

У. А. КУРСКЪ

4194

3958

Курсъ 1948

КУРСЪ

РУССКАГО

ГРАЖДАНСКАГО ПРАВА

П. ЦИТОВИЧА.

13506 ч. 13

ТОМЪ I.

Ученіе объ источникахъ права.

ВЫПУСКЪ ПЕРВЫЙ.



ОДЕССА

Тип. Г. Ульриха, въ Красномъ переулкѣ, домъ № 3.

1878.

Печатано по опредѣленію Совѣта Императорскаго Новороссійскаго
Университета. Ректоръ *Н. А. Головкинскій.*

Изъ XXV и XXVI томовъ «Записокъ ИМПЕР. Новорос. Университета»

Предлагаемый здѣсь выпускъ Курса русскаго гражданскаго права составляетъ первую половину I тома, назначеннаго для изложенія ученія объ источникахъ права въ примѣненіи къ русскимъ гражданскимъ законамъ. Весь Курсъ посвящается русскому гражданскому праву въ смыслѣ *общерусскаго*, т. е. *съ исключеніемъ мѣстныхъ правъ и племенныхъ извѣтій*.

Слѣдующій выпускъ составитъ вторую половину I тома; онъ выйдетъ въ свѣтъ къ осени текущаго года. Въ дальнѣйшемъ изложеніи Курсъ будетъ идти въ порядкѣ *книгъ* I ч. X т., оставаясь курсомъ теоріи законодательнаго права, а не комментариемъ *статей* Свода въ порядкѣ ихъ непрерывной нумераціи. При такомъ планѣ отдѣльные томы цѣлаго Курса явятся законченными, но взаимно связанными монографіями.

Другія объясненія — относительно метода, цѣлей, характера, особенностей начинаемаго курса, — пока преждевременны. Такія объясненія, — предполагая, что они окажутся нужными, — могутъ быть сдѣланы впоследствии.

Одесса,

Мая 28, 1878 года.

С П 6 Г У

ОГЛАВЛЕНІЕ.

	Страниц.
§ 1. Опредѣленіе гражданскаго права	1 — 7
§ 2. Происхожденіе Свода гражданскихъ законовъ; изд. 1832 — 42 г.; изд. 1857 г.	7 — 16
§ 3. Планъ 1 ч. X т. изд. 1857; оцѣнка содержанія.	16 — 23
§ 4. Обзоръ 1 ч. X т. изд. 1857 г. по ея составу.	24 — 29
§ 5. Общее понятіе объ источникахъ права	30 — 32
§ 6. Опредѣленіе закона; его отличительные признаки.	33 — 40
§ 7. Обнародованіе закона.	40 — 48
§ 8. Прекращеніе закона.	48 — 52
§ 9. Виды прекращенія и послѣдствія.	52 — 59
§ 10. Содержаніе закона; различіе законовъ по содержанію	60 — 67
§ 11. Взаимная зависимость законовъ по ихъ содержанію; различія законовъ по такой зависимости.	67 — 77
§ 12. Несоотвѣтствіе между предположеніемъ закона и фактомъ какъ исполненіемъ предположенія; <i>leges perfectae, plus quam perfectae; leges imperfectae, minus quam imperfectae</i> . Обходъ закона (<i>agere in fraudem legis</i>).	78 — 85
§ 13. Обнаруженіе силы закона; дѣйствіе и примѣненіе. «Законъ не имѣетъ обратнаго дѣйствія».	86 — 92
§ 14. Столкновеніе разновременныхъ законовъ	93 — 100
§ 15. Повѣрка принципа на частныхъ случаяхъ: 1) гражданское состояніе лицъ; 2) гражданская оборотность вещей (<i>in commercio esse</i>)	100 — 103
§ 16. Повѣрка принципа на частныхъ случаяхъ: семейныя отношенія	104 — 111

- § 17. Повѣрка принципа на частныхъ случаяхъ: книга
вторая 1 ч. X т 111 — 120
- § 18. Повѣрка принципа на частныхъ случаяхъ: 1) даре-
ніе; 2) завѣщаніе; 3) наслѣдованіе по закону и вы-
купъ родовыхъ имуществъ; 4) договоры 121 — 128

СПбГУ



ВВЕДЕНІЕ.

§ 1. Опредѣленіе гражданскаго права.

Общепринятое опредѣленіе *гражданскаго* или *частнаго* права (*jus civile, jus privatum*), высказанное еще Ульпіаномъ ¹⁾, стало достояніемъ дѣятелей русскаго законодательства со второй половины прошлаго столѣтія. Это опредѣленіе выходитъ изъ противоположности между *частнымъ* и *публичнымъ*, между лицомъ и государствомъ, между индивидуальной свободой и государственной необходимостью. «Разсужденіе о взаимности всѣхъ гражданъ между собою составляетъ право гражданское»; оно «заключаетъ въ себѣ всѣ тѣ узаконенія и установленія, которыя каждому гражданину, живущему съ прочими въ обществѣ, какъ въ разсужденіи его самаго, такъ и въ разсужденіи его имѣнія и обязательствъ, приносятъ пользу и безопасность». Такъ говоритъ Екатерина II ²⁾. «Гражданскіе законы отдѣляются отъ всѣхъ другихъ тѣмъ, что главнымъ предметомъ ихъ суть частныя пользы, права и обязанности частныхъ людей между собою». Такъ полагаетъ Сперанскій ³⁾. Разногласія доктрины, не трогая самой сущности опредѣленія, касаются, такъ

¹⁾ L. 1. § 2. D. de justic. et jure. I. 1.

²⁾ Генераль Прокурорскій Наказъ, іюля 30, 1767 г. Полн. Собр. (I). № 12,950. Начертаніе о приведеніи и т. д. Апрѣля 8, 1768 года. Полн. Собр. (I). № 13,095.

³⁾ Объяснительная записка, въ Архивѣ Калачева, книга 2 (за 1859 г.), стр. 3.

сказать, его редакціи: гражданское право является одной из *duae positiones*, слагающих все *jus*, все положительное право данного государства ⁴⁾.

Опредѣленіе гражданского права (въ объективномъ смыслѣ), какъ обособленной части положительнаго права, опредѣляющей взаимныя частно-правныя (*Privatrechtsverhältnisse*) отношенія, однихъ ли только гражданъ, или вообще частныхъ лицъ, вызываетъ противъ себя два возраженія. а) Подъ дѣйствіемъ гражданского права данного государства находятся иностранцы, а не одни только подданные, граждане ⁵⁾. б) подъ дѣйствіемъ гражданского права находятся не только частныя лица, но и такъ называемыя лица юридическія, и во главѣ ихъ государство ⁶⁾.

Очевидно, такое опредѣленіе предмета не отвѣчаетъ содержанію послѣдняго, не отвѣчаетъ даже и тогда, если въ его редакцію включить указаніе на обѣ группы частно-правныхъ отношеній, на отношенія по имуществу и семьѣ ⁷⁾.

Иного рода возраженія, выставленныя со стороны русскихъ цивилистовъ, Мейера и К. Д. Кавелина ⁸⁾. Предупрежденные, а быть можетъ, и поощренные случайной фразой Пухты ⁹⁾, оба цивилиста полагаютъ, что семейныя отношенія должны быть выведены изъ подъ дѣйствія гражданского права. Почему? Потому что, по ихъ мнѣнію, отношенія семейнаго права чужды элементъ экономической цѣнности: гражданское право должно зани-

⁴⁾ Еще въ Начертаніи о приведеніи къ окончанію и т. д. говорится: «два великіе предмета: 1) положеніе государству, 2) положеніе гражданину. Порядокъ и естество вещей требовали сего важнаго раздѣленія, которое есть корень, производящій безчисленныя отрасли, составляющія всѣ части и подробности частей... законодательства». Австр. гражд. кодексъ. § 1. Savigny. I § 9; Unger I, Einleitung; Stahl, Philosophie d. Rechts II, стр. 300 — 305. Valette, Cours, стр. 5. Siebenhaar, Lehrbuch, § 4.

⁵⁾ Т. I. Основн. законы, ст. 63; т. IX. законы о состояніяхъ, ст. 1519.

⁶⁾ Т. X, ч. 1. ст. 697—698.

⁷⁾ Unger, I. Einleitung, nota 10.

⁸⁾ Мейеръ, Русское гражданское право, 4 изд. стр. 2—6. Кавелинъ, Что есть гражданское право? стр. 123—125.

⁹⁾ Puchta, Pandekten, § 411.

маться только имущественными отношеніями ¹⁰⁾. Мы не занимаемся гражданскимъ правомъ будущаго; но въ современномъ гражданскомъ правѣ, какъ оно выразилось въ 1 ч. нашего X т. и въ европейскихъ кодексахъ, семейныя отношенія, наравнѣ съ отношеніями имущественными, покрыты печатью права и поставлены подъ судебную охрану. Мы отмѣчаемъ здѣсь эти воззрѣнія какъ одинъ изъ тѣхъ фактовъ, изъ которыхъ въ своемъ мѣстѣ будутъ сдѣланы любопытныя заключенія. ¹¹⁾ Замѣтимъ только, что К. Д. Кавелинъ не отстываетъ предъ послѣдовательностью: онъ готовъ отнести къ гражданскому праву налоги и повинности. Вотъ его слова: «налоги и повинности, при отправленіи ихъ добровольномъ (?) или принудительномъ, въ примѣненіи къ частнымъ лицамъ поодиночкѣ, обращаются въ частныя, приватныя обязательства: слѣдовательно, этой стороною они принадлежать къ гражданскому праву» ¹²⁾.

Такимъ образомъ, ни опредѣленіе общепринятое, ни опредѣленіе Мейера—Кавелина, не могутъ быть признаны вѣрными

¹⁰⁾ Кавелянъ, стр. 146. «Можно назвать гражданское право правомъ на имущественныя цѣнности, или правами на вещи, услуги и матеріальныя цѣнности». Авторъ, впрочемъ самъ замѣчаетъ: «едва ли когданибудь эти названія получаютъ право гражданства въ правовѣдѣніи и особливо въ положительномъ законодательствѣ».

¹¹⁾ Фактъ не имѣетъ за себя даже новизны, ибо представленіе объ исключительно имущественномъ характерѣ гражданского права не было чуждо и воззрѣніямъ Екатерины II, какъ видно изъ приведенныхъ выше Генераль — Прокурорскаго Наказа и Начертанія.

¹²⁾ Что есть гражданское право? стр. 45. ср. стр. 48. — Здѣсь можетъ быть затронуть вопросъ, что разумѣть подъ тѣмъ «правомъ гражданскимъ», о которомъ говоритъ ст. 1. Устава гражд. судопр.? Г. Думашевскій рѣшилъ, что «законы наши подъ выраженіемъ «права гражданского» разумѣютъ частныя имущественныя права, т. е. такія, которыя имѣютъ имущественную цѣнность, и отъ которыхъ лица, которымъ принадлежать эти права, во всякое время могутъ отказаться». См. Систематическій Сводъ, т. I. изд. 2. стр. 5. Къ такому заключенію авторъ пришелъ путемъ «соображенія разныхъ относящихся сюда постановленій». Въ число этихъ соображенныхъ постановленій, очевидно, не вошла вся первая книга 1 ч. X т. и ст. 1346 — 1356 Уст. гр. судопр. Составители Устава гражд. судопр. тоже много мѣняли, какъ видно изъ разъясненія къ ст. 244 Устава, изд. Государств. Канцеляріи.

Первое невѣрно потому, что дѣйствіе гражданскаго права идетъ далѣе гражданъ и вообще частныхъ лицъ. Второе невѣрно потому, что съ одной стороны отрицаетъ крупную часть содержанія 1 ч. X т. и всякаго другаго кодекса, а съ другой стороны посягаетъ на подати и повинности, слѣдовательно, и на воинскую повинность. Нашъ сводъ законовъ гражданскихъ, какъ и кодексы западной Европы, сходны въ одномъ: данныя въ нихъ постановленія относятся къ двумъ главнымъ темамъ: къ имуществу и семьѣ. Такое сходство — едва ли простая случайность. На что же оно указываетъ?

Вторую книгу своихъ Принциповъ Политической Экономіи Дж. Ст. Милль открываетъ проведеніемъ различія между производствомъ и распредѣленіемъ. Это различіе прежде всего въ томъ, что распредѣленіе зависитъ единственно отъ воли людей, т. е. отъ обычаевъ и законовъ даннаго общества ¹³⁾. Это распредѣленіе экономическихъ цѣнностей и есть тотъ Thatbestand, ¹⁴⁾, тотъ фактичекій матеріалъ, который приводится въ порядокъ постановленіями положительнаго права. Определенное и оформленное правомъ, распредѣленіе, а съ нимъ и все народное хозяйство, является нарядомъ права (Rechtsordnung), попадаетъ подъ господство челоуѣческой мысли и воли ¹⁵⁾. Три главныхъ вопроса предлежатъ рѣшенію со стороны положительнаго права: а) между кѣмъ и для чего происходитъ распредѣленіе? б) Что распредѣляется? в) По какимъ поводамъ и въ какихъ формахъ? Для третьяго вопроса распредѣленіе представляетъ двѣ стороны: какъ процессъ, движеніе; какъ состояніе, какъ результатъ распредѣленія ¹⁶⁾.

¹³⁾ John St. Mill, Principles of Political Economy. B. II, Ch. 1.

¹⁴⁾ Thöl. Einleitung in d. deutsche Privatrecht. § 32.

¹⁵⁾ Rau—Wagner, Lehrbuch der politischen Oeconomie. I, стр. 161—162. Die Volkswirtschaft ist nemlich als Organismus keineswegs ein *reines Naturgebilde*. Menschliche, auf ein bestimmtes Ziel gerichtete, planvoll durchgeführte Willensacte geben der Volkswirtschaft ihre bestimmt gewollte Gestalt. Ср. Rösler, Kritische Grundlagen der von Adam Smith begründeten Volkswirtschaftslehre, и его же статью въ Zeitschrift f. d. O. und Pr. Recht, Bd. III Hft. II—III.

¹⁶⁾ Stein, Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft Deutschlands, стр. 220 и слѣд.; Rau-Wagner, Lehrbuch I, стр. 25—29; 179.

На первый вопрос гражданское право отвѣчаетъ рядомъ постановленій о *субъектахъ* и *цѣляхъ*, между которыми и для которыхъ происходитъ распределение. Отвѣтъ на второй вопросъ вызываетъ рядъ постановленій объ *объектахъ*, *предметахъ* распределения. Отвѣтъ на третій вопросъ — рядъ постановленій о *способахъ* *приобрѣтенія* цѣнностей. Съ точки зрѣнія результата, законченности распределение является въ иномъ видѣ, въ видѣ правъ въ смыслѣ принадлежности цѣнностей кому нибудь или для чего нибудь ¹⁷⁾. Потому, вопросъ о *приобрѣтеніи* цѣнностей, объ *установленіи* принадлежности ихъ кому нибудь или для чего нибудь, съ точки зрѣнія гражданского права является вопросомъ о *способахъ* *приобрѣтенія* правъ.

Въ какомъ порядкѣ собраны и расположены отдѣльныя постановленія, данныя въ разрѣшеніи указанныхъ сейчасъ вопросовъ, это все равно. Такъ въ 1 ч. X т. вопросъ «о разныхъ родахъ имущества» ¹⁸⁾ поставленъ прежде вопроса «о лицахъ, могущихъ *приобрѣтать* права на имущества» ¹⁹⁾. Между ними помѣщенъ вопросъ «о существѣ и пространствѣ разныхъ правъ на имущества» ²⁰⁾. Уже потомъ идетъ рядъ постановленій, опредѣляющихъ *приобрѣтеніе* правъ на имущества ²¹⁾.

Такимъ образомъ, ограничившись здѣсь указаніями, такъ сказать, концевыхъ пунктовъ схемы гражданского права, можно сказать, что оно *есть совокупность постановленій, вѣлній положительнаго права, дающихъ порядокъ и формы экономическому распределенію въ данное время у даннаго народа*. короче, — *гражданское право есть право распределенія* (Verkehrsrecht).

При такомъ опредѣленіи не выключаются ли изъ области

¹⁷⁾ Pertinere ad aliquem, pertinere ad aliquid. Brinz, Lehrbuch der Pandekten, стр. 980 (1-е Auflage).

¹⁸⁾ Книга 2, Разд. I, ст. 383—419.

¹⁹⁾ Книга 2, Разд. III, гл. I, ст. 696—698.

²⁰⁾ Книга 2, Разд. II, ст. 420—695.

²¹⁾ Книга 2, Разд. III, гл. II и слѣд., книги 3 и 4. Систематика другихъ кодексовъ въ Исторіи кодификаціи процесс. Пахмана, т. I.

гражданскаго права отношенія семейнаго права? Нисколько. Во-первыхъ, эти отношенія примыкаютъ къ распредѣленію въ томъ смыслѣ, что они даютъ особые поводы, изъ за которыхъ происходитъ распредѣленіе: важнѣйшій изъ такихъ поводовъ есть наслѣдованіе по закону. Во вторыхъ, наиболѣе частый дѣятель и субъектъ распредѣленія, лицо, является въ той или иной обстановкѣ, не безразличной для права, смотря потому, каково его семейное положеніе, которое не безразлично и для него, какъ его *право состоянія*. Въ третьихъ, собственно экономическое распредѣленіе не дѣйствуетъ внутри семьи: здѣсь происходитъ свое распредѣленіе, въ основаніи котораго лежитъ начало нравственнаго единства и семейнаго наряда ²²⁾.

Выставленное здѣсь опредѣленіе не выключаетъ изъ гражданскаго права и не включаетъ въ него ничего такого, что есть или чего нѣтъ въ томъ содержаніи, какое имѣетъ 1 ч. X т. или любой изъ европейскихъ кодексовъ. Это опредѣленіе лишь иначе обозначаетъ то, что уже готово и дано до него. Тѣмъ не менѣе, оно не безразлично, ибо: а) выдвигаетъ на первый планъ ту тѣсную связь, ту общность темы, какая существуетъ между гражданскимъ правомъ и политической экономіей ²³⁾. б) Оно устраниваетъ то невѣрное представленіе, будто гражданское право и его наука занимаются чѣмъ то частными правами. Такими правами занимаются прежде всего тѣ, кому они принадлежатъ, а потомъ судъ, когда изъ частнаго права возникаетъ судебный споръ. Гражданское право и его наука занимаются абстрактными образами, типами: въ такой или иной изъ этихъ типовъ должна

²²⁾ Сперанскій, Въ Память..., стр. 795—796; Порталісъ у Loqué, Législation, I, стр. 331: Une société n'est point comprise d'individus isolés et éparés; c'est un assemblage de familles. Какъ бы отвѣчая Мейеру, Кавелину, Думашевскому, см. выше, примѣч. 12), Реслеръ говоритъ: Kein verständiger Jurist denkt daran, das Familienrecht als einen Theil der Staatsordnung und gar des Staatsrechts zu bezeichnen. Zeitschrift f. d. Ö. u. Pr. R. Bd. III. Hft. 3., стр. 451.

²³⁾ Штейнъ даже утверждаетъ: Jeder Rechtsbegriff des bürgerlichen Rechts ist immer und nothwendig ein wirthschaftlicher Begriff. Gegenwart und Zukunft, стр. 222.

вылиться принадлежность данной цѣнности данному лицу, какъ частный интересъ этого лица. Иначе, этотъ интересъ неспособенъ стать притязаніемъ въ смыслѣ требованія судебной охраны. с) Выставленное здѣсь опредѣленіе устраняетъ тотъ контрастъ, какой предполагается между правомъ гражданскимъ, частнымъ и правомъ публичнымъ. Постановленія, вѣдѣнія гражданского права точно также публичнаго характера хотя бы уже потому, что отъ нихъ зависитъ такое или иное экономическое распредѣленіе, такая или иная организація семьи: два факта, отъ которыхъ въ государствѣ зависитъ все. Кромѣ того, постановленія гражданского права нерѣдко являются лишь орудіями для достиженія цѣлей государственной политики. Уже изъ этого видно, что гражданское право «въ сущности покоится на тѣхъ же началахъ, на которыхъ покоится все положительное право» ²⁴⁾. Потому, едва ли вѣрно, будто гражданское право «не можетъ быть ни либеральнымъ, ни консервативнымъ, прогрессивнымъ, или реакціоннымъ» (Кавелинъ); оно будетъ такимъ или инымъ, смотря по тому, какова его обстановка, т. е. публичное право ²⁵⁾.

§ 2. Происхожденіе Свода гражданскихъ законовъ (1 ч. X т.) книги I—IV 1 ч. X т. изд. 1832 — 1842 гг.; т. X ч. I изд. 1857 г.

Изъ исторіи происхожденія нынѣшняго Свода законовъ гражданскихъ здѣсь могутъ быть сообщены лишь такія данныя, кото-

²⁴⁾ Wächter, Handbuch, I. § 1.

²⁵⁾ Кавелинъ, Что есть гражданское право? стр. 151. При составленіи учебника контрастъ гражданского и публичнаго права не беспокоитъ. Но онъ тотчасъ шокируетъ, когда предстоитъ дѣятельность законодательная. Сперанскій замѣчаетъ, что раздѣленіе законовъ на публичные и частныя неправильно и произвольно». Русская старина, мартъ, 1876 г., стр. 592. Въ такомъ же смыслѣ выражается и Портгидисъ у Loqué, Législation, I, стр. 266, 321. Lassalle замѣчаетъ: «da wo sich das Juristische als das Privatrechtliche völlig von dem Politischen abzulösen scheint, da ist es noch viel politischer als das Politische selbst. System, I, Vorrede. Stahl, Rechtsphilosophie. II стр. 308 (4 Auflage). Критикъ различія между гражданскимъ и публичнымъ правомъ въ томъ видѣ, въ какомъ это различіе обыкновенно предполагается, посвящена цитированная сейчасъ брошюра г. Кавелина.

рыя должны быть принимаемы въ расчетъ при его толкованіи и примѣненіи ¹⁾.

Мысль объ отдѣленіи гражданскихъ законовъ въ особую группу, въ особую область законодательства, впервые высказана въ двухъ памятникахъ законодательныхъ попытокъ Екатерины II ²⁾. Она близка была къ исполненію въ проектахъ гражданского уложенія 1810 — 1814 гг. ³⁾, и наконецъ выполнена съ изданіемъ Свода законовъ Россійской Имперіи 1832 г. Въ этомъ изданіи нынѣшнему Своду законовъ гражданскихъ отвѣчаютъ книги I—IV 1 ч. X т.; книги V—VII той же 1 ч. отвѣчаютъ 2 ч. X т. изданія 1857. Вторую часть X т. изд. 1832 г. составили законы межевые, — 3 часть X т. изданія 1857 г. Для краткости, вмѣсто: книги I—IV 1 ч. X т. изд. 1832 г., мы будемъ просто говорить: Сводъ законовъ гражданскихъ 1832 г.

Въ Сводѣ гражданскихъ законовъ 1832 г. заключается 1471 непрерывно-задуманная статья. Это собственно 1471 новый законъ. Всѣ эти новые законы собраны вмѣстѣ, расположены въ извѣстномъ порядкѣ, всѣ за одинъ разъ обнародованы манифестомъ отъ 31 января 1833 г., но объявлены подлежащими примѣненію только съ 1-го января 1835 г. ⁴⁾; значить, имѣла мѣсто почти двухлѣтняя *vacatio legis*. Отдѣльныя статьи, т. е. отдѣльные законы, составлены изъ однообразнаго матеріала, именно: онѣ извлечены изъ Уложенія 1649 г. и позднѣйшихъ узаконеній, состоявшихся послѣ Уложенія, насколько всѣ эти узаконенія дѣйствовали или считались дѣйствующими къ 1 января 1832 г.

Какъ Уложеніе 1649 г, такъ и позднѣйшія узаконенія отмѣнены Сводомъ вполне, ибо: а) что касается тѣхъ частей Уложенія 1649 г. и тѣхъ позднѣйшихъ узаконеній, изъ которыхъ

¹⁾ Подробности см. въ Обзорѣ историческихъ свѣдѣній о сводѣ законовъ; также професс. Пахманъ, Исторія кодификаціи, т. II, стр. 1—19.

²⁾ См. выше § 1. примѣч. 2.

³⁾ Текстъ обоихъ проектовъ теперь напечатанъ въ Архивѣ Государственнаго Совѣта, т. IV, ч. 1. См. также С. В. Пахманъ, Исторія кодификаціи, т. I, стр. 391—469.

⁴⁾ Полное Собр. (II), № 5,947.

не извлечено статей для свода, они признаны потерявшими силу ко времени составленія свода: составленіе свода было вмѣстѣ съ тѣмъ интерпретаціей по вопросу о томъ, какія изъ частей Уложенія 1649 г. и позднѣйшихъ узаконеній считать потерявшими силу. Что же касается б) тѣхъ частей Уложенія и тѣхъ позднѣйшихъ узаконеній, изъ которыхъ извлечены статьи для свода, они отмѣнены, потому что *замѣнены* послѣдними. Въ самомъ дѣлѣ, по вопросу о томъ, каково должно быть отношеніе статей свода къ матеріалу, изъ котораго онѣ извлечены, возникли три предположенія ⁵⁾: 1) признать статьи «свода» единственнымъ основаніемъ въ рѣшеніи дѣлъ, но такъ, чтобъ текстъ законовъ («т. е. отдѣльныхъ статей») служилъ только указаніемъ источниковъ, изъ которыхъ статьи составлены, и не былъ бы самъ собою въ дѣлахъ употребляемъ; 2) признать статьи свода закономъ, но не единственнымъ и не исключительнымъ, а дѣйствующимъ въ тѣхъ только случаяхъ, гдѣ нѣтъ сомнѣній ни о существованіи закона, ни о его смыслѣ; какъ же скоро родится такое сомнѣніе, то прибѣгать къ самому тексту; 3) признать текстъ законовъ единственнымъ и исключительнымъ основаніемъ при рѣшеніи дѣлъ, а статьи свода только средствомъ вспомогательнымъ, или такъ сказать, совѣщательнымъ къ приисканію ихъ и къ удостовѣренію въ ихъ смыслѣ. Третье предположеніе тотчасъ было отклонено, такъ какъ съ принятіемъ его, Сводъ, не получивъ никакого законнаго значенія, никакой обязательной силы и не принадлежа собственно къ законодательству, былъ бы почти то же самое, что частные труды нашихъ законовѣдцевъ, и всѣ столѣтнія усилія кончились бы только—большою учебною книгою. Но выборъ между основными двумя предположеніями далъ поводъ къ пространнымъ разсужденіямъ, и совѣтъ, лишь послѣ долгихъ преній, остановился на первомъ; вслѣдствіе чего положено было: сводъ обнародовать съ полною силою закона и привести въ дѣйствіе съ 1-го января 1835 г. На этихъ основаніяхъ состоялся манифестъ 31-го ян-

⁵⁾ Корфъ, Жизнь графа Сперанскаго, стр. 318—319. Архивъ Калачева, книга 6-я (1861 г.), стр. 1—8, гдѣ помѣщена записка Сперанскаго.

варя 1833 г.». Очевидно, что 4-й п. этого манифеста не совсемъ точенъ, когда говоритъ, что «сводъ законовъ ничего не измѣняетъ въ дѣйствиі ихъ, но приводитъ ихъ только въ единство»: между тѣмъ, какъ сказано выше, и высказано въ пп. 1 и 2 того же манифеста, сводъ отмѣнилъ собой всѣ прежніе, до него дѣйствовавшіе законы, начиная съ Уложенія 1649 г. ⁶⁾.

Ни исключительность матеріала, изъ котораго составлены (черезъ извлеченіе и сведеніе) статьи Свода, ни соблюденіе такихъ или иныхъ правилъ при извлеченіи ⁷⁾, ни ревизія Свода въ комитетахъ ⁸⁾, нисколько не мѣшаютъ статьямъ Свода считаться и быть законами новыми. Правила извлеченія статей, ревизіи и проч., были только мѣры, направленныя къ тому, чтобы возможно полнѣе провести основное начало составленія Свода, — исключительность матеріала, изъ котораго онъ составленъ.

Сказать, что статьи Свода 1832 г. были законы новые, значитъ сказать слѣдующее: а) та или другая статья получила свою силу не изъ того закона или законовъ, откуда она извлечена, или помѣчена таковой, но изъ обнародованія ея въ составѣ Свода законовъ. Это обнародованіе совершилось въ силу манифеста 31-го января 1833 г., безъ котораго сводъ дѣйствительно оставался бы только большой учебной книгой. б) Смыслъ каждой статьи — такой, какой она получила изъ собственнаго текста, а не такой, какой имѣли отдѣльныя узаконенія, изъ которыхъ она извлечена ⁹⁾. в) Та или другая статья свода имѣетъ

⁶⁾ Ср. Высочайше утвержденное мнѣніе государственнаго совѣта. п. VIII, Полн. Собр. (II), № 7654.

⁷⁾ См. Обзорніе историческихъ свѣдѣній, стр. 104—112.

⁸⁾ Тамъ же стр. 169—173. Цѣль ревизіи опредѣлена была такъ: обзоръ своды въ двухъ главныхъ отношеніяхъ, въ полнотѣ ихъ и точности, т. е. 1) всѣ ли дѣйствующіе нынѣ законы въ каждой части представлены въ Сводѣ въ истинной ихъ силѣ; 2) не приведено ли законовъ излишнихъ, кои отмѣнены послѣдующими». стр. 171, примѣч.

⁹⁾ Такъ, напр. ст. 317, 1 ч. X т. изд. 1832 г. (по изд. 1857 г., ст. 534) заключаетъ въ себѣ такой смыслъ, котораго никакъ не имѣютъ показанные подъ нею №№ Полнаго Собр. зак.; то же можно сказать обо вѣхъ ст. 1 ч. X т., дающихъ опредѣленія.

силу и тогда, когда она даже не извлечена не изъ какого законенія, хотя, быть можетъ и показана извлеченною по ошибкѣ или недоразумѣнью ¹⁰⁾.

Исключительность матеріала отличаетъ Сводъ 1832 г. отъ кодекса въ техническомъ смыслѣ этого слова. При составленіи кодекса подобной исключительности не бываетъ. Матеріалъ кодекса самый разнообразный: законодательные памятники свои и чужіе, сборники обычаевъ, сочиненія юристовъ, судебная практика, указанія и мнѣнія стороннихъ лицъ; наконецъ, новыя статьи, составленныя прямо для кодекса. Притомъ же, отношеніе редакторовъ кодекса къ своему матеріалу самое свободное: въ предыдущемъ правѣ имъ нѣтъ надобности различать дѣйствующее отъ недѣйствующаго. Но какъ скоро выработанный такимъ образомъ кодексъ обнародованъ, его статьи, параграфы, являются новыми законами, берущими свою силу изъ обнародованія въ составѣ кодекса, а не изъ того матеріала, откуда онѣ взяты. Но вѣдь съ этой стороны, очевидно, нѣтъ никакого различія между кодексомъ и сводомъ.

Далѣе: сходство нашего Свода съ кодексомъ имѣетъ мѣсто и съ другой стороны: для того и другаго необходимъ извѣстный планъ, система. Относительно Свода гражд. законовъ Сперанскій прямо заявляетъ, что «планъ свода составленъ по образцу римскаго, французскаго, прусскаго и австрійскаго законодательства» ¹¹⁾. Но исключительный матеріалъ Свода былъ, очевидно, недостаточенъ для пополне-

¹⁰⁾ Такъ, напр. ст. 396 свода 1832 г. (нынѣшняя ст. 699), даже не ссылается ни на какой законъ. Ст. 399 того же свода (нынѣшняя 702) напрасно ссылается на 251 ст. гл. X. Уложенія 1649. Ср. Шимановскій, Первая Часть Десятаго Тома съ ея историческими основаніями. Выпускъ 1. Введеніе; также Журналъ гражд. и уголовн. права, 1876. Книга IV, юридическая хроника. Не повторилось ли до нѣкоторой степени и при составленіи Свода то подведеніе подстатейныхъ ссылокъ на указы, о которомъ разсказано у барона Корфа, Жизнь графа Сперанскаго, I, стр. 163, примѣч.—Для практики эти соображенія ведутъ къ положенію, что судъ обязанъ руководиться Сводомъ, а не полнымъ Собраніемъ законовъ. Кассац. рѣш. Гр. Д. № 516, 1870 г.

¹¹⁾ Архивъ Калачева, книга 2, (1859 г.), стр. 5. Русская Старина, Мартъ 1876 г., стр. 587.

нія отдѣльныхъ рубрикъ подобнаго плана. Потому, хотя дѣйствительно въ сводѣ оказалось много такихъ «предметовъ, какихъ нѣтъ въ другихъ уложеніяхъ»¹²⁾; но самъ авторъ плана вынужденъ сознаться въ слѣдующемъ: «сколько объемъ свода нашего обширенъ и полонъ, столько составныя его части недостаточны и скудны»¹³⁾.

Сводъ 1832 г. составленъ изъ тѣхъ законовъ, которые были признаны дѣйствующими къ 1-му января 1832 г.¹⁴⁾ Черезъ десять лѣтъ, къ 1842 г., состоялся рядъ законовъ въ отмѣну, замѣну, измѣненіе и дополненіе статей свода. Каждый изъ этихъ отдѣльныхъ законовъ получалъ свою силу отъ своего обнародованія; но ихъ отношеніе къ Своду гражданскихъ законовъ и вліяніе на ту или другую статью Свода отмѣчались въ продолженіяхъ, чѣмъ занималось II Отдѣленіе собственной Его И. В. Капцеляріи. Именнымъ указомъ, даннымъ Правительствующему Сенату 4-го марта, расубликованнымъ 10-го марта 1843 г.¹⁵⁾, обнародовано новое изданіе Свода законовъ и въ его составѣ—Свода законовъ гражданскихъ, т. е. первыхъ четырехъ книгъ 1 ч. X т., которыя мы будемъ называть просто Сводомъ гражданскихъ законовъ 1842 г.

Въ сводѣ 1842 г., 2024 статьи, противъ свода 1832 г

¹²⁾ Тамъ же.

¹³⁾ Русская Старина, Мартъ 1876 г., стр. 590. Въ вопросѣ о кодификаціи различается кодификація въ собственномъ смыслѣ отъ инкорпорации—составленія свода. Въ текстѣ дано понятіе, что различіе это вовсе не тамъ гдѣ его часто видятъ. Вопросъ о кодификаціи имѣетъ свою литературу и свою теорію, см. статью Беренда (Behrend): Die neueren Privatrechts—Codificationen, въ Энциклопедіи Гольцендорфа, 3-е изд. 1877 г. Въ Юридич. Вѣстникѣ за 1876 г. №№ 6 и 7, 8 и 9, помѣщенъ переводъ статьи Жинкульяка, О кодификаціи и ея вліяніи на законодательство и науку права. Исторіи кодификаціи профессора Пахмана занимается не только кодификаціею или инкорпорациею, но вообще письменностію гражд. права. Сочиненіе вызвало статью профессора Сергіевича, въ Вѣстникѣ Европы, ноябрь 1876 г., на которую послѣдовалъ отвѣтъ въ журналѣ гражд. и уголовного права, книга VI, 1876 г. Полемика съ той и другой стороны направлена была и на темы, не имѣющія ничего общаго съ наукой.

¹⁴⁾ Въ 1835 г. сдѣлана была новая перепечатка.

¹⁵⁾ Полн. Собр. (II), № 16584.

больше на 653 статьи. Однѣ изъ этихъ 2024 статей суть повторенія статей Свода 1832 г.; онѣ, очевидно,—законы старые, перепечатанные подъ иной нумераціей. По отношенію къ этимъ повтореннымъ статьямъ возникалъ лишь вопросъ: въ какой нумераціи приводить ихъ при рѣшеніи дѣлъ, начатыхъ производствомъ до обнародованія указа 4-го марта 1843 г. и не оконченныхъ къ этому времени? Вопросъ рѣшенъ въ томъ же указѣ и рѣшенъ въ пользу новой нумераціи.

Но другія статьи свода 1842 г. заключаютъ въ себѣ замѣну, измѣненіе или дополненіе къ статьямъ свода 1832 г. Какъ законы новые, эти статьи, взятые изъ продолженій за время 1832 — 1842 гг., прежде всего отмѣнили собой статьи этихъ продолженій. Тѣ же изъ статей, которыя взяты изъ отдѣльныхъ узаконеній, не успѣвшихъ попасть въ продолженія, отмѣнили собой эти узаконенія. По отношенію къ такимъ новымъ статьямъ самъ собой возникалъ вопросъ: какъ примѣнять ихъ въ судахъ, не нарушая правила, что новые законы не должны имѣть обратнаго дѣйствія? этотъ вопросъ рѣшенъ въ томъ же указѣ 4-го марта 1843 г.

4-го же марта 1843 г. состоялся другой именной указъ Правит. Сенату, опубликованный 10-го марта того же года ¹⁶⁾. Этотъ указъ отмѣнилъ мѣстные законы губерній Черниговской и Полтавской. Въ замѣну отмѣненныхъ законовъ для обѣихъ губерній въ составъ Свода гражд. законовъ 1842 г. обнародовано нѣсколько отдѣльныхъ законовъ въ видѣ занумерованныхъ статей Свода, съ указаніемъ, что онѣ извлечены изъ Литовскаго Статута.

19-го мая 1858 г. обнародованъ именной указъ, данный Сенату отъ 12-го мая, о третьемъ изданіи общаго Свода законовъ Россійской Имперіи ¹⁷⁾. Въ составъ общаго Свода обнародованъ и нынѣ дѣйствующій Сводъ законовъ гражданскихъ, т. е. 1 ч.

¹⁶⁾ Полн. Собр. (II) № 16,585. Пахманъ, Исторія кодификаціи, стр. 453—463.

¹⁷⁾ Полное Собраніе закон. (II), № 33,140.

X т., составленный изъ 2334 статей, т. е. изъ 2334 законовъ, на 310 статей больше, чѣмъ въ изданіи 1842 г. Однѣ изъ этихъ статей только повторяютъ статьи Свода 1842 г., это законы старые, только перепечатанные подъ иной нумераціей. Вопросъ, подъ какой нумераціей приводить эти статьи на время съ 19-го мая 1858 г. разрѣшенъ въ указѣ также, какъ разрѣшенъ подобный вопросъ при изданіи 1842 г. Но другія изъ 2334 статей—законы новые. Указъ 12-го мая 1858 г. предписываетъ примѣнять эти статьи безъ обратнаго дѣйствія.

2334 статьи Свода законовъ гражданскихъ, изд. 1857 г. суть 2334 закона, обнародованные одновременно въ составѣ одного цѣлага, т. е., 1 ч. X т. Они обнародованы 19-го мая 1858 г., чрезъ обнародованіе указа отъ 12-го мая 1858 г., но въ различныхъ мѣстностяхъ территоріи своего дѣйствія вступили въ силу неодновременно, а по мѣрѣ полученія экземпляра Свода «въ каждомъ присутственномъ мѣстѣ и управленіи»¹⁸⁾; слѣдственно, въ однѣхъ мѣстностяхъ раньше, въ другихъ позже, а въ нѣкоторыхъ, быть можетъ, не вступили въ силу и до сихъ поръ, какъ это возможно при нашемъ порядкѣ обнародованія законовъ¹⁹⁾.

Однѣ изъ статей 1 ч. X т. перепечатаны изъ Свода 1842 г., гдѣ онѣ были законами новыми. Другія же перепечатаны изъ 1842 г., гдѣ онѣ были перепечатаны изъ Свода 1832 г. Затѣмъ, остается не мало статей, которыя оказываются новыми въ Сводѣ 1857 г. по сравненію со Сводомъ 1842 г.

Такимъ образомъ, въ составѣ нынѣшняго Свода законовъ гражданскихъ нужно различать три группы, три наслоенія статей. Первая группа — статьи новыя, т. е. такія, какихъ нѣтъ въ Сводѣ 1842 г. Вторая группа — статьи повторенныя изъ Свода 1842 г., гдѣ онѣ были новыми. Третья группа — статьи повторенныя изъ Свода 1842 г., гдѣ онѣ были тоже повторенными изъ Свода 1832 г. Статьи первой группы обнародованы лишь съ 19-го мая

¹⁸⁾ Указ. 12 мая 1858 г., Полн. собр. (II), № 33,140.

¹⁹⁾ Т. I, Зак. основн. ст. 57—59.

1858 г.; время до этого дня для нихъ во всякомъ случаѣ есть время прошедшее, на которое не можетъ простираться ихъ дѣйствіе, по силѣ ст. 60 основныхъ законовъ. Статьи второй группы обнародованы съ 10-го марта 1843 г.; въ изданіи 1857 г. онѣ получали только иную нумерацію, подѣ которою и должны быть приводимы согласно указу 12-го мая 1858 г. Для этой группы время до 10-го марта 1843 г. есть во всякомъ случаѣ время прошедшее, на которое не можетъ простираться ихъ дѣйствіе. Статьи третьей группы обнародованы еще 31-го января 1833 г., вступили въ силу съ 1-го января 1835 г., и съ тѣхъ поръ два раза измѣнили свою нумерацію, въ 1842 и въ 1857 гг. Для статей этой группы время до 1-го января 1835 г. есть во всякомъ случаѣ время прошедшее, на которое никакъ не можетъ простираться ихъ дѣйствіе.

Очевидно, что каждая изъ указанныхъ группъ имѣетъ совсѣмъ начальный пунктъ своего дѣйствія во времени, и каждая совсѣмъ иначе ставится въ отношеніе къ ст. 60 основныхъ законовъ. Граница прошедшаго и будущаго для каждой группы различна; а затѣмъ безразлично, подѣ какой нумераціей она будетъ приведена, подѣ нумераціей изданія предыдущаго или послѣдующаго. Такъ нынѣшняя ст. 420 обнародована еще въ изданіи 1832 г., гдѣ она была статьей 268, перепечатана въ изданіи 1842 г., какъ статья 388, отсюда перепечатана въ изданіи 1857 г., какъ статья 420.

Ограничиваясь сказаннымъ сейчасъ о взаимномъ отношеніи всѣхъ трехъ изданій нашего Свода законовъ гражданскихъ, мы не можемъ воздержаться отъ одного замѣчанія. Къ Своду у насъ примѣнено понятіе изданія въ литературномъ смыслѣ. Подобно тому, какъ дѣлаются *изданія* сочиненій съ измѣненіями и дополненіями, такъ точно у насъ дѣлаются изданія Свода. Но сходство только кажущееся: *новое изданіе Свода съ измѣненіями, дополненіями есть изданіе, т. е. обнародованіе новаго Свода.* А если такъ, то въ теченіи 25-ти лѣтъ, съ 1833 г. по 1858 г., составлены, обнародованы и вступали въ дѣйствіе одинъ за

другимъ три свода, а не три изданія одного и того же свода. Сколько извѣстно, теперь II Отдѣленіе занято изготовленіемъ новаго 4-го изданія, т. е. занято составленіемъ новаго, 4-го свода законовъ гражданскихъ. Предположивши, что это 4-е изданіе состоится къ 1879 г., окажется, что за періодъ времени съ 1833 по 1879 г., мы переживемъ 3 свода, т. е., что средняя продолжительность дѣйствія каждаго свода равняется 15 годамъ; а до 1858 г. эта средняя продолжительность и того меньше. Для тѣхъ, кто имѣетъ дѣло со Сводомъ, такая краткосрочность его жизни—крайне неудобна. Едва практикъ успѣлъ овладѣть нумераціей и текстомъ дѣйствующаго свода, какъ выходитъ новое изданіе, т. е. новый сводъ, и съ нимъ для практика — новая работа, быть можетъ, уже не по лѣтамъ и не по силамъ. Понятно, что нынѣшній Сводъ законовъ, т. е. изд. 1857 г., составленъ *повелніемъ* Александра II, а не Николая I.

§ 3. Планъ 1 ч. X т. изд. 1857 г.; оцѣнка содержанія.

Планъ 1 ч. X т. въ изданіи 1857 г., не измѣненъ противъ изданій 1832 и 1842 гг. Раздѣленіе на книги (4), книгъ на раздѣлы, раздѣловъ на главы, главъ на отдѣленія, отдѣленій на подраздѣленія подъ римскими цифрами (I, II, III и т. д.), — все это осталось безъ перемѣны во всѣхъ трехъ изданіяхъ, лишь съ нѣкоторыми видоизмѣненіями въ оглавленіи рубрикъ. Такія видоизмѣненія неважны, такъ какъ оглавленія раздѣленій, рубрикъ свода или кодекса, не суть законъ ¹⁾. При изданіи 1857 г. сдѣлана еще одна перемѣна: X т. вмѣсто 2-хъ частей разбитъ на 3. Вторую часть составили книги V—VII первой части предыдущихъ изданій, какъ Сводъ законовъ о судопроизводствѣ и взыскаціяхъ гражданскихъ. Законы межевые, составлявшіе 2 ч. въ изданіяхъ 1832 и 1842 г., составили 3-ю часть въ изданіи 1857 г.

Какъ сказано выше, Сперанскій называлъ свой планъ сооб-

¹⁾ Обзоръ историческихъ свѣдѣній стр. 165.

135062р. nr
 раженнымъ съ планами законодательства римскаго, французскаго, прусскаго и австрійскаго. Но это сходство, если и есть, то лишь въ самыхъ общихъ чертахъ. Выполнить хоть приблизительно планъ любого изъ упомянутыхъ кодексовъ было невозможно при той исключительности матеріала, какая взята за основаніе при составленіи Свода гражданскихъ законовъ. Отсюда главнымъ образомъ объясняются колебанія въ выборѣ и въ установкѣ плана ²⁾. Планъ нужно было мѣнять каждый разъ, когда оказывалось, что нѣтъ матеріала для пополненія той или другой его части Дѣйствительно, проектированный планъ 1 ч. X т. въ значительной степени разнится отъ того плана, какой выполненъ на дѣлѣ ³⁾. Такъ въ частности, по проектированному плану, книга 1-я должна была трактовать «о состояніяхъ». Но 1-я книга 1 ч. X т. трактуетъ о правахъ и обязанностяхъ семейственныхъ. Подробный планъ книги I проектированнаго плана затерянъ; такъ что мы не знаемъ въ подробности его содержанія. Но объ этомъ планѣ легко можно догадаться: онъ отвѣчалъ 1 ч. Проекта гражданского уложенія 1810 г., или, что все равно, 1-й книгѣ французскаго гражданского кодекса, т. е. о лицахъ, съ тѣмъ содержаніемъ, какое дано въ 1 ч. Проекта гражд. уложенія 1810 г. Понятно, что при составленіи Свода такая книга была несвоевременна. Почему? Потому что понятіе личности, всегда равной самой себѣ, отрѣшенной отъ сословныхъ, національныхъ, религіозныхъ и т. п. различій, въ то время было только мечтой немногихъ, и въ томъ числѣ графа Сперанскаго ⁴⁾. Воз-

²⁾ Объяснительная записка Сперанскаго. въ Архивѣ Калачева за 1859 г.; Русская Старина, февраль и мартъ 1876 г., Пахманъ II. стр. 13—19.

³⁾ Проектированный планъ сталъ извѣстнымъ изъ документовъ, указанныхъ въ предыдущемъ примѣчаніи.

⁴⁾ Независимость правъ гражданскихъ отъ правъ политическихъ положена въ основаніе Проекта гражданского уложенія 1810 г. (ч. 1, ст. 1, 10). Карамзинъ возражаетъ такъ: «кстати ли начинать русское уложеніе главою о правахъ гражданскихъ, коихъ въ истинномъ смыслѣ не было и нѣтъ въ Россіи? У насъ только политическія или особенныя права разныхъ государственныхъ состояній: у насъ дворяне, купцы, мѣщане, земледѣльцы и проч. Всѣ они имѣютъ особенныя права: общаго нѣтъ, кромѣ названія русскихъ... въ Россіи господскій и самый казенный земледѣлецъ имѣетъ ли оныя» (гражданскія права), «хотя и называется русскимъ»? Баронъ Корфъ, Жизнь графа Сперанскаго, I, стр. 162.



вѣстить сумму правъ, приуроченныхъ просто къ личности, какъ таковой, мѣшало уже крѣпостное право, въ силу котораго людей нужно было причислять къ движимости ⁵⁾. И такъ, нужно было отказаться отъ книги о лицахъ, замѣнивши ее книгой о правахъ семейственныхъ, гдѣ собраны постановленія съ соблюденіемъ всѣхъ различій религиозныхъ и сословныхъ.

Далѣе, въ проектированномъ планѣ была замѣчена особая (V) книга объ актахъ. По видимому, она была предназначена — собрать въ одно цѣлое натаріатъ. Въ 1-й части X т. постановленія объ актахъ составили главы 3 и 4 раздѣла III книги II. И такъ какъ въ этой же книгѣ II трактуется о разныхъ родахъ имуществахъ (раздѣлъ I), о существѣ и пространствѣ разныхъ правъ на имущества (раздѣлъ II), о лицахъ, могущихъ приобретать права на имущества (глава I, раздѣлъ III), и вообще о способахъ пріобрѣтенія права на имущества (глава II, раздѣлъ III); то дѣйствительно, общій характеръ книги II 1-й ч. X т. тотъ же самый, какой былъ приданъ ей въ проектированномъ планѣ: «содержать все, что есть общаго въ двухъ послѣдующихъ книгахъ», т. е., III и IV. Эти двѣ послѣдующія книги, III, о порядкѣ пріобрѣтенія и укрѣпленія правъ на имущества въ особенности, IV, объ обязательствахъ по договорамъ, являются и въ 1-й ч. X т. такими, какъ онѣ были проектированы въ первоначальномъ планѣ.

Выписывать здѣсь боже подробныя рубрики 1-й части X не къ чему, ибо съ удобствомъ ихъ можно видѣть въ оглавленіи 1-й ч. X т. Вмѣсто этого мы представимъ въ-короткѣ разсмотрѣніе 1-й ч. X т. еще съ одной стороны, которая дастъ намъ указанія для оцѣнки нашего Свода со стороны его содержанія.

Выше было замѣчено, что начало исключительности матеріала было положено въ основаніе составленія Свода. Но достаточенъ ли былъ этотъ матеріалъ, чтобы изъ него выработать Сводъ въ полнотѣ даже тѣхъ книгъ, раздѣловъ, главъ и т. д., которые выс-

⁵⁾ Архивъ Калачова, 1859 г., стр. 9, гдѣ отразилось раздумье Сперанскаго по вопросу о причисленіи крѣпостныхъ къ наличной движимости.

тавлены рубриками окончательнаго плана? Отвѣтъ не труденъ, стоитъ только пересмотрѣть ссылки подъ отдѣльными статьями Свода. Но для этого мы должны возвратиться къ изданію 1832 г.

Въ трехъ раздѣлахъ книги I изд. 1832 г. встрѣчается не мало статей, снабженныхъ обильными ссылками на источники, начиная съ Уложенія 1649 г.; это статьи по такимъ вопросамъ семейнаго права, на которые особенно была направлена законодательная дѣятельность прошлаго столѣтія ⁶⁾. Но въ главѣ третьей раздѣла II, о союзѣ родственномъ, есть рядъ статей (144 — 158), подъ которыми не сдѣлано никакой ссылки: источникъ, изъ котораго онѣ взяты, такого свойства, что не могъ быть обнаруженъ. Этотъ источникъ — Проектъ гражданскаго уложенія 1810 г., ч. 2, §§ 111 — 127, взятые изъ artt. 735 — 738 французскаго гражданскаго кодекса ⁷⁾.

Книга II состоитъ изъ трехъ раздѣловъ. Въ этой книгѣ опять не мало, больше чѣмъ въ предыдущей, статей, снабженныхъ обильными ссылками на источники. Это понятно: главная масса статей II книги касается недвижимости; онѣ возникли изъ законодательныхъ памятниковъ того сословно-землевлдѣльческаго переворота, которымъ наполнена исторія русскаго гражданскаго права, начиная съ Петра I. При томъ же, изъ 333 статей II книги (230 — 562), 151 статья посвящены нотаріату, т. е. той темѣ, для которой, по проектированному плану Свода, предполагалось составить особую, V, книгу ⁸⁾.

Книга III, о порядкѣ пріобрѣтенія и укрѣпленія правъ на имущества въ особенности, тоже состоитъ изъ трехъ раздѣловъ. Въ первыхъ четырехъ главахъ раздѣла I (о пожалованіи, дареніи, выдѣлѣ и приданомъ) не рѣдкость — статьи, снабженные обиль-

⁶⁾ Такъ, напр. ст. 7 (по изд. 1857 г.—9). ст. 11, (по изд. 1857 г. 20), ст. 23, (по изд. 1857 г. — 31); ст. 48 (по изд. 1857 г. 61); ст. 70 (по изд. 1857 г., 90), и др. Ср. Неволинъ, Исторія гражд. зак., Полн. Собр. Соч., т. III, стр. 152—154, стр. 170—171, стр. 266 и слѣд.; стр. 293—298.

⁷⁾ Проектъ гражд. улож. Архивъ Государст. Совѣта, стр. 125 — 127. Иначе Шимановскій, стр. XXXIV.

⁸⁾ Неволинъ, Исторія гражд. зак., Полн. Собр. Соч. т. IV.

ными ссылками на источники. Для этих глав материал накопился изъ оживленной законодательной дѣятельности по вопросамъ помѣстнаго и вотчинаго права, и вообще по вопросамъ о недвижимости. Но что касается главы пятой того же перваго раздѣла, она почти вся состоитъ изъ статей Положенія о духовныхъ завѣщаніяхъ 1831 г., октября 1—19⁹⁾. Въ раздѣлѣ второмъ книги III, о приобрѣтеніи имуществъ наслѣдствомъ по закону, и о выкупѣ родовыхъ имуществъ (гл. 6-я), опять большинство статей снабжены обильными ссылками на источники: причина — та же, что и для первыхъ четырехъ главъ раздѣла перваго. Тоже самое, и по тѣмъ же причинамъ, можетъ быть сказано на-счетъ статей раздѣла III о порядкѣ обоюднаго приобрѣтенія правъ на имущества мѣною и куплею. При томъ же, 43 статьи этого раздѣла (ихъ всѣхъ 116, 850—965) заключаютъ въ себѣ правила о совершеніи купчихъ крѣпостей, а 20 статей трактуютъ о приобрѣтеніи имуществъ куплею съ публичныхъ торговъ (928—947).

Какъ замѣчено выше, статьи книгъ II и III не рѣдко снабжены обильными ссылками на источники; это тѣ статьи, въ которыхъ прямо или косвенно затронуты вопросы о недвижимости. Совсѣмъ иное нужно сказать относительно статей о движимости: такихъ статей въ книгахъ III и IV немного, да и тѣ, какія есть, слабо обставлены ссылками на источники¹⁰⁾, или и совсѣмъ безъ таковыхъ¹¹⁾.

Послѣ этого замѣчанія мы должны быть заранѣе готовы встрѣтить въ IV книгѣ, объ обязательствахъ по договорамъ,

⁹⁾ Полное Собр. Зак. (II), № 2844. Неволинъ, Исторія гражд. зак., Полное Собр. Соч., т. V, стр. 316 и слѣд.

¹⁰⁾ Въместо другихъ статей, возьмемъ для примѣра ст. 317 (по изд. 1857 г.—534). Подъ ней сдѣланы ссылки на Уставъ о банкротахъ 1800 г., декабря 19, (Полн. Собр. Зак. (II), № 19692), и на Уставъ о торговой несостоятельности іюня 25, 1832 г., Полн. Собр. (II), № 5463. Ст. 317 — исходная для всего ученія о наличной движимости; но она составлена не изъ приведенныхъ подъ нею двухъ уставовъ, а сворѣе изъ art. 2279 фр. гражд. кодекса, на что есть указаніе въ Объяснительной Запискѣ содержанія и расположенія Свода законовъ гражданскихъ, Архивъ Калачева, книга 2, за 1859 г., стр. 13.

¹¹⁾ Напр. ст. 403, (по изд. 1857 г., ст. 710).

значительную бѣдность ссылокъ на источники. IV книга состоитъ изъ четырехъ раздѣловъ, въ которыхъ 506 статей (966 — 1471). Но изъ этихъ 506 статей приблизительно 275 или могли бы найти мѣсто въ инструкціяхъ для органовъ казеннаго управленія ¹²⁾; или имѣютъ развѣ антиквирный интерес ¹³⁾; или же относятся къ нота-риату ¹⁴⁾. Такимъ образомъ для всей обширной области договоровъ получилась 231 статья, пусть даже около 250. Подобной бѣдности не представляетъ ни одинъ изъ европейскихъ кодексовъ. Понятно, что при такой бѣдности статей, одни изъ договоровъ только затронуты, лишь намѣчены, и то почти исключительно съ внѣшней, формальной стороны, а другіе оставлены совсѣмъ безъ опредѣленій.

Сводъ гражданскихъ законовъ изд. 1832 описанъ выше, какъ непосредственный продуктъ того исключительнаго матеріала, изъ котораго онъ составленъ. Этотъ сводъ есть, такъ сказать, итогъ, подведенный всему историческому развитію дѣятельности русскихъ законодателей со времени Уложения 1649 г. Сводъ 1842 г. и Сводъ нынѣ дѣйствующій, 1857 г., не нуждаются въ такомъ описаніи; въ главной массѣ своего состава и въ основномъ характерѣ они описаны въ описаніи Свода 1832 г. Въ остальномъ — Сводъ 1842 и 1857 г. съ продолженіями отражаютъ собой законодательную дѣятельность прошлаго и текущаго царствованія. Описаніе Свода 1832 г. снабдило насъ данными для нѣкоторыхъ общихъ заключеній, одинаково примѣнимыхъ ко всѣмъ тремъ изданіямъ, т. е. и къ нынѣ дѣйствующему изданію.

1) Русскій Сводъ законовъ гражданскихъ крайне одностороненъ по содержанію данныхъ въ немъ постановленій: онъ посвященъ главнымъ образомъ вопросамъ, которые прямо или косвенно касаются недвижимости. Движимость (наличная и долговая) затронута въ немъ мало и слабо. Но и недвижимость опредѣлена

¹²⁾ Таковы ст. 999 — 1003; 1010 — 1015; 1019 — 1035; 1059 — 1066; 1098 — 1101; 1111 — 1113; 1133 — 1329; 1436 — 1446 (изд. 1832 г.).

¹³⁾ Ст. 1004 — 1006 (изд. 1832 г.).

¹⁴⁾ 1048 — 1053; 1449 — 1469 (изд. 1832 г.).

не сама по себѣ, не отрѣшено, а съ принятіемъ въ расчетъ сословныхъ различій. Недвижимость одной сословной категоріи отдѣлена отъ недвижности другихъ такихъ же категорій. Тамъ, гдѣ даны опредѣленія, одинаковыя для всякой недвижности, мы въ сущности видимъ распространеніе опредѣленій, возникшихъ для недвижностей одной сословной категоріи, на недвижность другихъ категорій. Такъ, постановленія о родовыхъ имуществахъ, возникшія для дворянскихъ помѣстій и вотчинъ, распространены на недвижность городского и сельскаго свободнаго сословія, — распространеніе, сдѣланное вопреки всему ходу историческаго развитія. Точно также постановленія о наслѣдованіи, возникшія на почвѣ стараго помѣстнаго и вотчинаго права, обобщены не только на недвижности другихъ категорій, но даже и на движимость. Всѣ эти особенности, какими оттънены постановленія Свода относительно недвижности, т. е. главная масса его постановленій, теперь являются въ противорѣчій съ новыми основами нашего гражданскаго быта, обновленнаго упраздненіемъ крѣпостнаго права ¹⁵⁾.

2) Постановленія Свода, насколько дѣйствительно соблюдено и проведено начало исключительности его матеріала, неполны не только тамъ, гдѣ они касаются движимости и договоровъ, но и тамъ, гдѣ касаются недвижности. Одни постановленія о недвижности — случайнаго характера: та или другая статья появилась въ Сводѣ единственно только потому, что возникалъ извѣстный казусъ, разрѣшенный судебно-законодательнымъ порядкомъ. Другія статьи — слѣды тѣхъ экспериментовъ преобразовательной политики, которыми такъ обильны царствованія прошлаго столѣтія ¹⁶⁾.

3) Въ области семейнаго права нашъ Сводъ тоже представ-

¹⁵⁾ Шимановскій, Первая Часть Десятаго Тома, выпускъ I, Введеніе, XXXVI.

¹⁶⁾ Какъ на одно изъ «достоинствъ» Свода, о которыхъ, со словъ барона Корфа, такъ тепло говоритъ г. Шимановскій (выше примѣч. 1), Профессоръ Пахманъ указываетъ на то, что въ нашемъ Сводѣ «содержатся лишь такія начала, которыя выработаны жизнью». Едва ли въ жизни можно найти оправданіе, напр., тому порядку наслѣдованія по закону, какой установленъ въ 1-й ч. X т. А распространеніе родоваго характера далѣе предѣловъ дворянской собственности?

ляютъ такія особенности, которыя ставятъ его внѣ всякаго сравненія съ европейскимъ кодексомъ. Такъ, въ постановленіяхъ о бракѣ вездѣ на первомъ планѣ конфессиональныя соображенія. Отсюда: бракъ не возведенъ на степень гражданского учрежденія, нѣтъ, онъ въ сущности является сожительствомъ, котораго вся сила зависитъ отъ благословенія. Отсюда — дальнѣйшее послѣдствіе, раздѣльность имущества мужа и жены, противная идеѣ брака, чуждая испоконному правосознанію русскаго народа, невозможная на дѣлѣ. Тоже самое, *mutatis mutandis*, можетъ быть повторено на-счетъ постановленій объ отношеніяхъ между родителями и дѣтьми. Понятно, что своими постановленіями Сводъ мало содѣйствовалъ развитію семьи въ учрежденіе, огражденное отъ заразы и подмѣси различныхъ нечистыхъ прикосновеній. Наконецъ, что касается опеки, объ ней не дано общихъ постановленій; то, что есть въ Сводѣ, скорѣе носитъ характеръ инструкцій для опекунскихъ учреждений того или другаго сословія.

Какъ завершеніе законодательной дѣятельности по части гражданского права, Сводъ, очевидно, неосостоятеленъ со стороны своего содержанія, характера, полноты и технической обработки данныхъ въ немъ постановленій. Но такимъ завершеніемъ его не считалъ даже тотъ, чье имя связано съ исторіей Свода, т. е. самъ графъ Сперанскій. Это была только приготовительная работа, назначенная для того, чтобы сдѣлать возможною послѣднюю стадію законодательной дѣятельности, составленіе уложенія. Эта послѣдняя стадія до сихъ поръ не наступила; наступитъ ли она и когда? Въмѣсто гражданского уложенія, какъ слышно, готовится новое изданіе 1-й ч. X т., т. е. изданіе *новаго четвертаго Свода*, т. е. продленіе того провизорнаго состоянія, которое длится уже полстолѣтія. Между тѣмъ существуетъ двадцать съ чѣмъ то комиссій, состоявшихся въ разное время для пересмотра и передѣлки разныхъ отдѣловъ 1 ч. X т. Нѣкоторыя изъ нихъ даже дали о себѣ знать опубликованіемъ общихъ началъ и даже подробныхъ проектовъ; но вообще, все остается по-старому 17).

17) См. у Пахмана, Исторія кодификаціи, I, стр. 19 — 28. Журналъ Гражд. и Уголовн. права за 1876 г., книга IV, Юридическая хроника. Еще

§ 4. Обзоръ 1-й ч. X т. 1857 г. по ея составу.

Гражданскіе законы, составляющіе 1 ч. X т. Свода законовъ Россійской Имперіи, суть *гражданскіе законы Россійской Имперіи*. Они собраны въ одно цѣлое, расположены въ извѣстномъ порядкѣ и какъ статьи, какъ члены одного цѣлаго, помѣчены одной непрерывной нумераціей. Они обнародованы именнымъ указомъ Сенату отъ 12 — 19-го мая 1858 г., и въ силу этого обнародованія вступили въ силу вездѣ, куда достигли экземпляры Свода ¹⁾. Отсюда слѣдуетъ:

а) Какъ законы, статьи 1 ч. X т. съ примѣчаніями къ нимъ ²⁾ суть вѣчныя русской законодательной власти, которая выше всякой другой власти въ Россіи. Никакихъ и ничьихъ другихъ вѣчныхъ въ 1 ч. X т. нѣтъ и быть не можетъ; въ частности здѣсь нѣтъ ни судебныхъ рѣшеній, ни административныхъ распоряженій. Потому, та или другая статья можетъ быть измѣнена, отмѣнена, замѣнена, убавлена или добавлена только по распоряженію законодательной власти, состоявшемуся письменно и за подписью представителя этой власти ³⁾.

б) Тотъ или другой изъ этихъ законовъ дѣйствуетъ до тѣхъ поръ, пока не прекратенъ; а прекратить его можетъ только новый законъ, т. е. позднѣйшій по времени своего обнародованія ⁴⁾. Ни одна изъ статей 1 ч. X т. изд. 1857 г. не могла быть отмѣнена никакимъ закономъ, обнародованнымъ раньше 19 мая 1858 г.

с) До своего прекращенія каждая статья дѣйствуетъ совершенно

одно замѣчаніе: надежда гр. Сперанскаго (Обзоръ, стр. 111), что «ученое законовѣдѣніе» начнется съ изданіемъ Свода, принято за фактъ поклонниками Свода. Такъ Шимановскій (loc. cit., стр. XXIX), говоритъ: «наука нашего права лишь и пошла по правильному пути своего развитія со времени изданія Свода». Богатство нашей науки права, дѣйствительно, довольно значительно, если опредѣлять его по каталогу Анисимова. Но при иной мѣркѣ во многомъ придется согласиться съ тѣмъ, что высказано еще г. Думашевскимъ, «Наше правовѣдѣніе», Журналъ Министерства Юстиціи, № 1 за 1870 г.

¹⁾ Полное Собр. Зак. (II), № 33140.

²⁾ Шимановскій, стр. XXXVI.

³⁾ Т. I. Св. зак. Законы Основные, ст. 54, 73.

⁴⁾ Тамъ же, ст. 72.

но независимо отъ вѣдѣнія или невѣдѣнія объ ней со стороны кого бы то ни было: невѣдѣніемъ и здѣсь нельзя отговариваться, такъ какъ всѣ статьи 1 ч. X т. суть законы, обнародованные установленнымъ порядкомъ ⁵⁾.

d) Пока дѣйствуетъ, и насколько дѣйствуетъ, каждая статья 1 ч. X т. настаиваетъ на своемъ примѣненіи сама собою, одинаково властвуетъ надъ всѣми «безъ различія званій, чина и пола» ⁶⁾. Такое примѣненіе можетъ быть отстранено въ данномъ случаѣ только законодательной властью, какъ диспенсация, льгота или привилегія, данная въ видѣ сепаратнаго указа ⁷⁾.

Законы 1 ч. X т. суть законы *гражданскіе*. Это тѣ велѣнія законодательной власти, которые *должны бы* опредѣлять отношенія по имуществу и семьѣ одинаково для всѣхъ, отрѣшенно отъ сословныхъ, профессиональныхъ, національныхъ или религіозныхъ различій. Насколько съ такимъ характеромъ явлюся всѣ гражданскіе законы 1 ч. X т. — это вопросъ иной. Но они таковы въ главной ихъ массѣ, а потому распространяются и на лица Царствующаго Дома ⁸⁾, какъ на его членовъ ⁹⁾.

Законы гражданскіе 1 ч. X т. суть законы *Россійской Имперіи*. Но совпадаетъ ли территория ихъ дѣйствія съ территоріей Россійской Имперіи? Нѣтъ; а) предѣлы дѣйствія гражданскихъ законовъ 1 ч. X т. лежатъ внутри предѣловъ Имперіи, гораздо тѣснѣе послѣднихъ. Мало того: б) даже отдѣльные законы, заключенные въ 1 ч. X т., не всѣ имѣютъ одинаковую территорію

⁵⁾ Тамъ же, ст. 62. Отсюда: никто не можетъ отговариваться невѣдѣніемъ ст. 1811 1 ч. X т., гдѣ описаны качества хорошихъ крупъ, хорошаго свѣа. Тоже самое относительно, напр., ст. 1598: никто не можетъ отговариваться невѣдѣніемъ того, съ какой крышей принимаются въ залогъ зданія въ Арзамасѣ, Валдаѣ и т. п. Такова консеквенція, за которую не отвѣчаетъ тотъ, кто ее дѣлаетъ.

⁶⁾ Т. I Св. Зак. Законы Основные. ст. 63.

⁷⁾ Тамъ же, ст. 67.

⁸⁾ Тамъ же, ст. 173 и ст. 196; 1 ч. X. Т. ст. 422.

⁹⁾ Глава Императорскаго Дома, т. е. царствующій императоръ, у насъ есть полное олицетвореніе законодательной власти, и потому стоитъ выше велѣній этой власти, ибо эти велѣнія суть его велѣнія.

дѣйствія. Такимъ образомъ, нужно отличать: а) *общую* территорию дѣйствія 1 ч. X т., какъ *цѣлаго*; б) *частную* территорию дѣйствія той или другой изъ статей 1 ч. X т.

Общая территория 1 ч. X т. тѣснѣе территории русскаго государства; она стѣсняется существованіемъ отдѣльныхъ мѣстностей, для которыхъ существуютъ свои мѣстные законы. По отношенію къ 1 ч. X т. эти отдѣльныя мѣстности находятся въ двойномъ положеніи: однѣ изъ нихъ совершенно недоступны для 1 ч. X т.— таково положеніе Финляндіи, Остзейскаго края и бывшаго царства польскаго. Другія мѣстности, напротивъ, открыты дѣйствію 1 ч. X т., но лишь настолько, насколько это нужно для дополненія *своихъ* мѣстныхъ законовъ той или другой мѣстности. Въ такомъ положеніи находятся Бессарабія и Закавказье ¹⁰⁾. Не трогая въ подробностяхъ вопроса о нашихъ мѣстныхъ законахъ, ограничимся здѣсь лишь двумя замѣчаніями: а) законы отдѣльныхъ мѣстностей, наравнѣ съ гражданскими законами 1 ч. X т., находятся подъ вліяніемъ одной и той же законодательной власти. б) Отмѣняя тотъ или другой законъ мѣстности, для которой законы 1 ч. X т. имѣютъ дополнительное значеніе, законодательная власть тѣмъ самымъ создаетъ *продѣлъ* въ мѣстныхъ законахъ, который, не будучи наполненъ иначе, пополняется соотвѣтствующей статьей или статьями 1 ч. X т. Такому вліянію постепенно подвергаются мѣстные законы Бессарабіи и Закавказья ¹¹⁾.

Частная территория той или другой статьи 1 ч. X т., если она не совпадаетъ съ *общей* территоріей, т. е. если она тѣснѣе, чѣмъ послѣдняя, описана въ редакціи самой статьи. Примѣръ такого рода статей — мѣстные законы губерній Черниговской и Полтавской ¹²⁾. Безъ подобнаго описанія, *частная* территория дѣйствія каждой отдѣльной статьи совпадаетъ съ *общей* территоріей. Кромѣ того, такая статья способна проникнуть въ мѣстность, от-

¹⁰⁾ С. В. Пахманъ, Исторія кодификаціи, т. II, стр. 319 — 485. Сводъ мѣстныхъ узаконеній губерній Остзейскихъ, т. III, Веденіе, ст. XIII, XXI, XXIII, т. II, ч. 2, Св. Зак. Учрежденіе Управл. Бессарабск. Области, ст. 130.

¹¹⁾ Пахманъ, II, стр. 463—479.

¹²⁾ Пахманъ, тамъ же, стр. 453—463.

крытую для дополнительнаго дѣйствія 1 ч. X т. Если назвать *общими* тѣ статьи 1 ч. X т., дѣйствіе которыхъ имѣетъ мѣсто на всемъ пространствѣ общей территоріи 1 ч. X т., то другія статьи нужно будетъ назвать *мѣстными*. Слѣдовательно, 1 ч. X т. есть совокупность законовъ общихъ и мѣстныхъ.

Названіе: гражданскіе законы *Россійской Имперіи*, вызываетъ и другой вопросъ: на пространствѣ своего дѣйствія есть ли это законы всѣхъ русскихъ подданныхъ? Нѣтъ. Этимъ гражданскимъ законамъ 1 ч. X т. не чужда *система* такъ называемыхъ *личныхъ*, точнѣе, *племенныхъ правъ*. Подъ дѣйствіемъ *своихъ* гражданскихъ законовъ оставленъ или поставленъ цѣлый разрядъ подданныхъ Россіи подъ именемъ инородцевъ. Но система племенныхъ правъ проведена не въ чистотѣ, а съ примѣсью территориальнаго начала: племенная особенность опредѣляется не одними только признаками расы, но и мѣстомъ жительства въ данной мѣстности. Такимъ образомъ, подъ дѣйствіе племенныхъ законовъ поставлены не вообще самоѣды, но самоѣды, живущіе въ извѣстныхъ мѣстностяхъ¹³⁾. Какъ сказано, одни изъ инородцевъ поставлены подъ дѣйствіе особенныхъ гражданскихъ законовъ, заключенныхъ въ 1 ч. X т., другіе же выведены совсѣмъ изъ подъ русскихъ гражданскихъ законовъ, предоставлены дѣйствію своихъ обычаевъ (напр. степные законы)¹⁴⁾. Такимъ образомъ оказывается, что 1 ч. X т. заключаетъ въ себѣ не одни только обще-русскіе законы, дѣйствующие на всѣхъ русскихъ подданныхъ, но и законы племенные. Мало того: подданство не есть *conditio sine qua non* для примѣненія къ данному лицу русскихъ гражданскихъ законовъ; подъ ихъ дѣйствіе, какъ будетъ показано ниже, подпадаютъ и чужеземцы, подданные другихъ государствъ¹⁵⁾.

Приведенными сейчасъ соображеніями въ общихъ чертахъ опредѣляются границы дѣйствія гражданск. законовъ 1 ч. X т. со стороны пространства и со стороны лицъ, подлежащихъ этому дѣйствію.

¹³⁾ 1 ч. X т., ст. 2069—2099; ст. 2248—2290. 2 ч. X т., ст. 1360—1430.

¹⁴⁾ С. В. Пахманъ, II, 479—481, 2 ч. X т., напр., ст. 1336, 1351, 1515 и др.

¹⁵⁾ Т. I, Зак. Основн. ст. 63.

Но и внутри этихъ границъ законы 1 ч. X т. находятъ для себя отчасти дополненіе, отчасти отстраненіе въ такъ называемомъ *обычае*. Дополненіе имѣеть мѣсто въ силу закона въ случаяхъ, указанныхъ въ ст. 130 Устава Гражданск. Судопр. Отстраненіе допущено для крестьянъ, очевидно, какъ сословная особенность¹⁶⁾. Отсюда: законы 1 ч. X т., которые отстраняются обычаями, получаютъ сословный характеръ: это законы для всѣхъ другихъ сословій, но не для крестьянскаго. Но сословная особенность и здѣсь не просто-личная, но лично-мѣстная: подъ дѣйствіемъ обычая и внѣ дѣйствія законовъ, отстраняемыхъ этими обычаями, находятся только крестьяне, живущіе въ деревнѣ, и подлежащіе юрисдикціи волостнаго (сословнаго) суда.

Такимъ образомъ, мы видимъ, что внутри границъ своего дѣйствія, границъ, опредѣленныхъ территоріально и со стороны лицъ, гражданскіе законы 1 ч. X т. дѣйствуютъ не исключительно, но въ соперничествѣ съ обычаями, то дополняемые, то отстраняемые послѣдними. Но другаго соперничества гражданскимъ законамъ 1 ч. X т. нѣтъ. Слѣдовательно, то «гражданское право», о которомъ говоритъ ст. 1 Устава Гражд. Судопр., можетъ вытекать или изъ 1 ч. X т., или изъ обычая данной мѣстности, находящейся подъ дѣйствіемъ гражданскихъ законовъ. Изъ этихъ двухъ источниковъ истекаютъ «гражданскія права» въ субъективномъ смыслѣ, т. е. какъ интересы, способные стать *притязаніями*, развиться въ судебный споръ, и получать судебную охрану. Но «гражданскія права» истекаютъ изъ обычая и закона не прямо, а чрезъ совершеніе конкретныхъ фактовъ, которые предусмотрены заранѣе въ законѣ или обычаѣ, какъ предположенія (гипотезы), которыя, сбывшись въ данномъ случаѣ, ведутъ за собой пріобрѣтеніе права, или же его прекращеніе, измѣненіе. Такія

¹⁶⁾ Т. XII, Св. Зак. Уст. о благоустр. въ казен. сел., ст. 116. Полож. о губерн. и увзд. по крест. дѣл. учреж., ст. 31 и 56; Общ. полож. о крест. 19 февр. 1861 г. ст. 21, 38, и въ особенности ст. 107.

опредѣленія различныхъ предположеній, гипотезъ, формулированныя заранѣе, *in abstracto*, какъ совокупность правилъ (нормъ), составляютъ объективное гражданское право. Законъ и обычнѣй — суть источники гражданского права и въ этомъ смыслѣ. Вопросъ объ источникахъ права, составляющій тему отдѣльнаго ученія, долженъ быть разсмотрѣнъ прежде, чѣмъ приступить къ изученію того русскаго гражданского права, которое выражено въ русскихъ гражданскихъ законахъ 1 ч. X т. Это разсмотрѣніе а) выяснитъ тѣ понятія, съ которыми мы уже имѣли дѣло пока предварительно; (законъ, обнародованіе, дѣйствіе и т. п.); б) оно обнаружитъ рядъ другихъ вопросовъ общаго характера, одинаково относящихся ко всякому закону (коллизія, толкованіе, отношеніе суда къ закону и т. п.).

УЧЕНИЕ ОБЪ ИСТОЧНИКАХЪ ПРАВА.

§ 5. Общее понятіе.

Подъ источниками права разумются тѣ формы, въ которыхъ возникаютъ, существуютъ, т. е. дѣйствуютъ, и прекращаются вѣлннй положительнаго права, и внѣ которыхъ такихъ вѣлннй быть не можетъ ¹⁾. На различныхъ ступеняхъ историческаго развитія такія формы бываютъ различны: абстрактная схема источниковъ права, одинаково вѣрная для всѣхъ временъ, мѣстъ и народовъ, не существуетъ и невозможна ²⁾.

Въ Россіи, какъ и вообще въ современныхъ Европейскихъ государствахъ, преобладающимъ органомъ вѣлннй положительнаго права является само государство; а преобладающей, если не единственной, формой этого права можетъ считаться *обнародованная воля государства*, или, что все равно, *законъ*. *Кодификація* въ подлинномъ смыслѣ этого слова выражаетъ собой такую особенность современнаго европейскаго государства ³⁾.

¹⁾ Unger, System, I, § 1; Savigny, System, I, § 6.

²⁾ Dernburg, I, § 15. «Аракчеевъ комически смѣшался, когда митрополитъ Серафимъ принесъ къ нему огромный фоліантъ и все опровергнувъ указаніемъ на соборъ Халкидонскій. Послѣ Аракчеевъ самъ смѣялся своему поражению, говоря: книгою меня доѣхалъ, вся черная, кожаная, съ застежками». Бар. Корфъ, Жизнь графа Сперанскаго, II, стр. 281.

³⁾ «Какъ скоро данный народъ образовалъ государство, его право не можетъ имѣть силы иначе, какъ только въ формѣ закона». Stein, Gegenwart und Zukunft, стр. 68. Что обозначаетъ собой появленіе кодификаціи, тамъ же, стр. 78.

Отъ недавняго прошлаго до сихъ поръ уцѣлѣли слѣды другой первичной и когда то единственной формы положительнаго права, *обычай*. Но въ виду всего строя и стремлений современнаго европейскаго государства, можно сказать безъ погрѣшности, что *обычай, какъ форма положительнаго права*, едва ли на-долго сохранить даже то подчиненное значеніе, какое отведено ему теперь.

До болѣе обстоятельнаго разсмотрѣнія cadaго изъ обоихъ источниковъ въ отдѣльности, согласимая пока на томъ, что для современнаго гражданскаго права, между прочимъ, и для русскаго, есть только два источника: а) законъ: б) *обычай*. Никакое и ничье мнѣніе, никакой философскій или религіозный принципъ, требованіе морали, выводы политической экономіи и даже правила гигиены, не могутъ стать вѣдннми положительнаго права иначе, какъ только принявши одну изъ его формъ, т. е., форму *обычая* или закона ⁴⁾. Но принявши такую форму, правило морали, религіи и т. п., перестаетъ быть таковымъ; его исполненіе или нарушеніе перестанетъ оцѣниваться съ точки зрѣнія, морали или религіи. Никто, напр. не можетъ считаться нравственнымъ человекомъ только потому, что соблюдая полицейскій законъ, не выставляетъ на окнахъ своей квартиры срамныхъ изображеній. Наоборотъ, вѣдніе права можетъ исчезнуть, какъ таковое, т. е., изъ формы закона или обычая превратиться въ правило морали, какъ это бываетъ, напр., при отмѣнѣ законовъ о лихвенныхъ процентахъ.

Отъ источниковъ, какъ формъ положительнаго права данной эпохи, нужно отличать тѣ проявленія, въ которыхъ обнаруживается умственная дѣятельность той же эпохи, направленная на пониманіе современнаго ей права. По цѣли, вызывающей такую дѣятельность, она является въ двухъ формахъ: въ *формѣ науки* и *практики*.

Ни наука, ни практика (судебная и нотаріальная, каутеляр-

⁴⁾ Rösler, Die alte und die neue Nationalökonomie, въ Zeitschrift f. d. Pr. und ö. Recht, Bd. III, Hft. 3, стр. 439, 471, 472. Proudhon, Justice, I, стр. 129. Порталсъ... la raison particulière d'aucun homme ne peut dominer celle d'un autre homme. Il n'y a que la loi, raison publique, qui peut parler à tous.

ная) не суть источники, или формы положительнаго права, а лишь проявленія той умственной дѣятельности, которая направлена на то или другое пониманіе права. Какъ дѣятельность чисто умственная, это пониманіе вполнѣ свободно, чуждо всякой обязательности и давленій внѣшняго авторитета. При устойчивости и неподвижности самаго матеріала, на уразумѣніе котораго оно направляется, это пониманіе измѣнчиво и подвижно, какъ вообще измѣнчивы и подвижны результаты живой, работающей мысли ⁵⁾. Закрѣпленное въ своемъ составѣ и въ своихъ формахъ, положительное право сохраняетъ ту устойчивость, то упорство, которыя такъ необходимы для прочнаго правоваго порядка. Обычаи и законы иногда остаются безъ перемѣны цѣлые вѣка; но ихъ пониманіе въ видѣ науки и практики постоянно движется, развивается, измѣняется, приспосаблиясь къ потребностямъ и возрѣніямъ каждой эпохи. Между прочимъ, римское право есть результатъ такого соотношенія устойчивости, малоподвижности источниковъ права съ оживленнымъ, измѣнчивымъ пониманіемъ ихъ въ формѣ науки и практики ⁶⁾.

Положительное право эпохи прошлой можетъ быть *узнано*: изъ памятниковъ, закрѣпившихъ источники права этой эпохи (сборники законовъ, сборники обычаевъ); изъ памятниковъ, сохранившихъ пониманіе этого права (памятники юридической литературы, сборники судебныхъ рѣшеній, руководства нотаріальной практики), и наконецъ, изъ всевозможныхъ свидѣтельствъ, показаній, сохранившихся въ различныхъ литературныхъ памятникахъ (въ произведеніяхъ лѣтописцевъ, историковъ, поэтовъ и т. п.). Все эти памятники суть источники, но въ какомъ смыслѣ? Это источники, изъ которыхъ мы можемъ добыть свѣдѣнія, справиться о правѣ прошлой эпохи. Они, слѣдовательно, *не источники права, но источники свѣдѣній, справокъ о правѣ*. ⁷⁾.

⁵⁾ Savigny, System, I, Vorrede и § 59.

⁶⁾ Savigny, System, I, §§ 14—15, 19—20.

⁷⁾ Вопросъ о бѣ источникахъ права (Rechtsquellen) крайне запутанъ именно въ нѣмецкой литературѣ, и нисколько не разъясненъ, а развѣ еще больше затемненъ въ брошюрѣ Adickes'a, Zur Lehre von den Rechtsquellen (1872)

І. ЗАКОНЪ.

§ 6. Опреѣленіе закона; его отличительные признаки.

Законъ есть объявленное, приведенное во всеобщую извѣстность, велѣніе государства ¹⁾. Въ этомъ определѣніи есть все, чѣмъ отличается законъ, какъ велѣніе государства, точнѣе, какъ велѣніе во имя государства, отъ всякихъ другихъ велѣній. Нельзя сказать, напр., что «законъ есть правило, исходящее отъ верховной власти, которымъ устанавлиются права» ²⁾. Нельзя сказать такъ, во первыхъ, потому, что въ такомъ определѣніи упущенъ самый важный признакъ закона — моментъ воли; во вторыхъ, потому, что законы не всегда устанавливаютъ, но часто и разрушаютъ права, не говоря уже о тѣхъ законахъ, которые никакихъ правъ не устанавливаютъ и не разрушаютъ, а, напр., только разъясняютъ другіе законы.

Законъ есть велѣніе государства, т. е., во имя государства. Чья воля и при какихъ условіяхъ можетъ творить велѣнія во имя государства, т. е., кто въ правѣ проявлять подобныя велѣнія и на чемъ основано такое право, — это зависитъ отъ того,

Стремленіе имѣть единое право для всей Германіи, при отсутствіи до послѣдняго времени главнаго условія для такого единства — единой законодательной власти, привело не только къ господству чужеземнаго (римскаго) права, но къ возведенію литературы и практики на степень источниковъ права. Отсюда: рядомъ съ *Gewohnheitsrecht* и *Gesetzrecht*, — такъ называемое *Juristenrecht*, которое чуть не каждый писатель опредѣляетъ и понимаетъ по-своему. Такъ, напр., Gengler насчитываетъ слѣдующіе *Rechtsquellen*: законы, автономическіе статуты, обычаи, судебныя рѣшенія и научныя догмы; Gengler, d. D. *Privatrecht*, § 11. Windscheid, I, § 1; Savigny, I, §§ 19—20. Thöl, *Einleitung*, §§ 54—55. Даже Унгеръ и Ферстеръ, имѣющіе дѣло съ кодексомъ, не могутъ остановиться на законѣ и обычаѣ. Тому и другому нужно еще *Juristenrecht*, подъ которымъ они разумѣютъ науку и практику. Вѣрнѣе смотритъ на дѣло Stobbe, *Handbuch*, I, §§ 24—25; еще раньше, Kierulff, *Theorie des gemeinen Civilrechts*, § 4. Для французскаго юриста, имѣющаго дѣло съ *Lois* отдѣльными или въ составѣ *Code Civil*, такая путаница невозможна, не смотря на весь авторитетъ доктрины и практики.

¹⁾ Windscheid, I, § 14; Stobbe, *Handbuch*, I, § 18; Unger, I, § 2; Savigny, I, § 13. Laurent, I, стр. 50.

²⁾ Мейеръ, ч. 1. § 7; Проѣсс. Градовскій, Начала, т. I. стр. 11—12.

на комъ, по устройству даннаго государства, сосредоточено государственное самодержавіе, кто его органъ и субъектъ. Этотъ субъектъ можетъ быть или единоличенъ или коллективенъ; при коллективности могутъ имѣть мѣсто большая или меньшая сложность, такое или иное соотношеніе составныхъ факторовъ коллективнаго обнаруженія государственной воли. Но при всякомъ государственномъ устройствѣ, могущество закона, какъ велѣнія государственной воли, какъ акта государственнаго самодержавія, всегда одно и тоже, т. е. всегда одинаково безгранично ³⁾.

Тѣмъ не менѣ различіе государственнаго устройства не остается безъ вліянія на законъ съ другой стороны. При коллективности въ устройствѣ субъекта самодержавія, формальные признаки закона выступаютъ въ такой отчетливости и наглядности, что само собой дается формальное отличіе закона отъ административнаго распоряженія: административное распоряженіе и законъ исходятъ совершенно отъ различныхъ властей и возникаютъ совсѣмъ иными способами. Но когда органъ государственнаго самодержавія единоличенъ, когда въ немъ стекаются всѣ функціи государственной воли, какъ это бываетъ въ монархіи неограниченной; тогда нѣтъ никакихъ надежныхъ формальныхъ признаковъ, которые отличали бы законъ отъ административнаго распоряженія въ тѣхъ случаяхъ, когда такое распоряженіе исходитъ непосредственно отъ главы государственной власти. Нѣтъ такихъ признаковъ потому, что нѣтъ неизмѣннаго процесса, въ котораго не могъ бы состояться законъ. Да наконецъ, если бы различіе здѣсь и было найдено, то врядъ ли оно можетъ имѣть особенно важное значеніе ⁴⁾.

³⁾ Указавши на это въ своемъ Handbuch, II, § 5, Wächter далѣе замѣчаетъ: *Meines Wissens läugnet man das nicht für absolute Staaten: aber ebenso wenig sollte man es für constitutionelle läugnen. Gerade diese grosse Gewalt des Gesetzes macht die Schranke, welche der Regierung bei der Ausübung der Gesetzgebungsgewalt in constitutionellen Staaten gesetzt, doppelt wichtig.* Ср., что говорить, напр., о всемогуществѣ англійскаго парламента Стивенъ, Commentaries, I (6 edit), стр. 31.

⁴⁾ Wächter, Handbuch, II, § 5. Unger, I, § 2; Förster, I, § 9. Найти разницу между административнымъ распоряженіемъ и закономъ попытался

Мало того: можно сказать, что въ неограниченной монархіи нѣтъ вообще опредѣленныхъ формальныхъ признаковъ закона; такъ какъ печать такихъ признаковъ налагается на законъ лишь въ процессѣ его возникновенія. Но именно такого процесса, одноподобнаго, постолннаго, въ неограниченной монархіи нѣтъ и быть не можетъ: проявленія государственной воли — здѣсь только случаи проявленія индивидуальной воли монарха. Такого процесса нельзя видѣть въ тѣхъ статьяхъ русскихъ Основныхъ Законовъ, въ которыхъ говорится о составленіи, поясненіи и дополненіи законовъ, о формѣ и храненіи ихъ ⁵⁾. Здѣсь описанъ лишь обыкновенный порядокъ дѣлопроизводства, который, вѣроятно, чаще соблюдается, чѣмъ не соблюдается при поднесеніи проектовъ законовъ на Высочайшее благоусмотрѣніе ⁶⁾. Но это еще не значитъ, будто государственный совѣтъ есть необходимый участникъ въ законодательной власти, и что «ни одинъ законъ и никакая отлѣна закона стараго во всемъ его объемѣ не могутъ быть представлены на Высочайшее утвержденіе иначе, какъ чрезъ государственный совѣтъ»: такое утвержденіе было бы *санкціей* вотированнаго закона, чего въ Россіи нѣтъ. Въ самомъ дѣлѣ, «выраженіе самодержавный означаетъ, что русской Императоръ не раздѣляетъ своихъ верховныхъ правъ ни съ какимъ установленіемъ въ государствѣ», а «название неограниченный показываетъ, что воля Императора не стѣснена извѣстными юридическими нормами, поставленными выше его власти» ⁷⁾.

профессоръ Градовскій въ I т. Сборника государств. знаний и въ Началахъ государственнаго права, т. I, § 10.

⁵⁾ Т. I Св. Зак., Законы Основн. ст. 49 — 56.

⁶⁾ Тамъ же, ст. 49; такъ уже Мейеръ, 4 изд., стр. 21. Описаніе этого порядка у професс. Градовскаго, Начала, I, стр. 19—32.

⁷⁾ Выдержки сдѣланы изъ Началъ государств. пр. професс. Градовскаго, I, стр. 2, 3, 29. Такъ было и тогда, когда, по первому учрежденію Государственнаго Совѣта 1810 г., употреблялась формула: «внѣвъ мѣнцію Государственнаго Совѣта, постановляемъ или учреждаемъ»; это не была санкція. Судьбу этой формулы см. у професс. Градовскаго, I, стр. 31, примѣч. 66. Подобная формула ничему не мѣшала въ Австріи до 1867 г., Unger, I, § 2. Kirchstetter, Commentar, I, стр. 12 (2 изд.). Сперанскій, Руководство къ познанію законовъ, § 32, прямо говоритъ: «всякое повелѣніе верховной власти должно быть исполняемо, какъ законъ».

И такъ, законъ есть всякое обнаруженіе личной воли Императора, какъ скоро Императору угодно придать этому обнаруженію значеніе воли государственной. Но изъ чего можно заключить, что въ данномъ случаѣ придано такое значеніе? Основаніемъ заключенія будетъ то обстоятельство, что воля Императора имъ выражена предъ кѣмъ нибудь, или сообщена имъ самимъ кому нибудь изъ органовъ государственнаго управленія для дальнѣйшаго распространенія къ исполненію. Такимъ посредникомъ, вѣстникомъ, можетъ быть избрано то или другое лицо, или учрежденіе, и примѣчаніе къ статьѣ 55 Основныхъ Законовъ указываетъ лишь на признаки, по которымъ, при отсутствіи другихъ признаковъ, всѣ должны вѣрить въ правдивость такого вѣстника, передающаго выраженную предъ нимъ волю Императора. Мало того, признаки, указанные въ примѣчаніи 1 къ ст. 55, сами по себѣ не должны считаться достаточными въ случаяхъ, о которыхъ говоритъ ст. 66 тѣхъ же Основныхъ Законовъ. Но это еще не все: по ст. 54 основныхъ законовъ можно бы заключить, что письменность есть необходимая форма всякаго закона; но изъ ст. 55 тѣхъ же законовъ видно, что, назвавшись дополненіемъ или изъясненіемъ закона, новый законъ можетъ явиться и безъ собственноручнаго подписанія. Да наконецъ и самое это подписаніе — лишь руководящій признакъ, безъ котораго, и при отсутствіи другихъ признаковъ, нельзя заключать, что законъ дѣйствительно состоялся.

Не безъ связи со всѣмъ сказаннымъ сейчасъ, между прочимъ, находится и то обстоятельство, что самое выраженіе «законъ» у насъ до сихъ поръ не обобщено, не стало единственнымъ, исключительнымъ терминомъ, обозначающимъ всякій актъ законодательной власти. Оно замѣняется различными конкретными выраженіями, обозначающими чисто случайныя различія въ редакціи, въ изложеніи закона. «Законы издаются въ видѣ уложений, уставовъ, учрежденій, грамотъ, положеній, наказовъ (инструкцій), манифестовъ, указовъ, мнѣній государственнаго совѣта и докладовъ, удостоенныхъ Высочайшаго утвержденія»⁸⁾.

⁸⁾ Т. I, Св. Зак. Законы Основн. ст. 54. Объясненіе этихъ выраженій у Сперанскаго. Руководство къ повненію законовъ, §§ 136 — 138; Процессуальный, Начала, I, стр. 46—49.

Отличительные признаки закона выражены въ его опредѣленіи.

1) Законъ есть воля государства, т. е. велѣніе того субъекта, на которомъ сосредоточено государственное самодержавіе, или, что все равно, верховная власть⁹⁾. Ничья и никакая другая воля не можетъ считаться волею государства, и слѣдовательно, не можетъ претендовать на значеніе закона. *Могущество закона безгранично, но безгранично только могущество закона.* Потому:

а) Органы функций власти исполнительной и судебной дѣйствуютъ уже во имя закона; для дѣйствій первой власти, для административныхъ распоряженій, и для дѣйствій власти судебной — для судебныхъ рѣшеній, единственное оправданіе — законъ, а цѣль — необходимость исполненія закона. Конечно, когда то или другое дѣйствіе исходитъ непосредственно отъ главы государства, оно не нуждается въ оправданіи закона и не зависитъ отъ необходимости исполненія закона. Но если случайно такое распоряженіе является только исполненіемъ существующаго закона, оно по своему содержанію будетъ или административнымъ распоряженіемъ или судебнымъ рѣшеніемъ.

б) Не законы — постановленія различныхъ органовъ мѣстнаго самоуправленія, какъ то: дворянскихъ обществъ, земскихъ собраній, городскихъ думъ, мірскихъ сходовъ и т. п. Эти такъ называемые *statuta legalia* ни у насъ и нигдѣ теперь не имѣютъ того характера, какой придавала имъ система средневѣковой автономіи, какъ формы мѣстнаго законодательства. Теперь такія *statuta legalia* ничто иное, какъ тѣже административныя распоряженія, опредѣленные въ своемъ предметѣ и содержаніи такимъ или инымъ оправдывающимъ ихъ закономъ¹⁰⁾.

в) Не законы — такъ называемыя *statuta conventionalia* уставы разныхъ договорныхъ обществъ и товариществъ; не законы они потому, что ихъ договорная сила непремѣнно опирается на законъ. Не становятся закономъ и тѣ изъ нихъ, которымъ иногда

⁹⁾ Т. I, Св. Зак. Основн. ст. 47, 51, 55, 77—78.

¹⁰⁾ Stobbe, I, § 19; Wächter, II, § 11.

нужно бываетъ правительственное разрѣшеніе, хотя бы и въ формѣ Высочайшаго утвержденія устава ¹¹⁾). Въ данномъ случаѣ правительственное разрѣшеніе можетъ сопровождаться соглашеніемъ между правительствомъ и товариществомъ въ видѣ концессіи перваго второму; но такая концессія точно также не есть законъ. Отсюда: толкованіе судомъ такихъ *statuta conventionalia* и сопровождающихъ ихъ концессій есть толкованіе договора, а не толкованіе закона, т. е., толкованіе по ст. 1539, 1 ч. X т., и какъ таковое, не должно подлежать повѣркѣ Кассационнаго Департамента Правительствующаго Сената, по ст. 5 Учрежд. суд. уст. ¹²⁾).

д) Не законы — распоряженія частныхъ лицъ, какъ одностороннія, такъ и договорныя. Какъ дѣйствія, эти распоряженія суть только юридическіе факты, имѣющіе такую или иную силу во имя закона, признавашаго такіе факты заранѣе, *in abstracto*, опредѣлившаго признаки и послѣдствія подобныхъ фактовъ. Но частныя лица ни для себя, ни между собой, ни для другихъ никакихъ законовъ не постановляютъ ¹³⁾). Потому, въ частности, не законъ даже то завѣщаніе, которое, чрезъ утвержденіе его Верховной Властью, становится учредительнымъ актомъ заповѣднаго имѣнія ¹⁴⁾), какъ не законъ и завѣщанія членовъ Императорскаго Дома ¹⁵⁾).

е) Если распоряженія частныхъ лицъ суть только юридическіе факты, а не законы; то и наоборотъ: законъ никогда не бываетъ въ роли подобнаго факта, и въ частности, никогда не бы-

¹¹⁾ Какъ, напр., нужно такое утвержденіе для устава акціонерной компаніи, ст., 1131 1 ч. X т.

¹²⁾ Противорѣчіе этого положенія съ возрѣніемъ нашей практики слишкомъ извѣстно. См. А. Думашевскій, Системат. Сводъ, т. II, изд. 2-е, стр. 44.

¹³⁾ Это замѣчаніе направлено противъ одного изъ недоразумѣній въ ученіи объ источникахъ права. Недоразумѣніе проникло изъ доктрины даже въ статьи кодексовъ, напр. въ франц. кодексъ, art. 1134; австр. гражд. кодексъ, §§ 317, 424 и др. Т. XI Св. Зак. ч. II, Уст. торг. ст. 762. — Wächter, II, § 40; Savigny, I, стр. 12, 108 — 109. Unger, I, стр. 24 — 25. Stobbe, I, § 19.

¹⁴⁾ Т. X. Св. Зак. гражд. ч. 1, ст. 395, 467.

¹⁵⁾ Т. I, Св. Зак., Законы Основн. ст. 188.

ваетъ способомъ приобретѣнія или прекращенія правъ ¹⁶⁾. Распоряженіе Верховной Власти, которымъ создается для кого нибудь право, напр., пожалованіе, привилегія, не есть законъ; оно и не претендуетъ на характеръ закона ¹⁷⁾.

2) Законъ есть *воля государства*. Это значитъ, что государство никого не убѣждаетъ, не поучаетъ, не наставляетъ. «Законъ долженъ повелѣвать, а не совѣтовать», выразился Государственный Совѣтъ еще въ 1810 г. ¹⁸⁾. Отсюда: мотивы закона, указанія на цѣли законодателя, на поводы, вызвавшіе законъ, не должны попадать въ изложеніе закона, какъ велѣнія государственной воли, выраженной въ словѣ, закрѣпленной въ текстѣ закона. Тѣмъ болѣе они внѣ содержанія закона, когда даже не попали въ его текстъ, и какъ это обыкновенно бываетъ, даже не принадлежать самому законодателю. Этимъ, конечно, не предрѣшается вопросъ о значеніи мотивовъ закона для его интерпретаціи.

3) Законъ не *есть* только воля государства, но *воля приведенная въ общую извѣстность*, воля объявленная, или, выражаясь терминологіей нашего законодательства, *воля обнародованная* ¹⁹⁾, и притомъ обнародованная «въ установленномъ, надлежащемъ порядкѣ» ²⁰⁾; распоряженіе Верховной Власти, не обнародованное надлежащимъ порядкомъ, не имѣетъ силы закона ²¹⁾. Такимъ образомъ, *обнародованіе* закона начинается *существованіе* закона (Gültigkeit); *лишь послѣ него и въ силу его законъ* начинается существовать. *Обнародованность* закона есть существенный признакъ, существенный моментъ, отъ котораго зависитъ

¹⁶⁾ Это другое недоразумѣніе въ ученіи объ источникахъ права; его повторилъ, вслѣдъ за другими, Неволинъ, Полн. Собр. соч., т. IV, стр. 38.

¹⁷⁾ Т. I Св. зак. Законы Основн. ст. 67.

¹⁸⁾ Архивъ Госуд. Совѣта, т. IV, ч. I, стр. 12. Dernburg, I, § 17: der modernen Ansicht nach der Gesetzgeber hat zu befehlen, nicht zu belehren. Уже Модестинъ отгвнилъ въ законѣ моментъ воли, Dig. I. l. I. Португисъ говоритъ: Les lois sont des volontés; Loaré, Législation, I, стр. 329. Cp. Wachter, II, стр. 4.

¹⁹⁾ Т. I Св. зак. Зак. Основн., ст. 57; 70, 71.

²⁰⁾ Тамъ же, ст. 59, 62, 63.

²¹⁾ Тамъ же, ст. 62.

дѣйствіе закона (*Wirksamkeit*) ²²⁾. Обнародованіе, слѣдовательно, важно какъ само по себѣ, такъ и потому, что сообщаетъ закону признакъ, необходимый для дѣйствія послѣдняго. До обнародованія законъ не существуетъ, какъ законъ; онъ состоялся, онъ родился, но не закричалъ; и, быть можетъ, онъ окажется мертворожденнымъ, какъ это нерѣдко бываетъ съ законами ²³⁾.

§ 7. Обнародованіе закона.

Обнародованіе закона (публикація) есть приведеніе закона въ такое положеніе, въ которомъ текстъ его можетъ считаться общедоступнымъ, становится предметомъ всеобщаго свѣдѣнія, т. е. можетъ быть узнанъ каждымъ ¹⁾. Такое положеніе наступаетъ для закона не отъ простаго разглашенія о томъ, что онъ состоялся; но отъ обнародованія въ «надлежащемъ, установленномъ порядкѣ». До я безъ такого обнародованія, чей бы то ни было вѣдомъ о состоявшемся новомъ законѣ не подчиняетъ освѣдомленнаго новому закону, ибо таковаго до обнародованія не существуетъ.

Каковъ же тотъ «надлежащій, установленный порядокъ», въ которомъ должно произойти обнародованіе закона? Этотъ порядокъ можетъ быть различенъ; но здѣсь главнымъ образомъ будетъ разсмотрѣнъ порядокъ, имѣющій мѣсто въ Россіи.

Для того, чтобы законъ сталъ обнародованнымъ въ надлежащемъ, установленномъ порядкѣ, его обнародованіе должно совершиться

²²⁾ Unger, I, § 3.

²³⁾ Въ ст. 59 Основн. Зак. выставлено лишь первое значеніе обнародованія; но второе значеніе обнародованія вытекаетъ, напр. изъ ст. 67.—Фр. кодексъ въ art. 1 выставляетъ второе значеніе, но связываетъ его съ промугацией (*en vertu de la promulgation*). — Laurent, I, стр. 61; Wächter, II, 6. Dernburg, I, § 18. Мейеръ, ч. 1. § 9, видитъ въ обнародованіи лишь то, что видитъ въ немъ и ст. 59, какъ и профессоръ Градовскій, Начала, I, § 26. Stobbe, I, § 18: Ein Gesetz erhält erst durch seine Publication Gesetzeskraft; ein nicht veröffentlichtes Gesetz ist ebenso ohne Kraft und Bedeutung, wie ein nicht zu erkennen gegebener Wille.

¹⁾ Т. I. Св. Зак. Законы Основные, ст. 57. Unger, I, § 3. Acolas, I, стр. 4: La publication est le moyen employé pour passer la loi à la connaissance des citoyens et des autorités.

не иначе, какъ по волѣ на это законодателя. Такая воля иногда закрыта, не выступаетъ отдѣльно: такъ бываетъ при «собственноручномъ подписаніи» закона ²⁾; но иногда она выступаетъ отдѣльно, въ видѣ указа Сенату — обнародовать законъ ³⁾. Безъ такой воли законодателя, не можетъ быть обнародованія въ надлежащемъ порядкѣ, ибо надлежащее обнародованіе должно быть лишь исполненіемъ такой воли. Самое обнародованіе состоитъ изъ двухъ дѣйствій: изъ размноженія текста чрезъ печатный станокъ, и затѣмъ, изъ разсылки экземпляровъ отпечатаннаго текста: то и другое возложено на Правительствующій Сенатъ ⁴⁾. Размноженіе чрезъ печатный станокъ есть копированіе текста закона, который, слѣдовательно, до этого долженъ оказаться въ письменной формѣ, какъ въ своемъ оригиналѣ. Такимъ оригиналомъ будетъ или тотъ списокъ, въ которомъ законъ подписанъ (состоялся), или тотъ списокъ, въ которомъ онъ впервые изложенъ вѣстникомъ, выслушавшимъ законъ въ видѣ словеснаго повелѣнія.

Оригиналъ закона представляется въ Сенатъ, гдѣ онъ слушается въ общемъ собраніи Сената ⁵⁾. Послѣ такого заслушанія, законъ для Сената обнародованъ ⁶⁾; онъ подлежитъ исполненію со стороны Сената, какому? — воспроизвести текстъ закона чрезъ печать и размножить его въ экземплярахъ. Оригиналъ закона поступаетъ въ сенатскій архивъ для храненія ⁷⁾; а печатные экземпляры, въ сопровожденіи съ Сенатскимъ указомъ (для Синода — съ вѣдѣніемъ, иначе — для Государств. Совѣта), рассылаются въ другія учрежденія и мѣста, въ томъ числѣ во II Отдѣленіе соб. Е. И. В. Канцеляріи, и въ Главное Управление по дѣламъ печати, при которомъ находится редакція Правительственнаго Вѣстника. Разсылка изъ Сената не идетъ далѣе губернскихъ правле-

²⁾ Т. I, Св. Зак., Законы Основные, ст. 54.

³⁾ Таковъ, напр., Указъ 20 ноября 1864.

⁴⁾ Основные Законы, ст. 59; Учрежд. Прав. Сената, ст. 9.

⁵⁾ Т. I, Св. Зак. Учрежд. Правит. Сената ст. 20.

⁶⁾ Т. I, Св. Зак. Законы Основн., ст. 59.

⁷⁾ Тамъ же, ст. 56; Учрежд. Сената, ст. 28, 79, 210, 492—493, 496—497.

ной и равныхъ имъ учреждений, гдѣ, по распоряженію вице-губернатора, законъ перепечатывается въ Губернскихъ Вѣдомостяхъ, полученіе которыхъ обязательно для полицейскихъ управленій⁸⁾.

Предположимъ теперь, что новый законъ представленъ въ Сенатъ и заслушанъ тамъ 1-го сентября 1877 г. Для Сената этотъ новый законъ обнародованъ 1-го сентября 1877 г., и съ этого дня, по ст. 59 Основныхъ Законовъ, подлежитъ исполненію прежде всего по обнародованію этого закона въ видѣ размноженія экземпляровъ для разсылки въ другія мѣста. Въ различныя центральныя учрежденія, находящіяся въ Петербургѣ, экземпляры закона будутъ разосланы изъ Сената: навѣрное они будутъ получены не въ одинъ и тотъ же день въ различныхъ учрежденияхъ. Но кромѣ центральныхъ, есть еще губернскія учрежденія въ Петербургѣ и въ другихъ губернскихъ городахъ Россіи; а затѣмъ, начинается рядъ полицейскихъ управленій. Для каждаго изъ губернскихъ правленій и полицейскихъ управленій день, о которомъ говоритъ ст. 59 Основн. Законовъ, далеко не одинъ и тотъ же.

Таковъ у насъ тотъ «надлежащій порядокъ», въ которомъ законъ долженъ быть обнародованъ⁹⁾. Очевидно: а) при такомъ порядкѣ для различныхъ мѣстностей территоріи новаго закона, его обнародованность наступаетъ въ различные моменты времени. б). Нѣтъ никакой опредѣленности и точности въ наступленіи этихъ моментовъ и даже нѣтъ гарантіи въ томъ, что наступленіе это непременно произойдетъ. в) Основная мысль этого порядка вотъ въ чемъ: достаточно ловести законъ до свѣдѣнія административныхъ

⁸⁾ Правила въ замѣну ст. 472 — 431 Учрежд. Правит. Сената по продолж. 1868 г.; Учрежд. правит. Сената, ст. 216 — 222; Основные Зак. ст. 57 и 58. Учрежд. Прав. Сенат. ст. 202, 204 и приложение къ нимъ по продолженію 1869 г. ст. 215; приложен. къ ст. 274, примѣч. § 4 по продолженію 1869 г.; Временныя правила о преобразованіи губерн. правленій, прилож. къ ст. 716, 1 ч. т. II Св. Зак. по продолжен. 1869 г.

⁹⁾ Въ исключительныхъ случаяхъ имѣютъ мѣсто другіе, болѣе торжественные способы обнародованія, напр., прочтеніе закона въ церквяхъ. Т. II. Св. Зак. ч. 1, ст. 716, п. 1.

и судебныхъ учреждений и только. Но тогда это собственно не есть обнародованіе закона во всеобщее свѣдѣніе, а скорѣе увѣдомленіе отдѣльныхъ органовъ администраціи и суда, что состоялось новое узаконеніе, которымъ и предписывается руководствоваться на будущее время.

«Надлежащій порядокъ» обнародованія закона дополняется еще способами разглашенія, которые устроены самимъ правительствомъ. Такъ съ 1863 г. выходитъ Собраніе узаконеній и распоряженій Правительства, какъ прибавленіе къ Сенатскимъ Вѣдомостямъ; съ 1869 г. выходитъ Правительственный Вѣстникъ. Первое изданіе выходитъ по мѣрѣ надобности; Правительственный Вѣстникъ — газета ежедневная, кромѣ праздничныхъ и воскресныхъ дней ¹⁰⁾. Оба изданія назначены, между прочимъ, для официальнаго разглашенія законовъ. Но рядомъ съ официальнымъ разглашеніемъ идетъ частное разглашеніе чрезъ перепечатку закона въ другихъ періодическихъ изданіяхъ, и такая перепечатка обыкновенно производится изъ Правительственнаго Вѣстника, а не изъ Собранія узаконеній. Спрашивается теперь, Одесская Судебная Палата можетъ ли начать примѣненіе новаго закона, текстъ котораго уже полученъ на столбцахъ Правительственнаго Вѣстника, но еще не сообщенъ при указѣ изъ Правительствующаго Сената? Нѣтъ, ибо это противорѣчило бы ст. 57 Основныхъ Законовъ съ примѣч. Появленіе текста закона на столбцахъ Правительственнаго Вѣстника или другаго періодическаго изданія не сообщаетъ закону признака обнародованности въ надлежащемъ порядкѣ.

Еще больше встрѣтится сомнѣній и недоразумѣній, если къ русскому «надлежащему порядку» обнародованія мы предъявимъ другой вопросъ: съ какого момента начинается обнародованность закона для частныхъ лицъ? Съ какого момента, слѣдовательно, для нихъ начинается дѣйствовать правило, что невѣдѣніемъ закона никто не можетъ отговариваться, и съ какого момента для нихъ можетъ имѣть примѣненіе новый законъ, не оказывая об-

¹⁰⁾ Т. I. Св. Зак., Учрежд. Правит. Сената, ст. 26 по продолж. 1869 г. Приложение къ ст. 472 по продолж. 1863 г.; приложение къ той же статьѣ по продолжен. 1869 г.

ратнаго дѣйствія? ¹¹⁾ Этотъ вопросъ предъявляется здѣсь, безъ всякой, конечно, надежды на полученіе отвѣта; такъ какъ, согласно сказанному выше, на подобный вопросъ вовсе и не рассчитанъ русскій «надлежащій порядокъ» обнародованія законовъ. Рядъ частныхъ вопросовъ, на которые разлагается предъявленный сейчасъ вопросъ, и которые остаются безъ отвѣта, лучше всего критикуетъ «надлежащій порядокъ». Такъ образ.: а) что считать обнародованіемъ закона для частнаго лица? Заслушаніе ли закона въ мѣстномъ губернскомъ правленіи, или полученіе его экземпляра въ мѣстномъ полицейскомъ управленіи? б) Если да, то для кого обнародованъ законъ, обнародованный въ мѣстномъ губернскомъ правленіи или въ мѣстномъ полицейскомъ управленіи? Для тѣхъ ли только, кто имѣетъ мѣсто жительства въ данной губерніи или въ данномъ уѣздѣ, или же для тѣхъ только, кто находится тамъ въ это время случайно, но фактически (пробываетъ)? с) Или, быть можетъ, для частныхъ лицъ должны имѣть значеніе дополнительные способы разглашенія, устроенные самимъ правительствомъ; такъ что, слѣдовательно, моментъ обнародованности новаго закона наступаетъ въ день полученія № Правительственнаго Вѣстника или № Собранія Узаконеній? Но тогда самъ собой возникаетъ вопросъ: d) гдѣ долженъ быть полученъ этотъ №? — въ губернскомъ ли городѣ, или въ уѣздномъ? и кѣмъ полученъ? А потомъ, — e) какимъ образомъ впоследствии, въ случаѣ спора, можетъ быть приведенъ въ извѣстность день такого полученія? Въмѣсто отвѣтовъ на все эти (какъ и другіе) вопросы, которые могутъ быть предъявлены, здѣсь можетъ быть высказано развѣ скромное желаніе, чтобы наконецъ было выполнено одно изъ коренныхъ условій господства закона, — устройство такого порядка обнародованія законовъ, при которомъ моментъ обнародованности закона оказывается вѣ сомнѣній и недоумѣній ¹²⁾.

¹¹⁾ Т. I, Св. Зак. Законы Основные ст. 60, 62.

¹²⁾ Не съ порядкомъ обнародованія, а съ русскимъ порядкомъ составленія законовъ находится въ связи ст. 75 Основн. Зак., изъ которой выводится «право представленія» о неудобствахъ новаго закона, професс. Градовскій, I, стр. 35.

Есть два других порядка обнародованія законовъ, употребительные теперь въ Европѣ. Оба они сходны въ томъ, что при томъ и другомъ — обнародованіе закона есть его появленіе въ свѣтъ въ № официального сборника, назначеннаго для такой цѣли. Но оба порядка различаются въ томъ, что по одному и другому неодинаково наступаетъ моментъ, съ котораго начинается обнародованность, а съ ней и дѣйствіе закона. Такъ при одномъ (германскомъ) порядкѣ, теперь наиболѣе распространенномъ, обнародованность закона наступаетъ въ одинъ и тотъ же моментъ на всей территоріи его дѣйствія, и наступаетъ сама собой послѣ истеченія извѣстнаго промежутка времени (10, 14, 15, 45 дней) со дня выхода въ свѣтъ того № официального сборника, который заключаетъ въ себѣ текстъ закона. День выхода № сборника начинается собой сказанный промежутокъ времени, — но день выхода гдѣ? Въ столицѣ, точнѣе, въ мѣстѣ пребыванія центрального правительства. При другомъ порядкѣ (французскомъ) обнародованность наступаетъ не сразу на всей территоріи предстоящаго дѣйствія новаго закона, а постепенно, въ различные дни для различныхъ мѣстностей территоріи (департаментовъ), смотря по разстоянію каждой мѣстности отъ резиденціи правительства, или вообще отъ того мѣста, гдѣ впервые появился въ свѣтъ № официального сборника съ текстомъ закона. При этомъ порядкѣ обнародованность закона идетъ поступательно, отъ центра къ периферіи ¹³⁾. Оба порядка, гдѣ они введены, замѣнили собой обнародованіе закона чрезъ разсылку его текста и чрезъ другіе способы разглашенія (прочтеніе въ церквахъ, на площа-

¹³⁾ Stobbe, I, § 18, Förster, I, § 9. Dernburg, I, § 18; Siebenhaar, § 14. Относительно французскаго порядка въ текстѣ имѣлся въ виду art. 1, Code civil. Этотъ порядокъ подвергся значительнымъ измѣненіямъ, особенно съ 1870 г., по декрету 5 ноября, изданному Правительствомъ національной обороны. Вслѣдствіе этихъ измѣненій французскій порядокъ значительно приблизился къ первому порядку, дѣйствующему въ Австріи, Германіи, Италіи, Бельгіи, болѣе удобному и простому, недопускающему разныхъ казуистическихъ контрроверзъ; см. Demolombe, I, §§ 24—32. Valette, Cours, I стр. 23—24; Mourlon, I, §§ 50—64.

дахъ съ барабаннымъ боемъ, съ балконовъ ратушь и т. п.) ¹⁴⁾.

Обнародованіе закона сообщаетъ ему признакъ обнародованности, т. е. способность дѣйствовать. Эту способность законъ получаетъ лишь только чрезъ обнародованіе, слѣдовательно, никакъ не прежде ¹⁵⁾. Способность закона дѣйствовать обыкновенно обнаруживается, какъ скоро она на-лицо, т. е., какъ скоро законъ обнародованъ. Но это лишь *quod plerumque fit*. Способность закона дѣйствовать можетъ быть задержана въ ея обнаруженіи: дѣятельность закона иногда бываетъ отдалена на большій или меньшій промежутокъ времени, въ теченіи котораго законъ находится *въ выжиданіи* (*vacatio legis*) ¹⁶⁾, и начнетъ дѣйствовать лишь тогда, когда окончится время выжиданія. Это время можетъ быть опредѣлено или положительнымъ періодомъ времени, (на годъ, до 1 января 1878 г.), или можетъ быть оставлено безъ ближайшаго опредѣленія, какъ въ вопросѣ исполне-

¹⁴⁾ Stobbe, I § 18, Laurent, I, стр. 58, Arntz, I, стр. 8. Обнародованіе чрезъ разсылку оцѣнено у Loqué, Législation, I; стр. 466 — 476, 517 — 549. Портались говорить, что при этомъ порядкѣ l'exécution de la loi dependait trop du fait arbitraire de l'homme; (ibid, 476); тогда какъ порядокъ чрезъ истечение промежутка времени rend à la loi toute la dignité et toute sa force; elle sera indépendante dans sa marche; elle ne rencontrera plus les intérêts et les passions, такъ какъ здѣсь, ce n'est pas l'homme, c'est la loi seule qui régle le moment de l'exécution, Boulay, ibid, стр. 519. Et il ne faut pas que la loi soit abandonnée au caprice des hommes. Image de l'ordre éternel, elle doit pour ainsi dire se suffire à elle-même. (ibid. стр. 302).—У насъ введеніе такого порядка обнародованія законовъ уже напередъ облегчено изданіемъ Собранія узаконеній и распоряженій правительства. Но ввести такой порядокъ въ его чистомъ видѣ едва ли удобно, по громадности разстояній отдѣльныхъ мѣстностей отъ Петербурга и неодинаковости въ быстротѣ сообщенія для отдѣльныхъ частей территоріи. Промежутокъ времени, съ истеченіемъ котораго должна наступать обнародованность, рассчитанный на европейскую Россію, будетъ недостаточенъ, напр., для Сибири и Кавказа. Съ другой стороны, тотъ же промежутокъ времени, рассчитанный на Сибирь, окажется слишкомъ длиннымъ для Европейской Россіи. Пришлось бы раздѣлить территорію на отдѣльные пояса съ различнымъ для каждаго пояса промежуткомъ времени.

¹⁵⁾ Т. I Св. Зак. Законы Основные, ст 59.

¹⁶⁾ Такъ Сводъ зак. изд. 1832 г. обнародованъ 31 января 1833 г., но вступилъ въ силу съ 1 января 1835 г.; выжиданіе длилось почти два года.

нія новаго закона ¹⁷⁾. Притомъ, въ послѣднемъ случаѣ, выжиданіе можетъ прекращаться не сразу для всей территоріи дѣйствія новаго закона, а постепенно, для однихъ мѣстностей раньше, для другихъ позже ¹⁸⁾. *Vacatio legis* особенно имѣетъ мѣсто въ тѣхъ случаяхъ, когда издаются сложные законы, съ которыми прежде нужно ознакомиться какъ судамъ, такъ и частнымъ лицамъ. Она неизбѣжна далѣе въ тѣхъ случаяхъ, когда нужно бываетъ время, чтобы совершился переходъ отъ стараго порядка къ новому. Въ это время старый законъ, такъ сказать, ликвидируется, иногда при посредствѣ переходнаго, провизорнаго закона (временныхъ правилъ), назначеннаго именно для того, чтобы послужить переходомъ отъ прежняго порядка къ новому ¹⁹⁾.

При порядкѣ обнародованія чрезъ истеченіе промежутка времени, могутъ имѣть мѣсто такъ называемые *спѣшныя* законы (*lois d'urgence*). Для такихъ законовъ сокращается тотъ промежутокъ времени, съ истеченіемъ котораго начинается обнародованность, а съ ней — способность къ дѣйствію, и самое обнаруженіе этой способности, т. е., дѣятельность закона ²⁰⁾. При спѣшныхъ законахъ, моментъ дѣйствія закона не отрывается отъ момента обнародованности; но лишь ускоряется наступленіе того и другаго момента. При системѣ обнародованія чрезъ разсылку, спѣшныхъ законовъ въ такомъ смыслѣ быть не можетъ; ускорить дѣйствіе закона здѣсь не возможно иначе, какъ придавши закону способность дѣйствовать прежде чѣмъ онъ обнародованъ. Какъ выжиданіе, такъ и спѣшность, могутъ быть приданы закону только законодательной властью; ибо выжиданіе есть исключеніе въ данномъ случаѣ изъ того общаго правила, что обнародованный законъ есть законъ дѣятельный; а спѣшность есть уклоненіе отъ общаго порядка обнародованія законовъ ²¹⁾.

Спрашивается, каково то положеніе, въ которое законъ мо-

¹⁷⁾ Такъ было, напр., съ Уставомъ о гербовомъ сборѣ 17 апрѣля 1874 г.

¹⁸⁾ Такъ было и есть съ Уставами 20 ноября 1864 г.

¹⁹⁾ Таковы, напр., Правила 19 октября 1865 г.

²⁰⁾ Laurent I, стр. 60.

²¹⁾ Est pars legis. Puchelt, nota 4, § 26 Handbuch Zachariä's, I, стр. 64.

жетъ попасть по ст. 75 Основныхъ Законовъ 22)? Это не есть *vacatio legis*, а просто проволочка въ обнародованіи закона, который для данной мѣстности остается необнародованнымъ, т. е. неспособнымъ къ дѣйствию до тѣхъ поръ, пока свыше не будетъ прекращена такая проволочка.

Изъ принципа, что къ дѣйствию способенъ только законъ обнародованный, вытекаетъ послѣдствіе, что въ томъ случаѣ, когда вновь присоединенная территорія подчиняется дѣйствию законовъ присоединившаго государства, это подчиненіе можетъ произойти не прежде и не иначе, какъ послѣ и вслѣдствіе обнародованія этихъ законовъ въ присоединенной территоріи. Наоборотъ, когда въ присоединенной области оставляются въ силѣ законы, дѣйствовавшіе въ ней до присоединенія, — въ такомъ случаѣ опять необходимо обнародованіе этихъ законовъ, ибо иначе такіе законы не могутъ получить значенія мѣстныхъ законовъ въ присоединившемъ государствѣ. Въ первомъ случаѣ обнародованіе происходитъ чрезъ обнародованіе распоряженія законодательной власти (закона) о введеніи законовъ во вновь присоединенной области; во второмъ случаѣ, оно происходитъ чрезъ обнародованіе такого же распоряженія (закона), объ оставленіи въ силѣ законовъ присоединенной территоріи, или, что все равно, чрезъ ихъ подтвержденіе 23).

§ 3. Прекращеніе закона.

Дѣйствіе закона, какъ скоро началось, все равно, началось ли оно одновременно съ моментомъ обнародованности, или позже (когда есть *vacatio legis*), продолжается до тѣхъ поръ, пока законъ не прекращенъ 1). Но прекратиться одинъ законъ

22) буде новый законъ усмотрится въ чемъ либо, по мѣстнымъ обстоятельствамъ, неудобнымъ; то дозволяется сдѣлать представленіе Сенату; но въ случаѣ утвержденія отъ Верховной Власти, имѣть быть чинимо непремѣнное и безмолвное исполненіе.

23) Такъ, напр., у насъ было съ мѣстными законами разныхъ отдѣльныхъ областей, см. у процес. Пахмана, Исторія кодиф., II, стр. 463 и слѣд.

1) Wächter, II. § 17. Windsheid, I. § 31; Dernburg, I, § 30. Aubry et Rau, I, § 29.

можетъ не иначе, какъ только «силою» другаго, новаго закона ²⁾; законъ есть велѣніе государства, обнаруженіе самой могучей силы, и потому, начавши дѣйствовать, можетъ быть прекращенъ, уничтоженъ только позднѣйшимъ обнаруженіемъ той же силы, т. е., такимъ же велѣніемъ государства. Законъ можетъ *устарѣть* (lex obsoleta), когда не бываетъ случаевъ для его дѣйствія; но устарѣвшій законъ не есть законъ прекращенный. Такъ, въ ст. 1570 — 72 1 ч. X т. св. зак. гр., заключаются законы устарѣвшіе, но уцѣлѣвшіе, т. е. не прекращенные. Точно также законъ можетъ оставаться безъ примѣненія въ судѣ, все равно, почему: по уклоненію, по недоразумѣнію, по «непопулярности закона», когда суды хотятъ быть популярными; но чрезъ это законъ не прекращенъ. Такое пренебреженіе къ закону можетъ обратить на себя вниманіе законодательной власти, которая подтвердитъ существующій законъ, т. е. обнародуетъ новый законъ ³⁾. — Изъ сказаннаго слѣдуетъ:

а) Безсилень предъ закономъ обычай; прекращеніе закона обычаемъ, хотя бы и въ формѣ «подтачиванія» ⁴⁾, прежде всего не можетъ имѣть мѣста за силою ст. 72 Основн. Законовъ, о которой зналъ Мейеръ; а потомъ, — за силою ст. 130 Уст. гр. судпр., которая появилась послѣ Мейера. Быть можетъ, такое «подтачиваніе» закона было бы очень хорошо; но нашъ Сводъ, какъ и другіе кодексы, напередъ охранили отъ него свои законы ⁵⁾, что, вѣроятно, еще лучше ⁶⁾.

²⁾ Т. I Св. зак. Зак. Основн., ст. 72.

³⁾ Т. I св. зак., Зак. Основн., ст. 61. См. § слѣдующій.

⁴⁾ Мейеръ, ч. I, § 5.

⁵⁾ Такъ охранили свои законы: австр. гражд. кодексъ, § 10; прусскій Ландрехтъ, Einleitung, § 60; саксонскій гражд. кодексъ, § 25. Таково же общее мнѣніе французской доктрины и практики.

⁶⁾ Отвѣчая сторонникамъ противоположнаго воззрѣнія, Демоломбъ замѣчаетъ: Ce système me paraît dangereux, parcequ'il ébranle l'autorité des lois, parcequ'il engendre l'incertitude, l'arbitraire, le désordre dans les relations sociales. Par quels signes et à quel moment en effet, les citoyens sauront-ils si la loi est ou n'est pas abrogée par l'usage? Que faire, si parmi les Cours et les tribunaux, les uns appliquent l'usage, et les autres la loi? Demolombe, I, (4 édit), стр. 36 — 37.

б) Существованіе закона, а слѣдовательно, и его дѣйствіе, не зависитъ отъ разумности закона, его полезности, сообразности съ духомъ времени, справедливости и т. п. ⁷⁾ Разумность закона, полезность и т. д., есть его обнародованность, и только переставши существовать чрезъ прекращеніе другимъ закономъ, онъ перестанетъ быть разумнымъ, полезнымъ, и т. д. ⁸⁾

в) Точно также, вѣдъ всякаго вліянія на существованіе закона: 1) исчезновеніе тѣхъ поводовъ, которые вызвали законъ; такіе поводы (*occasiones legis*) предшествовали обнародованію закона; 2) исчезновеніе тѣхъ цѣлей, достиженія которыхъ, быть можетъ, хотѣлъ законодатель. Это потому, что вошпервыхъ эти цѣли чаще неизвѣстны, чѣмъ извѣстны; вовторыхъ, и когда извѣстны, чаще неясны, чѣмъ ясны; а потому, существованіе закона зависитъ отъ обнародованности и только ⁹⁾.

г) Безъ всякаго вліянія на существованіе закона переменна въ лицѣ законодателя. При коллективномъ устройствѣ субъекта государственнаго самодержавія это понятно само собой. Но при устройствѣ единоличнымъ, при которомъ воля государства — есть воля индивидуальной личности, независимость закона отъ лично-

⁷⁾ Das schlechte und ungerechte Gesetz hat dieselbe, und muss nothwendig dieselbe äussere Gültigkeit, Macht und Unverletzlichkeit haben, wie das weise und gerechte Gesetz. Wächter, II, § 5.

⁸⁾ Kierulff, Theorie, стр. 17: Das wirklich vorhandene (publicirte) Gesetz ist objectiv das rechte und gerechte. Къ этому слѣдуетъ примѣчаніе, которое заслуживаетъ того, чтобы привести его почти все. Eigentlich passt das Predicat der Gerechtigkeit auf das Gesetz selbst nicht. Der Begriff der Gerechtigkeit fällt unter das Gesetz... Ungerecht kann der Gesetzgeber, welcher sich innerhalb der ihm gesetzten verfassungsmässigen Schranken hält, nicht seyn. In einem gesunden Staat, welcher allein wirklicher Staat ist, will der Gesetzgeber als Organ der Totalität nur, was er durchsetzen kann, und er kann nur durchsetzen, was die Nation will. Hier ist ein durch und durch zusammenstimmendes Wollen. Wo der Nation diese Willenskräftigkeit fehlt, da isolirt sich auch der Gesetzgeber, und ist in diesem Fürsichseyn unwirklich, aber zugleich in dieser seiner Schwachheit der wirkliche Repräsentant des schwachen Staats, der sprechendste thatsächliche Beweis der Ohnmacht, der Krankheit des Staats.

⁹⁾ Въ этомъ смыслѣ правило: *cessante ratione legis cessat lex ipsa*, невѣрно, если бы даже и было ясно.

сти своего автора, т. е. отъ личности законодателя, сознается не такъ легко и не-сразу. Отсюда въ прежнее время — подтвержденіе существующихъ законовъ при каждомъ новомъ вступленіи на престолъ ¹⁰⁾.

Резюмируя все сейчасъ изложенное, можно сказать, что никогда законъ обнародованный и начавшій дѣйствовать не умираетъ отъ вліянія долготѣтя или отъ другихъ вліяній; онъ можетъ быть только убитъ закономъ же, но закономъ болѣе новымъ (*lex posterior derogat priori*) ¹¹⁾. Оговорки требуютъ лишь тѣ законы, существованіе которыхъ ихъ же собственнымъ содержаніемъ поставлено напередъ въ извѣстныя границы времени. Это законы временные, иногда временно — переходные (провизорные). Такіе законы прекращаются съ наступленіемъ пункта времени, составляющаго границу ихъ существованія, если эта граница обозначена именно указаніемъ на пунктъ времени (1 января 1878 г., и т. п.). Или: они прекращаются съ наступленіемъ или прекращеніемъ извѣстнаго событія, или вообще состоянія (войны, блокада и т. п.) ¹²⁾. Наконецъ, что касается обусловленности (*condicio*), ея въ законахъ не бываетъ.

Разъ законъ прекращенъ, онъ прекращенъ, пересталъ существовать на-всегда: мертвые и здѣсь не оживаютъ. Впослѣдствіи можетъ быть обнародованъ новый законъ, по редакціи и содержанію какъ разъ такой же, какъ и законъ когда-то прекращенный. Мало того: новый законъ можетъ быть обнародованъ лишь въ видѣ ссылки на законъ когда-то прекращенный; тогда текстъ новаго законъ долженъ быть вычитанъ изъ текста прекращеннаго закона, на который сдѣлана ссылка. Но тѣмъ не менѣе, въ обоихъ случаяхъ обнародованъ новый законъ, одинаковый съ пре-

¹⁰⁾ У насъ такая независимость закона отъ личности законодателя еще не была вполне сознаана къ концу прошлаго столѣтія; см. Баронъ Коръ, Жизнь Графа Сперанскаго, I, стр. 64—65, гдѣ любопытный расказъ объ ушущеніи мѣстоименія *Его*.

¹¹⁾ Такъ называемыя *внутреннія основанія* прекращенія закона здѣсь не признаются.

¹²⁾ Unger, I, стр. 102. Для такихъ законовъ вѣрно правило: *cessante ratione legis cessat lex ipsa*.

кращеннымъ закономъ по содержанію и по территоріи дѣйствія, но не повремени дѣйствія ¹³⁾).

Законъ прекращается лишь «силою новаго закона», а потому, не раньше, какъ начнется эта сила, т. е. дѣйствіе новаго закона; слѣдовательно, не раньше обнародованности новаго закона. Но если между моментомъ обнародованности и началомъ дѣйствія новаго закона имѣетъ мѣсто выжиданіе (*vacatio legis*), тогда прежній законъ прекратится не раньше, какъ по истеченіи этого выжиданія ¹⁴⁾).

Отъ прекращенія закона нужно отличать нѣчто другое, — *пріостановку дѣйствія*. Эта пріостановка — своего рода *vacatio legis*, только не отлагающая дѣйствіе закона, но прерывающая его. Такая пріостановка, какъ посягательство на силу существующаго закона, можетъ быть сдѣлана только силою другаго закона. Пріостановка начинается не прежде обнародованія прерывающаго закона, и будетъ длиться до тѣхъ поръ, пока не прекратится прерывающій законъ, — всегда временный, а потому и подлежащій тѣмъ способамъ прекращенія, каковымъ вообще подлежатъ временные законы ¹⁵⁾.

§ 9. Виды прекращенія; послѣдствія.

Различаютъ нѣсколько видовъ прекращенія закона ¹⁾. Эти различія вытекаютъ изъ различнаго направленія «силы новаго закона» по отношенію къ прежнему закону. Такъ, а) сила новаго закона направлена именно на то, чтобы уничтожить, прибрать прежній законъ. Въ такомъ случаѣ будетъ имѣть мѣсто *уничтоженіе* прежняго закона силою закона новаго. Но сила новаго закона вся истратится на такое уничтоженіе; отъ новаго закона, послѣ уничтоженія прежняго, тоже не останется ничего ²⁾.

¹³⁾ Unger, стр. 107 — 108.

¹⁴⁾ Unger, стр. 102.

¹⁵⁾ Случай такой пріостановки напр., въ ст. 174, 225, 2 ч. X т. св. зак. гр.

¹⁾ Dig. de V. S. l. 120 50. 16. Derogatur legi aut abrogatur; derogatur legi cum pars detrahitur, abrogatur legi cum prorsus tollitur. Ср. Unger, I, § 15, Wächter, II, § 27.

²⁾ Иначе Wächter, loc. cit.

Такъ, отъ статей 13 — 17 1 ч. X т. изд. 1857 г. теперь не осталось ничего, кромѣ пустыхъ номеровъ статей. Но, в) сила новаго закона направлена на то, чтобы на мѣсто прежняго закона поставить новый. Въ такомъ случаѣ будетъ имѣть мѣсто *замѣна*. И здѣсь прежній законъ уничтожается, но кромѣ того, еще и замѣняется новымъ. При замѣнѣ сила новаго закона не вся истрачена на уничтоженіе прежняго закона; отъ нея остается *residuum*, новый законъ, ставшій на мѣсто прежняго. При уничтоженіи закона происходитъ только уничтоженіе; при замѣнѣ происходитъ прежде всего уничтоженіе; въ обоихъ случаяхъ, слѣдовательно, происходитъ *отмѣна* закона: законъ замѣненный есть законъ отмѣненный; законъ замѣняющій есть законъ отмѣняющій: термины: *отмѣна*, *отмѣнить*, одинаково обнимаютъ оба случая ³⁾.

Вотъ, собственно, два вида прекращенія закона: *уничтоженіе* и *замѣна*. Къ нимъ могутъ быть сведены всѣ другія различія, какія выставляются въ теоріи и въ терминологіи законодательства ⁴⁾. Такъ:

а) Что касается *дополненія*, оно есть ничто иное, какъ *замѣна*, но сдѣланная такъ, что текстъ новаго, замѣняющаго закона долженъ быть собранъ отчасти изъ него, отчасти изъ закона прежняго, на который ссылается новый законъ. Этотъ новый законъ, текстъ котораго долженъ быть дополненъ изъ закона имъ замѣннаго, прежде всего своею силою отмѣняетъ прежній законъ, на мѣсто котораго онъ становится самъ. Слѣдовательно, всякій дополняющій законъ есть законъ замѣняющій, а потому, — отмѣняющій; всякій законъ дополненный есть законъ замѣненный, слѣдовательно, отмѣненный. Законъ дополненный, значитъ, есть законъ новый, и новый вполнѣ, а не такъ, что будто бы онъ прежній, — насколько текстъ его дополняется чрезъ ссылку, и новый, — насколько есть въ немъ еще текстъ, кромѣ ссылки. Онъ законъ новый, а потому и дѣйствіе его можетъ имѣть мѣсто лишь на будущее время. Итакъ, дополненіе закона есть замѣна, слѣдовательно, отмѣна.

³⁾ Таково значеніе термина: отмѣна, въ ст. 72 — 73, 77 — 79, т. I, Св. зак., Зак. Основн.

⁴⁾ *Abrogatio, derogatio, subrogatio, obrogatio.* — Изложеніе въ текстѣ имѣетъ въ виду терминологию ст. 55, 57, 61 Основн. Законовъ.

б) *Измѣненіе* закона, какъ убавка или добавка въ его текстѣ такой или другой части, есть ничто иное, какъ замѣна прежняго закона новымъ, но сдѣланная такъ, что текстъ новаго закона составленъ отчасти чрезъ повтореніе текста прежняго (измѣненнаго) закона, отчасти изъ текста, составленнаго за-ново. Значить, измѣненіе не есть только усовершенствованное, «новое изложеніе» прежняго закона, — нѣтъ, здѣсь происходитъ уничтоженіе и замѣна прежняго закона новымъ, т. е., происходитъ отмѣна прежняго закона. Слѣдовательно, всякій измѣненный законъ есть законъ замѣненный, а потому — отмѣненный; всякій законъ измѣняющій есть законъ замѣняющій, а потому — отмѣняющій. Онъ законъ новый, и потому не долженъ имѣть обратнаго дѣйствія.

с) Точно также *разъясненіе* закона есть ничто иное, какъ замѣна одного закона другимъ. Прежній законъ, оказавшійся темнымъ, замѣненъ новымъ закономъ, который, по мнѣнію законодателя, долженъ считаться болѣе яснымъ. Слѣдовательно, всякій разъясненный законъ есть законъ замѣненный, а потому, — законъ отмѣненный; всякій разъясняющій законъ есть законъ замѣняющій, и потому есть законъ отмѣняющій. Онъ, слѣдовательно, законъ новый, а потому *не долженъ бы* имѣть обратнаго дѣйствія. Но когда замѣна происходитъ въ видѣ разъясненія, когда новый законъ названъ разъясняющимъ, — это значитъ, что законодатель придастъ такому закону обратное дѣйствіе, каковое онъ можетъ придать и всякому другому закону ⁵⁾.

д) Въ п. 1. ст. 61 Основн. Закон. рядомъ съ разъясненіемъ закона поставлено «*подтвержденіе закона существующаго*». Но подтвержденіе закона существующаго есть ничто иное, какъ замѣна одного закона другимъ, только сдѣланная такъ, что новый законъ не имѣетъ собственнаго текста, а ссылается на текстъ другаго, подтверждаемаго закона. Слѣдовательно, подтвержденный законъ есть законъ замѣненный, потому, — отмѣненный; подтверждающій законъ есть законъ замѣняющій, и потому, — отмѣняющій. Онъ — законъ новый, и потому *не долженъ бы* имѣть

⁵⁾ Т. I, Св. зак. Законы Основн. ст. 61.

обратнаго дѣйствія. Но когда замѣна происходитъ въ видѣ подтвержденія, это значитъ, что законодатель придаетъ новому закону обратное дѣйствіе, каковое онъ можетъ придать и всякому другому закону.

Изъ сказаннаго слѣдуетъ: а) Обнародованіе всякаго закона, сила котораго такъ или иначе прикасается къ силѣ существующаго закона, всегда и неизбѣжно есть обнародованіе новаго закона, замѣняющаго, а потому — отмѣняющаго существующій законъ. б) Дружелюбныхъ отношеній между новымъ и существующимъ закономъ никогда не бываетъ; напротивъ, появленіе одного закона, новаго, есть смерть для другаго, прежняго. Новый законъ, повидимому, рассчитанъ на то, чтобы улучшить прежній законъ (черезъ дополненіе или измѣненіе), разъяснить, подтвердить его; на самомъ же дѣлѣ новый законъ всегда приноситъ смерть закону существующему. с) Потому, литературно-издательскія понятія, въ родѣ: новое изданіе, дополненіе, исправленіе, непримѣнимы къ дѣятельности законодателя: подъ призраками дополненій, разъясненій, измѣненій, эта дѣятельность всегда одна и та же, — она *разрушаетъ* и *созидаетъ*. Значитъ, законъ не есть фраза, которую можно изложить лучше; а сводъ или кодексъ не есть трактатъ или учебникъ, который можно издавать въ исправленномъ и дополненномъ видѣ ⁶⁾.

Новый законъ, сила котораго направлена на уничтоженіе или замѣну прежняго закона или законовъ, въ своемъ текстѣ заключаетъ *отмѣтку*, обозначеніе тѣхъ законовъ или того зако-

⁶⁾ Очевидно, что термины: «изданіе, издать, изданный», совершенно негодны ни для законодательства, ни для теоріи права. Они только мѣшаютъ разглядѣть смыслъ того явленія, которое обозначается подобными терминами, — крайне напряженную законодательскую дѣятельность, которая безъ перерыва колеблетъ и смущаетъ дѣйствующее право. Выше (стр. 15—16) было уже замѣнено, что собственно крестится подъ частыми изданіями нашего Свода, если мы отдѣляемся отъ литературно-издательскаго понятія объ изданіи. Литературно-издательскія понятія не остаются безъ вліянія и съ другой стороны: на цѣлый рядъ законовъ они бросаютъ тѣнь какой то маловажности случайности, такъ что обнародованіе, кѣмъ и составленіе этихъ законовъ считается дѣйствіемъ законодательной власти, не требующимъ особаго вниманія и соблюденія формальностей. Это мы и видимъ въ ст. 55 Основн. Зак., по которой «дополненія и измѣненія закона» не нуждаются въ собственноручномъ Высочайшемъ подписаніи, т. е. въ письменномъ изложеніи при составленіи. Ср. тамъ же со ст. 54 и 57.

на, которые должны быть или уничтожены или замѣнены. Отмѣченныя законы или законъ прежде всего подпадаютъ вліянію новаго закона въ смыслѣ уничтоженія или замѣны. Но ограничивается ли такой отмѣткой размѣръ того вліянія, которое новый законъ произведетъ въ существующемъ правѣ; останутся ли не тронутыми другіе законы, не отмѣченныя въ текстѣ новаго закона какъ законы, подлежащіе уничтоженію или замѣнѣ? Никоимъ образомъ. Вліяніе новаго закона на законы прежніе выходитъ изъ его «силы», а не изъ его редакціи; потому и предѣлы этого вліянія по отношенію къ каждому изъ существующихъ законовъ могутъ вызвать вопросъ о томъ, не затронуть ли тотъ или другой изъ нихъ вліяніемъ новаго закона. И если да, — что сказать о такомъ вліяніи? Можно ли видѣть въ немъ отмѣну, т. е., уничтоженіе или замѣну закона, не отмѣченнаго въ текстѣ закона новаго? Благодаря такому вліянію, прежній законъ, затронутый новымъ закономъ, окажется не отмѣненнымъ и не замѣненнымъ, но устарѣлымъ, или же получить иной смыслъ и содержаніе. Такой вопросъ есть вопросъ интерпретаціи одновременно одного и другаго закона, т. е., вопросъ о взаимномъ отношеніи закона новаго къ тому или другому существующему закону, и какъ вопросъ интерпретаціи долженъ быть рѣшаемъ въ каждомъ данномъ случаѣ, гдѣ только возникаетъ сомнѣніе, не затронуть ли вліяніемъ новаго закона тотъ или другой существующій законъ⁷⁾). Для такой интерпретаціи здѣсь могутъ быть предложены лишь общія руководящія указанія⁸⁾.

⁷⁾ Wächter, II, § 28. Unger, I, § 16; Windscheid, I, § 31. Возвръніе, что здѣсь должна имѣть мѣсто интерпретаціи закона, основано на томъ, что никогда законодатель заранее не можетъ прозрѣть, какъ далеко пойдетъ вліяніе обнародованнаго имъ новаго закона. Границы этого вліянія, его характеръ требуютъ каждый разъ особаго изысканія, которое можетъ быть ведено лишь какъ интерпретаціи, толкованіе закона, и потому въ каждомъ данномъ случаѣ можетъ давать результаты, не согласныя съ результатами, добытыми въ другомъ случаѣ. Такъ, одинъ судъ рѣшилъ, что такой то законъ устарѣлъ; другой судъ можетъ рѣшить иначе. Въ каждомъ такомъ случаѣ возникаетъ вопросъ о смыслѣ законовъ, т. е. тема кассационнаго разсмотрѣнія.

⁸⁾ Эти соображенія должны быть дополнены изъ того, что будетъ сказано ниже относительно различія законовъ, и потомъ, — изъ общихъ правилъ интерпретаціи законовъ.

а) Уничтоженіе одного закона отразится на другомъ законѣ, если этотъ другой законъ — только выводъ изъ прежняго, уничтоженнаго закона. Такъ, напр., уничтоженіе ст. 1016 отразилось бы на ст. 1017, на-сколько она есть только выводъ изъ статьи 1016: она оказалась бы *устарѣвшей*. Но не наоборотъ: уничтоженіе вывода останется безъ всякаго вліянія на тотъ законъ, по отношенію къ которому уничтоженный законъ былъ только выводомъ⁹⁾

б) Уничтоженіе закона, заключающаго въ себѣ необходимое предположеніе существованія другихъ законовъ, отразится на этихъ другихъ законахъ: оно сдѣлаетъ ихъ *устарѣвшими*. Такъ, уничтоженіе, напр., статьи 396 1 ч. X т. отразилось бы на всѣхъ другихъ статьяхъ и вообще на всѣхъ законахъ, существованіе которыхъ предполагаетъ существованіе различія между имуществами благопріобрѣтенными и родовыми. Но не наоборотъ: уничтоженіе того или другаго закона, существованіе котораго предполагаетъ существованіе другаго закона, заключающаго въ себѣ общее предположеніе для закона уничтоженнаго и для другихъ, не тронетъ ни этихъ другихъ законовъ, ни закона, заключающаго въ себѣ общее предположеніе. Такъ, уничтоженіе, напр., ст. 967 1 ч. X т. не тронетъ ни статей той же части и тома о выкупѣ родовыхъ имуществъ, ни ст. 396, раздѣлившей всѣ недвижимости на благопріобрѣтенныя и родовыя.

в) Уничтоженіе общаго правила отразится на сдѣланныхъ изъ него исключеніяхъ; на будущее время имъ не изъ чего исключать, а слѣдовательно, и нечего исключать. Такъ, уничтоженіе, напр., первыхъ пяти словъ ст. 1068 1 ч. X т. отразилось бы и на всемъ остальномъ, что заключается въ этой статьѣ. Но не наоборотъ: уничтоженіе того или другаго исключенія не отразится ни на другихъ исключеніяхъ, ни на общемъ правилѣ¹⁰⁾. Во избѣжаніе недоразумѣній должна быть сдѣлана оговорка относительно мѣстныхъ законовъ: мѣстный законъ даже той территоріи,

⁹⁾ Unger, I, стр. 107; Wächter, II, стр. 166.

¹⁰⁾ Ср. съ одной стороны Unger и Wächter, loc. citat. съ другой Windscheid, I, стр. 73.

которая доступна дополнительному дѣйствию общаго закона (какъ напр. законы губерній Черниговской и Полтавской, губерній Бессарабской) не есть исключеніе изъ общаго закона, но самостоятельный законъ, имѣющій для себя свою территорію внутри территоріи общаго закона. Потому сама по себѣ отмѣна общаго закона, стѣсненнаго мѣстнымъ, останется безъ всякаго вліянія на мѣстный законъ. Такъ, уничтоженіе статей объ указанной части супруговъ (ст. 1148 и слѣд. 1 ч. X т.) останется безъ всякаго вліянія по ст. 1157 о правахъ наследованія супруговъ въ губерніяхъ Черниговской и Полтавской. Но при такомъ уничтоженіи можетъ представиться одна особенность: мѣстный законъ допускаетъ то, что не допускается общимъ закономъ; общій законъ уничтоженъ; тогда въ территоріи его дѣйствія будетъ имѣть мѣсто тоже самое, что прежде имѣло мѣсто только въ территоріи мѣстнаго закона; слѣдовательно, мѣстный законъ окажется устарѣвшимъ. Такъ уничтоженіе запрещенія дарить родовыя имущества (ст. 967 1 ч. X т.), привело бы къ тому же самому, что имѣетъ мѣсто теперь въ губерніяхъ Черниговской и Полтавской, благодаря дѣйствию тамъ ст. 970 того же тома и части. Что же касается мѣстнаго закона, его уничтоженіе только устранить стѣсненіе для дѣйствія общаго закона: такъ напр., уничтоженіе ст. 1584 устранило бы только стѣсненіе для ст. 1583 1 ч. X т., которая получила бы дѣйствіе въ губерніяхъ Черниговской и Полтавской.

Нѣсколько иначе представляются сдѣланныя сейчасъ соображенія, когда происходитъ не одно уничтоженіе, но замѣна прежняго закона новымъ. Такъ,

а) Замѣна одного закона другимъ можетъ не отразиться или отразиться на выводахъ замѣненнаго закона, смотря по тому, могутъ ли они вытекать, какъ выводы, изъ новаго закона, или не могутъ. Такъ, предположимъ, что ст. 1018 1 ч. X т., замѣнена такимъ новымъ закономъ, въ которомъ, вмѣсто словъ: «имѣющими по законамъ право отчуждать имущество», выражено: «не состоящими подъ опекой». Такая замѣна не тронула бы п. 1 ст. 1019, чего нельзя сказать о п. 2 той же статьи, который оказался бы устарѣвшимъ.

б) Замяна закона, заключаваща въ себѣ предположеніе для существованія другихъ законовъ, не останется безъ вліянія на эти другіе законы. Такъ, предположимъ, что въ замяну ст. 396 1 ч. X т., появляется новый законъ, раздѣляющій всѣ недвижимости на благопріобрѣтенныя и наслѣдственныя. Такой новый законъ затронетъ своей силой всѣ законы о родовыхъ имуществахъ, которые получаютъ значеніе законовъ объ имуществахъ наслѣдственныхъ, т. е. должны быть толкуемы иначе. насколько ихъ содержаніе зависитъ отъ прилагательнаго «родовое».

с) Замяна прежняго закона, заключаваща въ себѣ общее правило, другимъ закономъ такого же содержанія, можетъ затронуть или не затронуть исключенія, смотря потому, каково новое общее правило. Такъ, новое общее правило — лишь только прежнее исключеніе, возведенное въ общее правило; напр., въ новое общее правило возведено исключеніе п. 3 ст. 2112 1 ч. X т., т. е., статья 2111 замянена въ такомъ смыслѣ. Тогда исключеніе п. 3 ст. 2112 станетъ устарѣвшимъ. Но далѣе: новое правило таково, что оно устраняетъ возможность всякихъ исключеній, оно направлено на устраненіе подобныхъ исключеній. Такъ, общее правило ст. 485 уст. гр. судопр., устраняетъ возможность принудительной присяги и для случаевъ, указанныхъ въ ст. 2113 1 ч. X т.

д) Наконецъ, что касается замяны общаго или мѣстнаго закона, такая замяна, постигшая одинъ законъ, не тронетъ другаго закона. Но и здѣсь можетъ быть такъ, что общій законъ замяненъ новымъ общимъ закономъ, одинаковымъ съ мѣстнымъ закономъ. Тогда мѣстный законъ окажется устарѣвшимъ ¹¹⁾.

¹¹⁾ Сдѣланное здѣсь изложеніе есть попытка устранить понятіе отмяны, т. е. уничтоженія и замяны, закона по такъ называемымъ «внутреннимъ основаніямъ», — см Unger, I, стр. 101—102, — или, что все равно, устранить отмяну подразумеваемую въ отличіе отъ отмяны выраженной, высказанной въ видѣ ссылки или отмятки, сдѣланной въ новомъ законѣ. Подъ отмяной здѣсь поэтому разумѣется только отмяна выраженная; что же касается отмяны подразумеваемой, она здѣсь опредѣлена какъ устарѣлость или какъ моментъ, опредѣляющій толкованіе законовъ, не отмяненныхъ новымъ закономъ, и слѣдовательно, является одной изъ тѣхъ, на которыя направляется судебное и научное толкованіе закона или вообще интерпретація. Так. образ., вопросъ о томъ, какія изъ статей 2 ч.

§ 10. Содержаніе закона; различіе законовъ по содержанію.

Обнародованіе и прекращеніе закона опредѣляютъ начальный и конечный пункты времени, между которыми законъ существуетъ. Существованіе закона не есть состояніе наблюдательное или созерцательное; оно есть состояніе дѣятельное. Сказать: законъ существуетъ, все равно, что сказать: законъ дѣйствуетъ. Существуетъ, но пока не дѣйствуетъ, лишь тотъ законъ, который находится въ выжиданіи (*vacatio legis*), или приостановленъ; онъ не дѣйствуетъ до тѣхъ поръ, пока длится выжиданіе или приостановка ¹⁾).

Законъ дѣйствуетъ, значить, обнаруживаетъ свою силу во всемъ ея содержаніи. Въ чемъ же содержаніе закона?

Содержаніе закона слагается изъ двухъ частей: *предположеніе* (гипотеза, *Thatbestand*); *распоряженіе* (*dispositio, verba dispositiva, verba decisiva*) ²⁾. Въ первой части законъ, такъ сказать, изображаетъ; во второй — онъ повелѣваетъ. Онъ изображаетъ, ибо законъ есть результатъ рефлексіи, а не рефлекса ³⁾; во второй части онъ повелѣваетъ, ибо законъ есть произведеніе государственной воли. Въ предположеніи заключено предвидѣніе извѣстнаго рода фактовъ, обозначенныхъ такъ или иначе. Каждый разъ, когда въ дѣйствительности совершится такой фактъ, тѣмъ самымъ исполнится, сбудется предположеніе закона. Въ распоряженіи указаны тѣ послѣдствія, которыя должны наступать каждый разъ, когда сбудется предположеніе закона. Наступленіе этихъ послѣдствій въ каждомъ данномъ случаѣ будетъ исполненіемъ распоряженія закона. «Бракъ прекращается самъ собой, чрезъ смерть одного изъ супруговъ» ⁴⁾.

X т. уцѣвли, какія устарѣли, какія должны быть понимаемы иначе, въ тѣхъ мѣстностяхъ гдѣ введены судебные уставы 20 ноября 1864 г., является вопросомъ интерпретаціи. Точно также, въ такомъ видѣ является отношеніе между Положеніемъ о нотаріальной части и главами II — VII, раздѣла III, книги II-й 1 ч. X т., объ актахъ вообще, объ актахъ крѣпостныхъ и т. д.

¹⁾ См. выше, стр. 46, 52.

²⁾ Kierulff, *Theorie d. gem. Civilrechts*, стр. 27—28. Wächter, II, § 15 Windscheid, I, § 27. Но въ особенности Thöl, *Einleitung*, § 32.

³⁾ Ihering, *Geist des röm. Rechts*, II, § 25. Kierulff, стр. 16.

⁴⁾ Т. X ч. 1, ст. 43.

Здѣсь предположеніе — смерть одного изъ супруговъ; распоряженіе — выставленіе необходимаго послѣдствія такой смерти: прекращеніе брака. Такая двойственность содержанія не всегда отражается въ изложеніи закона, какъ она не отразилась въ приведенной сейчасъ статьѣ. Но она отразилась, напр., въ ст. 427 1 ч. X т.: «если.... то....».

Сбудется или нѣтъ предположеніе закона, это не зависитъ отъ закона; факты, исполняющіе собой предположенія законовъ, лишь ожидаются, но не вызываются закономъ. Въ этомъ смыслѣ всѣ законы гражданскаго права суть законы «на случай»; всѣ они гипотетическаго характера. Такъ, факты составленія и неисполненія договоровъ, факты вступленія въ бракъ, факты рожденія и смерти, и т. п., всѣ они совершаются независимо отъ вліяній закона; но совершаясь, каждый такой фактъ исполняетъ собой предположеніе того или другаго закона. Но что касается *распоряженія* закона, его исполненіе, т. е. наступленіе такихъ то послѣдствій исполненія предположенія, происходитъ само собой, совершенно независимо отъ того, хотѣлись и предвидѣлись эти послѣдствія или нѣтъ ⁵⁾. Исполненіе распоряженія происходитъ само собой; оно неизбежно, какъ обнаруженіе силы закона, оно происходитъ потому, что такъ велитъ законъ. Въ этомъ смыслѣ обо всѣхъ законахъ гражданскаго права можно сказать, что они суть законы *принудительные* (*leges cogentes*) ⁶⁾. Такъ, послѣдствія составленія договора ⁷⁾; послѣдствія неисполненія договора ⁸⁾, послѣдствія вступленія въ бракъ ⁹⁾, послѣдствія рожденія и смерти, наступаютъ сами собой, какъ исполненіе распоряженія того закона, предположеніе котораго исполнилось въ данномъ случаѣ.

Такое отношеніе между *предположеніемъ* закона и его *распоряженіемъ* одинаково вѣрно для всѣхъ законовъ; и по-

⁵⁾ Таковъ, какъ увидимъ ниже, смыслъ правила, что невѣдніемъ закона нельзя отговариваться.

⁶⁾ Toute loi, au fond, est impérative, puisque la loi est l'expression de la volonté générale; Laurent, I, стр. 102.

⁷⁾ Т. X ч. 1, ст. 569, ст. 1536.

⁸⁾ Тамъ же, ст. 570.

⁹⁾ Напр. ст. 100 — 103.

тому, кажется, должно быть отвергнуто дѣленіе законовъ на *принудительные* и *ипотетические* въ томъ смыслѣ, въ какомъ оно обыкновенно выставляется въ доктринѣ ¹⁰⁾. Неустойчивость и сбивчивость терминологіи ¹¹⁾ — послѣднее изъ возраженій, какое можетъ быть сдѣлано противъ этого дѣленія. Но эта сбивчивость и неустойчивость показываетъ, однако, какъ шатки и сбивчивы представленія, какія связываются съ общепринятымъ дѣленіемъ законовъ на принудительные и гипотетическіе. Насколько дѣленіе это выходитъ изъ отношенія между предположеніемъ и распоряженіемъ закона ¹²⁾, оно несостоятельно потому, что сказанное отношеніе всегда одинаково, и слѣдовательно, не подаетъ повода такому или иному дѣленію законовъ. Что касается общепринятости дѣленія, она чуть ли не отраженіе сбивчивости въ ученіи объ источникахъ права ¹³⁾. Его несостоятельность можетъ быть показана на примѣрѣ, какой приведенъ, напр., у Мейера въ поясненіе гипотетическихъ законовъ ¹⁴⁾. Дѣйствительно, «законы, опредѣляющіе порядокъ наслѣдованія въ имуществахъ благопріобрѣтенныхъ, постановлены на случай, когда не будетъ завѣщательнаго распоряженія объ имуществѣ, или когда духовное завѣщаніе будетъ признано недѣйствительнымъ». Но что же это значить? Лишь то, что эти законы имѣютъ предположеніе, при исполненіи котораго должны исполняться распоряженія этихъ законовъ, а не другихъ, имѣющихъ своимъ предположеніемъ смерть лица съ за-

¹⁰⁾ Savigny, I, § 16; Wächter, II, § 1; Unger, I, § 9; Windscheid, I, § 30; Мейеръ, 4 изд., стр. 22.

¹¹⁾ Zwingendes — nachgiebiges Recht (Windscheid); Präceptiv- und Dispositivgesetze (Unger); absolute oder gebietende und vermittelnde Rechtsregeln (Savigny) Мейеръ не выделяетъ въ особую группу законовъ гипотетическихъ; у него они «входятъ въ разрядъ дозволительныхъ законовъ».

¹²⁾ Ниже будетъ видно что, оно привлекаетъ и другія точки зрѣнія.

¹³⁾ — сбивчивости, при которой, какъ замѣчено выше, стр. 38, примѣч. 13, источниками права считались, напр., договоры. На это указываютъ выраженія, употребляемые для характеристики гипотетическихъ законовъ, какъ такихъ, которые будто бы отменяются частной волей въ отдѣльныхъ случаяхъ; напр., Zachariae, I, § 36, но см. Unger, I, § 9, nota 2.

¹⁴⁾ Мейеръ, 4 изд., стр. 22.

вѣщаніемъ. Дѣйствіе частной воли сказывается, слѣдовательно, не въ томъ, будто эта воля (какъ завѣщаніе) отмѣняетъ дѣйствіе какихъ бы то ни было гипотетическихъ законовъ; а въ томъ, что проявленіе этой воли составляетъ предположеніе для однихъ, а не для другихъ законовъ.

Но не всѣ законы одинаково относятся къ своему предположенію; въ различіяхъ такого отношенія кроются различія между законами.

Такъ, иногда законъ только намекаетъ на свое предположеніе, отмѣчаетъ его общеизвѣснымъ признакомъ, но воздерживается отъ подробностей въ описаніи и въ опредѣленіи другихъ признаковъ. Такъ, предположеніемъ выраженного въ ней распоряженія статья 670 1 ч. X т. беретъ «ущербъ въ кредитъ». Но что такое кредитъ, какимъ образомъ можетъ произойти ущербъ въ немъ, и т. п., въ ст. 670 не указано и не сказано. Законъ отмѣтилъ свое предположеніе общеизвѣстнымъ признакомъ, предоставивши усмотрѣнію суда рѣшать въ каждомъ случаѣ, какъ вопросъ этого случая, (*quaestio facti*), вопросъ о томъ, сбылось или нѣтъ предположеніе ст. 670 1 ч. X т. Если сбылось, тогда необходимо должно имѣть мѣсто послѣдствіе, указанное въ той же ст. 670, т. е. вознагражденіе ущерба; если нѣтъ, нѣтъ. Для суда подобнаго рода законъ — бланкъ, который въ каждомъ данномъ случаѣ выполняется усмотрѣніемъ суда, т. е. не произволомъ, а соображеніемъ всей обстановки и всѣхъ данныхъ конкретнаго случая ¹⁴⁾.

Но другіе законы относятся къ своему предположенію иначе. Они опредѣляютъ и вычисляютъ составные моменты сво-

¹⁴⁾ Въ такой развязанности суда по отношенію къ оцѣнкѣ всей обстановки и всѣхъ данныхъ конкретнаго случая состоитъ та *справедливость*, та *Billigkeit*, *aequitas*, которая приспособляетъ отвердѣвшую въ словѣ волю закона къ безконечному разнообразію дѣйствительности. Windscheid, I, § 28; Kierulff, стр. 22 — 23; Unger, I, стр. § 11; Thöl, Einleitung, § 38.— Такъ образъ справедливости является не источникомъ права, а лишь однимъ изъ мотивовъ суда при подведеніи отдѣльнаго случая подъ законъ; «такая справедливость всегда можетъ быть удовлетворена средствами положительнаго права». (Windscheid).

его предположенія, обозначая ихъ особыми терминами, мѣтками. Такъ, предположеніе ст. 533 1 ч. X т. опредѣлено въ составныхъ моментахъ, обозначенныхъ отдѣльными признаками: «спокойное, безспорное и непрерывное владѣніе въ видѣ собственности въ теченіи установленной закономъ давности». За неимѣніемъ другаго термина, мы назовемъ такіе законы *моделирующими* ¹⁵⁾. Исполненіе предположенія моделирующаго закона имѣеть мѣсто лишь тогда, когда въ данномъ случаѣ совершился фактъ со всѣми признаками, какіе выставлены въ законѣ, какъ составные признаки предположенія. Но что будетъ тогда, если въ данномъ случаѣ не окажется на лицо того или другаго изъ признаковъ предположенія? Одно изъ двухъ: или фактъ останется въ области безразличныхъ для права событій, или же онъ явится предположеніемъ другаго закона, распоряженіе котораго и наступитъ по отношенію къ этому факту ¹⁶⁾. Такъ, сожителство неженатаго мужчины съ незамужней женщиной, начавшееся не такъ, какъ это требуется для брака, само по себѣ (безъ прижитія ребенка) останется фактомъ безразличнымъ для права. Но вексель, не удовлетворяющій требованіямъ ст. 541 2 ч. X., можетъ удовлетворять предположенію статей 1 ч. X т. о долговыхъ обязательствахъ. То же самое можно видѣть, напр., въ ст. 991 ч. 1 X т. Точно также, когда завѣщаніе признано недѣйствительнымъ, нѣтъ больше смерти съ завѣщаніемъ, т. е., нѣтъ

¹⁵⁾ При такихъ законахъ равенство предъ закономъ есть равенство и предъ судомъ. Въ этомъ преимущество *jus strictum*, которое въ отдѣльномъ случаѣ изъ *summa jus* можетъ стать *summa injuria*.

¹⁶⁾ Съ этой стороны между уголовнымъ и гражданскимъ правомъ не должно быть ни какой разницы. Въ уголовномъ правѣ всѣ законы моделирующаго характера; и если въ данномъ случаѣ совершился фактъ, неудовлетворяющій своими признаками предположенію одного закона, не можетъ имѣть мѣста исполненіе распоряженія этого закона. Совершившійся фактъ или удовлетворитъ предположенію другаго закона, или же останется вообще внѣ области наказуемыхъ дѣяній. На такое сходство уголовного и гражданского права указано уже у Кирульова, стр. 28 — 29, — указаніе, повидимому, забытое позднѣйшими цивилистами.

исполненія предположенія законовъ о завѣщаніяхъ; но за то есть исполненіе предположенія другихъ законовъ — о наследованіи по закону ¹⁷⁾.

Средину между законами моделирующими и законами только отмѣчающими свое предположеніе занимають тѣ законы, которые опредѣляютъ свое предположеніе отрицательно, чрезъ указаніе на моменты, какихъ не должно быть на-лицо въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ исполненія ихъ предположенія. Такова, напр., ст. 1529 1 ч. X т. Что же будетъ, если въ данномъ случаѣ окажется то согласіе двухъ или болѣе лицъ, о которомъ говоритъ ст. 1528 1 ч. X т., но зараженное присутствіемъ одного или нѣсколькихъ изъ тѣхъ отрицательныхъ моментовъ, какихъ въ немъ не должно быть по ст. 1529 1 ч. X т.? Не будетъ на-лицо исполненія того предположенія, какое необходимо для исполненія распоряженія ст. 569, 570, 1536 и др. 1 ч. X т. Мало того: совершившійся фактъ, негодный, изъ за присутствія въ немъ отрицательнаго момента, исполнить предположеніе одного закона, именно изъ-за такого присутствія, быть можетъ, исполнить собой предположеніе котораго ибудь изъ уголовныхъ законовъ. Такъ, прижитіе ребенка въ сожительствѣ неженатаго съ незамужнею, будетъ фактомъ, негоднымъ вызвать исполненіе распоряженія законовъ объ отношеніяхъ между родителями и дѣтьми; но оно исполнить собой предположеніе ст. 994 Улож. о нак.

Съ моделирующими законами не должны быть смѣшиваемы тѣ законы, которые лишь опредѣляютъ, какими способами судъ можетъ удостовѣриться въ томъ, что фактъ, выставляемый какъ исполненіе предположенія извѣстнаго закона, дѣйствительно совершился и совершался со всеми признаками, какіе нужны для того, чтобы такой фактъ исполнялъ собой предположеніе закона. Законы, опредѣляющіе такіе способы, одновременно при-

¹⁷⁾ Очевидно, что такъ называемое «преображеніе сделки въ другую», — Мейеръ, стр. 168 — 169, Windscheid, I, § 82 — только частный случай негодности даннаго факта быть исполненіемъ предположенія одного закона и его годности быть такимъ исполненіемъ для другаго закона.

надлежать къ области матеріальнаго гражданскаго права и къ области права процессуальнаго ¹⁸⁾. Назовемъ ихъ законами, регулирующими доказываніе. Способы удостовѣренія суда въ исполненіи предположеній законовъ не зависятъ отъ того, какъ относится данный законъ къ своему предположенію. Такъ, ст. 533 1 ч. X т., — есть законъ моделирующій; она точно опредѣляетъ составные признаки своего предположенія; но удостовѣреніе въ исполненіи этого предположенія со всѣми его признаками оставлено, такъ сказать, на свободѣ, какъ вопросъ процессуальный. Наоборотъ, ст. 1528, 1530 1 ч. X т. лишь намекаютъ на свои предположенія; тѣмъ не менѣе удостовѣреніе въ исполненіи такого предположенія будетъ происходить по способамъ, указаннымъ, напр., въ ст. 1531 и слѣд. 1 ч. X т. Но законы, регулирующие доказываніе, совпадаютъ съ тѣми моделирующими законами, предположеніе которыхъ таково, что оно можетъ быть исполнено каждымъ отдѣльнымъ фактомъ лишь тогда, если такой фактъ возникъ въ определенной формѣ. Такъ, завѣщаніе есть форма, внѣ которой не можетъ обнаружиться предсмертная воля; но то же завѣщаніе есть и доказательство того, что такая воля дѣйствительно обнаружилась: ст. 1023 1 ч. X т. есть въ одно и то же время законъ моделирующій и законъ регулирующій доказываніе. Такое же двойственное значеніе имѣютъ всѣ крѣпостные акты: крѣпостной актъ ¹⁹⁾, все равно, какой, — купчая крѣпость, отдѣльная, рядная, дарственная и т. п., есть форма, внѣ которой не можетъ произойти отчужденіе, и въ то же время — единственный способъ доказать, что такое отчужденіе совершилось.

Что же будетъ, если удостовѣреніе въ совершеніи извѣстнаго факта не можетъ быть сдѣлано тѣмъ способомъ, какой предписанъ въ законѣ для подобнаго удостовѣренія? *Въ случаѣ спора*, совершеніе факта останется не доказаннымъ, т. е. для суда

¹⁸⁾ Savigny, III, § 130. Unger, II, § 86, Windscheid, I, § 72. Мейеръ стр. 142 — 147.

¹⁹⁾ Ст. 728 1 ч. X т., Полож. о нотаріальной части, ст. 66.

не существующимъ. Это одинаково вѣрно какъ для тѣхъ законовъ, которые сами по себѣ суть только законы регулирующие доказываніе, такъ и для тѣхъ, которые одновременно суть законы моделирующие и законы, регулирующие доказываніе ²⁰⁾.

Но законы, регулирующие доказываніе, обращаютъ на себя вниманіе еще съ одной стороны: въ ихъ соблюденіи заинтересована казна (фискъ). Нарушеніе фискальнаго интереса теперь ²¹⁾ влечетъ за собой обыкновенное послѣдствіе такихъ нарушеній — денежный штрафъ, не трогая ни доказательной силы средства доказыванія (письменнаго акта) ²²⁾, ни тѣмъ больше — удовлетворительности доказываемаго факта, какъ исполненія предположенія даннаго закона ²³⁾.

Говоря выше о составныхъ частяхъ содержанія закона, объ отношеніи закона къ своему предположенію, о возникающемъ отсюда различіи между законами, мы имѣли въ виду простѣйшіе случаи, гдѣ въ одномъ и томъ же законѣ заключены объ части его содержанія. Но это есть простѣйшіе и потому — наименѣ частые случаи: со стороны своего содержанія законы обыкновенно связаны между собой, ссылаются другъ на друга, взаимно зависятъ между собою.

§ 11. Взаимная зависимость законовъ по ихъ содержанію; различія законовъ по такой зависимости.

Взаимно одинъ отъ другаго зависятъ по содержанію тѣ законы, изъ которыхъ одинъ заключаетъ въ себѣ предположеніе, а другой — распоряженіе на случай исполненія такого предположе-

²⁰⁾ Но въ *случае спора*, котораго нѣтъ, когда есть признаніе ст. 480 Уст. Гр. Судопр. Отсюда разница между законами моделирующими и законами регулиющими доказываніе: признаніе устраняетъ споръ, но не создаетъ факта, удовлетворяющаго предположенію моделирующаго закона.

²¹⁾ Уставъ о Гербовомъ Сборѣ, 17-го апрѣля 1874 г., ст. 107; Уставъ Гражд. судопр., ст. 462, и еще раньше, дополненіе къ примѣч. I ст. 3, 2 ч. X т., по продолженію 1863 г.

²²⁾ Какъ это было до приведеннаго въ предыдущемъ примѣчаніи дополненія къ примѣчанію 1, ст. 3, 2 ч. X т.

²³⁾ Такое значеніе нарушеніямъ фискальнаго интереса пытался придать Петръ I; Неволинъ, Полн. Собр. соч., IV стр. 65 и слѣд.

нія ¹⁾. Мало того: нерѣдко бываетъ, что отдѣльные признаки предположенія заключены не въ одномъ законѣ, но разбросаны по разнымъ законамъ; такъ что предположеніе въ цѣломъ его составѣ можетъ быть собрано (конструировано) изъ разныхъ законовъ ²⁾. Такая же разбросанность по различнымъ законамъ можетъ имѣть и часто имѣетъ мѣсто относительно распоряженія ³⁾.

Взаимная зависимость законовъ по ихъ содержанію отзывается въ различіяхъ законовъ. Такъ:

1) Законы, опредѣляющіе предположенія, могутъ быть:

а) *Взаимно связаны* (координированы). Они взаимно связаны тѣмъ, что въ нихъ разбросаны отдѣльные признаки одного и того же предположенія, признаки положительные или отрицательные, но признаки *одинаковаго объема* ⁴⁾.

б) *Взаимно подчинены* (субординированы). Они подчинены тѣмъ, что въ нихъ разбросаны отдѣльные признаки одного и того же предположенія, признаки положительные или отрицательные, но признаки *неодинаковаго объема*: одни болѣе общіе, другіе — менѣе общіе. Такъ, возьмемъ договоръ товарищества. Какъ предположеніе, онъ заключаетъ въ себѣ, во-первыхъ, признаки, свойственные только ему одному: «одно общее имя» ⁵⁾ есть признакъ, свойственный только товариществу. Во-вторыхъ, договоръ товарищества, какъ предположеніе, заключаетъ въ себѣ признаки,

¹⁾ Такъ, ст. 2129 1 ч. X т. заключаетъ въ себѣ предположеніе, а ст. 2134 — заключаетъ въ себѣ распоряженіе на случай исполненія предположенія, заключеннаго въ ст. 2129.

²⁾ Такъ, признаки того предположенія, которое называется духовнымъ завѣщаніемъ, заключены не въ одной лишь ст. 1010 1 ч. X т., но въ цѣломъ рядѣ статей того же тома и части.

³⁾ Такъ, послѣдствія принятія наслѣдства опредѣлены не только въ ст. 1256, но въ 1259 и въ другихъ статьяхъ 1 ч. X т.

⁴⁾ Такъ, ст. 2064 — 2065 1 ч. X. заключаютъ въ себѣ положительные признаки одного и того же предположенія, договора ссуды. Статьи 2014, 2017, 2019, 2025 заключаетъ въ себѣ отрицательные признаки одного и того же предположенія, договора займа. Въ обоихъ примѣрахъ — признаки одинаковаго объема; первые — только признаки ссуды, вторые — только признаки займа.

⁵⁾ Ст. 2126, 1 ч. X т.

свойственные всякому другому договору ⁶⁾. Въ третьихъ, договоръ товарищества, какъ предположеніе, заключаетъ въ себѣ признаки, свойственные вообще всякому юридическому дѣйствию, или выражался терминологіей 1 ч. X т. ⁷⁾, всякому способу пріобрѣтенія правъ на имущества, слѣдовательно, онъ заключаетъ въ себѣ и признакъ ст. 700 1 ч. X т.

Договоръ товарищества разложенъ сейчасъ на отдѣльные признаки по степени ихъ возрастающей общности. Но онъ можетъ быть разложенъ на другіе признаки по степени возрастающей частности этихъ признаковъ. При такомъ разложеніи мы прежде всего встрѣтимся съ тѣми видами, образами товарищества, въ которыхъ оно является товариществомъ полнымъ, товариществомъ на вѣрѣ и товариществомъ по участкамъ ⁸⁾.

2) Оба вида взаимной зависимости повторяются для законовъ, заключающихъ въ себѣ распоряженія. И здѣсь отдѣльные законы:

а) *Взаимно связаны*. Они взаимно связаны тѣмъ, что въ нихъ разбросаны указанія на отдѣльныя послѣдствія какъ составныя части того распоряженія, которое должно исполняться каждый разъ, когда исполнится соотвѣтствующее предположеніе ⁹⁾, но послѣдствія *одинаковаго* объема.

б) *Взаимно подчинены*. Они подчинены тѣмъ, что въ нихъ разбросаны указанія на отдѣльныя послѣдствія, имѣющія наступить при исполненіи соотвѣтствующаго предположенія, но послѣдствія *неодинаковаго* объема: одни -- болѣе общія, другія -- менѣе общія. Возрастающая общность такихъ послѣдствій находится въ причинной связи съ возрастающей общностью признаковъ соотвѣтствующаго предположенія. Точно также возрастающая частности послѣдствій находится въ причинной связи съ возра-

⁶⁾ Ст. 1528, 1529 1 ч. X т.

⁷⁾ Ст. 699 1 ч. X т.

⁸⁾ Ст. 2128 1 ч. X т., ст. 750 — 751 т. XI, ч. 2, Уст. торговый.

⁹⁾ Такъ статьи 2067 и 2068 заключаютъ въ себѣ отдѣльныя части одного и того же распоряженія.

стающей частностью признаковъ соответствующаго предположенія ¹⁰⁾.

Изъ такой взаимной зависимости законовъ по содержанию вытекають слѣдующія различія законовъ:

а) *Законы общіе и частныя* (*jus commune, jussingulare*) ¹¹⁾. Для большинства законовъ это различіе — чисто относительное: тотъ или другой законъ будетъ общимъ или частнымъ, смотря по тому, будемъ ли мы оцѣнивать его содержаніе съ точки зрѣнія возрастающей общности или же съ точки зрѣнія возрастающей частности опредѣленныхъ въ законѣ признаковъ предположенія или отдѣльныхъ послѣдствій, какъ составныхъ частей распоряженія. Такъ, напр., законы о завѣщаніи ¹²⁾ въ одно и то же время суть законы общіе и частныя; общіе, насколько есть законы объ особенныхъ завѣщаніяхъ ¹³⁾; но они частныя, насколько есть другіе, болѣе общія законы, вообще опредѣляющіе юридическія дѣйствія ¹⁴⁾. Чѣмъ больше положительное право различаетъ и подразличаетъ, тѣмъ больше сказывается противоположность возрастающей общности и возрастающей частности въ содержаніи отдѣльныхъ законовъ ¹⁵⁾.

¹⁰⁾ Так. образ. для поднаго товарищества, послѣдствіе указанное въ ст. 2134, свойственно только договору товариществу; оно находится въ причинной связи съ признакомъ товарищества, указаннымъ въ ст. 2129. Но къ полному товариществу относится, напр., послѣдствіе ст. 569, потому что и товарищество есть договоръ. Наконецъ, къ полному товариществу можетъ относиться и послѣдствіе ст. 703, ибо полное товарищество есть одинъ изъ способовъ приобрѣтенія правъ на имущество.

¹¹⁾ Ср. Kierulff, стр. 47 — 53; Savigny, I, стр. 61 — 66, Wächter, II, § 3; Unger, I, § 8. Windscheid, I, § 29. Мейеръ, 4 изд. стр. 23. Но въ особенности Thöl, Einleitung, § 37.

¹²⁾ Ст. 1010 и слѣд. 1 ч. X т.

¹³⁾ Ст. 1071 и слѣд. 1 ч. X т.

¹⁴⁾ Напр., ст. 699 и слѣд. 1 ч. X т.

¹⁵⁾ Thöl, loc. cit. Je mehr das Recht die individuellen Verschiedenheiten berücksichtigt, um so mehr wird es Unterscheidungen machen, einen Thatbestand von den andern sondern, um so mehr werden also der Classen und der Rechtsätze seyn. Je weniger, um so allgemeinere und weniger Classen und Rechtsätze werden seyn. Oft geht das Recht in ein weit grösseres Detail des Factischen ein, als man gewöhnlich denkt und angiebt. Ср. Windscheid, I, nota 1 къ § 24.

Начавши различать содержаніе законовъ съ точки зрѣнія возрастающей общности или частности, мы найдемъ наконецъ такіе законы, въ которыхъ прекращается возрастаніе общности и частности ихъ содержанія: только такіе законы суть законы безусловно общіе или безусловно частные. Но тѣхъ и другихъ сравнительно не много. Содержаніе законовъ безусловно — общихъ самое широкое: оно опредѣляетъ предположенія или распоряженія всѣхъ другихъ законовъ; но опредѣляетъ недостаточно, ибо слишкомъ обще. Содержаніе безусловно частныхъ законовъ — самое тѣсное, ибо оно опредѣляетъ лишь одно предположеніе или распоряженіе, но опредѣляетъ недостаточно, ибо слишкомъ частно. Безусловно-общіе и безусловно частные законы содѣйствуютъ другъ другу, будучи сближены чрезъ посредство другихъ законовъ, болѣе частныхъ, чѣмъ законы безусловно общіе, и болѣе общихъ, чѣмъ законы безусловно частные. Такъ образомъ, ст. 700 и ст. 2100 сблизятся между собой чрезъ посредство статей, напр., 1528, 1529, 1543 и другихъ. Большинство законовъ одновременно суть законы болѣе общіе по сравненію съ другими, менѣе общими т. е., болѣе частные по сравненію съ другими, менѣе частными, т. е., болѣе общими. Причина такой сравнительной общности или частности содержанія законовъ, какъ уже замѣчено, кроется въ сравнительной общности или частности отдѣльныхъ признаковъ, принятыхъ во вниманіе въ законахъ, опредѣляющихъ предположенія. Потому, нельзя понимать различіе законовъ общихъ и частныхъ такъ, что будто одни заключаютъ въ себѣ «нормальное» а другіе — «аномальное право»¹⁶⁾, или что одни принадлежатъ къ области «чистаго права», а другіе къ области политики, къ области соображеній «общественныхъ пользъ и нуждъ»¹⁷⁾. Нельзя, далѣе, представлять это различіе и такъ, будто общіе законы — тѣ, ко-

¹⁶⁾ Savigny I, § 16, Regelmässiges und anomalisches Recht; Windscheid, I, § 29: Regelmässiges und Regelwidriges Recht.

¹⁷⁾ Savigny, *ibid*; и возраженіе Windscheid, *ibid*, nota 1. Поводъ къ такому пониманію — извѣстное опредѣленіе, данное для *jus singulare* въ L. 16 D. de legib. 1. 3: *Jus singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est.*

торые не заботятся объ отдѣльныхъ лицахъ, или объ отдѣльныхъ вещахъ, — какъ заботятся объ нихъ законы частныя ¹⁸⁾. И тѣ и другіе законы одинаково опредѣляютъ предположенія и распоряженія, совершенно не заботясь о томъ, какое лицо или какаѣ вещь будутъ прикосновенны къ тому факту, который, совершившись въ данномъ случаѣ, исполнить собой соотвѣтствующее предположеніе закона и тѣмъ вызоветъ исполненіе соотвѣтствующаго распоряженія ¹⁹⁾. Законы частныя такъ же безпристрастны и нелицепріятны, какъ и законы общіе; но первые обращаютъ вниманіе на болѣе частныя признаки, чѣмъ тѣ признаки, на которые обращаютъ вниманіе законы общіе ²⁰⁾. Мотивы которыми руководился законодатель, обративши вниманіе въ частномъ законѣ на тотъ или другой изъ частныхъ признаковъ, на который не обратилъ вниманія общій законъ, лежатъ внѣ сферы права и могутъ быть весьма различны: охраненіе и поддержка общественной морали ²¹⁾; охраненіе общественной безопасности ²²⁾, заботы о благосостояніи ²³⁾, мотивы состраданія, изъ за которыхъ принимаются въ расчетъ, напр., недостаточный возрастъ, сиротство и т. д., — вообще, всякія *rationes utilitatis* и *necessitatis publicae*. Но это ужъ дѣло совѣсти и благоразумія законодателя: мотивы вызвали

¹⁸⁾ Такому представленію содѣйствовала терминологія римскаго права, называвшаго *jus singulare privilegia*. Savigny, I, стр. 65 — 66. Kierulff стр. 48. Мейеръ такъ и опредѣляетъ особые законы, какъ «законы для лицъ, находящихся въ извѣстныхъ исключительныхъ условіяхъ». Но напр., законы о родовыхъ имуществахъ — въ чемъ ихъ отношеніе къ лицамъ? А потомъ, въ исключительныхъ условіяхъ, напр., малолѣтства побывали и побываютъ всѣ несовершеннолѣтніе и совершеннолѣтніе.

¹⁹⁾ Такъ уже Wachter, II, стр. 15: Dieses singuläre Recht bildet nicht einen Gegensatz zum allgemeinen Recht, zum *jus generale*, sondern es ist allgemeiner Natur und ein Bestandtheil des *allgemeinen Rechts*; es enthält Rechtsnormen, bald für ganze Classen von Personen und Sachen, bald für alle Personen und Sachen und für ganz generelle Rechtsverhältnisse.

²⁰⁾ Unger, I, стр. 51: Das singuläre Recht ist gleich dem regelmässigen unter den höheren Begriff des *jus generale* vereint; es ist gleich diesem, allgemeiner Natur, ein Bestandtheil des generelle Normen enthaltenden, die Rechtsverhältnisse in abstracto normirenden Rechts.

²¹⁾ Такъ, напр., ст. 103, 1529, п. 1, 1 ч. X X т.

²²⁾ Напр., ст. 445; 1 ч. X т.

²³⁾ Ст. 394, 1324, 1692; 1 ч. X т.

обнародованіе такого, иного частнаго закона, который, послѣ обнародованія, въ своемъ содержаніи не зависить больше ни отъ мотивовъ, ни отъ цѣлей ²⁴⁾).

Различіе на общіе и частные законы, какъ слѣдствіе сравнительной общности или частности отдѣльных признаковъ, принятыхъ въ расчетъ при опредѣленіи предположеній, очевидно, тѣсно примыкаетъ къ законамъ, которые выше названы законами моделирующими. Моделирующій законъ есть тотъ, который указываетъ на положительные или отрицательные признаки опредѣляемаго предположенія: сравнительная общность или частность моделируемаго признака дѣлаетъ моделирующій законъ общимъ или частнымъ. Для исполненія соответствующаго распоряженія необходима наличность въ совершившемся фактѣ положительныхъ признаковъ и кромѣ того — отсутствіе признаковъ отрицательныхъ. Отсюда новое различіе:

б) *Законы повелѣвающіе и запрещающіе.* Повелѣвающіе суть тѣ законы, которые требуютъ наличности извѣстныхъ признаковъ, изъ которыхъ слагается данное предположеніе, исполняемое совершеніемъ соответствующаго факта. Такимъ образомъ, повелѣвающіе суть всѣ законы моделирующіе, все равно, употребленъ или нѣтъ въ ихъ редакціи глаголь: повелѣвать, или слово производное отъ него, или же другой равнозначущій терминъ. ²⁵⁾ И такъ какъ различія въ составѣ отдѣльных признаковъ предположенія необходимо опредѣляютъ собой и различія въ составѣ распоряженія: при наличности однихъ признаковъ должны имѣть мѣсто одни послѣдствія; при наличности другихъ признаковъ — другія послѣдствія, то отсюда слѣдуетъ, что всѣ законы, опредѣляющіе распоряженія, суть законы — повелѣвающіе, опять таки, независимо отъ того, какова ихъ редакция ²⁶⁾.

Законы запрещающіе суть тѣ, которые указываютъ на отрицательные признаки предположеній, т. е., на такіе, которыхъ

²⁴⁾ Kierulff, стр. 48.

²⁵⁾ Ст. 31, 1010, 1016, 1018 и др., 1 ч. X т. суть законы повелѣвающіе.

²⁶⁾ Ст. 100, 103, 106, 108, ст. 1017, 1019 и друг. суть законы повелѣвающіе.

не должно быть, ибо ихъ присутствіе мѣшаетъ факту, совершившемуся въ данномъ случаѣ, оказаться исполненіемъ соотвѣтствующаго предположенія, которому онъ удовлетворяетъ своими положительными признаками. Относительно распоряженія запрещающей законъ отклонить исполненіе соотвѣтствующаго распоряженія для всѣхъ тѣхъ случаевъ, гдѣ совершится фактъ, удовлетворяющей положительнымъ признакамъ соотвѣтствующаго предположенія, но страдающей присутствіемъ запрещеннаго отрицательнаго признака. Редакція запрещающаго закона безразлична; глаголъ запрещать, можетъ быть замѣненъ другими выраженіями ²⁷⁾.

Если назвать законы повелѣвающіе и запрещающіе законами *принудительными* ²⁸⁾, то противоположность имъ составляютъ:

с) *Законы дозвольтельные*. Они оказываются въ кругу законовъ повелѣвающихъ и запрещающихъ. Такъ, нисходя въ порядкѣ возрастающей частности, законъ повелѣвающей обращаетъ вниманіе на признакъ болѣе частный, чѣмъ тѣ, наличность которыхъ имъ повелѣна, и на случай наличности такого болѣе частнаго признака, разрѣшаетъ отъ повелѣнія, т. е. дозволяетъ отсутствіе того или другаго изъ болѣе общихъ признаковъ, которые требуются въ другихъ случаяхъ, гдѣ нѣтъ того болѣе частнаго признака, изъ за котораго разрѣшается повелѣніе. ²⁹⁾ Здѣсь дозволяющій законъ является *исключеніемъ* изъ правила въ томъ смыслѣ, что случаи съ признакомъ, вызвавшимъ разрѣшеніе повелѣнія, быва-

²⁷⁾ Ст. 222, 1529, 202 одинаково запрещающіе законы; ср. Laurent, I, стр. 93 — 94.

²⁸⁾ Здѣсь заимствуется лишь общепринятая терминологія, но не общепринятая характеристика *принудительныхъ*, т. е., повелѣвающихъ и запрещающихъ законовъ. Мейеръ, стр. 22, изд. говоритъ: «законы принудительные раздѣляются на повелительные, что либо повелѣвающіе, и запретительные, что либо запрещающіе». Очевидно, все различіе сводится къ редакціи, безъ всякой заботы о болѣе точномъ опредѣленіи этого «что либо», запрещаемаго или повелѣваемаго. Невѣрная характеристика такъ называемыхъ законовъ гипотетическихъ или диспозитивныхъ (см. § 10), въ противоположность съ законами *принудительными*, — гнѣздо почти всѣхъ неясностей и недоразумѣній, которыхъ столько въ ученіи о различіи законовъ.

²⁹⁾ Такъ, см. 2103 есть законъ дозволяющій, т. е., разрѣшающій повелѣніе, данное въ ст. 2104, — но почему? Потому, что ст. 2106, обращаетъ вниманіе на такой признакъ, на который не обращаетъ вниманія ст. 2104.

ютъ рѣже, чѣмъ случаи, гдѣ такого признака не бываетъ, и гдѣ слѣдовательно, должны быть на-лицо всѣ признака, указанные въ повелѣвающемъ законѣ.

Точно также, законъ запрещающій, психодя въ порядкѣ возрастающей частности, отступаетъ предъ наличностью болѣе частнаго признака, ради котораго разрѣшается отъ запрещенія, дозволяется: здѣсь дозволяющій законъ является *исключеніемъ* изъ правила въ томъ смыслѣ, что случаи съ признакомъ, вызвавшимъ разрѣшеніе запрещенія, бываютъ рѣже, чѣмъ случаи, гдѣ такого признака не бываетъ, и гдѣ, слѣдовательно, должно дѣйствовать запрещеніе ³⁰⁾.

Но благодаря той же возрастающей частности, законъ дозволяющій можетъ опять отступить предъ наличностью признака еще болѣе частнаго, чѣмъ тотъ, ради котораго было сдѣлано дозволеніе: вмѣсто дозволенія явится запрещеніе.

Такимъ образомъ, взаимное отношеніе законовъ общихъ и частныхъ, *игра* ихъ возрастающей общности и частности, вызываетъ а) противоположность законовъ принудительныхъ и дозволильных; б) противоположность законовъ запретительныхъ и дозволильных; в) противоположность правилъ съ исключеніями.

Такое взаимное отношеніе между законами, по которому одни изъ нихъ являются повелѣвающими и запрещающими, а другіе дозволяющими, вызывается поводами, которые лежатъ внѣ области права, ибо принадлежатъ къ области мотивовъ законодательства. Запрещеніе появилось потому, что по тѣмъ или другимъ мотивамъ, вызвавшимъ запрещающій законъ, въ составъ извѣстнаго предположенія введенъ такой частный признакъ, на который прежде не обращалось вниманія; изъ за него отклонены послѣдствія болѣе общихъ признаковъ ³¹⁾. Или же: по тѣмъ или другимъ мотивамъ, вызвавшимъ запрещающій законъ, изъ состава

³⁰⁾ Ст. 1068 1 ч. X т., заключаетъ въ себѣ запрещеніе, а потомъ дозволеніе на случай, который бываетъ рѣже, чѣмъ тѣ случаи, на которые дано запрещеніе. Тоже самое, напр., въ ст. 2019, 2020 и 2022.

³¹⁾ Таковы, напр., пять запрещеній, выраженныхъ въ ст. 2—5 1 ч. X т.

на извѣстнаго предположенія устранить такой частный признакъ, изъ за котораго прежде допускались извѣстные послѣдствія; онъ устраненъ, а потому устранены, запрещены и его послѣдствія ³²⁾. Наоборотъ: дозволеніе явилось въслѣдствіе того, что устраненъ частный признакъ предположенія, на который обращалъ прежде вниманіе запрещающій законъ ³³⁾. Или: оно явилось потому, что въ составъ извѣстнаго предположенія введенъ болѣе частный признакъ, изъ за котораго дозволено послѣдствіе, не допущенное болѣе общимъ признакомъ предположенія ³⁴⁾.

Наконецъ, и въ гражданскомъ правѣ нерѣдко исполненіе предположеній происходитъ при участіи органовъ общественной власти: законы опредѣляющіе такое участіе, являются повелѣніями, запрещеніями или дозволеніями, адресованными къ этимъ органамъ ³⁵⁾.

Такимъ образомъ, въ частности, различіе законовъ на запрещающіе и позволяющіе прямо вытекаетъ изъ различнаго содержанія законовъ, съ какимъ они являются въ ихъ взаимномъ отношеніи, а не есть только слѣдъ историческихъ перемѣнъ въ законодательствѣ ³⁶⁾. Такой слѣдъ составляютъ лишь тѣ законы, которые произвели отміну прежняго закона или законовъ не чрезъ уничтоженіе, а чрезъ замѣну: дозволеніе замѣнено запрещеніемъ, запрещеніе замѣнено дозволеніемъ ³⁷⁾.

Различіе въ содержаніи законовъ, опредѣляющихъ предположенія и распоряженія, вызываетъ, далѣе, одинъ классъ законовъ, которые могутъ быть обозначены какъ:

d) *Легальные опредѣленія*. Ихъ можно раздѣлить на два

³²⁾ Таковы, напр., п. 2 ст. 103 съ п. 1 той же статьи; вторая половина ст. 114, 1 ч. X т.

³³⁾ Таковы, напр., ст. 1583 1 ч. X т.

³⁴⁾ Напр., ст. 2022 по сравненію со статью 2021 1 ч. X т.

³⁵⁾ Таковы запрещенія, повелѣнія и дозволенія, адресоваться къ нотариусамъ; изъ нихъ состоитъ главнымъ образомъ Положеніе о нотаріальной части.

³⁶⁾ Unger, I, стр. 58.

³⁷⁾ Ср. еще относительно сказаннаго въ этомъ § о различіяхъ законовъ: Thöl, Einleitung, § 39; также Laurent, I, стр. 91 — 105.

вида: 1) *опредѣленія суммирующія*, которыя сводятъ въ одно существенныя признаки извѣстнаго предположенія; 2) *опредѣленія фиксирующія*, которыми устанавливается смыслъ того или другаго изъ отдѣльныхъ признаковъ даннаго предположенія, и слѣдовательно, устанавливается значеніе терминовъ, обозначившихъ такіе признаки ³⁸). Этотъ классъ законовъ, очевидно, есть только разновидность моделирующихъ законовъ. Какъ и всякія другія опредѣленія, легальныя опредѣленія тоже могутъ быть сдѣланы удачно, или неудачно; они — пробный камень редакціонной техники закона; но каковы бы они ни были, эти опредѣленія суть законы, отъ которыхъ должна отправляться наука и которымъ должна подчиняться практика. И въ частности, что касается практики, для нея подобныя опредѣленія необходимы: еще вопросъ, будутъ ли удачнѣе тѣ опредѣленія, которыя въ каждомъ данномъ случаѣ стали бы создавать суды. Легальное опредѣленіе, хотя бы неудачное и неполное, имѣетъ за себя уже то преимущество, что оно одинаково для всѣхъ случаевъ. Что касается науки, для нея подобныя опредѣленія — опорныя пункты въ розысканіи отдѣльныхъ признаковъ предположеній для сведенія ихъ въ одно цѣлое (юридическая конструкція) и въ нахожденіи основной мысли такого или иного распоряженія (*rationes juris*). Такія опредѣленія требуютъ высокой степени редакціоннаго искусства, и потому они — наиболѣе слабая часть русскаго Свода гражданскихъ законовъ. Но безъ нихъ нельзя обойтись, ибо иначе вмѣсто судебной практики, основанной на законѣ, явится самый страшный изъ всѣхъ видовъ произвола, произволъ суда; а вмѣсто науки разъясняющей законы, появятся свободныя размышленія по поводу положительнаго права, если не права вообще ³⁹).

³⁸) Примѣры опредѣленій перваго вида — опредѣленія, напр., ст. 196, 420, 1010, 1737; примѣръ опредѣленія втораго вида, напр., статьи: ст. 132, ст. 190, ст. 557 — 558.

³⁹) Портались у Locré, *Législation*, I, 462 — 463. Противъ такихъ опредѣленій нерѣдко поднимаются ожесточенныя нападки, въ особенности, со стороны представителей «чистой теоріи». — Професс. Пахманъ дѣлаетъ лишь исключеніе для такихъ опредѣленій, «въ которыхъ законодатель устанавливаетъ понятіе института, отличное въ чемъ либо

§ 12. Несоответствие между предположением закона и фактомъ, какъ исполнениемъ предположенія; *leges perfectae, plus quam perfectae; leges imperfectae, minus quam imperfectae*. Обходъ закона (*agere in fraudem legis*).

Несоответствие между предположениемъ закона и фактомъ, который выставляется какъ исполненіе этого предположенія, важно по отношенію къ законамъ повелѣвающимъ и запрещающимъ, насколько такими повелѣніями и запрещеніями положительно или отрицательно опредѣляется составъ предположеній, т. е., насколько

отъ общепринятаго въ наукѣ или въ другихъ законодательствахъ». Исторія кодификаціи, II, стр. 24. Въ какой же наукѣ? Конечно, въ учебникахъ пандектъ? Но а) эта наука еще не есть наука русскаго гражданскаго права; б) въ этой «наукѣ» не много найдется, если найдется, опредѣленій общепринятыхъ всеми и навсегда; в) а потомъ, много ли найдется опредѣленій, общепринятыхъ во всехъ законодательствахъ? И почему это, за подобными опредѣленіями русскій судья долженъ будетъ, напр., обращаться къ другимъ законодательствамъ? Выше (стр. 64, примѣч 16) было замѣчено, какъ упущено изъ виду сходство уголовного и гражданскаго права, и вслѣдствіе этого въ гражданскомъ правѣ почему-то считаются вредными опредѣленія, безъ которыхъ немислимы уголовные законы, гдѣ предположеніе каждаго закона (составъ преступленія) и послѣдствіе (наказаніе) опредѣлены въ законѣ. Вѣрно, далѣе, и то, что когда положительное право принимаетъ форму законовъ, собранныхъ вмѣстѣ (въ видѣ свода или кодекса), легальныя опредѣленія неизбежны, а вслѣдствіе ихъ измѣняется и положеніе юриста. Лоранъ, I, стр. 42 — 43, замѣчаетъ: *La mission des interprètes, sous nos codes, est donc plus modeste qu'elle ne l'était jadis. Ils ne se rendent pas toujours compte de cette profonde révolution. Quand ils voient les juriconsultes romains manier librement les principes, sans autre guide, sans autre lien que la raison ou la conscience générale, ils sont tentés d'imiter leur exemple. C'est un écueil contre lequel nous devons nous tenir en garde. Nous n'avons pas le droit d'innover; il ne nous est pas permis de corriger, de perfectionner nos codes. Est-ce à dire que notre position soit amoindrie? est-ce à dire que le droit codifié soit condamné à l'immobilité? Non; l'interprète peut et doit signaler les lacunes, les imperfections, les défauts de la législation qu'il est appelé à expliquer. Et ces travaux préparent le progrès que le législateur a pour mission de réaliser.* — Конечно, суды могутъ руководиться общими началами права, только добытыми не вообще изъ права, но изъ своего положительнаго права. Ср. А. Думашевскій, Системат. Св., II, изд. 2-е, стр. 43 — 44. Что можетъ выйти, когда суды самостоятельно создаютъ опредѣленія, — показываетъ извѣстное опредѣленіе Кассационнаго Департамента, что по русскимъ гражданскимъ законамъ «бракъ есть таинство»; — такого опредѣленія въ 1 ч. X т. нѣтъ, нѣтъ и признаковъ, изъ которыхъ его можно бы выстроить.

ко эти законы — моделирующие ¹⁾. Важность такого несоответствия вытекает из того, что его значение неодинаково, смотря по степени и характеру несоответствия ²⁾.

Прежде всего, нужно выдѣлить тотъ случай, гдѣ совершившійся фактъ не имѣетъ въ себѣ признаковъ предположенія какого бы то ни было закона. Тогда онъ юридически безразличенъ, быть можетъ, непохвальный съ точки зрѣнія морали, и грѣховный съ точки зрѣнія такъ называемаго каноническаго права. Въ такомъ смыслѣ — всѣ законы гражданскаго права суть *leges perfectae*. Мало того: если данный фактъ, безразличный для гражданскаго права, не безразличенъ для уголовного; тогда за нимъ послѣдуетъ наказаніе. Въ такомъ смыслѣ всѣ законы гражданскаго права суть *leges plus quam perfectae*. Но несоответствіе даннаго факта съ предположеніемъ закона или законовъ можетъ быть не такое, т. е., не безразличность этого факта, а лишь неполнота, недостатокъ въ составныхъ признакахъ, нужныхъ для соответствія. Здѣсь нужно различать нѣсколько случаевъ, для законовъ повелѣвающихъ и запрещающихъ.

1) Для законовъ повелѣвающихъ:

а) Въ фактъ, который претендуетъ быть исполненіемъ соответствующаго предположенія, не достаетъ такого признака, который считается основнымъ: къ нему примыкаютъ другіе признаки которые есть въ совершившемся фактѣ. Тогда фактъ окажется вполне негоднымъ, т. е., будетъ имѣть мѣсто *ничтожность*. Такъ, въ данномъ случаѣ состоялось соглашеніе между данными лицами, предметъ котораго неопредѣленъ, напр., неопредѣлена сумма денегъ: соглашеніе, какъ договоръ, ничтоженъ ³⁾.

б) Въ фактъ, который претендуетъ быть исполненіемъ соответствующаго предположенія, сверхъ признаковъ этого предпо-

¹⁾ См. выше § 9.

²⁾ Zachariae, Handbuch, I, § 37, 6-е изд. Laurent, I, 73—82, 91—108.

³⁾ Такъ, напр., въ случаѣ ст. 2013 1 ч. X т., Твмъ, больше, если въ такомъ соглашеніи нѣтъ вообще опредѣленности предмета, ибо безъ этого не можетъ быть договора, ст. 1528 1 ч. X т. Или: нѣтъ того, что должно быть по ст. 700 1 ч. X т.

ложенія, есть еще признаки другаго предположенія. Такое plus или вызоветъ наступленіе не одного, а двухъ распоряженій, или же вызоветъ наступленіе послѣдствій другаго распоряженія, а не того, которое имѣло бы, мѣсто если бы не было такого plus. Послѣднее значеніе окажется въ тѣхъ случаяхъ, когда излишій признакъ есть основной для своего предположенія ⁵⁾.

d) Совершеніе факта должно произойти въ опредѣленной формѣ, которая должна наложить на него печать, какъ одинъ изъ признаковъ, нужныхъ для соответствія предположенію, на исполненіе котораго претендуетъ совершившійся фактъ: совершеніе факта внѣ такой формы не есть совершеніе того факта, который предусмотрѣнъ въ предположеніи закона, а слѣдовательно, совершившійся фактъ опять негоденъ: будетъ имѣть мѣсто ничтожность ⁶⁾.

e) Фактъ совершился внѣ того способа, который указанъ въ законѣ, какъ способъ доказыванія совершенія факта, и притомъ указанъ какъ способъ, внѣ котораго такое доказываніе невозможно: оно и не будетъ имѣть мѣста ⁷⁾. Иное дѣло, если допускаются и другіе способы доказыванія, но только менѣе достовѣрные, не удостоверяющіе правдивости того или другаго изъ признаковъ совершившагося факта: правдивость этаго признака не будетъ доказана ⁸⁾.

f) Соблюденіе того или другаго изъ способовъ доказыванія повелѣвается по соображенію фискальнаго интереса; насколько въ данномъ случаѣ нарушенъ такой интересъ, — послѣдствіе нарушенія — денежный штрафъ ⁹⁾.

2) Для законовъ запрещающихъ:

a) Въ фактъ, который претендуетъ быть исполненіемъ соответствующаго предположенія, оказывается такой признакъ, котораго

⁵⁾ Ст. 991, 2114 1 ч. X т.

⁶⁾ Ст. 1023, 1648; 1 ч. X т.

⁷⁾ Ст. 409 Уст. Гр. Судопр. Доказываніе будетъ ненужно, гдѣ есть признаніе.

⁸⁾ Ст. 476 — 477 Уст. Гражд. Судопр.

⁹⁾ Ст. 461 — 462 Уст. Гражд. Судопр., Уставъ о гербовомъ сборѣ, ст. 107 и слѣд.

въ немъ не должно быть, ибо онъ воспрещенъ закономъ. Въ такомъ случаѣ одно изъ двухъ:

а) Совершившійся фактъ, удовлетворяющій соответствующему предположенію своими положительными признаками, заключаетъ въ себѣ порокъ, изъ за котораго онъ теряетъ значеніе исполненія соответствующаго предположенія, какъ скоро такой порокъ будетъ обнаруженъ. Иными словами: будетъ имѣть мѣсто недѣйствительность, а сверхъ того, быть можетъ, и наказаніе, если фактъ, недѣйствительный какъ предположеніе гражданскихъ законовъ, исполнить собой предположеніе того или другаго уголовного закона ¹⁰⁾.

б) Присутствіе отрицательнаго признака, воспрещеннаго закономъ, можетъ имѣть другое послѣдствіе,—наказаніе, но безъ всякаго вліянія на способность совершившагося факта оставаться исполненіемъ соответствующаго предположенія ¹¹⁾.

Спрашивается, какъ быть въ томъ случаѣ, когда въ законѣ не указано и не сказано, каковы послѣдствія присутствія того или другаго изъ отрицательныхъ признаковъ, воспрещенныхъ закономъ? Что штрафъ въ такихъ случаяхъ не можетъ имѣть мѣста, это понятно само собой, ибо *nulla poena sine lege*. Но можно ли то же сказать относительно недѣйствительности, т. е., что и недѣйствительность можетъ имѣть мѣсто только въ тѣхъ случаяхъ, для которыхъ она указана и сказана въ законѣ? Если да, тогда окажутся такіе запрещающіе законы, для которыхъ несоответствіе съ ними совершившагося факта не ведетъ за собой никакихъ послѣдствій ¹²⁾. Въ такомъ случаѣ, подъ грозной формою запрещеній получился бы рядъ не законовъ, какъ вѣлѣній государственной воли, но какихъ то желаній, выражающихъ собой антипатію законодателя къ извѣстнаго рода фактамъ ¹³⁾. Но если такъ, тог-

¹⁰⁾ Тамъ, ст. 2025, 2014, 1406—1410, 222, 220, 217, 37 1 ч. X т.

¹¹⁾ Ст. 6, 9, 1674, 1692 со ст. 1706; ст. 2063 1 ч. X т.

¹²⁾ Подобнаго рода законы только роняли бы авторитетъ закона: *les lois impuissantes ne sont plus respectées, et sans le respect de la loi, il n'y a pas de société*. Laurent, I, стр. 78.

¹³⁾ Laurent, I, стр. 102; Unger, стр. 55 — 56; послѣдній допускаетъ существованіе такихъ законовъ, но послѣдствія ихъ нарушенія ставитъ въ лишеніи судебной охраны.

да всякое несоотвѣтствіе совершившагося факта съ такимъ или другимъ запрещающимъ закономъ, — обозначено или нѣтъ значеніе такого несоотвѣтствія какъ недѣйствительность, — должно быть одно и тоже: недѣйствительность. И только въ томъ случаѣ, когда вліяніе несоотвѣтствія факта самъ законъ поставилъ въ наказаніи или въ иномъ послѣдствіи, не имѣетъ мѣста недѣйствительность ¹⁴⁾.

Выставленныя сейчасъ различія въ несоотвѣтствіи между предположеніемъ и фактомъ, будто бы исполнившимъ это предположеніе, вызываютъ и различія законовъ: а) Когда несоотвѣтствіе влечетъ за собой ничтожность и недѣйствительность, законъ будетъ *lex perfecta*; а если, сверхъ того, можетъ наступить еще и наказаніе, тогда будетъ *lex plus quam perfecta*. б) Когда несоотвѣтствіе влечетъ за собой лишь другія послѣдствія, а не ничтожность и недѣйствительность, тогда законъ будетъ *lex imperfecta*. в) Если допустить, что могутъ быть запрещающіе законы, несоотвѣтствіе съ которыми остается безъ всякаго вліянія на значеніе факта, тогда нужно признать особую категорію — *leges plus quam imperfectae*; такіе законы здѣсь отвергаются ¹⁵⁾.

Замаскировать несоотвѣтствіе между совершившимся фактомъ и соотвѣтствующимъ предположеніемъ, выдать фактъ неудовлетворяющій предположенію закона за фактъ удовлетворяющій, — значитъ *обходить законъ* ¹⁶⁾. Цѣль такого обхода — устранить вліяніе несоотвѣтствія, а слѣдовательно, вызвать наступленіе такихъ послѣдствій, которыя должны наступить при соотвѣтствіи между предположеніемъ закона и совершившимся фактомъ. Обходъ закона можетъ имѣть мѣсто лишь тогда, когда обходимый законъ

¹⁴⁾ Wächter, II, стр. 8 — 9, Unger, I, стр. 54 — 56; Мейеръ, 4 изд. стр. 25.

¹⁵⁾ Здѣсь не предложена общая теорія ничтожности и недѣйствительности; та и другая представлены какъ частные виды несоотвѣтствія между предположеніемъ закона и фактомъ, претендующимъ на значеніе исполненія такого предположенія. Какъ пороки юридическихъ фактовъ, различные виды несоотвѣтствія будутъ изложены въ разныхъ мѣстахъ спеціальнаго изложенія семейнаго права и права имущественнаго.

¹⁶⁾ Zachariae, Handbuch, I, § 35; Unger, I, 56 — 58, Savigny I, 325—329; но въ особенности Thöl, Einleitung, § 65.

есть законъ существующій и дѣйствующій. Не можетъ быть обойденъ законъ, который не существуетъ, т. е., не обнародованъ, все равно, состоялся или не состоялся. Законъ обнародованный не можетъ быть обойденъ, пока находится въ выжиданіи или въ приостановкѣ 17).

Обходъ закона есть *искаженіе факта* 18), сокрытіе его *дѣйствительнаго состава* чрезъ приданіе ему *кажущагося облика*. Обходъ можетъ быть сдѣланъ различно:

а) Факту придается такой обликъ, что какъ будто въ немъ есть всѣ признаки, удовлетворяющіе признакамъ предположенія такого или инаго закона. Автору обхода желательно наступленіе извѣстныхъ послѣдствій; но оно желательно безъ исполненія соотвѣтствующаго предположенія 19).

б) Факту придается такой обликъ, будто въ немъ нѣтъ признаковъ, удовлетворяющихъ предположенію того или инаго закона. Здѣсь автору обхода нежелательно наступленіе послѣдствій, которые должны имѣть мѣсто при исполненіи того предположенія, которому на дѣлѣ удовлетворяетъ совершаемый фактъ 20).

в) Факту придается такой обликъ, будто въ немъ нѣтъ тѣхъ отрицательныхъ признаковъ, при которыхъ онъ не можетъ удовлетворить предположенію того или инаго закона. Автору обхода желательно наступленіе послѣдствій, которыя имѣютъ мѣсто при совершеніи подобныхъ фактовъ, но подъ условіемъ, что въ совершившемся фактѣ нѣтъ такого или другаго изъ отрицательныхъ признаковъ 21).

Заднія числа, невѣрные обозначенія мѣста совершенія дѣй-

17) Unger, I, стр. 55.

18) Verstellung, Verdeckung, Verkleidung, Entstellung, Einkleidung (Unger, Thöl.); simulatio, Scheinhandel (Zachariae).

19) Такъ родовая недвижимость названа въ завѣщаніи благопріобрѣтенною для того, чтобы завѣщаніе подошло подъ ст. 1067 1 ч. X т. Дареніе родовой недвижимости произведено въ видѣ купли-продажи. Въ заемномъ письмѣ помѣщено (или составлено отдѣльно) условіе о неустойкѣ для того, чтобы подвести такой заемъ подъ ст. 1583 1 ч. X т.

20) Такъ заемъ съ лихвенными процентами является въ обликъ поставки, обезпеченной неустойкою,—это для того, чтобы обойти статьи 2020 и 2023 1 ч. X т.

21) Такъ, заемное письмо пишется заднимъ числомъ для того, чтобы обойти ст. 2025, или для того, чтобы обойти п. 3, ст. 2014.

ствія, невѣрныя названія дѣйствія, подставныя лица ²²⁾ — наиболее частые приемы, употребляемые для обхода закона.

Но нѣтъ обхода закона въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ фактъ совершается такъ, а не иначе, именно для того, чтобы исполнить предположеніе одного закона, и такимъ образомъ, чрезъ это предупредить исполненіе предположенія другаго закона. Такъ дареніе или завѣщаніе совершается для того, чтобы предупредить наступленіе выморочности. Родовая недвижимость продается для того, чтобы на вырученныя деньги купить другую недвижимость, которая будетъ благопріобрѣтенною. Не будетъ обхода закона и въ томъ случаѣ, когда фактъ совершается такъ, а не иначе, именно съ той цѣлью, чтобы онъ удовлетворялъ требованію одного, а не другаго закона. Такъ заемъ заключается въ такой мѣстности, гдѣ нѣтъ законовъ о лихвенныхъ процентахъ, гдѣ высота процентовъ зависитъ отъ соглашенія; заемъ заключается въ данной мѣстности для того, чтобы онъ не подпалъ дѣйствію статей 2020 и 2023 1 ч. X т., подпавши дѣйствію закона той мѣстности, гдѣ онъ заключенъ ²³⁾.

При обходѣ закона всегда обходятся два закона: тотъ, отъ котораго уходятъ, и тотъ, подъ который подходят ²⁴⁾. Соотвѣтствіе факта съ закономъ, отъ котораго уходятъ, можетъ быть обнаружено чрезъ уразумѣніе факта и толкованіе закона. Несотвѣтствіе факта съ закономъ, подъ который подходят, можетъ быть обнаружено чрезъ толкованіе этого закона. Такъ образомъ, обнаруженіе обхода закона есть одновременно толкованіе факта и толкованіе законовъ ²⁵⁾, смыслъ которыхъ извращается при обходѣ закона ²⁶⁾.

²²⁾ См., напр., ст. 1789, 1790 1 ч. X т.

²³⁾ Unger, I, стр. 57, nota 18. Вѣрно ли сказанное въ текстѣ на-счетъ займа? Это вопросъ, рѣшеніе котораго зависитъ отъ такого или инаго пониманія ст. 707 Уст. гражд. судопр.

²⁴⁾ Такъ, когда обходится ст. 1063, съ ней одновременно обходится и ст. 1067 1 ч. X т.; когда обходится ст. 1533, обходится и статья 1574 1 ч. X т.

²⁵⁾ Только первое видитъ Savigny, I, стр. 325; но см. Thöl, Einleitung, стр. 160.

²⁶⁾ Thöl, тамъ же, стр. 159 — 160: Der wirkliche Inhalt (закона) wird verfälscht zu dem wörtlichen Inhalt. Die Buchstabenjurisprudenz

Обнаруженіе обхода закона можетъ быть сдѣлано всякій разъ, гдѣ обходъ имѣлъ мѣсто, и въ частности ст. 457 Уст. гражд. судопр. не можетъ быть разсматриваема какъ помѣха обнаруженію обхода закона, ибо при обходѣ закооа «существо сдѣлки» всегда «противно законамъ», а самое обнаруженіе обхода не касается «подлинности» акта ²⁷⁾. Обнаруженіе обхода закона выставить искаженный фактъ въ его подлинномъ видѣ, и тѣмъ самымъ подвести его подъ дѣйствіе того закона, отъ котораго пытались уйти. А затѣмъ, каковы будутъ послѣдствія обнаруженнаго соотвѣтствія между фактомъ и этимъ закономъ, это зависитъ отъ того, въ чемъ состоитъ распоряженіе закона, имѣющее исполниться при исполненіи предположенія, которому соотвѣтствуетъ обнаженный отъ искаженія фактъ ²⁸⁾. Наконецъ, кто указываетъ на обходъ закона, тотъ долженъ и доказать, будетъ ли указывающій—самъ авторъ обхода или же кто другой. Но можетъ ли въ данномъ случаѣ ссылаться на обходъ закона самъ авторъ обхода, или только третье лицо, это зависитъ отъ того, въ чемъ заключаются и каковы послѣдствія совершившагося факта въ его подлинномъ видѣ ²⁹⁾.

ist demnach ein Verfahren in fraudem legis. — Вотъ почему вопросъ объ agere in fraudem legis можетъ быть разсматриваемъ какъ одинъ изъ вопросовъ ученія о толкованіи закона, какъ онъ и разсматривается у Савиньи, Виндштейда и другихъ.

²⁷⁾ Уст. гр. Судопр., см. 543. Слѣдовательно, ст. 457 Уст. гр. судопр. не даетъ средства закрыть, напр., тѣ причины недействительности договора, которые указаны въ ст. 1529 1 ч. X т. Точно также, совершеніе даренія въ видѣ купли-продажи, чрезъ совершеніе купчей крѣпости, не выведетъ такого даренія изъ подъ второй половины ст. 967. Иногда обнаруженіе обхода закона стѣснено извѣстными условіями. Такъ обходъ, сдѣланный чрезъ названіе завѣщанной родовой недвижимои благопріобрѣтенною, можетъ быть обнаруженъ лишь при соблюденіи срока, указаннаго въ ст. 1098 1 ч. X т. Обнаруженіе обхода, сдѣланнаго чрезъ совершеніе даренія въ видѣ купли-продажи, тоже поставлено въ границы срока по ст. 1524—1525, 1 ч. X т.

²⁸⁾ Такъ, въ завѣщаніи подъ недвижимою благопріобрѣтенною открыта недвижимоеть родовая; тогда наступаютъ послѣдствія ст. 1068; подъ поставкой открытъ лихвенный изворотъ; тогда — послѣдствія ст. 1529, 2023 1 ч. X т., и ст. 1707 Уложен. о казас.

²⁹⁾ Ср. Zachariae, I, стр. 84 и съ другой стороны, тамъ же, примѣчаніе 6, гдѣ оговорка Пухельта; Aubry et Rau, I, § 35. — Потому, вопросъ о

§ 13. Обнаруженіе силы закона: дѣйствіе и примѣненіе. «Законъ не имѣетъ обратнаго дѣйствія».

Законъ обнаруживаетъ свою силу двояко: а) какъ *дѣйствіе*; б) какъ *примѣненіе*.

а) Дѣйствіе закона состоитъ въ томъ, что съ момента своей обнародованности, или съ момента окончанія выжиданія, если таковое было, каждый фактъ, какъ только совершился, и своими признаками удовлетворяетъ признакамъ предположенія даннаго закона или законовъ, является исполненіемъ этого предположенія. Онъ есть *фактъ правовой* (*Rechtsthatsache*), и потому влечетъ за собой тѣ послѣдствія, которыя указаны въ распоряженіи соотвѣтствующаго закона ¹⁾. Такое дѣйствіе закона начинается послѣ и въ силу его обнародованія ²⁾, и въ каждомъ данномъ случаѣ не зависитъ отъ того, извѣстно или нѣтъ обнародованіе, а слѣдовательно, и существованіе закона тому, кого касается этотъ случай. Оно, далѣе, обнаруживается въ полномъ объемѣ содержанія закона; но опять независимо отъ того, понятно или нѣтъ такое содержаніе тому, кого дѣйствіе закона касается въ данномъ случаѣ. Для дѣйствія закона не нужно никакого и ничьего посредства, ибо оно происходитъ въ силу могущества самого закона. Предъ этимъ могуществомъ нужно склониться и преклониться, ибо одинъ законъ есть надежная охрана отъ иныхъ претензій на могущество, — отъ посягательствъ произвола; рабство предъ закономъ есть единственная опора и форма свободы ³⁾.

Независимость дѣйствія закона отъ чьего бы то ни было вѣдома о томъ, что онъ существуетъ; независимость отъ чьего бы то ни бы-

томъ, можетъ ли самъ даритель даренія, которое совершено чрезъ совершеніе купчей крѣпости, ссылаться на обходъ закона, зависитъ отъ рѣшенія вопроса о томъ, можетъ ли вообще даритель ссылаться на нарушение ст. 967 і ч. X т.

¹⁾ Stobbe, I, стр. 157; Unger, I, стр. 112, стр. 115: Jede Thatsache hat also dadurch, dass sie eine juristische ist, auch schon eine bestimmte rechtliche Form und Gestalt angenommen; es ist ihr gleichsam der Stempel des Gesetzes aufgedrückt, das zur Zeit ihrer Entstehung herrschte. Gabba, Teoria della retroattività delle leggi, I, стр. 194 — 195 (наиболѣе обстоятельное, полное и новѣйшее сочиненіе, I—IV vol. 1869—1874 г.).

²⁾ См. выше, стр. 39.

³⁾ Prêchons l'obéissance à la loi, afin de répandre le culte du droit et de rendre le despotisme à tout jamais impossible! Laurent, I, стр. 72 — 73; Obéir à la loi est un devoir pour le citoyen; résister à la loi est donc la

до пониманія его содержанія, и независимость отъ чьей бы то ни было воли и согласія на это дѣйствіе, — такую независимость выражаетъ собой извѣстное правило, что «никто не можетъ отговариваться невѣдніемъ закона, когда онъ былъ обнародованъ установленнымъ порядкомъ» ⁴⁾. Только такъ должно быть понимаемо это правило, а не такъ, будто въ глазахъ законодателя всѣ считаются одинаково знатоками законовъ ⁵⁾, т. е. будто всѣ одинаково помнятъ существующіе законы и понимаютъ ихъ содержаніе ⁶⁾; на что же въ такомъ случаѣ и юридическіе факультеты? Съ другой стороны, наше правило не обозначаетъ собой и какой то презумпціи въ смыслѣ *praesumptio juris et de jure*, т. е. такой, которая не допускаетъ доказательства противнаго. Все, что обозначаетъ собой такое правило, есть слѣдующее: для фактовъ, совершеніе которыхъ предумотрѣно въ законѣ, какъ исполненіе его предположенія, законъ составляетъ атмосферу, которой заражается каждый такой фактъ, заражается по мѣрѣ того, какъ онъ совершается, и зараженъ въ моментъ, когда совершился. Зараженіе происходитъ *необходимо*, и не можетъ быть устранено ничѣмъ инымъ какъ только другимъ закономъ (диспенсация, привилегія) ⁷⁾.

Но отъ дѣйствія закона нужно отличать его приложеніе въ судѣ, или *примѣненіе закона* ⁸⁾. Для судебной охраны тѣхъ послѣдствій, которыя наступили вслѣдствіе совершенія даннаго факта

violation d'un devoir; c'est un crime; et nous n'en connaissons pas de plus grand, car il ruine les fondemens de la société. L'autorité dont jouit la loi est la base de l'ordre social; ibid, стр. 68.

⁴⁾ Т. I, Св. зак. Закон. Основн. ст. 62; прусскій Ландрехтъ, *Einleitung* § 12; австрійск. гражд. кодексъ, § 2.

⁵⁾ Unger, I, стр. 112—113; Laurent, I, стр. 61—62; Aubry et Rau, I, § 28.

⁶⁾ Мейеръ, 1 ч. I, стр. 125—127.

⁷⁾ Отъ незнанія о существованіи закона или отъ ошибки въ его пониманіи нужно отличать нѣчто другое: по незнанію или по непониманію закона, лицо игнорируетъ данный фактъ или невѣрно понимаетъ его значеніе. Такое невѣдніе есть въ сущности невѣдніе о фактѣ; оно иногда принимается въ расчетъ закономъ, въ смыслѣ признака предположенія, какъ добросовѣстность, *bona fides*—ст. 529, или невинность—ст. 133 1 ч. X т.—Подробности о вліяніи ошибки на юридическія дѣйствія въ другихъ мѣстахъ изложенія.—Ср., *Zachariae*, I, § 28. *Derenburg*, I, § 20; *Förster*, I, § 9, а также *Wächter*, II, § 21.

⁸⁾ Kierulff, *Theorie*, § 4. Laurent, I, стр. 322 и слѣд.

исполнившаго своимъ совершеніемъ предположеніе того или другаго закона или законовъ, къ этому факту долженъ быть примѣненъ тотъ законъ, который подѣйствовалъ на него въ моментъ совершенія. Между закономъ, который долженъ быть примѣненъ, и фактомъ, къ которому законъ долженъ быть примѣненъ, является посредникъ—судъ⁹⁾. *Примѣненіе закона есть дѣятельность суда*, который а) знаетъ о томъ, что въ то время, когда совершался данный фактъ, существовалъ такой-то законъ; б) что содержаніе этого закона такое, а не иное, и что, слѣдовательно, совершившійся фактъ соответствуетъ или не соответствуетъ предположенію даннаго закона¹⁰⁾; в) что влѣдствіе этого должны быть признаны или не признаны наступившими послѣдствія, составляющія исполненіе распоряженія соответствующаго закона.

Примѣненіе закона есть слѣдствіе его дѣйствія. Но дѣйствіе закона необходимо имѣть границы: оно замкнуто въ періодъ времени между обнаруженіемъ (или окончаніемъ выжиданія) и прекращеніемъ закона. Законъ дѣйствуетъ лишь на факты, совершающіеся современно его существованію, и потому только для нихъ онъ — свой законъ. Между тѣмъ, примѣненіе закона не имѣетъ для себя подобныхъ границъ: законъ примѣняется къ факту прошлому; онъ примѣняется одинаково какъ тогда, когда примѣняемый законъ существуетъ во время этого примѣненія, такъ и тогда, когда онъ тоже — законъ прошлый, не существующій во время примѣненія. Для примѣненія важно одно: чтобы примѣняемый законъ былъ свой для того прошлаго факта, къ которому онъ примѣняется судомъ. Такимъ образомъ, относительно примѣненія закона можно сказать, что законъ не можетъ быть примѣняемъ раньше своего обнаруженія; ибо до этого онъ не существуетъ. Но онъ можетъ и долженъ быть примѣняемъ въ судѣ какъ до тѣхъ поръ, пока существуетъ, такъ и послѣ того, когда пересталъ существовать, ибо прежде чѣмъ пересталъ существовать, онъ дѣйствовалъ, слѣ-

⁹⁾ Kierulff, loc. cit. стр. 42: Das Gericht ist das Organ des Staats, welches den im Gesetz abstract vorhandenen Willen des Staats concret wirklich macht.

¹⁰⁾ Jura novit curia.

довательно, подѣйствовалъ на цѣлый рядъ фактовъ, которые предстанутъ на судѣ, — если предстанутъ, раньше или позже, до или послѣ прекращенія подѣйствовавшаго на нихъ закона. Розыскать, какой именно законъ подѣйствовалъ на данный фактъ и потому есть для него свой законъ, приложить этотъ, а не другой законъ, — значить соблюсти правило, что законъ не имѣетъ обратнаго дѣйствія ¹¹⁾.

Для краткости назовемъ это правило *принципомъ обратнаго безсилія* ¹²⁾. Въ такой или иной редакціи оно встрѣчается въ каждомъ изъ законодательствъ современной Европы ¹³⁾, хотя и до занесенія его въ кодексы, постоянно признавалось въ доктринѣ и въ практикѣ ¹⁴⁾. Но тѣмъ не менѣе, оно не есть рѣшеніе задачи, а лишь формула задачи, которую долженъ рѣшать судья въ каждомъ данномъ случаѣ, и можетъ рѣшить ее правильно или неправильно. Съ такимъ значеніемъ принципъ обратнаго безсилія закона остается совершенно независимо отъ того, будетъ ли онъ выраженъ какъ одинъ изъ §§ въ конституціи, какъ статья основныхъ законовъ, или же какъ статья кодекса или свода гражданскихъ законовъ ¹⁵⁾.

¹¹⁾ Т. I, св. зак., Зак. Основн., ст. 60.

¹²⁾ Обратное дѣйствіе, обратное безсиліе; Rückwirkung, Nichtrück — wirkung; rétroactivité, non-rétroactivité. Процесс. Градовскій употребляетъ терминъ: необратное дѣйствіе.

¹³⁾ Code civil, art. 2. Прусскій Ландрехтъ, Einleitung, § 14; саксонск. гражд. кодексъ, § 2; австр. гражд. кодексъ, § 5. Ссылки на другія законодательства см. Градовскій, О дѣйствіи законовъ во времени, Журналъ гражданского и уголовного права, IV, 1873 г.

¹⁴⁾ Lassalle, System, I, стр. 62 и слѣд. Savigny I, VIII, стр. 392—393, Unger, I, 115; Gabba, Teoria, I, стр. 34—121. Историческія данныя относительно статей 60 и 61 т. I Св. зак., Закон. Основн. — у професс. Градовскаго въ приведенной выше статьѣ и въ его же Началахъ, стр. 113, примѣч. 206. Оказывается, что русскіе законодатели заботились о соблюденіи принципа обратнаго безсилія именно тамъ, гдѣ этотъ принципъ не имѣетъ никакого значенія, т. е., въ области правъ политическихъ; см. Laurent, I, стр. 226 и слѣд.

¹⁵⁾ Иными словами: задача, которую принципъ предъявляетъ къ суду, есть задача интерпретаціи, Windscheid, § 32, Unger, I, стр. 120, примѣч., стр. 128; Stobbe, I, стр. 157 — 158; ср. и Laurent, стр. 234. — Вопросъ ставится и такой: кого связываетъ принципъ обратнаго безсилія? Только судью, но не законодателя, съ чѣмъ не согласны публицисты; см. съ одной стороны Lassalle, стр. 55 и Градовскій, О дѣйствіи и т. д. стр. 10; съ другой стороны, Laurent, I, стр. 213, 218—219; Порталисъ у Loqué, Législation, I, стр. 477.

Точноѣ задача, которую формулируетъ принципъ обратнаго безсилія закона, заключается въ слѣдующемъ: примѣнять законъ такъ, чтобы чрезъ это примѣненіе законъ не вышелъ, не выпрыгнулъ за одну изъ границъ своего существованія, за начальный пунктъ своего дѣйствія, т. е., не нашель бы примѣненія къ такимъ фактамъ, которые совершились до его обнародованія (или до окончанія выжиданія). ¹⁶⁾ Предположивши, что идетъ рѣчь о примѣненіи закона существующаго, соблюденіе принципа обратнаго безсилія вполне удержать законъ въ предѣлахъ его дѣйствія: къ фактамъ, совершившимся до его обнародованія, законъ не примѣняется: граница, поставленная закону начальнымъ пунктомъ его существованія, не нарушается. Другая граница, которую ставитъ дѣйствію закона конечный пунктъ его существованія, т. е., прекращеніе ¹⁷⁾, для закона существующаго тоже не можетъ быть нарушена, ибо до этой границы законъ еще не дошелъ, и неизвѣстно, когда дойдетъ.

Иначе представляется дѣло, когда идетъ рѣчь о примѣненіи закона, уже прекращеннаго къ тому времени, когда должно имѣть мѣсто его примѣненіе. Здѣсь суду представляется другая задача: примѣнить прекращенный законъ такъ, чтобы чрезъ примѣненіе онъ не вышелъ, не выпрыгнулъ не только за одну, но за обѣ границы своего бывшего когда то существованія: за границу, поставленную начальнымъ пунктомъ, и за границу, поставленную конечнымъ пунктомъ этого существованія. Соблюденіе первой изъ этихъ границъ и для прекращеннаго закона предписано суду принципомъ обратнаго безсилія закона; но соблюденія второй границы? Въ нашемъ принципѣ соблюденіе второй границы не высказано; тѣмъ не менѣе такое соблюденіе необходимо и вотъ почему: а) Примѣненіе—только исполненіе закона судомъ ¹⁸⁾, объявленіе суда о томъ, что такой то фактъ совершился подъ дѣйствіемъ примѣняемаго закона ¹⁹⁾. Слѣдовательно, подобно то-

¹⁶⁾ *Facta praeterita*, Unger, I, стр. 113—115; Kierulff, *Theorie*, стр. 65

¹⁷⁾ См. выше, стр. 60.

¹⁸⁾ Ст. 59, 64 т. I Св. зак., Законы Осн., ст. 9—0 Уст. гражд. судопр.

¹⁹⁾ Unger, I, стр. 114—115, Kierulff, стр. 66.

му, какъ не можетъ быть рѣчи о примѣненіи закона къ такому факту, который совершился до обнародованія этого закона; такъ точно не можетъ быть рѣчи о примѣненіи къ данному факту такого закона, который пересталъ существовать, прекратился до совершенія этого факта, и потому не есть для него свой законъ.

б) Фактъ, совершившійся послѣ прекращенія одного закона и послѣ обнародованія другаго закона, попалъ подъ дѣйствіе закона позднѣйшаго, который и есть для этого факта свой законъ.

Очевидно, что принципъ обратнаго безсилія закона одностороненъ: онъ выражаетъ лишь одну половину той задачи, которая всегда предстоить суду въ примѣненіи законовъ: примѣнять лишь законъ *свой* для того факта, къ которому законъ примѣняется. Законъ не есть свой для даннаго факта какъ въ томъ случаѣ, когда законъ обнародованъ послѣ совершенія этого факта, такъ и въ томъ случаѣ, когда законъ прекратился до совершенія факта. Иными словами: если необходимо, чтобы существующій законъ не былъ примѣняемъ къ фактамъ, совершившимся до его обнародованія, чтобы онъ дѣйствовалъ только на будущее время; то съ другой стороны, также и даже болѣе необходимо, чтобы прекращенный законъ не былъ примѣняемъ къ фактамъ, совершившимся послѣ его прекращенія, чтобы онъ, чрезъ неправильное примѣненіе, не оказалъ своего дѣйствія на время будущее, т. е., слѣдующее за его прекращеніемъ, — т. е., чтобы онъ дѣйствовалъ только на время прошлое, предшествовавшее его прекращенію. Слѣдовательно, рядомъ съ принципомъ обратнаго безсилія существующаго закона, долженъ быть соблюдаемъ и другой принципъ: *прекращенный законъ дѣйствовалъ лишь на время, предшествовавшее его прекращенію, и сила его не распространяется на факты, совершившіеся послѣ его прекращенія.* Оба принципа — только двѣ стороны высшаго юридическаго принципа: *къ обсуждаемымъ фактамъ судъ примѣняетъ тѣ законы, подъ дѣйствіемъ которыхъ эти факты совершились* ²⁰⁾.

²⁰⁾ Только такъ, кажется, можетъ быть обоснованъ принципъ обратнаго безсилія; но такое обоснованіе указываетъ на односторонность и неполноту

Но вмѣсто одного высшаго принципа или вмѣсто двухъ, въ русскомъ, какъ и въ другихъ законодательствахъ, выставленъ только одинъ принципъ обратнаго безсилія закона. Почему же такъ? Потому что изъ формулы чисто юридической, формулы односторонней и неполной, принципъ обратнаго безсилія закона получилъ окраску политическаго принципа, выставленъ какъ гарантія личности предъ государствомъ, показался годнымъ какъ оплотъ противъ преобразовательныхъ тенденцій современнаго законодательства, какъ орудіе борьбы «консервативныхъ и прогрессивныхъ силъ», — роль, для которой этотъ принципъ негоденъ, какъ негоденъ вообще всякій принципъ, претендующій сдерживать законодателя, ограничить всемогущество закона ²¹⁾.

принципа. О другихъ попыткахъ обоснованія см. отзывы у Кирульфа, *Theorie*, стр. 64, примѣчаніе. Другіе пытаются вывести принципъ обратнаго безсилія изъ «природы закона», *die doch immer nur im Kopf dessen liegt, der davon spricht* (Kierulff). Наиболее замѣчательная попытка принадлежитъ Savigny, въ его *System*, VIII, стр. 373—381. Онъ различаетъ двѣ категории законовъ: одни, которые касаются приобрѣтенія правъ (*Erwerb der Rechte*); другіе же касаются, опредѣляютъ *Seyn oder Nichtseyn* или же—*So oder Andersseyn* — извѣстнаго правоваго института. См. критику этого дѣленія у Lassalle, I, стр. 13—29. Попытка Лассаля тамъ же стр. 53; она сформулирована на стр. 55. Замѣчанія противъ обихъ попытокъ у Windcheid, § 32, nota 8; Gabba, *Teoria*, I, стр. 161—179. Противъ Savigny также Unger, I, стр. 126, примѣч. Къ чему можно прийти, исходя изъ «природы закона», показываетъ положеніе Лассаля, что законъ, дѣйствующій обратно, необязателенъ для судьи. *System*, I, стр. 55; но ср. Laurent, I, стр. 218.

²¹⁾ Такой тенденціозно — политическій характеръ принципа обратнаго безсилія закона несомнѣнно сказывается: а) въ возрѣнн, будто этотъ принципъ только выраженіе какого то естественно—необходимаго закона; б) въ той заботливости, съ которой онъ одинъ заносится въ законодательства; в) въ господствующемъ въ теоріи возрѣнн, будто каждый разъ, когда является сомнѣніе, какой законъ долженъ быть примѣненъ, прежній или существующій, сомнѣніе должно быть разрѣшаемо въ пользу закона прежняго, см. напр., Wächter, II, стр. 168, 170, 186. Но почему не наоборотъ? За примѣненіе новаго закона говоритъ уже то обстоятельство, что онъ есть законъ существующій. Какія надежды возлагаютъ публицисты на принципъ обратнаго безсилія закона, см. курьезные примѣры у Лассаля, стр. 3, стр. 59, примѣч. 1; см. также у Лорана, I, стр. 214, любопытное замѣчаніе на счетъ платоническаго уваженія къ принципу обратнаго безсилія со стороны Конвента. Но самъ Лоранъ стоитъ за то, что *la non—rétroactivité n'est pas de l'essence de la loi* стр. 224; стр. 232; ср. Pouchelt въ примѣч. 7 къ § 31 *Handbuch Zachariae*, I.

§ 14. Столкновение разновременныхъ законовъ.

Итакъ существующій законъ не долженъ имѣть обратнаго дѣйствія, т. е., не долженъ быть примѣняемъ къ тому, что совершилось до его обнародованія. Чѣмъ новѣе этотъ законъ, тѣмъ чаще будутъ появляться судебные случаи, въ которыхъ онъ не долженъ быть примѣняемъ; чѣмъ старѣе существующій законъ, тѣмъ рѣже будутъ такіе случаи ¹⁾. Наоборотъ, прекращенный законъ не долженъ быть примѣняемъ къ тому, что совершилось послѣ его прекращенія. Чѣмъ меньше прошло времени съ тѣхъ поръ, какъ онъ прекращенъ, тѣмъ чаще будутъ появляться судебные случаи, въ которыхъ онъ долженъ быть примѣняемъ; чѣмъ больше прошло времени съ тѣхъ поръ, какъ онъ прекращенъ, тѣмъ рѣже будутъ такіе случаи. Если представимъ себѣ два закона, одинаковые по предмету, но не одинаковые по содержанію, изъ коихъ одинъ отмѣнилъ собою другой; то въ первое время послѣ прекращенія одного и послѣ обнародованія другаго закона въ судѣ постоянно будутъ появляться случаи, въ которыхъ возникаетъ сомнѣніе о томъ, который законъ долженъ быть примѣненъ: прежній, прекращенный, или новый, теперь существующій. Оба закона постоянно оказываются въ схваткѣ, они *сталкиваются* (коллидируютъ); они современны по времени ихъ примѣненія, хотя дѣйствіе одного уже прекратилось, тогда какъ дѣйствіе другаго наступило и продолжается. Ихъ столкновение происходитъ не въ дѣйствіи, ибо одинъ изъ нихъ мертвый, а другой — живой; но въ примѣненіи, гдѣ они сталкиваются, какъ законы разновременные. Отъ законодателя зависитъ — повелѣть, какъ разрѣшать такое столкновение; подобныя велѣнія не рѣдко заключаются въ *переходныхъ законахъ*. Но если этого нѣтъ, тогда въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ столкновения *остается* открытый вопросъ интер-

¹⁾ Такъ въ первое время послѣ обнародованія Свода законовъ, случаи такіе были гораздо чаще, чѣмъ теперь, насколько и въ нынѣшнемъ сводѣ есть статьи, только перепечатанныя изъ изданія 1832 г.; см. выше, стр. 12—16. Ср. также у Loqué, Législation, I, съ одной стороны возвращеніи трибуна Thiessé стр. 506 — 507; съ другой стороны — Boulay, стр. 523 — 524.

претации одновременно прежняго и новаго закона,—вопросъ, при рѣшеніи котораго должны быть соблюдены какъ принципъ обратнаго безсилія новаго закона, такъ и принципъ безсилія прекращеннаго закона на время послѣ его прекращенія ²⁾.

Существующій законъ дѣйствуетъ на будущее время т. е., онъ примѣняется только къ фактамъ, которые совершились или совершатся послѣ его обнародованія (или послѣ окончанія выжиданія); но къ такимъ фактамъ примѣняется только онъ, а не прекращенный законъ. Оставивши прошлое закону прошлему, настоящее законъ существующій беретъ подъ свое исключительное дѣйствіе. Существующій законъ уже потому, что онъ обнародованъ и не прекращенъ, имѣетъ за себя разумность, правду, цѣлесообразность,—чего нельзя сказать о законѣ прекращенномъ, нельзя потому, что онъ прекращенъ. Отсюда: каждый разъ, гдѣ возникаетъ сомнѣніе, который законъ долженъ быть примѣненъ, прежній или существующій, сомнѣніе должно быть разрѣшаемо въ пользу новаго, т. е., существующаго закона ³⁾.

По сравненію съ прежнимъ закономъ, законъ существующій можетъ быть новымъ, т. е., инымъ, съ различныхъ сторонъ ⁴⁾. Такъ, а) существующій законъ взявъ своимъ предположеніемъ такіе факты, которые прежде считались безразличными для права.

²⁾ Весь этотъ вопросъ есть по преимуществу вопросъ о столкновеніи (collision, conflict) одновременныхъ законовъ, встрѣчающихся въ примѣненіи. Savigny, а за нимъ другіе, обозначили тему иначе: zeitliche Gränzen, zeitliche Begränzung der Herrschaft; Savigny, VIII, стр. 3. — Въ текстѣ предпочтена старая точка зрѣнія и старая терминологія, ибо: а) что касается до границъ дѣйствія закона во времени, то такія границы даны сами собой: это моментъ обнародованія и прекращенія; б) встрѣча двухъ законовъ происходитъ въ примѣненіи, а не въ дѣйствіи. Но для закона прекращеннаго границъ въ примѣненіи во времени нѣтъ: онъ будетъ примѣняться такъ долго, какъ долго будутъ возникать судебные случаи, въ которыхъ суду придется обсуждать факты, совершившіеся при бывшемъ когда то дѣйствіи прекращеннаго закона. Ср. Demolombe, I, стр. 37.

³⁾ Это какъ разъ противно тому, что говорится въ общепринятой теоріи; Dernburg, I, § 30; Unger, I, стр. 127—128; выше, § 13, примѣч. 20. Но сказанное въ текстѣ высказано мимоходомъ еще Кирульфомъ, стр. 65, примѣч.

⁴⁾ Kierulff, Theorie, стр. 65 — 69; Wächter, II, § 29, Unger, I, § 20; Stobbe, I, § 27; Demolombe, I, стр. 37 — 43, Arntz, Cours, I, стр. 19—23.

Только факты, совершившіеся послѣ обнародованія такого закона, будутъ исполненіемъ предположенія этого закона; факты, совершившіеся раньше, такъ и останутся безразличными, на- всегда пропавшими. На-оборотъ: новый законъ объявляетъ безразличными такіе факты, которые въ прежнемъ законѣ были взяты предположеніемъ закона; безразличными для права окажутся лишь тѣ факты, которые совершатся послѣ обнародованія новаго закона. Обратное примѣненіе новый законъ получилъ бы тогда, если бы въ силу этого закона судъ призналъ или отнялъ значеніе за фактомъ, совершившимся до обнародованія новаго закона ⁵⁾.

б) Сущестующій законъ новъ сравнительно съ прежнимъ въ томъ отношеніи, что иначе опредѣляетъ составъ своего предположенія, вводитъ въ это предположеніе или выводитъ изъ него такіе признаки, положительные или отрицательные, которыхъ не было въ предположеніи прежняго закона. Соответствовать предположенію сущестующаго закона должны лишь тѣ факты, которые совершились до его обнародованія; факты, болѣе ранніе, со стороны своего соответствія, должны удовлетворять предположенію прежняго закона. Обратное дѣйствіе новый законъ получилъ бы тогда если бы судъ по нему обсудилъ факты, болѣе ранніе, чѣмъ обнародованіе этого закона ⁶⁾.

в) Сущестующій законъ новъ сравнительно съ прежнимъ въ томъ отношеніи, что даетъ иное распоряженіе. Онъ иначе опредѣляетъ послѣдствія, какія должны наступить при исполненія того или другаго предположенія; его распоряженіе будетъ исполняться лишь для такихъ фактовъ, которые совершатся послѣ его обнародованія ⁷⁾. Такой законъ получилъ бы обратное дѣйствіе, если бы

⁵⁾ Примѣръ — правила о сохранныхъ роспискахъ 1860 г.; дополненіе къ ст. 2108 1 ч. X т. по продолженію 1863 г. въ особенности п. 9; также ст. 2124 по изложенію въ продолженіи 1863 г. Правила о метрической записи браковъ, рожденія и смерти у раскольниковъ. Полн. собр. закон. (II), № 53391.

⁶⁾ Таковы, напр., примѣч. 3 къ ст. 577, или примѣч. 2 къ ст. 592 1 ч. X т., по продолженію 1871 г.

⁷⁾ Такъ, примѣчаніе къ ст. 116 1 ч. X т. по продолженію 1863 г., иначе опредѣляетъ послѣдствія составленія замѣщанія о родовой недвижимости, чѣмъ это имѣло мѣсто по ст. 1068 1 ч. X т. — Различіе юридическихъ фак-

судъ опредѣлилъ по нему послѣдствія такихъ фактовъ, которые совершились до него.

d) Существующій законъ направленъ на отмѣну прежняго закона въ томъ смыслѣ, что онъ устраняетъ послѣдствія, наступившія въ силу прежняго закона и существующія ко времени обнародованія новаго закона. Все равно, въ чемъ бы ни состояли такія послѣдствія, и кого бы они ни касались, — быть можетъ, это *приобрѣтенныя* права (*jura quaesita*), они тоже исчезнутъ предъ дѣйствіемъ новаго закона. Устраняя ихъ, новый законъ не оказываетъ обратнаго дѣйствія, т. е., не врывается въ тотъ періодъ времени, который предшествовалъ его обнародованію и былъ періодомъ дѣйствія прежняго закона. Въ такомъ устраненіи послѣдствій, наступившихъ въ силу прежняго закона и продолжающихся существовать теперь, новый законъ только обнаруживаетъ свою силу. На будущее время, если зайдетъ въ судъ рѣчь объ этихъ послѣдствіяхъ, къ нимъ долженъ быть примѣняемъ новый, а не прежній законъ, ибо новый законъ подѣйствовалъ на нихъ, и подѣйствовавши, устранилъ ихъ. Такой законъ получилъ бы обратное дѣйствіе, если бы судъ по нему опредѣлилъ тѣ послѣдствія, которые наступили до этого закона, и прекратились раньше его обнародованія ⁸⁾.

товъ и послѣдствій совершенія такихъ фактовъ, основанное на различіи законовъ по ихъ содержанію, — см. выше, § 10, — принято въ расчетъ Унгеромъ, I, стр. 117—119; Wachter, II, 175 ср. Demolombe, I, стр. 40.

⁸⁾ Въ чемъ бы ни состояли послѣдствія, наступившія какъ исполненіе распоряженій прежнихъ законовъ; но какъ скоро на ихъ устраненіе направленъ новый законъ, они должны исчезнуть. У насъ примѣръ такого закона — Положеніе о крестьянахъ, вышедшихъ изъ крѣпостной зависимости, 19 февраля 1861 г. Противъ законовъ этого рода по преимуществу возстаютъ «консервативныя силы», выставляя принципъ обратнаго безсилія новаго закона. Чаще всего подобные законы являются въ области правъ политическихъ, и чаще всего на защиту политическихъ правъ выдвигается принципъ обратнаго безсилія закона; см. Laurent, I, 227 — 228. Чтобы придать больше энергіи принципу обратнаго безсилія закона въ борьбѣ съ законами этого рода, принципу придаютъ другую формулировку: новый законъ не долженъ поражать *приобрѣтенныхъ правъ* (*jura quaesita*). Что разумѣть подъ этими *приобрѣтенными правами*, о которыхъ заботятся и кодексы (австр., § 5, Саксонскій, § 3), рѣшить трудно; вмѣсто другихъ — Gabba, Teoria, I, стр. 181 и слѣд.; Rintel, Über den Einfluss neuer Gesetze, и т. д., стр. 15 и слѣд. Но за то очень

е) Препній законъ былъ запрещающій, новый — дозволяющій. Чтѣ было прежде запрещено, то становится теперь дозволеннымъ; и на-оборотъ, — чтѣ было дозволено, становится запрещеннымъ съ момента вступленія въ силу новаго закона. Но то, что совершилось вопреки запрещенію препняго закона и совершилось при дѣйствіи этого закона, остается запрещеннымъ и послѣ обнародованія новаго закона. И на-оборотъ, — чтѣ совершилось при дозволеніи препняго закона, остается дозволеннымъ и послѣ обнародованія новаго закона. Новый законъ получилъ бы обратное дѣйствіе тогда, если бы прежде запрещенное судъ призналъ дозволеннымъ, или прежде дозволенное призналъ запрещеннымъ, признавши то или другое потому, что запрещенное дозволено, или дозволенное запрещено новымъ закономъ⁹⁾.

Такимъ образомъ, обратное дѣйствіе закона можетъ имѣть мѣсто лишь тогда, когда законъ получаетъ примѣненіе къ такимъ фактамъ, для которыхъ этотъ законъ не есть свой; такъ какъ они совершились до этого закона. Такое примѣненіе будетъ со стороны суда нарушеніе принципа обратнаго безсилія,

легко расширить понятіе пріобрѣтеннаго права до безконечности, какъ это и дѣлали, кому нужно было такое расширеніе, Unger, I, стр. 119; Stobbe, I, стр. 159; Demolombe, I, стр. 42 — 43; Lassalle, System, I, стр. 61, говоритъ: *solche Rechte (sind) erworbene, welche durch eine individuelle Willenshandlung des Individuumus mit ihm vermittelt und von ihm verzeinigt sind.* — Одинъ изъ первыхъ случаевъ, гдѣ русскіе законодатели примѣнили принципъ обратнаго безсилія закона, есть Указъ 18-го декабря 1785 г., по которому права дворянъ, не имѣвшихъ чина, но служившихъ по выборамъ, признаны пріобрѣтенными правами; Градовскій, О дѣйствіи закона во времени, Журналъ гражданск. и уголовн. права, 1873 г. IV, стр. 29; его же Начала, I, стр. 113—114. Но пріобрѣтенныя права, что бы ни разумѣть подъ ними, все же слабѣ закона, направленнаго на ихъ устраненіе; *les droits que la société ecée, elle peut aussi les abolir (Laurent)*. Бываетъ, что «пріобрѣтенныя права» уничтожаются съ вознагражденіемъ, а чаще безъ такового: то или другое, — это дѣло политики; ср. Lassalle, I, стр. 225—250.

⁹⁾ Запрещающіе законы, относительно принципа обратнаго безсилія закона, ничѣмъ не отличаются отъ другихъ, Savigny, VIII, стр. 436; Unger, I, стр. 127. Gabba, Teoria, I, 141—153; Lassalle System, I, стр. 143 и слѣд.; но еще Kierulff, стр. 71.

т. е., нарушение ст. 60 Основн. Законовъ; принципъ обратнаго безсилія можетъ быть нарушенъ только судомъ ¹⁰⁾).

Но этотъ принципъ не стѣсняетъ законодателя; ничѣмъ и никѣмъ не связанный ¹¹⁾, законодатель можетъ придать новому закону обратное дѣйствіе, т. е., придать примѣнимость къ такимъ фактамъ, для которыхъ, по времени ихъ совершенія, этотъ законъ не есть свой ¹²⁾. Воля законодателя—придать новому закону обратное дѣйствіе должна быть сказана въ названіи закона «изъясненіемъ или подтвержденіемъ закона прежняго», или выражена въ текствѣ ¹³⁾. Такое обратное дѣйствіе будетъ состоять не въ томъ, будто обратно дѣйствующій законъ передѣлываетъ прошлое, т. е., то, что совершилось до него ¹⁴⁾; но лишь въ томъ, что новый законъ снабженъ примѣнимостью къ такимъ фактамъ, для которыхъ, по времени ихъ совершенія, свой законъ есть не законъ новый, но законъ прежній.

Обратное дѣйствіе законъ можетъ обнаружить лишь чрезъ примѣненіе въ судѣ; а потому и законъ обратно дѣйствующій не окажетъ такого дѣйствія по отношенію къ тѣмъ фактамъ, которые въ своихъ послѣдствіяхъ навсегда погашены (*facta sopita*), уже неспособны подать поводъ къ судебному спору, предстать на судъ въ видѣ судебного случая. Таковы факты, погашенные до новаго закона судебнымъ рѣшеніемъ, мировой сдѣлкой,

¹⁰⁾ Laurent, I, стр. 236; Demolombe, I, стр. 79.

¹¹⁾ . . . alors même qu'il fait mal, le législateur est tout puissant; Marcadé, Explication, I, стр. 56, ср. Laurent, I, стр. 218.

¹²⁾ Savigny, I, VIII, стр. 506 — 511; Wächter, II, стр. 186 — 187; Unger, I, стр. 124; Windscheid, I, стр. 74 — 75; Laurent, I, стр. 237.

¹³⁾ Т. I, Св. зак.; Закон. Основн., ст. 61: 1) «когда въ самомъ законѣ именно сказано, что онъ есть тожко подтвержденіе и изъясненіе закона прежняго; 2) когда въ самомъ законѣ постановлено, что сила его распространяется и на времена, предшествовавшія его обнародованію». — Ср. объ этихъ исключеніяхъ процесс. Градовскій, О дѣйствіи закона во времени, стр. 1—2, 35 и слѣд., его же Начала, I, стр. 117—118. Объ изъясненіи и подтвержденіи закона см. выше, стр. 54 — 55.

¹⁴⁾ Lassalle, I, стр. 54: Das Ungeschehenmachen des Geschehenen gehört überhaupt nicht zu dem Begriff des Rückwirkens als solchem, sondern bildet den Begriff des Rückgängigmachens; Windscheid, I, § 32, примѣч. 3: ein Gesetz, welches sich in diesem Sinne rückwirkende Kraft beilegen wollte, wäre nicht absolutes Unrecht, sondern absoluter Unsinn.

третейскимъ судомъ, или же разрѣшены въ своихъ послѣдствіяхъ иначе, напр. договоръ исполненъ съ обѣихъ сторонъ, завѣщаніе исполнено наслѣдниками ¹⁵⁾). Въ частности, что касается судебного рѣшенія, оно закрываетъ заслуженный фактъ отъ обратнаго дѣйствія новаго закона лишь тогда, когда оно вошло въ окончательную силу; но тогда закрываетъ окончательно, т. е., такой фактъ не можетъ попасть подъ обратное дѣйствіе новаго закона путемъ кассационной провѣрки. Съ этой стороны въ исключительномъ положеніи окажется лишь законъ, названный подтвержденіемъ или изъясненіемъ; законъ *изъясненный* для кассационной провѣрки окажется закономъ нарушеннымъ, ибо, послѣ изъясненія, изъясненный законъ имѣетъ «прямой» смыслъ, въ которомъ онъ можетъ оказаться *явно* нарушеннымъ въ томъ окончательномъ рѣшеніи, которое подало поводъ кассации ¹⁶⁾). Само собою разумѣется, что мировая сдѣлка, рѣшеніе третейскаго суда, исполненіе договора, исполненіе завѣщанія—опять факты, которые, какъ таковыя, могутъ подпасть дѣйствію своего для нихъ по времени закона, т. е., закона новаго.

Вопросъ о томъ, который законъ примѣнимъ къ факту въ данномъ случаѣ, самъ собою разлагается на два частныхъ вопроса: а) вопросъ факта, насколько идетъ рѣчь о томъ, дѣйствительно ли данный фактъ совершился и совершился въ такое то время; б) вопросъ права, насколько идетъ рѣчь о томъ, который законъ, прежній или новый, есть для этого факта свой законъ; а если идетъ рѣчь о законѣ обратнo дѣйствующемъ,—то подходит ли данный фактъ подъ это обратное дѣйствіе. Совершеніе факта должно быть указано и доказано суду сторонами; но найти законъ, примѣнимый къ указанному и доказанному сторонами факту, дѣло суда. *Судъ знаетъ законы* (*judex novit suria*), т. е., знаетъ, что

¹⁵⁾ Kierulff, Theorie, стр. 71, Wächter, II, стр. 187. Savigny, VIII, стр. 511; Unger, II, стр. 128. Уст. гражд. судопр. ст. 892—895, 1364, 1366; 1393.

¹⁶⁾ Уст. гражд. судопр., ст. 793. Ст. 61 Основн. Законовъ, поставившая изъясненіе и подтвержденіе первымъ исключеніемъ изъ принципа обратнаго безсилія, т. е., изъ ст. 60 тѣхъ же Основныхъ Законовъ, между прочимъ принята въ расчетъ выше, стр. 51, гдѣ было высказано, что разъясненіе и подтвержденіе — только виды замѣны одного закона другимъ.

одинъ законъ прекращенъ, а другой обнародованъ и существуетъ или вообще имѣетъ силу, и далѣе, знаетъ о томъ, снабженъ или нѣтъ обнародованный законъ обратнымъ дѣйствіемъ, т. е., обратной примѣнимостію. Стороны могутъ лишь помогать суду своими доводами ¹⁷⁾; но имъ нечего и не зачѣмъ ни указывать, ни доказывать.

Разъясненія принципа обратнаго безсилія закона, какія предпосланы до сихъ поръ, далеко недостаточны для уразумѣнія этого принципа въ тѣхъ своеобразныхъ комбинаціяхъ, въ какихъ онъ является требованіемъ со стороны законодателя къ суду ¹⁸⁾. Рассмотрѣніе такихъ специфическихъ комбинацій въ самыхъ общихъ категоріяхъ и должно быть теперь представлено.

§ 15. Повѣрка принципа на частныхъ случаяхъ.

1) *Гражданское состояніе лицъ.* Въ каждый данный моментъ времени оно находится подъ дѣйствіемъ закона существующаго въ этотъ моментъ, т. е., подъ дѣйствіемъ закона современнаго ¹⁾. Общіе моменты, слагающіе гражданское состояніе лица, суть: возрастъ, умственная цѣлость, семейное положеніе, нетрупулая гражданская честь. Новый законъ, иначе опредѣляющій моменты гражданского состоянія, предполагаетъ существованіе лицъ съ такими или иными различіями. По сравненію съ прежнимъ закономъ, новый законъ впервые принимаетъ въ расчетъ такіа различія, или дѣлаетъ ихъ индифферентными, или же относится къ нимъ иначе, чѣмъ относился прежній законъ. Такой новый законъ прежде всего подѣйствуетъ на тѣхъ лицъ, которыхъ онъ застанетъ существующими, не ожидая для своего дѣйствія появленія тѣхъ, которые народятся послѣ его обнародованія. Дѣйствуя такъ, новый законъ «дѣйствуетъ только на будущее время», т. е., на время

¹⁷⁾ Ст. 691 — 695; ст. 330 — 331 Уст. гражд. судопр.

¹⁸⁾ Stobbe, I, стр. 161; Unger, I, стр. 129—130; Demolombe, I, стр. 41.

¹⁾ Savigny, VIII, стр. 314 и слѣд., Unger, I, стр. 130—134; Förster, I, стр. 40—41; Windscheid, I, 75—76 примѣч., Lassalle, I, стр. 72—78; 370—392; Demolombe, I, стр. 43—50; Laurent, I, стр. 238—258. На языкъ теоріи приобретенныхъ правъ это положеніе выражается такъ: гражданское состояніе лица не есть его приобретенное право.

послѣ его обнародованія, «и сила его не распространяется на дѣянія, совершившіяся прежде его обнародованія»²⁾. Такимъ образомъ послѣ обнародованія новаго закона вопросъ о томъ, находится ли данное лицо теперь въ возрастѣ малолѣтства, несовершеннолѣтія, т. е., совершеннолѣтія съ попечительствомъ, или же въ возрастѣ совершеннолѣтія безъ попечительства³⁾, — такой вопросъ рѣшается по закону дѣйствующему теперь, совершенно безразлично, существовало это лицо или нѣтъ въ моментъ обнародованія существующаго теперь закона. Но было ли то же самое лицо малолѣтнимъ, несовершеннолѣтнимъ или совершеннолѣтнимъ прежде, когда еще не было существующаго теперь закона, — рѣшается опредѣленіями прежняго закона, современнаго тому «прежде», относительно котораго ставится подобный вопросъ⁴⁾. — То же самое будетъ имѣть мѣсто и для законовъ, опредѣляющихъ иные моменты гражданского состоянія⁵⁾.

²⁾ Старая теорія въ такомъ дѣйствіи новаго закона усматривала обратное дѣйствіе.

³⁾ Т. IX, Св. зак. о сост., ст. 4; т. X, Сводъ закон. гражд., ст. 213.

⁴⁾ Предположимъ, что вмѣсто нынѣшней статьи 221 1 ч. X т., съ 1 января 1878 г. обнародуется новый законъ, который иначе опредѣляетъ возрастъ совершеннолѣтія: въ 25 лѣтъ. Въ силу этого новаго закона несовершеннолѣтними къ 1 января 1878 г. будутъ: а) тѣ, которымъ не наступилъ еще 22 годъ; б) тѣ, которымъ уже наступилъ 22 годъ, но не наступилъ еще 26. Послѣднимъ, въ силу новаго закона, изъ совершеннолѣтнихъ придется стать опять несовершеннолѣтними, и ставши, оставаться таковыми до наступленія 26-го года. Но на время до 1 января 1878 г. они были совершеннолѣтними, и потому все, что сдѣлано каждымъ изъ нихъ въ то время, сдѣлано совершеннолѣтнимъ. — При обратномъ предположеніи, т. е., что возрастъ совершеннолѣтія назначается новымъ закономъ, напр., въ 18 лѣтъ, будутъ имѣть мѣсто обратныя послѣдствія.

⁵⁾ Такъ: а) нынѣшніе законы знаютъ умственную нецѣлость какъ безуміе и сумасшествіе — ст. 365—366 1 ч. X т., но «крайнее невѣжество», — ст. 134 п. 4 Улож. о наказ. — не принято въ расчетъ въ гражданскихъ законахъ. Новый законъ, который принялъ бы въ расчетъ *rusticitas*, поддѣствуетъ на всѣхъ *rustici*, какихъ застанетъ въ моментъ своего обнародованія. б) Точно также, если бы новый законъ иначе опредѣлялъ семейное положеніе женщины, чѣмъ оно опредѣлено, напр., въ ст. 103, 107, 109, 114, 115, 2202—2203 1 ч. X т., ст. 546 т. XI, 2 ч. Уст. торг. — Семейное положеніе здѣсь выставлено, какъ одинъ изъ моментовъ гражданского состоянія лица, — ср. Laurent, I, стр. 244. в) Точно также и гражданская честь, Unger, I, стр. 133.

Послѣдствія такихъ или другихъ различій въ гражданскомъ состоянїи лица въ каждый данный моментъ времени опредѣляются по закону, дѣйствующему въ этотъ моментъ; а когда такія послѣдствія нужно опредѣлить для момента прошлаго, тогда они опредѣляются по закону, дѣйствовавшему въ тотъ прошлый моментъ ⁶⁾.

Что сказано сейчасъ объ общихъ моментахъ гражданского состоянїи лицъ, то одинаково вѣрно для тѣхъ исторически-случайныхъ моментовъ, въ которыхъ и для гражданского права сказываются сословныя и другія различія ⁷⁾. Понятно также, что ст. 1451—1460 Уст. гражд. судопр., получили и получаютъ примѣненіе ко всѣмъ, кого онѣ застали безвѣстно-отсутствующими, а не только къ тѣмъ, которые безвѣстно исчезнуть или исчезли послѣ вступленія въ силу Уст. гражд. судопр.

2) *Гражданская оборотность вещей (in commercio esse)*. Въ каждый данный моментъ времени она находится подъ дѣйствіемъ закона существующаго въ этотъ моментъ, т. е., подъ дѣйствіемъ закона современнаго ⁸⁾. Она такая или иная, смотря по различію самихъ вещей ⁹⁾, по различію въ ихъ принадлежности кому или чему ¹⁰⁾; при томъ, есть вещи по существу и вещи по причисленію (*res corporales, incorporales* ¹¹⁾). Новый законъ, иначе опредѣляющій гражданскую оборотность такого или иного рода вещей, предполагаетъ существованіе этого рода вещей. Новый законъ подѣйствуетъ на всѣ вещи, которыя застанетъ существующими, и продолжая дѣйствовать, будетъ опредѣлять гражданскую оборотность и тѣхъ вещей, которыя поя-

⁶⁾ Такъ, напр., если бы въ новомъ законѣ послѣдствія наступленія несовершеннолѣтія были опредѣлены иначе, чѣмъ въ статьѣ 220 1 ч. X т.

⁷⁾ Законы, измѣняющіе или отмѣняющіе такія различія, отмѣняютъ ихъ не только для тѣхъ, которые народятся впослѣдствїи, но и для тѣхъ, которые существуютъ въ моментъ обнародованія этихъ законовъ; крѣпостное право отмѣнено для всѣхъ, кто были крѣпостными 19 февраля 1861 г. — Подъ точку зрѣнія законовъ о гражданскомъ состоянїи подходят и законы о расточителяхъ.

⁸⁾ Unger I, стр. 134 — 135, Demolombe, I, стр. 50 — 52.

⁹⁾ Ст. 383 — 405 1 ч. X т.

¹⁰⁾ Ст. 406 — 415; ст. 696 — 698 1 ч. X т.

¹¹⁾ Ст. 401—402; ст. 416 — 419 1 ч. X т.

вятся впоследствии. Такъ, положимъ, что новый законъ упраздняетъ всякое различіе между недвижимою и движимою, или опредѣляетъ это различіе иначе, чѣмъ онъ опредѣлено теперь ¹²⁾; такой законъ подѣйствуетъ на всѣ вещи, которыя онъ застанетъ при вступленіи въ свою силу. Или: новый законъ упраздняетъ различіе недвижимостей на благопріобрѣтенныя и родовыя ¹³⁾; съ момента вступленія въ силу этого закона исчезнетъ различіе недвижимостей родовыхъ и благопріобрѣтенныхъ. Но съ уничтоженіемъ такого различія уничтожится и право выкупа, ибо «выкупъ есть право родственниковъ на обращеніе къ себѣ родовыхъ имуществъ», а таковыхъ имуществъ не будетъ съ момента вступленія въ силу новаго закона ¹⁴⁾. То же самое нужно было бы сказать о новомъ законѣ, который упраздняетъ заповѣдность, или уничтожаетъ неотчуждаемость имуществъ «мертвой руки» (церквей, монастырей) ¹⁵⁾. Гражданская оборотность вещи сказывается: въ ея способности или неспособности быть предметомъ гражданского оборота ¹⁶⁾; въ ея способности обращаться такъ или иначе (отчуждаемость съ правомъ выкупа, или безъ него), въ ея обращеніи такими, а не другими способами ¹⁷⁾; въ ея способности быть предметомъ такихъ, а не иныхъ правъ ¹⁸⁾. Новый законъ, который иначе опредѣлялъ бы то или другое изъ такихъ послѣдствій гражданской оборотности, на время будущее послѣ его вступленія въ силу подѣйствуетъ на всѣ вещи, которыя застанетъ существующими въ это время ¹⁹⁾.

¹²⁾ Ст. 383 — 389; 401 — 402 1 ч. X т.

¹³⁾ Ст. 396, 397, 399 1 ч. X т.

¹⁴⁾ Ст. 1346 1 ч. X т. Выкупъ будетъ невозможенъ даже и тогда, если бы шла рѣчь о выкупѣ данной недвижности, отчужденной менѣе чѣмъ за три года до вступленія въ силу новаго закона.

¹⁵⁾ Ст. 296 т. IX Св. зак. о сост.

¹⁶⁾ Ст. 406 1 ч. X т., насколько въ ней говорится объ имуществахъ публичныхъ; ст. 434 тамъ же.

¹⁷⁾ Ст. 710, 728, 1374 1 ч. X т., ст. 66 Положенія о нотаріальной части.

¹⁸⁾ Такъ права участія частнаго, ст. 412 — 451 1 ч. X т. не существуютъ для движимостей.

¹⁹⁾ Такъ, новый законъ, который допустилъ бы передачу закладныхъ по надписямъ — ст. 1653 1 ч. X т. подѣйствуетъ на всѣ закладныя, которыя

§ 16. Повѣрка принципа на частныхъ случаяхъ (продолженіе).

Семейныя отношенія. Въ предыдущемъ §-ѣ на семейное положеніе указано какъ на одинъ изъ моментовъ гражданскаго состоянія лица. Здѣсь идетъ рѣчь о семейныхъ отношеніяхъ, какъ видахъ связи между данными, опредѣленными лицами. Законы, опредѣляющіе семейныя отношенія, опредѣляютъ: а) установленіе семейной связи; б) ея содержаніе; с) ея прекращеніе ¹⁾. Такихъ видовъ семейной связи два: бракъ; отношеніе между родителями и дѣтьми.

Бракъ. а) Условія вступленія въ бракъ новый законъ опредѣляетъ иначе, чѣмъ опредѣлялъ ихъ законъ прежній, все равно, въ чемъ бы ни заключалась перемѣна, произведенная новымъ закономъ. Что нужно для того, чтобы сбылось предположеніе новаго закона? Должны имѣть мѣсто факты вступленія въ бракъ. Новый законъ подѣйствуетъ, слѣдовательно, лишь на тѣ вступленія, которыя будутъ имѣть мѣсто послѣ начала дѣйствія новаго закона, т. е., послѣ его обнародованія. Вступленія, имѣвшія мѣсто до обнародованія новаго закона, недоступны для его дѣйствія, ибо на нихъ подѣйствовалъ прежній законъ. Частіе: новый законъ выставляетъ такое условіе, котораго не зналъ прежній законъ, и съ отсутствіемъ такого условія связываетъ недействительность брака: браки заключенные до новаго закона, при отсутствіи условія, введеннаго новымъ закономъ, действительны. Наоборотъ: новый законъ устраняетъ такое условіе вступленія въ бракъ, которое было необходимо по прежнему закону, какъ условіе действительности брака; оно устранено на будущее время, т. е., для тѣхъ браковъ, которые будутъ заключены при дѣйствіи новаго закона ²⁾. Короче, действительность или недействительность каж-

уже сдѣланы, а не только на тѣ, которыя могутъ быть сдѣланы послѣ обнародованія такого закона. Но передачи по надписямъ, сдѣланныя до обнародованія такого закона, остались бы подъ дѣйствіемъ ст. 1651.

¹⁾ Savigny, VIII, стр. 493—506; Unger, I, стр. 139—142, Stobbe, I, стр. 169—172; Laurent, I, стр. 242—258; Gabba, Teoria, II, стр. 133—259.

²⁾ Такъ, положимъ, съ 1-го января 1878 г., новый законъ повысилъ возрастъ брачнаго совершеннолѣтія, напр., для мужчины и женщины съ 18 и

даго брака опредѣляется по тому закону, который дѣйствовалъ во время вступленія въ этотъ бракъ, во время его заключенія. Слѣдовательно, по закону, современному вступленію въ бракъ, рѣшается и вопросъ о томъ, какого рода эта недѣйствительность, абсолютная или относительная, кто и при какихъ условіяхъ можетъ требовать признанія даннаго брака недѣйствительнымъ, можетъ ли причина недѣйствительности покрываться, или нѣтъ, и если можетъ, то чѣмъ? ³⁾.

б) Новый законъ иначе опредѣляетъ содержаніе брачной связи. Одна сторона этой связи — личныя отношенія между мужемъ и женой, — власть мужа и подчиненіе жены, — является моментомъ, опредѣляющимъ гражданское состояніе лица. Съ этой стороны брачная связь въ каждый данный моментъ опредѣляется закономъ, современнымъ этому моменту; все равно, когда бы ни произошло установленіе такой связи, при дѣйствіи нынѣшняго или прежняго закона. Такимъ образомъ, обязана или нѣтъ жена слѣдовать вездѣ за своимъ мужемъ, это рѣшается на основаніи того закона, который существуетъ или существовалъ для того времени, для котораго ставится и рѣшается такой вопросъ ⁴⁾. Точно также, подчинена или нѣтъ жена мужу въ распоряженіи

16 лѣтъ на 21 годъ; недѣйствительными, по недостатку брачнаго совершеннолѣтія въ 21 годъ, будутъ лишь браки, заключенные послѣ 1-го января 1878 года. Наоборотъ, новый законъ понизилъ брачное совершеннолѣтіе, какъ у насъ дополненіе къ ст. 1 ч. X т. по продолженію 1863 г. — онъ понизилъ только для браковъ, которые будутъ заключены послѣ обнародованія новаго закона.

³⁾ Ст. 801 — 819 2 ч. X т. Такъ недѣйствительность вслѣдствіе несовершеннолѣтія мужа или жены, — ст. 802 не различаетъ, — можетъ покрываться беременностью жены, что въ особенности удобно, когда мужъ несовершеннолѣтній; эта недѣйствительность, далѣе, относительна: она можетъ быть признана лишь по иску самого несовершеннолѣтняго. Точно также, недѣйствительность по насилію, — она есть недѣйствительность относительная и можетъ покрываться, ст. 803 2 ч. X т. Но иного рода недѣйствительность по многобрачію, недѣйствительность по кровосмѣшенію и др., ст. 806 — 807 2 ч. X т.

⁴⁾ Ст. 103 1 ч. X т. Такъ Высочайше утвержденное мнѣніе Государств. Совѣта, опубликованное 24 января 1872 г., — Полн. собр. закон. (II), № 50369, одинаково избавляетъ отъ обязанности слѣдованія за мужемъ какъ тѣхъ женъ, которыя вступаютъ въ бракъ послѣ, такъ и тѣхъ, которыя вступили въ бракъ до этого закона.

своимъ имуществомъ, — опять рѣшается по закону того времени, когда имѣло мѣсто то дѣйствіе распоряженія, на-счетъ котораго ставится и рѣшается въ судѣ подобный вопросъ ⁵⁾.

Другую сторону въ содержаніи брачной связи составляютъ имущественныя отношенія между мужемъ и женой. Спрашивается, подлежатъ ли они дѣйствію новаго закона, предполагая, что новый законъ опредѣляетъ такія отношенія иначе, чѣмъ тотъ законъ, который, напр., дѣйствовалъ во время вступленія въ бракъ? Здѣсь нужно различать два случая: а) имущественныя отношенія между мужемъ и женой установлены по брачному договору; б) имущественныя отношенія между мужемъ и женой въ такомъ или иномъ видѣ существуютъ только потому, что они мужъ и жена; имущественныя отношенія—лишь квалифакція брачной связи. Въ первомъ случаѣ новый законъ, иначе опредѣляющій имущественныя отношенія, окажетъ дѣйствіе только на имущественныя отношенія въ тѣхъ бракахъ, которыя будутъ заключены послѣ этого закона. Во второмъ случаѣ новый законъ подѣйствуетъ на имущественную сторону и тѣхъ браковъ, которые онъ застанетъ существующими ко времени своего обнародованія ⁶⁾.

Русскіе гражданскіе законы допускаютъ имущественныя отношенія между мужемъ и женой только въ смыслѣ квалифакціи брачной связи ⁷⁾. Потому каждый новый законъ, который иначе

⁵⁾ Такъ дѣйствительны или нѣтъ векселя, выданные женою безъ согласія мужа, ст. 546 2 ч. т. IX Уст. торгов., это зависитъ отъ того, дѣйствовало во время выдачи этого векселя ст. 546 или нѣтъ.

⁶⁾ Большинство писателей приравниваютъ оба вида имущественныхъ отношеній, прибѣгая иногда, для такого приравненія, къ фикціи подразумѣваемаго договора; Savigny, VIII, стр. 495 — 490; Wächter, II, стр. 177; Un-ger, I, стр. 144; Aubry et Rau, стр. 70; противъ фикціи подразумѣваемаго договора Stobbe, I, стр. 170, хотя онъ и согласенъ съ общепринятымъ мнѣніемъ; ср. еще Demolombe, I, стр. 46—48; Laurent, I, стр. 276—282.

⁷⁾ Все сводится къ четыремъ пунктамъ: а) обязанность мужа содержать жену (ст. 107 1 ч. X т.); б) раздѣльность *импній* (см. 108—115) в) взаимное участіе пережившаго въ наслѣдствѣ послѣ умершаго (указная доля); д) взаимное положеніе супруговъ на случай несостоятельности одного изъ супруговъ—ст. 2268—2276 2 ч. X т. Ни въ одномъ изъ этихъ пунктовъ имущественныя отношенія супруговъ не могутъ быть измѣнены никакими брачными

опредѣлилъ бы имущественныя отношенія супруговъ чѣмъ теперь, подѣйствуетъ и на тѣ браки, которые онъ застанетъ существующими, а не только на тѣ, которые будутъ заключены послѣ обнародованія такого закона ⁸⁾).

с) Прекращеніе брачной связи наступаетъ какъ послѣдствіе совершенія извѣстныхъ фактовъ (основаній прекращенія), которые влѣ всякаго отношенія къ законамъ, дѣйствовавшимъ во время вступленія въ бракъ или во время продолженія брака. Потому новый законъ, опредѣляющій основанія прекращенія брака иначе, чѣмъ опредѣлялъ ихъ прежній законъ, подѣйствуетъ на всѣ браки, которые застанетъ существующими въ моментъ начала своего дѣйствія. ⁹⁾ И притомъ, частіе: новый законъ устраняетъ одинъ изъ

договорами. Но изъ сказаннаго же видно, что начало раздѣльности «имѣній» (ст. 109 1 ч. X т.) еще не значить, будто «нѣтъ, собственно, никакихъ имущественныхъ отношеній между супругами», что мужъ и жена «точно также чужды другъ другу по имущественнымъ отношеніямъ, какъ и лица, совершенно постороннія», Мейеръ, 4 изд. стр. 536. Что могутъ иногда наговорить неосторожныя историкки, показывается, напр. фраза Побѣдоносцева на-счетъ приданаго на стр. 113 его Курса, ч. 2. Но авторъ вотчинныхъ правъ забылъ: а) то, что стоитъ въ § 44 Исторіи гражд. законовъ Неволіна, т. I, б) ст. 1007 1 ч. X т.; эта статья новая въ изданіи 1857 г., не опечатка ли въ ней слово «принимающимъ»? Нѣтъ, ибо «принимающимъ» стоитъ и въ источникѣ ст. 1007, т. е., въ № 20138 Полн. собр. закон. (II).

⁸⁾ Такъ образомъ, новый законъ, который вѣдетъ раздѣльности имѣній ввелъ бы тотъ или другой изъ видовъ общности, подѣйствуетъ на всѣ браки, которые онъ застанетъ. Новый законъ, который возложилъ бы и на жену обязанность содержать мужа, подѣйствуетъ и на браки, существующіе ко времени обнародованія такого закона. Новый законъ, который иначе опредѣлилъ бы указанную долю, или отмѣнилъ ее, подѣйствуетъ и на браки, существующіе въ моментъ его обнародованія. Высочайше утвержденное мнѣніе Государственнаго Совѣта 17-го іюня—5 августа 1846 г. о мѣрахъ противъ злонамѣренной передачи имѣній между супругами (изъ него взяты ст. 1007 1 ч. X т., 2268 — 2276 2 ч. X т.), подѣйствовало на всѣхъ женъ и мужей, бывшихъ между собою таковыми къ 17 іюня — 5 августа 1846 г. Точно также, бывъ дѣйствующія временныя правила о порядкѣ производства дѣлъ о несостоятельности въ судебныхъ установленіяхъ, образованныхъ по Уставу 20 ноября 1864 г., опредѣляли имущественныя отношенія всѣхъ, кого они застали мужемъ и женой при вступленіи въ свою силу.

⁹⁾ Savigny, VIII, стр. 524—526; Unger, I, стр. 140; Stobbe, I, стр. 166; Laurent, I, стр. 247—248.—Послѣдователямъ факціи подразумеваемаго договора для имущественныхъ отношеній (выше примѣч. 6),—слѣдовало бы се

видовъ прекращенія брака—расторженіе: съ момента обнародованія новаго закона не могутъ имѣть мѣста иски о расторженіи и тѣхъ браковъ, которые заключены до новаго закона, все равно когда бы ни случался фактъ, составляющій основаніе расторженія по прежнему закону, — раньше или позже, чѣмъ обнародованъ новый законъ, устранившій расторженіе браковъ ¹⁰). Мало того: въ силу новаго закона должны быть прекращены процессы о расторженіи, только начатые, но не доведенные до окончательнаго судебнаго рѣшенія; новый законъ не тронетъ лишь тѣхъ расторженій, которыя состоялись до него ¹¹). Далѣе: новый законъ затрудняетъ расторженіе, затрудняетъ или тѣмъ, что устраняетъ то или другое изъ основаній расторженія, какое допускалъ прежній законъ, или же иски о расторженіи обставляетъ болѣе строгими формами или болѣе короткими сроками. Такой законъ найдетъ примѣненіе не только къ бракамъ, которые заключены до него, но и къ тѣмъ бракамъ, для которыхъ уже случилось основаніе расторженія при законѣ прежнему ¹²). Наоборотъ: новый законъ облегчаетъ расторженіе, облегчаетъ въ томъ смыслѣ, что вводитъ такое основаніе расторженія, какого не зналъ прежній законъ. Что предполагаетъ такой законъ? Совершеніе фактовъ, составляющихъ основаніе расторженія, признанное въ новомъ законѣ; и потому такой законъ подѣйствуетъ лишь на тѣ браки, для которыхъ послѣ обнародованія этого закона случится фактъ, составляющій основаніе расторженія по новому закону. Онъ не тронетъ таковыхъ браковъ, для которыхъ фактъ, состав-

таваться послѣдовательными и здѣсь, т. е., утверждать, что для каждаго брака прекращеніе можетъ быть лишь такое, какое допускалось закономъ, дѣйствовавшимъ во время заключенія этого брака.

¹⁰) Такъ и было, наприм. во Франціи, когда уничтожено было расторженіе (*divorce*) въ 1816 г.

¹¹) Такъ во Франціи въ 1816 г. всѣ процессы о расторженіи были превращены въ процессы о разлученіи (*séparation par corps*).

¹²) Такъ законъ, который устранилъ бы неспособность къ брачному сожителству изъ числа основаній расторженія брака (ст. 45—48 1 ч. X т.), нашѣлъ бы примѣненіе ко всѣмъ бракамъ, существующимъ въ моментъ обнародованія такого закона.

ляющей теперь основаніе расторгенія, совершился до вступленія въ силу новаго закона. Послѣдствія расторгенія брака, въ чемъ бы они ни состояли, опредѣляются также по закону, дѣйствовавшему въ моментъ, когда расторгеніе состоялось, все равно, какого бы рода эти послѣдствія ни были, имущественныя или иныя ¹³⁾.

Отношенія между родителями и дѣтьми ¹⁴⁾. а) Начало отношенія. Кто родители даннаго лица, есть они у него или нѣтъ, и если да, то есть ли отецъ и мать, или только мать, — все это опредѣляется извѣстными фактами, которые выставлены въ законѣ, какъ условія *сыновства* (filiation). Появляется новый законъ, который иначе опредѣляетъ сказанные факты, иначе тѣмъ, что добавляетъ или убавляетъ такіе факты. Каково предположеніе такого закона? Совершеніе того или другаго изъ тѣхъ фактовъ, которые по новому закону имѣютъ значенія исполненія условій сыновства. Слѣдовательно, такой законъ подѣйствуетъ лишь на тѣхъ лицъ, сыновство которыхъ еще не опредѣлилось по прежнему закону, т. е., на такихъ, которые не родились до новаго закона, ибо вообще условія сыновства суть ничто иное, какъ только обстановка рожденія даннаго лица. По отношенію къ отцу сыновство есть вмѣстѣ съ тѣмъ и законорожденность; по отношенію къ матери сыновство можетъ быть законорожденность или незаконорожденность. Слѣдовательно, законорожденность или незаконорожденность опредѣляется по закону, дѣйствовавшему во время рожденія даннаго лица, и не подпадаетъ дѣйствію закона позднѣйшаго ¹⁵⁾. Притомъ, незаконорожденность можетъ быть *по рожденію* или *по иску* ¹⁶⁾; кто можетъ предъявить такой искъ, въ

¹³⁾ По нынѣ дѣйствующимъ русскимъ законамъ расторгеніе брака не влечетъ за собой никакихъ имущественныхъ послѣдствій, все равно, каковы бы ни была причина развода. Но вотъ другія послѣдствія: расторгенный бракъ былъ уже третій для одного или обоихъ супруговъ, — въ четвертый нельзя вступать; основаніе расторгенія — вина одного изъ супруговъ, — ему воспрещено вступать въ новый бракъ.

¹⁴⁾ Savigny, VIII, стр. 500—504; Unger, I, стр. 141—143; Stobbe, I стр. 171, Demolombe, I, стр. 44—45; Laurent, I, стр. 250 и слѣд.

¹⁵⁾ Arntz, Cours, I, стр. 23. Valette, I, стр. 27—28.

¹⁶⁾ Ст. 119, 125, 127, 129, 131 1 ч. X.

какой срокъ, все это опредѣляется по закону, дѣйствовавшему во время рожденія.

б) Отношенія между родителями и дѣтьми представляютъ двѣ стороны: сторону личную и сторону имущественную. Личная сторона—власть родителей и соотвѣтствующее ей повиновеніе дѣтей. Эта сторона всегда обсуждается по закону, дѣйствующему въ то время, когда происходитъ такое обсужденіе, а не по закону, дѣйствовавшему во время заключенія даннаго брака, и не по закону, дѣйствовавшему во время рожденія дѣтей отъ этого брака. Такимъ образомъ, вопросы о томъ, кому принадлежитъ власть, одному ли отцу, или отцу и матери, каково содержаніе и размѣры этой власти, гдѣ ея границы, — все это рѣшается по закону, существующему въ то время, когда ставятся и рѣшаются такіе вопросы ¹⁷⁾. Что касается имущественной стороны отношенія, она тоже въ каждый моментъ находится подъ дѣйствіемъ закона существующаго въ этотъ моментъ ¹⁸⁾.

Наконецъ с), что касается прекращенія связи родителей и дѣтей, его основанія и случаи опредѣляются каждый разъ закономъ существующимъ въ то время, когда ставится и рѣшается вопросъ о томъ, прекратилась или нѣтъ такая связь. Иными словами: положимъ, что новый законъ вводитъ такое основаніе для прекращенія родительской власти, котораго не зналъ прежній законъ: новый законъ подѣйствуетъ и на тѣхъ, кто ко времени его обнародованія находится подъ родительской властью. Наоборотъ: новый законъ устраняетъ одно изъ основаній прекращенія родительской власти: онъ устраняетъ его и для тѣхъ, кого такой законъ застанетъ родителями и дѣтьми ¹⁹⁾.

¹⁷⁾ Такъ, положимъ, прежній законъ предоставлялъ власть только отцу; новый законъ предоставляетъ ее и матери: новый законъ подѣйствуетъ на всѣхъ, кого онъ застанетъ родителями и дѣтьми. Прежній законъ требовалъ согласія родителей на бракъ дѣтей: новый законъ этого не требуетъ; онъ подѣйствуетъ на всѣхъ, кого застанетъ родителями и дѣтьми.

¹⁸⁾ Такъ Savigny, VIII, стр. 503; Unger, I, стр. 141—142; Laurent, I, стр. 252—253; но иначе Windscheid, I, § 32, примѣч. 6.

¹⁹⁾ Сказанное сейчасъ должно быть дополнено изъ того, что сказано выше, § 15, о законахъ, опредѣляющихъ гражданское состояніе лица.

Все сказанное относится къ дѣтямъ законорожденнымъ. Но дѣти незаконорожденные? Есть нѣсколько видовъ незаконорожденности, и потому различно опредѣляется положеніе незаконорожденныхъ по отношенію къ матери и къ мужинѣ этой матери. Какимъ образомъ смотрѣть на законы, опредѣляющіе виды незаконорожденности и положеніе незаконорожденныхъ по отношенію къ виновникамъ ихъ рожденія? Это законы, опредѣляющіе гражданское состояніе лицъ, и потому, каждый такой законъ, вступая въ дѣйствіе, подѣйствуетъ на тѣхъ, кого застанетъ незаконорожденными. Такъ образ., возможно или нѣтъ узаконеніе незаконорожденного ребенка чрезъ бракъ или чрезъ признаніе, существуетъ ли обязанность воспитанія, открыть и въ какихъ случаяхъ для незаконорожденныхъ дѣтей доступъ къ наслѣдованію, — все эти вопросы рѣшаются по закону, дѣйствующему въ то время, когда они ставятся и рѣшаются ²⁰⁾.

§ 17. Повѣрка принципа на частныхъ случаяхъ (продолженіе).

Законы, опредѣляющіе имущественныя права, опредѣляютъ: а) способы пріобрѣтенія и прекращенія этихъ правъ; б) ихъ содержаніе, т. е., что въ правѣ дѣлать субъектъ того или другаго имущественнаго права ¹⁾ Съ точки зрѣнія возможнаго столкновенія разновременныхъ законовъ сдѣлаемъ возможно бѣглый обзоръ II, III, и IV книгъ 1 ч. X т.

1) Раздѣлъ I книги II опредѣляетъ гражданскую оборотность различныхъ вещей; столкновенія въ области законовъ этого рода раз-

²⁰⁾ Ст. 132, 144, ст. 136 1 ч. X т., ст. 994 Улож. о наказ. Въ частности: вопросъ о томъ, можетъ ли незаконорожденный отыскивать мужину своей матери или не можетъ (*la recherche de la paternité*, Code civil art. 340), опредѣляется по закону, дѣйствующему въ моментъ предъявленія и рассмотрѣнія такого иска, все равно, какъ бы ни рѣшался подобный вопросъ по закону, дѣйствовавшему во время рожденія истца. Savigny, VIII, стр. 527—538; Unger, I, стр. 142—143. — Что касается законовъ объ опеку и попечительствѣ, это законы, опредѣляющіе гражданское состояніе лицъ, и потому, каждый новый законъ этой категоріи дѣйствуетъ на всѣхъ, кого застанетъ въ отношеніяхъ опеки и попечительства; Stobbe, I, стр. 171.

¹⁾ Savigny, VIII, стр. 373 — 381.

смотрѣны выше. Но раздѣлъ II той же второй книги, отъ статьи 420 до 533 включительно (за исключеніемъ ст. 431—*lex fugitiva*) занять законами, опредѣляющими *существо и пространство* разныхъ правъ на недвижимость ²⁾. Насколько въ статьяхъ 420—533 опредѣлено, какого рода возможны права на недвижимость, въ чемъ содержаніе того или другаго изъ нихъ, мы дѣйствительно имѣемъ здѣсь постановленія о существѣ и пространствѣ разныхъ правъ на недвижимость. Всякое измѣненіе, отмѣна, дополненіе и т. п. въ этихъ статьяхъ окажетъ дѣйствіе на всѣ права, какія окажутся существующими въ моментъ вступленія въ силу закона, производящаго подобную перемѣну. Такимъ образомъ, всѣ перемѣны, какія произведены здѣсь со времени обнародованія нынѣ дѣйствующаго Свода гражданскихъ законовъ изд. 1857 г., измѣнили содержаніе всѣхъ тѣхъ правъ, какія заставалъ существующими тотъ или другой законъ, состоявшійся въ отмѣну, замѣну, дополненіе и т. п. которой либо изъ статей 1 ч. X т. То же самое нужно сказать относительно и тѣхъ перемѣнъ, которыя могутъ быть произведены впослѣдствіи ³⁾. Но такое же дѣйствіе всякаго новаго закона на современныя его дѣйствію существующія права, совершенно независимо отъ того, когда то или другое изъ нихъ пріобрѣтено, — при дѣйствіи закона теперь существующаго или прежняго, — имѣетъ мѣсто и по отношенію къ движимости ⁴⁾.

²⁾ Здѣсь было бы несвоевременно и неумѣстно приводить доводы въ подтвержденіе воззрѣнія, что II раздѣлъ книги II, отъ ст. 420 до 533 занятъ весь законами о недвижимости, что въ частности, ст. 420, 513, 514, 521 не имѣютъ никакого отношенія къ движимости.

³⁾ Наибольше глубокое видоизмѣненіе въ области правъ на недвижимость произведено Положеніемъ о крестьянахъ, 19 февраля 1861 года. Затѣмъ же желаніе, гдѣ оно произведено, также видоизмѣнило права на недвижимость. — Введеніе такихъ или иныхъ лѣсныхъ сервитутовъ или другихъ ограниченій права собственности на лѣса подѣйствовало бы на всѣ существующія права собственности.

⁴⁾ Такъ, введеніе гдѣнибудь ст. 2279 фр. гражд. кодекса (*en fait de meubles la possession vaut titre*) подчинитъ дѣйствію этой статьи всѣ права на движимость, какія оказались бы существующими въ моментъ вступленія въ силу такого закона; Savigny, VIII, стр. 330—331; Unger, I, стр. 135—136. Каковы смыслъ и значеніе ст. 534 1 ч. X т., будетъ указано и показано въ своемъ мѣстѣ.

2) Существо и пространство правъ на имущества опредѣляютъ и статьи, заключенныя въ главѣ 2 й раздѣла II книги II: права собственности общей, когда бы они ни возникли, со стороны содержания, въ каждый данный моментъ своего существованія находятъ ся подѣ дѣйствіемъ законовъ, существующихъ въ этотъ моментъ.

3) Главы 4-я и 7-я раздѣла II книги II—о правѣ земской давности. ⁵⁾ Давность бываетъ двоякая: давность владѣнія (*usucapio*) и давность исковая (*praescriptio*). Первая изъ нихъ — способъ приобрѣтенія права собственности; потому объ ней ниже, гдѣ будетъ разматриваться столкновение законовъ, опредѣляющихъ способы приобрѣтенія правъ; здѣсь только давность исковая ⁶⁾. Способность или неспособность извѣтнаго рода имущественныхъ правъ задавниваться, терять исковую силу чрезъ непредъявленіе иска въ теченіи бѣльшаго или меньшаго періода времени—есть одинъ изъ моментовъ въ содержаніи каждаго имущественнаго права. Такая способность находится подѣ дѣйствіемъ тѣхъ же самыхъ законовъ, которыми вообще опредѣляется содержаніе имущественныхъ правъ.

Новый законъ, иначе опредѣляющій исковую давность, предполагаетъ одно: непредъявленіе иска въ теченіе того періода времени, который по новому закону составляетъ продолжительность исковой давности. Въ частности, новостъ закона можетъ состоять: а) въ томъ, что новый законъ удлиняетъ продолжительность исковой давности. Всякая исковая давность, начавшаяся при дѣйствіи прежняго закона, когда продолжительность была короче, но не оконченная ко времени новаго закона, при новомъ законѣ должна будетъ длиться столько времени, чтобы удовлетворить требованію новаго закона ⁷⁾. б) Новый законъ сокращаетъ дав-

⁵⁾ Savigny, VIII, стр. 427—434 Unger, I, стр. 46—148; Stobbe, I, стр. 164—166; Demolombe, I, стр. 72—75, Laurent, I, стр. 300—302.

⁶⁾ Ст. 691—692, 693—694 1 ч. X т. ст. 213 и слѣд. 2 ч. X т. Уставъ гражд. судопр. ст. 706.

⁷⁾ Такое мнѣніе—общепринятое; Savigny, VIII, стр. 431; Unger, I, 147; Wirscheid, I, § 32, nota 1-я; что касается art. 2281. фр. гр. код.—см. Laurent, I, стр. 301—302.

ность. Онъ подѣйствуетъ на всякую давность, которая началась при законѣ прежнемъ, и ко времени новаго закона продлилась столько времени, сколько требуетъ новый законъ ⁸⁾. с) Новый законъ иначе опредѣляетъ поводы пріостановки исковой давности: такой законъ подѣйствуетъ лишь на тѣ случаи, гдѣ исковая давность будетъ начинаться уже при новомъ законѣ. d) Новый законъ иначе опредѣляетъ поводы и способы перерыва давности; онъ подѣйствуетъ и на всякую давность, теченіе которой началось, но не окончилось до него ⁹⁾. e) Новый законъ вводитъ въ исковую давность такой признакъ, котораго не зналъ прежній законъ, напр., добросовѣтность; новому закону должна удовлетворять всякая давность, не окончившаяся ко времени его обнародованія, хотя бы и начавшаяся при законѣ прежнемъ. f) Наоборотъ: новый законъ устраняетъ признакъ, котораго требовалъ прежній законъ; новому закону будетъ удовлетворять всякая давность, слѣдовательно, и та которая началась и длилась, но не окончилась, при законѣ прежнемъ, хотя и безъ признака, который былъ необходимъ по прежнему закону ¹⁰⁾. Наконецъ, g) новый законъ устраняетъ ис-

⁸⁾ Такое мнѣніе далеко не общепринятое. Прежній законъ требовалъ 10 лѣтъ; новый понижаетъ продолжительность исковой давности до 5 лѣтъ; согласно сказанному въ текстѣ, всякая давность, продлившаяся ко времени новаго закона 5 или болѣе лѣтъ, но менѣе 10 лѣтъ, окажется оконченною въ моментъ обнародованія новаго закона. Затѣмъ всякая давность, начавшаяся при законѣ прежнемъ, но не продлившаяся 5 лѣтъ ко времени новаго закона, будетъ считаться оконченною, какъ скоро при дѣйствіи новаго закона она продлится 5 лѣтъ. Но такой послѣдовательности, однородности въ рѣшеніяхъ вопросовъ, вызываемыхъ удлиненіемъ и сокращеніемъ продолжительности исковой давности, не хотятъ принять большинство писателей. Въмѣсто сказаннаго въ текстѣ, на случай сокращенія предлагаются другія рѣшенія, построенныя на *презюмтивной* волѣ законодателя;—Savigny, VIII, стр. 431 — 434; Unger, I, стр. 147; въ особенности Wächter, II, стр. 179—181. Понятно, что новый законъ, иначе опредѣляющій исковую давность, можетъ дать такія или иныя переходныя правила относительно того, какъ прилагать его къ случаямъ давности уже начавшейся.—Stobbe, I, стр. 165. Такое переходное правило заключается въ art. 2181 франц. гражд. кодекса.—Сказанное въ текстѣ—только развитіе сказаннаго у Кирюльва, стр. 70, примѣч.

⁹⁾ Savigny, VIII, стр. 430—431.

¹⁰⁾ Это опять противно общепринятому воззрѣнію, Unger, I, стр. 147 примѣч. 79.

ковую давность тамъ, гдѣ она имѣла мѣсто по закону прежнему; или наоборотъ; вводится исковая давность тамъ, гдѣ она не имѣла мѣста по закону прежнему. Въ первомъ случаѣ теряетъ значеніе всякая исковая давность, начавшаяся, но не оконченная при законѣ прежнемъ. Во второмъ случаѣ исковая давность для случаевъ, гдѣ она введена новымъ закономъ, можетъ начаться лишь со времени вступленія въ силу новаго закона ¹¹⁾.

3) Глава 5 раздѣла II книги II опредѣляетъ отчасти существо ¹²⁾, отчасти способы пріобрѣтенія правъ по обязательствамъ ¹³⁾; а вообще вся глава 5-я есть введеніе въ IV книгу 1 ч. X т. Потому новый законъ, измѣняющій постановленія главы 5-й въ томъ смыслѣ, что иначе опредѣляетъ существо обязательствъ, возникающихъ изъ договора, подѣйствовалъ бы и на тѣ обязательства, которые возникли до него ¹⁴⁾. Но законъ новый, измѣняющій постановленія гл. 5-й въ томъ смыслѣ, что иначе опредѣляетъ способы возникновенія правъ по обязательствамъ, не тронетъ тѣхъ правъ, которыя уже возникли до него.

4) Глава 6-я раздѣла II книги II 1 ч. X т., при всемъ разнообразіи своего содержанія, тѣмъ не менѣе въ своихъ постановленіяхъ является лишь развитіемъ общаго положенія, выставленнаго въ ст. 574. Въ частности: первое отдѣленіе главы 6-й заключаетъ въ себѣ постановленія объ экспроприаціи. Здѣсь опредѣляется: какія имущества подлежатъ экспроприаціи, по какимъ поводамъ, какъ опредѣляется вознагражденіе. Теперь: а) новый законъ подвергаетъ экспроприаціи аакія имущества, которыя оставались внѣ экспроприаціи по прежнему закону; понятно, онъ подѣйствуетъ на всѣ имущества, какія застигнетъ существующими въ моментъ своего вступленія въ силу ¹⁵⁾. б) Новый законъ иначе

¹¹⁾ Savigny, VIII, стр. 429—430; Unger, I, стр. 147, текстъ и примѣч. 80.

¹²⁾ Таковы именно ст. 569—570.

¹³⁾ Таковы именно ст. 568—571.

¹⁴⁾ Такъ, новый законъ иначе опредѣляетъ то удовлетвореніе, о которомъ говоритъ ст. 570 1 ч. X т.

¹⁵⁾ Ст. 575 — 576, со ст. 584 1 ч. X т.—подвергаютъ экспроприаціи только недвижимость; но возможны и бываютъ законы, подвергающіе экспроприаціи такую или иную движимость (напр. лошадей).

опредѣляетъ поводы экспроприации, — вводитъ напр., такіе поводы, которыхъ не зналъ прежній законъ; его дѣйствіе распространяется лишь на поводы, имѣющіе возникнуть послѣ его обнародованія. с) Новый законъ иначе опредѣляетъ порядокъ отчужденія, подчиняетъ рѣшеніе вопросовъ вѣдомству инаго учрежденія, чѣмъ то, которому подлежали подобные вопросы при законѣ прежнемъ. Новый законъ подѣйствуетъ не только на тѣ случаи отчужденія, которые возникнутъ послѣ его обнародованія; но и на тѣ, гдѣ отчужденіе уже началось, но еще не окончено ко времени новаго закона. Наконецъ d) новый законъ иначе опредѣляетъ тѣ элементы стоимости, которые должны быть приняты въ расчетъ при оцѣнкѣ отходящей недвижимости и покрыты цѣной за отчужденіе. Такой законъ подѣйствуетъ не только на случаи экспроприации, имѣющіе возникнуть впослѣдствіи, но и на тѣ, гдѣ экспроприация уже началась, но еще не заключена до вступленія въ силу новаго закона ¹⁶⁾.

5) Отдѣленіе второе главы 6-й раздѣла II книги II занято постановленіями: а) объ обязательствахъ, возникающихъ изъ отношений между собственникомъ и владѣльцемъ отобраннаго по иску имущества ¹⁷⁾; б) объ обязательствахъ возникающихъ иначе, а не изъ договора ¹⁸⁾. Очевидно, эти статьи главы 6-й суть главнымъ образомъ законы о способахъ пріобрѣтенія правъ; такіа пріобрѣтенія происходятъ чрезъ совершеніе того факта, съ которымъ законъ связываетъ возникновеніе права. Этимъ опредѣляется отношеніе всякаго новаго закона, который произвелъ бы перемѣну въ главѣ 6-й раздѣла II книги II 1 ч. X т. Но при этомъ нужно имѣть въ

¹⁶⁾ Высочайше утвержденное 6-го мая 1872 г. положеніе Комитета Министровъ объ установленіи временныхъ правилъ по отчужденіи частныхъ имуществъ подъ желѣзныя дороги, дѣйствуетъ и теперь, будучи подтверждаемо въ началѣ каждаго года. Оно заключаетъ въ себѣ правила о порядкѣ отчужденія земель подъ желѣзныя дороги но получило силу для всѣхъ случаевъ отчужденій, начиная съ 1872 года.

¹⁷⁾ Ст. 609—643, 1 ч. X т.

¹⁸⁾ Ст. 644—689. Въ статьи отдѣленія втораго, главы 6-й, суть Высочайше утвержденныя измѣняемыя статьи Свода законовъ о вознагражденіи за вредъ и убытки, 21-го марта 1851 г. Полн. Собр. закон. (II) № 25055.

виду, что такъ называемое безчестіе ¹⁹⁾ возникаетъ не изъ нанесенія обиды, но изъ судебного рѣшенія, признавшаго оскорбленіе, и потому новый законъ, иначе опредѣляющій безчестіе, найдетъ примѣненіе и къ тѣмъ обидамъ, которыя до его вступленія въ силу только нанесены, но еще не признаны судебнымъ рѣшеніемъ, хотя бы по нимъ уже и предъявлены иски ²⁰⁾. Слѣдовательно, вопросъ о томъ, возникло или нѣтъ обязательство изъ такого или иного факта, не составляющаго договора, и въ чемъ содержаніе этого обязательства, — рѣшается по закону того времени, когда совершился данный фактъ ²¹⁾.

Раздѣлъ III книги II заключаетъ въ себѣ постановленія о порядкѣ приобрѣтенія и укрѣпленія правъ вообще. Но глава 1-я этого раздѣла не исполнѣ отвѣчаетъ общему заглавію раздѣла. Эта 1-я глава въ значительной степени повторяетъ главу 2-ю раздѣла I книги II, хотя и съ иной точки зрѣнія. Иными словами: глава 1-я рѣздѣла III книги II заключаетъ въ себѣ постановленія о гражданской оборотности вещей, на-сколько эта оборотность зависитъ отъ различій въ принадлежности кому или чему ²²⁾. Потому, всякій новый законъ, который направленъ на то, чтобы иначе опредѣлить принадлежность, найдетъ примѣненіе ко всѣмъ вещамъ, которыя онъ застанетъ существующими въ моментъ его обнародованія ²³⁾. Остальныя главы, 2 — 8 раздѣла

¹⁹⁾ Ст. 667—668 1 ч. X т.

²⁰⁾ Так. образ. правила 21 марта 1857 г. опредѣлившія разиѣръ безчестія иначе, чѣмъ онъ былъ опредѣленъ въ ст. 548 — 553 1 ч. X т. изд. 1842 г., примѣнимы не только къ тѣмъ обидамъ которыя были нанесены, но и къ тѣмъ, по которымъ иски были предъявлены до 21 марта 1851 года.

²¹⁾ Savigny, VIII, стр. 415; Unger, I стр. 138; Stobbe, I, стр. 168.

²²⁾ См. выше стр. 102.

²³⁾ Такимъ образомъ новый законъ вводитъ, положимъ, отчуждаемость имущества мертвой руки; онъ подѣйствуетъ на всѣ тѣ изъ нихъ, какія застанетъ существующими въ моментъ своего обнародованія. Положенія: городское, земское, о крестьянахъ, вышедшихъ изъ крѣпостной зависимости, насколько въ этихъ положеніяхъ заключаются постановленія объ имуществахъ городскихъ, земскихъ, сельско-общественныхъ, подѣйствовали на всѣ такія имущества, какія застигнуты упомянутыми положеніями. Точно также Высочайше утвержденное мнѣніе Госуд. Совѣта 1872 г., мая 31-го подѣйствовало и на тѣ банки, какіе существовали въ моментъ обнародованія этого закона.

III книги II опять не вполне однородны по своему содержанию: въ нихъ опредѣлены не только способы пріобрѣтенія правъ на имущества, но и главные способы доказыванія различнаго рода договоровъ и вообще сдѣлокъ. Каждый новый законъ, иначе опредѣляющій такой или иной способъ пріобрѣтенія правъ, предполагаетъ совершеніе такого или иного факта, съ которымъ связывается пріобрѣтеніе права. Потому каждый новый законъ этого рода будетъ имѣть дѣйствіе лишь на тѣ факты, которые совершатся послѣ его обнародованія, и слѣдовательно, онъ не тронетъ тѣхъ правъ, которые пріобрѣтены до него ²⁴). Потому, въ частности, Положеніе о нотаріальной части, насколько въ немъ иначе опредѣлены способы пріобрѣтенія правъ на недвижимость, дѣйствуетъ лишь на тѣ факты пріобрѣтенія, которые совершались и совершаются послѣ него, а не на тѣ, которые совершились до него.

7) Въ пріобрѣтеніи права могутъ быть такія или инныя причины порочности, какъ причины ничтожности пріобрѣтеннаго права или отнятія судебной охраны. Тотъ или другой порокъ заражаетъ собой пріобрѣтенное право въ моментъ его пріобрѣтенія, и не исчезаетъ отъ того, что, быть можетъ, впоследствии появляется новый законъ, который устраняетъ ту или другую причину ничтожности, недействительности или отнятія судебной охраны ²⁵). И при томъ, для того, чтобы пріобрѣтенное право оставалось внѣ дѣйствія новаго закона, нѣтъ надобности, чтобы оно было пріобрѣтено окончательно; пріобрѣтеніе, сдѣланное съ оговоркой, (*condicio*), съ прибавкой срока, цѣли, — одинаково недоступно дѣйствію новаго закона ²⁶).

²⁴) Savigny, VIII, стр. 381—406; Такъ образ. положимъ, новый законъ постановляетъ, что и для движимостей статьи 401 недостаточно одной передачи какъ способа пріобрѣтенія права собственности, точнѣе— права ст. 534; всѣ права, какія уже пріобрѣтены чрезъ передачу (врученіе— ст. 1510, 1 ч. X т.), останутся нетронутыми для новаго закона.

²⁵) Такъ, напр., новый законъ устраняетъ *laesio enormis*; но значеніе *laesio enormis* остается прежнее для всѣхъ пріобрѣтеній, сдѣланныхъ при дѣйствіи прежняго закона. Новый законъ устраняетъ законную высоту процентовъ; порокъ лихвы останется для всѣхъ пріобрѣтеній, сдѣланныхъ при дѣйствіи прежняго закона.

²⁶) Laurent, I, стр. 265; Savigny, VIII, стр. 387—388; Unger, I, стр. 120—121.

Далѣ: законъ, дѣйствующій во время пріобрѣтенія даннаго права, навсегда рѣшаетъ и вопросъ о томъ, какими способами можетъ быть доказываемо это пріобрѣтеніе, если впоследствии изъ него возникнетъ судебный споръ ²⁷⁾.

8) Къ числу способовъ пріобрѣтенія права собственности на недвижимость относится давность владѣнія ²⁸⁾. Здѣсь владѣніе, съ такими или другими квалификаціями, съ такой или иной продолжительностью времени, есть тотъ фактъ, совершеніе котораго въ данномъ случаѣ ведетъ за собой пріобрѣтеніе права собственности. По давности владѣнія право собственности на недвижимость пріобрѣтено лишь тогда, когда такое владѣніе продлилось въ теченіи опредѣленнаго въ законѣ времени, со всѣми признаками, какихъ требовалъ законъ, дѣйствовавшій въ то время, пока длилось это владѣніе. Очевидно, пока давностное владѣніе не закончилось, до тѣхъ поръ, значитъ не совершился фактъ, совершеніе котораго необходимо для пріобрѣтенія права собственности. Потому всякій новый законъ, который иначе опредѣляетъ или продолжительность или качество давностнаго владѣнія, подѣйствуетъ на всякое владѣніе, которое только началось и длится, но не окончилось ко времени обнародованія новаго закона ²⁹⁾. Въ частности: а) новый законъ удлиняетъ продолжительность давностнаго владѣнія; новому закону на будущее время должно удовлетворять всякое владѣніе, все равно, началось оно до или послѣ обнародованія новаго закона ³⁰⁾. На-оборотъ: б) новый законъ сокращаетъ продолжительность давностнаго владѣнія: ему удовлетворяетъ всякое владѣніе, которое, послѣ обнародованія новаго закона, окажется продолжившимся столько времени, сколько требуетъ новый законъ, — все равно, когда бы ни началось оно, до или послѣ обнародованія этого закона ³¹⁾. в) Новый законъ требуетъ отъ дав-

²⁷⁾ Laurent, I, стр. 268, стр. 297—298.

²⁸⁾ Ст. 533 1 ч. X т.; но только на недвижимость—см. выше, стр. 111.

²⁹⁾ Savigny, VIII, стр. 426 и слѣд. Unger, I, стр. 146; Wächter, II, стр. 178 и слѣд.

³⁰⁾ Съ этимъ вообще согласны всѣ, см. выше, примѣч. 1.

³¹⁾ Такъ образ., нынѣшній законъ требуетъ 10-ти лѣтней продолжительности давностнаго владѣнія; является новый законъ, требующій только 5 тѣ

ностнаго владѣнія такого признака, котораго не требовалъ прежній законъ, напр., добросовѣстности (*bona fides*), или законности (*justus titulus*). Новому закону можетъ удовлетворить лишь такое владѣние, которое имѣетъ въ себѣ признаки, потребованные новымъ закономъ, все равно, началось это владѣние послѣ или до обнародованія новаго закона, предполагая, что въ послѣднемъ случаѣ оно лишь началось и длилось, но не окончилось, до обнародованія новаго закона ³²⁾. d) Новый законъ устраняетъ тотъ или другой признакъ давностнаго владѣнія, котораго требовалъ прежній законъ; напр., устраняетъ признакъ добросовѣстности. Новому закону удовлетворить всякое владѣние, имѣющее только тѣ признаки, которые нужны по новому закону, все равно, когда бы ни началось это владѣние,—послѣ или до обнародованія новаго закона, т. е., при дѣйствіи прежняго закона, когда былъ необходимъ признакъ, устраненный новымъ закономъ ³³⁾.—На столько книга II 1 ч. X т. вызываетъ общія замѣчанія съ точки зрѣнія возможнаго столкновенія разновременныхъ законовъ. Книги III и IV—заключаютъ въ себѣ лишь проведеніе въ подробностяхъ тѣхъ общихъ постановленій, какія даны въ книгѣ II.

лѣтъ. Онъ застанетъ: а) владѣнія, продлившія уже пять или болѣе 5 лѣтъ, но менѣе 10 лѣтъ; эти владѣнія удовлетворяютъ требованію новаго закона, и потому съ момента его обнародованія каждое такое владѣние «превратится въ право собственности». б) Новый законъ застанетъ владѣнія, которыя не продлились еще и пяти лѣтъ; когда при дѣйствіи новаго закона, то или другое изъ такихъ владѣній продлится 5 лѣтъ, оно удовлетворитъ требованію новаго закона, въ моментъ окончанія пятилѣтней продолжительности «превратится въ право собственности».

³²⁾ Съ этимъ опять согласны всѣ. Такъ образомъ, новый законъ, потребовавшій отъ давностнаго владѣнія добросовѣстности, сдѣлаетъ ни на что негодными всѣ тѣ владѣнія, которыя начались до него и длились безъ признака добросовѣстности.

³³⁾ Въ такомъ рѣшеніи какъ и въ рѣшеніи на случай появленія новаго закона, сокращающаго продолжительность давностнаго владѣнія, общепринятая теорія усматриваетъ обратное дѣйствіе закона—см. напр., Unger, I. стр. 147, примѣч. 79; Мейеръ, 4-е изд. стр. 32—33. Общепринятая теорія столкновенія разновременныхъ законовъ, опредѣляющихъ давность исковую и давностнаго владѣнія, развитая у Savigny, VIII, § 391, нашла для себя законодательное признаніе при введеніи саксонскаго гражданскаго кодекса, въ *Verordnung, die Publication des bürgerlichen Gesetzbuchs betreffend, von 2 Januar 1863, §§ 8—17.*

§ 18. Повѣрка принципа на частныхъ случаяхъ (окончаніе).

Оставляя въ сторонѣ пожалованіе ¹⁾, остановимся на другихъ способахъ приобрѣтенія и укрѣпленія правъ на имущества въ особенности, съ цѣлью указать на тѣ пункты, на которыхъ возможно столкновение разновременныхъ законовъ.

1) *Дареніе* ²⁾. Здѣсь столкновение возможно разновременныхъ законовъ на различныхъ пунктахъ; изъ нихъ важнѣйшіе суть слѣдующіе: обязательно или нѣтъ обѣщаніе подарить; въ какой формѣ должно быть сдѣлано дареніе; можетъ или нѣтъ имѣть мѣсто обусловленность; допускается или нѣтъ неблагодарность одареннаго, какъ основаніе предъявить искъ о поворотѣ подареннаго, и противъ кого можетъ быть направленъ такой искъ ³⁾,—всѣ эти вопросы рѣшаются по закону, дѣйствовавшему въ то время, когда совершилось данное дареніе. Потому, новый законъ, иначе рѣшающій сказанные вопросы, оставитъ неприкосновенными всѣ даренія, сдѣланныя до него ⁴⁾. Тѣ же самыя вопросы возникаютъ и точно также рѣшаются относительно выдѣла и назначенія приданнаго. Но кромѣ того, по отношенію къ выдѣлу и дачѣ приданнаго возникаетъ еще одинъ вопросъ: каково отношеніе того и другаго къ наслѣдованію? ⁵⁾ И этотъ вопросъ рѣшается по закону, дѣйствовавшему во время совершенія выдѣла и дачи приданнаго, и потому новый законъ, иначе опредѣляющій зачетъ въ наслѣдственную долю того, что получено на выдѣлъ или въ приданое, не тронетъ тѣхъ выдѣловъ и дачъ на приданое, которые совершены до него ⁶⁾.

2) *Завѣщаніе*. Приобрѣтеніе имущества по завѣщанію состоитъ изъ трехъ моментовъ: *составленіе завѣщанія, оставленіе завѣщанія, исполненіе завѣщанія*. Первый моментъ происходитъ до открытія наслѣдства по закону; второй одновременно съ такимъ

¹⁾ Гл. 1-я раздѣла I, книги III, ст. 934—966.

²⁾ Ст. 967—993.

³⁾ Ст. 728, 987—993, 974—976; 1 ч. X т.

⁴⁾ Demolombe, I, стр. 58—61.

⁵⁾ Ст. 997—998, 1002—1004 1 ч. X т.

⁶⁾ Demolombe, I, стр. 53—61; Laurent, I, стр. 222.

открытіемъ, третій—послѣ него. Составлено ли нѣтъ завѣщаніе, и если да, то составлено ли оно *правильно*,—это рѣшается по закону, современному составленію даннаго завѣщанія. Составлено ли нѣтъ правильно: а) правильно по формѣ; б) заключается ли оно въ себѣ волю; с) составлено ли оно лицомъ способнымъ? Иными словами,—вопросъ о формѣ завѣщанія и вопросъ о дѣеспособности завѣщателя рѣшается по закону, дѣйствовавшему въ моментъ составленія завѣщанія⁷⁾. Но иное дѣло *оставленіе* завѣщанія; здѣсь содержаніе завѣщанія встрѣчается съ порядкомъ наслѣдованія по закону, и то отношеніе, въ какомъ окажутся завѣщательныя распоряженія съ «наслѣдствомъ по закону», опредѣляется по законамъ, дѣйствующимъ въ моментъ оставленія завѣщанія. Такимъ образомъ годенъ или нѣтъ завѣщанный предметъ быть предметомъ завѣщательныхъ распоряженій (напр., родовое имущество, *quotité disponible* фр. права),—это рѣшается по закону, дѣйствующему во время оставленія. Точно также по закону этого времени рѣшается и вопросъ о томъ, можетъ ли нѣтъ завѣщатель оставлять по себѣ завѣщаніе⁸⁾. Наконецъ, что касается исполненія завѣщанія⁹⁾, этотъ моментъ важенъ для рѣшенія вопроса о томъ, годенъ ли для полученія по завѣщанію тотъ, въ чью пользу оно сдѣлано, существуетъ или нѣтъ, и если существуетъ,—то годна ли для завѣщательныхъ распоряженій та цѣль, для которой сдѣланы такія распоряженія¹⁰⁾.

⁷⁾ Savigny, VIII, стр. 447 — 482; Wächter, II, стр. 176 — 78; Stobbe, I, стр. 173; Förster, I, стр. 59; Demolombe, I, стр. 53 — 57; Laurent, I, стр. 236.

⁸⁾ Повидимому, въ 1 ч. X т. не дано никакого повода различать между составленіемъ завѣщанія и его оставленіемъ, и въ частности ст. 1067 и 1068, какъ будто не знаютъ ничего объ оставленіи, и говорятъ лишь только о составленіи завѣщанія. Но въ своемъ мѣстѣ будетъ показано, что такое различіе оставленія и составленія завѣщанія—только кажущееся. Въ частности, не бываетъ завѣщаній, составленныхъ самоубійцами, ст. 1017 1 ч. X т.; бываютъ только завѣщанія, оставленные таковыми. Точно также лишеніе всѣхъ правъ состоянія поражаетъ завѣщаніе не потому, что оно составлено лишеннымъ правъ состоянія, а потому, что оставлено такимъ лицомъ.

⁹⁾ Ст. 1084 и слѣд. 1 ч. X т.

¹⁰⁾ То, что изложено здѣсь въ самомъ сжатомъ видѣ относительно завѣщаній, можетъ быть пояснено слѣдующими примѣрами. а) Для момента со-

3) *Наслѣдованіе по закону*. Здѣсь точно такая же тройственность отдѣльных моментовъ: *открытіе наслѣдованія, принятіе наслѣдства и раздѣлъ наслѣдства*. Что входитъ въ составъ той «совокупности правъ имуществъ и обязательствъ», изъ которой состоитъ наслѣдство¹¹⁾, и кто наслѣдники, въ какомъ порядкѣ и въ какихъ доляхъ, по отношенію къ данному наслѣдству,— все это рѣшается по закону, дѣйствующему или дѣйствовавшему во время открытія даннаго наслѣдованія. Все это потому, что «право на открывшееся наслѣдство принадлежитъ наслѣдникамъ съ самой ковчины владѣльца»¹²⁾. Пока открывшееся наслѣдство не принято, оно охраняется; порядокъ охраненія опредѣляется тѣми законами, которые дѣйствуютъ во время продолженія

ставленія. Предположимъ, что съ 1 января 1878 г. является новый законъ, по которому,—въ отличіе отъ 1 п. нынѣшней ст. 1019 1 ч. X т., завѣщатель долженъ имѣть возрастъ въ 18 лѣтъ: завѣщанія лицъ, достигшихъ 18 лѣтъ, по не 21 года, составленные раньше 1 января 1878 г., останутся недействительными. Съ 1 января 1878 г. является новый законъ, допускающій изустныя памяти (ст. 1023 1 ч. X т.); всѣ изустныя памяти, составленныя до 1 января 1878 г., недействительны. б) Для оставленія. Съ 1-го января 1878 г. выходитъ новый законъ, позволяющій, въ отличіе отъ ст. 1068 1 ч. X т., завѣщать родовымъ имуществомъ; всѣ завѣщанія, оставленные послѣ 1-го января 1878 года, хотя бы и составленные до него, остаются въ своей силѣ. Потому, въ частности, примѣчаніе къ ст. 116 1 ч. X т., по продолженію 1863 г., примѣнимо и къ завѣщаніямъ, составленнымъ до 1863 г. Новый законъ, появившійся съ 1-го января 1878 г., устраняетъ недействительность завѣщанія изъ числа послѣдствій лишенія всѣхъ правъ состоянія: дѣйствительными въ силу новаго закона окажутся и тѣ завѣщанія, которыя составлены до новаго закона, но оставлены послѣ него. с) Для исполненія. Новый законъ съ 1-го января 1878 г. дозволяетъ завѣщанія и въ пользу лишенныхъ всѣхъ правъ состоянія; лишенный правъ состоянія можетъ получить назначенное ему въ завѣщаніи, хотя бы это завѣщаніе не только составлено, но даже оставлено до появленія новаго закона. Все это, какъ и сказанное въ текстѣ, притиворѣчить общепринятой теоріи — Savigny, VIII, loc. cit; Stobbe, I, стр. 168 — 169. Полемика съ общепринятой теоріей, построенной на римскихъ понятіяхъ о *testamentum*, о *testamentifactio activa* и *passiva*, здѣсь была бы преждевременна и потому не вполне вразумительна.

¹¹⁾ Ст. 1104, 1543—1544 1 ч. X т.

¹²⁾ Ст. 1254 1 ч. X т. Права вдовца или вдовы, дочерей при сыновьяхъ, родителей послѣ бездѣтныхъ дѣтей, права незаконнорожденных—опредѣляются по закону времени открытія наслѣдства.

непринятости; и слѣдовательно, по отношенію къ данному наслѣдству этотъ порядокъ можетъ нѣсколько разъ измѣниться, предполагая, что измѣняются законы, опредѣляющіе мѣры охраненія наслѣдствъ¹³⁾. Но иное дѣло принятое наслѣдство. Въ какой формѣ должно быть сдѣлано принятіе наслѣдства¹⁴⁾, каковы его послѣдствія¹⁵⁾,—эти вопросы рѣшаются по закону того времени, когда совершается фактъ, которому придается значеніе принятія наслѣдства. Слѣдовательно, въ частности, по закону этого времени рѣшается вопросъ о томъ, идетъ ли отвѣтственность наслѣдниковъ за долги покойнаго *ultra vires*, и распадается ли эта отвѣтственность соразмѣрно наслѣдственной дольъ каждаго наслѣдника, или же она лежитъ вполнѣ (*in solidum*) на каждомъ наслѣдникѣ¹⁶⁾. Наконецъ, раздѣлъ наслѣдства, со стороны формы и способовъ раздѣла¹⁷⁾, опредѣляется по закону того времени, когда раздѣлъ производится, совершенно независимо отъ того, каковы относительно раздѣла были законы, дѣйствовавшіе во время открытія или принятія даннаго наслѣдства.

Въ связи съ наслѣдованіемъ по закону находится право выкупа родовыхъ имуществъ; постановленія объ немъ составляютъ одну изъ главъ (6-ю) книги III раздѣла II, гдѣ собраны постановленія «о приобрѣтеніи имуществъ наслѣдствомъ по закону». Съ наслѣдованіемъ по закону право выкупа представляетъ прежде всего сходство въ тройственности составныхъ моментовъ: а) оно открывається съ момента отчужденія по продажѣ¹⁸⁾; б) оно принимается¹⁹⁾; в) выкупленная недвижность можетъ идти въ раздѣлъ²⁰⁾.

¹³⁾ Такъ мѣры охраненія наслѣдствъ, введенныя Уставомъ гражданскаго судопроизводства, примѣнимы и къ наслѣдствамъ, открывшимся до вступленія въ силу этого Устава.

¹⁴⁾ Ст. 1257, 1261, 1265—1267 1 ч. X т.;—въ какомъ отношеніи къ принятію наслѣдства находится *утвержденіе въ правахъ наслѣдства?*

¹⁵⁾ Ст. 1258—1259, 1268 1 ч. X т.

¹⁶⁾ Ст. 1259 п. 1.

¹⁷⁾ Ст. 1315—1345 1 ч. X т.; ст. 1409—1423 Уст. гражд. судопрд.

¹⁸⁾ Ст. 1346, 1355, 1363.

¹⁹⁾ Ст. 1438—1439 уст. гражд. судопр.

²⁰⁾ Ст. 1359 1 ч. X т.

Для каждаго изъ этихъ трехъ моментовъ право выкупа обсуждается по закону, современному тому или другому изъ упомянутыхъ моментовъ; но только для каждаго изъ трехъ моментовъ необходимое предположеніе — существованіе различія недвижимостей на родовыя и благопріобрѣтенныя²¹⁾.

4) *Договоры*²²⁾ Составленіе, совершеніе и прекращеніе—вотъ главные моменты каждаго договора²³⁾. Съ момента составленія договоръ существуетъ, существуютъ и тѣ обязательства, которыя изъ него «происходятъ», «содержатся въ немъ самомъ или же составляются въ видѣ отдѣльномъ»²⁴⁾. Каковы условія дѣйствительности договора со стороны участниковъ въ немъ, со стороны предмета, со стороны формы, въ которой должно возникнуть согласіе сторонъ, участниковъ²⁵⁾,—все это опредѣляется по закону, современному составленію договора, и не подлежитъ вліянію закона позднѣйшаго²⁶⁾. И притомъ, все равно, составленъ договоръ на-чисто или съ оговорками (*condiciones*), неотложно или же отложенъ въ исполненіи на извѣстный періодъ времени (срокъ). Слѣдовательно, по закону, современному составленію, рѣшается и вопросъ о томъ, можетъ ли договоръ быть признанъ недѣйствительнымъ, ничтожнымъ, какого рода противъ него могутъ быть

²¹⁾ См. выше, стр. 102—103.

²²⁾ Savigny, VIII, стр. 435—445; Wächter, II, стр. 170—174; Unger, I, стр. 137—138; Stobbe, I, стр. 166—168; Demolombe, I, стр. 61—69; Laurent, I, стр. 271—276; Gabba, Teoria, IV, стр. 1—358; Rintelen, über den Einfluss neuer Gesetze, § 12.

²³⁾ Ст. 568—571; ст. 1526—1553 1 ч. X т.

²⁴⁾ Ст. 568 1 ч. X т.

²⁵⁾ Ст. 1528, 1529, 1530 1 ч. X т.

²⁶⁾ Savigny, loc. cit. стр. 435, выражается такъ: Der Anspruch auf die fortdauernde Wirksamkeit aller, diese verschiedenen Fragen betreffenden, Rechtsregeln, unabhängig von jeder möglichen neuen Gesetzgebung, ist beiden Parteien durch den Abschluss des Vertrages erworben. Er bildet ein erworbenes Recht, welches in Folge unseres Grundsatzes aufrecht erhalten werden muss, jedem neuen Gesetz gegenüber; Laurent, I, стр. 217: dès que le contrat est parfait, le droit qu'il produit, entre dans notre domaine; ст. 402, 415 1 ч. X т.

направлены *возраженія*, взятая изъ пороковъ въ его составленіи ²⁷⁾). Мало того: «изъясненіе» договора ²⁸⁾ разъ навсегда опредѣлено по тому закону, который давалъ правила изъясненія договоровъ въ то время, когда составлялся данный договоръ. Составленіе договора еще не есть его совершеніе ²⁹⁾, хотя обыкновенно договоръ составленный есть и договоръ совершенный, т. е., снабженный доказательной силой. Законъ, дѣйствовавшій во время совершенія договора, навсегда опредѣлилъ собой доказательную силу этого совершенія, недоступную влиянію всякаго позднѣйшаго закона. Так. образ. вопросъ о томъ, какими средствами можетъ быть доказываемъ данный договоръ, и въ частности, можетъ ли быть онъ доказываемъ свидѣтельскими показаніями, — рѣшается по закону, дѣйствовавшему во время совершенія, или, что въ большинствѣ случаевъ одно и то же, — во время составленія данного договора ³⁰⁾.

Изъ различныхъ поводовъ прекращенія договоровъ, прежде всего обращаетъ на себя вниманіе *отмѣна договора* ³¹⁾: Отмѣна договора — есть договоръ, направленный на прекращеніе отмѣняемаго договора; а потому все, что сейчасъ сказано относительно составленія и совершенія договоровъ, примѣнимо и къ отмѣнѣ. Какъ договоръ со стороны своего составленія и совершенія, отмѣна подлежитъ дѣйствію современнаго ей закона, хотя бы отмѣняемый договоръ былъ составленъ въ то время, когда иначе опредѣлялось составленіе и совершеніе договоровъ.

Договоръ составляется для исполненія, т. е. для доставленія

²⁷⁾ Ст. 702, 1529 1 ч. X т.

²⁸⁾ Ст. 1539 1 ч. X т., иначе Unger, I, стр. 139.

²⁹⁾ Одно отъ другаго въ 1 ч. X т. рѣзко различено: ср., напр. ст. 571, ст. 1528 со ст. 1531; относительно почти каждаго договора въ отдѣльности идутъ сначала статьи о составленіи, а потомъ статьи о совершеніи договора.

³⁰⁾ Laurent, I, стр. 297—298; здѣсь должно быть указано на ст. 2113 1 ч. X т., которая до сихъ поръ не отмѣнена и не замѣнена, а между тѣмъ, она говоритъ о такой присягѣ, которая неизвѣстна Уставу гражд. судопр., ст. 485

³¹⁾ Ст. 1545, 1547 1 ч. X т.

того, что взято предметом договора. Но когда договор не исполнен, наступает неисправность. По какому закону определять послѣдствія неисправности? По тому закону, при дѣйстви котораго договор составленъ, а не по тому, при дѣйстви котораго наступила неисправность ³²⁾. Но когда дойдетъ до судебного взысканія и до исполненія судебного рѣшенія, способы и порядокъ такого исполненія определяются по закону, дѣйствующему во время производства исполненія ³³⁾. То же самое нужно сказать относительно способовъ удовлетворенія обязательствъ въ конкурсѣ: расположеніе обязательствъ по разрядамъ, признаки, по которымъ должно быть сдѣлано такое расположеніе, взаимное отношеніе рядовъ между собою, — все это определяется по закону, дѣйствующему во время производства даннаго конкурса ³⁴⁾.

Есть еще одинъ общій моментъ для всякаго рода договоровъ, — это ихъ обезпеченіе ³⁵⁾. Допускается или нѣтъ то или другое обезпеченіе, въ какой формѣ оно должно быть представлено, въ чемъ его содержаніе, — все это определяется по закону, дѣйствующему въ то время, когда обезпеченіе дается, слѣдовательно, въ большинствѣ случаевъ, по закону, дѣйствующему въ моментъ составленія обезпечиваемаго договора ³⁶⁾. Въ особенности здѣсь обращаетъ на себя вниманіе залогъ недвижимости. Форма залога и

³²⁾ Laurent, I, стр. 273, Demolombe, I, стр. 62—64. Примѣры такихъ послѣдствій неисправности: ст. 1574, 2105 1 ч. X т.

³³⁾ Laurent, I, стр. 296—297. Правила исполненія судебныхъ рѣшеній, изложенныя въ Уставѣ гражданскаго судопр. 1864 г., применимы ко взысканіямъ и по договорамъ, которые заключены до введенія въ дѣйствіе Устава гражд. судопр. Отсюда: когда отиѣняется тюремное заключеніе за долги, не могутъ быть посажены въ тюрьму должники и по такимъ договорамъ, которые заключены до отиѣны этого способа исполненія судебныхъ рѣшеній.

³⁴⁾ Savigny, VIII, стр. 445 и слѣд.; Unger, I, стр. 139; Stobbe, I, стр. 168.

³⁵⁾ См. 1554 — 1678.

³⁶⁾ Такъ, всѣ договоры, заключенныя при дѣйстви нынѣшней ст. 1585 1 ч. X т., останутся въ силѣ, предположивши, что обнародованъ новый законъ, ограничивающій размѣръ неустойки или измѣняющій значеніе ея для обезпеченнаго обязательства. Тоже самое и на-счетъ поручительства, напр., въ случаѣ, если бы измѣнена была статья 1560.

его содержаніе опредѣляются по закону, дѣйствующему во время установленія залога ³⁷⁾).

Оставляя въ сторонѣ разсмотрѣніе каждаго изъ договоровъ въ отдѣльности, сдѣлаемъ еще одно замѣчаніе, одинаково примѣнимое ко всѣмъ случаямъ столкновения разновременныхъ законовъ, именно: процессуальные законы, на-сколько они опредѣляютъ формы дѣятельности органовъ судебной власти и формы дѣятельности сторонъ въ процессѣ, никогда не сталкиваются съ такими же законами, различными по времени. Всякій судебный споръ разбирается судомъ по тѣмъ процессуальнымъ законамъ, которые дѣйствуютъ во время такого разбора ³⁸⁾. На этомъ мы должны остановиться, чтобы удержаться въ предѣлахъ общаго курса ³⁹⁾.

§ 20. Подпаденіе дѣйствію закона; предѣлы темы. Отношеніе русскаго закона къ иностранному.

Чтобы подпасть дѣйствію даннаго закона, тотъ или другой фактъ долженъ оказаться — не только по времени, но и по другимъ отношеніямъ — подлежащимъ дѣйствію этого закона. Одной современности между совершеніемъ факта и существованіемъ закона еще недостаточно для того, чтобы фактъ подпалъ дѣйствію того, а не другаго закона. Чтобы поддѣйствовать на данный

³⁷⁾ Введеніе гипотечныхъ книгъ нерѣдко сопровождается назначеніемъ срока, въ теченіи котораго существующіе залоговладельцы должны быть записаны во вновь введенныя гипотечныя книги. — Потому право кредитора въ случаѣ обезпеченія заложенной недвижимости, требовать возврата ссуды до срока, можетъ имѣть мѣсто лишь по отношенію къ тѣмъ недвижимостямъ, которыя будутъ представлены въ залогъ послѣ введенія соответствующаго § въ уставъ банка. — Высочайше утвержденное мнѣніе государст. совѣта, 22-го октября 1877 г. Правительст. Вѣстникъ, 1877 г., № 257. — Demolombe, I, стр. 71 — 72.

³⁸⁾ Demolombe, I, стр. 70—71; Laurent, I, стр. 298—299; Gabba, Teoria, IV, стр. 359—489.

³⁹⁾ Nous ne pousserons pas plus loin ces applications du principe fondamental; car la carrière serait sans limites (Demolombe). Чуть ли не по отношенію къ каждой статьѣ 1 ч. X т. пришлось бы производить повѣрку нашего принципа, особенно, если принять въ расчетъ указанное выше, § 2, значеніе послѣдовательныхъ изданій нашего Свода.