу и баронъ Нолькенъ, полагающій, что въ силу приведеннаго положенія, законъ для отвѣтственныхъ по векселю лицъ устанавливаетъ и одну только давность—вексельную, „которая прекращаетъ по отношенію къ нимъ какъ право на привлеченіе ихъ къ отвѣтственности по векселю, такъ и всякую отвѣтственность ихъ по тому долговому отношенію, въ силу котораго они вступили въ вексельное обязательство“. Неоднократно тотъ же взглядъ высказывается и въ указахъ Правительствующаго Сената. (См. рѣш., привед. у Нолькена стр. 207 прим. 122).

Сроки, назначенные закономъ для осуществленія вексельныхъ правъ довольно кратки, а самое осуществленіе этихъ правъ обставлено многочисленными формальностями; во вниманіе къ этому нѣкоторыя западныя законодательства предоставляютъ про-

¹⁾ См. Кривцовъ, о. с., глава II. Ср. Brutt. Die Abstrakte Forderung, Berlin 1908, § 3.

пустившему срокъ для взысканія по векселю кредитору возможность добиться удовлетворенія путемъ предъявленія къ должнику иска изъ неосновательнаго обогащенія. Нашъ вексельный уставъ такой возможности не предусматриваетъ. Это сознательное уклоненіе отъ европейскихъ образцовъ является вполнѣ послѣдовательнымъ проведеніемъ основной точки зрѣнія составителей вексельнаго устава, выраженной въ 77-й ст.: за пропускомъ вексельной давности отпадаетъ всякая отвѣтственность должника—и вексельная и гражданская. Долговое отношеніе, положенное въ основу векселя, вексельнымъ актомъ обновлено и воплощено, а слѣдовательно, съ утратой послѣднимъ силы, законнымъ способомъ утрачиваетъ и оно свое значеніе. О неосновательномъ обогащеніи должника, освободившагося при такихъ условіяхъ отъ своей отвѣтственности, не можетъ, очевидно, быть и рѣчи.

В. Доманжо.

Гражданское право и законъ.

(По поводу недавняго объединенія Швейцарскаго гражданскаго права).

Двѣнадцатый годъ XX вѣка ознаменовался событіемъ въ области цивилистики. 1-го января этого года вступило въ дѣйствіе новое гражданское уложеніе. Событіе это совершилось на небольшой частицѣ міра, въ Швейцаріи. Но значеніе его міровое.

Для Швейцаріи введеніе новаго уложенія имѣетъ крупное политическое значеніе. Появился важный факторъ государственнаго объединенія. Вѣроятно, въ этой ассимиляціи правовыхъ началъ представлялось меньше политической необходимости для Швейцаріи, чѣмъ въ свое время для Германіи при введеніи въ ней гражданскаго уложенія. Уложеніе завершило единство союзнаго государства, собравшаго въ себѣ разрозненныя германскія государства. Отдѣльные же кантоны Швейцаріи объединены достаточно сильно ихъ внѣшней связью, ихъ международнымъ положеніемъ одинаго неприкосновеннаго цѣлаго. Но внутренній, чисто правовой укладъ этихъ политически крѣпко связанныхъ частицъ представлялъ рѣзкую пестроту въ своихъ основахъ. Такая пестрота сглажена новымъ уложеніемъ. Принципы гражданскаго права отнынѣ едины во всѣхъ 25 частицахъ Швейцаріи. Они едины, несмотря на остающееся различіе въ языкѣ. Это обстоятельство, конечно, вызываетъ и будетъ вызывать неудобства въ житейскомъ обиходѣ. Многовѣковая близость народностей, разумѣется, поможетъ преодолѣть и различіе въ языкѣ общаго для всѣхъ нихъ закона. Но для идеи мірового объединенія основъ гражданскаго права фактъ различія языковъ при единствѣ закона—фактъ знаменательный; это прецедентъ для отдаленнаго будущаго, когда появятся общія основы законодательныя внѣ зависимости отъ того, какимъ языкомъ они выражены. Швейцарское гражданское уложеніе говоритъ на трехъ официальныхъ языкахъ: нѣмецкомъ, француз-

скомъ и итальянскомъ. Придетъ время, когда гражданскіе законы не будутъ ограничиваться политическими предѣлами государствъ и станутъ возглашать одни и тѣ же цивильные принципы также на языкѣ русскомъ, какъ и французскомъ, англійскомъ и итальянскомъ и т. д. Появленіе новаго гражданского уложенія—пріобрѣтеніе, однако, не для одной Швейцаріи. Это событіе общечеловѣческаго значенія. Это дѣло колоссальной важности для всего гражданского права во всемъ мірѣ. Каждое новое уложеніе,—это итогъ всего предшествующаго развитія науки гражданского права; это равнодѣйствующая разностороннихъ пріемовъ разграниченія сталкивающихся интересовъ человѣческихъ, кристаллизація теоретическихъ основъ, опытъ практическаго приложенія ихъ къ отвѣту на запросы времени. Новое уложеніе—застывшій моментъ вѣчнаго движенія. Уложеніе, достойное своего времени, должно какъ въ зеркалѣ отразить свое время. Великъ трудъ законодателя. Сумѣть уловить теченія, по даннымъ жизни—дать правила жизни, подхваченное на лету времени, дать въ руководство будущему, не затормозивъ прогресса въ устройствѣ человѣческаго уклада, указать пути для соціально справедливаго рѣшенія цивильныхъ проблемъ будущаго, не создавать Прокрустова ложа для сложившихся отношеній, но, регулировавъ русло обозначившихся теченій, открыть просторъ для дальнѣйшихъ, давъ имъ лишь исходное направленіе..... Все это долженъ дать законодатель.

Когда вступаетъ въ силу новое гражданское уложеніе, вопросы эти не могутъ не быть поставлены. Эти вопросы имѣютъ право ставить и тѣ, кому непосредственно прійдется выполнять новый законъ. Судить свое право долгъ каждаго, хотя бы ему же приходилось склониться предъ своимъ закономъ. Но и тѣ, кому дается удѣлъ стороннихъ наблюдателей, не только имѣютъ право предъявлять подобные запросы къ новому уложенію, но и обязаны сдѣлать это. Не любопытство и любознательность должны ихъ побуждать къ этому, но долгъ освѣдомленности въ спеціальности заставляеть ихъ слѣдить за опытомъ рѣшенія проблемъ, общихъ для всѣхъ.

Вотъ почему и новое Швейцарское гражданское уложеніе не представляетъ мѣстнаго значенія. Швейцарія съ своимъ новымъ уложеніемъ является мѣстомъ, гдѣ каждый имѣетъ возможность видѣть живую картину перевоплощенія науки гражданского права

въ строй гражданскихъ правоотношеній. Опытъ Швейцаріи—опытъ мірового значенія.

Одною изъ своихъ задачъ при изготовленіи своего гражданского уложенія швейцарцы ставили себѣ задачей не вводить большой детальности; съ этою цѣлью они тщательно воздерживались отъ регулированія всѣхъ случаевъ, чтобы этимъ не связать буквою закона будущихъ примѣнителей его. Они ограничились общими правилами и лишь важнѣйшими случаями либо исключеніями. Употребляя зачастую эластичныя выраженія, они прямо подчеркиваютъ преднамѣренность такого приѣма и увѣренность, что практика установитъ предѣлы разумнія; не для устранения практики, говорятъ, но въ руководство для нея составлялось уложеніе. При такой гибкости, высказывались швейцарскіе юристы, швейцарское гражданское уложеніе можетъ приспособиться ко всѣмъ движеніямъ впередъ, какія только обнаружатся въ будущемъ, и нисколько не потеряетъ при этомъ въ своемъ основномъ характерѣ. Разумѣется, это заранѣе обрекло будущихъ судей на болѣе тяжелый трудъ; легче было бы для судей имѣть подъ рукою не уложеніе, а юридическій каталогъ, пронизируютъ швейцарцы. Давая судѣ больше свободы и самостоятельности, законъ больше обязываетъ его, но вмѣстѣ съ тѣмъ и создаетъ возможность для юристовъ содѣйствовать развитію права и на будущее время.

Авторы уложенія старались дать именно принципы, хотя и взятые изъ конкретнаго житейскаго матеріала; они ставили задачей не создавать апіорныхъ положеній, но лишь тѣ, которыя проверены опытомъ жизни, особенно, если онъ успѣлъ уже отразиться на дѣйствующихъ въ странѣ законодательствахъ. Что касается вліянія иностранныхъ законодательствъ, то естественно было ожидать вліянія новѣйшаго передъ швейцарскимъ германскаго гражданского уложенія. Швейцарцы увѣряютъ, что ни форма, ни даже содержаніе послѣдняго не оказали вліянія на ихъ уложеніе; германское уложеніе не было образцомъ для швейцарскаго. Нѣкоторые толчокъ, уступають они, оказало германское уложеніе лишь въ дѣлѣ выбора матеріала и при современномъ освѣщеніи многихъ институтовъ, каковы право семейственное и система вотчинныхъ записей. Что же касается французскаго уложенія, то вліяніе его отмѣчаютъ лишь на правѣ обязатель-

ственномъ. „Краткость“ швейцарскаго уложенія надо понимать съ нѣкоторою оговоркою: это не есть все гражданское право Швейцаріи. На ряду съ кодексомъ имѣются и другіе акты, являющіеся источниками гражд. права Швейцаріи. Сюда, въ частности, относятся гражданское право каждаго отдѣльнаго кантона.

Совокупность нормъ швейцарскаго гражданскаго права, помимо того, должна пополняться мѣстными обычаями. Уложеніе предусматриваетъ этотъ источникъ права въ видѣ общаго положенія; ст. 1 уложенія говоритъ: „Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht... entscheiden“. Къ обычаямъ же отсылаетъ Уложеніе за рѣшеніемъ вопросовъ и въ цѣломъ рядѣ отдѣльныхъ случаевъ. Когда дѣло идетъ о раздѣлѣ наследственной массы между наследниками и эти послѣдніе не приходятъ къ полюбовному соглашенію, выдѣленіе каждому изъ нихъ его доли производится органомъ мѣстной власти, обязаннымъ дѣйствовать сообразно мѣстнымъ обычаямъ. Мѣстное же правовоззрѣніе указывается специально, какъ руководящее при рѣшеніи вопросовъ о томъ, что надо относить къ составу права собственности и къ числу вещей, составляющихъ принадлежность другого имущества. Значеніе обычая распространяется швейцарскимъ уложеніемъ и за предѣлы того, что есть *jus non scriptum*. Прямо предусматрѣна возможность къ числу обычаевъ относить и нѣкоторыя нормы писаннаго закона. Это касается законодательства отдѣльныхъ кантоновъ. Правда, уложеніе не говоритъ, чтобы эти законы оставались въ силѣ и по введеніи общаго законодательства; но за-то прямо указывается, что для тѣхъ случаевъ, когда законъ отсылаетъ къ мѣстнымъ обычаямъ, выраженіемъ таковыхъ должно считать прежнее кантональное право, коль скоро не будетъ доказано существованія прямо противоположнаго обычая.

Но этого мало. Отождествленіе уложенія и гражданскаго права въ Швейцаріи не возможно и по другой причинѣ. Давно уже извѣстна истина, что гражданское право становится шире кодекса почти съ того же момента, какъ кодексъ входитъ въ дѣйствіе. Это неизбежное явленіе, это законъ развитія гражданскаго права. Этому закону не обойти, ему нельзя не подчиняться. Остается лишь найти способы къ тому, чтобы вѣчно обновляющееся гражданское право находило себѣ отраженіе и въ законѣ,

чтобы законъ былъ выразителемъ того права, которое уже дѣйствуетъ, а не только того, какое должно дѣйствовать. Новое швейцарское уложеніе въ первой своей статьѣ и даетъ мостъ между тою сферою гражданскаго права, которая уже выражена въ законѣ, и тою туманною далью, гдѣ начинается сфера новыхъ образованій въ правѣ. Швейцарское уложеніе съ откровенностью заявляетъ: все, что ни сказали бы мы въ своемъ уложеніи, будетъ меньше того, что скажетъ жизнь; гражданское право, нами формулированное въ законѣ, будетъ уже того, которое создастъ жизнь; такъ откроемъ же широкую отдушину для притока подъ своды нашего строенія свѣжей струи жизни. Это будущее право въ каждый моментъ жизни уложенія станетъ рождаться вокругъ права, въ законѣ выраженного. Къ тому праву, которое имѣетъ богатые источники въ видѣ новыхъ работъ швейцарскаго законодательства, по ст. I швейцарскаго уложенія станетъ присоединяться то новообразование въ правѣ, которое обязанъ создавать судья. Обязанъ онъ прежде всего примѣнять тѣ нормы, которыя даетъ самъ законъ; не найдетъ судья такой нормы въ законѣ, ему надлежитъ поискать ее въ правѣ обычномъ; въ тѣхъ же случаяхъ, когда ни въ законѣ, ни въ обычаѣ не найдетъ онъ нормы, которую онъ обязанъ бы былъ примѣнить къ дѣлу, на его обязанности лежитъ рѣшить дѣло по такой нормѣ, какую онъ установилъ бы, если бы оказался законодателемъ.

Швейцарское уложеніе провозглашаетъ, такимъ путемъ, положеніе, которое въ сущности, въ видѣ закона, не находившаго до сихъ поръ опредѣленной формулировки, дѣйствовало всегда. Заслуга швейцарскаго уложенія лишь въ томъ, что оно прямо сознается въ бессилии человѣка предугадывать будущее и давать такія правила для будущаго, которыя не вытекаютъ изъ прошедшаго. Съ полною опредѣленностью швейцарское уложеніе заявляетъ напередъ: гражданское право Швейцаріи будетъ представлять въ себѣ всегда два элемента—опредѣленный, формулированный въ уложеніи, и неопредѣленный заранѣе. Относительно послѣдняго элемента можно лишь сказать, что онъ непременно будетъ имѣть мѣсто; но каковъ онъ будетъ въ конкретномъ видѣ, сказать нельзя. Поэтому, въ Швейцаріи, какъ и всюду, съ появленіемъ новаго уложенія, гражданское право можетъ быть обозначено математическою формулою: $1 + h$; единица—уложеніе; величина h —

повообразования на почвѣ уложенія. Эта формула даетъ правдивое, но не утѣшительное для жизни показаніе. Мы стремимся къ закону опредѣленному; мы хотимъ заранѣе опредѣленно знать то правило, которое примѣнимо къ интересующему насъ случаю жизненныхъ отношеній; мы не хотимъ быть въ зависимости отъ нормы случая, отъ той нормы, какую по данному случаю признаетъ за благо примѣнить судья; мы стремимся къ такому порядку, когда бы для всѣхъ случаевъ была норма, было опредѣленное правило. Такія стремленія, разумѣется, не осуществимы въ полной мѣрѣ. Бдительный законодатель можетъ подмѣтить лишь то, что было, и опытъ жизни примѣнить для установленія опредѣленныхъ нормъ, но... отнюдь только не для тѣхъ случаевъ и отношеній, которые будутъ абсолютно новы, будутъ внѣ связи съ прежними. Конечно, чѣмъ новѣе уложеніе, чѣмъ ближе оно къ жизни, тѣмъ будетъ меньше случаевъ, внѣ его непосредственной нормировки стоящихъ. Но устранить ихъ нельзя; такая задача не выполнима; всякое гражданское право, должно быть прямо сказано, неизбѣжно заключаетъ элементъ неопредѣленности. Эта неопредѣленность не можетъ не ставить человѣка въ весьма затруднительное положеніе, оставляя для него неизвѣстнымъ, что исполнять и къ чему приспособляться, чего отъ него хотятъ и какія рамки ему ставить. Требованіе опредѣленности правовыхъ нормъ, не смотря на авторитетность и категоричность заявленія ¹⁾, не можетъ, однако, не вызывать рѣшительныхъ сомнѣній въ осуществимости горячаго желанія опредѣленности объективнаго права ²⁾. Конечно, если опредѣленность есть идеаль права, то новое швейцарское уложеніе не удовлетворитъ требованію, къ закону предъявляемому: *optima est lex quae minimum relinquit arbitrio iudicio*. Но опытъ Швейцаріи заставляетъ вспомнить стараго учителя. *Was sich verwirklicht als Recht, ist Recht*, — писалъ Rudolph Ihering ³⁾, — *auch wenn es in den Gesetzen nicht zu finden*“. Когда уложеніе швейцарское будетъ развиваться въ

7a-15.

1) Проф. I. А. Покровскій, Основные проблемы гражданского права, „Итоги науки“, IV, стр. 59 и сл.

2) Интересны сужденія, высказанныя по этому предмету въ литературномъ обзорѣни проф. бар. А. Э. Нольде, посвященномъ названной работѣ проф. I. А. Покровскаго (Вѣстн. Гр. Права, 1916, № 2, стр. 151 и сл.).

3) Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, II, (1858), стр. 334.

гражданское право Швейцаріи, такимъ правомъ будетъ и то, что прямо въ законахъ не значится. Неопредѣленность нормы, въ періодъ ея сложенія существовавшая, станетъ испаряться, равно какъ неизбѣжно станутъ появляться новыя неопредѣленности. Это свойство не можетъ не быть связано съ вѣчно творимымъ правомъ, каковымъ суждено быть каждой системѣ дѣйствующаго гражданского права.

Этотъ общій для всѣхъ слабый пунктъ заключаетъ и швейцарское уложеніе. Первая статья не устраняетъ этой слабости, но констатируетъ ее: на-ряду съ нормами, уже сформулированными законодателемъ, въ гражданское право Швейцаріи будетъ входить и неизбѣжный элементъ, который введетъ сама жизнь черезъ творческую работу суда.

Устранить этотъ виѣзаконный элементъ немислимо. Всякія попытки къ тому были бы бесплоднымъ насилиемъ. Французское уложеніе, волею Наполеона, должно было только примѣняться и комментироваться. Но въ результатѣ оно оказалось позади жизни. Виѣзаконнымъ путемъ жизнь оказала свое дѣйствіе.

Швейцарское уложеніе не только констатируетъ неизбѣжный фактъ вѣчнаго обновленія права, но и указываетъ путь и способы къ тому. Эти указанія, правда, свидѣтельствуютъ прежде всего о предѣлѣ человѣческихъ силъ. Законодатель-человѣкъ останавливается, онъ дальше идти не можетъ. Въмѣсто себя онъ высылаетъ развѣдчика-судью: онъ найдетъ новыя данныя, которыя законодатель соберетъ для новой своей работы. Для того, однако, чтобы не оставлять новыхъ случаевъ жизни безъ нормировки, законодатель предоставляетъ судью быть законодателемъ для каждаго подобнаго дѣла. Разумѣется, сила судебного прецедента сдѣлаетъ то, что эта работа судьи получитъ значеніе временныхъ правилъ, пополняющихъ дѣйствующее уложеніе. Неопредѣленность же со всѣми ея отрицательными сторонами нельзя парализовать. Можетъ быть рѣчь лишь о мѣрахъ, которыя и облегчили бы судью въ его творческой работѣ, и для тѣхъ, кому прійдется жить подъ этимъ вѣчно нарождающимся правомъ, послужили способами ознакомленія съ нимъ. Таковую мѣру и даетъ швейцарское уложеніе, указывая, что судья, при своей творческой работѣ, руководится „доктриною и судебною практикою“. Но, — нельзя не констатировать, — это лишь рецептъ, въ благотворность

котораго твердо вѣрять, но въ примѣнимости котораго еще предстоитъ убѣдиться. Въ настоящее время сдѣлана масса усилій къ установленію способовъ использованія новаго средства. Необходимость такихъ указаній понялъ еще до появленія на свѣтъ швейцарскаго уложенія творецъ его, профессоръ Бернскаго Университета, Евгений Губеръ. Пространную статью посвятилъ онъ спеціально вопросу о томъ, какъ понимать „доктрину и судебную практику“¹⁾. Этой же проблемѣ посвящена громадная литература. Съ выдающимся вниманіемъ отнесся къ этому вопросу и нашъ почившій коллега А. В. Завадскій. Онъ выяснилъ, какія усилія потрачены учеными на разработку его, и долженъ былъ съ горечью констатировать, что почти все, тѣмъ не менѣе, остается спорнымъ²⁾. Посвященный этой темѣ трудъ подъ заглавіемъ „Къ ученію о толкованіи гражданскихъ законовъ“ остался не оконченнымъ. На страницахъ Ученыхъ Записокъ Императорскаго Казанскаго Университета, въ разныхъ книжкахъ за 1910-1913 годы, опубликовано лишь 11 печатныхъ листовъ этой работы, рассчитанной, очевидно, еще на много листовъ. Заботами наслѣдниковъ Александра Владиміровича, его коллегъ, быть можетъ, и будетъ опубликовано то, что было уже подготовлено къ печати³⁾. Но, — наряду съ обогащеніемъ въ видѣ вырваннаго изъ рукъ смерти научнаго вклада, — это еще сильнѣе подчеркнетъ свершившееся: безпощадная смерть Александра Владиміровича Завадскаго нанесла тяжкій ударъ наукѣ права.

Влад. Гордонъ.

1) E. Huber, Bewährte Lehre, въ Politisch. Jahrbuch der schweizerischen Eidgenossenschaft, XXV (1911), Bern, стр. 3—62.

2) Ученыя Записки Императорскаго Казанск. Университета, 1913 г., кн. I, стр. 164.

3) Эту надежду подаетъ проф. бар. А. А. Симолинъ, „Памяти А. В. Завадскаго“, 1915, стр. 16

Ученіе о несостоявшихся крѣпостныхъ актахъ въ Сводѣ Зак. Гражд.

До изданія Нотаріальнаго положенія 14 апрѣля 1866 г. наше формальное и матеріальное вотчинное право было изложено въ Сводѣ законовъ гражданскихъ, который, описывая порядокъ совершенія актовъ у крѣпостныхъ дѣлъ, попутно излагалъ и нормы, регулирующія взаимоотношенія сторонъ при сдѣлкахъ о переходѣ права собственности на недвижимость¹⁾. Въ Зак. гражд. изд. 1857 г. этому посвящена вся четвертая глава раздѣла третьяго второй книги, озаглавленная: „О совершеніи и явкѣ актовъ у крѣпостныхъ дѣлъ“ и заключающая въ себѣ болѣе 120 статей (ст. 712—833). Съ изданіемъ Положенія о нотаріальной части сразу возникъ вопросъ: въ какомъ отношеніи находятся другъ къ другу Сводъ зак. гражд. и вновь изданное Положеніе, какія изъ статей Свода должны считаться отмѣненными новымъ законодательнымъ актомъ. Для составителей Нот. Пол. вопросъ этотъ разрѣшался очень просто: имъ казалось, что Положеніе, измѣняя лишь порядокъ совершенія крѣпостныхъ актовъ и создавая для этого новые органы, нисколько не затрагиваетъ матеріальнаго вотчиннаго права, какъ оно изложено въ Св. зак. гражд. Они полагали, что „установленіе такого (новаго) способа совершенія и утвержденія актовъ на недвижимыя имущества удобно еще и потому, что этотъ способъ по существу соотвѣтствуетъ соблюдаемому по своду 1857 года при совершеніи актовъ крѣпостнымъ порядкомъ. вмѣсто надсмотрщика, совершить актъ нотаріусъ, а утвердить дѣйствительность акта старшій нотаріусъ вмѣсто судебного члена, который въ настоящее время разсматриваетъ и утверждаетъ крѣпостные акты, такъ какъ обязанность эта, хотя

¹⁾ Мы полагаемъ, что этими нормами въ сущности исчерпывается наше матеріальное вотчинное право, которому даже во времена вотчинной записки Московскаго государства была чужда идея *fides publica* вотчиннаго режима (База новъ, Вотчинный режимъ въ Россіи, стр. 28, 75, 136; Кассо, Русское поземельное право, стр. 43—44, 115).

по закону и поручается присутствію суда, но на дѣлѣ возлагается, во всѣхъ судахъ, на одного изъ членовъ¹⁾. И вообще „все существенное различіе между прежнимъ порядкомъ и новыми предположеніями заключается въ томъ, что нынѣ актъ получаетъ силу тотчасъ по совершеніи его и до предъявленія его на мѣстѣ, тогда какъ, по проекту, онъ будетъ приобрѣтать полную силу не прежде, какъ по утвержденіи его на мѣстѣ“²⁾.

Однако, тѣсная связь, существующая между формальнымъ и матеріальнымъ вотчиннымъ правомъ и постоянное воздѣйствіе, оказываемое первымъ на второе³⁾, должны были значительно усложнить и въ дѣйствительности усложнили рѣшеніе вопроса, казавшагося столь яснымъ составителямъ Нот. Положенія. Мы не можемъ здѣсь разсмотрѣть все матеріально-правовое содержаніе Положенія о нотаріальной части, всѣ тѣ измѣненія, которыя новый порядокъ совершенія крѣпостныхъ актовъ внесъ въ матеріальное вотчинное право Свода зак. гражд. Но на одномъ примѣрѣ намъ хотѣлось бы продемонстрировать это вліяніе формы вотчиннаго оборота на его матеріально-правовое содержаніе. Мы имѣемъ въ виду судьбу ст. 825, 1424 и 1648 Зак. гражд., устанавливающихъ своеобразный порядокъ виѣсудебнаго уничтоженія уже приобрѣтеннаго гражданскаго права, права на недвижимое имѣніе.

* * *

Ст. 825 Зак. Гражд. въ изд. 1857 г. гласила слѣдующимъ образомъ: „если продажа или иное укрѣпленіе зачѣмъ-либо не состоится, то надлежитъ предъявить о семъ, не далѣе семи дней со дня окончательнаго совершенія акта, т. е. со дня выдачи его отъ крѣпостныхъ дѣлъ, и если, по такомъ предъявленіи, присутственное мѣсто удостовѣрится, что актъ дѣйствительно не состоялся, то отмѣчаетъ о недѣйствительности его въ записной книгѣ“. По смыслу этой статьи лицо, совершившее актъ у крѣпостныхъ дѣлъ, въ правѣ въ теченіе 7 дней со дня полученія крѣпостнаго акта уничтожить запись послѣдняго въ крѣпостныхъ книгахъ одностороннимъ заявленіемъ крѣпостному установленію

1) Судебные Уставы, изд. Гос. Канц., ч. 3-я, изд. 2-ое, Спб. 1867, стр. 362.

2) Тамъ же, стр. 363.

3) Базановъ, цит. соч., стр. 176; Wolff, Sachenrecht въ Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Enneccerus'a, 1913, s. 74.

о томъ, что едѣлка, лежавшая въ основаніи укрѣпленія, не состоялась. Хотя статья и требуетъ, чтобы присутственное мѣсто удостоавѣрилось въ томъ, что „актъ дѣйствительно не состоялся“, но по самому характеру допотаріальнаго обряда совершенія крѣпостныхъ актовъ для такого удостовѣренія достаточно было представить актъ, который долженъ былъ быть признанъ несостоявшимся. Въ указѣ 1807 г. (22527), показаннымъ источникомъ ст. 125, эта обязательность для крѣпостного установленія односторонняго заявленія лица, участвовавшаго въ совершеніи акта и предъявляющаго таковой, объ уничтоженіи записи этого акта въ книгахъ, выражена вполне ясно. „Буде кто, гласитъ указъ, въ положенный семидневный срокъ по таковой выданной изъ Палаты купчей и по предъявленіи оной, въ разсужденіи несостоявшейся продажи, станетъ просить возврата внесенныхъ пошлинъ, въ такомъ случаѣ Палата обязана оныя выдать просителю несомнѣнно и купчую ту въ крѣпостной книгѣ означить уничтоженною“. То же подтверждается и ст. 1424, т. X, ч. 1, являющейся примѣненіемъ ст. 825 къ частному случаю укрѣпленія, куплѣ—продажѣ, основанной на тѣхъ же источникахъ, какъ и ст. 825, и предоставляющей право продавцу въ теченіе 7 дней со дня полученія купчей крѣпости просить объ ея уничтоженіи по неполученію отъ покупщика цѣны проданнаго имѣнія.

Что въ ст. 825, 1424 и 1648 т. X, ч. 1 дѣло идетъ именно объ одностороннемъ заявленіи стороны, участвовавшей въ совершеніи крѣпостного акта и располагающей имъ, признаетъ и Сенатъ, который въ рѣш. 1869 г. № 208 категорически призналъ, что ни буква, ни разумъ сего закона (ст. 825) не указываютъ на безусловную необходимость обоюднаго согласія лицъ, участвовавшихъ въ совершеніи акта,—для его уничтоженія въ порядкѣ, предусмотрѣнномъ этою статьею, а въ рѣш. 1913 г. № 78 пришелъ къ заключенію, что „старшій нотаріусъ въ правѣ послѣ утвержденія купчей крѣпости и выдачи главной выписи продавцу по одностороннему заявленію его въ предѣлахъ семидневнаго срока о неполученіи всей покупной суммы уничтожить актъ безотносительно къ тому, былъ или не былъ покупщикъ извѣщенъ продавцомъ объ утвержденіи купчей крѣпости“. Та же мысль высказана имъ и въ рѣш. 1876 г. № 203 и 1877 г. № 278.

Сохранили ли силу закона ст. 825, 1424 и 1648 съ изда-

ніемъ Нот. Положенія, не находятся ли онѣ съ нимъ въ такомъ непримиримомъ противорѣчіи, что ихъ слѣдуетъ считать отмененными, подобно многочисленнымъ статьямъ главы „о совершеніи и явкѣ актовъ у крѣпостныхъ дѣлъ“, среди которыхъ одна изъ нихъ (ст. 825) была помѣщена?

Ст. 825 вмѣстѣ съ слѣдующей за ней ст. 826 составляла въ Сводѣ Зак. гражд. 1857 г. особое отдѣленіе, озаглавленное: „Объ актахъ несостоявшихся“¹⁾. Но Нот. Положеніе не знаетъ „несостоявшихся крѣпостныхъ актовъ въ смыслѣ ст. 825, 1424 и 1648, т. е. актовъ, которые послѣ своего утвержденія нуждались бы еще въ одномъ условіи для воспріятія своей силы и могли бы быть поэтому уничтожены вотчинными установленіями при наступленіи этого условія. Если ст. 213 Нот. Пол. и упоминаетъ объ актѣ, „не состоявшемся по независящимъ отъ нотариуса причинамъ“, то, какъ правильно указываетъ Вольманъ²⁾, здѣсь дѣло идетъ объ актѣ, несостоявшемся у младшаго нотариуса вслѣдствіе несогласія договаривавшихся сторонъ и т. п. Однако, Временныя Правила 3 ноября 1867 г., изданныя министромъ юстиціи въ силу ст. 5 закона 27 іюня 1867 г. о введеніи въ дѣйствіе Положенія о нотаріальной части (Собр. узак. 1867 г. № 91, ст. 802), въ ст. 37 предписывали нотариусамъ „примѣнять ст. 825 и 1424 при уничтоженіи несостоявшихся актовъ“. Хотя Сенатъ въ рѣш. по Общ. Собр. 1911 г. № 17 и называетъ эти „временныя правила“ закономъ, однако не подлежитъ сомнѣнію, что содержащіяся въ нихъ постановленія обязательны лишь постольку, поскольку они касаются „внутренняго распорядка и дѣлопроизводства въ нотаріальныхъ архивахъ и конторахъ“, ибо только по этимъ предметамъ было представлено министру юстиціи издать временныя правила вышеуказаннымъ закономъ 27 іюня 1867 г. Отсюда слѣдуетъ, что ст. 37 Временныхъ Правиль не можетъ быть принята во вниманіе, въ качествѣ законодательнаго источ-

1) Ст. 826 ничего не можетъ дать для разрѣшенія интересующаго насъ вопроса, ибо имѣетъ чисто фискальное значеніе. Она даетъ право сторонамъ, участвовавшимъ въ актѣ, измѣнить въ теченіе 7-дневнаго срока условія акта, не уплачивая новыхъ крѣпостныхъ пошлинъ, при непремѣнномъ, однако, условіи сохраненія предмета сдѣлки, „дабы подъ предлогомъ сего не былъ совершенъ, въ ущербъ пошлиннаго сбора, актъ существенно различный“ (ст. 826, изд. 1857 г.).

2) И. С. Вольманъ, Нотаріальное Положеніе, изд. 3-е, стр. 398.

ника, при разрѣшеніи вопроса о законной силѣ ст. 825, 1424 и 1648 т. X, ч. 1.

Интересующій насъ вопросъ вновь возникъ при новомъ изданіи Свода зак. гражд. въ 1887 году. И Кодификаціонный Отдѣлъ разрѣшилъ его въ смыслѣ, противоположномъ тому, какого держались Временныя Правила 3 ноября 1867 г. Статьи Свода зак. гражд. о несостоявшихся крѣпостныхъ актахъ, именно ст. 825, 1424 и 1648, тождественныя по содержанію и касавшіяся: первая—крѣпостныхъ актовъ вообще, вторая—купчихъ крѣпостей и третья—закладныхъ, были перенесены въ приложение къ ст. 708, гласившей: „порядокъ совершенія и засвидѣтельствованія актовъ опредѣляется Положеніемъ о Нотаріальной части и правилами, при семъ приложенными, о совершеніи и засвидѣльствованіи актовъ у крѣпостныхъ дѣлъ, у Маклеровъ и Нотаріусовъ“. Вся глава Свода Зак. Гражд. изд. 1857 г. „о совершеніи и явкѣ актовъ у крѣпостныхъ дѣлъ“ была перенесена въ это приложение къ ст. 708 подъ новой нумераціей, причемъ ст. 825 составляла ст. 82 приложения. Статьи же 1424 и 1648 непосредственно слѣдовали за нею, составивъ ст. 84 и 85 того же приложения, а въ мѣстѣ обычнаго своего расположенія показаны „замѣненными правилами, изложенными въ ст. 84 и 85 приложения къ ст. 708“. Такимъ образомъ, Кодификаціонный Отдѣлъ, исключивъ изъ отдѣловъ о куплѣ—продажѣ и залогѣ недвижимыхъ имуществъ ст. 1424 и 1648 и помѣстивъ ихъ въ числѣ правилъ, примѣняемыхъ при совершеніи актовъ у крѣпостныхъ дѣлъ, ясно и опредѣленно высказался въ томъ смыслѣ, что все ученіе Св. Зак. гражд. объ актахъ несостоявшихся непримиримо съ Положеніемъ о нотар. части и можетъ имѣть примѣненіе лишь тамъ, гдѣ сохранился донотаріальный порядокъ совершенія крѣпостныхъ актовъ. Къ сожалѣнію, мы не располагаемъ данными, которыя познакомили бы насъ съ соображеніями, которыми руководился при этомъ Кодификаціонный Отдѣлъ.

При изданіи Зак. Гражд. въ 1900 г. ст. 825, 1424 и 1648 были вновь возстановлены въ качествѣ матеріально-правовыхъ нормъ. Въ текстъ ихъ былъ поѣтому внесенъ рядъ измѣненій для согласованія ихъ съ Полож. о нот. части, и въ такомъ измѣненномъ видѣ онѣ были перенесены на то мѣсто, которое занимали въ изданіи 1857 года. „Объяснительная Записка“ къ

новому (1900 г.) изданію Зак. Граж. мотивируетъ эти измѣненія слѣдующимъ образомъ. „Въ статьяхъ 82—85 разсматриваемаго приложенія (приложенія къ ст. 708) содержатся правила о несостоявшихся крѣпостныхъ актахъ.

„Въ Положеніи о Нотаріальной Части правилъ о несостоявшихся актахъ не встрѣчается и, такимъ образомъ, надлежитъ признать, что всѣ разсматриваемыя статьи сохраняютъ полную силу и при дѣйствіи Положенія о Нотаріальной Части. Между прочимъ, въ Инструкціи Министра Юстиціи 1867 г. Ноября 3 (45135) разсматриваемыя статьи указаны, какъ обязательныя для Нотаріусовъ при совершеніи ими актовъ, а именно въ сей Инструкціи приведены статьи 825, 826, 1424 и 1648 Зак. Гражд. изд. 1857 года, которыя соотвѣтствуютъ разсматриваемымъ статьямъ: 82, 83, 84 и 85.

„Въ виду сего, ст. 82—85 сохранены и въ новомъ изданіи Законовъ Гражданскихъ, при чемъ перенесены на то мѣсто, которое онѣ занимали въ изданіи 1857 г., а именно на мѣсто статей 825, 826, 1424 и 1648.

„Но, при сохраненіи ст. 82—85 въ новомъ изданіи, въ статьяхъ сихъ, въ виду, главнымъ образомъ, согласованія ихъ съ правилами Положенія о Нотаріальной Части, произведены слѣдующія редакціонныя измѣненія. Въ ст. 82 говорится, что, при несостоявшейся продажѣ или иномъ укрѣпленіи, семидневный срокъ, назначенный для предьявленія о семъ, долженъ считаться со дня окончательнаго совершенія акта, т. е. со дня выдачи онаго отъ крѣпостныхъ дѣлъ. Последнее опредѣленіе—„со дня выдачи онаго отъ крѣпостныхъ дѣлъ“—исключено, какъ относящееся до прежняго актоваго порядка“. По тѣмъ же соображеніямъ содержащееся въ ст. 825, 826, 1424 и 1648 (ст. 82, 83, 84 и 85 прил. къ ст. 708 изд. 1887 г.) „указаніе на присутственное мѣсто исключено и замѣнено указаніемъ на Старшаго Нотаріуса, а, вмѣсто словъ: „въ записной книгѣ“—сказано „въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ“¹⁾.

Мотивація „Объяснительной Записки“ въ пользу сохраненія за ст. 825, 1424 и 1648 Зак. Гражд. силы дѣйствующаго закона явно недостаточна. То обстоятельство, что Нот. Положеніе не знаетъ несостоявшихся крѣпостныхъ актовъ, говоритъ скорѣе въ

¹⁾ „Объяснительная Записка къ новому изданію Законовъ Гражданскихъ“, стр. 235.

пользу того, что оно несовмѣстимо съ самою возможностью вѣ-судебнаго уничтоженія уже совершившагося перехода вещнаго права на недвижимость. Недоказательна, по уже изложеннымъ нами соображеніямъ, и ссылка Записки на Временныя Правила 3 ноября 1867 г. Между тѣмъ, стремясь согласовать ученіе о несостоявшихся крѣпостныхъ актахъ съ Положеніемъ о Нот. ч., кодификаторы непосредственно столкнулись съ вопросомъ о моментѣ передачи договаривающимся сторонами крѣпостного акта, какъ такового, какъ документа, моментѣ, которому ст. 825, 1424 и 1648 Зак. Гр. изд. 1857 г. придаютъ огромное значеніе и который для Нот. Положенія почти безразличенъ. Они попытались обойти этотъ подводный камень, ломая текстъ статей, но, сдерживаемые въ этой ломкѣ самымъ характеромъ своей работы, требующимъ оставленія кодифицируемой статьи по возможности въ неизмѣненномъ видѣ, они впали въ большое противорѣчіе.

Въ ст. 825 кодификаторы, какъ мы видѣли, исключили слова: „со дня выдачи онаго отъ крѣпостныхъ дѣлъ“. Вслѣдствіе этого семидневный срокъ, указанный въ ст. 825, имѣетъ своимъ началомъ „день окончательнаго совершенія акта“, т. е., согласно Нот. Положенія, день утвержденія акта Старшимъ Нотариусомъ. Но въ ст. 1424 они не рѣшились измѣнять самый текстъ статьи, считая себя въ правѣ лишь замѣнить названіе стараго вотчиннаго установленія новымъ его названіемъ: вмѣсто „крѣпостныхъ дѣлъ“ былъ упомянутъ старшій нотариусъ. И получилось, что семидневный срокъ ст. 1424 исчисляется „со дня полученія акта отъ старшаго нотаріуса“, т. е. съ момента, Нот. Положеніемъ не отмѣчаемаго, для него юридически безразличнаго и, во всякомъ случаѣ, слѣдующаго за тѣмъ днемъ, который указываетъ ст. 825.

Въ изданіи Св. Зак. Гр. 1914 г. ст. 825, 1424 и 1648 сохранили редакцію изданія 1900 г.

Вышеизложенная исторія ст. 825, 1424 и 1648 въ Сводѣ Зак. Гражд. показываетъ, что вопросъ объ ихъ законной силѣ послѣ изданія Нотариальнаго Положенія вызывалъ большія сомнѣнія. Конечно, этотъ вопросъ не можетъ считаться разрѣшеннымъ отъ той или иной кодификаціонной обработки Зак. Гражд., ибо за новыми изданіями Свода, послѣ изд. 1832 г., нельзя признать силы закона ¹⁾. Надо, слѣдовательно, проанализировать, про-

¹⁾ Вормсъ и Ельяшевичъ, Комментарій къ Зак. Гражд. Вып. I, стр. 12, и литература, тамъ приведенная, рѣш. общ. собр. Сената 1890 г. № 7.

тиворѣчить ли содержаніе интересующихъ насъ статей новымъ постановленіямъ о юридической силѣ нотаріальныхъ актовъ и о моментѣ перехода права собственности на недвижимость по договорнымъ сдѣлкамъ, введеннымъ въ дѣйствующее право Нотаріальнымъ Положеніемъ.

* * *

Ученіе Св. Зак. Гражд. о безспорномъ порядкѣ уничтоженія крѣпостныхъ актовъ находится въ тѣсной связи, болѣе того, является неизбѣжнымъ послѣдствіемъ донотаріальнаго порядка совершенія актовъ у крѣпостныхъ дѣлъ. Согласно этого порядка, крѣпостной актъ писался и утверждался въ одномъ и томъ же присутственномъ мѣстѣ, „у крѣпостныхъ дѣлъ“ по одностороннему заявленію лица, „дающаго актъ“, „предъявляющаго актъ къ совершенію“ (ст. 755, 756 т. X, ч. I, изд. 1857), т. е. продавца или залогодателя. Послѣ провѣрки содержанія „чернового проекта“ надсмотрщикомъ и присутствіемъ, о чемъ на этомъ проектѣ дѣлались надписи, проектъ переписывался на надлежащей бумагѣ, и получавшійся такимъ образомъ крѣпостной актъ подписывался только дающимъ его и свидѣтелями: пріобрѣтатель вещнаго права въ совершеніи акта не участвовалъ (ст. 744—751 т. X, ч. I, изд. 1857 г.). Это подтверждается и ст. 1420 т. X, ч. I, изд. 1857 г., согласно которой купчая крѣпость „подписывается продавцомъ, свидѣтелями и писцомъ крѣпостныхъ дѣлъ, съ изъясненіемъ, что на продаваемомъ имѣніи нѣтъ запрещенія“ и формою купчей, приложенной къ этой статьѣ. Понятно, что по внесеніи акта въ записныя крѣпостныя книги онъ „вручался тому, кто его къ совершенію представилъ“ (ст. 755 т. X, ч. I, изд. 1857 г.). Этимъ по существу заканчивался обрядъ совершенія крѣпостного акта. Правда, по ст. 824 „подъ запискою акта въ книгѣ, дающій оный росписывается, а пріемлющій прикладываетъ руку; первый, получивъ актъ изъ рукъ надсмотрщика, вручаетъ оный послѣднему“. Но это первое появленіе пріобрѣтателя вещнаго права въ самомъ концѣ процесса совершенія крѣпости, не имѣло существеннаго значенія для всего обряда. Та *traditio symbolica*, которая такъ картинно изображена въ ст. 824 и существованіе которой въ русскомъ правѣ отстаивали еще до из-

данія Свода Сперанскій¹⁾, „Основанія Россійскаго Права“²⁾ и одинъ изъ юридическихъ авторитетовъ того времени, Вельяминовъ-Зерновъ³⁾, нигдѣ не отмѣчалась и потому фактически совершалась контрагентами безъ участія и контроля правительственной власти. Съ другой стороны, день выдачи акта отъ крѣпостныхъ дѣлъ, есть въ силу закона конечный моментъ обряда перехода права собственности. Именно этотъ день отмѣчается на актѣ, какъ „число состоянія онаго“ (ст. 755 т. X, ч. I, изд. 1857 г.), именно онъ почитается „днемъ окончательнаго совершенія акта“ (ст. 825 т. X, ч. I, изд. 1857 г.), днемъ перехода права собственности.

Изъ вышеизложеннаго слѣдуетъ, что основаніе вотчиннаго договора, то соглашеніе сторонъ, въ силу котораго одна изъ нихъ переносила на другую принадлежащее ей вещное право, окончательно слагалось и осуществлялось, по мысли закона, послѣ перехода вещнаго права, бывшаго цѣлью этого соглашенія. Ибо, какъ правильно замѣчаетъ Кассо⁴⁾, наше законодательство вплоть до судебной реформы связывало переходъ собственности съ окончательнымъ составленіемъ акта у крѣпостныхъ дѣлъ, а не съ передачей документа отчуждателемъ пріобрѣтателю“. Но отсюда еще далеко до заключенія, что эта передача не была связана съ большими юридическими послѣдствіями. Не смотря на то, что законъ какъ бы совершенно отвлекался отъ установленія наличности сдѣлки, лежащей въ основаніи вотчиннаго договора, не требуя по общему правилу, чтобы пріобрѣтатель вещнаго права участ-

1) „Купчая крѣпость никогда не считалась обязательствомъ: это *traditio symbolica*. Она производитъ не искъ (*actio*) и процессъ по ней не принадлежитъ къ исковымъ процессамъ, но къ вотчиннымъ или крѣпостнымъ“, см. Архивъ историч. и практ. свѣдѣній Калачева, 1859, кн. 2, стр. 21—23 и 25.

2) „Основанія Россійскаго Права, издаваемые Комиссіею составленія законовъ“, §§ 87—89, т. I, Спб. 1818.

3) „По праву Естественному для перенесенія права собственности отъ одного къ другому не требуется ничего кромѣ договора... Но положительные законы отступаютъ въ семь случаевъ отъ законовъ естественныхъ. Они требуютъ, кромѣ договора, еще нѣчто другое. И сіе то нѣчто другое есть передача. Передача дѣлается во-первыхъ дѣйствительною выдачею вещи другому... Во-вторыхъ, вещь можетъ быть передана также посредствомъ какого-либо знака (правовѣды называютъ сего рода передачу символическою), т. е. вмѣсто вещи можно выдать нѣчто такое, что онаю представляетъ: передача крѣпости, акта или другихъ документовъ“, см. Опытъ начертанія рос. частн. гражд. права, ч. II, Спб., 1823, стр. 69—71.

4) „Русское Поземельное Право“, 1906 г., стр. 108, см. также Базановъ, цит. соч. стр. 132.

вовадь въ совершеіні крѣпостного акта, само содержаніе вотчиннаго договора, заносимое въ крѣпостныя книги „отъ слова до слова“ (ст. 755 т. X, ч. I, изд. 1857 г.), было именно изложеніемъ этой сдѣлки, неразрывно связанной съ соглашеніемъ о самомъ переходѣ права собственности. При такомъ положеніи дѣла и при полномъ отсутствіи въ нашей вотчинной системѣ чего-либо, хоть отдаленно напоминающаго идею *fides publica* поземельной записи, эта система не могла не интересоваться судьбою того соглашения, во имя котораго она перенесла право собственности еще до удостоверенія въ томъ, что это соглашеніе существуетъ. Отсюда выросло значеніе передачи крѣпостного акта, знаменовавшаго уже состоявшійся переходъ права собственности. Въ этой передачѣ законъ видѣлъ осуществленіе, болѣе того, свидѣтельство бытія той сдѣлки, наличность которой односторонне утверждалъ отчуждатель права, „дающій крѣпостной актъ“. И наоборотъ, разъ передача акта не состоялась, нельзя было не дать лицу, перенесшему свое право собственности на другое лицо безъ совершенія передъ крѣпостнымъ установленіемъ какого-либо соглашения о такомъ переходѣ, права уничтожить послѣдній такимъ же одностороннимъ заявленіемъ, какимъ онъ и возникъ. Требования прочности и опредѣленности вотчиннаго оборота вызывали лишь необходимость сократить срокъ, въ теченіе котораго могло послѣдовать такое заявленіе. Такъ появилось въ Сводѣ Зак. Гражд. и ученіе о „несостоявшихся“ крѣпостныхъ актахъ, актахъ, перенесшихъ право собственности въ предположеніи наличности сдѣлки, лежащей въ основаніи этого переноса, и уничтожаемыхъ въ безспорномъ порядкѣ потому, что сдѣлка не состоялась. Для нашихъ дореформенныхъ крѣпостныхъ установленій ихъ право уничтожить въ семидневный срокъ по одностороннему заявленію продавца или залогодателя уже приобрѣтенное покупщикомъ или залогодержателемъ вещное право, было такимъ образомъ замѣною той повѣрки основанія вотчиннаго договора, которая по разуму нашего закона должна была бы лежать на обязанности вотчинныхъ учрежденій, но отъ которой ихъ освободила вотчинная система Свода Зак. Гражд. И они поэтому вполне правильно полагали, что „крѣпостной актъ, коимъ производится переходъ права собственности на недвижимое имущество, долженъ признаваться состоявшимся, коль скоро онъ совершенъ установленнымъ въ законѣ порядкомъ, по-

лученъ отъ крѣпостныхъ дѣлъ и въ семидневный срокъ къ уничтоженію не представленъ. Затѣмъ возникаетъ уже право покупателя (со дня выдачи акта отъ крѣпостныхъ дѣлъ, Д. Р.) какъ на пріобрѣтенное имущество, такъ и на самый актъ укрѣпленія (ст. 390 Зак. Гр.), и онъ не можетъ быть лишень этого права безъ суда¹⁾.

Вышеизложенное значеніе передачи крѣпостного акта отчуждателемъ вещнаго права пріобрѣтателю его и вытекающее отсюда право совершившаго крѣпостной актъ уничтожить послѣдній—до его продажи—въ томъ же безпорномъ порядкѣ, въ какомъ онъ былъ совершенъ, отмѣчались и судебною практикою. Въ рѣш. по Гр. Кас. Деп. 1867 г. № 124. Сенатъ высказался по интересующему насъ вопросу слѣд. образомъ. „Актъ можетъ быть признанъ несостоявшимся и тогда, когда участвующія въ сдѣлкѣ стороны или одна сторона откажется отъ дѣйствій, обусловливающихъ дѣйствительность акта, прежде чѣмъ актъ воспріялъ свою силу. Выдачею акта, совершеннаго крѣпостнымъ или явочнымъ порядкомъ, лицу, предъявившему актъ для утвержденія или явки къ крѣпостнымъ дѣламъ, маклеру или нотаріусу, оканчивается только установленный закономъ обрядъ совершенія или явки самого акта. Но этимъ не оканчивается приведеніе въ дѣйствіе самой сдѣлки, такъ какъ для сего требуется передача акта лицомъ, совершившимъ оный, лицу, пріобрѣтающему право по акту... Въ виду того, что послѣ совершенія акта въ установленномъ порядкѣ сдѣлка, укрѣпляемая симъ актомъ, въ дѣйствительности можетъ еще не состояться, и въ предупрежденіе возможности перехода акта незаконнымъ путемъ въ руки лица, пріобрѣтающаго право по оному,—статьи 825 и 909 т. X, ч. I предоставляютъ предъявить несостоявшійся актъ для отмѣтки объ уничтоженіи онаго не далѣе 7 дней со дня окончательнаго его совершенія, т. е. со дня полученія акта отъ крѣпостныхъ дѣлъ... Напротивъ того, когда послѣ составленія акта совершилась и самая передача онаго, одно заявленіе о томъ, что актъ не состоялся, само по себѣ не составляетъ доказательства недѣйствительности сдѣлки“. Понятно, что всѣ эти сужденія Сената о значеніи передачи крѣпостного акта не касаются права оспаривать силу крѣ-

¹⁾ Изъ рѣшенія Харьковской Палаты, приведеннаго въ рѣш. Гр. Кас. Деп. Пр. Сен. 1869 г. № 208.

пости, по неосуществленію сдѣлки, лежащей въ ея основаніи, въ общемъ судебномъ порядкѣ. Здѣсь дѣло идетъ лишь о значеніи этой передачи или истеченія 7-ми-дневнаго срока для нашего формальнаго вотчиннаго права, которое также не можетъ не считаться съ вопросомъ объ основаніи вотчиннаго договора.

* * *

Одно изъ самыхъ существенныхъ измѣненій, внесенныхъ Нотаріальнымъ Положеніемъ 14 апрѣля 1866 г. въ старый порядокъ совершенія крѣпостныхъ актовъ, заключалось въ томъ, что государственная власть, при участіи которой совершался переходъ правъ на недвижимыя имущества по сдѣлкамъ между живыми, получила право и обязанность надзора и за самымъ соглашеніемъ сторонъ объ основаніи вотчиннаго договора, вслѣдствіе чего и самый этотъ надзоръ былъ отнесенъ ко времени, предшествующему переходу права собственности, утвержденію крѣпостнаго акта. Исчезло различіе между „дающимъ актъ“ и „пріемлющимъ“ его. Договаривающіяся стороны, слѣд. и продавецъ и покупатель, и залогодатель и залогодержатель, заключаютъ сдѣлку о переходѣ права на недвижимое имущество передъ должностнымъ лицомъ, нотаріусомъ, который обязанъ удостовѣриться въ ихъ самоличности, законной правоспособности, доброй и сознательной волѣ на заключеніе сдѣлки, скрѣпляемой ихъ обоюдною подписью подъ актомъ (ст. 83, 89 Нот. Пол.). Мало того, старшій нотаріусъ, замѣнившій прежнее присутствіе суда, долженъ до утвержденія акта провѣрить, исполнилъ ли нотаріусъ свою обязанность надзора за дѣйствительностью соглашенія сторонъ объ основаніи вотчиннаго договора (ст. 169 Нот. Пол.).

Два слѣдствія были результатомъ этого новаго порядка. Фактъ передачи крѣпостнаго акта потерялъ для формальнаго вотчиннаго права свое значеніе доказательства осуществленія сдѣлки, лежащей въ основаніи перехода права собственности. Это право располагало теперь болѣе очевиднымъ свидѣтельствомъ: сама сдѣлка совершалась въ присутствіи власти. Поэтому, изъ двухъ моментовъ, знаменовавшихъ въ прежнемъ порядкѣ переходъ права собственности и совпадавшихъ другъ съ другомъ: день записи въ крѣпостныя книги и день выдачи акта отъ крѣпостныхъ дѣлъ, выдвинулся первый, а второй настолько потерялъ свое значеніе, что

даже не отмѣчается Нот. Положеніемъ, тогда какъ по прежнему праву этотъ день считался, какъ мы видѣли, „числомъ состоянія крѣпостного акта“, „днемъ его окончательнаго совершенія“, отъ котораго и надлежитъ исчислять семидневный срокъ для объявленія акта несостоявшимся. Болѣе того, исчезло самое понятіе „крѣпостного акта“, какъ документа, себѣ довлѣющаго. Центральное мѣсто занимаетъ книга, актовая у нотариуса и крѣпостная у старшаго нотариуса; самый же актъ замѣняется „выписью“ изъ актовой книги, а послѣ ея утвержденія, „выписью“ изъ крѣпостной книги (ст. 161, 171 Нот. Пол.), получившей въ гражданскомъ оборотѣ наименованіе „главной выписи“. Совершить *traditio symbolica*, т. е. передать вмѣсто вещи нѣчто такое, что оную представляетъ, стало невозможно, ибо вещь—недвижимость—была „представлена“ не крѣпостнымъ актомъ, какъ таковымъ, а записью въ крѣпостную книгу.

Второе слѣдствіе вытекало изъ того, что вотчинное установленіе утверждало не одностороннее изъявленіе воли „дающаго актъ“, а состоявшійся договоръ, обязательный для обѣихъ участвующихъ въ немъ сторонъ въ силу общихъ началъ договорнаго права. Если прежде „дающій актъ“ всегда могъ одностороннимъ заявленіемъ отказаться отъ доведенія до конца обряда совершенія крѣпостного акта, а послѣ его „окончательнаго совершенія“, имѣя актъ въ рукахъ, объявить его въ теченіе 7 дней „несостоявшимся“, то теперь, послѣ подписанія нотаріальнаго акта обѣими участвующими въ сдѣлкѣ сторонами, ни одна изъ нихъ не можетъ просить старшаго нотариуса, въ случаѣ представленія этого акта на его утвержденіе, объ его уничтоженіи или неутвержденіи, ибо всякій договоръ можетъ быть уничтоженъ только по обоюдному согласію обязавшихся сторонъ или судебнымъ порядкомъ. Тѣмъ менѣе можетъ идти рѣчь объ уничтоженіи вотчиннымъ установленіемъ крѣпостного акта, точнѣе, записи въ крѣпостную книгу по одностороннему заявленію какой-либо изъ участвовавшихъ въ немъ сторонъ въ теченіе семидневнаго срока послѣ перехода права на недвижимость. Ибо для него—вотчиннаго установленія—все элементы вотчиннаго договора окончательно завершились: на-лицо и состоявшееся соглашеніе объ его основаніи, и отсутствіе препятствій къ утвержденію этого соглашенія со стороны публичнаго права или вещныхъ правъ третьихъ лицъ. Приобрѣ-

тенное же силою утверждения акта гражданское право можетъ быть уничтожено только судомъ. Отсюда слѣдуетъ, что ст. 825, 1424 и 1648 Зак. Гражд. не могутъ имѣть примѣненія при дѣйствіи Нотаріальнаго Положенія, ибо послѣ утверждения акта послѣдній никогда не можетъ быть признанъ „несостоявшимся“ для формальнаго вотчиннаго права.

Вышеуказанныя послѣдствія новаго порядка совершенія крѣпостныхъ актовъ, введеннаго Нотаріальнымъ Положеніемъ, не сразу были усвоены судебною практикою. Раньше всего было осознано, что передача крѣпостнаго акта потеряла свое значеніе. Еще въ рѣш. 1876 г. № 203 Сенатъ указалъ, что „моментъ передачи выписи крѣпостнаго акта отъ лица, отчуждающаго имущество, пріобрѣтателю этого имущества правилами нотаріальнаго положенія не опредѣленъ, и о передачѣ выписи пріобрѣтателю въ реестръ крѣпостныхъ дѣлъ никакой отмѣтки не дѣлается; слѣдовательно, законъ не придавъ моменту этой передачи столь существеннаго значенія, чтобы отъ него зависѣло рѣшеніе вопроса, окончателно ли совершился актъ отчужденія имущества“. И, придя къ заключенію, что право собственности переходитъ въ день утвержденія акта старшимъ нотаріусомъ, Сенатъ предоставляетъ право пріобрѣтателю послѣ этого дня требовать отъ отчуждателя выдачи главной выписи, хотя бы послѣдняя была выдана отчуждателю въ силу сдѣлки, лежащей въ основаніи вотчиннаго договора, ибо „за переходомъ права собственности на имущество отъ продавца къ покупщику, послѣднему долженъ принадлежать и актъ укрѣпленія (ст. 390 т. X, ч. I)“, (см. рѣш. Гр. Кас. Деп. 1876 г. № 583, 1877 г. № 278, 1878 г. № 127, 173). Впрочемъ, этотъ выводъ, какъ мы видѣли, могъ и долженъ былъ быть сдѣланъ и по дореформенному вотчинному праву, также нигдѣ не отмѣчавшему момента передачи крѣпостнаго акта. Въ новомъ порядкѣ важно было то, что вмѣстѣ съ остатками *traditio symbolica* (ст. 824 т. X, ч. I, изд. 1857 г.) исчезла обязательная выдача крѣпостнаго акта лицу, отчуждающему вотчинное право, а вмѣстѣ съ этимъ и то значеніе, которое имѣла позднѣйшая его передача для ученія о „несостоявшихся“ актахъ, а не для опредѣленія момента перехода права собственности. Однако, эту сторону вопроса Сенатъ не отмѣтилъ.

Гораздо позже было понято, что Нот. Положеніе, въ отличіе

отъ прежняго порядка, включило заключеніе сдѣлки объ основаніи вотчиннаго договора въ самый обрядъ перехода права на недвижимое имущество. Первоначально Сенатъ полагалъ, какъ и составители Нотаріальнаго Положенія (см. выше), что это Положеніе не внесло по существу измѣненій въ матеріально-правовыя отношенія договаривающихся сторонъ въ различныхъ стадіяхъ обряда совершенія крѣпостнаго акта. Ссылаясь на статьи Нот. Пол., онъ доказывалъ, что „исполненіе обряда у младшаго нотаріуса... должно считаться дѣйствіемъ предварительнымъ, которымъ никакихъ имущественныхъ правъ не приобрѣтается“ (рѣш. Гр. Кас. Деп. 1872 г. № 306, 1873 г. № 1094, 1875 г. № 794, 1878 г. № 254); что поэтому „до того времени, пока актъ не утвержденъ старшимъ нотаріусомъ, каждая изъ сторонъ имѣетъ полное право отказываться отъ совершенія онаго“ (рѣш. Гр. Кас. Деп. 1875 г. № 626). Лишь въ рѣш. Гр. Кас. Деп. 1886 г. № 96 ¹⁾ Сенатъ впервые отвергъ свою практику 70-хъ годовъ и опредѣленно сталъ на ту точку зрѣнія, что „старшій нотаріусъ утверждаетъ не проектъ акта, а самый актъ, совершенный сторонами нотаріальнымъ порядкомъ. При исполненіи имъ этого обряда соглашеніе сторонъ, окончательно выраженное уже въ этомъ актѣ и провѣренное, не только не подлежитъ никакому измѣненію, но и не подвергается новой повѣркѣ по существу. Весь контроль старшаго нотаріуса, поскольку онъ касается соглашенія сторонъ, ограничивается лишь оцѣнкою его съ точки зрѣнія законности акта и формъ, существенныхъ для обряда его совершенія, съ другой стороны—сводится къ повѣркѣ ненарушимости вещныхъ правъ третьихъ лицъ“. Поэтому, на утвержденіе акта не могутъ вліять ни смерть продавца, послѣдовавшая въ промежуткѣ между совершеніемъ и утвержденіемъ акта, ибо имущественные договоры обязательны и для наслѣдниковъ (рѣш. Гр. Кас. Деп. 1887 г. № 80), ни одностороннее требованіе продавца (или покупателя) о неутвержденіи акта (рѣш. Гр. Кас. Деп. 1899 г. № 43, 1902 г. № 28, 1908 г. № 66), все равно, кѣмъ бы изъ договорившихся сторонъ не была представлена на утвержденіе выпись изъ актовой книги и кто бы ни былъ уполномоченъ договоромъ на полу-

¹⁾ Рѣшеніе это состоялось подъ явнымъ вліяніемъ тов. оберъ-прокурора Н. И. Барковскаго, см. его докладъ Спб. Юр. Обществу (Юрид. Обоз. 1886 г. № 252), позднѣе появившійся въ Ж. Гр. и Уг. Права за 1886 г. кн. I, стр. 119—168.

ченіе главной выписи (рѣш. Гр. Кас. Деп. 1914 г. № 60), ибо заключенный у нотариуса договоръ о переукрѣпленіи права на недвижимое имущество можетъ быть у старшаго нотариуса аннулированъ лишь съ обоюднаго согласія договорившихся сторонъ.

Казалось бы, что послѣ такого категорическаго и вполне правильнаго анализа значенія нотаріальнаго акта, представленнаго старшему нотариусу на утверждение, не можетъ быть и рѣчи о возможности примѣненія ст. 825, 1424 и 1648 Зак. Гражд. Если старшій нотариусъ не въ правѣ приостановить утверждение нотаріальнаго акта или вообще не утверждать его по требованію о томъ одной изъ сторонъ, участвовавшихъ въ его совершеніи, то тѣмъ болѣе онъ не въ правѣ уничтожить уже состоявшійся переходъ вотчиннаго права, уже утвержденный имъ нотаріальный актъ по такому же одностороннему требованію. И наоборотъ, если старшій нотариусъ въ правѣ уничтожить запись въ крѣпостной книгѣ по требованію стороны, представляющей выписъ изъ нея, и безъ согласія другой стороны, хотя бы только въ теченіе 7 дней послѣ появленія этой записи, то совершенно непонятно, почему онъ не въ правѣ не доводить обряда до составленія записи, если этого требуетъ сторона, имѣющая по вотчинному договору право на полученіе главной выписи, т. е. та именно сторона, которая позднѣе, послѣ утвержденія акта, будетъ имѣть право на уничтоженіе вотчинной записки.

Изъ этого безъисходнаго противорѣчія Сенатъ пытался выйти въ рѣш. по Гр. Кас. Деп. 1887 г. № 100. Признавъ, что „статьи 825 и 1424 т. X, ч. I сохранили полную свою силу и послѣ введенія Положенія о нотаріальной части“, онъ полагалъ, однако, что „въ виду того, что купля-продажа недвижимаго имущества должна считаться окончательно завершившеюся и право собственности на имѣніе перешедшимъ отъ продавца къ покупщику съ момента утвержденія купчей крѣпости старшимъ нотариусомъ, а не съ момента передачи покупщику выписи утвержденнаго акта, упомянутыя выше статьи 825 и 1424 не могутъ быть изьясняемы въ томъ смыслѣ, что послѣ утвержденія купчей крѣпости старшимъ нотариусомъ отъ произвола той или другой стороны можетъ зависѣть требовать еще въ теченіе семи дней уничтоженія акта, какъ несостоявшагося... Законъ этотъ (ст. 825), по точному его содержанію, очевидно, не считаетъ достаточнымъ

для признанія акта несостоявшимся одного заявленія покупщика или продавца о нежеланіи его купить или продать имѣніе, такъ какъ онъ требуетъ, чтобы присутственное мѣсто, совершившее актъ, предварительно удостовѣрилось, что актъ дѣйствительно не состоялся. Удостовѣриться же въ этомъ оно можетъ только въ томъ случаѣ, если ему представлено будетъ безспорное доказательство, что утвержденный актъ не можетъ быть приведенъ въ дѣйствіе. Такимъ доказательствомъ въ нотаріальномъ порядкѣ не можетъ служить одностороннее заявленіе покупщика или продавца, ибо при несогласіи другой стороны не можетъ быть въ этомъ порядкѣ произведена повѣрка доказательствъ для удостовѣренія въ основательности требованія одной изъ сторонъ. Посему, для признанія акта несостоявшимся, по 825 статьѣ, необходимо, чтобы заявленіе о томъ одной изъ сторонъ было подтверждено другою стороною; если же заявленіе о томъ одной стороны отвергалось другою, изъявляющею согласіе на приведеніе утвержденного акта въ дѣйствіе, то таковой актъ не можетъ быть признанъ несостоявшимся“.

Мы видѣли выше, что буквальный текстъ ст. 1424, смыслъ ея источниковъ и собственное толкованіе Сенатомъ интересующихъ насъ статей въ рѣш. 1869 г. № 208 (см. также рѣш. 1876 г. № 203) и 1913 г. № 78 не оставляютъ сомнѣнія въ томъ, что по ученію законовъ гражданскихъ о несостоявшихся крѣпостныхъ актахъ, послѣдніе могли быть уничтожены по одностороннему требованію стороны, представившей актъ къ уничтоженію. И удостовѣреніе присутственного мѣста въ томъ, что актъ не состоялся, заключалось именно въ установленіи того, что лицо, получившее актъ отъ крѣпостныхъ дѣлъ, имъ располагаетъ, что не состоялась передача акта, т. е. не осуществилась сдѣлка, лежавшая въ основаніи вотчиннаго договора, ибо только по такой передачѣ вотчинное установленіе могло судить о соглашеніи сторонъ по поводу переукрѣпленія права на недвижимость.

То толкованіе, ст. 825, 1424 и 1648 Зак. Гражд., которое предлагаетъ Сенатъ въ рѣш. 1887 г. № 100, заключается такимъ образомъ въ исключеніи изъ нихъ ихъ дѣйствительнаго содержанія, ибо сводится къ установленію правила, что старшій нотаріусъ въ правѣ уничтожить крѣпостной актъ въ теченіе семи дней со дня его утвержденія съ обоюднаго согласія участ-

вовавшихъ въ актѣ сторонъ. Въ старомъ правѣ дѣло шло о признаніи акта „несостоявшимся“, какъ бы не бывшимъ, ибо то условіе, въ предположеніи котораго онъ былъ утвержденъ, не осуществилось. Это было признаніе крѣпости недѣйствительной съ самаго ея возникновенія. Въ рѣшеніи же 1887 г. № 100 мы имѣемъ дѣло съ конструкціей уничтоженія вотчинной записки не въ силу ея дефектности, по отсутствію основанія; здѣсь рѣчь идетъ объ уничтоженіи вполне дѣйствительнаго уже существующаго и безусловнаго права на недвижимое имущество единоличнымъ распоряженіемъ вотчиннаго установленія, хотя и съ согласія лицъ, создавшихъ это право. Такое уничтоженіе противорѣчитъ самому порядку перехода правъ на недвижимость и можетъ существенно затронуть интересы третьихъ лицъ: достаточно вспомнить о судьбѣ закладной на купленное имѣніе, заключенной покупщикомъ съ третьимъ лицомъ для расчета по купчей и утвержденной одновременно съ послѣднею.

Все вышеизложенное даетъ, намъ кажется, право придти къ заключенію, что кодификаторы Свода Зак. Гражд. изд. 1887 г. были правы, когда, не ломая текста статей 825, 1424 и 1648 этихъ законовъ, исключили ихъ изъ дѣйствующаго права, показавъ ихъ отмѣненными позднѣйшимъ закономъ, Положеніемъ о нотаріальной части 14 апрѣля 1866 г., подобно многимъ другимъ статьямъ т. X, ч. I, излагавшимъ правила совершенія актовъ у крѣпостныхъ дѣлъ.

Д. С. Розенбломъ.

Къ вопросу объ общедогматической конструкціи института экспертизы современного гражданского процесса.

Вопросъ объ общедогматической конструкціи института экспертизы современного гражданского процесса былъ темой неоднократныхъ бесѣдъ и особенно горячихъ споровъ между мною и моимъ покойнымъ учителемъ Ал. Вл. Завадскимъ. Поэтому статью именно на эту тему мнѣ и хотѣлось помѣстить въ Сборникъ его памяти. Но, къ сожалѣнію, по различнымъ обстоятельствамъ мнѣ удается дать ее лишь въ крайне эскизной, почти конспективной формѣ.

I.

Какой признакъ института экспертизы бросается всякому изслѣдователю въ глаза при первомъ же ознакомленіи съ этимъ институтомъ? Каковъ—пользуясь словами Rumpf'a¹⁾—смыслъ *prima facie* тѣхъ нормъ, которыми регулируется экспертиза по современнымъ законодательствамъ. Очевидно смыслъ *prima facie* этихъ нормъ тотъ, что экспертъ характеренъ своими специальными познаніями, отсутствующими у суда, но ему необходимыми.

Дѣйствительно, экспертъ—какъ гласитъ ст. 515 русскаго Уст. Гр. С.—есть свѣдущій человекъ, обладающій особыми научными, техническими или хозяйственными свѣдѣніями. § 407 германскаго и § 353 австрійскаго уставовъ гр. с. предположеніемъ экспертизы ставятъ наличность у эксперта свѣдѣній въ наукѣ, искусствѣ или промыслѣ. § 350 венгерскаго уст. гр. с. говоритъ о „eine besondere Fachkenntnis“. Французскій С. de pr. с. молчитъ²⁾ объ этомъ условіи. Но французская доктрина и практика формулируютъ его почти также, какъ и указанная законодательства.

¹⁾ Rumpf—Gesetz und Richter—1906—S.—137.

²⁾ Ср. однако art. 42: Si l'objet de la visite ou de l'appréciation exige des connaissances qui soient étrangères au juge, il ordonnera que les gens de l'art...

Итакъ, прежде всего, экспертъ—это тотъ, кто обладаетъ особыми, специальными свѣдѣніями, необходимыми *ad hoc* суду.

Во всемирной исторіи гражданскаго процесса имѣются по меньшей мѣрѣ 6 различныхъ способовъ разрѣшенія трудной судейской задачи—необходимости для судьи быть какъ бы всезнающимъ несмотря на свою человѣческую ограниченность.

Во 1-хъ, когда судомъ являлось собраніе всего народа,—напр., всей народной общины въ древне-германскомъ процессѣ,—тогда эта задача рѣшалась само собою. Древняя народная община была сама хранительницей какъ права, такъ и всѣхъ иныхъ накопленныхъ ея опытомъ специальныхъ, тогда вообще весьма примитивныхъ, навыковъ и свѣдѣній.

Во 2-хъ, развившіеся въ средніе вѣка сословные и профессиональные суды—*Lehensgerichte*, *Zunftgerichte*, какъ и новѣйшіе *Gewerbe*—, *Handels*—, *Kaufmanns-gerichte*, *conseils des prud' hommes* также нуждались въ весьма малой степени въ посторонней помощи. Фактическія обстоятельства въ дѣлахъ ихъ специальной юрисдикціи находили и находятъ въ судьяхъ такихъ сословныхъ и профессиональныхъ судовъ лучшихъ экспертовъ ¹⁾.

Во 3-хъ, частныя лица и по римскому праву, и по общегерманскому процессу и по современнымъ процессуальнымъ кодексамъ въ правѣ специалиста по юридической сторонѣ и фактическимъ обстоятельствамъ ихъ спорнаго дѣла избрать третейскимъ судьейю.

Далѣе, въ 4-хъ, такой частный экспертъ можетъ быть выбранъ гражданами не въ качествѣ *Schiedsrichter'a*, т. е. не въ качествѣ судьи права и факта. Нѣтъ, онъ можетъ быть выбранъ въ качествѣ т. н. *Schiedsgutachter'a*.—фигуры, выработанной новѣйшей ²⁾ германско-австрійской доктриной и воспринятой западной практикой. *Schiedsgutachter* есть судья только факта, выбранный гражданами внѣ процесса. Такой третейскій судья факта, устанавливающий съ связующей для короннаго суда силою

¹⁾ Очевидно *ratio*, напр., такой нормы, какъ § 118 герм. *G. V. G.*, и составляютъ подобнаго рода соображенія.

²⁾ Ср. однако развитое старой процессуалистикой ученіе объ „*arbitri ad condemnandum*“ съ одной стороны и объ „*arbitratores*“—съ другой. См. напр., *Durandus—Speculum juris—Ed. Venetiis—1585 г.—Pars. I, part. I—de arbitro et arbitratore—§ 1, 2 и 3—р. 103. См. еще р. 129.*

спорные факты, обязанъ своимъ появленіемъ уже прямо необходимости имѣть въ лицѣ судьи—эксперта ¹⁾).

Въ 5-хъ, исторія даетъ примѣры и такой организаціи, гдѣ эксперты выступаютъ въ качествѣ особаго жюри, разрѣшающаго требующіе спеціальныхъ познаній вопросы, какъ настоящіе судьи. Судебное установленіе должно подчиняться рѣшенію такого жюри.

а) Такъ, напр., древняя *coutume de Paris* держалась въ существѣ дѣла именно этой системы. Въ старое время—какъ указываетъ *Bonnier* ²⁾—существовала даже поговорка: *ad questionem facti respondent juratores; ad questionem juris respondent iudices. En matiere d'enregistrement* такое жюри существуетъ и сейчасъ во Франціи, будучи установлено цѣлымъ рядомъ спеціальныхъ законовъ, начиная съ 1799 и по 1912 г.

б) Съ другой стороны, такое же жюри, рѣшенія котораго были по правилу обязательны для суда, жюри уже по вопросамъ права, представляли изъ себя и вѣмецкіе юридическіе факультеты въ 17—19 вѣкахъ, когда существовалъ институтъ *actorum transmissio, Aktenversendung* ³⁾. Такое же жюри создано и у насъ закономъ 15 іюня 1912 года о преобразованіи мѣстнаго суда педъ видомъ общей ссылки на околныхъ людей по вопросу о существованіи нормы общезвѣстнаго мѣстнаго обычая ⁴⁾.

Наконецъ, въ 6-хъ, экспертомъ является фигурирующее въ процессѣ свѣдущее лицо, показаніе котораго служить предметомъ

1) См. относительно установленія понятія *Schiedsgutachter'a* разногласіе между *Gaupp-Stein—Die Z-Pr.-O.—4 Aufl.—1902—B. 2—S. 862—863* и *Kleinfeller—Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts—2 Aufl.—1910—S. 4*. Объ отличіи *Schiedsgutachter'a* отъ *Schiedsmann'a* см. *R. Schmidt—Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts—2 Aufl.—1906—S. 152*.

2) *Bonnier—Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminele.—1843—p. 70—72*.

3) См. *Gönnner—Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses—2 Aufl.—1804—B. 1, 4, insb. S. 91—92*. *Wetzell—System des ordentlichen Civilprocesses—1861—S. 386* и *Ann. 43*. Тамъ же о родственной итальянской практикѣ.

4) См. *Уст. Гр. С.—ст. 412, 415—416* въ связи со ст. 422. Вообще мнѣ представляется, что если институтъ околныхъ людей по уставу 1864 г. былъ раздвоенъ на 1) жюри по вопросамъ факта и 2) особый видъ свидѣтельства, то послѣ реформы 1912 года институтъ околныхъ людей оказывается расколотымъ на цѣлыхъ 4 принципиально различныхъ института: 1) жюри по вопросамъ факта; 2) особый видъ свидѣтельскихъ показаній; 3) жюри по вопросу обычнаго права и, наконецъ, въ 4) особый видъ настоящей судебной экспертизы. Но доказательство и развитіе этого мнѣнія нашего выходитъ изъ рамокъ настоящей статьи и должно составить предметъ отдѣльной замѣтки.

дальнѣйшаго обсужденія и свободной оцѣнки со стороны суда: *dictum expertorum nunquam transit in rem judicatam*. Такой характеръ имѣетъ судебная экспертиза по дѣйствующимъ процессуальнымъ кодексамъ современности—по французскому, русскому, германскому, австрійскому и венгерскому уставамъ гражданского судопроизводства.

Но нельзя не указать, что современная постановка института экспертизы не есть твореніе новаго времени.

Нѣтъ, уже по источникамъ римскаго права можно удостовѣриться, что уже римляне видѣли въ экспертизѣ особое самостоятельное средство доказательства. Такъ, по крайней мѣрѣ въ двухъ случаяхъ они и въ гражданскомъ процессѣ выдѣляли заключеніе свѣдущихъ людей изъ показаній свидѣтелей¹⁾. Именно, 1) *agrimensores*, землемѣры и 2) тѣ лица, *qui comparationem faciunt*²⁾, т. е. эксперты документовъ обсуждаются по инымъ началамъ, чѣмъ свидѣтели. Они назначались судомъ (*praeses*) *ex officio*. *Agrimensor* у поручался даже самостоятельный осмотръ мѣста³⁾. Заключение эксперта не имѣло безусловно связующей для суда силы⁴⁾.

И источникамъ каноническаго права также извѣстны не менѣе пяти случаевъ настоящей экспертизы. Замѣчательно, что въ трехъ изъ этихъ случаевъ, гдѣ предметами изслѣдованія были дѣвственность⁵⁾, половая зрѣлость⁶⁾ и способность къ брачному сожитію⁷⁾ женщинъ, въ качествѣ экспертовъ судомъ *ex officio* были назначены также женщины—*„honestae matronae, providae ac prudentes“*⁸⁾.

1) См. Wetzell—а. а. О.—s. 378—385 и въ особенности Walther—Zur Lehre... въ Archiv f. d. C.—Pr.—B. 26—1843—S. 85—113 и S. 249—295, гдѣ на стр. 104—109 имѣется почти исчерпывающій указатель дальнѣйшей старой литературы.

2) С. J.—IV, 21, 20, 3.

3) С. J.—III, 39, 3. D. 11, 6, 3, 4 и 10, 1, 8, 1.

4) Walther—а. а. О.—s. 281 f. Strippelmann—Die Sachverständigen im gerichtlichen und aussergerichtlichen Verfahren—1858—1859—s. 6—16—относитъ сюда же еще многочисленныя мѣста источниковъ, въ которыхъ идетъ рѣчь объ „arbitr“. Конечно, не объ *arbitr ex compromisso*, т. е. не о третейскомъ судѣ, а объ *arbitr*, назначенномъ преторомъ въ замѣну или въ помощь *judex*у. Но такъ какъ мнѣніе такого арбитра имѣло характеръ связующей „*sententiae*“, то въ фигурѣ такого „*arbitr*“, можетъ быть, и возможно видѣть какъ бы единоличное жюри, на которое мы уже указывали, но отнюдь нельзя видѣть эксперта, какъ средства доказательства.

5) С. J. C.—с. 4, X, 2, 19.

6) С. J. C.—с. 14, X, 2, 19.

7) С. J. C.—с. 6, X, 4, 15.

8) См. мѣсто, указанное въ прим. 5. Невѣрно толкуетъ первый изъ приведен-

Нашей темой является конструкція института экспертизы въ ея современной постановкѣ.

И уже сдѣланныя замѣчанія показываютъ, что экспертиза по догмѣ современныхъ государствъ предварительно должна характеризоваться двумя признаками.

Во 1-хъ, экспертъ—свѣдущее лицо, *Sachverständige, expert, gens de l'art, artis peritus*.

Во 2-хъ, надѣляя судъ правомъ свободной оцѣнки заключенія эксперта, современные законодательства тѣмъ самымъ какъ бы предуказываютъ разсматривать экспертизу какъ одно изъ средствъ доказательствъ.

II.

Остановимся же теперь на тѣхъ теоріяхъ, которыя предлагались въ литературѣ для установленія и отграниченія понятія экспертизы.

Дѣйствительно серьезную научную постановку вопросъ о существѣ экспертизы получили только въ началѣ 19-го столѣтія—именно въ трудахъ *Gönnér'a* и *Mittermaier'a* ¹⁾.

Правда, еще начиная съ глоссаторовъ не было недостатка въ попыткахъ провести тѣ или нныя параллели между этимъ институтомъ и другими. Но все же дѣло почти не шло дальше простыхъ наименованій. При чемъ экспертовъ то называли *instar testium, testes de consuetudine*, сливая ихъ почти со свидѣтелями, то, величая ихъ *boni instructores, consiliarii, assessores*, возводили ихъ въ рангъ судейскихъ помощниковъ, *Richtersgehilfen*. Одинъ

ныхъ отрывковъ *Strippelmann*—а. а. О.—s. 32. Онъ, видя въ „*testimonium*“ семи женщинъ лишь „*Beweis mittelst jener als Zeuginnen charakterisirten sachverständigen Frauen*“, явно даетъ себя обмануть двухмысленнымъ словомъ „*testimonium*“. Но вѣдь слово это въ старое время прилагалось безъ различія и къ свидѣтелямъ, и къ экспертамъ. *Fr. Stein*—*Das private Wissen des Richters*—1893.—S. 66—67—разсматриваетъ въ послѣднемъ случаѣ привлеченныхъ къ экспертизѣ женщинъ не какъ *Beweismittel*, а какъ *Beweisempfänger*, которые—„*der Sache nach wie ein Zeuge*—сообщаютъ судѣ лишь о своихъ воспріятіяхъ. Но все же и *Stein* склоняется видѣть въ данномъ случаѣ экспертизу, а не свидѣтельство. Совершенно правильно поняты эти мѣста источниковъ каноническаго права уже *Wetzell'em*—а. а. О.—S. 379 *Ann.* II и *Obermeyer*омъ—въ его работѣ: „*Die Lehre von den Sachverständigen im Civilproceß nach dem bisherigen gemeinen Recht und nach der neueren Gesetzgebung, insbesondere der Civilprocessordnung für das Deutsche Reich.*—1880—S. 20 f.

¹⁾ См. *Obermeyer*—а. а. О.—S. 30.

только ученый средневековья развилъ болѣе или менѣе самостоятельный взглядъ на экспертизу, оказавшійся настолько жизнеспособнымъ, что въ очень многихъ работахъ ученыхъ даже 19-го столѣтія его идеи находятъ свое отраженіе. Этотъ взглядъ принадлежитъ юристу 13-го столѣтія Durandus'у (или Durantis'у). Въ своемъ знаменитомъ трудѣ—*Speculum juris*—Durandus провелъ идею о двойственномъ характерѣ экспертизы—именно о ея роли, съ одной стороны, какъ средства доказательства—*instrumentum probationis* ¹⁾ и, съ другой,—какъ помощи судѣ отъ свѣдущаго человека—*consilium* ²⁾ и ³⁾.

А) Первой серьезной, но не удавшейся попыткой дать конструкцію экспертизы является—какъ уже упомянуто—попытка, сдѣланная еще въ 1801 году Gönner'омъ въ его извѣстномъ *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses* ⁴⁾. Въ существѣ дѣла, теорія Gönner'a не есть собственно конструкція экспертизы современнаго гражданского процесса. Она является скорѣй попыткой анализа понятія экспертнаго жюри, на историческіе примѣры котораго мы указывали. Но въ виду того, что теорія эта протязаетъ быть теоріей экспертизы вообще, то въ этомъ качествѣ съ ней и приходится считаться.

Нѣтъ ничего—говоритъ G.—ошибочнѣе разсматривать свѣдущихъ людей какъ средство доказательства. „*Kunstverständige sind immer Gehülfen des Richters. und sie haben gar nichts an sich, welches uns berechtigte, sie in die Klasse der Beweismittel zu stellen*“ ⁵⁾. Свѣдущіе люди или являютя сред-

¹⁾ Durandus—а. а. О.—Lib. II, Partic. II, de probationibus—§ 3, n. 26 inf. и n. 27—p. 630.

²⁾ Durandus—а. а. О.—Lib. II, Partic. II, de requisitione consilii. p.—765—769 и тамъ же примѣчаніе Baldi.

³⁾ Какъ въ нашемъ текстѣ толкуетъ взгляды Durandus'a—и Strippelmann—а. а. О.—S. 34—40; 76. Но въ литературѣ есть и еще два толкованія взглядовъ D. Именно, по пониманію Obermeyer'a—а. а. О.—S. 29 f.—D. видитъ въ экспертизѣ лишь средство доказательство. Obermeyer основывается на томъ, что будто D. въ рубрикѣ de requisitione consilii имѣетъ въ виду не экспертовъ, а Rechtskundiger, sariantes. Но и Rechtskundige суть эксперты. Столь же одностороненъ и прямо противоположный взглядъ Walther'a, который полагаетъ, что D. проводитъ почти чистую Gehülffentheorie и что будто бы, говоря въ рубрикѣ de probationibus объ expertes, онъ этимъ еще ничѣмъ не выражаетъ своего взгляда на сущность экспертизы въ томъ случаѣ, когда она имѣетъ мѣсто по почину сторонъ. Walther—а. а. О.—S. 97.

⁴⁾ 2 Aufl.—1804—S. 429—460.

⁵⁾ Gönner—а. а. О.—S. 430—курсивъ оригинала.

ствомъ, которымъ судья при личномъ осмотрѣ „*seine Augen bewaffnet*“ или же занимаются оцѣнкой такихъ фактовъ, которые судья изъ-за недостатка специальныхъ свѣдѣній не въ состоянн оцѣнить, выступая здѣсь въ роли *Richters des Faktums*¹⁾, судей факта. Въ своей первой роли, какъ вооруженіе глаза судьи при его личномъ осмотрѣ—они только дополняютъ судейскую дѣятельность. Выступая же во второй главной своей роли, какъ судей факта, они уже какъ бы замѣняютъ судью въ его работѣ. Здѣсь, т. обр., свѣдущіе люди принимаютъ участіе въ томъ, что вообще принадлежитъ къ сферѣ судейской дѣятельности; ихъ дѣйствіе есть выводъ заключенія о фактѣ правоваго спора; *ihr Gutachten ist ein Teil des richterlichen Ausspruchs*, данный экспертами потому, что самъ судья былъ не въ силахъ разрѣшить этой части спора“. Итакъ, по теоріи *Gönner*'а экспертъ есть судья факта, и именно потому, что заключеніе эксперта, являясь выводомъ изъ его общихъ свѣдѣній и фактической стороны дѣла, тождественно съ работой судьи. Иными словами, заключеніе эксперта идентично съ судейскимъ силлогизмомъ—вотъ какова суть этой теоріи.

Последнее положеніе вполне истинно. И въ установленн и доказательствѣ этой истины научная заслуга *Gönner*'а. Но установленіе полной идентичности заключенія эксперта съ судейскимъ рѣшеніемъ по ихъ логическому составу отнюдь не является еще догматической конструкціей современной экспертизы. Изъ того, что экспертъ даетъ заключеніе, логически однородное судейскому рѣшенію, еще не слѣдуетъ—какъ вѣрно замѣчаетъ А. В. Завадскій²⁾—что, „дача такого заключенія существенна для понятія экспертизы“. Врачъ, удостовѣрившій на судѣ только то, что такая-то доза даннаго рода яда считается въ наукѣ смертельной, долженъ быть признанъ по теоріи *G.* не экспертомъ, т. к. онъ не далъ никакого заключенія, никакой оцѣнки фактическихъ обстоятельствъ дѣла, а лишь сообщилъ свое специальное знаніе. Между тѣмъ врачъ и въ такомъ случаѣ будетъ экспер-

1) Интересно отмѣтить, что еще во времена *Bartola* и *Balda* были въ ходу какъ разъ выраженія вродь: „*peritia magis iudicium est, quam testimonium*“ или „*periti potius iudices sunt, quam testes*“ и т. п.

2) А. В. Завадскій—Что даетъ суду экспертъ по воззрѣнію проф. Штейна—1899—въ „Протоколахъ засѣданій Юр. Общ. при Имп. Каз. ун.“—стр. 95 и отдѣльный оттискъ—стр. 9.

томъ по догмѣ современныхъ государствъ. Ясно, что теорія G. не даетъ отличительнаго признака экспертизы, являясь лишь анализомъ несущественнаго признака—заключенія эксперта.

И теорія эта была вскорѣ оставлена процессуалистами. Только уже къ концу 19-го столѣтія она снова воскресаетъ въ связи съ правно-политическимъ теченіемъ за обязательность для суда результатовъ экспертизы ¹⁾.

Б) Всѣ другія теоріи ²⁾ исходятъ изъ положенія, что экспертъ есть одно изъ средствъ доказательства ³⁾.

I. Какъ уже указывалось, въ средніе вѣка экспертъ отождествлялся обычно со свидѣтелями. Но и въ новое время были писатели, которые считали эксперта свидѣтелемъ ⁴⁾. Экспертовъ именовали иногда учеными, рациональными свидѣтелями ⁵⁾.

1) Въ русской литературѣ горячимъ проповѣдникомъ этихъ идей явился проф. Владиміровъ, вышедшій въ 1870 г. изслѣдованіе: О значеніи врачей—экспертовъ въ уголовномъ доказательствѣ. Но онъ не даетъ новыхъ аргументовъ. Не даетъ онъ ихъ и въ позднѣйшей работѣ—Ученіе объ уголовныхъ доказательствахъ—1910, гдѣ (стр. 207—269) содержится перепечатка почти безъ измѣненій, даже безъ использованія позднѣйшей литературы, его сочиненія отъ 1870 года. Впрочемъ, онъ защищаетъ въ цѣломъ эклектическое возрѣніе, давая два опредѣленія: 1) эксперты, основывающіе свое заключеніе на какой-либо наукѣ, суть научные судьи, приговоръ которыхъ является рѣшеніемъ спеціальнаго вопроса въ дѣлѣ и 2) эксперты, основывающіе свои заключенія на опытности въ какомъ-либо ремеслѣ, занятіи или промыслѣ, являются не судьями, а справочными свидѣтелями, объясненія которыхъ могутъ быть вполне усвоены и оцѣнены. Первымъ опредѣленіемъ Владиміровъ адаптируетъ теорію G.; насколько не самостоятельно и ошибочно второе выясняется само собою изъ дальнѣйшаго.

2) За т. н. Richtersgehülfentheorie, играющей у очень многихъ авторовъ роль спасательнаго средства отъ неправильностей ихъ взглядовъ, я отказываюсь признавать какое-либо самостоятельное значеніе. Сказать, что экспертъ—это Richtersgehülfe, помощникъ судьи,—значить—по моему мнѣнію—ничего не сказать о сущности экспертизы. Подобныя наименованія имѣютъ столько же значенія, сколько и, напр., наименованіе гражданского процесса „драмой“ или „машиной“. Возводить такія наименованія въ рангъ научныхъ теорій—абсолютно невозможно.

3) Изъ писателей второй половины 19-го столѣтія, пожалуй, только одинъ Wendt expressis verbis отказывается видѣть въ экспертизѣ средство доказательства. Wendt основывается при этомъ на томъ, что „nicht Feststellung einer streitigen Tatsache, sondern Würdigung einer den Sachverständigen überlieferten Tatsache, ein Gutachten, ein Urteil wird von ihnen verlangt“, ошибочно считая единственнымъ предметомъ доказыванія только факты. См. Wendt—Beweis und Beweismittel—Arch. f. d. C.-pr.—B. 63—1880—S. 269. Сочувственно, и то отчасти отвесая ко взгляду W. только Langenbeck—въ своей статьѣ Über das Wesen der Notoriätet und ihre Bedeutung im Civilproseesse—Z. f. d. C.-pr.—B. IV,—1882—S. 490.

4) См. Schneider—Vollständige Lehre vom rechtlichen Beweise—1842—§ 176—177.—S. 117 f.

5) См. Grolmann—Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten—1826—§ 84.—Цит. по Walther—a. a. O.—S. 113.

Но если въ теоріи это отождествленіе теперь почти всеми¹⁾ оставлено, то нельзя того же сказать про англійскую судебную практику и англійскую литературу. Онѣ считаютъ и по сіе время экспертовъ свидѣтелями, съ той только разницей, что эти свидѣтели имѣютъ право представлять суду свои заключенія о фактахъ, „мнѣнія“²⁾.

II. Но теорія, сливающая экспертизу съ другимъ изъ средствъ доказательства—личнымъ осмотромъ, *descente sur les lieux*—нашла себѣ въ 19 вѣкѣ горячаго защитника въ лицѣ одного изъ лучшихъ французскихъ процессуалистовъ—Bonnier³⁾. Лучшій—по его мнѣнію—способъ удостовѣриться въ истинѣ,—это отправиться лично на спорную землю, собственными глазами осмотрѣть интересующій предметъ. Но часто изъ-за недостатка специальныхъ свѣдѣній судья затруднится или совсѣмъ не сможетъ произвести надлежащимъ образомъ изслѣдованіе. Поэтому судъ обращается въ такихъ случаяхъ къ эксперту, который и даетъ необходимыя указанія и поясненія. Экспертъ является, т. обр.,—заключаетъ В.—какъ бы инструментомъ въ рукахъ судьи. „L'expertise n'est qu'un verre qui grossit les objets“⁴⁾. Экспертиза—это только увеличительное стекло при личномъ осмотрѣ судьи⁵⁾.

Теорія Bonnier все же должна быть признана явно односторонней. Прямымъ выводомъ изъ утвержденія, что экспертъ

1) Изъ новѣйшихъ процессуалистовъ теоріи отождествленія экспертовъ со свидѣтелями придерживается, да и то весьма условно, какъ кажется, лишь Canstein, а у насъ Шавровъ. См. Canstein—Die Grundlagen des Beweisrechtes—Z. f. d. C.-pr.—1880—В. II—S. 328, 329:—„In jedem Fall ist also der Sachverständige blos Zeuge.“, еще S. 334, 338—339. Но надо замѣтить, что С. употребляетъ здѣсь слово Zeuge въ его широкомъ смыслѣ, какъ обозначеніе лица, подтверждающаго истинность какого-либо факта или положенія. Но его же прямымъ указаніямъ—S. 342 f.—подъ это широкое понятіе подходятъ и „стороны, какъ свидѣтели“ и даже, напр., отраженный судья. Этому понятію онъ противопоставляетъ понятіе „Zeugen im engeren Sinne“, являющихся средствами доказательства „bezüglich ihrer Wahrnehmungen“. См. его же—Das Zivilprozessrecht—В. 1—1905—S. 924—927. См. Шавровъ—Вѣстникъ Права—1899—№ 7—стр. 11. Ср. однако стр. 15 въ концѣ.

2) См. Стифенъ—Очеркъ доказательственнаго права—1910—стр. 71—75, 142 и въ приложеніи Lely положеніе № 49.

3) Bonnier—а. а. О.—р. 61—75.

4) Bonnier—а. а. О.—р. 62.

5) Теорію Bonnier защищаль позднѣе Bordeaux—въ своей Philosophie de la procédure civile—1857—р. 549 s.s., хотя онъ считаетъ въ то же время, что эксперты суть „les mandataires du juge et des parties“.

есть лишь увеличительное стекло при личном осмотрѣ, является отрицаніе возможности экспертизы внѣ личнаго осмотра судьи. Между тѣмъ какъ разъ французское законодательство и французская судебная практика даютъ наибольшій просторъ ¹⁾ назначенію экспертизы внѣ личнаго осмотра, вообще въ отсутствіе судьи. Да, и по другимъ законодательствамъ, назначеніе экспертизы отнюдь не ставится въ необходимую связь съ мѣстнымъ осмотромъ: его въ данномъ дѣлѣ можетъ и не быть ²⁾.

III. Наконецъ, послѣдняя группа теорій характерна тѣмъ, что ея сторонники видятъ въ экспертѣ особое самостоятельное средство доказательства, отличное отъ всѣхъ иныхъ средствъ доказательствъ. Такія теоріи, коихъ до настоящаго времени накопилось весьма почтенное число, заняты разысканіемъ и установленіемъ признака отличія экспертизы отъ иныхъ доказательствъ, гл. же обр. отъ свидѣтельскихъ показаній. Среди этихъ теорій можно намѣтить по крайней мѣрѣ семь основныхъ направленій.

1) Основу теоріи, господствующей и по сіе время въ нашей литературѣ по гражданскому процессу ³⁾ положилъ въ рядѣ своихъ работъ ⁴⁾ германскій криминалистъ Mittermaier. Уже въ своей первой работѣ, готовой къ 1809 г., двадцатилѣтній Mittermaier, не удѣляя экспертизѣ особаго отдѣла и трактуя ее подъ рубрикой о личномъ осмотрѣ ⁵⁾, категорически высказывается противъ смѣшенія экспертовъ со свидѣтелями, считая первыхъ за „blosse Gehülfen der richterlichen Beobachtung“. Въ существѣ дѣла, уже здѣсь М.—сторонникъ воззрѣнія, защищавшагося имъ до конца его дней. Именно, указывая на признаки отличія

1) См. ниже Sub III 6—стр. 204—205.

2) См. А. В. Завадскій—а. а. О. стр. 91 и стр. 5 и 6.

3) См. Малышевъ—Курсъ гражд. судопроизводства—т. I—изд. 2—стр. 323, у котораго впрочемъ, извѣстную роль играетъ еще идея: „пособникъ судьи“. Гольмстенъ—Учебникъ русск. гр. судопр.—изд. 5—стр. 235; Энгельманъ—Курсъ гражд. процесса—изд. 3—стр. 318. Азаревичъ—Судостроительство и судопроизводство по гражд. дѣламъ—т. II. В. I—1894 г.—стр. 99 сл.

4) См. Mittermaier—Theorie des Beweises im peinlichen Prozesse, опубликованную въ 1821 году, но по „seines Geburts-Jahrs“ относящуюся къ 1809 году, затѣмъ—Lehre vom Beweise durch Sachverständige въ Arch. f. d. C.—pr.—В.—1819 и Über die zweckmässigste Art, im Strafprozesse den sogenannten wissenschaftlichen Beweis zu benützen und über seine Kraft und Bedeutung zu urtheilen—въ Gerichtssaal—1861 и др. его работы.

5) Theorie...—S. 140 ff., S. 163—188.

эксперта отъ свидѣтеля, М. ставитъ на первое мѣсто то, что свидѣтель сообщаетъ о своихъ воспріятіяхъ, не дѣлая никакихъ выводовъ и заключеній, такъ какъ „главная часть работы эксперта состоитъ in Reflexion und der Bildung eines Urtheils“¹⁾. Въ работѣ отъ 1819 г. М., давая отвѣты на всѣ наиболѣе спорные въ то время вопросы объ экспертизѣ, какъ будто нѣсколько уклоняется отъ характерной для него точки зрѣнія. Именно, онъ какъ бы разрываетъ цѣльный институтъ экспертизы на два вида: 1) на экспертовъ, какъ средство доказательства нужныхъ для сторонъ положеній и 2) на экспертовъ, какъ пособниковъ судьи. Но въ существѣ дѣла въ этомъ слѣдуетъ видѣть лишь дань времени, которое цѣлыми вѣками сживалось и дѣйствительно сроднилось съ этимъ взглядомъ Durandus'a. Вѣдь и въ этой статьѣ, высказываясь противъ „полнаго уравниенія“ даже перваго вида экспертовъ со свидѣтелями²⁾, М. о второмъ ихъ видѣ категорически заявляетъ: „und störend wäre es, auch in solchen Fällen die Kunstverständigen als Zeugen zu betrachten“³⁾. Въ своихъ позднѣйшихъ работахъ, М. лишь развилъ болѣе подробно свой взглядъ, опредѣлившійся уже къ 1809 году. Именно, въ работѣ отъ 1861 г. онъ пишетъ⁴⁾: „При доказательствѣ черезъ свидѣтелей основаніе доказательной силы лежитъ въ допущеніи, что всякій и каждый, кто имѣетъ здоровыми свои внѣшнія чувства, въ состояніи наблюдать факты“. „Если такой наблюдатель опирается на результатъ чувственныхъ воспріятій (der sinnlichen Wahrnehmung), то его показаніе заслуживаетъ довѣрія, коль скоро свойства свидѣтеля ручаются за то, что онъ могъ правильно наблюсти и точно сохранить наблюденное въ памяти, а также обнаруживаетъ желаніе показать согласно истинѣ“. „Напротивъ мы отбрасываемъ свидѣтельство, базирующееся лишь на вѣрѣ и мнѣніи свидѣтеля или на слухахъ (nur auf Glauben und die Meinung eines Zeugen...) „При доказательствѣ же черезъ экспертовъ рѣшающимъ“ является какъ разъ „только мнѣніе, т. е. вѣра, убѣжденіе субъекта показанія“ (nur die Meinung, also der Glaube des Aussagenden—курсивъ автора).

1) Ibidem—S. 167.

2) Arch.—S. 123.

3) Ibidem—S. 123.

4) Gerichtssaal—S. 160—161.

Итакъ, по взгляду Mittermaier'a сущность доказательства черезъ экспертизу состоитъ въ мнѣніи, убѣжденіи, заключеніи, высказываемыхъ свѣдущими людьми по предметамъ ихъ спеціальностей. Этимъ мнѣніемъ экспертъ и отличается отъ свидѣтеля, который сообщаетъ суду о своихъ чувственныхъ воспріятіяхъ. Но теорія М. также должна быть признана безусловно несостоятельной. Дѣло въ томъ, что и свидѣтель, сообщая о самомъ простомъ фактѣ, напр., о томъ, что у читателя сихъ строкъ въ моментъ чтенія находилась въ рукахъ книга, сообщаетъ уже не фактъ, а свое сужденіе о фактѣ. Для того, чтобы сдѣлать такое сообщеніе, свидѣтелю нужно во 1) знать, что предметы съ такими-то признаками называются книгой, во 2) нужно воспринять находящійся въ рукахъ у читателя предметъ и, наконецъ, въ 3) сдѣлать заключеніе, выражающееся въ сужденіи—въ рукахъ была книга ¹⁾. Логически качественной разницы въ этомъ смыслѣ между показаніемъ свидѣтеля и заключеніемъ эксперта нѣтъ никакой. Если же понимать теорію М, въ томъ смыслѣ, что заключеніе, мнѣніе эксперта есть заключеніе болѣе сложное, а показаніе свидѣтеля весьма простое, то очевидно, что тогда также будетъ между ними установлено только количественное различіе. Но тогда конструкція не достигаетъ своей цѣли—дать точный разграничивающій признакъ. Она будетъ логически порочна. Не къ такой конструкціи стремился и самъ М., видѣвшій въ экспертизѣ особое самостоятельное доказательство.

2) Какъ бы изъ оброненной Bonnier въ его цитировавшейся работѣ фразы, что свидѣтель говоритъ о „le passé“, экспертъ же о „faits présents“, выросла цѣлая теорія, защищавшаяся въ нѣмецкой литературѣ, напр., Heusler'омъ еще въ 1879 году ²⁾. Взглядъ этотъ въ качествѣ общедогматической конструкціи не требуетъ подробнаго опроверженія. Слѣдуетъ сослаться лишь на отзывъ о немъ Fr. Stein'a. Stein говоритъ ³⁾: „Считать лицо, по-

1) Съ особою ясностью выявилъ это Fr. Stein—Das private Wissen des Richters—1893—S. 11.

2) Heusler—Die Grundlagen des Beweisrechts—въ Arch. f. d. C.—pr.—B. 62—S. 245. Тотъ фактъ, что Н. не считаетъ эксперта средствомъ историческаго доказательства, а именуетъ его „Beweisführer“, не препятствуетъ разсмотрѣнію его ученія въ даной связи, т. к. экспертиза все же является по Н. доказательствомъ, хотя и не историческимъ, а критическимъ—см. S. 247.

3) Fr. Stein—a. a. O—S. 57.

казывающее, что по фасаду въ домѣ три окна экспертомъ, пока домъ стоитъ, и свидѣтелемъ, если домъ сгорѣлъ,— „ist einfach absurd“ и „schlechterdings unhaltbar.“ Однако суровое мнѣніе Stein'a не имѣетъ безусловной истинности. Иногда, моментъ времени самимъ закономъ *expressis verbis* надѣляется свойствомъ обязательнаго критерія различія. Это имѣетъ мѣсто—какъ увидимъ ниже—въ институтѣ, т. н. свѣдущаго свидѣтельства. Но съ этой оговоркой приговоръ Stein'a остается вполне заслуженнымъ.

3) Многие учатъ, что экспертъ сообщаетъ о томъ, что онъ узналъ во время процесса ¹⁾, въ процессѣ ²⁾, свидѣтель же о томъ, что онъ воспринялъ до процесса, внѣ процесса. Частичка истины есть въ каждой изъ этихъ теорій. Именно вѣрно, что тотъ, кто сообщаетъ о своихъ допроцессуальныхъ воспріятіяхъ, является всегда свидѣтелемъ, безразлично случайно или по вызову онъ получилъ эти воспріятія ³⁾. Но дѣло-то въ томъ, что свидѣтелями же являются и лица, которыя восприняли тѣ данныя, о коихъ они даютъ показанія, уже во время процесса и даже въ самомъ процессѣ ⁴⁾. Примѣромъ такихъ свидѣтелей въ области уголовного процесса являются, напр., понятые, полицейскій чиновникъ и пр. лица. Ничто не мѣшаетъ и гражданскому судѣ допросить въ качествѣ свидѣтеля, напр., почталіона, вручившаго тяжущемуся какое-нибудь письмо по производящемуся уже судебному дѣлу ⁵⁾. Для русскаго права можно сослаться на вполне возможный допросъ понятыхъ ст. 419 уст. гр. с., присутствіе коихъ, едва-ли ужъ такъ излишне, какъ полагаетъ Исаченко ⁶⁾ или на допросъ свидѣтелей, фигурировавшихъ уже въ качествѣ „свидѣтелей“ при личномъ осмотрѣ мирового судьи ⁷⁾ въ

¹⁾ Этой точки зрѣнія держится Binding—Grundriss des deutschen Str.—pr.—r.—2 Aufl.—1886—S. 118.—„Der Sachverständige macht seine Wahrnehmungen notwendig während des Processes, der Zeuge regelmässig vor dessen Beginn.“ У Binding'a, впрочемъ, едва-ли не превалирующее значеніе играетъ идея „судейскаго помощника“. См. S. 117.

²⁾ Вторую же точку зрѣнія, въ противовѣсъ Binding'у, защищаетъ Kries—Lehrbuch des deutschen Str.—pr.—rechts—1892—S. 348, 380—383.

³⁾ См. Fr. Stein—Pr. Wissen—S. 57.

⁴⁾ Правильно говоритъ Stein—Pr. Wissen—S. 57... So lange es das Recht und die Pflicht des Richters ist, auch solchen Thatfachen zu berücksichtigen, die sich erst im Laufe des Prozesses ereignet haben, müssen immer Zeugen über Wahrnehmungen z. Z. des Prozesses herangezogen werden“...

⁵⁾ См. Р. Гр. К. Д. Пр. С.—82/40.

⁶⁾ Исаченко—Гражд. процессъ—т. II—изд. 2—стр. 426—428.

⁷⁾ См. ст. 120 и 124 Уст. гр. с.

томъ же процесѣ, полный *raison d'être* коихъ не оспаривается даже и Исаченко ¹⁾.

4) Извѣстный нѣмецкій процессуалистъ Planck ²⁾ даетъ четвертую изъ основныхъ теорій. Онъ видитъ отличительный признакъ въ томъ, что экспертъ производитъ на судѣ наблюдение, повѣрку и подготовку мнѣнія о матеріалѣ, предоставленномъ ему судьей. Но „развѣ“—какъ правильно замѣчаетъ по поводу его теоріи А. В. Завадскій ³⁾—„купецъ, приглашенный въ судѣ засвидѣтельствовать тамъ о существованіи того или иного обычая торговаго, перестанетъ быть экспертомъ, если ему на судѣ не придется ни производить какихъ бы то ни было наблюдений, ни опытовъ и если онъ ограничится только утверженіемъ, что такой обычай существуетъ, не касаясь разбора того, былъ ли соблюденъ той или другой стороной этотъ обычай“.

Но Planck ⁴⁾ комбинируетъ съ вышеозначеннымъ „рѣшающимъ“ критеріемъ еще два критерія отличія эксперта отъ свидѣтеля—именно времени и повода полученія ими ихъ воспріятій. Этимъ онъ примыкаетъ къ довольно многочисленной группѣ ученыхъ, усматривающихъ признакъ отличія какъ разъ въ наличности или отсутствіи судебного порученія къ производству изслѣдованія.

5) Именно, Obermeyer ⁵⁾, Weismann ⁶⁾, Glaser ⁷⁾ и др. защищаютъ съ незначительными вариациями ту точку зрѣнія, которой классическое выраженіе далъ еще извѣстный французскій процессуалистъ Faustin Hélie ⁸⁾: „C'est le délit qui crée les témoins“... „Les experts, au contraire, sont choisis par le juge“.

Но не говоря уже о томъ, что теорія эта произвольно бросаетъ къ экспертамъ всю многочисленную группу только что выше (sub. 3)

1) Исаченко—Мировой судъ—1913—стр. 449—451.

2) Planck—Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts—B. 2—1896—S. 160 f. и 267 ff.

3) Завадскій—а. а. О.—стр. 93 и стр. 7.

4) Planck—а. а. О.—В. II—S. 160.

5) Obermeyer—а. а. О.—S. 56 и Anm. 44.

6) Weismann—Arch. f. d. C.—pr.—B. 72—S. 307.

7) Glaser—Handbuch des Strafprozesses—B. I—1883—S. 674, у котораго, впрочемъ, всѣ опредѣленія вообще носятъ крайне приблизительный характеръ. См. тамъ же: „fast niemals“;—„in der Regel“; „nur selten“; „nichtunbedingt“ и т. п. Ср. его же—Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozess—1883—S. 391 ff.

8) Hélie—Traité de l'instruction criminelle—IV—2 ed.—1866—p. 526

описанных позванных свидѣтелей, она въ существѣ дѣла не даетъ опоры даже для отличія эксперта отъ простаго свидѣтеля. Въдѣ и любой изъ простыхъ свидѣтелей можетъ и долженъ показывать и о такомъ воспріятіи, которое онъ сдѣлаетъ при разборѣ дѣла по указанію суда. Такова роль всякаго свидѣтеля, отвѣчающаго на вопросъ объ идентитетѣ ¹⁾).

6) Но вотъ въ 1893 году выходитъ въ свѣтъ книга Friedrich'a Stein'a—Das private Wissen des Richters. Въ ней дается столь глубокой анализъ логической структуры судейскаго мыслительнаго процесса и, между прочимъ, предлагается столь яркая и оригинальная конструкція экспертизы, что споръ о сущности этого института въ германской литературѣ почти на четверть вѣка совершенно затихаетъ. Лучшіе изъ вышедшихъ за это время въ Германіи и Австріи курсовъ гражданскаго процесса—курсы R. Schmidt'a ²⁾ и R. Pöllack'a ³⁾—почти цѣликомъ принимаютъ взгляды Stein'a ⁴⁾. Унасъ этой теоріи посвятилъ спеціальнѣйшій докладъ Юрид. обществу при Имп. Каз. ун. Ал. Вл. Завадскій, явившійся его первыми печатными строками. По мнѣнію Ал. Вл. ⁵⁾ „научная цѣнность теоріи Штейна заключается въ точномъ указаніи признака, выдѣляющаго экспертизу изъ ряда другихъ средствъ доказательства“. Русская процессуалистическая литература однако и послѣ работы Ал. Вл. долго оставалась глуха къ идеямъ Штейна. Насколько мнѣ извѣстно, только „Учебникъ“ Васьковскаго отъ 1914 года положилъ ее въ основу своего изложенія отдѣла о доказательствахъ ⁶⁾.

Въ виду того значенія, которое приписывается теоріи Fr. Stein'a со стороны такихъ ученыхъ, какъ Ал. Вл. Завадскій, R. Schmidt, Pollack, Vierhaus и др., я долженъ дать ея полное изложеніе ⁷⁾.

1) См. Kries—а. а. О.—S. 357 и Hegler—Die Unterscheidung des Sachverständigen vom Zeugen im Prozess—Arch. f. d. C.-pr.—B. 104—1909—S. 244 f.

2) R. Schmidt—Lehrbuch d. d. Zivilprozessrechts—1 изд. 1898 и 2 изд. 1906 г.

3) R. Pöllack—System des österr. Zivilprozessrechts—1903—1906.

4) За теорію Stein'a высказались еще Vierhaus—Z. f. d. Civilprozess—19—S. 188 и Rosenfeld—Der Reichs-Strafprozess—3 Aufl. 1909, S. 148 f. См. s. 138. Еще до Stein'a близко къ его взгляду подошелъ A. Wach—Der Entwurf einer d. C.-pr.-ordnung—Kr. V. Jahrschr.—1872—B. 14—S. 337.

5) А. В. Завадскій—а. а. О.—стр. 102 и стр. 16.

6) Изъ нашихъ криминалистовъ штейневскую конструкцію экспертизы почти цѣликомъ принялъ Резинъ—Уголовное судопроизводство—3 изд.—1916—стр. 434 сл.

7) При этомъ я слѣдую образцовому изложенію А. В. Завадскаго а. а. О.—стр. 96—102 и 10—16.

Судебное рѣшеніе—говоритъ Stein—есть продуктъ логическихъ операцій. Операціи эти заключаются въ подведеніи, субсумціи подъ норму права, какъ подъ большую посылку, фактовъ, установленныхъ судомъ, въ видѣ малой посылки.

Какъ устанавливается малая посылка,—факты?

Факты, т. е. конкретныя явленія жизни, устанавливается путемъ, т. н. историческаго доказыванія ихъ. Средства этого доказыванія только два: 1) Наше собственное непосредственное воспріятіе ихъ и 2) Сообщенія постороннихъ очевидцевъ. Постороннее лицо, сколь простое чувственное воспріятіе оно не передавало бы, передаетъ все же не фактъ, а свое сужденіе о немъ,—являющееся всегда выводомъ изъ какой либо общей посылки. Вѣдь по меньшей мѣрѣ оно должно знать словесное обозначеніе подмѣннаго факта, чтобы передать о немъ.

Но судья, и получивъ отъ постороннихъ лицъ ихъ сужденія о фактахъ, или же переработавъ въ сужденія свои собственные воспріятія, все же не можетъ еще подвести эти сужденія о фактахъ подъ нормы права. Такъ, онъ долженъ, напр., еще рѣшить.—можетъ ли онъ вѣрить свидѣтелю-очевидцу, или нѣтъ.

Такое рѣшеніе, которое, конечно, также есть силлогизмъ, часто представляется возможнымъ сдѣлать только въ томъ случаѣ, если судья кромѣ нормъ права знаетъ еще особую категорію нормъ—нормъ жизненныхъ въ противоположность нормамъ юридическихъ, если онъ знаетъ—какъ говоритъ Stein—правила жизни, опытыя положенія—Erfahrungssätzen.

Съ точки зрѣнія логики опытыя положенія являются или въ видѣ Definitionen, опредѣленій или же представляются общими гипотетическими сужденіями. Но никогда опытное положеніе не будетъ простымъ Wahrnehmungsurteil, т. е. единичнымъ или множественнымъ сужденіемъ чувственнаго воспріятія. Нѣтъ, опытыя положенія приобрѣтаются всегда лишь durch den kühnen Sprung der Induktion—смѣлымъ индуктивнымъ прыжкомъ. Только тогда, когда мы рѣшимся изъ повторяемости одинаковыхъ явленій сдѣлать индуктивный переходъ къ общему правилу, когда мы рѣшимся сказать: если возникнетъ такое-то явленіе, то послѣ него мы вправѣ ожидать возникновенія всякаго разъ такого то другого—только тогда мы приобрѣли опытное положеніе. При этомъ совершенно безразлично будетъ-ли опытное положеніе являть собою глубоко обоснованный тезисъ науки или повседневную тривиальность.

Опытыя положенія самыхъ разнообразныхъ областей науки и жизни играютъ колоссальную роль въ процессѣ.

Stein намѣчаетъ 5 категорій случаевъ, когда судья необходимо обращаться къ пользованію опытыя положеніями.

Именно, онъ пользуется ими:

Во 1) При оцѣнкѣ доказательствъ.

Во 2) При толкованіи закона.

Во 3) При толкованіи юридическихъ сдѣлокъ.

Далѣе, въ 4) всё доказываніе т. н. косвенными доказательствами, т. е. Indizienbeweis, доказательство путемъ уликъ строится на опытыя положеніяхъ.

Наконецъ, въ 5) ссылка закона на Aequitas, Pusage, Verkehrssitte, справедливость, добрую совѣсть и пр. есть по Stein'у отсылка также къ опытыя положеніямъ.

Какую же роль играютъ они при постановленіи судебного рѣшенія?

Опытыя положенія—говоритъ Stein—играютъ роль большихъ посылокъ въ силлогизмахъ, цѣль коихъ совмѣстно съ цѣлью другихъ силлогизмъ, гдѣ большими посылками служатъ нормы права, и представляеть изъ себя судебное рѣшеніе.

Но какъ получить суду знанія этихъ опытыя положеній?

Получить ихъ онъ можетъ двумя путями.

Или онъ самъ долженъ продѣлать процессъ выведенія ихъ путемъ индук-

ции изъ ряда отдѣльныхъ конкретныхъ фактовъ или же обратиться за помощью къ свѣдущему лицу, специалисту, который и сообщаетъ ему нужное опытное положеніе.

Послѣдній путь проще, а весьма часто является и вообще единственно возможнымъ.

Вотъ лицо, сообщающее суду опытное положеніе, и будетъ—по мнѣнію Stein'a—экспертомъ.

Дѣятельность эксперта можетъ ограничиться только этимъ сообщеніемъ. Но часто и даже обыкновенно экспертъ даетъ болѣе. Онъ, подставляя подъ свое опытное положеніе, какъ подъ большую посылку, установленныя на судѣ факты, даетъ въ заключеніи частное сужденіе, какъ бы привноситъ въ судѣ новый фактъ—свою оцѣнку.

Но вѣдь и свидѣтельское показаніе, сколь бы элементарно оно ни было, представляется также—какъ мы видѣли—всегда выводомъ изъ какой-либо большей посылки.

Если же и свидѣтель сообщаетъ свое мнѣніе и экспертъ иногда дѣлаетъ то же, то какъ же ихъ различить?

Для наглядности разъясненія различія между ними Stein приводитъ два примѣра.

Первый примѣръ.

Свидѣтель говоритъ: „Быль полдень, когда я увидѣлъ обвиняемаго стоящимъ въ дверяхъ его дома“.

Судья спрашиваетъ его: „Откуда Вы это заключаете“?

Свидѣтель: „Какъ разъ въ это время смѣнялись часовые, а дѣти шли изъ школы“.

Другой примѣръ.

Экспертъ говоритъ: „Масло, проба котораго мнѣ предложена, самое высшее 2-го сорта и не дороже 10 марокъ центнеръ“.

Судья: „Откуда Вы это заключаете“?

Экспертъ: „Масло это не прозрачно, а перваго сорта должно быть совершенно ясно. Указанная цѣна обычная для втораго сорта“.

Самой собой бросается въ глаза—говоритъ Stein—здѣсь то, что свидѣтель въ качествѣ новаго дѣла суду только малую посылку силлогизма, который привелъ его къ выводу: Быль полдень. Судья же самъ знаетъ, когда смѣняются часовые и дѣти идутъ изъ школы.

Наоборотъ, во второмъ случаѣ для суда важно то, что онъ узналъ о прозрачности масла 1-го сорта и о цѣнѣ масла втораго сорта. А въ прозрачности или непрозрачности масла, проба котораго передъ нимъ, онъ и самъ могъ убѣдиться. Новаго, т. обр., экспертъ далъ ему только опытное положеніе.

Вотъ, смотря по тому—говоритъ Stein—будетъ-ли то новое, что вноситъ показаніе въ процессъ, служить малой или большой посылкой, показывающей и долженъ быть признанъ или свидѣтелемъ или экспертомъ.

Самъ Штейнъ считаетъ себя въ правѣ такъ формулировать результатъ своего изслѣдованія: экспертъ, какъ таковой, всегда поставляетъ судѣ опытные положенія. Не заключеніе, а большая посылка заключенія имѣетъ значеніе. Самое заключеніе можетъ и отсутствовать. Если только судья самъ поручитъ эксперту заняться наблюденіемъ какого-нибудь предмета, то экспертъ сообщитъ суду и единичныя сужденія воспріятія о наблюденномъ имъ фактѣ.

Такова теорія Friedrich'a Stein'a.

Въ ея оцѣнкѣ я радикально расхожусь съ мнѣніемъ о ней А. В. Завадскаго. Я, вслѣдъ за Beling'омъ¹⁾ и Hegler'омъ²⁾, полагаю, что и Stein не далъ точнаго „признака, выдѣляющаго эксперта изъ ряда другихъ средствъ доказательства“.

Но прежде всего я всецѣло присоединяюсь къ Штейну въ рѣшеніи т. ек. преюдиціального вопроса. Именно, утверждали³⁾, что до того какъ ставить вопросъ, есть-ли экспертъ особое самостоятельное средство доказательство и чѣмъ онъ отличается отъ другихъ средствъ доказательства, нужно еще вырѣшить, является-ли экспертъ вообще средствомъ доказательства.

По отношенію къ законодательствамъ французскому⁴⁾, германскому⁵⁾, австрійскому⁶⁾ и венгерскому⁷⁾ не возникаетъ существенныхъ сомнѣній по этому вопросу. „Der Gesetzesbefehl“ — правильно указываетъ Штейнъ: „schlägt durch, die Sachverständigen als Beweismittel zu behandeln“⁸⁾. Законъ считаетъ эксперта за средство доказательства. Веленіе же закона для догматика — аксіома. Изъ нея онъ исходитъ.

Но дѣло-то въ томъ, что Stein, вѣроятно, не зналъ русскаго процессуальнаго права. Нашъ же уставъ гр. суд., какъ извѣстно, помѣстилъ нормы объ экспертизѣ не подъ рубрикой: доказательства, а въ особой рубрикѣ: „О повѣркѣ доказательствъ“. Однако

1) Bennecke-Beling—Lehrbuch des deutschen Reichs-Str.—pr.-rechts. 1900—§ 90—I. —въ особ. стр. 364 f., хотя съ мнѣніемъ его, что „опытныя положенія“, являются собою лишь „Durchgangspunkt der Gedankenoperation der Sachverständigen“ трудно согласиться.

2) Hegler—а. а. О.—S. 227 f. и др.

3) Напр. у насъ—Владиміровъ—О значеніи...—стр. 46 и его-же Ученіе... стр. 227.

4) C. de pr. c.—art. 302—323.

5) Deutsche Zivilprozessordnung—§ 402—413.

6) Oesterr. Civilprozessordnung—§ 351—367.

7) Die neue ungarische Civilprozessordnung—Übersetzt v. Al. Schmidt—1911—§ 350—365 и 367.

8) Stein—pr. Wissen...—S. 69. Однако Stein не выдерживаетъ этой точки зрѣнія. И въ этой работѣ и въ особенности въ своемъ Комментарѣ (см. 10 изд.—Die Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich—1910—B. I.—S. 945 f.) онъ видитъ въ экспертѣ не только Beweismittel, а и Beweismittelempfänger и даже Richtersgehilfe. Рѣшительно противъ—Struckmann und Koch—Die Zivilprozessordnung f. d. Deutsche Reich—9 Aufl.—1910—S. 424—425, гдѣ защищается взглядъ, что германскій уставъ повсюду слѣдуетъ будто-бы точкѣ зрѣнія его Мотивовъ, т. е. „Gehülffentheorie“. Того же мнѣнія L. Seuffert—Civilprozessordnung f. d. Deutsche Reich—3 Aufl.—1886—S. 441 f. Ср. еще A. Wach—а. а. О.—Kr. V.—J.—Schr.—1872—S. 337: экспертъ—„Mittel zur Ergänzung der mangelhaften richterlichen Urteilsfähigkeit,“ и его же—Handbuch des d. C.-pr.-rechts—1885—S. 268.

уже въ Мотивахъ къ Уставу имѣется непримиримое внутреннее противорѣчіе. Съ одной стороны дѣлается сопоставленіе эксперта со свидѣтелемъ и дается попытка разграниченія ихъ понятій¹⁾; очевидно не пужная, коль скоро экспертъ вообще не считается средствомъ доказательства. Съ другой же стороны утверждается, что „заключеніе свѣдущихъ людей“—не составляетъ само по себѣ „доказательства въ строгомъ смыслѣ сего слова“²⁾, т. е. что экспертъ не является средствомъ доказательства. Мотивы, т. обр., въ равной мѣрѣ и управомочиваютъ и не управомочиваютъ сказать какъ то, что они придерживаются эклективной теоріи объ экспертѣ, какъ средствѣ доказательства, такъ и то, что они отказываются видѣть въ немъ таковое, считая экспертизу „дополненіемъ пониманія судьи“³⁾. „Мотивы“ не ясны. Они не могутъ служить опорой ни за, ни противъ признанія эксперта средствомъ доказательства. Но дѣло то въ томъ, что самъ законъ въ ст. 499 прямо говоритъ, что „судъ можетъ назначить повѣрку тѣхъ только доказательствъ, по которымъ объявленъ споръ“. По статьѣ этой выходитъ, что экспертиза является не только не доказательствомъ, а повѣркой доказательствъ, но даже повѣркой только такихъ доказательствъ, по коимъ объявленъ споръ. Однако, ст. 499 помѣщена въ отдѣленіи первомъ главы о повѣркѣ доказательствъ, содержащемъ лишь „общія правила“. Уставъ же содержитъ въ той же главѣ еще три отдѣленія. Второе отдѣленіе озаглавлено: „Осмотръ на мѣстѣ“, третье—„Заключеніе свѣдущихъ людей“ и четвертое—„Повѣрка письменныхъ доказательствъ“. И, какъ кажется, въ ст. 499 п. 2 слѣдуетъ видѣть лишь неудачное обобщеніе нормъ послѣдняго 4-го отдѣленія, дѣйствительно трактующаго о повѣркѣ уже представленныхъ и при томъ оспоренныхъ доказательствъ—именно письменныхъ⁴⁾. Изъ того же обстоятельства, что какъ заглавія 2 и 3 отдѣленій, такъ и самый ихъ текстъ ни словомъ не обмолвливаются о повѣркѣ,

1) Суд. Уставы 20 п. 1864 г. съ изд. разс., на коихъ они основаны—2 изд.—ч. I—1867—стр. 264.

2) Тамъ-же—стр. 257.

3) Тамъ-же—стр. та-же. Ясно кромѣ того, что Мотивы отнюдь не даютъ прочной базы даже для заключенія, которое сдѣлалъ, напр., Васьковскій—(Учебникъ гражд. процесса—1914—стр. 331 сл.), что экспертиза по Мотивамъ есть дополнительный способъ доказыванія.

4) См. Исаченко—Гражданскій процессъ—т. II—1910—стр. 747.

слѣдуетъ вывести скорѣй заключеніе, что смыслъ этихъ спеціальныхъ нормъ не затрагивается общими правилами. Но, съ другой стороны, столь же, если не болѣе, существенно соображеніе, что ст. 499—именно потому, что она является „общимъ правиломъ“—относится и ко 2, и къ 3 отдѣленію, идетъ впереди ихъ и прежде всего должна нерушимо соблюдаться.

Однако рѣшающими являются отнюдь не эти соображенія, а совершенно иное. Именно то, что признаніе экспертизы „повѣркой доказательствъ“ еще не выкидываетъ ее изъ рода доказательствъ. Въ самомъ дѣлѣ, что такое „повѣрка доказательствъ“ по своей сути? Очевидно, „повѣрка доказательствъ“ есть ни что иное, какъ средство убѣжденія судьи въ истинности или неистинности чего-либо, напр., въ подлинности или неподлинности платежной расписки. Но средство убѣжденія судьи въ истинности или неистинности чего-либо и есть ни что иное, какъ доказательство. Слѣдовательно, повѣрка доказательствъ не можетъ быть ни чѣмъ инымъ, какъ доказательствомъ. Ergo и экспертиза, какъ частный случай такой повѣрки, есть также доказательство, откуда слѣдуетъ, что экспертъ есть средство доказательства¹⁾.

Такимъ образомъ, преюдиціальнѣйшій вопросъ—есть-ли экспертъ средство доказательства—рѣшается по вѣсѣмъ пяти разсматриваемымъ нами законодательствамъ именно такъ, какъ рѣшаетъ его и Stein, какъ разрѣшили его выше *prima facie* и мы, т. е. утвердительно.

Перейдемъ же теперь къ критикѣ теоріи Stein'a.

а) Прежде всего слѣдуетъ сдѣлать нѣсколько замѣчаній противъ основнаго штейневскаго понятія—именно понятія „о пы тнаго положенія“, его чрезмѣрной всеобъемлемости, съ одной стороны, его мнимой исключительности, съ другой.

1) Въ нашей литературѣ и сенатской практикѣ господствующимъ является взглядъ, по которому экспертиза имѣетъ двойственный характеръ: она можетъ быть какъ самостоятельнымъ доказательствомъ, такъ и повѣркой доказательствъ. См. Побѣдоносцевъ—Судебное руководство—1872—Пол. 934 и 935—стр. 322; Нефедьевъ—Уч. русск. гр. суд.—1909—стр. 191; Исаченко—Гр. пр.—т. II—стр. 146 сл., 803 сл.; Яблочковъ—Уч. русск. гр. суд.—изд. 2—1912—стр. 115, 119. Напротивъ Энгельманъ—Курсъ русск. гр. суд.—1912—стр. 318 сл. того мнѣнія, что „свѣдущіе люди являются на судѣ въ двойной роли: какъ свидѣтели и какъ помощники судьи. Малышевъ—(Курсъ гр. суд.—т. I—изд. 2—1876—стр. 283 и 323 сл.), Гольмстенъ—(Уч. русск. гр. суд.—изд. 5—стр. 211 сл. и 234 сл.) и Васьюковскій (Уч. гр. пр.—стр. 329—332) считаютъ экспертизу за доказательство, эксперта-же за средство доказательства.

а) Нельзя согласиться со Штейномъ относительно его линіи разграниченія *Rechtssätzen* и *Erfahrungssätzen*, юридическихъ нормъ и опытныхъ положеній. Такъ, напр., слѣдуетъ возражать противъ исключенія Штейномъ ¹⁾ изъ класса юридическихъ нормъ и зачисленія ихъ въ категорію опытныхъ положеній такихъ понятій, какъ *l'équité*, обычаи оборота и т. п., считая ихъ понятіями правовыми.

б) Далѣе, подъ штейневское понятіе „опытнаго положенія“ очевидно не могутъ быть подведены аксіомы и теоремы математики. Между тѣмъ эксперту очень часто приходится имѣть дѣло и съ ними.

в) Наконецъ, какъ правильно выявлено *Hegler*’омъ ²⁾ на основаніи работъ *Windelband*’а ³⁾ и *Rickert*’а ⁴⁾, экспертъ даже тогда, когда онъ ограничивается только сообщеніемъ своихъ специальныхъ свѣдѣній, сообщаетъ суду отнюдь не однѣ лишь общія сужденія—*Erfahrungssätze*, а весьма часто и единичныя сужденія, напр. сужденія о фактахъ исторической науки, исторіи литературы, искусства, техники и т. п.

Съ первымъ и послѣднимъ изъ этихъ соображеній очевидно согласился и самъ *Stein*. По крайней мѣрѣ, въ 10-мъ изданіи его извѣстнаго комментарія на германскій уставъ гражданскаго судопроизводства, *Stein*, оставшись вѣренъ своей теоріи ⁵⁾, измѣнилъ однако опредѣленіе понятія эксперта ⁶⁾, дававшееся въ прежнихъ изданіяхъ ⁷⁾, поставивъ на ряду съ *Erfahrungssätzen* *Rechtssätze* и *offenkundige Tatsachen*, подъ послѣднія изъ коихъ онъ подводитъ и факты исторіи и географіи ⁸⁾.

б) Противъ же догматическаго значенія конструкціи Штейномъ института экспертизы должно подчеркнуть слѣдующее.

¹⁾ См. *Stein*—pr. *Wissen*—S. 41 f. Ср. *Петражицкій*—*Теорія права*—Т. II—изд. 2.—1910—стр. 507, 512; *Stammler*—*Theorie der Rechtswissenschaft*—1911—S. 304, 580, 728—729.

²⁾ *Hegler*—а. а. О.—S. 169 ff.

³⁾ *Виндельбандъ*—*Прелюдіи*—пер. Франка—стр. 313 сл.

⁴⁾ *Риккертъ*—*Границы естественно-научнаго образованія понятій*—пер. Водена—1904. и его-же—*Философія исторіи*—пер. С. Гессена—1908.

⁵⁾ *Stein*—*Kommentar*—10 Aufl.—S. 905, III.

⁶⁾ Тамъ-же—S. 944, I.

⁷⁾ Напр., *Gaupp*—*Stein*—*Kommentar*—4 Aufl.—1901—S. 850.

⁸⁾ *Stein*—*Kommentar*—10 Aufl.—S. 722, I, 1.

Первымъ изъ основныхъ требованій къ догматической конструкціи, какъ и ко всякому логическому опредѣленію, является требованіе ея достаточности. Иными словами, догматическая конструкція должна указывать такой или такіе признаки, подъ которые подходили бы все относящіяся къ данному институту явленія.

Посмотримъ же, удовлетворяетъ ли конструкція Штейна этому первому требованію.

а) Прежде всего согласимся со Шт. настолько, что бы можно было сказать: экспертъ можетъ дать суду только „опытное положеніе“, или точнѣе—сообщить суду свои спеціальныя свѣдѣнія. При этомъ слѣдуетъ еще разъ замѣтить, что экспертъ даетъ суду отнюдь не обязательно лишь „опытныя положенія“, а и апріорныя положенія математики, напр., при инженерно-строительной или бухгалтерской экспертизѣ. Столь же мало связано свѣдущее лицо и мнимой необходимостью поставлять суду только общія сужденія. Нѣтъ, оно можетъ дать въ качествѣ своихъ знаній и какое-нибудь частное сужденіе, напр., лишь указать годъ изданія иностраннаго закона. Назовемъ условно такихъ экспертовъ—экспертами сообщающими.

б) Но экспертъ можетъ представить суду и свое заключеніе о фактическихъ обстоятельствахъ дѣла, не ссылаясь и не приводя тѣхъ большихъ посылокъ, изъ коихъ онъ исходитъ. Правда, обычно заключеніе свѣдущихъ людей содержитъ и эти большія послылки, но догматической необходимости въ такомъ указаніи ихъ нѣтъ никакой¹⁾. Назовемъ условно такого дающаго лишь выводъ эксперта—экспертомъ судящимъ. Такимъ экспертомъ будетъ, напр., врачъ, говорящій лишь, что смерть извѣстнаго лица послѣдовала отъ отравленія мышьякомъ, но не высказывающій общаго положенія своей науки, какая именно доза этого яда считается смертельной, каковы симптомы отравленія мышьякомъ и т. п.

γ) Но судъ вправѣ—съ этимъ согласенъ и Stein—поручить эксперту въ виду его спеціальныхъ знаній и особаго умѣнья производство самостоятельнаго изслѣдованія какого-нибудь

¹⁾ Ср. однако § 362 австр. уст. гр. судопр. и къ нему, напр., Pollack—а. а. О.—S. 575 и 577. Но взглядъ Pollack'a догматически ошибоченъ, т. к. § 362 Abs. I является инструкціей эксперту, а не суду.

предмета, лица или вещи, съ цѣлью установленія какого-нибудь новаго факта. Это изслѣдованіе экспертъ вправе вести внѣ суда, а по нѣкоторымъ законодательствамъ и безъ суда надъ предметомъ, осматривать который суду въ силу недостатка знаній и умѣнья нѣтъ никакой цѣли. Въ этомъ случаѣ судъ ждетъ и получаетъ отъ эксперта только показаніе о его личномъ воспріятіи, о наблюденномъ имъ новомъ фактѣ¹⁾). Назовемъ условно этотъ типъ экспертовъ—экспертами воспринимаящими²⁾). Образцами такого производства экспертизы являются, напр., порученное химику изслѣдованіе внутренностей человѣка или животнаго съ цѣлью опредѣлить, есть ли въ нихъ какой-нибудь ядъ, или предложенное акушеру производство осмотра женщины для выясненія ея беременности или предоставленное инженеру обслѣдованіе шахты въ цѣляхъ подробнаго ознакомленія съ ея техническимъ оборудованіемъ и т. п. Если химикъ, врачъ и инженеръ въ этихъ случаяхъ внесутъ въ судъ лишь описанія наблюденныхъ ими новыхъ фактовъ—*Befundbericht*, то они будутъ экспертами этой третьей категоріи въ ея чистомъ видѣ³⁾).

*Code de procédure civile*⁴⁾ не ставитъ никакихъ преградъ самостоятельному безъ суда веденію экспертомъ порученнаго ему изслѣдованія. Больше того, такой методъ веденія экспертизы является согласно общему смыслу французскаго устава даже нормальнымъ. Въ громадномъ большинствѣ случаевъ экспертиза производится безъ суда. И только уже ея результатъ—заключеніе экспертовъ, *rapport d'experts*, передается въ письменной формѣ

1) За самостоятельность и полную возможность этой третьей категоріи экспертовъ Obermeurer—а. а. О.—67—70, Planck—а. а. О.—S. 272, Hegler—а. а. О.—s. 207 f. и др., а изъ криминалистовъ Glaser—а. а. О.—S. 711 f. и др.

2) Конечно, всѣ эти крайне условныя наименованія совершенно не притязаютъ на точность и даны нами лишь въ цѣляхъ удобства дальнѣйшаго изложенія.

3) Вполнѣ возможны и, можетъ быть, даже наиболѣе часты въ судебной практикѣ различныя сочетанія этихъ трехъ типовъ экспертизъ, какъ попарно, такъ и всѣхъ трехъ вмѣстѣ.

4) Еще римскимъ правомъ была признана необходимость и санкціонирована возможность производства экспертизы безъ суда. См. вышеприведенныя мѣста источниковъ—D. 10, 1, 8, 1: „Ad officium de finibus cognoscentis pertinet menses mittere“... или С. J. —3, 39, 3.

Ср. для каноническаго процесса предписаніе папы Гонорія III: „Volumus et mandamus, ut adhuc honestas matronas, providas ac prudentes deputari curetis, ad inquirendum utrum dicta puella virginitatis privilegio sit munita“ (С. J. С.—4, X, 2, 19).

въ канцелярію суда. Догматически законная возможность производства экспертизы внѣ суда и безъ суда явствуетъ уже изъ ст. 295 французскаго процессуальнаго кодекса. Статья эта даже прямо запрещаетъ назначеніе осмотра на мѣстѣ въ такихъ дѣлахъ, въ которыхъ достаточной является производство простой экспертизы. А такъ какъ осмотръ на мѣстѣ долженъ производиться всегда судомъ—каковъ бы онъ ни былъ, т. е. будь—то судья отряженный, мѣстный мировой судья и т. п.—, то запрещеніе осмотра на мѣстѣ есть запрещеніе командировки судьи изъ состава трибунала или порученія другому судѣ присутствовать при производствѣ экспертизы *dans les matières où il n'échoit qu'un simple rapport d'experts* ¹⁾. Уже отсюда ясно, что присутствіе судьи при производствѣ свѣдущими людьми ихъ изслѣдованія внѣ суда отнюдь не составляетъ по французскому праву необходимаго условія законности судебной экспертизы. Это подтверждается еще и тѣмъ, что спеціальныя нормы ²⁾ объ экспертизѣ также ни слова не говорятъ о необходимости присутствія судьи при ея производствѣ. Объ отряженномъ судѣ упоминаетъ всего лишь одна статья—art. 305, да и то только для того, чтобы возложить на него обязанность приведенія экспертовъ къ присягѣ, а отнюдь не обязанность присутствія при производствѣ ими самого изслѣдованія ³⁾.

Строже къ этому вопросу относятся германское и австрійское законодательства. Именно, изъ § 355 въ связи съ § 402 и

1) См. art. 295—C. de pr. c.

2) C. de pr. c.—art. 302—323.

3) Французская доктрина и судебная практика признаютъ вполне допустимой производство экспертомъ его изслѣдованія внѣ суда и безъ суда. Такъ, Garsonnet—(*Traite theorique et pratique de procédure*—2 éd.—t. 3—1899) считаетъ, что въ обшихъ судахъ экспертиза вообще производится въ отсутствіи судьи (§ 869—872) и даже готовъ отказать экспертизѣ въ ея строго законномъ характерѣ, коль скоро она комбинируется съ личнымъ осмотромъ (*ib.*—p. 117). И только для мировыхъ судебныхъ учреждений онъ признаетъ возможнымъ не только производство ея „en absence du juge“, но и „en présence du juge“ (p. 319—*ib.*), возражая при этомъ противъ взгляда, „que les experts ne pourraient jamais opérer qu'en présence du juge“ (*ib.*—p. 322). Contra—Glasson, Colmet—Daage et Tissier—*Précis theorique et pratique de procédure civile*—t. I—1908—p. 915. См. Civ. Cass. 13 janv. 1886—Sirey—86, I, 150; req. 2 d. 1868—Dalloz—71, 5, 176; req. 13 mai 1868—Dalloz—69, 1, 300. Цит. по Dalloz—N. C. de pr. civ. annoté—T. 1—1910—p. 171. Cp. Glaser—*Beiträge...*—s. 384, который пишетъ: „Unter der Expertise versteht die französische Praxis die Entscheidung von Fachmännern“.. (курсивъ автора). Какъ мы видѣли въ текствѣ,—не только практика, но и законъ французскій также смотритъ на экспертизу (покрайней мѣрѣ C. de pr. civile).

§ 375 германскаго устава гражданскаго судопроизводства¹⁾ и изъ §§ 351—352 австрійскаго²⁾ вытекаетъ какъ будто бы то, что уставы эти знаютъ лишь такое производство экспертизы, при которомъ обязательно присутствуетъ судья.

Нашъ уставъ въ ст. 517 даетъ аналогичныя же указанія. Съ другой же стороны, нашъ законъ самъ допускаетъ возможность производства экспертизы безъ суда, въ специальныхъ кабинетахъ научно-судебной экспертизы³⁾.

Но допустимъ, что ни одно законодательство не разрѣшаетъ производство экспертомъ его изслѣдованій безъ присутствія судьи;

1) Ср, однако § 656 D.—Z.—P.—O. Германская процессуальная литература въ своемъ большинствѣ высказывается за допустимость производства экспертизы безъ суда. См. Friedrichs. Der menschliche Körper als Beweismittel—Z. f. d. C.-pr.—B. 19—s. 393—394; Stein—Pr. Wissen...—65 f.; Stein—Kommentar... 10—Aufl.—s. 901 и Anm. 4, а также s. 946; R. Schmidt—а. а. О.—s. 344 f. Weismann—Lehrbuch d. d. Zivilprozessrechtes—B. I—1903—s. 119; Hegler—а. а. О.—s. 211. f.; Hellwig—System d. d. Zivilprozessrechtes—T. I—1912—s. 716. Но воплѣвъ правильно признавая законность производства экспертизы безъ суда, большинство тѣхъ-же изслѣдователей въ прямое себѣ противорѣчье отказываются допустить, что экспертъ въ такомъ случаѣ можетъ внести въ судебный матеріалъ исключительно лишь одно свое воспріятіе наблюдаемаго факта, не представляя никакой его оцѣнки и не сообщая своихъ специальныхъ знаній. Именно—см. Stein—Op. et loc. cit.; R. Schmidt—Op. et loc. cit.; Hellwig—Op. et loc. cit.; Ср. еще Kleinfeller—Lehrbuch d. d. C.-pr. r.—1910—s. 349.

2) Австрійскіе процессуалисты въ данномъ вопросѣ какъ будто бы больше законники, чѣмъ германскіе. Именно, австрійскіе процессуалисты считаютъ производство изслѣдованія экспертомъ безъ суда за существенное нарушение формъ судопроизводства, дающее поводъ къ ревизіи рѣшенія. См., напр., R. Pollak—System des österr. Z—pr.-rechtes—B. 2—s. 578. Ср. еще Schrutka v. Rechtenstamm—Grundriss des Zivilprozessrechtes—1909—§ 222, z. 4; Neumann—Kommentar zu den Z—pr.-gesetzen—2 Aufl.—B. 2—1908—s. 1034 и 962; Demelius—Der neue Civilprocess—1899—s. 516. Также смотрѣли на необходимость судейскаго руководства и мотивы къ проекту австрійскаго устава гр. суд. См. Materialien zu den neuen österr. C.-pr.-gesetzen—H. v. K. K. Justizministerium—B. I—s. 320 (280).

3) См. ст. 429¹ Учр. С. Уст. И слѣдуетъ признать, что Гр. Касс. Деп. Прав. Сената вступилъ на совершенно правильную законную дорогу, вынеся свое извѣстное опредѣленіе 1910 № 4. Въ этомъ опредѣленіи онъ разъясняетъ, что „изъ содержанія ст. 516, 517, 540 и 704 уст. гражд. суд., ст. 351 уст. угол. суд. и ст. 429¹—³ учр. суд. уст. видно, что экспертиза не всегда можетъ быть производима въ присутствіи суда, слѣдовательно участіе сего послѣдняго не составляетъ непременнаго ея условія“. А потому „производство клиническаго наблюденія внѣ суда, въ лечебницѣ... не исключаетъ его изъ состава судебной экспертизы“.

Для нашего уголовного процесса ср. ст. 331 уст. уг. суд. и Опред. Выш. Дисц. Прис. 1 м. 1886 г.—Сборн.—1913 г.—стр. 350, а также Опр. Уг. Касс. Деп. Пр. Сената 81/8; 76/179; 71/1762 и Общ. Собр.—1906/№ 27.

См. А. В. Завадскій—а. а. О.—стр. 91/5... „Эксперту можетъ быть поручено производство осмотра въ отсутствіе суда“...

развѣ это измѣнить суть дѣла? Отнюдь нѣтъ! Вѣдь, фактъ присутствія судьи при производствѣ какой-нибудь химической или бактериологической экспертизы, въ которой судья ровно ничего не понимаетъ, не въ силахъ измѣнить существа дѣла. Судья не воспринимаетъ изслѣдуемаго факта, хотя и присутствуетъ. Онъ только протоколируетъ. Онъ назначенъ—какъ гласитъ нашъ законъ¹⁾— „для наблюденія за ходомъ изслѣдованія“, слѣдовательно, не для участія въ самомъ изслѣдованіи. Онъ назначенъ—какъ гласитъ австрійскій²⁾ уставъ—для руководства (*Leitung*)—изслѣдованіемъ,—слѣдовательно, опять-таки не для участія въ самыхъ наблюденіяхъ, не какъ совоспринимающій субъектъ, а какъ лишь руководящій.

Значеніе этихъ соображеній, должно быть, прекрасно взвѣсилъ авторъ венгерскаго устава гражд. судопроизводства, извѣстный ученый Plosz. По крайней мѣрѣ § 360 венгерскаго устава—*expressis verbis* разрѣшаетъ суду въ случаѣ надобности постановить, „*dass der Sachverständige den Augenscheinsgegenstand in ihrer Abwesenheit prüfe*“. Такимъ образомъ венгерскій уставъ не только не запрещаетъ, а даже прямо разрѣшаетъ самостоятельное внѣ суда и безъ суда производство экспертомъ порученнаго ему изслѣдованія.

Такимъ образомъ, по веѣмъ пяти разсматриваемымъ законодательствамъ признается возможность существованія трехъ основныхъ и чистыхъ типовъ эксперта—эксперта сообщающаго, эксперта судящаго и эксперта воспринимающаго. Всѣ эти три типа входятъ, какъ необходимые элементы, въ составъ института экспертизы, какъ ее даетъ догма современнаго законнаго процессуальнаго права.

Догматическая конструкція и должна прежде всего охватить весь институтъ, всю группу входящихъ въ него явленій.

Изъ произведеннаго анализа института экспертизы явствуетъ, однако, съ несомнѣнностью, что теорія Штейна уже этому первому требованію не удовлетворяетъ.

Въ существѣ дѣла, она,—отвѣчая только: лицо, дающее суду опытное положеніе будетъ всегда экспертомъ,—отвѣчаетъ не

1) Уст. гр. с.—ст. 517.

2) Z. P. O.—§ 357:... „*der mit der Leitung der Beweisaufnahme betraute Richter*“...

на стоящій передъ нею вопросъ: кто экспертъ, а на совершенно иной—именно на вопросъ: будетъ-ли всегда экспертомъ лицо, дающее суду опытное положеніе.

Отвѣтъ Штейна оставляетъ насъ въ почти полной неизвѣстности и сомнѣніяхъ. Хорошо, согласимся, что лицо, дающее суду опытное положеніе, будетъ всегда экспертомъ. Но позволительно спросить: А кромѣ такого лица есть еще какія нибудь лица, которые будутъ экспертами? „Да, есть“,—слѣдуетъ отвѣтить.

Таковыми лицами являются, напр., эксперты третьяго выявленнаго нами выше типа, эксперты воспринимающіе. Они вносятъ въ судъ новый фактъ, установленный ими благодаря ихъ знанію и умѣнію. Но Штейнъ просмотрѣлъ этотъ типъ эксперта въ его чистомъ видѣ. Онъ считаетъ,—какъ мы видѣли уже,—что такой воспринимающій экспертъ вноситъ въ процессъ обязательно и большую посылку, т. е. опытное положеніе, и малую, т. е. наблюденные имъ факты—„*Obersatz und Untersatz zugleich*“¹⁾. Но помимо того, что это утвержденіе невѣрно по существу, оно и въ такомъ видѣ не спасаетъ его теоріи. Въ самомъ дѣлѣ, если Штейнъ даже въ такомъ надлежаще не проанализированномъ, комбинаціонномъ случаѣ какъ будто²⁾ считаетъ эксперта за свидѣтеля³⁾, то это съ несомнѣнностью доказываетъ, что его теорія хочетъ сломать законъ въ свою угоду, а не базироваться на его истинномъ смыслѣ. Очевидно, что такое ученіе уже—не унификація наличныхъ нормъ законнаго права, признающихъ и такое лицо экспертомъ, а критика ихъ, не имѣющая догматической цѣнности. Но въ теоріи Штейна есть и крупницы истины. Именно, Штейнъ взялъ одинъ типъ эксперта—первый изъ нами выше указанныхъ. Онъ основательно изучилъ и блестяще, хотя и далеко не полно, проанализировалъ его. Но уже по отношенію ко второму типу онъ только повторилъ то, что дала до него литература, напр., *Gönner* и *Mittermaier*. Третій типъ въ

1) Stein—Pr. Wissen—s. 67.

2) Логически послѣдовательно въ этомъ случаѣ съ точки зрѣнія Штейна слѣдуетъ видѣть комбинацію экспертизы (доставленіе *Obersatz'a*) со свидѣтельствомъ (поставкой *Untersatz'a*). Въ дѣйствительности же здѣсь возможна комбинація экспертизъ 1 и 3 типовъ.

3) „Der Sache nach wie ein Zeuge“—Stein—Pr. Wissen—s. 67, или: „Er ist zwar rein logisch betrachtet, Zeuge“..., какъ сознается Stein въ своемъ *Kommentar'e*—10 Aufl.—B. 1—s. 946.

его чистомъ видѣ остался Штейну неизвѣстнымъ. Но уже комбинаціонный случай экспертизы перваго и третьяго типа явился для него камнемъ преткновенія. Давъ ему отдѣльную постановку, Штейнъ то хочетъ видѣть въ немъ свидѣтеля, то объявляетъ его *Beweisempfänger*'омъ, какъ бы отряженнымъ судьей, хотя бы при немъ находился и настоящій отряженный судья ¹⁾. Уже этихъ замѣчаній достаточно, чтобы было ясно, что Штейнъ не далъ единой конструкціи института экспертизы въ ея цѣломъ. Не смогъ онъ поэтому указать и „точного отличительнаго признака, выдѣляющаго экспертизу изъ ряда другихъ доказательствъ“. И послѣ Штейна остается многое совершенно невыясненнымъ. Напр., вопросъ, въ чемъ разница между воспринимающимъ экспертомъ и свидѣтелемъ, въ особенности свѣдущимъ свидѣтелемъ? Оба они сообщаютъ о новомъ фактѣ. Процессуальная роль ихъ—критерій штейневской теоріи—одна и та же: оба даютъ въ качествѣ новаго матеріала лишь для малой посылки судейскаго силлогизма.

Ясно, что и Штейна теорія не можетъ быть принята.

7) А. Hegler въ его уже цитировавшейся статьѣ—*Die Unterscheidung des Sachverständigen von Zeugen im Prozess*—даетъ седьмую изъ основныхъ конструкцій экспертизы, какъ самостоятельнаго доказательства.

Именно, Hegler стремится найти отличие эксперта отъ свидѣтеля въ различіи основанія, по которому соответственное лицо вообще должно давать показанія въ процессѣ, въ различіи того, почему оно вообще введено въ процессъ, какъ субъектъ показаній, что базируется на различіи отношенія разныхъ лицъ къ содержанію ихъ будущихъ показаній ²⁾.

Свидѣтель и экспертъ сходятся въ томъ, что имѣютъ общую цѣлевую функцію въ процессѣ: оба они выступаютъ въ немъ въ качествѣ постороннихъ дѣлу субъ-

¹⁾ R. Schmidt, принявшій теорію Stein'a, также не нашелъ выхода изъ этого тупика. Онъ говоритъ: „Für diesen Fall (имѣя въ виду тотъ же комбинаціонный случай—„nicht nur Sätze, sondern auch Tatsachen“) bedarf... der obige Satz, wonach Sachverständige ein Person ist, die dem Richter Erfahrungssätze liefert, einer Ergänzung“. R. Schmidt полагаетъ, что изслѣдующій въ такомъ случаѣ будетъ и *Beweisempfänger*'омъ и находящимся „in der Rolle des Zeugen“. Сколько убійственно для единства и цѣльности конструкціи это признаніе, спрятанное R. Schmidt'омъ въ примѣч. 2 zur s. 345 его Lehrbuch, ясно само собою. Гораздо откровеннѣе въ данномъ случаѣ Vierhaus: онъ признаетъ доставившее столько хлопотъ Stein'у и Schmidt'у лицо за свидѣтеля, что должно быть признано болѣе логичнымъ, хотя по существу и неправильнымъ. См. Vierhaus—Рецензія на книгу Stein'a—Pr. Wissen—въ Z. f. d. S.-pr.—B. 19—S. 189.

²⁾ Hegler—a. a. O.—S. 152.

ектовъ показаній (dritte Aussagerpersonen). Различаются же они по различію основанія введенія ихъ въ процессъ ¹⁾.

Такимъ основаніемъ для свидѣтеля, какъ простаго, такъ и свѣдущаго, является специальное, индивидуальное, т. е. указывающее на индивидуально опредѣленныхъ лицъ, историческое отношеніе,—отношеніе личности воспріятій (Beziehung des Wahrgenommenhabens) опредѣленныхъ, конкретныхъ, подлежащихъ установленію въ процессѣ фактовъ ²⁾. Это-то отношеніе личности воспріятій и дѣлаетъ свидѣтеля способнымъ давать показанія о подлежащемъ разсмотрѣнію конкретномъ фактѣ. Ради этого отношенія, какъ предполагаемаго, гипотетичнаго, и вводится онъ въ качествѣ субъекта показаній въ процессъ ³⁾.

Наоборотъ, такимъ основаніемъ для экспертовъ и квазиэкспертовъ ⁴⁾ является генеральное, т. е. указывающее лишь на принадлежность къ общему классу, къ неопредѣленному числу не означенныхъ индивидуально лицъ,—раціональное, т. е. не историческое (не историческое также и у экспертовъ по историческимъ знаніямъ), не на личности у соответственнаго лица воспріятій опредѣленныхъ конкретныхъ существенныхъ для дѣла фактовъ базирующееся отношеніе ⁵⁾. Именно, такимъ основаніемъ у экспертовъ является способность, въ силу обладанія особыми свѣдѣніями въ опредѣленной области,

или къ передачѣ нужныхъ для дѣла результатовъ специальныхъ знаній,

или къ производству опредѣленныхъ выводовъ и заключеній,

или же къ производству опредѣленныхъ наблюденій и къ сообщенію ихъ результата;—

у квазиэкспертовъ же—способность, въ силу обладанія требующимися при данномъ положеніи вещей пригодными свойствами ⁶⁾ (безъ обладанія специальными знаніями), сдѣлать соответственныя наблюденія и сообщить о ихъ результатѣ.

Это генерально-раціональное отношеніе особыхъ свѣдѣній или же требующихся въ подлежащемъ случаѣ пригодныхъ свойствъ и дѣлаетъ соответствующихъ лицъ способными давать показанія въ названныхъ направленіяхъ. Ради этой способности, какъ предполагаемой, гипотетичной, и вводятся эти лица въ качествѣ субъектовъ показаній въ процессъ.

1) Ibidem—S. 247.

2) Ibidem.

3) Ibidem—s. 248.

4) Въ этомъ отношеніи Hegler идетъ по пути, указанномъ мимоходомъ еще Planck'омъ—а. а. O.—s. 160 n. 31: „Laiengutachten“, а также s. 270 и N. 25 тамъ-же, Weismann'омъ въ его Lehrbuch...—B. I—s. 119 и другими, сопричислившими къ экспертамъ и тѣхъ изъ дающихъ показанія лицъ, кои вводятся въ процессъ не въ виду специальныхъ свѣдѣній, а по инымъ какимъ-либо причинамъ.

5) См. уже Kohler—Der Prozess als Rechtsverhältniss—1888—s. 29—30; Ullmann—Lehrbuch d. d. Str.—pr.—rechts—1893—s. 344—346; Stein—Pr. Wissen—s. 54—55: „Während der Zeuge seine individuelle Wahrnehmung in den Prozess einführt, bringt der Sachverständige sein nicht-individuelles, fungibles Wissen von Erfahrungssätzen mit“. „Wer den abgezogenen Satz aussagt, bezeugt nicht mehr die Einzelfälle, aus denen der Satz gewonnen ist“. „Es ist daher eine längst anerkannte Wahrheit, dass die Sachverständigen im Gegensatz zu den Zeugen, deren Zahl und Person durch vorprozessuale Ereignisse festgestellt ist, die eine geschichtliche Beziehung zur Sache haben müssen, fungible Beweismittel sind, die der Richter auswählt“. Но изъ этой истины St. и недумаль создавать теорію, ясно вида догматическую неустранимость и „fungibler Zeugen“. См. тамъ-же s. 55 Anm. 14 и s. 70.

6) Словами „пригодными свойствами“ я перевожу слова: „Tauglichkeit und Geeignetheit“.

„Der Zeuge“—пишет Hegler 1): „wird eingeführt als der Mann, der wahrgenommen hat, der Sachverständige bzw. Quasisachverständige als ein Mann, der Sachverständnis bzw. erforderliche Geeignetheit und Tauglichkeit besitzt, speziell im Fall der dritten Kategorie von Sachverständigenaussagen daher als ein Mann, der sachgemäss wahrnehmen kann“ (разрядка оригинала)²⁾. Из этого первичного признака различия вытекает—по мнѣнію Н.—дальнѣйшій вторичный признак,—именно тотъ, что эксперты по самому ихъ понятію являются лицами замѣнимыми, замѣщаемыми³⁾. Н. соглашается, что мыслимъ случай, когда въ виду суда окажется налицо по какому-либо вопросу одинъ единственный специалистъ. Но и здѣсь—правильно парируетъ онъ—слѣдуетъ говорить о „begriffliche Vertretbarkeit“, хотя на дѣлѣ имѣется „Tatsächliche Unvertretbarkeit“⁴⁾. Наоборотъ, свидѣтели—по мысли Н.—являются по самому понятію ихъ незамѣнимыми, незамѣщаемыми: они даны „nach Zahl und Person“.

Такова въ краткихъ чертахъ теорія Hegler'a. Она уже успѣла завоевать себѣ нѣкоторыя симпатіи въ кругахъ германскихъ и австрійскихъ процессуалистовъ⁵⁾.

И дѣйствительно въ теоріи Hegler'a есть также частица истины.

Именно, во I-хъ, Н., послѣдовавши за Obermeyer'омъ, Planck'омъ, Glazer'омъ и др.⁶⁾ и давши надлежащій анализъ различныхъ видовъ экспертизы, совершенно правильно на нашъ взглядъ защищаетъ возможность и законность третьяго изъ вышеуказанныхъ типовъ экспертовъ въ его чистомъ видѣ⁷⁾.

Во II-хъ) Н., пытаясь найти единый признакъ отличія, настоящую *differentiam specificam* эксперта отъ свидѣтеля въ основаніи ихъ введенія въ процессъ, искалъ именно тамъ, гдѣ и слѣдуетъ искать ихъ различіе.

Однако его поиски въ этомъ направленіи остались по нашему мнѣнію тщетными. Настоящей *differentiae specificaе* найти ему не удалось.

1) Hegler—а. а. О.—S. 249.

2) Довольно большая нѣмецкая фраза помѣщается въ текстѣ потому, что въ переводѣ на русскій языкъ, не знающій опредѣленнаго и неопредѣленнаго членовъ, стиль автора и нюансы его мысли не могутъ быть точно переданы.

3) Hegler—а. а. О.—s. 254. Ср. Wach—Vorträge über d. R.—C.-pr.—ordnung—59; Bennecke—Beling—а. а. О.—s. 363.

4) Ibidem—s. 255 Anm. 216.

5) Такъ, K. Hellwig въ своей System d. d. Z.-pr. rechts—T. I—s. 707, 715 f. принимаетъ почти цѣликомъ теорію Н. съ прямой ссылкой на его статью. Также Kleinfeller—во 2 изд. своего Lehrbuch отъ 1910 г.—s. 375—378 даетъ дефиницію эксперта весьма близкую Н., хотя задача и процессуальное положеніе эксперта конструируется Kl. ближе къ Stein'y. Ср. вышедшій въ томъ же 1909 г., когда появилась статья Н., Grundriss—Schrutka v. Rechtenstamm—s. 215, въ которомъ Schr. такъ объявляетъ экспертами и „besonders taugliche Personen“.

6) См. точныя указанія выше на стр. 195.

7) Hegler—а. а. О.—s. 207 ff.

Въ цѣломъ видѣ теорія его страдаетъ весьма существенными пороками.

Именно, во 1-хъ), конструкція Н. отнюдь не можетъ притязать на общедогматическое значеніе для современнаго гражданскаго процесса, будучи связана исключительно положеннымъ въ ея основаніи германскимъ правомъ. Теорія Н. явно не приложима, напр., къ русскому процессуальному праву съ его институтомъ окольныхъ людей, про которыхъ уже отнюдь нельзя сказать, что они „опредѣлены индивидуально“. Какъ извѣстно, характернымъ признакомъ окольныхъ людей, выдѣляющихъ ихъ въ особый видъ свидѣтелей, какъ разъ и является отсутствіе ихъ поименнаго, индивидуальнаго опредѣленія ¹⁾).

Во 2-хъ), теорія Н. ²⁾ совершенно произвольно превращаетъ всякаго ³⁾ позваннаго свидѣтеля въ эксперта, подъ видомъ „квазиэксперта“. При этомъ она базируется на ошибочномъ признааніи признака наличности особыхъ свѣдѣній несущественнымъ для понятія эксперта. Между тѣмъ, какъ мы видѣли выше, признакъ этотъ является необходимымъ въ понятіи свѣдущаго чловѣка. Хотя и правда, что признакъ этотъ—признакъ не отличительный, т. к. относится къ высшему роду, а не является *differentia specifica*.

Въ 3-хъ), Hegler'овская категорія квазиэксперта являетъ

1) Энгельманъ—Курсъ—стр. 315; Нефедьевъ—Учебникъ—стр. 205; Яблочковъ—Учебникъ—стр. 89; Васильковскій—Учебникъ—стр. 349.

2) Также какъ и теорія sub III 5) выше, съ той разницей, что Н. дѣлаетъ это вполне сознательно.

3) Правда, Н. на стр. 245 и въ примѣч. № 205 какъ будто бы противопоставляетъ своимъ „Quasisachverständigen“ иныхъ позванныхъ свидѣтелей, *gerufene Zeugen*, т. е. онъ какъ будто бы самъ готовъ признать помимо квазиэкспертовъ существованіе еще и такихъ свидѣтелей, которыя вводятся въ процессъ лишь въ цѣляхъ будущихъ воспріятій, получаемыхъ ими по порученію суда уже въ самомъ процессѣ. Но Н., видимо, понимаетъ, сколь увѣчужающе было бы для его теоріи подобное признаніе. По крайней мѣрѣ онъ страницей раньше (s. 244) приводя примѣръ возлагаетъ на свидѣтеля всегда двойную задачу: сообщить о допроцессуальномъ воспріятіи *und zugleich über während des Prozesses* происшедшемъ фактѣ, т. е. отрицаетъ фигуру чистаго позваннаго свидѣтеля. Что для Н. признаніе чистаго позваннаго свидѣтеля равносильно такому же самоубійству, какъ для Stein'a признаніе чистаго лишь воспринимающаго эксперта, это явствуетъ уже изъ героическихъ средствъ, къ коимъ Н. прибѣгаетъ на стр. 257, чтобы спасти *Unvertretbarkeit* всякаго и каждаго изъ свидѣтелей. Именно, здѣсь онъ окончательно забываетъ про текстъ 245 стр. и прим. 205, не видя уже кромѣ свидѣтелей о прошлыхъ воспріятіяхъ и своиъ „квазиэкспертовъ“ никакихъ иныхъ свидѣтелей о воспріятіяхъ будущихъ.

собою несомнѣнный логическій nonsens. Что же въ самомъ дѣлѣ иное, какъ не бессмыслица: „несвѣдущіе свѣдущіе люди“¹⁾?)

Въ 4-хъ) если даже отвлечься на мгновеніе отъ того, что „несвѣдущіе свѣдущіе люди“ есть nonsens, то и тогда обрисовка и характеристика Hegler'омъ этой категоріи должна быть признана явно невѣрной. Онъ старательно подчеркиваетъ, что позванные свидѣтели, т. е. его „квазиэксперты“, суть лица *besonders taugliche*, особенно подходящія, что они обладаютъ требующимися въ данномъ конкретномъ случаѣ *Tauglichkeit und Geeignetheit*, особыми пригодными *ad hoc* свойствами. Однако, это безусловно неправильно. Громадное большинство позванныхъ свидѣтелей не обладаетъ никакой особой пригодностью для поручаемыхъ имъ воспріятій. Любой изъ прохожихъ можетъ слазить на крышу башни по просьбѣ судьи при судебномъ осмотрѣ (примѣръ самого-же Hegler'a²⁾). Какъ образованный специалистъ, напр., горный инженеръ, такъ и любой изъ неграмотныхъ жителей заводской округи могутъ, согласившись на просьбу суда, спуститься въ подземный рудникъ въ цѣляхъ установленія того факта, что онъ дѣйствительно затопленъ водою. Показывая о такомъ своемъ воспріятіи эти лица будутъ позванными свидѣтелями. Въ чемъ же заключается „особая пригодность“ этихъ лицъ, — горнаго инженера и неграмотнаго крестьянина, если они оба лазили въ рудникъ, — остается секретомъ Hegler'a, который онъ никогда не въ силахъ будетъ раскрыть, какъ бы этого не желалъ. Вѣдь, не безъ причины и самъ Н. совершенно вѣрно считаетъ своихъ „квазиэкспертовъ“ абсолютно замѣнимыми лицами. Тѣ же случаи, когда т. н. „квазиэкспертъ“ дѣйствительно долженъ являться „особенно пригоднымъ“, но уже въ смыслѣ особаго умѣнья производить даннаго рода наблюденія, суть, очевидно, случаи отнюдь не „квази“, — а настоящей экспертизы.

Наконецъ, въ 5-хъ) если даже позабыть про все предыдущія возраженія, то все же должно сказать, что теорія Н. не даетъ отличительнаго признака экспертизы, какъ ее понимаетъ

1) Слишкомъ мягко, а потому и невѣрно выражается по отношенію къ „*Quasisachverständigen*“ Hegler'a Stein. По его мнѣнію здѣсь лишь „*die Unklarheit des Gedankes*“, обнаруживающаяся черезъ эту „*sprachliche Missbildung*“. См. Stein—K.—10 Aufl.—s. 945 Anm. 3.

2) Hegler—a. a. O.—s. 157.

самъ Н., т. е. включая и „квазиэкспертизу“. Въ самомъ дѣлѣ, уже одна фигура т. н. *Identitätszeuge*, которой Н. бьетъ *Kries'a*, ниспровергаетъ и его собственную теорію.

Всякаго простого свидѣтеля-очевидца—какъ уже указывалось—могутъ спросить на судѣ какъ о томъ, то-ли лицо, которое судится, совершило такой-то поступокъ, такъ и о томъ, та-ли вещь лежитъ на судейскомъ столѣ, о которой свидѣтель рассказываетъ,—словомъ, вопросъ о реальномъ тождествѣ ¹⁾ можетъ быть предложенъ всякому простому свидѣтелю-очевидцу ²⁾. А отсюда явствуется, что про любого изъ простыхъ свидѣтелей-очевидцевъ можно съ успѣхомъ сказать, что онъ приглашается не только изъ-за наличности у него матеріала воспріятій, а и для того, чтобы по порученію суда произвести въ процессѣ наблюденіе—воспринять лицо или вещь. А коль скоро лазившій на крышу по порученію судьи прохожій, спускавшіеся въ рудникъ инженеръ или крестьянинъ,—словомъ, большинство позванныхъ свидѣтелей не обладаютъ ни въ малѣйшей степени „*besondere Tauglichkeit*“, то чѣмъ же отличаются такіе „квазиэксперты“ отъ простыхъ свидѣтелей? Ясно, что теорія Н. не даетъ отвѣта. Не даетъ она его потому, что его и нельзя дать: *Hegler'овскій* „квазиэкспертъ“—не экспертъ, а позванный свидѣтель.

А разъ дѣло обстоитъ именно такъ, то крушеніе и всей теоріи Н. очевидно. Она лишь до тѣхъ поръ могла являть собою видимость стойкости, пока сопричисляла всю группу позванныхъ свидѣтелей къ экспертамъ въ качествѣ „квазиэкспертовъ“. Но коль скоро хотя бы часть этихъ „квазиэкспертовъ“ должна считаться позванными свидѣтелями, то *Hegler'овскій* критерій различія теряетъ всякое значеніе. Въдъ самъ же Н. совершенно вѣрно установилъ „генерально-раціональный“, а не „индивидуально-историческій“ характеръ позванныхъ свидѣтелей—его „квазиэкспертовъ“.

Т. обр., и теорія Н., какъ таковая, не можетъ быть принята въ виду присущихъ ей крупныхъ дефектовъ.

¹⁾ Зигвартъ.—Логика—пер. Давыдова—т. I—1908—стр. 95.

²⁾ Ср. ст. 925 руск. уст. угол. суд.

III.

Если, т. обр., ни въ содержаніи, ни въ предметѣ показаній, ни въ способѣ и времени возникновенія ихъ матеріала, ни въ процессуальной роли того новаго, что вносятъ экспертъ и свидѣтель въ судъ, ни, наконецъ, въ основаніи ихъ введенія въ процессъ, цѣлому ряду крупныхъ ученыхъ не удалось найти единого признака отличія эксперта отъ свидѣтеля, ихъ настоящей *differentiae specificae*, то ее или слѣдуетъ искать въ чемъ-либо другомъ, или же вообще нельзя найти по самому характеру объектовъ изслѣдованія.

Произведенный нами на основѣ изученія литературы вопроса и указанныхъ законодательствъ анализъ состава личныхъ доказательствъ современнаго гражданскаго процесса, какъ кажется, съ несомнѣнностью доказаль, что единого признака отличія, настоящей *differentiae specificae* между экспертомъ и свидѣтелемъ найти нельзя по той простой причинѣ, что ея и не даетъ соотвѣтственный догматическій матеріалъ: догматически—экспертъ и лишь одинъ изъ типовъ свидѣтелей являются видами одного и того же рода. Остальные же типы свидѣтелей таковыми видами не являются. Они не являются таковыми потому, что общая догма современнаго процесса подъ именемъ свидѣтелей объединяетъ обширную эклектическую группу, отдѣльные члены которой, рѣзко разнясь другъ отъ друга, совершенно не могутъ быть охвачены единымъ общимъ опредѣленіемъ.

Сообщеніе полностью анализа личныхъ средствъ доказательства, конечно, не можетъ быть дано въ рамкахъ настоящей статьи. Но все же едва-ли слѣдуетъ избѣгать помѣщенія здѣсь съ небольшимъ вводнымъ разъясненіемъ хотя бы лишь схемы классификаціи личныхъ средствъ доказательства, какъ результата этого анализа.

Лица, какъ средства доказательства, какъ субъекты показаний ¹⁾ выступаютъ въ процессѣ или во образѣ самихъ-же тяжущихся сторонъ (при присягѣ, признаніи и т. д.) или же иныхъ, постороннихъ предмету процесса, незаинтересованныхъ въ его исходѣ лицъ ²⁾).

Эти послѣднія могутъ быть подѣлены въ свою очередь на двѣ обширныя группы: на лицъ, индивидуально опредѣленныхъ еще до ихъ введенія въ процессъ естественнымъ теченіемъ жизни, силою вещей, и на лицъ, до этого момента индивидуально не указанныхъ, а избираемыхъ судомъ.

Каждая изъ этихъ двухъ группъ лицъ по моменту обладанія или необладанія особыми специальными свѣдѣніями снова дѣлится на пару подвидовъ.

Именно, среди лицъ, уже до ихъ введенія въ процессъ индивидуально опредѣленныхъ, выступаютъ во 1-хъ) простые свидетели (*testes oculares* и *testes de auditu*), какъ лица не имѣющія специальныхъ свѣдѣній, и во 2-хъ) свѣдущіе свидетели.

Свѣдущими свидетелями—какъ ихъ фигура вырисовывается германскимъ (§ 414, прежде § 379), австрійскимъ (§ 350) и венгерскимъ (§ 366) уставами гражданского судопроизводства—являются свѣдущія лица („*sachkundige*“, „*sachverständige Personen*“), показывающія о такихъ воспріятіяхъ фактовъ или состояній прошлаго, которыя имъ удалось получить лишь благодаря ихъ специальнымъ знаніямъ или особому умѣнью ³⁾. Примѣрами

1) Въ отличіе отъ субъектовъ голаго дѣйствія, напр., слесари, призваннаго лишь открыть запертую шкатулку, дверь и т. п., но не предназначеннаго для дачи объ этомъ какихъ-либо показаній. См. Stein—pr. Wissen—S. 70 и Hegler—а. а. О.—S. 160.

2) Таково господствующее и правильное на нашъ взглядъ воззрѣніе. Ср. однако R. Schmidt—а. а. О.—s. 499 ff.

3) Такое же, по существу, опредѣленіе дается громаднымъ большинствомъ изслѣдователей. См. Heusler—а. а. О.—s. 246 f.; Obermeyer—а. а. О.—s. 60 ff.; Stein—pr. Wissen—s. 9 f., 60; Weismann—а. а. О.—s. 158; R. Schmidt—а. а. О.—s. 341; Hegler—а. а. О.—s. 154 ff.; Kleinfeller—а. а. О.—s. 377; Hellwig—System—s. 707; Ullmann—Grundriss d. C.-pr.—rechts—1900—s. 118; L. Seuffert—а. а. О.—s. 453; Wilmowski—Levy—а. а. О.—s. 546; Struckmann—Koch—а. а. О.—434; Stein—Kommentar—10 Aufl.—s. 959 f.; Neumann—а. а. О.—s. 1028; Glaser—Lehrbuch—s. 685 ff.; Ullmann—а. а. О.—s. 346. Также еще Wetzell—а. а. О.—s. 379 и Renaud—а. а. О.—s. 263. Ср. однако Binding—а. а. О.—s. 208; Pollak—а. а. О.—s. 567; Schrutka v. Rechtenstamm—а. а. О.—s. 377; Розинъ а. а. О.—стр. 407; Bennecke—Beling—а. а. О.—s. 365; Kries—а. а.

свѣдущихъ свидѣтелей будутъ такія лица, какъ врачъ, показывающій о характерѣ и теченіи болѣзни умершаго паціента, котораго онъ лечилъ передъ смертію, — какъ инженеръ-механикъ, осматривавшій погибшій аэропланъ передъ его взлетомъ, коль скоро его приглашаютъ въ судъ разсказать лишь о томъ, въ какомъ состояніи нашелъ онъ его при осмотрѣ, или какъ коммерсантъ, показывающій о найденномъ имъ качествѣ товара, который онъ осматривалъ передъ тѣмъ, какъ товаръ сгорѣлъ и т. п.

Изъ лицъ же индивидуально до ихъ введенія въ процессъ неопредѣленныхъ въ качествѣ особой группы являются т. н. простые позванные свидѣтели. Такими свидѣтелями будутъ, напр., „свидѣтели“ при личномъ осмотрѣ судьи ¹⁾, понятые при утвержденіи судьей списка оковыхъ людей ²⁾, судебный приставъ или разсылный, носившій тяжущемуся какую-либо повѣстку ^{3 и 4)}, коль скоро они допрашиваются о полученныхъ ими при этомъ воспріятіяхъ въ томъ же процессѣ, въ которомъ они фигурировали въ качествѣ „свидѣтелей“, понятыхъ и т. д. Дальнѣйшими примѣрами тѣхъ же позванныхъ простыхъ свидѣтелей являются лица, лазившіе на крышу дома, въ колодець, если это было необходимо при осмотрѣ на мѣстѣ, коль скоро они должны удостовѣрить, напр., лишь то, что на крышѣ лежитъ много камней и стекла въ слуховомъ окнѣ разбиты и т. п. Такими лицами могутъ быть какъ тѣ же понятые, такъ и, напр., чины полиціи или же любой изъ сосѣдей или односельчанъ — словомъ — каждый, лишь бы не сторона въ данномъ процессѣ.

O.—s. 382: „Nun ist es oft ganz zufällig, ob ein Zustand noch andauert oder bereits vergangen ist. Hierdurch ändert sich weder die Natur der Wahrnehmungen noch die juristische Bedeutung des Berichts“. Конечно, „природа воспріятій“ отъ указаннаго обстоятельства не мѣняется. И это соображеніе имѣетъ рѣшающее значеніе, если законъ такого требованія — необходимости, чтобы воспріятыя факты стали достояніемъ прошлаго — не устанавливаетъ. Но по отношенію къ свѣдущему свидѣтелю законъ (см. указанныя въ текстѣ §§ и § 85 герм. уст. уг. суд.) *expressis verbis* вводитъ это требованіе. Это прямое указаніе закона, не можетъ не измѣнить „юридическое“, точнѣе — юридико-догматическое значеніе показаній соответственнаго лица.

1) Нашъ уст. гр. с.—ст. 120.

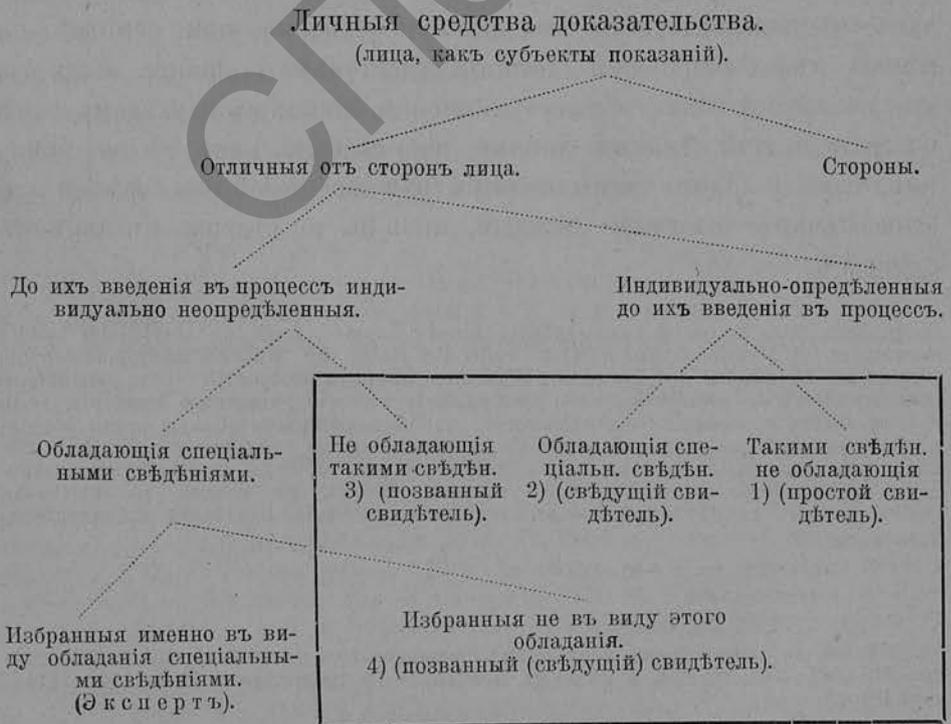
2) *Ibidem*—ст. 419.

3) Р. Г. К. Д. Пр. С.—82/40.

4) См. ко всѣмъ тремъ послѣднимъ примѣчаніямъ выше—стр. 194 сл. Ср. еще ст. 946—947 Уст. гр. суд и къ нимъ Исаченко—Гр. процессъ—т. V—изд. 4.—1914—стр. 181 сл.

Второй же подвидъ разсматриваемаго вида—именно тѣ изъ лицъ, неопредѣленныхъ индивидуально до ихъ введенія въ процессъ, которыя характерны своими спеціальными свѣдѣніями, снова распадается на двѣ разновидности смотря по тому, въ виду ли обладанія такими спеціальными свѣдѣніями эти лица призываются судомъ или нѣтъ. Если они фигурируютъ въ дѣлѣ не въ виду присущихъ имъ спеціальныхъ знаній, то, очевидно, тотъ фактъ, что эти знанія все же ихъ достояніе, для процесса случайность и никакой роли въ немъ не играетъ. Условно такихъ лицъ можно назвать позванными (свѣдущими) свидѣтелями, но при этомъ слово—свѣдущіе—всегда должно заключаться въ скобки для напоминанія о томъ, что это свойство хотя и присутствуетъ, но роли процессуальной не играетъ. Примѣромъ такихъ позванныхъ (свѣдущихъ) свидѣтелей будетъ женщина-врачъ, приглашенная въ судъ осмотрѣть тѣло женщины только для того, чтобы удостовѣрить, есть-ли на немъ кровоподтеки или ихъ не имѣется.

Набросанное подраздѣленіе личныхъ средствъ доказательства можно изобразить такой схемой:



Изъ приведенной схемы съ наглядностью явствуешь, что догматически общаго и одинаго опредѣленія институту свидѣтельства не можетъ быть дано, т. к. входящіе въ его составъ 4 типа свидѣтелей являются видами разныхъ родовъ.

Но эта же схема показываетъ, что такое логически единое опредѣленіе вполне возможно по отношенію къ институту экспертизы.

Именно, на вопросъ: Кто экспертъ?—Мы можемъ теперь отвѣтить: Экспертъ—тотъ и только тотъ, (II) (кто, (III) не будучи стороною въ данномъ процессѣ и (IV) не являясь до своего введенія въ него индивидуально опредѣленнымъ¹⁾, (VI) въ виду (V) обладанія специальными свѣдѣніями или особымъ умѣньемъ назначается²⁾ судомъ (I) играть роль средства доказательства.

Предложенная догматическая конструкція института экспертизы не притязаетъ ни на что большее, какъ лишь на син-

1) Зигвартъ—а. а. О.—стр. 329: „Требованіе definitio ne fiat per negationem не является безусловно правильнымъ. Конечно, при помощи того, чѣмъ понятіе не является, не указывается, что оно есть. Но т. к. различіе понятія отъ соподчиненныхъ понятій часто выражается только въ отсутствіи признака, и дефиниція заключаетъ въ себѣ именно эту задачу различія,—то не всегда слѣдуетъ избѣгать отрицательныхъ опредѣленій“. Ср. еще весьма цѣнные, въ особенности для юриста-догматика, стр. 321—323 того-же труда Зигварта. Въ догматикѣ права, являющейся по правильному ея понятію почти исключительно классификаціонной наукой, дефиниція сугубо должна имѣть въ виду „эту задачу различія“. Поэтому догматическія изслѣдованія менѣе всего должны „избѣгать отрицательныхъ опредѣленій“. О характерѣ и цѣли догматики—см. Laband—Das Staatsrecht d. d. Reiches—I В.—5 Aufl.—1911—s. IX f. Васильковскій—Ученіе о толкованіи и примѣненіи гражданскихъ законовъ—1901—стр. 316 сл. Brütt—Die Kunst der Rechtsanwendung—1907—s. 21—22; Stammeler—Theorie der Rechtswissenschaft—1911—s. 733 ff.; см. еще s. 341 ff., 358 ff., 366 ff., 408 ff.; Ср. однако s. 271 ff. Шершеневичъ—Общая теорія права—В. 4—1912—стр. 768 сл.; А. В. Завадскій—Къ ученію о толкованіи гражданскихъ законовъ—стр. 168—170.—Ученыя Записки Имп. Каз. ун.—1913—№ 1; А. В. Завадскій—Рѣчь въ засѣданіи Юр. Общ. при Имп. Каз. ун.—31 Авг. 1913; „Г. Ф. Шершеневичъ, какъ толкователь законовъ“—см. ея резюме—Юр. Вѣстникъ—1914—кн. VII—VIII—стр. 354, и въ самое послѣднее время снова Б. А. Кистяковскій—Соціальныя науки и право—1916—стр. 274 сл., 416 сл., 542 сл., 670 сл. Кечекьянъ—Вѣстникъ права—1916—№ 42—явно ошибается, приписывая послѣднему автору „проницательное раскрытіе ея чисто-описательно-классификаціонной природы“, довольно давно уже осознанной и установленной. Да еще большой вопросъ,—„чисто-ли описательно-классификаціонной“ считаетъ догматическую юриспруденцію самъ Б. А. Кистяковскій. См. у него а. а. О. стр. 274: „Среди юридическихъ наукъ по преимуству описательной наукой является догматическая юриспруденція“ и стр. 417 прим. 1, Ср. однако стр. 426, 432, 547 текетъ конхъ въ противорѣчіе стр 274 и 417, дѣйствительно, даетъ нѣкоторую опору мнѣнію Кечекьяна о томъ, что Б. А. Кистяковскій видитъ въ юридической догматикѣ науку „чисто-описательно-классификаціонной природы“.

2) „Назначаемость“ есть консекутивный признакъ, обусловленный конститутивнымъ—индивидуальной неопредѣленности эксперта до его введенія въ процессъ. Слѣд. наша дефиниція „чрезмѣрна“. А таковая логикой не рекомендуется—см. напр., Гефлеръ—Основныя ученія логики—1916—стр. 205. Да, конечно, не рекомендуется, но все же не является неправильной.—См. Зигвартъ—а. а. О.—стр. 330.

тезъ догматически пріемлемыхъ сторонъ двухъ наиболѣ сильныхъ изъ новѣйшихъ конструкцій этого института— именно построеній Stein'a и Hegler'a.

Каковы же болѣе детальныя значенія отдѣльныхъ признаковъ даннаго нами опредѣленія понятія эксперта?

I и II) Экспертъ, прежде всего есть одно изъ личныхъ средствъ доказательства. При этомъ для родового понятія эксперта является безразличнымъ, долженъ-ли онъ доставить суду какое-либо общее теоретическое сужденіе или же частное сужденіе о фактѣ, будь то даже сужденіемъ о непосредственномъ воспріятіи. Экспертъ можетъ дать суду или то, или другое, или же какъ то, такъ и другое.

Напр., купецъ можетъ сообщить суду только то, что такая-то норма обычнаго права дѣйствительно существуетъ или что таково-то качества 1-го сорта какого-нибудь товара. Если суду только это и нужно, то роль эксперта сыграна. Но въ иной разъ тотъ же купецъ можетъ по предложенію суда высказаться и, напр., о томъ, перваго-ли сорта описанный свидѣтельскими показаніями товаръ, или же второго. При этомъ онъ можетъ не сказать, судъ же можетъ не спросить о качествахъ того и другого сорта этого рода товара. Далѣе, судъ вправѣ поручить, напр., бактериологу, произвести самостоятельное микроскопическое изслѣдованіе какого-нибудь предмета. Сообщая объ установленномъ имъ новомъ фактѣ такой экспертъ можетъ дать суду лишь свое сужденіе воспріятія. Далѣе, судъ вправѣ предложить эксперту, напр., профессору психіатріи, подвергнуть извѣстное лицо продолжительному клиническому наблюденію въ цѣляхъ установленія не только внѣшнихъ фактовъ его поведенія, но также и того, страдаетъ-ли это лицо растройствомъ душевныхъ способностей, въ какой мѣрѣ и какимъ именно. Психіатръ дастъ въ такомъ случаѣ множественныя сужденія о наблюденныхъ имъ новыхъ для суда фактахъ, научное описаніе общихъ признаковъ и симптомовъ даннаго рода заболѣваній, а также и свое заключеніе о характерѣ болѣзни его паціента.

Ясно, сколь разнообразны могутъ быть предметъ и содержаніе показаній экспертовъ въ различныхъ случаяхъ. Но не менѣе ясно и то, что указаніе на предметъ и содержаніе этихъ показаній не можетъ быть вводимо въ опредѣленіе понятія эксперта.

Данное нами опредѣленіе не считается съ характеромъ и предметомъ отдѣльныхъ экспертизъ. Поэтому то оно и въ состояніи охватить ихъ все, т. е. все типы экспертовъ, будь то экспертъ лишь „сообщающій“, или „судящій“, или же, наконецъ, лишь „воспринимающій“, дающій суду новый фактъ.

Итакъ, экспертъ прежде всего лицо, призванное играть роль средства судебного доказательства.

III) Далѣе, экспертомъ въ данномъ процессѣ не могутъ быть назначены сами же тяжущіяся стороны этого процесса.

Въ IV), экспертъ—лицо, до процесса, точнѣе до его назначенія, избранія въ процессѣ индивидуально неопредѣленное. Оно не указывается суду индивидуально самымъ ходомъ допроцессуальныхъ событій. Нѣтъ, экспертъ избирается, назначается уже въ процессѣ. При этомъ для понятія его безразлично, назначается ли экспертъ по полному усмотрѣнію суда или на основѣ согласія сторонъ. Изъ этой же индивидуальной неопредѣленности эксперта и свободы его избранія вытекаетъ и принципиальная замѣнимость даннаго, даже уже назначеннаго эксперта другимъ. Смерть не страшна институту экспертизы: на мѣсто умершаго будетъ назначенъ другой, столь же равноцѣнный какъ покойникъ.

Въ V), экспертъ—это лицо, обладающее особыми свѣдѣніями или спеціальнымъ умѣньемъ. При этомъ опять-таки безразлично, будетъ ли то знаніе юридическихъ нормъ, какихъ-либо иныхъ социальныхъ нормъ, или же „опытныхъ положеній“, или, наоборотъ, апіорныхъ законовъ математики, или, наконецъ, фактовъ исторической науки,—или же такимъ качествомъ будетъ вырастающая на почвѣ этихъ спеціальныхъ знаній особая способность, спеціальное умѣніе къ производству какихъ-либо изслѣдованій, къ установленію новыхъ фактовъ.

Далѣе въ VI), для эксперта особенно характернымъ является то, что онъ нуженъ суду именно въ виду своихъ спеціальныхъ знаній или особаго умѣнія. Суду часто недостаетъ такихъ знаній, ему еще чаще не хватаетъ этого умѣнья. А межъ тѣмъ безъ нихъ или неизмѣримо сложнѣе становится его судебская задача, или какое-либо дѣло, иной вопросъ представляется и совершенно невозможнымъ разрѣшить. Сама

жизнь, сложная и многообразная, вынуждаетъ судью изъ-за недостатка спеціальныхъ знаній, призвать на судъ свѣдущаго человѣка. Приглашенное въ судъ именно въ виду его знаній и умѣнья свѣдущее лицо и будетъ экспертомъ.

Уже указано, что защищаемое нами опредѣленіе охватываетъ все типы, все разновидности экспертовъ. Слѣдовательно, оно удовлетворяетъ первому требованію къ догматической конструкціи—именно ея достаточности.

Но опредѣленіе наше не только достаточно, оно является такъ же и только необходимымъ опредѣленіемъ; оно, позволяя отличать всякаго изъ экспертовъ отъ всякаго изъ свидѣтелей, не вбираетъ въ себя ничего лишняго, не захватываетъ чуждыхъ ему элементовъ.

Однако, повторяемъ еще разъ, конструкція наша не даетъ единой *differentiae specificae* всякаго эксперта отъ всякаго свидѣтеля, которой по нашему мнѣнію и нельзя найти по самому характеру объектовъ изслѣдованія.

Экспертъ отличается ясно и рѣзко отъ свидѣтелей, но при чемъ такъ, что отъ разныхъ типовъ свидѣтелей онъ отличается и разными признаками.

Въ самомъ дѣлѣ, первый типъ свидѣтеля—простой свидѣтель—сходится съ экспертомъ лишь въ томъ, что какъ тотъ, такъ и другой играютъ роль личныхъ средствъ доказательства, являясь посторонними, не заинтересованными въ предметъ процесса лицами. Но экспертъ рѣзко разнится отъ простого свидѣтеля—именно 4, 5 и 6 признаками даннаго опредѣленія, которыхъ лишень простой свидѣтель.

Свѣдущій свидѣтель сходенъ съ экспертомъ въ 4-хъ отношеніяхъ. Онъ есть личное средство доказательства. Онъ точно также не можетъ быть стороною въ дѣлѣ, въ которомъ онъ свидѣтельствуетъ. Наконецъ, онъ обладаетъ спеціальными свѣдѣніями, благодаря которымъ онъ смогъ воспринять прошлый, подлежащій доказыванію фактъ. Но во-1-хъ) онъ фигурируетъ въ дѣлѣ отнюдь не въ виду обладанія имъ спеціальными свѣдѣніями, а только и исключительно въ виду наличности у него воспоминаній о воспріятіяхъ фактовъ прошлаго, которыя онъ могъ сдѣлать дѣйствительно лишь въ силу

своихъ спеціальныхъ свѣдѣній ¹⁾). А во-2-хъ) въ отличіе отъ эксперта свѣдущій свидѣтель индивидуально данъ до процесса, опредѣленъ—пользуясь словами Bonnier ²⁾)—*par la force des choses*.

Позванный простой свидѣтель, не обладая спеціальными свѣдѣніями, конечно фигурируетъ въ дѣлѣ не въ виду ихъ. Но онъ также, какъ экспертъ, не опредѣленъ индивидуально до процесса, а или опредѣляется уже процесуальными фактами или же, являясь замѣнимымъ лицомъ, назначается по усмотрѣнію суда. Подвергаясь допросу, онъ, очевидно, также выступаетъ, какъ одно изъ личныхъ средствъ доказательства.

Наконецъ, понятіе позваннаго (свѣдущаго) свидѣтеля совпадаетъ съ понятіемъ эксперта первымъ, вторымъ, третьимъ и четвертымъ признаками защищаемого нами опредѣленія понятія послѣдняго. Позванный (свѣдущій) свидѣтель обладаетъ также и особыми спеціальными свѣдѣніями. Но эти его свѣдѣнія не нужны *ad hoc* суду. Не въ виду обладанія этими свѣдѣніями онъ и призывается. Онъ приглашается по инымъ—самымъ различнымъ—соображеніямъ. Такъ, напр., женщина-врачъ, приглашенная въ судъ осмотрѣть тѣло дѣвушки только для того, чтобы установить исцарапано-ли оно или нѣтъ, будетъ позваннымъ (свѣдущимъ) свидѣтелемъ. Для воспріятія царапинъ не нужно никакихъ особыхъ свѣдѣній. Она приглашена въ этомъ случаѣ не какъ врачъ, а какъ женщина. Но эта же женщина-врачъ, коль скоро она призвана, напр., для того, чтобы по надлежащемъ осмотрѣ установить, дѣйствительно-ли дѣвственница данная дѣвушка, будетъ уже экспертомъ второго типа. Экспертомъ будетъ она—какъ выяснено выше—и въ томъ случаѣ, когда, не давая своего заключенія, она представитъ суду только одно свое описаніе найденныхъ ею при осмотрѣ дѣвушки новыхъ фактовъ (3-й типъ эксперта). Она приглашается здѣсь

1) Конечно, этимъ указаніемъ я не разрѣшаю этого большого и интереснаго вопроса, а только мелькомъ намѣчаю правильное на мой взглядъ его рѣшеніе. Главнымъ же аргументомъ за свою точку зрѣнія я считаю то, что судейскій вопросъ о реальномъ тождествѣ, который при свѣдущемъ свидѣтельствѣ возможенъ вообще лишь въ крайне рѣдкихъ случаяхъ, превращаетъ свѣдущаго свидѣтеля въ эксперта. Про до извѣстной степени Stein—Pr. Wissen.—s. 60, безусловно contra Hegler a. a. O.—s. 154 и Anm. 11.

2) Bonnier—a. a. O.—p. 61.

именно въ виду ея спеціальныхъ знаній, потребныхъ ей не только для заключенія, но и уже для надлежащей постановки и продуктивности производства самаго изслѣдованія. Словомъ, въ этихъ случаяхъ она призывается именно какъ врачъ, а не какъ женщина: судъ съ полнымъ успѣхомъ можетъ поручить такое изслѣдованіе и врачу-мужчинѣ, но именно врачу, специалисту, свѣдущему человѣку, а не всякому и каждому ¹⁾.

Т. обр., мы сдѣлали попытку показать, что защищаемая нами догматическая конструкція института экспертизы является, во-1-хъ) не только достаточной, т. е. что она обнимаетъ всѣ подлежащія явленія, всѣ типы экспертовъ, но, во-2-хъ) — также и необходимой, т. е. что она, не вводя въ опредѣленіе ничего лишняго, не захватываетъ чуждыхъ ей элементовъ, позволяя отличать всякаго изъ экспертовъ отъ каждаго изъ свидѣтелей. Но эти два требованія — достаточность и необходимость — и суть условія правильности всякой догматической конструкціи.

Всѣ наши, правда, весьма эскизные замѣчанія все же, какъ кажется, управомочиваютъ насъ къ тому заключенію, что экспертомъ по общей догмѣ современнаго гражданскаго процесса дѣйствительно долженъ считаться тотъ и только тотъ, кто, не будучи стороною въ данномъ процессѣ и не являясь до его введенія въ процессъ индивидуально опредѣленнымъ, назначается судомъ въ виду обладанія спеціальными свѣдѣніями играть роль средства доказательства.

И. А. Антроповъ.

¹⁾ Въ судебной практикѣ возможны, конечно, комбинаціонные случаи экспертизы и свидѣтельства, также какъ возможны и сложные случаи одной экспертизы (что уже отмѣчено) и одного свидѣтельства: именно одно и тоже лицо въ одномъ и томъ-же процессѣ можетъ быть (поскольку нѣтъ прямыхъ запрещеній въ законѣ — напр. ст. 693 нашего уст. угол. суд.), напр., какъ простымъ, такъ и свѣдущимъ свидѣтелемъ, или какъ воспринимающимъ, такъ и судящимъ экспертомъ, или какъ экспертомъ, такъ и свидѣтелемъ, въ особенности свѣдущимъ свидѣтелемъ и т. д. Случаемъ послѣдняго сочетанія будетъ, напр., такой: домашнему врачу умершаго можетъ быть поручено судомъ изслѣдованіе внутренностей его бывшаго пациента въ цѣляхъ выясненія того, нѣтъ-ли въ нихъ яда. Врачъ этотъ, поскольку онъ призванъ показать о предсмертной болѣзни умершаго, ея теченіи и т. п., будетъ въ своихъ показаніяхъ объ этомъ свѣдущимъ свидѣтелемъ; поскольку же онъ приглашенъ для изслѣдованія въ указанныхъ цѣляхъ внутренностей того-же умершаго, онъ явится въ своихъ показаніяхъ о произведенномъ имъ изслѣдованіи уже экспертомъ.